



HAL
open science

La confiance dans la relation de travail

Frédéric Chirez

► **To cite this version:**

Frédéric Chirez. La confiance dans la relation de travail. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2023. Français. NNT : 2023PA01D032 . tel-04788713

HAL Id: tel-04788713

<https://theses.hal.science/tel-04788713v1>

Submitted on 18 Nov 2024

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

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

UNIVERSITE PARIS I – PANTHÉON-SORBONNE
École de Droit de la Sorbonne

LA CONFIANCE DANS LA RELATION DE TRAVAIL

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé, présentée et soutenue publiquement par :

Frédéric CHIREZ

le 27 janvier 2023, à Paris.

Membres du jury:

Directeur de recherches: **M. Arnaud MARTINON**
Professeur à l'Université de Paris II - Panthéon-Assas.

Rapporteurs : **M. Christophe RADÉ**
Professeur à l'Université de Bordeaux.
M. Lucas BENTO de CARVALHO
Professeur à l'Université de Montpellier.

Suffragants : **M. Grégoire LOISEAU**
Professeur à l'Université de Paris I - Panthéon- Sorbonne.
Mme Judith ROCHFELD
Professeure à l'Université de Paris I - Panthéon-
Sorbonne.

L'Université Paris I Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Principales abréviations

Adde. : addendum, ajouter

al. : alinéa

APD. : Archives de philosophie du droit

art. : article

Ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

av.-prop. : avant-propos

BICC : Bulletin d'information de la Cour de cassation

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (I, II, III), commerciale (IV) et sociale (V).

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

Cah. soc. : Les Cahiers sociaux - anciennement Cahiers sociaux du Barreau de Paris

Cass. : Cour de cassation

Cass.soc. : chambre sociale de la Cour de cassation

C. civ. : Code civil

C. trav. : Code du travail

CCC : Contrats concurrence consommation.

CE : Conseil d'Etat

Cour EDH : Cour européenne des droits de l'homme

cf. : confer

chron. : chronique CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

comm. : commentaire comp. : comparer

concl. : conclusions Cons. const. : Conseil constitutionnel

contra : solution ou opinion contraire

Conv. EHD.: CONvention européenne des droits de l'homme

CPH : Conseil de prud'hommes D. : Recueil Dalloz

Défrenois : Répertoire du notariat Defrénois

D.H. : Dalloz Hebdomadaire

D.P. : Dalloz périodique

Dr. ouv. : Droit ouvrier

Dr. soc. : Droit social.

Dr. & patr. : Droit et patrimoine (revue)

éd. : Édition

égal. : également

fasc.: fascicule

Gaz. Pal.: Gazette du Palais

ibid. : *ibidem* (au même endroit)

infra : ci-dessous

IR : Informations rapides

J.Cl. : Juris-Classeur (Encyclopédie)

JCP E. : Semaine juridique édition entreprise

JCP G. : Semaine juridique édition générale

JCP S. : Semaine juridique édition sociale

JO : Journal Officiel

JurisData : décision de jurisprudence extraite des bases de données JurisData.

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence LPA : Les Petites Affiches

n° : numéro

not. : notamment

obs. : observations

op. cit. : *opere citato* (ouvrage précité)

p. : page

préc. : précité(e)

préf. : préface

PUAM : Presses universitaires d'Aix Marseille

PUF : Presses universitaire de France

rappr. : rapprocher de

RCA : Responsabilité civile et assurances

RDC : Revue des contrats

RDSS : Revue de droit sanitaire et social

RDT : Revue de droit du travail

RIDC : Revue internationale de droit comparé RJS : Revue de jurisprudence sociale

RLDC : Revue Lamy Droit civil

Rev. pénit. : Revue pénitentiaire et de Droit pénal

RRJ : Revue de la recherche juridique – Droit prospectif RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

S. : Recueil Sirey

s. : suivant

spéc. : spécialement

SSL : Semaine Sociale Lamy

suppl. : supplément

supra : ci-dessus

t. : Tome

th. : thèse

trad. : traduction

v. : voir

vol. : volume

À mes parents, Christine et Alain.

À Gwenaëlle.

Sommaire

(Une table des matières détaillée figure à la fin de la thèse)

Première partie :

Le Lien

Titre I : La force obligatoire de la confiance créée

Chapitre I : La confiance créée avant le contrat de travail

Chapitre 2 : La confiance créée au cours de la relation de travail

Titre II : La force libératoire de la confiance perdue

Chapitre I : La désagregation du motif de perte de confiance

Chapitre 2 : La réhabilitation du motif de perte de confiance

Deuxième partie :

Le Bien

Titre I : La fonction patrimoniale de la confiance suscitée

Chapitre I : L'identification de la notion d' « espérance légitime » dans la jurisprudence de la Cour EDH.

Chapitre II : L'application de la notion d' « espérance légitime » dans la relation de travail

Titre II : La valeur patrimoniale de la confiance accordée

Chapitre I : La réification de la confiance en la personne du salarié

Chapitre II : Le détournement de la confiance au préjudice de l'employeur

Introduction

1 - S'intéresser à la confiance dans la relation de travail témoigne d'un goût singulier pour le paradoxe tant le thème semble relever de l'oxymore. Le Droit, en général, survient pour pallier les risques d'infidélité du débiteur. Il suppléerait donc la confiance sans cohabiter avec elle. « *C'est parce que nous n'avons pas confiance que nous "contractons" et que nous rentrons dans la logique symétrique du rapport créancier-débiteur* », écrit Mme M. MARZANO, dans son *Éloge de la confiance*¹.

Le monde du travail apparaît, quant à lui, bien souvent marqué par la « méfiance ». Un récent sondage fait justement apparaître que ce terme est précisément celui qui caractérise le mieux l'état d'esprit des salariés français vis-à-vis de leur entreprise². La surveillance des salariés au travail, leur filature, le contrôle des messageries, la fouille des sacs, l'ouverture des documents, ne sont pas des pratiques imaginaires. Une jurisprudence consistante en témoigne qui tempère leur présence mal vécue par des exigences d'information, de finalité et de proportionnalité³. Quelle que soit la conception que l'on a de l'entreprise - lieu d'affrontement d'intérêts antagonistes ou communauté de travail - les règles qui régissent les relations personnelles en son sein pourraient bien relever d'un droit à la méfiance...

2 - Ces premières impressions se dissipent cependant assez rapidement. Le Droit ne chasse pas la confiance, on peut même dire qu'il se nourrit d'elle. Ce que confirme tant l'histoire du droit que l'histoire des idées (I). Dans la période contemporaine, la difficulté n'est plus de savoir si la confiance évolue dans le domaine juridique. Elle consiste à lui accorder sa juste place dans un Droit qui doit « faire avec » cette dimension émotive, qui imprègne nécessairement la relation de travail (II).

¹ M. MARZANO, *Éloge de la confiance*, Fayard, coll. Pluriel, 2010, p. 17.

² Sondage réalisé par Elabe pour L'institut de l'entreprise, « A quoi servent les entreprises ? », janvier 2018, cité par N. NOTAT et J.-D. SENARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif, Rapport remis aux Ministres de la transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances du Travail*, 9 mars 2018, spéc., p. 20 (disponible sur https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2018/entreprise_objet_interet_collectif.pdf).

³ Jurisprudence prise en application de l'article L. 1121-1 du Code du travail : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

I. Prémices historiques

3 - L'idée que la confiance puisse être dotée d'une certaine propriété juridique ne date pas d'hier. Elle plonge ses racines dans la vieille notion romaine de *fides* (A), courageusement remise au goût du jour par Emmanuel Lévy, au début du XX^{ème} siècle (B).

A. La *fides* romaine

4 - Les nombreuses études consacrées à la *fides* romaine dressent, dans l'ensemble, le même constat : « lorsqu'il s'agit de préciser ce qu'est exactement *fides*, l'accord entre les auteurs est devenu impossible »⁴. La notion peut bien être « une des données les plus anciennes de la conscience romaine »⁵, elle n'en demeure pas moins « obscure »⁶, voire « désespérante »⁷.

Au début du siècle dernier, M. MEILLET a toutefois mis en évidence que le mot *fides* servait de substantif verbal à *credo*⁸, et non à *fit*⁹, comme le pensait Cicéron¹⁰. Issue du verbe *credere*¹¹, la *fides* avait alors pour base la « confiance ; traduction qui donne effectivement à l'ensemble sémantique une « cohérence impressionnante, que n'offre aucune des tentatives faites sur d'autres bases »¹².

5 - Ces précisions apportées, il importe de relever que la *fides* romaine était protéiforme et pouvait s'analyser de différentes manières (1). Située aux confluent de plusieurs disciplines, la notion n'en revêtait pas moins une dimension juridique (2).

1. Les différentes conceptions de la *fides* romaine

6 - La *fides* romaine était, tout d'abord, indissociable du respect des engagements. Dans la Rome antique, raconte Denys d'Halicarnasse, le roi légendaire Numa avait remarqué que de nombreux contrats conclus sans témoins n'avaient d'autre secours que la *fides* des parties¹³. Alors, pour garantir leur exécution, le souverain divinisa la *fides*, et fit de la Foi jurée le plus important des serments. Un temple en l'honneur de la déesse Fides - avec un grand « F » - fut élevé sur le Capitole, à proximité de celui de Jupiter¹⁴. Tous les ans, les Flamines devaient s'y

⁴ M. LEMOSSE, « L'aspect primitif de la *fides* », in *Études romanistiques*, Annales de la Faculté de Droit et de Science politique, fasc. 26, 1990, p. 61 (texte tiré de *Studi in onore di Pietro de Francisci*, Milano, 1956, p. 39).

⁵ A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris, XI, 1954, p. 42, spéc., p. 47.

⁶ H. JONES, « La bonne foi en droit romain », in *La bonne foi*, Cahier n° 10, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1998, p. 1, spéc., p.

⁷ M. LEMOSSE, *op.cit.*, *loc.cit.*

⁸ A. MEILLET « *Credo et fides* », in *Mémoires de la Société de Linguistique*, 1922, p. 215.

⁹ G. FREYBURGER parle d'une « fausse étymologie », v. *Fides, Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, Les Belles Lettres, 2^e tirage, 2009, p. 94.

¹⁰ CICÉRON, *De Off.*, I, VII, 23: « (...) *Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiusdam durius, (...), credamusque, quia fiat, quod dictum est, appellatam fidem* » : « (...) Quoique peut-être cela paraisse un peu forcé, (...) croyons que *fides* vient de faire parce qu'on fait ce qu'on dit », (trad., E Sommer, Paris, Hachette, 1877, p. 32).

¹¹ En ce sens, v. égal. R. FIORI, « *Fides et bona fides* », *Revue historique de droit français et étranger*, oct.-déc.2009, n° 86, p. 465, spéc., n° 3, p. 467 : « On a depuis longtemps reconnu l'étroite relation entre le substantif *fides* et le verbe *credo*. »

¹² G. FREYBURGER, *op.cit.*, *loc.cit.*

¹³ D'HAL. *Les Antiquités romaines*, II, 75, (trad. par V. Fromentin et J. Schnäbele, Paris, Les Belles Lettres, 1990, pp. 206-207).

¹⁴ Tite-Live, *Hist. rom.*, I, 21, 4. En fait, le temple fut fondé par Atalios Calatinus, consul en 258 avant J.- C ; en ce sens, v. P. BOYANCÉ, « "Fides romana" et vie internationale », *Séance publique annuelle des cinq académies*,

rendre la main enveloppée dans un drap blanc, comme pour rendre compte « *du respect dû à la fides, et du caractère sacré de la main droite, son sanctuaire aussi* »¹⁵. La main droite, que l'on tend en s'engageant, devint ainsi le symbole de la divinité¹⁶. « *Nous avons, en joignant nos mains droites, noué fides* », écrira Tite-Live¹⁷. On parlera du lien de *fides*, du *vinculum fidei*¹⁸.

Ainsi, on le voit, la *fides* s'apparentait, à l'origine, au respect de la parole donnée¹⁹. La notion prenait néanmoins un tout autre sens dans les relations internationales.

7 - Dans son étude consacrée à la *fides* internationale, M. PIGANIOL relate les négociations entre Rome et l'Étolie de 191 à 189 avant notre ère²⁰. L'auteur rapporte que le Sénat offrit au peuple vaincu, les Eoliens, l'alternative suivante : s'en remettre à la *fides* de Rome ou payer 1000 talents et conclure une alliance avec elle²¹. La *fides* se présentait ici comme une alternative au pacte, au *foedus*. Elle était synonyme de *deditio*, sorte de capitulation²² par laquelle « *le faible se place avec tous les siens, avec tout ce qui lui appartient, entre les mains du puissant* »²³. Cependant, alors que jusqu'au II^{ème} siècle avant J.-C., Rome avait conscience d'assumer des devoirs envers les populations qui s'en remettaient à sa *fides*, ce fut une interprétation néfaste qui prévalut par la suite. Le recours à la *fides* équivalait pratiquement à l'idée de « servitude »²⁴.

Si cette évolution sémantique a pu être discutée²⁵, l'idée d'une *fides* internationale exprimant l'« abandon » semble, aujourd'hui, faire consensus²⁶. Polybe ne disait pas autre chose : « *chez les Romains, se rendre à la fides du vainqueur signifie seulement qu'on se rend à sa discrétion* »²⁷. Tel était le sens de la « *deditio in fidem* »²⁸.

La notion de *fides* empruntait ainsi des directions différentes selon qu'on la considérait sur le plan interne ou externe²⁹. Dans le premier cas, elle était un engagement libre s'attachant au respect de la parole donnée, où prédominait l'idée de lien – *vinculum fidei*. Dans le second, elle était une source d'assujettissement, d'abandon – *deditio in fidem*.

jeudi 25 oct. 1962, pp. 25-36 (reproduit dans les *Publications de l'École Française de Rome*, 1972, p. 105, spéc., pp. 113-114).

¹⁵ « *Significantes fidem tutandam sedemque eius etiam in dexteris sacratam esse* » (Tite-Live, I, 21, 4).

¹⁶ P. BOYANCÉ, « La main de Fides », in *Hommages à Jean Bayet*, Latomus, Bruxelles-Berchem, 1964, p. 101 où l'auteur souligne qu'« *il y a entre la déesse Fides et la main droite un lien étroit...* ».

¹⁷ Tite-Live, *His. rom.*, XXIII, 9, 13 : « *Dextrae dextras iungentes, fidem obstrinximus* », (trad. par P. Jal, Paris, Les Belles Lettres, 2001, p. 13).

¹⁸ P. BOYANCÉ, « Les Romains, peuple de la *fides* », Conférence prononcée à Toulon le 6 avril 1964, reproduit in *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, 1964, p. 419, spéc., p. 426.

¹⁹ Cicéron affirmera, dans une phrase célèbre, que « Le fondement de la justice, c'est la *fides*, c'est-à-dire la fidélité et la sincérité dans les paroles et les engagements pris », (*De Off.*, I, 23, trad. M. Testard, Paris, Les Belles Lettres, 1965).

²⁰ A. PIGANIOL, « *Venire in fidem* », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, IV, (Mélanges de Visscher), Bruxelles, 1950, p. 339.

²¹ *Ibid.*, p. 340.

²² En ce sens, v. C. AULIARD, « Les *deditiones*, entre capitulations et négociations », *Collection de l'Institut des Sciences et Techniques de l'Antiquité*, 2005, p. 255 (numéro en *Hommages à Monique Clavel-Levêque*).

²³ A. PIGANIOL, *op.cit.*, *loc.cit.*

²⁴ A. PIGANIOL, *op.cit.*, p. 343.

²⁵ En ce sens, J. IMBERT, « "Fides" et "Nexum" », in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, 1953, Napoli, p. 339, spéc., p. 344.

²⁶ J. IMBERT, *loc.cit.* ; v. égal. H. JONES, « La bonne foi en droit romain », in *La bonne foi*, Cahier n° 10, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1998, p. 1, spéc., p. 4.

²⁷ Polybe, XXXVI, 4.2-3 (trad. D. Roussel, Paris, Gallimard, 2005).

²⁸ V. BELLINI, « *Deditio in fidem* », *Revue historique de droit français et étranger*, 1964, Vol. 42, pp. 448-457.

²⁹ Sur ces différentes conceptions, v. J. PAOLI, « Quelques observations sur la *fides*, l'*imperium* et leurs rapports », in *Mélanges August Simonius*, Basel, 1955, p. 264, spéc., 273.

8 – Il existait, enfin, à travers les rapports de clientèle, une troisième manière de concevoir la *fides* romaine. Dans la République romaine, la clientèle avait un sens bien particulier. Elle était un ensemble de personnes placées sous le patronage d'autrui et désignait, plus précisément, un type particulier de relation inégale qui unissait le « client » à son « patron » ; ce dernier assurant, généralement, des fonctions politiques³⁰. Ce rapport, volontiers analysé comme un instrument de subordination de la plèbe au patriarcat³¹, reposait, à l'origine, entièrement sur la *fides* du patron³². À l'image de la « *deditio in fidem* » des relations internationales, le client faisait primitivement « *abandon total de son être à son patron* »³³. Toutefois, comme le relève M. PAOLI, cette idée de domination ou d'assujettissement s'effaça progressivement³⁴, et la *fides* devint peu à peu porteuse de devoirs. Le *patronus*, en contrepartie de la *fides* de ses *cliens*, fut en effet contraint de protéger ces derniers, de veiller à leur sécurité, à leur bien-être, et à voir en eux « *autre chose que des inférieurs sur lesquels il jouit d'un certain nombre de droits* »³⁵.

Signe manifeste de cette évolution, vers 450 avant J.-C., la *fraus* du patron fut expressément sanctionnée par la Loi des XII Tables. Une fraude qui consistait précisément, nous dit M. BRÉJON, à rompre la foi, *fidem frangere* : « *retenons l'expression, elle fera fortune ; mais déjà nous savons que la fraus s'oppose directement à la fides* »³⁶.

9 - Respect de l'engagement, source d'abandon et de protection, telles étaient les différentes conceptions de la *fides* romana ; notion dont on peut dire qu'elle opérait sur le plan juridique.

2. La dimension juridique de la *fides*

10 - Les romanistes hésitent encore sur le point de savoir si la *fides* était, à l'origine, une notion religieuse ou juridique. « *Encore que la fides participe, dans une certaine mesure, de la magie, elle est d'abord d'essence juridique* », soutient, par exemple, M. SCHILLING³⁷. Pour M. BOYANCÉ, au contraire, « *la fides doit être recherchée non dans des notions purement juridiques, (...) mais bien du côté de la religion* »³⁸.

Sans prendre parti en faveur de l'une ou l'autre de ces positions, on peut simplement rappeler que, à Rome, le Droit a primitivement un caractère religieux³⁹ et n'est pas directement - même si on parle parfois du « miracle romain »⁴⁰ - une œuvre de la raison. « *Il est impossible,*

³⁰ Ch. PIEL, « Les clientèles, entre sciences sociales et histoire. En guise d'introduction », *Hypothèses*, vol. 2, n° 1, 1999, p. 119.

³¹ N. ROULAND, *Pouvoir politique et dépendance personnelle dans l'Antiquité romaine. Genèse et rôle des rapports de clientèle*, Latomus, 1979, spéc., p. 46

³² J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*, Paris, 2^e éd., 1972, spéc., p. 32.

³³ J. IMBERT, « "Fides" et "Nexum" », art. préc., p. 348.

³⁴ Car à la même époque, la *fides* internationale devient une source d'inégalité plus accusée ; en ce sens, v. P. PAOLI, *loc.cit.*

³⁵ J. HELLEGOUARC'H, art. préc., spéc., p. 28.

³⁶ J. BRÉJON, *Fraus legis*, Rennes, 1941, p. 29.

³⁷ R. SCHILLING, *La religion romaine de Vénus depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, De Broccart, 1982, spéc., p. 53.

³⁸ P. BOYANCÉ, « Les Romains, peuple de la *fides* », Conférence prononcée à Toulon le 6 avril 1964, art. préc., spéc., pp. 427-428.

³⁹ Contra., R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, (trad. O. De MEULENAERE), Paris, A. Marescq, 2^e éd., 1880, t. 1, spéc., p. 99 ; l'auteur soutient que dans l'histoire de Rome, la religion n'est apparue qu'après le droit : « *C'est un renversement historique...* ».

⁴⁰ M. DUMÉZIL critique cette expression, v. *Mitra-Varuna. Essai sur deux représentations indo-européennes de la souveraineté*, Gallimard, 2^e éd., 1948, spéc., pp. 66-67

note en ce sens M. DUMÉZIL, *de concevoir que, dans des Temps très anciens, le futur droit des Romains ait été plus séparable du culte et de la théologie que ne l'est celui de la plupart des sociétés demi-civilisées actuellement observables* »⁴¹.

La *fides* pouvait ainsi avoir une essence religieuse tout en relevant du champ juridique car, dans l'ancienne Rome, la religion était droit, et inversement⁴². Aussi, suivons-nous M. BAYET lorsqu'il écrit : « *Pour les Romains classiques, fides, en religion, (...) signifie des rapports de confiance réciproques, juridiquement établis, entre deux parties* »⁴³. Au commencement, la *fides* n'était donc ni spécifiquement religieuse, ni purement juridique. Elle était les deux à la fois ; une notion juridico-religieuse, en somme.

11 - Si l'interdiction de la *fraus* du patron, évoquée ci-dessus, allait conférer à la *fides* une connotation plus juridique, c'est surtout avec l'apparition des *iudicia bonae fidei* que cette dimension s'est finalement imposée. Il faut se souvenir que, en droit romain, l'exigibilité des contrats reposait initialement sur le respect d'un certain formalisme, lequel devint gênant pour l'essor du commerce et la nécessaire rapidité des transactions⁴⁴. Conscient de ces obstacles, le prêteur pérégrin, institué en 242 avant J.-C., inventa, avec une audace incroyable, les *iudicia bonae fidei*⁴⁵ afin de rendre exigibles certains engagements non solennels qui devaient, par la suite, être désignés sous le nom de contrats consensuels⁴⁶.

À l'inverse des *iudicia stricti iuris* des contrats formels, où l'interprétation stricte prévalait, le juge disposait, dans le cadre des *iudicia bonae fidei* des contrats consensuels, d'une marge d'interprétation tout à fait novatrice. Il fut en effet autorisé, conformément à l'*oportere ex fide bona*⁴⁷, à considérer que l'étendue des obligations des parties pouvait aller au-delà de ce qu'elles avaient initialement prévu⁴⁸.

Comme le reporte M. PRINGSHEIM, « *MM. Kunkel et Kaser ont établi en même temps, et indépendamment l'un de l'autre, la supposition bien fondée (...) que la fides romana, qui jusqu'alors n'était pas une conception juridique, devient avec leur naissance la base des iudicia bonae fidei des contrats consensuels : que la fides ne déterminait pas alors seulement comme plus tard l'étendue des obligations, mais créa la responsabilité* »⁴⁹.

12 - On retrouvera exactement la même idée d'une confiance « juridicisée », qui oblige et crée la responsabilité, dans le fidéisme d'Emmanuel Lévy.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² À rapp. R. LASALLE, *Théorie systématique des droits acquis*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1904, t. II, p. 604 : « *On peut dire (...) que la véritable religion du Romain, c'est le droit* ».

⁴³ J. BAYET, *Histoire politique et psychologique de la religion romaine*, Paris, Payot, 1973, spéc., p. 142.

⁴⁴ Cf. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. présentée par J.-Ph. Lévy, Dalloz, 2003, p. 464.

⁴⁵ À noter que l'origine de *iudicia bonae fidei* est discutée. En faveur du prêteur pérégrin, v. par. ex. G. HANARD, *Droit romain*, t. 1, *Notions de base*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1997, p. 73 ; en faveur du prêteur urbain, v. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, n° 467, p. 724 ; M. HUMBERT et D. KREMER, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, 12^e éd., 2017, n° 529, p. 44 ; A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Publications de l'Institut de Droit romain de l'Université, de Paris, XI, 1954, spéc., note 1, p. 48.

⁴⁶ Étaient concernés la vente, le louage, la société, et le mandat ; cf. F. PRINGSHEIM, « L'origine des contrats consensuels », *Revue historique de droit français et étranger*, 1954, p. 475.

⁴⁷ L'*oportere* peut se traduire par « obligation juridique », en ce sens, v. M. HUMBERT et D. KREMER, *ouv. préc.*, n° 529, p. 441 ; sur la notion d'*oportere*, v. J. MACQUERON, *ouv. préc.*, p. 19.

⁴⁸ En ce sens, v. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2^e éd., 2012, spéc., pp. 424 et 425.

⁴⁹ F. PRINGSHEIM, *op.cit.*, spéc., n° 2, p. 476.

B. Le fidéisme d'Emmanuel Lévy

13 - Qui tente d'analyser la confiance ne peut faire l'économie de la pensée de celui qui en a fait sa religion. Certains aspects du parcours intellectuel d'Emmanuel Lévy (Sous-section 1) permettent d'approcher, de plus près, sa théorie de la « confiance légitime » (Sous-section 2).

1. Le parcours intellectuel d'Emmanuel Lévy

14 - Emmanuel Lévy naît à Fontainebleau, au Sud de Paris, quelques jours avant la Commune, le 18 janvier 1871⁵⁰. Il fait sa philosophie chez les prêtres à Cannes. « *J'y suis allé par curiosité, confiera-t-il. Notre Professeur, l'abbé Rist, nous avait donné à traiter en dissertation "Quelle est la qualité essentielle de l'homme ?" Tous mes camarades ont répondu : "C'est l'intelligence". J'ai répondu : "C'est la foi"* »⁵¹.

Après avoir obtenu son baccalauréat ès lettres en 1888, Emmanuel Lévy poursuit de brillantes études juridiques à Paris, remportant notamment le prix du Concours général des Facultés de droit en 1892. De quoi conforter sa notoriété auprès des étudiants socialistes de la rue d'Ulm dont il fait partie, avec Mathiez et Péguy⁵².

L'année 1896 marque un tournant dans la vie de l'auteur. Il soutient sa thèse intitulée « *Preuve par titre du droit de propriété immobilière* »⁵³. L'introduction donne le ton : « *Ne vivons-nous pas en tout de croyances ?* »⁵⁴. La même année, il devient secrétaire général de la Ligue démocratique des Écoles, une association politique animée, en autres, par son fidèle ami Marcel Mauss, qui le présenta à son oncle, Émile Durkheim⁵⁵. E. Lévy s'enrôle aux côtés du maître de la sociologie et fait son entrée en durkheimisme⁵⁶.

15 - En tant que juriste, E. Lévy accomplit sa première mission d'enseignement à Alger. Il est alors chargé de cours (1896-1897). Dès son arrivée à la Faculté, des étudiants algérois antidyfufusards dirigés par Max Régis se mettent en grève contre la nomination d'un enseignant juif. Ces derniers refusent de reprendre les cours tant qu'E. Lévy n'est pas remplacé. Ils le poursuivent dans la rue et, jusque sous les fenêtres de son appartement, crient : « *Conspuez Lévy ! À bas les juifs !* »⁵⁷. « *Heureusement, il a fait très beau* », ironise l'intéressé⁵⁸. Les autorités interviennent ; les meneurs sont expulsés. E. Lévy écrit : « *le plus drôle est que j'avais vu ces meneurs au café ; nous avions pris des bocks ensemble et tout serait depuis longtemps*

⁵⁰ Sur la biographie d'Emmanuel Lévy, v. not. F. AUDREN, « Le droit au service de l'action : éléments pour une biographie intellectuelle d'Emmanuel Lévy (1871-1944) » *Droit et Société*, 2004/1, pp.79 – 110 ; v. égal. C.M. HERRERA, *Droit et gauche. Pour une identification*, Les Presses de l'Université de Laval, 2003, spéc., pp. 65 à 71 ; J.-H. JEON, « Un juriste socialiste oublié : Emmanuel Lévy (1871-1943) », *Jean Jaurès Cahiers trimestriels*, 2000, n° 156, p. 51.

⁵¹ « Emmanuel Lévy a parlé à l'École socialiste », in *L'Avenir socialiste, Hebdomadaire de la Fédération du Rhône du Parti Socialiste S.F.I.O.*, 22 mai 1937, p. 2.

⁵² C'est la « *turne Utopie* » du Quartier Latin, en ce sens, v. *Histoire du socialisme*, J. Droz (dir.), t. II : De 1875 à 1918, PUF, 1974, p. 166.

⁵³ E. LÉVY, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, sous la direction de Charles Massigli, (1896), rééd., Hachette Livre, BNF, 2018.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁵⁵ V. La correspondance entre Marcel Mauss et Émile Durkheim où il est question d'E. Lévy, cf. E. DURKHEIM, *Lettres à Marcel Mauss*, (présentées par Ph. Besnard et M. Fournier), PUF, 1998, spéc., pp. 49, 51, 65, 79, 80, 83, 142, 253, 255 et 293.

⁵⁶ Sur la collaboration d'E. Lévy à *L'Année sociologique*, v. not. L. FROBERT, « Sociologie juridique et socialisme réformiste : note sur le projet d'Emmanuel Lévy (1870-1944) », *Études Durkheimiennes*, New Series, vol. 3, 1997, pp. 27 - 41, spéc., p. 28.

⁵⁷ Sur ce triste évènement, v. F. AUDREN, *art. préc.*, spéc. les références citées note 76, p. 96.

⁵⁸ Lettre à Marcel Mauss n° 1, publiée in *Jean Jaurès Cahiers trimestriels*, *préc.*, spéc., p. 57.

fini sans l'intervention des autorités »⁵⁹. C'est un pacifiste. Il aurait voulu prolonger l'expérience à Alger, « *mais le Ministre prit des engagements sur lesquels il fut impossible de revenir* »⁶⁰.

E. Lévy est ensuite nommé chargé de cours à l'Université de Toulouse (1897-1898) où Maurice Hauriou enseigne déjà ses théories. Une « *marche parallèle* » des idées va alors guider publiciste et privatiste⁶¹ ; tous deux s'intéressent au rôle joué par la croyance dans la création des droits.

En 1899, E. Lévy, alors en poste à Aix-en-Provence, échoue dans les épreuves finales du concours d'agrégation. Il sera finalement reçu troisième au concours de 1901 et nommé à Lyon. Dix ans après son arrivée, le recteur s'interroge : « *On peut se demander ce qu'un professeur de droit civil dans une faculté de droit peut enseigner de solide et ferme à ses étudiants quand il leur a démontré (?), dans une brochure, que le "droit repose sur des croyances"* »⁶². E. Lévy ne s'en émeut pas beaucoup. Dans son esprit, c'est à Paris qu'il fera carrière.

Dès 1912, dans ce but, le juriste lyonnais, conscient des difficultés d'accéder à une chaire parisienne, sollicite son ami Marcel Mauss pour appuyer sa candidature : « *Autour de toi, qui pourrait agir, du côté de Liard par exemple ? Andler, Durkheim, Xavier Léon, etc. ? Si tu crois ma nomination utile, agis en hâte* »⁶³. Si aucun de ces soutiens potentiels n'est juriste de profession, E. Lévy peut, toutefois, d'après ses dires, également compter sur l'appui du célèbre professeur Adhémar Esmein⁶⁴.

Au cours de l'année 1914, E. Lévy se présente donc au poste d'agrégé de droit à la Faculté de Paris. Georges Ripert, Henri Lévy-Ullmann et René Demogue sont aussi candidats. Alors qu'il était, selon lui, pressenti pour avoir le poste⁶⁵, il échoue largement. Sa déception est immense et, par-dessus tout, tenace. Il sera « *l'unique professeur parmi les candidats qui va terminer sa carrière en province* »⁶⁶.

16 - À Lyon, E. Lévy assumera également des fonctions politiques. Il sera notamment le premier adjoint au maire radical, Édouard Herriot. Il participera, en outre, à la création de l'Assistance publique, expérience « *dont il se montre le plus fier* »⁶⁷.

17 - Sur le plan des idées, E. Lévy incarnait le fidéisme. Sa pensée est inséparable de la « *confiance légitime* ».

2. La théorie de la « confiance légitime » d'E. Lévy.

18 - En 1894, le jeune Émile Durkheim notait : « *Dans l'état actuel de la science, nous ne savons véritablement pas ce que sont même les principales institutions sociales, comme (...)*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ L'expression est de Maurice Hauriou, v. M. HAURIOU, *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif* (1899), Dalloz, 2012, v. *in fine*, « erratum » : « *Je remercie M. Lévy d'être venu, dans sa marche parallèle...* ».

⁶² AN, F17/24686, notes d'appréciation du 22 mai 1910, cité par M. MILET, *Les professeurs de droit citoyens*, th. Paris II, 2000, note 161, p. 72.

⁶³ Lettre à Marcel Mauss n° 5, publiée in *Jean Jaurès Cahiers trimestriels*, préc., spéc., p. 58.

⁶⁴ Celui aurait déclaré : « *Je ne sais pas si je serai consulté. Si oui, je dirai tout le bien que je pense de vous* » ; v. Lettre à Marcel Mauss n° 6, publiée in *Jean Jaurès Cahiers trimestriels*, préc., spéc., p. 59.

⁶⁵ En ce sens, v. Lettre à Marcel Mauss n° 5, préc. : « *Ma candidature est très susceptible de succès si je suis soutenu...* ».

⁶⁶ Cf. M. MILET, th. préc., p. 72.

⁶⁷ Cf. F. AUDREN, art. préc., spéc., p. 95.

le contrat (...) et la responsabilité »⁶⁸.

À travers sa théorie de la « confiance légitime », E. Lévy a tenté, sinon d'apporter une réponse, du moins de soulever une discussion.

19 - E. Lévy critique la vision classique de la responsabilité civile qui, d'après lui, n'insiste pas suffisamment sur le rapport qui nous lie à autrui et concilie nos droits et libertés. Or c'est là, pour lui, l'essentiel : trouver le rapport. L'auteur soutient que « *ce rapport est un rapport de confiance légitime* »⁶⁹. « *Ici, et pour la clarté de mon propos, je dis que (...) lorsqu'il y a confiance légitime trompée, il y a faute* » et donc responsabilité⁷⁰. « *Un individu passe devant une maison que l'on répare ; une pierre tombe et le blesse : l'ouvrier qui laisse tomber cette pierre est-il responsable ? Oui, si la victime devait compter passer tranquillement ; non, si elle avait pu être prévenue, par quelque signe, qu'il y avait danger à se promener dans la maison* »⁷¹.

Il en va de même, poursuit E. Lévy, de la responsabilité qui naît de l'exercice d'un droit⁷². La jurisprudence vérifie, dans cette hypothèse aussi, que « *le droit a été exercé conformément à ce que l'on pouvait penser, étant donné l'intérêt général, les usages, la raison pour laquelle le droit a été créé, etc.* »⁷³. Les juges se demandent, par exemple, « *si le patron qui congédie son employé ne l'a pas fait trop brutalement, sans donner les délais d'usage, sans invoquer de motifs légitimes, dans des conditions telles enfin que l'employé ne devait pas s'attendre à un renvoi* »⁷⁴.

20 - E. Lévy s'attaque également à l'analyse traditionnelle du contrat. « *En vain, on situe le génie du contrat dans une volonté qui n'ajoute, ni n'enlève rien à l'activité, qui n'en est que l'expression intellectuelle* »⁷⁵. « *Ce qui fait le lien contractuel, écrit-il, c'est la confiance qu'inspire au créancier la promesse du débiteur* »⁷⁶. « *Je ne veux pas abuser des étymologies, se justifie-il, mais, tout de même, créance signifie croyance : le créancier est celui qui croit être créancier, qui croit en son droit* »⁷⁷.

Pour E. Lévy, « *en matière délictuelle comme en matière contractuelle, en matière réelle, comme en matière personnelle, la loi sanctionne la confiance légitime* »⁷⁸. « *Les principes juridiques sont les règles de conduite répondant à cette question, qui est la question juridique, qui est le problème du droit : "Sur quoi puis-je compter ?"* »⁷⁹.

21 - Faut-il le préciser, la vision défendue par E. Lévy fut extrêmement mal accueillie par ses contemporains. Ripert lui reprocha notamment de dire à « la foule : le droit sera ce que

⁶⁸ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique* (1894), rééd., Les Classiques des sciences sociales, 16^{ème} éd., 1967, p. 22.

⁶⁹ E. LÉVY, « La confiance », in *La vision socialiste du droit*, Giard, Paris, 1926, rééd. Hachette Livre, BNF, 2018, p. 63 (texte reprenant l'analyse développée initialement dans « Responsabilité et contrat », *Rev. crit. de légis. et de jurisprud.* 1899, p. 369).

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 61-62.

⁷¹ *Ibid.*, p. 64.

⁷² Cf. E. LÉVY, « La confiance légitime », *RTD Civ.* 1910, p. 717, spéc., p. 718.

⁷³ E. LÉVY, « La confiance », art. préc., pp. 64-65.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ E. LÉVY, « La confiance légitime », art. préc., p. 720.

⁷⁶ E. LÉVY, « La confiance », art. préc., p. 78.

⁷⁷ E. LÉVY, « L'affirmation du droit collectif », in *La vision socialiste du droit*, p. 114 (texte issu d'une Conférence faite à Lyon et paru avec une préface de Ch. Andler, Librairie Bellais, Paris, 1905).

⁷⁸ E. LÉVY, « La confiance », art. préc., p. 82.

⁷⁹ E. LÉVY, « Éléments d'une doctrine », in *Les fondements du droit*, Felix Alcan, 1933, p. 131.

vous voudrez »⁸⁰. « Croire n'est rien, fustigea-t-il, si l'objet de la créance n'est pas la vérité »⁸¹. Roubier fit également part de ses réserves : « Nous ne croyons pas qu'il soit possible de substituer, à l'immense travail accompli par les juristes, une simple formule magique comme celle de la "confiance légitime trompée" »⁸² ...

22 - Dans sa préface de *La vision socialiste du droit*, Édouard Lambert misait, pour sa part, sur l'avenir des idées d'E. Lévy. « De fécondes vérités sociologiques (...) qui deviendront inévitablement les vérités primordiales, les vérités flambeaux, pour la génération de nos enfants ou de nos petits enfants »⁸³. Peut-être que « les yeux des juristes habitués aux teintes neutres »⁸⁴ n'étaient pas suffisamment préparés à l'éclat trop grand de sa pensée. E. Lévy tomba, en tout cas, précipitamment dans l'oubli ; et la dépression qui rodait ne le quitta plus⁸⁵. Avec elle, sans doute, un peu de paranoïa. Gény⁸⁶, Josserand⁸⁷, Voirin⁸⁸, etc., E. Lévy les a tous accusés de piller son œuvre⁸⁹, avec la complicité, pensait-il, de la *RTD Civ.* : « c'est le vol organisé ! »⁹⁰. La fin est triste.

23 – Ripert, l'adversaire le plus violent d'E. Lévy, est mort attablé à son bureau, la tête posée sur sa main, en train de corriger les dernières épreuves de la 3^{ème} édition de son fameux *Traité de droit commercial*. Comme si « la vie ne l'avait point abandonné »⁹¹. De la mort d'E. Lévy, en revanche, on ne sait rien ou presque, sinon ce que le doyen Roubier nous en dit, dans une modeste note biographique : « Il s'est éteint loin de nous, après une vie cependant presque

⁸⁰ G. RIPERT, « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », in *Les fondements du droit*, p. 117 (texte initialement paru à la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1928, p. 21).

⁸¹ *Ibid.*, p. 109.

⁸² P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 1951, rééd. Dalloz, 2005, p. 175.

⁸³ E. LAMBERT, « Préface », in *La vision socialiste du droit*, spéc., pp. IX-X.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ En ce sens, v. F. AUDREN, art. préc., spéc., p. 103 : « Les années trente sont pour lui des années de dépression, un "drame mental" selon son expression ; il souhaite rentrer à Paris pour retrouver ses amis et rejoindre sa femme nommée dans un lycée parisien comme surveillante ».

⁸⁶ E. LÉVY, « L'exercice du droit collectif », in *Les fondements du droit*, ouv. préc., spéc., p. 3 : « Tout en me faisant l'honneur de dire que j'ai eu "le grand mérite d'expliquer en même temps que de poser le fondement de la responsabilité civile", M. Gény préfère à ma "fuyante ingéniosité" une théorie récemment découverte à Aix et il se trouve que sa formule "la plus précise et la plus originale" est : "la responsabilité civile suppose l'exercice d'un droit", formule que moi-même j'ai écrite et enseignée à Aix ».

⁸⁷ V. Lettre d'Emmanuel Lévy au doyen Josserand datée du 1er octobre 1929 : « Mon cher doyen, Je trouve à la Faculté votre droit civil 1ère année. C'est intéressant par ce qui y est et par ce qui n'y est pas. Je vous signale après une demi-heure de lecture trois observations. 1° Votre définition du droit est assez voisine de celle que je disais incidemment en 1899 (*Vision* p. 44 : "c'est le milieu lui-même", etc.) 2° Votre conception de la morale "imposant" des obligations que le droit n'impose pas ne me paraît pas cadrer complètement avec votre définition le droit est "le moule ... obligatoire" 3° Le mariage ne concerne pas que les personnes (au sens des individus) car il y a toujours un régime des biens et des successions. Bien entendu je comprends que vous ne teniez pas compte de mes essais, notamment sur la personne etc, etc... Je souhaite seulement qu'ils vous intéressent (...). Amicalement, Lévy. » (v. Archives, Université de Lyon, 2012, disponible sur http://archives.rhone.fr/accounts/mnesys_cg69/datas/medias/IR_pour_internet/224%20J.pdf)

⁸⁸ V. Lettre d'E. Lévy à M. Mauss, n° 14, publiée in *Jean Jaurès Cahiers trimestriels*, préc., spéc. p. 63 : « (...) J'ai protesté par lettre auprès de M. Voirin à propos de son article de la revue trimestrielle (...) où il n'est question que de "Confiance légitime trompée", de droit à base de "crédit" (...) ».

⁸⁹ V. Lettre d'E. Lévy à M. Mauss, n° 25, ..., p. 67 : « Ma "confiance" est le fond du droit sans jamais un renvoi à mon nom, sauf à propos du délit, que je n'étudiais à cet égard que pour connaître le droit. Confiance ! Heureusement ! Désision ! ».

⁹⁰ Lettre d'E. Lévy à M. Mauss, n° 14, préc. : « Le pli est pris dans les revues de Droit, notamment dans la *Revue trimestrielle de Droit civil de me piller, de ne jamais me citer* (...). C'est le vol organisé ».

⁹¹ H. SOLUS, « Nécrologie. Georges Ripert (1880-1958) », *RIDC*. 1958, n° 4, p. 807.

entièrement passée à Lyon ; mais il s'était fixé depuis sa retraite à Paris, et de ce fait, sa disparition n'a pas été aussi fortement ressentie que s'il était demeuré parmi nous »⁹². Le ton est glacial, mais cela n'a pas d'importance, car l'œuvre survit à l'auteur.

24 - Révolutionnaire, souvent controversé, mais assurément génial, E. Lévy est le Manet du droit. À cela près que la conversion du regard, ou l'impressionnisme, le peintre, lui, l'a vécue⁹³. Le juriste, quant à lui, reste tristement isolé et son courant de pensée en « isme » lui succédera.

25 - « *Tout rapport juridique est dans la fides substantia (...): elle anime, elle oblige, elle crée ...* », professait E. Lévy⁹⁴. Sous couvert d'opérer un retour en arrière, le propos de l'auteur se voulait, en vérité, indéniablement tourné vers l'avenir.

II. Perspectives contemporaines

26 - Plus d'un siècle après avoir été courageusement ravivée par E. Lévy, la notion de confiance fait désormais partie intégrante du paysage juridique. Elle occupe une place centrale en droit commun des contrats (A). Il devrait, *a fortiori*, en être de même dans la relation de travail (B).

A. La place de la confiance en droit des contrats

27 - L'argument selon lequel le contrat serait l'inverse de la confiance apparaît, aujourd'hui, quelque peu éculé. Il faut toujours un minimum de confiance pour nouer une relation, même contractuelle. On ne confie pas ses intérêts à n'importe qui. Le contrat se révèle, en cela, « *assez normalement, assez naturellement, un acte de foi, un acte de confiance* »⁹⁵.

28 - Plus d'un siècle après E Lévy, la doctrine a pris conscience des limites de l'explication volontariste classique et se tourne désormais vers la confiance, vers la *fides*, pour fonder la force obligatoire du contrat. « *Si l'on nie le prétendu pouvoir de la volonté de s'auto-obliquer*, écrit justement M. G. ROUHETTE, *on est conduit à justifier la force obligatoire du contrat en se plaçant du côté du créancier (...). Il faut y voir la marque spécifique de confiance, que le Droit interdirait de tromper* ». Il ne s'agit pas là d'un avis isolé, mais bien de l'opinion doctrinale majoritaire. « *La promesse oblige*, note M. L. AYNÈS, *non tant parce qu'elle a été voulue, que parce qu'elle constitue un signe sur lequel autrui a pu compter* ». Le doyen Carbonnier ne pensait pas différemment : « *ce qui fonde la force obligatoire du contrat*, disait-il, *c'est la confiance que l'un des contractants fait à l'autre* »⁹⁶.

29 - Par-delà cette question extrêmement théorique du fondement de la force obligatoire

⁹² P. ROUBIER, « Emmanuel Lévy (1871-1944) », *Annales de L'Université de Lyon*, 1945, (Fascicule spécial), p. 61.

⁹³ À comp. P. BOURDIEU, *Manet. Une révolution symbolique, Cours au Collège de France (1998-2000)* suivis d'un manuscrit inachevé de Pierre et Marie-Claire Bourdieu, Raison d'agir/ Seuil, 2013. Selon Bourdieu, Le Déjeuner sur l'herbe rompt avec l'art académique ; l'œuvre est à l'origine d'une « *conversion collective* », « *les catégories de perception et d'appréciation changent* », « *un renversement s'opère* » (p. 14). Ce tableau est « *le commencement d'une nouvelle histoire parce qu'il met tout en question en tant que fait social total* » (p. 147).

⁹⁴ E. LÉVY, « Construction sociale du droit », in *Les fondements du droit*, p. 160.

⁹⁵ J. CARBONNIER, « Sociologie et droit du contrat », in *Annales de la faculté de Droit de Toulouse*, tome VII, fasc. 1, 1958, p.112, spéc., p. 120.

⁹⁶ J. CARBONNIER, « Introduction », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, PUF, 1986, p. 29, spéc., p. 35.

du contrat, le nouvel article 1112-1 du Code civil, issu de la réforme du droit des contrats de 2016⁹⁷, prévoit désormais que « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, *légitimement*, cette dernière ignore cette information ou *fait confiance* à son cocontractant »⁹⁸. La notion civile de « confiance légitime »⁹⁹ est désormais gravée dans la loi. Elle figure expressément dans le droit commun des contrats, auquel est soumis le contrat de travail¹⁰⁰. S'il doit y avoir une revanche d'Emmanuel Lévy, elle est ici¹⁰¹.

30 - Il convient néanmoins, dès à présent, de faire état des doutes qui existent depuis toujours sur le critère de la légitimité de la confiance. « *Je demande quel est le signe de la légitimité de la confiance. Je constate qu'Emmanuel Lévy glisse sur ce point* », s'inquiétait Ripert¹⁰². Le reproche n'était pas réellement fondé. Comme l'avait parfaitement compris Georges Gurvitch, chez E. Lévy, la « confiance légitime » est une « *confiance juste* »¹⁰³. Nous dirions aujourd'hui, pour être plus exact, une confiance qui repose sur des éléments objectifs et serait jugée comme telle par une personne raisonnable. Nous aurons, chemin faisant, l'occasion d'y revenir.

31 - Pour l'heure, force est de constater que la notion de « confiance légitime » fascine la doctrine civiliste et rassemble, autour d'elle, toujours plus d'auteurs. Le risque est alors de ne plus jurer que par elle, de la « *mettre à toutes les sauces* », selon l'heureuse formule de M. P.-Y. GAUTIER¹⁰⁴. La menace est aussi sérieuse que celle consistant à la tenir pour négligeable.

32 – Prévenu de ces potentiels dangers, nous tâcherons, pour notre part, d'évaluer la place exacte de la confiance, non plus en droit commun des contrats où le sujet est

⁹⁷ Cf. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018.

⁹⁸ C. civ. art. L. 1112-1, al. 1^{er}. Sur ce texte, v. *infra*, n° 82 et s.

⁹⁹ En droit public, la notion de « confiance légitime » est en vigueur depuis longtemps. L'idée d'une possible filiation avec la « confiance légitime » d'E. Lévy ne doit pas être exclue ; en ce sens, v. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, coll. « Domat », 15e éd., 2001, n° 135 : « *La source intellectuelle du principe est considérée comme se situant dans le droit allemand (repris par le droit communautaire) (...). On oublie ainsi que notre littérature juridique compte une œuvre dont l'auteur, Emmanuel Lévy, s'est attaché à situer la notion de "confiance légitime" au centre de l'organisation des rapports juridiques* » ; contra, F. MELLERAY, « La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Revue Droit et Société*, 2004-1, p. 143. L'auteur réfute l'idée d'une quelconque filiation ; sur la confiance légitime en droit public, v. not. S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, DALLOZ, NBT, 2001.

¹⁰⁰ C. trav. art. L. 1221-1 : « *Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter* ».

¹⁰¹ À comp. F. MELLERAY, « La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », art. préc.

¹⁰² G. RIPERT, « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », art. préc., spéc., pp. 109 -110.

¹⁰³ G. GURVITCH, « Les fondements et l'évolution du droit d'après Emmanuel Lévy », *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, T. 1117, n° 1/2, 1934, pp. 104-138, spéc., p. 112.

¹⁰⁴ P.-Y. GAUTIER, « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation », in *La Confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, p. 115.

abondamment traité¹⁰⁵, mais dans la relation de travail. Moins étudiée¹⁰⁶, la notion y joue pourtant, nous semble-t-il, un rôle plus essentiel encore.

B. La place de la confiance dans la relation de travail

33 - On se rappelle que le Droit du travail a pris son essor avec cette référence choquante à la fiabilité de l'allégation du seul employeur. « *Le maître est cru sur son affirmation* » énonçait l'article 1781 ancien du Code civil¹⁰⁷. On pouvait, à l'époque heureusement révolue¹⁰⁸, légitimement se fier, s'agissant du moins du paiement du salaire, à la version de l'employeur¹⁰⁹. Le législateur dérogeait alors au principe d'égalité devant la loi « *pour protéger le maître contre les "fourberies" de ses domestiques en les privant de toute crédibilité* »¹¹⁰. Il avait, pour ainsi dire, choisi son camp.

34 – La situation a évidemment évolué. Le Droit du travail a depuis longtemps acquis son propre Code, que certains voudraient aujourd'hui alléger - parfois dans des proportions inquiétantes - sous couvert d'« encourager la confiance »¹¹¹. Les circonstances changent, mais la confiance reste en toutes circonstances l'encrier du législateur¹¹². Une confiance bien souvent partisane, comme celle qui a récemment été invoquée au soutien du plafonnement des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse¹¹³. Ou encore celle qui présume de la bonne utilisation des heures de délégation par les représentants du personnel¹¹⁴.

Cette confiance-là, précisons-le, nous intéresse peu. Trop subjective, trop factuelle, elle se révèle plus politique que juridique.

35 - Notre objet d'étude est autre. Il s'agit de la place et du rôle de la confiance dans la relation *de* travail, c'est-à-dire, tout simplement, entre employeur et salarié, dans et par-delà l'exécution du contrat de travail¹¹⁵. Nous délaisserons donc les relations collectives *du* travail,

¹⁰⁵ V. not. A. CHIREZ, *De la confiance endroit contractuel*, th. dactyl., Nice, 1977 ; V. EDEL, *La confiance en droit des contrats*, Montpellier, 2006 ; *La Confiance en droit privé des contrats*, ouv. préc. ; Th. GENICON, « contrat et protection de la confiance », *RDC*. 2013/1, p. 336 ; *adde.*, J.-L. SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP G*. 1982, I, 3058 ; G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, th. dactyl., Université de Picardie, 2008 ; *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, préf. M. Honatiau, av.-pr., P. van Ommeslaghe, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 1995 ; X. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, préf. J.-P. Marguénaud, Fondation de Varenne, 2011.

¹⁰⁶ V. toutefois, B. BOSSU, « La confiance en droit du travail », in *La cause en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Paris, Panthéon-Assas, 2013, p. 215.

¹⁰⁷ C. civ. art. 1781 anc. : « *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* ».

¹⁰⁸ Le texte a été aboli par la loi du 2 août 1868.

¹⁰⁹ Cf. A. CASTALDO, « L'histoire juridique de l'article 1781 du Code civil : "le maître est cru sur son affirmation" », *Revue historique de droit français et étranger*, 1977/2, p. 211.

¹¹⁰ Y. SAINT-JOURS, « La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau », *D.* 1990, p. 113.

¹¹¹ V. l'accueil mitigé réservé à la proposition de Robert Badinter et d'Antoine Lyon-Caen de ramener le Code du travail à l'énonciation de 50 principes fondateurs ; cf. *Le travail et la loi*, Fayard, 2015. La question n'est pas nouvelle, v. B. TEYSSIÉ, « Propos autour d'un projet d'autodafé », in *Faut-il brûler le Code du travail ?* Montpellier 25 avril 1986, *Dr. soc.*, 1986, p. 559.

¹¹² « *Le carburant le plus riche de la performativité du droit* », estime F. OST ; cf. F. OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 422.

¹¹³ La prévisibilité de la rupture du contrat de travail permettrait, selon un certain discours libéral, de provoquer un « choc de confiance » chez les employeurs ; sur ce postulat discuté et discutable, v. E. DOCKÈS, D. MÉDA, M.-L. MORIN, « Libérer les employeurs des contraintes » (regard critique), in *Réinventer le travail*, É. Fottorino (dir.), Le 1, hors-série, Les Indispensables, 2017, p. 72.

¹¹⁴ C. trav. art. L. 2315-10 instituant une présomption de bonne utilisation des heures de délégation.

¹¹⁵ La référence à la « relation de travail » permet de saisir les rapports non contractuels de travail ; sur cette référence et sa charge historique, v. A. JEAMMAUD, « Consentir », in *La volonté du salarié*, T. Sachs (dir.),

alors même que la tendance invasive de la confiance s’y manifeste également¹¹⁶. On en veut pour preuve l’article L. 2222-3-1 du Code du travail, issu de la loi du 8 août 2016, qui se réfère explicitement à la « confiance mutuelle » dans la négociation d’une convention ou d’un accord collectif¹¹⁷.

Notre sujet pourrait, à cet égard, paraître excessivement réducteur, tant il est vrai que la confiance insuffle également le « collectif ». Il importe cependant d’éviter la dispersion et de replacer la confiance là où elle doit être : d’abord entre les personnes. On ne saurait mieux l’exprimer que la Cour européenne des droits de l’homme : « *Pour pouvoir prospérer, les relations de travail doivent se fonder sur la confiance entre les personnes* »¹¹⁸. La confiance correspond bien, ici plus qu’ailleurs, à un impératif interpersonnel, en l’absence duquel la relation serait vouée à l’échec et ne pourrait, à vrai dire, pas même débiter...

36 - La plupart du temps, le salarié s’engage, en effet, sans pouvoir négocier le contenu de son contrat de travail, qui a, sauf exceptions, la nature d’un contrat d’adhésion¹¹⁹. Or, dans ce type de contrat, on le sait depuis les travaux de M. G. BERLIOZ¹²⁰, « *l’absence de discussion fait de l’adhésion un acte de confiance, et non de volonté* »¹²¹. Le doyen Carbonnier avait parfaitement résumé la chose : « *s’il n’est pas antinaturel, enseignait-il, que le contrat soit une confiance globale, - plébiscitaire - on s’explique mieux le contrat d’adhésion. Créance, croyance, confiance* »¹²².

À défaut de pouvoir vouloir, le salarié doit faire confiance à l’employeur. Cela vaut naturellement pour le contenu du contrat, qu’il ne négocie pas, mais aussi, au-delà, pour sa santé et sa sécurité. Comme nous la rappelle, en effet, brutalement M. A. SUPLOT, « *dans la relation de travail, le travailleur, à la différence de l’employeur, ne risque pas seulement son patrimoine, il risque sa peau* »¹²³. Ce qui, paradoxalement, vivifie la confiance¹²⁴.

De son côté, l’employeur ne peut exercer son pouvoir de surveillance, partout, tout le temps. Il est, lui aussi, contraint de faire confiance au salarié. *A fortiori*, depuis que de nouveaux modes d’exercice du travail, secrétés par des situations conjoncturelles de crises sanitaires ou structurelles de modes de management, ont vu le jour. On songe au télétravail, en particulier,

Dalloz, coll. « Actes et commentaires », 2012, p. 66 : où l’auteur souligne que l’expression s’est aujourd’hui banalisée.

¹¹⁶ V. not. Th. PASQUIER, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *RDT*, 2018, p. 44 ; P. VIGNAL, « La loyauté dans la négociation collective : un horizon incertain », *Dr. ouv.* 2002, p. 521 ; v. déjà, J. PÉLISSIER, « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouv.* 1997, p. 496.

¹¹⁷ C. trav. art. L. 2222-3-1, al. 1^{er} : « *Une convention ou un accord collectif peut définir la méthode permettant à la négociation de s’accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties (...)* ». Sur ce texte, v. not. S. NADAL, « Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective - Engagement de la négociation », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, oct. 2019 (actu. fév. 2020), spéc., n° 273.

¹¹⁸ CEDH, gr. ch., 12 sept. 2011, *Palomo Sanchez et autres c/ Espagne*, req. n°s 28955/06, etc., spéc. § 76.

¹¹⁹ Le contrat de travail répond à la nouvelle définition du contrat d’adhésion telle qu’elle ressort de l’article 1110 du Code civil ; v. sur ce point, M. MEKKI, « La notion de contrat d’adhésion : on est loin de la “haute définition” ! », *RDC*, 2019/2, p. 112, spéc., n° 8 : pour l’auteur, le contrat de travail fait partie des hypothèses qui « *ne donnent plus lieu à débat* ». La définition initialement envisagée dans le projet de réforme soulevait, quant à elle, plus d’interrogations ; cf. G. LOISEAU et A. MARTINON, « La contrat de travail est-il encore un contrat d’adhésion ? », *Cah. soc.*, janv. 2018, p. 3.

¹²⁰ G. BERLIOZ, *Le contrat d’adhésion*, préf. B. Goldman, LGDJ, 1973.

¹²¹ *Ibid.*, n° 374.

¹²² J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome 4 – Les Obligations*, ouv. préc., spéc., n° 36, p. 90.

¹²³ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 68.

¹²⁴ En ce sens, v. A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. préc., n° 69, p. 105. L’auteur souligne que « *le besoin de confiance naît du risque* ».

qui implique de fonctionner « à la confiance »¹²⁵ ; encore que cette pratique à distance ne doit pas être généralisée, sous peine de devenir, selon les mots de M. B. TEYSSIE, une « *externalisation massive des salariés* »¹²⁶.

37 - Le contrat de travail est, en outre, un contrat à exécution successive et, par définition, incomplet¹²⁷. Il est l'archétype des contrats dits « relationnels »¹²⁸, qui exaltent la foi dans le partenaire. Le propos de M. F. OST trouve ici une résonance particulière : le contrat de travail ne sera effectivement « *un outil de maîtrise du futur, la stabilité ne lui sera garantie, qu'à la condition d'entretenir la confiance mutuelle sur laquelle il repose* »¹²⁹. La confiance vient, en quelque sorte, contrebalancer la large part d'indétermination qui affecte le contrat de travail¹³⁰.

38 – Outre ces considérations générales, il existe également des facteurs particuliers qui peuvent accentuer le rôle de la confiance dans la relation de travail. Sans aller jusqu'à dire, avec M. A. CHIREZ, que « *lorsque l'entreprise atteint des dimensions excluant la connaissance réciproque des partenaires contractuels, apparaît la défiance* »¹³¹, on peut néanmoins relever que, selon la taille des effectifs, la confiance peut changer d'objet. Interpersonnelle dans les petites et très petites entreprises, elle devient davantage institutionnelle dans les grandes multinationales. La confiance ne disparaît jamais totalement du rapport de travail, elle est en transition¹³².

L'ancienneté du salarié et la nature des fonctions occupées sont également de nature à encourager la confiance de l'employeur. Les rapports quotidiens de ce dernier avec les proches collaborateurs, ses « bras droits » qui ont fait leur preuve, postulent, comme le dit Kant de l'amitié, la « *pleine confiance* »¹³³.

On pourrait ajouter, en reprenant le critère dégagé par M. Ph. STOFFEL-MUNCK, que, d'une certaine manière, l'intensité de la confiance dans la relation de travail varie en fonction

¹²⁵ À rapp. J.-E. RAY, « Légaliser le télétravail : une bonne idée ? », *Dr. soc.* 2012, p. 44, pour qui : « *le télétravail ? La confiance, sinon rien !* ».

¹²⁶ B. TEYSSIE, « Télétravail VS communauté de travail », *D.* 2022, p. 1518.

¹²⁷ Sur l'incomplétude du contrat de travail analysée d'un point de vue économique, v. not. C. PARADEISE et P. PORCHER, « Le contrat ou la confiance dans la relation salariale », disponible sur https://travail-emploi.gouv.fr/publications/Revue_Travail-et-Emploi/pdf/46_3080.pdf, spéc., p. 8 : relevant que « *le contrat de travail (...) est incomplet parce qu'il porte sur la livraison d'une force de travail dont il établit la subordination juridique, et non sur la livraison d'un produit (contrairement au contrat d'entreprise...)* » ; v. égal. S. FRÉMAUX et P. PORCHER, « L'incomplétude et l'incertitude dans la relation de travail », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2006, p. 43.

¹²⁸ Sur cette catégorie (doctrinale) de contrats, v. not. H. MUIR-WATT, « "Du contrat relationnel". Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, Actes du colloque de Nantes, Association Henri Capitant, 1999, p. 169 ; Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003 ; C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2005 ; J.-G., BELLEY, "Contrat relationnel", in *McGill Companion to Law*, A. Popovici et L. Smith (dirs.), 2012, disponible en ligne à <https://www.mcgill.ca/companion/list/contrat-relationnel>.

¹²⁹ F. OST, « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat*, ouvr. préc., p. 147.

¹³⁰ Sur cette indétermination, v. not. A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005, n° 401, pp. 211-212 ; E. DOCKÈS, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr.soc.* 1997, p. 140.

¹³¹ A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. préc., n° 173, p. 231

¹³² À comp. É. LAURENT, *L'Économie de la confiance*, La Découverte, 2012 : pour l'auteur, la confiance interpersonnelle serait en crise et aurait vocation à être remplacée par une confiance institutionnelle.

¹³³ E. KANT, *Doctrine de la vertu*, I, II, 47 : qui définit l'amitié comme « *la pleine confiance que s'accordent deux personnes qui s'ouvrent réciproquement l'une à l'autre* » (cité par M. Marzano, « Qu'est-ce que la confiance ? », *Études*, 2010/1, p. 53-63, spéc., p. 60).

du « *degré d'altérité opposant les parties* »¹³⁴, c'est-à-dire de leurs dissemblances. On se méfie toujours davantage de ce qui nous est étranger. Avec cette conséquence que la « perte de confiance » de l'employeur pourrait être plus ou moins légitime selon les cas. Nous aurons, là encore, l'occasion d'y revenir.

39 - La confiance entretient des liens étroits avec d'autres notions juridiques, telles que l'exigence de bonne foi et l'obligation de loyauté. Le Vocabulaire juridique de Gérard Cornu la définit d'ailleurs comme la « *croyance en la bonne foi, loyauté, sincérité et fidélité d'autrui (tiers, cocontractant) ou en ses capacités, compétence et qualification professionnelles* »¹³⁵. Il cite pour exemple la « *confiance envers son médecin* »¹³⁶. On pourrait tout aussi bien viser la confiance en son salarié ou en son employeur, également très parlantes.

La notion de confiance entrecroise également d'autres notions plus sentimentales, mais non moins juridiques. On pense notamment aux notions d'« attentes légitimes »¹³⁷ ou d'« espérance légitime »¹³⁸. Sans dire que ces expressions se valent¹³⁹, elles relèvent cependant du même registre fidéiste. Disons, en nous inspirant de la pensée de Paul Ricœur, que les notions d'attente, de croyance et d'espérance « *s'appellent mutuellement* »¹⁴⁰. Elles sont toutes placées au service de la confiance.

40 - La confiance constitue, pour nous, *une croyance ferme que la personne ou la chose se comportera de façon conforme à ce qui est attendu d'elle. Une espérance de fiabilité, qui limite les opérations de contrôle et laisse augurer d'une loyauté voire d'un bienfait à venir. La confiance n'est jamais tournée vers le déplaisir. Elle est horizon frugifère.*

41 - Dans la relation de travail, la confiance est, d'un point de vue juridique, un phénomène interpersonnel, un lien qui agit sur le comportement et les obligations des parties (Partie I). Toutefois, ce lien n'est pas tout. On découvre également un aspect économique inattendu de la confiance qui rejaillit nécessairement sur le droit de la relation. C'est que la confiance apparaît également comme un phénomène réel, qui pénètre la sphère de l'avoir et se réifie au point de pouvoir se transmettre. Elle peut alors s'analyser sous l'angle du « bien » (Partie II).

¹³⁴ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, spéc., n° 248 et s.

¹³⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v° Confiance.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Cf. G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, th. préc., spéc., n° 18, p. 14 : où l'auteur s'efforce de distinguer la notion d'« attente légitime » des notions voisines ; sur ce concept, v. égal. J. CALAIS-AULOY, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 171 ; P. LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 321.

¹³⁸ W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, th. préc.

¹³⁹ La notion d'« attente légitime », qui figure désormais à l'article 1166 du Code civil, agit sur le contenu du contrat. La notion d'« espérance légitime » se rattache, quant à elle, à la notion de « bien » et au droit de propriété au sens de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la CONv. EDH ; sur cette notion, v. *infra*, n° 421 et s.

¹⁴⁰ Acomp. L. ASSAYAG, « Penser la confiance avec Paul Ricœur », *Études Ricœuriennes*, vol. 7, 2016, n° 2, pp. 164-186, spéc., pp. 165-166 : « *La confiance est en effet intimement tressée au concept de capacité et de croyance en notre pouvoir-faire. Pour P. Ricœur, ces deux notions s'appellent mutuellement : la capacité à avoir confiance en quelqu'un dépendra de la croyance en sa fiabilité. Mais, inversement, la croyance en notre pouvoir actualisera également notre capacité à faire confiance* ».

Première partie :

Le Lien

42 - Selon l'École du droit naturel, « *il ne faut pas décevoir la confiance que les autres hommes ont pu mettre dans nos gestes comme nos paroles* »¹⁴¹. La règle se vérifie, de façon très nette, entre employeur et salarié. Dans ce rapport déséquilibré, où la volonté se soumet plus qu'elle ne s'engage¹⁴², la confiance que l'on crée nous oblige (**Titre 1**). Assurément, la confiance anime la relation de travail, jusqu'à un certain point tout au moins. Lorsque l'employeur ne peut plus légitimement se fier à son salarié, la rupture du contrat de travail apparaît, bien souvent, nécessaire (**Titre 2**). La confiance est ainsi un lien qui oblige et la perte de confiance, une rupture du lien qui libère.

¹⁴¹ J. CARBONNIER y voit une « sorte de sémiologie », cf. J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4, Les Obligations*, ouv. préc., n° 16, p. 59.

¹⁴² A. SUPLOT, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr.soc.* 1990, p. 485, spéc., p. 487 : « *Alors que dans le contrat civil la volonté s'engage, dans la relation de travail elle se soumet* ».

Titre 1 : La force obligatoire de la confiance créée

43 - La force obligatoire de la confiance créée se manifeste d'abord aux portes de l'entreprise, dans la période précontractuelle (Chap. 1). Elle s'exprime ensuite tout au long de la relation de travail (Chap. 2).

Chapitre 1 : La confiance créée avant le contrat de travail

44 - Dans la période qui précède la conclusion du contrat de travail, la confiance créée entre les parties explique, d'une part, l'effet obligatoire des mécanismes précontractuels (Section 1) et tempère, d'autre part, l'obligation de « se » renseigner de l'employeur (Section 2). La confiance assure ainsi des fonctions explicative et technique¹⁴³.

Section 1 : La justification de la force obligatoire des mécanismes précontractuels

45 - Les pourparlers d'embauche (Sous-section 1) et l'offre de contrat de travail (Sous-section 2) peuvent bien être placés sous le signe d'une certaine liberté et, en principe, ne pas « obliger », ils sont un moment de basculement où la volonté des uns, de rompre ou de révoquer, se heurte à la confiance légitime des autres. L'effet obligatoire des mécanismes précontractuels naît précisément quand cette confiance apparaît.

Sous-section 1 : Les pourparlers d'embauche

46 - Ce n'est pas parce que le contrat de travail est généralement un contrat d'adhésion¹⁴⁴ que sa conclusion ne saurait être précédée de pourparlers¹⁴⁵. En pratique, à chaque fois que l'employeur formule une offre d'emploi dans la presse ou sur des sites spécialisés, l'étape suivante est celle des « pourparlers d'embauche »¹⁴⁶. L'intérêt de cette phase préliminaire, qui n'intéresse pas ou peu la doctrine travailliste¹⁴⁷, ne réside pas tellement dans la possibilité de négocier le contenu du contrat projeté, faculté qui échappe à la plupart des salariés¹⁴⁸. Il est surtout de permettre à l'employeur et au candidat à l'embauche de nouer contact¹⁴⁹, dans

¹⁴³ À rapp. Th GENICON, « Contrat et protection de la confiance », *RDC*. 2013/1, p. 336 : qui distingue les fonctions pédagogique, politique et technique de la confiance.

¹⁴⁴ Sur cette qualification, v. *supra*, n° 36.

¹⁴⁵ À noter que, selon Mme. R. VATINET, on ne saurait déduire de l'absence ou de l'existence de pourparlers, « automatiquement une qualification de contrat de gré à gré ou de contrat d'adhésion » ; cf. obs. sous Cass.soc., 21 sept. 2017, *Dr.soc.* 2018, p. 170 ; à comp. P. MOUSSERON, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité délictuelles », *RTD. Com.* 1998, p. 243 : « À l'origine du contrat, les négociations jouent des rôles variables : absentes des contrats de simple adhésion, elles s'imposent à la préparation d'opérations complexes couvrant des intérêts économiques importants ».

¹⁴⁶ L'offre d'emploi, qui ne doit pas être confondue avec l'offre de contrat de travail (cf. *infra*, n° ??), s'analyse généralement comme une « offre d'entrer en pourparlers » ; en ce sens, v. not. G. AUZERO, obs. sous Cass.soc., 12 juill. 2006, *RDT*. 2006, p. 311

¹⁴⁷ Les pourparlers d'embauche sont souvent évoqués, mais généralement pour faire la lumière sur des notions voisines plus contentieuses. Ils ne sont jamais étudiés pour eux-mêmes.

¹⁴⁸ Les cadres dirigeants ont un pouvoir de négociation précontractuelle qui, de fait, échappe aux salariés ordinaires.

¹⁴⁹ En ce sens, v. Y. AUBRÉE, « Contrat de travail : existence – Formation – Formation du contrat de travail », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, janv. 2014 (actu. Mars 2020) : qui note que « Pour l'employeur comme pour le candidat à l'embauche, les pourparlers constituent donc une période de réflexion sur leur projet de collaboration ». L'auteur souligne également qu'« à une époque où les tâches offertes aux candidats potentiels sont de plus en plus précises et techniques, cette phase de pourparlers apparaît essentielle ».

l'espoir non dissimulé qu'une offre de contrat de travail soit, à terme, formulée par le premier et accepté par le second¹⁵⁰. On n'entretient pas des pourparlers pour faire des pourparlers. Il y a toujours, au loin, la perspective du contrat et de la collaboration.

Il faut cependant, dans ce qui n'est encore qu'un « vestibule »¹⁵¹, savoir raison garder et ne pas trop espérer, car les pourparlers d'embauche peuvent être rompus librement. Le nouveau droit commun des contrats, subsidiairement applicable au contrat de travail¹⁵², consacre désormais explicitement cette liberté de rupture¹⁵³.

Employeur et candidat à l'embauche ne sauraient être forcés de contracter. Cette absence d'obligation de conclure, dérivée de la liberté contractuelle, n'exclut pas pour autant, et la contradiction n'est qu'apparente, la possibilité de commettre une faute dans la rupture des pourparlers¹⁵⁴.

47 – Il existe, sur ce point, un relatif consensus doctrinal. Dans l'ensemble, les auteurs s'accordent pour considérer que la rupture des pourparlers est fautive quand elle trompe la confiance légitime du partenaire¹⁵⁵ ; elle résulte généralement, enseignent notamment MM. Ph. MALAURIE, Ph. STOFFEL-MUNCK et L. AYNÈS, d'une « *volte-face soudaine mettant fin à de longs pourparlers pouvant laisser croire en la conclusion du contrat* »¹⁵⁶.

La chambre commerciale de la Cour de cassation s'est, elle-même, expressément référée à cette idée de confiance légitime trompée dans un arrêt du 25 novembre 2003. Elle a jugé que l'auteur de la rupture avait commis une faute en ayant « *suscité chez la société Pierre Industrie la confiance dans la conclusion du contrat envisagé, les pourparlers étant suffisamment avancés pour lui faire légitimement croire que ceux-ci allaient aboutir* »¹⁵⁷. L'auteur de la rupture ne pouvait, en l'occurrence, comme cela a été relevé, rompre des pourparlers, après

¹⁵⁰ L'offre de contrat de travail annonce la sortie des pourparlers. Elle ne doit pas être confondue avec l'offre d'emploi, qui en est le point de départ.

¹⁵¹ Selon le mot du doyen Carbonnier, cf. J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4, Les Obligations*, PUF, 22e éd. (refondue), 2000, n° 28, p. 76.

¹⁵² C. trav. art. L. 1221-1 : « *Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun (...)* ». On peut ajouter : la période qui précède sa conclusion aussi.

¹⁵³ C. civ. art. 1112, al. 1^{er}, issu de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats : « *L'initiative, le déroulement, et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi (...)* » ; v. déjà en ce sens, Cass.com., 12 janv. 1999, n° 96.14.604, *inédit*.

¹⁵⁴ L'article 1112 al. 2. du Code civil parle de « *faute commise dans les négociations* ». Ce qui vise « *aussi bien leur conduite que leur rupture* » ; en ce sens, v. N. DISSAUX, C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, v° art. 1112.

¹⁵⁵ V. not. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5e éd., 2011, p. 233, n° 464 : « *La faute consiste généralement dans une volte-face soudaine mettant fin à de longs pourparlers pouvant laisser croire en la conclusion du contrat* » ; L. AYNÈS, « *L'obligation de loyauté* », *APD*. 2000, t. 44, p. 195, spéc., p. 201 : « *Liberté de rompre, certes ; mais rupture fautive, si elle surprend la confiance légitime qu'un partenaire a pu fonder sur l'attitude de l'autre* » ; J. GHESTIN, « *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers* », *JCP G*. 2007, I, 155, spéc., n° 24 : « *Il ne peut y avoir abus du droit de rupture des pourparlers qu'à partir du moment où le demandeur a pu légitimement croire en la conclusion possible, voire probable du contrat* » ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, *loc. cit.* ; D. MAZEAUD, « *La confiance légitime et l'estoppel* », *RIDC*. 2006, p. 363 ; H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, préf. A. Ghozi, PUAM, 2002, n°329 et s. pp. 324 et s. ; H. MUIR-WATT, « *Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance* », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), Dalloz, 2003, p. 53 ; B de CONINCK, « *Le droit commun de la rupture des négociations contractuelles* », in *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, M. Fontaine (dir.), Bruylant- LGDJ, 2002, p. 21, spéc., n° 20, p. 33 ; J. SCHMIDT, « *La sanction de la faute précontractuelle* », *RTD Civ*. 1974, p. 46 ; A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. préc., n°298.

¹⁵⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^e éd., 2011, n° 464, p. 234.

¹⁵⁷ Cass.com., 25 nov. 2003, n° 01-12.660, *inédit*.

avoir passé « plusieurs commandes » auprès du partenaire, en lui confiant « la réalisation de prototypes », en le félicitant « chaudement » pour la « rapidité d'exécution » et la « qualité du travail fourni », en ne lui adressant « aucun reproche », et en lui faisant miroiter « la réalisation de sept nouveaux modèles ». Il y avait de nombreux éléments objectifs, des faits significatifs émanant du partenaire, qui constituaient autant de raisons de croire à l'issue favorable des pourparlers. La légitimité de la confiance dans l'aboutissement des négociations, lesquelles étaient particulièrement avancées, ne faisait aucun doute.

À la différence des matières civiles et commerciales, la rupture des pourparlers ne suscite, en matière sociale, qu'un contentieux limité, mais existant. Il a ainsi été jugé qu'un employeur commet une faute lorsqu'il rompt les pourparlers, après avoir annoncé au candidat à l'embauche qu'un contrat de travail tenant compte de ses différentes observations lui serait envoyé dans les prochains jours¹⁵⁸. Il y avait un comportement du partenaire, des éléments objectifs, permettant de croire à l'issue favorable des négociations, et donc à la conclusion prochaine du contrat de travail¹⁵⁹.

48 - Si la doctrine s'accorde, en grande partie, sur le fait que la faute en matière de pourparlers peut être recherchée dans l'idée de confiance légitime trompée, elle n'en tire, toutefois, aucune conséquence en termes de force obligatoire. Certes, il est de règle que les pourparlers sont librement révocables¹⁶⁰ : ils ne sont pas dotés de la force obligatoire du contrat et ne suscitent *a priori* aucun rapport contraignant¹⁶¹. Cependant, on sait que si l'un des partenaires a, par son comportement, laissé espérer à l'autre la réussite des pourparlers et la conclusion du contrat, il commet une faute en rompant les négociations¹⁶². Or, si une telle faute peut être commise¹⁶³, c'est bien que les pourparlers se trouvent dotés, à un moment donné, en raison de la confiance suscitée, d'une certaine force obligatoire¹⁶⁴. Mme. J. SCHMIDT évoque,

¹⁵⁸ CA. Paris, Ch. 21 sect. A, 19 mai 1992, JurisData : 1992-021476.

¹⁵⁹ À rapp. D. CORRIGNAN-CARSIN, « Loyauté et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de Henri Blaise*, Economica, 1995, p. 125, spéc., n° 15, p. 132 : qui retient le critère de la confiance trompée pour caractériser la faute dans la rupture des pourparlers d'engagement ; en ce sens, v. égal. B. BOSSU, « Loyauté et contrat de travail », in *Droit et loyauté*, F. Petit (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 115, spéc., p. 116, spéc., p. 119.

¹⁶⁰ Cf. C. civ. art. 1112 nouv. préc.

¹⁶¹ Cass.soc., 17 mai 1979, n° 78-40.497, *Bull.civ.* V, n° 424 : retenant que les rapports entre une association et un metteur en scène relativement à un projet de pièce de théâtre ne les engageaient pas dans la mesure où « ils n'avaient pas dépassé le stade des pourparlers ».

v. égal. Cass.soc., 21 déc. 1977, D. 1977, IR, p. 75 : retenant que les pourparlers n'avaient pas « dépassé le stade d'hypothèses non génératrice d'obligations ».

¹⁶² Cf. Cass.com., 25 nov. 2003, préc. ; v. égal., Riom, 3^e ch. 10 juin 1992, *RJDA*. 1992, n° 893, p. 732, *RTD civ.* 1993. 343, obs. J. MESTRE : « Si la liberté est le principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris la liberté de rompre à tout moment les pourparlers, il n'en est pas moins vrai que lorsque ces derniers ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure et, partant, pour l'inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive, cause un préjudice, et donne lieu à réparation ».

¹⁶³ M. O. DESHAYES distingue la « faute dans la rupture » - « qui serait seule concevable » - de la « faute de rupture » - « qui n'existerait pas (car les parties sont libres de ne pas conclure le contrat) » ; cf. O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », *RTD. Com.* 2004, 187, spéc., n° 16 ; cette distinction a toutefois été jugée « artificielle » par M. J. GHESTIN ; cf. « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP*. 2007. I. 155, nos 14 et s., où l'auteur rappelle que la décision de rompre n'est pas discrétionnaire, mais fait l'objet d'un contrôle au titre de l'abus.

¹⁶⁴ À comp. Cass.soc., 17 mai 1979, n° 78-40. 497, *Bull.civ.* V, n° 424 : retenant que les rapports entre une association et un metteur en scène relativement à un projet de pièce de théâtre ne les engageaient pas dans la mesure où « ils n'avaient pas dépassé le stade des pourparlers » ; v. égal. Cass.soc., 21 déc. 1977, D. 1977, IR, p. 75 : retenant que les pourparlers n'avaient pas « dépassé le stade d'hypothèses non génératrice d'obligations ».

à ce propos, une obligation « de ne pas mettre fin » aux pourparlers¹⁶⁵. « Ne pas mettre fin », c'est-à-dire poursuivre le processus vers le possible contrat...

49 - Par l'effet de la confiance légitime créée, les parties se trouvent contraintes de poursuivre les négociations, non de manière inconditionnelle jusqu'à la formulation d'une offre, mais jusqu'à « *l'avertissement qui prévient la brutalité, aux justifications qui excluent le caprice* »¹⁶⁶. La confiance suscitée et entretenue par l'employeur l'oblige, à poursuivre un temps - celui, même bref, des explications - les négociations avec le candidat (l'obligation de négocier n'est pas une inconnue du droit du travail¹⁶⁷) ou à justifier, motiver leur cessation¹⁶⁸.

50 - Si la question de la force obligatoire des pourparlers d'embauche reste assez théorique et suscite peu de contentieux, la valeur juridique de l'offre de contrat de travail se trouve, quant à elle, au cœur de l'actualité jurisprudentielle et soulève de vives discussions doctrinales. La référence à la confiance permettrait de repenser les termes du débat.

Sous-section 2 : L'offre de contrat de travail

51 - Si l'offre de contrat de travail ne vaut plus, aujourd'hui, contrat de travail (§ 1), elle engage encore son auteur, l'employeur, qui, en certaines circonstances, ne peut la révoquer sans tromper la confiance légitime de son destinataire, aspirant salarié (§ 2).

§ 1 - La valeur de l'offre de contrat de travail

52 - Avant les importants arrêts du 21 septembre 2017, l'offre de contrat de travail valait, pour la chambre sociale de la Cour de cassation, contrat de travail. L'offre s'était « socialisée » (A). Depuis lors, l'offre de contrat de travail demeure une offre de contrat. Elle s'est « civilisée » (B).

A. La socialisation de l'offre de contrat de travail

53 - La chambre sociale de la Cour de cassation a longtemps pris quelques libertés avec la notion civiliste d'offre de contrat. Signe de cette « insoumission » au droit commun des contrats¹⁶⁹, elle jugea dans un arrêt de principe du 15 décembre 2010, que « *constitue une promesse d'embauche valant contrat de travail l'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction* » ; elle en déduisait logiquement que « *la rupture de cet engagement (...) s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse* »¹⁷⁰. Selon la haute juridiction, il

¹⁶⁵ J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », art. préc., spéc., n° 11, p. 53 : « [La bonne foi dans la formation du contrat] n'impose point de ne pas rompre les pourparlers, mais commande de ne pas y mettre fin lorsque l'on a suscité chez le partenaire la confiance dans la conclusion de l'accord ».

¹⁶⁶ A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. préc., spéc., p. 392.

¹⁶⁷ À comp. À comp. J. CEDRAS, « L'obligation de négocier », *RTD com.* 1985, p. 265 : soulignant que « *Dans la conception traditionnelle, libérale, du droit des obligations, l'idée d'obliger les individus à entrer et à demeurer en négociation semble fort peu orthodoxe. En effet, soit ils négocient spontanément, soit ils ne négocient pas, mais on ne saurait concevoir de les obliger à négocier. Cette alternative correspond fort bien à l'image que le code civil donne du contrat : acte subjectif, interindividuel, résultante d'intérêts antagonistes* ».

¹⁶⁸ Sur les mérites de l'obligation de motivation, v. M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301 s., (qui n'envisage toutefois pas cette obligation de motivation dans la période précontractuelle) ; v. égal. Le Débat « La motivation et le pouvoir contractuel », in *RDC*. 2004/2, p. 555 et s.

¹⁶⁹ À comp. C. trav. art. L. 1221-1 : « *Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun (...)* ».

¹⁷⁰ Cass.soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, *Bull.civ.* V, n° 296 ; *D.* 2011. 170; *RDT.* 2011, p.108, obs. G. AUZERO; *RDC.* 2011, p. 804, note Th. GÉNICON; *JCP G.* 2011. 952, obs. G. LOISEAU; *JCP S.* 2011, 1104 , note

importait peu ici que l'employeur se soit rétracté avant l'acceptation du salarié. Le contrat de travail s'était trouvé formé par l'effet de la seule promesse d'embauche, qui n'avait pas à préciser la rémunération (dans les faits, cette information avait été délivrée au salarié).

Cette décision était détonante. Elle énonçait qu'une offre de contrat de travail valait promesse d'embauche, et que cette promesse valait elle-même contrat de travail. La doctrine, dans son ensemble, y a vu une menace pour « *la cohérence du système juridique tout entier* »¹⁷¹ : « *par quel miracle, en effet, se demanda M. Th. GENICON, ce qui n'est qu'une manifestation de volonté peut bien valoir contrat qui est nécessairement, faut-il le rappeler, un accord de volontés ?* »¹⁷². Il est vrai, comme le souligna M. G. AUZERO, qu'« *en l'espèce, la Cour de cassation [paraissait] bel et bien faire l'impasse sur le consentement du salarié* »¹⁷³...

54 - Les critiques de l'arrêt du 15 décembre 2010 reposent sur le postulat que le contrat de travail ne peut naître que d'un accord de volontés. Ce qui est une façon de valoriser la thèse volontariste classique. La volonté, rien que la volonté, toute la volonté ; le refrain est bien connu¹⁷⁴. Dès lors, cependant, que l'on prend ses distances avec cette posture volontariste - démarche ô combien salubre dans un rapport contractuel où la volonté de la partie faible se soumet¹⁷⁵ -, il devient possible d'expliquer, et même de justifier cet arrêt du 15 décembre 2010, moins iconoclaste qu'on le dit...

« *Il peut y avoir contrat, enseignait Emmanuel Lévy en 1899, par cela seul qu'il y a confiance créée* »¹⁷⁶. Gounot, qui n'adhérait pourtant pas à la philosophie générale de l'auteur, devait lui-même concéder dans sa thèse (« *l'un des meilleurs livres de philosophie du droit qui aient pu paraître pendant ce siècle* » estimait M. Villey¹⁷⁷), que « *Le moment où le contrat se forme, n'est pas celui de l'hypothétique rencontre des deux volontés, mais celui où naît la confiance dont nous parlons ; et c'est cette confiance, bien plus que la volonté, qui fixe et limite les effets de la convention* »¹⁷⁸.

E. Lévy, auquel Gounot rend ici un hommage appuyé, définissait le contrat de la manière suivante : « *une déclaration qui oblige au profit de celui qui a une confiance légitime* »¹⁷⁹. L'arrêt du 15 décembre 2010 honore magnifiquement cette définition : *l'offre de contrat de travail est une déclaration qui oblige l'employeur au profit du candidat à l'embauche qui a une confiance légitime...*

55 - Contrairement à ce qui a été avancé, l'arrêt du 15 décembre 2010 ne consacre donc pas « *une sorte de création spontanée du contrat, sorti tout droit de la seule volonté de*

C. PUIGELIER ; v. égal. dans le même sens, Cass.soc., 18 déc. 2013, n° 12-19.577, inédit.

¹⁷¹ Th. GENICON, note. préc.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ G. AUZERO, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁷⁴ Pour une présentation critique, v. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, 1912 ; M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », *APD*. 1957, p. 87 (article reproduit in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1962, p. 271).

¹⁷⁵ A. SUPLOT, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr.soc.* 1990, p. 485, spéc., p. 487 : « *Alors que dans le contrat civil la volonté s'engage, dans la relation de travail elle se soumet* » ; v. égal. du même auteur, *Critique de droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2^e éd., 2007, p. 120 : « *L'objet de l'engagement du travailleur salarié est de renoncer à sa volonté autonome...* ».

¹⁷⁶ E. LÉVY, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁷⁷ M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », art. préc., spéc., p. 278.

¹⁷⁸ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. préc., spéc., pp. 162-163.

¹⁷⁹ E. LÉVY, « Le droit repose sur des croyances (suite) », *Questions pratiques de la législation ouvrière et d'économie sociale* 1909, p. 256, spéc., p. 261

l'offrant »¹⁸⁰. Il confirme simplement que la confiance créée ou suscitée par la déclaration de volonté, qualifiée ici de « promesse d'embauche », pouvait faire naître le contrat de travail, en dehors de l'accord de volontés. Une volonté, ajoutée à la confiance qu'elle crée, suffisait à former le contrat de travail. Si bien que la rétractation de l'employeur devenait, alors, inopérante.

Dans un arrêt ultérieur du 25 novembre 2015, rendu en matière sportive, la chambre sociale de la Cour de cassation confortait cette analyse, au visa de l'article 1134 anc., du Code civil¹⁸¹. Elle retenait la formation d'un contrat de travail, sur la base de la seule « promesse d'embauche » précisant l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction¹⁸². Ici encore, le destinataire de la promesse devait pouvoir s'y fier.

La confiance créée apparaît, dans ces décisions, comme l'élément moteur de la formation du contrat de travail¹⁸³.

56 – Sans égard pour la confiance créée, une partie de la doctrine met toutefois en avant le fait que l'offre de contrat de travail serait formulée dans l'intérêt exclusif du salarié, ce qui suffirait à présumer la volonté d'accepter de ce dernier¹⁸⁴. On objectera, néanmoins, que la notion d'offre formulée dans l'intérêt exclusif du destinataire est interprétée strictement par la jurisprudence¹⁸⁵, et qu'elle n'a pas été codifiée à la suite de la réforme du droit des contrats¹⁸⁶.

En toute hypothèse, l'offre de contrat de travail n'est jamais formulée dans l'intérêt *exclusif* du salarié puisque l'employeur y trouve aussi son intérêt¹⁸⁷. Sauf à dire que le contrat de travail se rapproche de la convention d'assistance bénévole...¹⁸⁸

57 – L'analyse des arrêts précités démontre que ce qui fait naître le contrat de travail, c'est, bien plus qu'une rencontre de volontés, la confiance créée auprès du candidat à l'emploi. Dans un tout autre registre, la volonté de ne pas contracter du véritable l'employeur ne fait pas obstacle à la formation du contrat de travail lorsque « *les circonstances avaient pu légitimement*

¹⁸⁰ Th. GÉNICON, *op.cit.*, *loc. cit.*: à noter que l'auteur justifie également la solution par la protection des attentes légitimes : « *C'est parce que l'employeur a fait naître des attentes légitimes et même très sérieuses de la part du salarié qu'il mérite d'être tenu très exactement pour ce qu'il a fait espérer avec certitude, un emploi très intéressant semble-t-il* ».

¹⁸¹ Cass.soc., 25 nov. 2015, n° 14-19.068, *inédit*, *Dr.soc.* 2016, p. 288, note J. MOULY.

¹⁸² À comp. J. MOULY, *op. cit.*, *loc.cit.*: « *Il aurait été tout à fait possible à la Cour de reconnaître l'existence d'un contrat de travail tout en exigeant que les parties se soient entendues sur ses éléments essentiels, c'est-à-dire, pour reprendre une formule célèbre, les quatre « piliers » du contrat de travail : l'emploi à pourvoir et sa qualification, la durée du contrat, la rémunération et le lieu de travail, ce dernier pouvant être implicite lorsque l'employeur, comme en l'espèce, ne dispose que d'un seul établissement. Une certaine souplesse dans l'appréciation de ces éléments n'empêche pas un minimum d'exigence quant à leur nombre et leur détermination.* »

¹⁸³ À comp. G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 34^e éd., 2021, n° 225, p. 286 : « *Le contrat de travail n'est conclu qu'à partir du moment où il y a rencontre entre la volonté de l'employeur et celle du candidat à l'emploi* ».

¹⁸⁴ G. AUZERO, note préc.

¹⁸⁵ En ce sens, v. Ph. le TOURNEAU et M. POURMAREDE, « *Contrat et période précontractuelle* », *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2020-2021, v. n° 3113. 117 ; v. égal. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, ouv. préc., spéc., n° 475, p. 242.

¹⁸⁶ Sauf à considérer que l'« intérêt exclusif » du destinataire est compris dans les nouvelles « *circonstances particulières* » ; cf. C. Civ. art 1120 nouv. : « *Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières* ».

¹⁸⁷ Le contrat de travail n'a rien d'une convention d'assistance bénévole, encore que, même dans la convention d'assistance bénévole, « *l'intérêt des parties est partagé puisque l'assisté se trouve obligé à réparation envers celui qui a offert son aide* » ; en ce sens, v. Y.-M. LAITHIER, obs. sous Cass. com., 18 janv. 2011, *RDC*. 2011, n° 3, p. 789.

¹⁸⁸ Encore que, même dans la convention d'assistance bénévole, « *l'intérêt des parties est partagé puisque l'assisté se trouve obligé à réparation envers celui qui a offert son aide* » ; en ce sens, v. Y.-M. LAITHIER, obs. sous Cass. com., 18 janv. 2011, *RDC*. 2011/ 3, p. 789.

faire croire au salarié » qu'il contractait avec l'un des représentants de l'entreprise¹⁸⁹. Le contrat de travail se forme, non par la rencontre des volontés, mais quand « *naît la confiance dont nous parlons* »¹⁹⁰.

Il reste que, pour se conformer au nouveau droit civil des contrats, la chambre sociale de la Cour de cassation a cru devoir modifier sa jurisprudence sur l'offre de contrat de travail.

B. La civilisation de l'offre de contrat de travail

58 - Par deux arrêts du 21 septembre 2017, assortis de la plus prestigieuse des mentions (PBRI), la chambre sociale de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence, pour se conformer à « *l'évolution du droit des obligations* »¹⁹¹. Les faits ayant donné lieu à ces décisions étaient identiques. Un club de rugby professionnel avait adressé une offre de contrat de travail à deux joueurs de rugby, puis indiqué ne pouvoir donner suite aux contacts noués. Quelques jours plus tard, les joueurs retournèrent l'offre de contrat signée, avant finalement de saisir la juridiction prud'homale en vue d'obtenir une indemnité pour rupture abusive du contrat de travail.

Les cours d'appel firent droit à leur demande. Elles jugèrent que les offres de contrat travail transmises au joueur « *constitu[ai]ent (...) une promesse d'embauche valant contrat* », et rappelèrent, conformément à la jurisprudence alors en vigueur, que « *la promesse d'embauche engage l'employeur même si le salarié n'a pas manifesté son accord* ».

Au double visa des articles 1134 du Code civil, dans sa rédaction applicable en la cause, et L. 1221-1 du Code du travail, la Cour de cassation a, dans une tonalité civiliste, censuré ces arrêts, pour violation de la loi. À la lumière du nouveau droit des contrats¹⁹², la qualification de « promesse d'embauche » est abandonnée, au profit d'une distinction entre offre de contrat de travail, d'une part, et promesse unilatérale de contrat travail, d'autre part. L'offre de contrat de travail désigne « *l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* ». La promesse unilatérale de contrat de travail est, quant à elle, définie comme « *le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ».

Le chapeau qui coiffe l'arrêt se veut particulièrement pédagogique ; à chaque qualification, son régime. Alors que « *la rétraction de l'offre de contrat avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur* », « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis* ».

¹⁸⁹ Théorie dit du « mandat apparent », v. dern. Cass.soc., 27 sept. 2017, n° 15-15.320, inédit : censurant une cour d'appel qui avait écarté la formation du contrat de travail, « *sans rechercher, comme elle y était invitée, si les circonstances avaient pu légitimement faire croire au salarié que M. Y..., désigné dans le contrat de travail comme directeur du service régional UNSS, était le mandataire de l'association (...)* » ; v. déjà, Cass.soc., 15 juin 1999, n° 97-41.375, *Bull.civ.* V, n° 282 ; *Dr.soc.* 1999, p. 835, note B. GAURIAU.

¹⁹⁰ Cf. E. GOUNOT, *op.cit.*, *loc.cit.*

¹⁹¹ Cass.soc., 21 sept. 2017, n°s 16-20.103, 16-20.104, *Bull.civ.* V, n° 148 ; B. BAUDUIN et J. DUBARRY, *D.* 2017, p. 2289 ; L. BENTO DE CARVALHO, *RDT.* 2017, p. 715 ; F. BUY, *RLDC.* 1er nov. 2017, n° 153 ; D. MAZEAUD, *D.* 2017, p. 2007 ; Ch. RADÉ, *Lexbase Hebdo*, éd. soc., n° 714, 5 oct. 2017 ; R. VATINET, *Dr.soc.* 2018, p. 170.

¹⁹² De façon surprenante, la chambre sociale de la Cour de cassation a appliqué, par anticipation, la loi nouvelle aux contrats de travail en cours ; sur ce point, v. D. HOUTCIEFF, « *Interprétation du droit : c'est déjà demain !* », *Gaz. Pal.* 9 janv. 2018, p. 29.

Il s'ensuit que les cours d'appel ne pouvaient, en l'espèce, conclure à la formation du contrat de travail, sans avoir constaté, au préalable, que l'acte litigieux offrait au joueur « *le droit d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait que son consentement* ». Sans droit d'option, il ne saurait y avoir, dit en substance la Cour de cassation, de promesse unilatérale de contrat de travail, et *a fortiori*, de contrat de travail.

59 – En théorie, les arrêts du 21 septembre 2017 sont d'une absolue clarté. Il y a, d'un côté, l'offre de contrat de travail, qui est un acte unilatéral, et, de l'autre, la promesse unilatérale de contrat de travail, qui est un contrat. La révocation de la première au cours du délai (exprès ou raisonnable) fait obstacle à la conclusion du contrat offert et demeure une source de responsabilité extracontractuelle, alors que la rétractation de la seconde pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. Les régimes des actes, l'un unilatéral et l'autre bilatéral, sont bien distingués. L'offre de contrat de travail n'est pas une promesse unilatérale de contrat de travail.

En pratique, cependant, la distinction proposée par la chambre sociale de la Cour de cassation paraît difficile, voire impossible à mettre en œuvre. Entre l'offre de contrat que j'accepte et la promesse unilatérale de contrat dont je lève l'option, comment faire la différence, d'autant que les deux actes doivent contenir les mêmes éléments (emploi, rémunération et date d'entrée en fonction)¹⁹³ ? On entend évidemment, que, « *contrairement à l'offre de contrat, dans le cas d'une promesse, le processus qui mène à la formation du contrat promis est jalonné par un contrat préparatoire qui produit des effets spécifiques, à savoir un droit potestatif d'option au profit du bénéficiaire* »¹⁹⁴. Seulement, dans les faits, entre le droit potestatif d'option conféré par la promesse unilatérale de contrat de travail, et la liberté de contracter ou de ne pas contracter attachée à l'offre de contrat de travail, il n'y a aucune différence. Tant et si bien qu'on en vient à regretter que des règles de forme n'aient pas été « *prévues pour l'établissement de la promesse et sa distinction de l'offre* »¹⁹⁵.

On touche, ici, aux limites du consensualisme.

60 - « *Fallait-il lire les promesses d'embauche au prisme du nouveau droit commun des contrats ?* », s'interrogent, à juste titre, Mme. B. BAUDUIN et M. J. DUBARRY¹⁹⁶. Ce qui est une manière indirecte, pour nous, de se demander si le contrat de travail ne pourrait pas encore naître en dehors de l'accord de volontés. L'ancienne promesse d'embauche avait la nature d'une offre de contrat (malgré l'absence de précision sur le salaire¹⁹⁷). Elle valait contrat de travail, en raison, nous l'avons dit, de la confiance qu'elle suscitait auprès du destinataire. La déclaration de volonté de l'employeur, ajoutée à la confiance qu'elle crée, suffisait à faire naître le lien contractuel. On regrette que ce ne soit plus le cas aujourd'hui.

Certes, le droit de la responsabilité civile extracontractuelle est parfois plus généreux pour le candidat déçu, que ne l'est l'actuel droit du licenciement pour le salarié injustement

¹⁹³ En ce sens, v. not. R. VATINET, note préc.

¹⁹⁴ D. MAZEAUD, note préc.

¹⁹⁵ R. VATINET, note préc.

¹⁹⁶ B. BAUDUIN et J. DUBARRY, « *Fallait-il lire les promesses d'embauche au prisme du nouveau droit commun des contrats ?* », art. préc.

¹⁹⁷ À rapp. Y. PAGNERRE, « *Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail* », *Dr.soc.* 2016, p. 727, pour qui « *le contrat de travail se rapproche davantage du contrat d'entreprise que du contrat de vente* ».

licencié¹⁹⁸. Il n'en demeure pas moins que, par-delà certains commentaires élogieux¹⁹⁹, la mise en œuvre de la nouvelle distinction est difficilement praticable en l'état.

61 - Les arrêts du 21 septembre 2017 abandonnent la qualification de « promesse d'embauche »²⁰⁰. L'offre de contrat de travail ne vaut plus contrat de travail. Elle est une offre de contrat. Pour autant, et seul ce point nous intéresse ici, l'offre de contrat de travail, même civilisée, continue d'engager son auteur, qui ne peut la révoquer une fois qu'elle est parvenue à son destinataire.

C'est une chose de ne plus valoir contrat ; c'en est une autre de ne plus avoir force obligatoire. Une fois la confiance créée, l'offre de contrat de travail reste et demeure irrévocable.

§ 2 - L'irrévocabilité de l'offre de contrat de travail

62 - Après avoir répondu à la question de savoir *pourquoi* l'offre de contrat de travail doit être maintenue pendant un certain temps (A), nous tenterons de savoir *quand* il y a faute à la révoquer (B).

A. Le fondement de l'irrévocabilité de l'offre de contrat de travail

63 - Si le nouvel article 1116 du Code civil consacre l'irrévocabilité (temporaire) de l'offre²⁰¹, et par là même son caractère obligatoire, il ne la justifie pas. Nous constaterons d'abord que les justifications généralement avancés par la doctrine peinent à convaincre (1). Nous nous efforcerons ensuite de montrer que l'irrévocabilité de l'offre de contrat de travail s'explique, et toujours ne s'explique, que par la confiance créée auprès de son destinataire, aspirant salarié (2).

1. Les limites des justifications traditionnelles

64 - Pour justifier le caractère obligatoire de l'offre, les auteurs mettent généralement en avant l'idée de faute commise, d'une part, et la force obligatoire de la volonté unilatérale, d'autre part. La première souffre d'un vice de circularité (a) ; la seconde s'avère insuffisante (b).

¹⁹⁸ Conformément au nouvel article L. 1235-3 du Code du travail, issu de l'ordonnance n° 2017-1387, un salarié n'ayant aucune ancienneté et dont le licenciement est sans cause réelle et sérieuse ne peut prétendre qu'à une indemnité plafonnée d'un mois de salaire ; en ce sens, v. B. BAUDUIN et J. DUBARRY, *op. cit.* : qui justifient le revirement de jurisprudence opéré par les arrêts du 21 septembre 2017 par l'entrée en vigueur des ordonnances dites « Macron ».

¹⁹⁹ Ch. RADÉ, note préc. : qui estime que la nouvelle solution est « *techniquement irréprochable* » et que l'assimilation de la promesse d'embauche au contrat de travail était « *très artificielle* ». L'auteur ne précise, toutefois, pas comment distinguer, en pratique, offre de contracter et promesse unilatérale de contrat ; v. égal. L. BENTO DE CARVALHO, note préc.

²⁰⁰ « *La formule de "promesse d'embauche" devient juridiquement insignifiante* », selon les mots de M. F. BUY, note préc.

²⁰¹ C. civ. art. 1116, issu de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats... : « *[L'offre] ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai d'un délai raisonnable* »

a. La circularité de l'idée de faute commise

65 - Une partie de la doctrine explique le caractère obligatoire de l'offre par la faute qui serait commise en cas de révocation²⁰². La chambre sociale de la Cour de cassation s'est, elle-même, expressément référée à ce fondement dans un arrêt assez ancien, du 22 mars 1972²⁰³.

En l'espèce, à la suite d'une offre d'emploi formulée par l'employeur, le candidat à l'embauche s'était rendu, après y avoir été invité, au siège de la société, dans le Sud-Ouest de la France. À l'issue des pourparlers, l'employeur lui confirma sa décision de l'engager aux conditions précisées, lui demandant, en retour, de l'informer de la date à laquelle il envisageait de prendre ses fonctions et de lui faire parvenir les certificats de travail antérieurs. Quelques jours plus tard, l'employeur révoqua son offre, en précisant que le conseil d'administration avait finalement décidé de ne créer aucun emploi dans l'immédiat. L'intéressé contesta devant le juge le bien-fondé de cette révocation. La Cour de cassation jugea que « *la société n'avait pu, sans faute, révoquer dans de telles conditions, l'engagement d'emploi qu'elle avait adressé au salarié* »²⁰⁴.

À suivre la solution, si l'offre est irrévocable, c'est parce qu'il y a faute à la révoquer. Une telle tautologie s'expose, inévitablement, au grief de circularité.

66 - La faute commise dans la révocation ne peut effectivement expliquer sans circularité l'irrévocabilité de l'offre. Ainsi que le relèvent MM. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et É. SAVAUX, il y a, dans ce fondement, une large part d'artifice : « *celui qui consiste à tourner en rond* »²⁰⁵. Dire qu'il peut y avoir faute à révoquer l'offre, c'est présupposer que l'offre doit être maintenue en certaines circonstances ; « *sinon la révocation ne serait pas fautive* »²⁰⁶.

Nous souscrivons pleinement à ce propos. « *L'affirmation de la faute suppose le problème résolu* »²⁰⁷. Le fondement de l'irrévocabilité de l'offre reste donc encore à démontrer.

b. Les insuffisances de la volonté unilatérale

67 – Pour justifier l'irrévocabilité de l'offre du contrat, des auteurs invoquent la force obligatoire de la volonté unilatérale, connue sous le nom de théorie de l'engagement unilatéral de volonté²⁰⁸. En formulant une offre, le pollicitant s'engagerait, par l'effet de sa seule volonté,

²⁰² Selon MM. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et É. SAVAUX, il s'agirait de la « doctrine dominante », cf. *Droit civil – Les obligations – I. L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd., 2014, n° 142, p. 132.

²⁰³ Cass.soc., 22 mars 1972, n°71-40.266, *Bull.soc.* n° 243 (cité par MM. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et É. SAVAUX, *op. cit.*, *loc. cit.*)

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et É. SAVAUX, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ V. not. J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, préf. J. Flour, 1970, p. 123 s.; M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM, coll. Droit des affaires, 1995, préf. J. Mestre, spéc., p. 151 s.; C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, Defrénois, 2007, préf. Y. Lequette ;

à ne pas la retirer pendant un certain temps²⁰⁹. « Souffre la loi que tu as toi-même faite », dit l'adage²¹⁰.

La chambre sociale de la Cour de cassation, qui accorde une place de premier rang à cette source d'obligations²¹¹, voyait elle-même, dans l'ancienne promesse d'embauche (qui s'apparentait à une offre de contrat²¹²), « un engagement unilatéral au sens du droit civil qui oblige l'employeur envers le destinataire »²¹³.

Un tel fondement apparaît discutable²¹⁴, par-delà la réforme du droit des obligations, qui n'a pas explicitement consacré cette source d'obligations²¹⁵.

68 – Il convient, au préalable, de réfuter une première critique, souvent tenue pour dirimante. La théorie de l'engagement unilatéral est combattue par certains au motif qu'« une volonté assez forte pour se lier, devrait aussi pouvoir se délier »²¹⁶. Cette objection ne saurait l'emporter. Elle repose sur une « analogie abusive »²¹⁷. Rien n'empêche, en effet, de soutenir que la volonté peut être source d'obligations, et dans le même temps, qu'elle ne peut détruire ce qu'elle a créée. « La liberté susceptible d'être reconnue à chacun est de se lier *ou* non ; elle n'est pas de se lier *et* de se délier. En bref : après qu'une personne a librement choisi de s'engager, elle a, du même coup, perdu sa liberté »²¹⁸.

C'est pour une autre raison, on l'aura compris, que l'explication de la force obligatoire de l'offre fondée sur la volonté unilatérale doit être écartée.

69 - L'offre a un caractère « réceptice »²¹⁹ : elle engage son auteur, fût-ce sous la forme d'une obligation d'indemniser, à partir du moment où elle est reçue par son destinataire²²⁰.

²⁰⁹ En ce sens, v. not. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5e éd., 2011, n° 470, p. 237 : « L'offrant peut prendre, parallèlement à son offre, l'engagement de ne pas rétracter celle-ci pendant un certain temps (jpd. constante, ex. Cass. 3e civ., 7 mai 2008). Ce n'est pas l'offre qui change alors de nature : elle demeure un acte unilatéral révocable. Mais elle s'accompagne d'un engagement unilatéral de volonté, créateur d'une obligation de ne pas faire (...) ».

²¹⁰ « Tu patere legem quam ipse fecisti » ; sur cette maxime, v. H. ROLAND et L. BOYER, *Les Adages du droit français*, L'Hermès, 2^e éd., 1986, p. 1051 : « La maxime, que le sang n'éclabousse plus, continue d'exprimer de nos jours la règle selon laquelle on est lié par sa volonté, tenu par les engagements que l'on a librement assumés ».

²¹¹ Sur l'engagement unilatéral de volonté de l'employeur en tant que source autonome d'obligations, v. *infra*, n° 111 et s.

²¹² En ce sens, v. R. VATINET, note préc., G. AUZERO, obs. sous Cass.soc., 15 déc. 2010, *RDT* 2011, p. 110.

²¹³ Cf. *Mensuel de droit du droit*, obs. sous Cass.soc., 15 déc. 2010 préc., disponible sur https://www.courdecassation.fr/publications_26/archives_9929/mensuel_droit_travail_2230/mensuel_droit_travail_2010_3724/travail_n_3942/organisation_ex_19795.html

²¹⁴ À comp. Y. PAGNERRE, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.* 2016. 727 : « La référence au "droit civil" est un leurre car nulle théorie de "l'engagement unilatéral au sens du droit civil" n'existe ».

²¹⁵ La doctrine civiliste est divisée sur le point de savoir si cette nouvelle disposition consacre ou non l'engagement unilatéral de volonté en tant que source autonome d'obligations ; contre, v. not. J. ANTIPPAS, « L'engagement unilatéral dans les limbes du droit civil », *RDC*. 2018/2, p. 272 ; pour, v. not. F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations-innovations-perspectives*, Dalloz, 2e éd., nov. 2018, n° 111.14 ; entre les deux, v. not. Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens », *RDC*. 2018, hors-série, p. 52, spéc., n° 5 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, 12e éd., 2019, spéc., n° 87, p 99.

²¹⁶ V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations : les sources*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 356, p. 368.

²¹⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et É. SAVAUX, *op. cit.*, spéc., n° 500.

²¹⁸ *Ibid* (souligné par les auteurs).

²¹⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4, Les Obligations*, ouv. préc., spéc., n° 28, p. 76 ; on doit l'expression à Demogue, cf. R. Demogue, *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, Librairie Arthur Rousseau, 1923, n° 540 bis, p. 133.

²²⁰ Pour certains auteurs, le simple fait que la rétractation fautive de l'offre ne puisse, depuis la réforme du droit des contrats, être sanctionnée par la conclusion forcée du contrat suffit à écarter la thèse de l'engagement

Selon l'article 1115 du Code civil, en effet, l'offre « *peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire* »²²¹. L'offre devient ainsi contraignante à compter, non de son émission par l'offrant, mais de sa réception par le destinataire²²². C'est bien la preuve que la volonté seule, en soi, n'engage pas²²³. « *Ce qui m'oblige, ce n'est pas moi, c'est l'autre* », résume très bien M. A. CHIREZ²²⁴.

Il est intéressant de relever que les auteurs qui justifient la force obligatoire de l'offre de contrat par la théorie de l'engagement unilatéral de volonté ont, eux-mêmes, conscience qu'il faut autre chose qu'une simple volonté pour obliger. « *Chaque décision, note ainsi Mme. M.-L. IZORCHE, qui va dans le sens de la conclusion renforce, pour le destinataire, la probabilité d'une issue favorable, et chaque manifestation de cette confiance de la part de celui-ci, renforce la conscience chez le sujet, de ce qu'il perd de plus en plus sa liberté de décision* »²²⁵.

Comme l'a parfaitement souligné M. D. HOUTCIEFF, « il y a là (...) une manière d'aveu : la volonté à laquelle on prétend faire jouer le premier rôle repose tout entière sur *la confiance créée* (...). Or, si l'on intègre la confiance du tiers dans le mécanisme de l'efficacité juridique de l'offre, force est de reconnaître que l'on diminue, voire que l'on détruit, l'importance de la volonté unilatérale »²²⁶. Tout est dit...

70 - Le caractère « réceptice » de l'offre implique, par essence, l'inefficacité de la seule volonté du pollicitant. Il plaide en faveur du fondement de la confiance créée.

2. L'explication par la confiance créée

71 - En règle générale, la question de l'irrévocabilité de l'offre est abordée sous l'angle de l'obligationnel²²⁷. M. P. ANCEL a montré ce qu'une telle approche pouvait contenir d'artificiel : « *de quoi le pollicitant est-il exactement débiteur ? d'une obligation de maintenir son offre (donc d'une obligation de continuer à vouloir) ? d'une obligation de passer le contrat s'il est accepté (donc d'une obligation de consentir) ?* »²²⁸. Le problème doit être traité en termes de force obligatoire.

72 - Tant que l'offre n'est pas parvenue à son destinataire, elle n'a pas force obligatoire ; le pollicitant est libre de la rétracter²²⁹. Ce qui démontre bien qu'une volonté pure (qui correspond à l'offre simplement émise) n'engage pas son auteur. Un employeur peut ainsi

unilatéral ; en ce sens, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2019, n°87, p. 100. L'argument mérite, selon nous, d'être relativisé. Qu'il y ait exécution forcée de l'engagement inexécuté ou responsabilité des suites de l'inexécution de l'engagement, le pollicitant reste, dans tous les cas, *engagé* une fois l'offre parvenue au destinataire.

²²¹ C. civ. art. 1115 nouv., issu de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats... du 10 fév. 2016.

²²² En ce sens, v. déjà R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, LGDJ, 3e éd., 1914, n° 138, p. 143 : faisant remarquer que la « *force obligatoire de l'offre ne lui est acquise qu'à partir du moment où elle parvient à celui auquel elle est adressée* ».

²²³ En ce sens, v. J. ANTIPPAS, « La bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintenir l'offre durant le délai indiqué », *RTD Civ.* 2013, p. 27, spéc., n° 6.

²²⁴ A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. préc., n° 362, p. 488.

²²⁵ M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. Mestre, PUAM, 1995, n° 133 (cité par D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. MUIR WATT, PUF, 2001, vol. II, n° 756).

²²⁶ *Ibid* (souligné par l'auteur).

²²⁷ V. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et É. SAVAUX, *op. cit.*, p. 132 ; J. ANTIPPAS, « La bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintenir l'offre durant le délai indiqué », art. préc. ; G. FOREST, obs. sous Cass. 3^e civ., 7 mai 2008, *D.* 2008, p. 1480.

²²⁸ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999, p. 771, spéc., n° 21.

²²⁹ Cf. C. civ. art. 1115 préc.

parfaitement rétracter une offre de contrat de travail qui n'a pas encore été reçue par le salarié. Cette rétractation, a-t-il été jugé, est « régulière et légitime »²³⁰.

73 - Le basculement vers l'obligatoire s'opère dès que l'offre est réceptionnée par son destinataire²³¹. À ce moment-là, en principe, l'offre ne peut plus être rétractée. Pourquoi ? D'où vient cette soudaine valeur contraignante ? Qu'elle est cette force qui s'ajoute à la volonté et la rend (temporairement) irrévocable ?

La réponse est simple : l'offre reçue crée une « attente de stabilité chez son destinataire »²³². À tel point que la mention « réponse immédiate souhaitée » figurant dans une offre n'empêche pas son destinataire de pouvoir l'accepter dans un délai raisonnable²³³, reléguant ainsi encore plus loin l'élément volonté²³⁴. « Par hypothèse, écrit J. SCHMIDT, le destinataire peut légitimement croire, pendant un certain temps du moins, à son pouvoir de former le contrat par l'acceptation »²³⁵.

C'est précisément cette confiance créée qui explique, pour nous, la force obligatoire de l'offre.

74 - M. D. HOUTCIEFF réfute le fondement de la confiance légitime. « L'offre ne permet pas, selon lui, de prévoir légitimement la conclusion d'un contrat mais seulement d'exclure un comportement contradictoire, telle une rétractation trop brutale pour être le fait d'une personne raisonnable »²³⁶. Dans sa quête de comportements contradictoires, M. D. HOUTCIEFF nous semble délaisser le point de vue du destinataire, pour se placer du côté du seul offrant. Il oublie que « l'offre n'est pas un état d'âme prolongé : c'est d'abord, écrit M. G. ROUHETTE, un acte sur lequel la volonté de l'offrant n'a plus d'action, car il est accompli »²³⁷. Et c'est justement parce que l'offre est un « acte accompli », que son destinataire peut légitimement croire en son pouvoir de former le contrat offert.

L'offre de contrat n'a rien, et ne doit rien avoir, d'une légèreté. La chambre sociale de la Cour de cassation sanctionne, à bon droit, les offres de contrat de travail formulées à la va-vite, de manière inconsidérée. Tel est le cas dans cet arrêt, déjà cité, du 22 mars 1972, où elle estime que « [la société] avait, à la légère, fait une offre ayant entraîné un préjudice pour l'intéressé »²³⁸.

L'offre ne fait pas naître un droit au contrat²³⁹, mais elle ne saurait, pour autant, être révoquée avec désinvolture. « Le créancier éventuel, écrit le doyen Carbonnier, a dû compter sur les signes que le pollicitant a donnés de sa volonté ; cette confiance légitime ne doit pas être déçue »²⁴⁰. Et plus il y a de signes étayant la volonté de l'offrant, plus la confiance du

²³⁰ CA. Montpellier, 12 janvier 2000, ch. soc., Fesquet c/ SA Vitreenne d'abattage, JurisData, n° 2000-109980, RJS 4/2000, n° 476.

²³¹ Cf. C. Civ. art. 1116 préc.

²³² D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, th. préc., vol. II, p. 580.

²³³ Cass.3^e civ., 25 mai 2005, n° 03-19.411, *Bull.civ.* III, n° 117.

²³⁴ En ce sens, J. ANTIPPAS, « La bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintenir l'offre durant le délai indiqué », art. préc., spéc., n° 8.

²³⁵ J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », art. préc., spéc., n°18, p. 57.

²³⁶ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, spéc., n° 807.

²³⁷ G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Études R. Rodière*, 1981, Dalloz, p. 248, spéc., n° 18.

²³⁸ Cass.soc., 22 mars 1972, préc.

²³⁹ En ce sens, v. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, ouv. préc., spéc., n° 470, p. 237, qui rappellent que : « À la différence du contrat de promesse unilatérale, l'offre ne crée aucun droit au contrat ».

²⁴⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4, Les Obligations*, ouv. préc. spéc., n°18, p. 57.

destinataire gagne en légitimité, et plus l'offre de contrat devient irrévocable, et donc, dotée de force obligatoire²⁴¹.

75 - La force obligatoire de l'offre dépend effectivement de la confiance créée, laquelle peut varier selon les situations. Il va de soi qu'une offre assortie d'un délai exprès et faite à personne déterminée créera une confiance supplémentaire, ne serait-ce qu'en raison du rapport interpersonnel qu'elle implique²⁴². Les signes que l'offrant a donnés de sa volonté, pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier, y sont plus manifestes.

Il serait cependant réducteur de ne voir dans la confiance du destinataire qu'un effet engendré par la volonté exprimée de l'offrant. La légitimité de la confiance dépend de toute une palette d'éléments objectifs dont il faut aussi tenir compte. E. Lévy parlait, à juste titre, de la confiance que « *crée l'activité (ou volonté) formulée ou non formulée* »²⁴³. Lorsque l'employeur demande au candidat à l'embauche de se déplacer au siège social de la société, de quitter son précédent emploi, de lui confirmer sa date de prise de fonctions, de lui transmettre ses anciens certificats travail, etc.²⁴⁴, la confiance dans la conclusion du contrat offert devient plus légitime, et la force obligatoire de l'offre, plus intense.

En de telles circonstances, la rétractation de l'offre sera d'autant plus fautive que l'attitude de l'employeur avait suscité une confiance particulière dans la conclusion du contrat de travail offert.

B. La révocation fautive de l'offre de contrat de travail

76 - L'article 1116 du Code civil précise que la rétractation de l'offre « *avant l'expiration du délai fixé par son auteur, ou à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, (...) empêche la conclusion du contrat. Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun (...)* »²⁴⁵. Faut-il comprendre que la révocation de l'offre au cours du délai est, en soi, fautive ? Sous-entendu, le pollicitant qui révoque son offre de façon prématurée commet-il automatiquement une faute ? La doctrine répond, en général, par l'affirmative. « *Si, pendant le délai où l'offre aurait dû être maintenue, son auteur la révoque, il commet une faute* », enseignent MM. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK²⁴⁶. « *On peut penser, note Mme R. VATINET, à propos de l'offre de contrat de travail, que la faute résultera nécessairement de la seule rétractation dans les conditions de délai indiquées* »²⁴⁷.

L'idée de fonder ainsi la faute sur le non-respect du délai (fixé ou raisonnable) nous semble, paradoxalement, à la fois trop réductrice et trop générale.

²⁴¹ Il existe une échelle de la force obligatoire, « *ascending scale of enforceability* » dit une doctrine américaine, cf. L.L. FULLER, dans sa lettre adressée à LLEWELLYN, reproduite in R. S. SUMMER, L.L. FULLER, London, Edward Arnold, 1984, p. 133, cité par S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2012, note 781, p. 162.

²⁴² À comp. C. civ. art. 1114 nouv. : « *L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation.* ».

²⁴³ E. LÉVY, « La confiance légitime », *RTD Civ.* 1910, p. 717, spéc., p. 720.

²⁴⁴ À rapp. Cass.soc., 22 mars 1972, préc.

²⁴⁵ C. civ. art. 1116 préc. À noter que la jurisprudence était particulièrement obscure sur la question de la sanction de la révocation prématurée de l'offre. Pour certains, sans que l'on sache vraiment ce qu'il en était, la conclusion forcée du contrat n'était pas exclue ; sur ces discussions, v. D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2000, p. 637, spéc., n° 15 et s., p. 645 et s.

²⁴⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, spéc. n° 470, p. 237:

²⁴⁷ R. VATINET, obs. sous Cass.soc., 21 sept. 2017, note préc.

77 – Trop réductrice d’abord, car la révocation de l’offre de contrat de travail peut être fautive, indépendamment de la question du délai. Si l’employeur commet une faute en révoquant son offre après avoir « *félicité l’intéressé pour le succès de sa candidature* », en l’invitant à prendre « *rapidement contact avec la direction de l’établissement* », en indiquant même le numéro de téléphone à composer, ce n’est pas pour une question de délais²⁴⁸. C’est bien, nous semble-t-il, parce qu’une telle révocation trompe la confiance légitime du candidat, qui pouvait légitimement croire à la conclusion du contrat de travail. Les félicitations pour le succès de la candidature, l’invitation à entrer rapidement en contact avec la direction pour la constitution du dossier, l’indication du numéro de téléphone, sont autant d’éléments objectifs qui légitimaient la confiance du candidat à l’embauche.

La révocation de l’offre de contrat de travail est fautive, non parce qu’elle intervient au cours du délai, mais parce qu’elle trompe la confiance créée chez le destinataire. Il a d’ailleurs été expressément jugé qu’une entreprise commet une faute en révoquant son offre « *dès lors que, par son comportement, elle a pu laisser croire à un salarié qu’il était embauché* »²⁴⁹. En l’espèce, le niveau de confiance du candidat était tel, que celui-ci avait démissionné de son emploi précédent, après avoir été assuré de son embauche par téléphone.

En pratique, on le voit, la question n’est pas tellement de savoir si la rétractation de l’offre de contrat de travail intervient au cours ou en dehors des délais. Elle est plutôt de savoir si le destinataire pouvait légitimement compter sur la conclusion du contrat de travail offert.

78 – L’idée de fonder la faute sur le non-respect du délai apparaît, ensuite, trop générale, car une rétractation intervenant avant l’expiration du délai n’est pas nécessairement fautive. Il doit forcément y avoir des nuances selon les circonstances. Sans égard pour les délais, il a par exemple été admis qu’une offre adressée au salarié, portant sur un emploi de conducteur, pouvait être rétractée par l’employeur en raison de la responsabilité du premier dans un accident mortel de la circulation²⁵⁰. Les éléments objectifs peuvent légitimer la confiance, autant qu’ils peuvent la discréditer. La responsabilité du candidat dans un accident mortel de la circulation l’empêche de pouvoir légitimement compter sur la conclusion d’un contrat de travail, portant, précisément, sur un emploi de conducteur. En de telles circonstances, le candidat ne peut plus se fier à l’offre, tout comme l’employeur ne peut plus se fier au candidat. L’offre formulée, devenue fragile par le fait du destinataire, ne constitue plus un signe sur lequel on peut compter. Elle devient révocable.

Peu importe la question du délai, l’essentiel est de savoir si le destinataire - une personne normalement douée de raison - pouvait ou non légitimement croire à son pouvoir de former le contrat. Si oui, la rétractation est fautive, à déafut, comme en l’espèce, elle ne l’est pas.

79 - Il convient de retenir, pour la révocation de l’offre, la même faute que pour la rupture des pourparlers. « *Dans les deux cas, ainsi que le souligne M. A. CHIREZ, la faute consiste à tromper la confiance créée chez le partenaire* »²⁵¹.

80 - On ne trompe pas une confiance après l’avoir suscitée. Telle est la justification de la force obligatoire de l’offre de contrat de travail et des pourparlers d’embauche.

81 - La confiance que l’on crée nous oblige et devrait, dans une certaine mesure, dispenser le partenaire d’avoir à être curieux...

²⁴⁸ CA. Agen, 19 fév. 2002, n° 00-1719, B. c/ La Poste.

²⁴⁹ CA. NANCY, Chambre sociale, 6 Janvier 1987, JurisData, n°1987-049739.

²⁵⁰ CA. Montpellier, 12 janv. 2000 préc.

²⁵¹ A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. préc., spéc., n° 301, p. 395, citant J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », spéc., n° 18.

Section 2 : L'allègement de l'obligation de « se » renseigner

82 - Tenu de se renseigner par lui-même, l'employeur ne peut, en droit positif, se fier aux informations fournies par le futur salarié (Sous-section 1). L'article 1112-1 du Code civil, applicable au contrat de travail²⁵², laisse toutefois entrevoir une possible évolution. En vertu de l'alinéa 1er du texte, « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, *légitimement*, cette dernière ignore cette information ou *fait confiance à son cocontractant* »²⁵³. L'employeur ne pourrait-il pas, lui aussi, conformément à cette disposition de droit commun, faire légitimement confiance au futur salarié et se fier aux informations qui lui auraient été transmises ? C'est une hypothèse que nous voudrions envisager (Sous-section 2).

Sous-section 1 : L'impossibilité de se fier aux informations fournies par le salarié

83 - L'employeur commet une faute en ne vérifiant pas les informations que le salarié lui fournit spontanément lors de l'embauche (§ 1). De façon assez contestable, le salarié peut mentir avec une relative impunité (§ 2).

§ 1 - La vérification nécessaire des informations fournies par le salarié

84 - Le candidat à l'emploi n'est, en principe, pas débiteur d'une obligation précontractuelle d'information au profit de l'employeur²⁵⁴. L'article L. 1221-6 du Code du travail l'astreint seulement à « *répondre de bonne foi [aux] demandes d'informations* », qui présentent un « *lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles* »²⁵⁵. L'employeur a le devoir d'être raisonnablement curieux. Il doit solliciter les informations pertinentes auprès du candidat, qui a « *le droit de se taire lorsque l'employeur ne prend pas l'initiative de se renseigner* »²⁵⁶.

²⁵² Le fait que l'article 1112-1 nouv. du Code civil figure dans une Sous-section 1 intitulée « Les négociations » n'est pas de nature à exclure le contrat de travail, qui peut avoir la nature d'un contrat d'adhésion, de son application ; en ce sens, v. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 5^e éd., 2019, n° 365 ; qui nous invite à ne pas prendre le terme de « négociations » au pied de la lettre.

²⁵³ C. civ. art. 1112-1 nouv. (souligné par nous), le texte poursuit : « (...) Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. »

²⁵⁴ Le salarié est cependant tenu d'informer l'employeur de l'engagement de non-concurrence qui le lie éventuellement à son ancien employeur, v. not. Cass.soc. 23 mars 1977, n° 75-40.636, *Bull. civ.* V, n° 297.

²⁵⁵ C. trav. art. L. 1221-6 (qui fait suite au Rapport G. Lyon-Caen sur les droits et libertés dans l'entreprise Caen, cf. *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française, 1992, p. 149) : « *Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles.*

Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles.

Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations. »

²⁵⁶ En ce sens, v. J. MOULY, note sous Cass.soc., 25 avril, 1999 à et 3 juill. 1990, D. 1991, J, 507 : notant que le salarié « *n'est pas débiteur d'une obligation d'information mais a, au contraire, le droit de se taire lorsque l'employeur ne prend pas l'initiative de se renseigner* ».

Sur le terrain des vices du consentement, il a notamment été jugé que l'employeur commet une erreur inexcusable en ne se renseignant pas sur le passé professionnel du salarié, ancien PDG d'une société mise en liquidation, qui avait été spécialement recruté pour aider au redressement de l'entreprise²⁵⁷. La solution peut paraître choquante aux yeux du civiliste, pour qui l'erreur provoquée par une dissimulation intentionnelle est toujours excusable²⁵⁸. Elle se justifie néanmoins par des considérations pratiques évidentes. D'une part, il n'est pas toujours évident de savoir ce qui est essentiel pour l'autre que l'on ne connaît pas encore. D'autre part, si le salarié devait révéler à son employeur toutes les informations déterminantes, il risquerait, dans bien des cas, de ne pas être embauché. Le silence est d'or, alors même que la morale n'y trouve pas son compte.

85 - Si le salarié n'est juridiquement pas tenu d'informer son employeur, il lui fournit, en fait, très souvent des informations ; ne serait-ce qu'à travers le curriculum vitae. La question se pose alors de savoir si ces informations sont susceptibles de pouvoir libérer l'employeur de son obligation de « se » renseigner. La chambre sociale de la Cour de cassation répond clairement par la négative, exhortant l'employeur à vérifier l'exactitude des renseignements fournis par le salarié. Dans un arrêt du 30 mai 1991, elle rappelait ainsi que, nonobstant les faux renseignements qui lui avaient été communiqués, l'employeur commettait une faute « *en ne vérifiant pas, lors de l'embauche, la qualification de la salariée* »²⁵⁹.

Lorsque l'emploi concerné exige, plus particulièrement, un diplôme spécifique, l'employeur doit s'assurer, avant le recrutement, que le salarié dispose réellement du diplôme requis²⁶⁰. Il ne peut se fier ni aux déclarations du salarié, ni aux informations figurant sur son curriculum vitae²⁶¹. Existerait-il une singulière prohibition de la confiance, malmenant notre propos ?

86 - Débiteur d'une obligation de « se » renseigner, l'employeur doit vérifier, par lui-même, en toutes circonstances, l'ensemble des allégations du salarié, lequel peut fournir des renseignements inexacts, sans être nécessairement sanctionné...

§ 2 - Les mensonges indifférents du salarié

87 - En délivrant de fausses informations à l'employeur dans le but de se faire recruter, le salarié ne commet pas toujours un dol, cause théorique de nullité du contrat, ou une faute, pouvant justifier son licenciement. Dans un arrêt de principe du 30 mars 1999, la chambre sociale de la Cour de cassation précisait les circonstances dans lesquelles les mensonges du salarié peuvent être sanctionnés. En l'espèce, la salariée avait, lors de son recrutement, délivré de fausses informations sur ses diplômes à l'employeur. Celui-ci s'en rendit compte, et la licencia pour faute. La cour d'appel confirma le bien-fondé du licenciement, estimant que

²⁵⁷ Cass.soc., 3 juill. 1990, n° 87-40.349, *Bull.civ.* V, n°329.

²⁵⁸ V. C. Civ. art. 1137 et 1139 nouv., qui codifient la jurisprudence antérieure, cf. Cass. 3e civ., 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *Bull. civ.* 2001, III, n° 20 « *Qu'en statuant ainsi, (...) alors qu'une (...) réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée* » ; sur le constat que cette règle ne s'applique pas au contrat de travail, v. J. GHESTIN, « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP G.* 2011. 703, n° 3 : où l'auteur note que « *La chambre sociale, à la différence des première et troisième chambres civiles et de la chambre commerciale, n'a pas consacré le principe posé en 2001* ».

²⁵⁹ Cass.soc., 30 mai 1991, n° 88-42.029, inédit.

²⁶⁰ V. par ex. Cass.soc., 2 mai 2000, n° 98-42.127, inédit : jugeant « *qu'il appartenait à l'employeur de s'assurer avant l'embauche que Mlle X... était titulaire du diplôme ou de l'agrément requis pour exercer des fonctions d'animatrice sportive (...)* ».

²⁶¹ Sur le contentieux du curriculum vitae, v. not. P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, coll. Thémis droit, 2019, spéc., n° 95, p. 104.

l'intéressée avait manqué à son obligation de loyauté en fournissant de faux renseignements à l'employeur. La haute juridiction censura toutefois le raisonnement des juges du fond, en précisant que « *la fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'embauche n'est un manquement à l'obligation de loyauté susceptible d'entraîner la nullité du contrat de travail que si elle constitue un dol ; qu'elle ne constitue une faute susceptible de justifier un licenciement que s'il est avéré que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté* »²⁶². La cour d'appel ne pouvait donc pas, en l'occurrence, sans caractériser le dol, et sans relever l'incompétence de la salariée à son poste, décider que le licenciement pour faute était justifié.

L'interprétation *a contrario* de cet arrêt révèle que les mensonges qui ne constituent pas un dol, et ceux qui ne s'accompagnent pas d'une incompétence du salarié, ne donnent, en principe, pas lieu à sanction. S'il est démontré, concrètement, que les faux renseignements n'ont pas été déterminants du consentement de l'employeur (absence de dol) ou que le salarié est doté des compétences nécessaires pour exercer ses fonctions (exclusion du licenciement pour motif disciplinaire), les mensonges proférés par ce dernier ne revêtent pas un caractère fautif²⁶³.

Pour illustration, le fait pour une salariée d'indiquer dans son « CV » avoir occupé, pendant un an, le poste d'assistante de responsable de formation au sein d'un centre linguistique alors qu'elle n'a effectué qu'un stage de formation de quatre mois dans le service, peut ne pas constituer une faute et n'être pas sanctionné²⁶⁴.

88 - Alors que l'employeur commet systématiquement une faute en ne vérifiant pas les informations fournies par le salarié, les mensonges de ce dernier ne sont pas toujours fautifs. « *Quelle est triste cette loyauté à sens unique* »²⁶⁵...

89 – Cette situation n'est effectivement pas satisfaisante. Que le salarié puisse taire une information pour ne pas compromettre ses chances d'embauche est une chose, qu'il puisse affirmer un fait inexact ou « *susceptible d'une interprétation erronée* »²⁶⁶ pour favoriser son recrutement en est une autre. Manifestement, il y a un vide juridique, que la notion de « confiance légitime » de l'article 1112-1 du Code civil devrait pouvoir combler.

Sous-section 2 : La possibilité de se fier aux informations fournies par le salarié

90 - Au regard de l'article 1112-1 nouv. du Code civil, la fourniture d'informations par le salarié n'est pas neutre. Elle légitime la confiance de l'employeur (§ 1) et le dispense ainsi d'avoir à se renseigner par lui-même (§ 2).

§ 1 - La légitimité de la confiance fondée sur les informations fournies

91 - La notion de confiance légitime, expressément introduite par l'article 1112-1 du Code civil, suscite de nombreuses interrogations de la part de la doctrine civiliste. « *Dans quels*

²⁶² Cass.soc., 30 mars 1999, n° 96-42. 912, *Bull. civ.* V, n° 142, *D.* 2000, jur. 97, note T. AUBERT-MONPEYSSSEN ; *JCP G.* 2000, II, 10195, note J. MOULY.

²⁶³ En ce sens, v. A. FABRE, « Contrat de de travail à durée indéterminée : rupture - licenciement - motif personnel - motif personnel disciplinaire », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2020, spéc., n° 98 : soulignant que « *La Cour de cassation se refuse toutefois à voir une faute dans chaque mensonge* ».

²⁶⁴ Cass. soc., 16 févr. 1999, n° 96-45.565, *Bull. civ.* V, n° 74, et la note critique de P.-Y. GAUTIER, *RTD Civ.* 1999, p. 419.

²⁶⁵ A. POUSSON, « Morale et droit du travail », in *La morale et le droit des affaires*, Actes du Colloque organisé à l'Université de Sciences sociales de Toulouse, Montchrestien, 1995, p. 53, spéc., p. 70.

²⁶⁶ Cass.soc., 16 fév. 1999, préc.

cas peut-on ou non faire légitimement confiance à autrui ? », se demande M. C. GRIMALDI²⁶⁷. « Devra-t-on avoir une approche objective, s'interrogent MM. Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, en considérant que certains contrats sont nécessairement des contrats où une certaine confiance existe (...) ? Ou devra-t-on privilégier une approche subjective en sondant chaque situation particulière, indépendamment de la nature du contrat, pour apprécier la nature concrète de la relation entre les contractants ? »²⁶⁸. Dans leur ouvrage fondamental, MM. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK mettent, quant à eux, un point d'interrogation « (?) » à la suite de la notion de confiance légitime²⁶⁹. Bref, il y a matière à discussion. La légitimité la confiance de l'article 1112-1 nouv. du Code civil doit être précisée.

92 - À la suite de M. J. GHESTIN, dont les travaux ont visiblement inspiré le nouvel article 1112-1 du Code civil²⁷⁰, une partie de la doctrine propose de fonder la légitimité de la confiance sur la nature du contrat²⁷¹. Il y aurait ainsi des contrats ou, plus exactement, des négociations de contrats dans lesquelles la confiance serait, en soi, légitime, comme présupposée. Les contrats de mandat, de société, et de travail sont généralement cités pour exemple. « Il pourrait s'agir, nous dit M. M. MEKKI, qui tente une synthèse, des contrats qui font naître une véritable relation contractuelle. Ce sont des contrats qui s'inscrivent dans la durée et sont marqués par la réalisation d'un projet commun. Tel est bien entendu le cas du mandat ou du contrat de travail »²⁷².

De quelle « nature » de contrats s'agit-il au juste ? On constate que les auteurs glissent sur ce point. Les « *contrats qui font naître une véritable relation contractuelle* » dont parle M. M. MEKKI, ne forment pas une catégorie à part entière. L'impossibilité de dégager un critère propre aux contrats dits « relationnels » - dont l'archétype serait le contrat de travail²⁷³ - ne l'illustre que trop bien²⁷⁴. Quant à la catégorie des « contrats de confiance », un temps envisagée par M. G. LOISEAU, « avec l'idée que la foi qu'une partie place en son cocontractant peut être un critère électif d'une catégorie de conventions »²⁷⁵, aucun critère précis ne permet, là encore, de l'identifier²⁷⁶ - même si le contrat de travail fait encore une fois office de modèle.

Il convient, en outre, de ne pas occulter l'effet induit par la confiance légitime de l'article 1112-1 : celle des parties qui fait légitimement confiance est dispensée d'avoir à se renseigner par elle-même. Peut-on raisonnablement soutenir que dans le contrat de travail, la confiance étant en soi légitime, l'employeur n'a plus jamais à se renseigner sur le futur salarié ? Cet

²⁶⁷ C. GRIMALDI, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, coll. Les intégrales, n° 13, 2019, spéc., n° 46 et s., p. 58 et s.)

²⁶⁸ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, LexisNexis, 15^e éd., 2019, spéc., n° 158, p. 147

²⁶⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ, 10^e éd., 2018, n° 777, p. 425

²⁷⁰ V. J. GHESTIN, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 1993, n° 665 ; v. déjà, dans la 2^e éd. de 1988, n° 508 ; v. égal. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 1700, p. 1383.

²⁷¹ V. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2019, n° 335, p. 372.

²⁷² M. MEKKI, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. Pal.* 12 avr. 2016, n° 14, p. 15.

²⁷³ V. *supra*, n° 37.

²⁷⁴ En ce sens, v. Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003.

²⁷⁵ G. LOISEAU, « Contrats de confiance et contrats conclus *intuitu personae* », in *La Confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, p. 97.

²⁷⁶ On conviendra que la définition des « contrats de confiance » proposée par M. G. LOISEAU est assez vague : « (...) Tentant une définition, on pourrait retenir qu'un contrat est de confiance lorsqu'il est conclu par un contractant en considération des qualités particulières de la personne de l'autre sur lesquelles il compte et auxquelles il se fie pour la bonne fin de l'opération contractuelle » (p. 98).

automatisme serait absurde. Le simple fait que des partenaires, qui ne se sont jamais vus, puissent se faire confiance à l'avance, va à l'encontre du bon sens.

On conçoit évidemment que, dans le contrat de travail, ainsi que l'a précisé la Cour EDH., la confiance entre les personnes est « *nécessaire à la prospérité de la relation* »²⁷⁷. Cependant, le critère de la « nécessité » est trop vague pour être opératoire.

93 - Par de-là la nature du contrat, des auteurs envisagent de faire reposer la légitimité de la confiance de l'article 1112-1 du Code civil sur la qualité des parties. MM. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, enseignent ainsi que la confiance de l'article 1112-1 du Code civil peut aussi procéder « *des qualités respectives des parties qui appartiennent à une même famille ou dont l'une est professionnelle et l'autre non* »²⁷⁸. De même, pour M. Ph. Le TOURNEAU « *la confiance en son cocontractant semble faire référence à la dépendance dans laquelle se trouve le profane vis-à-vis du professionnel avec lequel on sait que la jurisprudence est généralement plus sévère (...)* »²⁷⁹. On ne colle plus, ici, des étiquettes de confiance légitime sur un contrat, mais sur la qualité d'une partie, généralement, un professionnel. Celui-ci serait, inconditionnellement et systématiquement, investi de la confiance légitime du profane avec lequel il traite²⁸⁰.

Une telle présomption irréfragable de légitimité attachée à la qualité de la partie nous semble présenter un caractère quelque peu artificiel. La confiance légitime ne s'accorde pas par anticipation. Elle dépend des circonstances, non d'une casquette. Le professionnel est déjà débiteur de multiples obligations spéciales d'information. Alors pourquoi mettre à sa charge une obligation de droit commun qui ne renseigne pas plus le partenaire ignorant²⁸¹ ? Il n'est pas totalement exclu, de plus, que dans certaines circonstances, le particulier en sache plus que le professionnel²⁸². Doit-on dire à ce professionnel ignorant qu'en tant que professionnel, la confiance légitime est exclusivement à sa charge ?

Le propre du « droit commun » est de pouvoir être invoqué par tout le monde, y compris par le professionnel, employeur²⁸³ ou autres. La justification de la légitimité de la confiance ne doit pas être discriminante. Elle doit résulter de faits concrets qui n'excluent personne.

94 - Une autre explication est de justifier la légitimité de la confiance par les informations fournies par l'une des parties. « *L'information fournie, écrivent MM. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, devrait dispenser l'autre partie de s'informer. En fournissant spontanément certaines informations, dès l'instant que celles-ci se suffisent à elles-mêmes, l'une des parties fait disparaître dans l'esprit de l'autre la nécessité de rechercher le renseignement. On ne peut reprocher à cette dernière d'avoir manqué de diligence, puisqu'elle était fondée à croire en la sincérité de son cocontractant. Il est de règle, en effet,*

²⁷⁷ CEDH, gr. ch., 12 sept. 2011, *Palomo Sanchez et autres c/ Espagne*, req. n^{os} 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, v. spéc., § 76.

²⁷⁸ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷⁹ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation*, Ph. Le Tourneau (dir.), Dalloz, 2018-2019, n^o 3112.14.

²⁸⁰ À comp. Th. GENICON, « Contrat et protection de la confiance », *RDC*. 2013/1, p. 336, spéc., n^o 8 : « *Après tout, s'il est un interlocuteur qui suscite une légitime confiance, c'est bien justement le professionnel à l'égard duquel le vendeur peut bien baisser sa garde* ».

²⁸¹ En ce sens, v. M. MEKKI, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », art. préc. : qui note que « *les règles spéciales, jurisprudentielles ou légales, suffisent déjà à protéger le contractant ignorant* ».

²⁸² V. Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1976, n^o 74-12.352, *Bull. civ. I*, n^o 370 : (à propos d'un compteur de voiture trafiqué) : *retenant que « celui qui traite avec un professionnel n'est pas dispensé de lui fournir les renseignements qui sont en sa possession et dont l'absence altère le consentement de son cocontractant »*.

²⁸³ À comp. P. LOKIEC, *op. cit.*, *loc. cit.* : « *(...) L'employeur en tant que professionnel est tenu à une obligation de se renseigner (...)* ».

que l'on doit toujours présumer la bonne foi »²⁸⁴. Dans le même esprit, Mme M. FABRE-MAGNAN précise, après avoir indiqué que la partie qui a conscience de l'importance de l'information doit en principe se renseigner par elle-même : « Si en revanche l'autre partie lui fournit spontanément une information fautive qu'elle peut légitimement croire vraie, sa confiance sera protégée et on ne lui reprochera pas de ne pas l'avoir vérifiée »²⁸⁵.

Cette justification de la légitimité de la confiance nous semble tout à fait pertinente.

95 - À la différence des fondements précédents, qui ne sont pas même évoqués par Mme M. FABRE-MAGNAN²⁸⁶, les informations fournies sont, pour reprendre une terminologie bien connue des « travaillistes », des éléments objectifs pertinents et matériellement vérifiables²⁸⁷. La légitimité de la confiance n'est plus présumée, comme avec la nature du contrat ou la qualité d'une partie. Elle est subséquente. Elle découle des informations fournies, et repose sur des faits tangibles et observables. On ne se perd plus en conjectures.

Avec la justification tenant aux informations fournies, la notion de « confiance légitime » de l'article 1112-1 devient plus contrôlable et plus globale aussi. Elle n'est plus l'apanage de quelques-uns, mais concerne tous ceux qui doivent « se » renseigner.

96 - En fondant la légitimité de la confiance sur les informations fournies, l'idée n'est plus d'instituer, comme avec les autres fondements, une obligation précontractuelle d'informer à la charge d'une partie²⁸⁸. Elle consiste, plus modestement, même si la distinction n'est pas toujours opérée, à alléger l'obligation de « se » renseigner qui pèse déjà sur un débiteur²⁸⁹. Voilà qui devrait apaiser les inquiétudes des entreprises²⁹⁰.

La logique serait la suivante : la partie qui fournit des informations n'a, en principe, pas à le faire, mais, en prenant l'initiative de le faire, elle suscite par là même la confiance légitime de la partie qui les reçoit. Cette dernière n'a, dès lors, plus à se renseigner par elle-même et demeure fondée à croire en l'exactitude des informations transmises. Si bien que, sous réserve d'une crédulité toujours inacceptable, elle ne saurait ensuite se voir reprocher de ne pas avoir vérifié les informations fournies spontanément par son partenaire. La « confiance légitime » ne protège certes pas les imbéciles, mais elle chasse l'« ignorance illégitime ».

97 - Il s'ensuit concrètement que, à l'avenir, l'employeur ne commettrait plus nécessairement de faute en ne vérifiant pas les renseignements communiqués par le salarié.

²⁸⁴ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *op. cit.*, spéc., n° 1777.

²⁸⁵ M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G.* 2016. 706.

²⁸⁶ *Ibid.* ; à comp. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Anthologie du droit (1992), 2014, p. 198, n° 255 (où l'auteur se réfère aussi à la qualité des parties) : « Il est possible de trouver plusieurs justifications de cette confiance : celle-ci peut être fondée principalement sur la qualité des parties ou sur les informations fournies par l'autre parties ».

²⁸⁷ Pour être justifié, le licenciement doit reposer sur des éléments objectifs et matériellement vérifiables, v. not. Cass. soc., 10 mai 2001, n° 99-40.128, *Bull. civ.* V, n° 161. Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-40. 415, *inédit*.

²⁸⁸ À comp. M. MEKKI, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », art. préc. : pour qui la confiance légitime est, avant tout, une attente d'information.

²⁸⁹ Mme M. FABRE-MAGNAN, qui justifie la légitimité de la confiance par les informations fournies, se réfère ainsi, de façon générique, à l'obligation précontractuelle d'information ; v. not. « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », art. préc.

²⁹⁰ Sur la nécessité de tenir compte de ces inquiétudes, v. Le Rapport remis au Président de la République, relatif à l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539/> : « Afin de ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation »...

§ 2 - La dispense de vérification justifiée par la « confiance légitime »

98 - En droit positif, on l'a vu, l'employeur commet systématiquement une faute en ne vérifiant pas les informations fournies par le salarié. Ce dernier peut, pour sa part, délivrer de « fausses informations » ou des « informations imprécises » sans nécessairement commettre de faute. On conçoit que le candidat à l'emploi ait un éventuel droit de non-révélation²⁹¹. On ne peut, en revanche, admettre qu'il puisse sciemment mentir²⁹². La faute doit changer de camp.

En application de l'article 1112-1 du Code civil, la fourniture d'informations par le salarié légitime la confiance de l'employeur, qui ne saurait, sous réserve d'une invraisemblance, se voir reprocher une quelconque négligence. Posons cette règle, que la confiance légitime exclut le contrôle. Elle chasse l'ignorance illégitime²⁹³.

Le salarié, de son côté, en fournissant de fausses informations, trompe la confiance légitime qu'il a lui-même suscitée, et commet, de ce fait, une faute susceptible d'engager sa responsabilité.

99 - À l'heure actuelle, les mensonges du salarié ne sont sanctionnés que s'ils constituent un dol ou se traduisent par une incompétence professionnelle. En dehors de ces hypothèses, le fait de fournir des renseignements fallacieux n'est pas « fautif ». Ce que nous regrettons. Il devrait y avoir une troisième voie, une alternative à la nullité impraticable du contrat de travail et à la sanction ou au licenciement disciplinaire ultérieur.

En vertu du nouvel article 1112-1 du Code civil, les mensonges, aujourd'hui indifférents du salarié, pourraient, demain, engager sa responsabilité délictuelle²⁹⁴. L'employeur pourrait, le cas échéant, obtenir la réparation de son « *préjudice de perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses* »²⁹⁵. Il lui suffirait, pour cela, de rapporter la preuve des informations mensongères du salarié.

100 - Concevable intellectuellement, la solution que nous préconisons se heurte, il est vrai, à des objections pratiques. La mise en œuvre de la responsabilité délictuelle du salarié paraît, outre son faible intérêt pécuniaire, et la difficulté de chiffrer le préjudice²⁹⁶, difficilement compatible avec une poursuite sereine du contrat de travail. L'on ne peut se satisfaire des solutions actuelles, qui font du mensonge une possible porte d'entrée vers l'emploi. Il n'est pas exclu, en outre, que la règle ainsi posée puisse contribuer, par la menace qu'elle instaurerait, à l'assainissement des relations précontractuelles.

101 - La notion de « confiance légitime » de l'article 1112-1 du Code du civil, que nous avons tentée de préciser, peut mettre fin à cette jurisprudence moralement contestable. Réjouissons-nous, une nouvelle fois, que le contrat de travail, même dans ses soubassements, soit « *soumis aux règles du droit commun* »²⁹⁷.

²⁹¹ À rapp. G. LYON-CAEN, Rapport préc., spéc., n° 78, p. 67 : qui ne fermait pas la voie à « droit général de non révélation ».

²⁹² En ce sens, v. P.-Y. GAUTIER, note préc., qui critique sévèrement la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, « *exemptant le mensonge* »...

²⁹³ À rapp. J.-L. SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP G.* 1982, I, 3058, spéc., n°5 : pour qui la croyance légitime est une croyance « dispensée de vérification ».

²⁹⁴ En dépit du silence du texte sur la nature de la responsabilité, « *nul doute, c'est la responsabilité délictuelle du débiteur du devoir d'information qui sera mise en cause* », en ce sens, v. N. DISSAUX, C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, p. 18.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Sur cette difficulté, v. M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », art. préc.

²⁹⁷ C. trav. art. L. 1221-1 préc.

Conclusion Chapitre I :

102 – La confiance créée joue un rôle moteur dans les balbutiements du contrat de travail. Elle explique, en premier lieu, la force obligatoire des mécanismes précontractuels et caractérise, lorsqu'elle est trompée, la faute dans la révocation de l'offre ou dans la rupture des pourparlers d'embauche. Elle tempère, en second lieu, sur le fondement du nouvel article 1112-1 du Code civil, l'obligation de se renseigner de l'employeur, qui a pu légitimement se fier aux informations transmises par le candidat à l'embauche.

103 – Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la confiance créée ne disparaît pas avec la conclusion du contrat de travail. C'est même tout le contraire...

Chapitre 2 : La confiance créée au cours de la relation de travail

104 - Au cours de la relation de travail, la confiance créée se voit assigner deux fonctions complémentaires, en rapport avec « *l'unilatéralisme et le droit des obligations* »²⁹⁸. Elle fonde, d'une part, la force obligatoire des déclarations patronales (Section 1) et régule, d'autre part, l'exercice des droits potestatifs accordés par le contrat de travail (Section 2).

Section 1 : Le fondement de l'effet obligatoire des déclarations patronales

105 - Nous voudrions montrer ici que ce qui oblige l'employeur, en dehors du contrat et de loi, ce n'est pas sa volonté solitaire, mais bien, d'une façon générale, la confiance créée auprès des salariés. Nous le constaterons en étudiant, successivement, les engagements unilatéraux de l'employeur, en ce compris les usages d'entreprise (Sous-section 1), et les recommandations patronales (Sous-section 2). Autant de « déclarations qui obligent au profit de celui qui a une confiance légitime »²⁹⁹ ...

Sous-section 1 : Les engagements unilatéraux de l'employeur

106 - À rebours de l'incertitude qui prévaut en droit des obligations³⁰⁰ et par-delà la question déjà évoquée de l'offre de contrat³⁰¹, l'engagement unilatéral de volonté de l'employeur constitue, en droit du travail, une source autonome d'obligations³⁰². Après avoir souligné que cette source ne peut se justifier par la volonté de l'employeur, qui joue un rôle secondaire pour ne pas dire inexistant (Sous-section 1), nous verrons qu'elle doit sa force obligatoire, et partant son existence, à la confiance créée auprès des salariés (Sous-section 2).

§ 1 – L'atonie de la volonté de l'employeur

107 – Il est acquis, depuis un arrêt du 4 avril 1990, que l'engagement unilatéral de volonté de l'employeur constitue une source autonome d'obligations en droit du travail³⁰³. Interrogée sur la suppression d'un avantage consenti aux salariés dans un plan social, la chambre sociale de la Cour de cassation jugea, en cette occasion, au visa de l'article 1134 anc. du Code civil, que « *l'employeur n'est en droit de revenir à tout moment sur un engagement unilatéral que si celui-ci a été pris pour une durée indéterminée* »³⁰⁴ ; ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

²⁹⁸ Cf. *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1999 ; v. égal. R. ENCINAS de MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 1996.

²⁹⁹ Pour reprendre une formule d'E. Lévy, cf. E. LÉVY, « Le droit repose sur des croyances (suite) », *Questions pratiques de la législation ouvrière et d'économie sociale* 1909, p. 256, spéc., p. 261.

³⁰⁰ V. not. Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens », *RDC*. 2018, hors-série, p. 52, spéc., n° 5 : pour qui, après analyse, « *la vigueur d'un engagement unilatéral reste donc bien une question en suspens en droit français des obligations* » ; sur l'engagement unilatéral en droit des obligations, v. not. A. SÉRIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, ouvr. préc., p. 7 ; Ph. JESTAZ, « L'engagement par volonté unilatérale », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, 1994, Bruxelles, p. 7. ; M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. Mestre, PUAM, 1995 ;

³⁰¹ V. *supra*, n°s 51 et s.

³⁰² Sur laquelle, v. not. E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.* 1994, p. 227 ; G. PIGNARRE, « Grandeur sans faiblesse de l'engagement unilatéral en droit du travail », in *Mélanges R. Decottignies*, PUG, 2003, p. 283.

³⁰³ Cass.soc., 4 avril 1990, n° 86-42.626, *Bull. civ.* V, n° 161 ; *Dr. soc.* 1990, p. 803, obs. J. SAVATIER.

³⁰⁴ *Ibid.*

Depuis lors, le domaine de l'engagement unilatéral n'a cessé de s'étendre, au point de devenir une « *catégorie un peu fourre-tout* »³⁰⁵. On y trouve, en premier lieu, les engagements « par nature »³⁰⁶ ou « proclamés »³⁰⁷, qui « *naissent simplement, enseigne-t-on, de l'affirmation, par l'employeur, de sa volonté d'accorder un avantage à ses salariés* »³⁰⁸. Il en est ainsi, par exemple, d'une circulaire interne qui institue, en matière de préavis, un régime plus favorable que la convention collective en vigueur dans l'entreprise. Cette circulaire, a-t-il été jugé, « *constituait un engagement de l'employeur envers les salariés* »³⁰⁹.

108 - Lorsque la volonté de l'employeur est clairement formulée, en connaissance de cause, comme ici dans une circulaire, ou ailleurs dans un plan de sauvegarde de l'emploi³¹⁰, une délibération du conseil de surveillance³¹¹ ou du conseil d'administration³¹², aucun problème ne se pose. Elle est extériorisée et *a priori* « *certaine et réfléchie* », comme l'exigent, en droit civil, MM. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX³¹³.

Il arrive cependant qu'un tel engagement soit institué à partir d'une volonté non véritablement exprimée, masquée pourrait-on dire, que le juge découvre notamment dans l'exercice, par l'employeur, de son pouvoir de direction³¹⁴. La Cour de cassation a ainsi considéré que « *la mise en place d'horaires individualisés constitue un engagement unilatéral de l'employeur qui ne peut être dénoncé ou suspendu qu'après information des instances représentatives du personnel et des salariés dans un délai suffisant pour permettre d'éventuelles négociations* »³¹⁵. L'employeur a-t-il eu, ici, « *l'intention d'être engagé* »³¹⁶ ? Rien est moins sûr.

Que dire, ensuite, de cette décision retenant que l'employeur doit, en vertu d'un engagement unilatéral, continuer à verser une prime attribuée par erreur à un salarié qui n'aurait jamais dû en bénéficier³¹⁷ ? Peut-on réellement soutenir, dans ce cas précis, que l'employeur a eu la volonté « *certaine et réfléchie* » de s'engager³¹⁸ ? La réponse est sans nul doute négative...

109 - La catégorie des engagements unilatéraux de l'employeur intègre, en son sein, les usages d'entreprise. À la différence des engagements dits « proclamés », ces usages ne naissent pas d'une volonté plus ou moins ferme de s'engager. Ils résultent d'une « *pratique générale, constante et fixe* »³¹⁹ ; telle une prime de fin d'année, versée invariablement pendant trois ans, à tout le personnel de l'entreprise justifiant d'une ancienneté de six mois. Il y a là, selon la Cour de cassation, une prime obligatoire résultant d'un usage sur « *lequel le personnel était en droit*

³⁰⁵ E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail*, Dalloz, coll. HyperCours, 14e éd., 2021, n° 94, p. 69.

³⁰⁶ P. TRISSON-COLLARD, « La contribution du droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral », *LPA*, 9 mars 2000, p. 4, spéc., n° 4.

³⁰⁷ E. PESKINE et C. WOLMARK, *op. cit.*, n°277, p. 197.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ Cass.soc., 3 fév. 1993, n°90-40.927, *Bull.civ.* V, n° 31.

³¹⁰ Cass.soc., 4 avril 1990, préc. (anciennement plan social).

³¹¹ Cass.soc., 6 déc. 2005, n° 03-46.538, *inédit*.

³¹² Cass.soc., 17 mars 1993, n° 89-40.027, *inédit*, *Dr.soc.* 1993, p. 457.

³¹³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations - I. L'acte juridique*, Sirey, 16e éd., 2014, n° 502 et s., pp. 515-516 ; v. égal. J.-L. AUBERT et S. GAUDEMET, « Engagement unilatéral de volonté », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2018, spéc., n° 33.

³¹⁴ Sur ce constat, v. not. L. KACZMAREK, « La preuve de l'engagement unilatéral ou le fait saisi par le droit », *LPA*, 12 nov. 2010, p. 10.

³¹⁵ Cass.soc., 10 déc. 2003, n° 02-40.039, *inédit*.

³¹⁶ L'« *intention d'être engagé* » constitue, selon Mme M. FABRE-MAGNAN, une des conditions de validité de l'engagement unilatéral, cf. *Droit des obligations. I - Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis Droit, 2019, n° 1117, p. 864.

³¹⁷ Cass.soc., 25 nov. 2009, n° 08-42.213, *inédit*.

³¹⁸ À comp. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, *loc. cit.*

³¹⁹ V. not. pour l'énoncé de ces critères, Cass. soc., 25 fév. 2009, n° 07-45.447, *Bull. civ.*, V, n° 52.

de compter »³²⁰.

M. SAVATIER insiste, en matière d'usages, sur l'élément volonté. « *La pratique suivie par l'employeur, note-il, révèle sa volonté de s'engager envers les travailleurs* »³²¹. M. E. DOCKÈS est plus partagé. Après avoir affirmé que « *l'usage d'entreprise naît de la volonté d'une personne seule, l'employeur* », et que le « *rôle créateur de la volonté unilatérale, indéniable en fait, est clairement consacré par la jurisprudence* »³²², il cite M. A. SÉRIAUX en droit des obligations³²³ et soutient que : « *si [l'engagement unilatéral] est créateur d'obligations à la charge de son auteur, c'est au nom du respect dû à l'espérance légitime en son exécution (qu'il a fait naître chez les tiers)* »³²⁴.

110 - L'usage d'entreprise ou, plus généralement, l'engagement unilatéral est-il obligatoire parce que l'employeur l'a voulu ou parce qu'il a fait naître une confiance légitime auprès des salariés ? Pour nous, cela ne fait aucun doute : la confiance créée se suffit à elle-même.

§ 2 – L'autonomie de la confiance créée chez les salariés

111 - Qu'il s'agisse des engagements dits « proclamés », des usages d'entreprise, ou encore des « accords atypiques » (ceux conclus entre l'employeur et des membres du personnel non habilités à signer des accords collectifs³²⁵), tous ces actes ont aujourd'hui valeur d'engagement unilatéral en droit du travail. Ils constituent autant de supports de confiance légitime créée auprès des salariés.

Au titre des conditions de validité de l'engagement unilatéral, Mme FABRE-MAGNAN met en avant la « *croyance légitime du bénéficiaire de l'engagement* »³²⁶. « *Une personne ne peut être liée par son engagement unilatéral, souligne-t-elle, que si une autre personne pouvait légitimement compter sur cet engagement* ». L'auteure conclut son analyse en ces termes : « *il faut être au moins deux personnes en jeu pour que le droit puisse être convoqué, même s'agissant d'un engagement unilatéral* »³²⁷.

C'est *nolens volens* reconnaître que l'engagement unilatéral n'a, en fait, rien d'unilatéral, puisque sa force obligatoire dépend, non de la volonté solitaire de celui qui s'engage, mais de la confiance créée auprès de son bénéficiaire, qui doit pouvoir « *agir sur sa foi* »³²⁸

Sans aller jusqu'à nier, comme le fait M. J. ANTIPPAS en droit civil³²⁹, la catégorie des

³²⁰ Cass.soc., 20 juin 1984, n°81-42.917, *Bull.civ.* V, n° 257 ; v. égal. Cass. soc., 16 décembre 1976, n° 75-40.786, *Bull. civ.*, V, n° 680 : jugeant que l'application de l'accord par le nouvel employeur « *était constitutive d'un usage sur le maintien duquel (...) les intéressés étaient en droit de compter* ».

³²¹ J. SAVATIER, « La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise », *Dr. soc.* 1986, p. 893.

³²² E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur », art. préc., spéc. note 38.

³²³ A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 1992, n° 9, p. 29.

³²⁴ E. DOCKÈS, *op. cit.*, spéc., note 42.

³²⁵ Sur lesquels, v. not. G. VACHET, « Les accords atypiques », *Dr.soc.*1990, p. 620 : l'auteur réfute la qualification d'accords atypiques qu'il trouve inexacte.

³²⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. I - Contrat et engagement unilatéral*, ouv. préc., spéc., n° 1119, p. 865.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ J. ANTIPPAS, « L'engagement unilatéral dans les limbes du droit civil », *RDC.* 2018/2, p. 272, spéc., n° 21 : « (...) Il y a en quelque sorte un vice caché rédhibitoire inhérent au concept même. Marty et Raynaud avaient mis en évidence qu'une volonté assez puissante pour lier devrait pouvoir être assez puissante pour délier. Ce à quoi on a cru pouvoir répondre que l'engagement unilatéral était irrévocable car, au fond, c'étaient les attentes du destinataire qui en empêchaient la rétractation. Mais ce faisant, en croyant purger l'engagement unilatéral de son vice originel, on l'a en réalité affecté d'un vice plus grave encore en mettant parfaitement en exergue que ce

engagements unilatéraux, qui est une « *source définitivement consacrée* » en droit du travail³³⁰, on s'accordera sur l'idée que ces engagements portent très mal leur nom. Ils ne sont ni unilatéraux, ni fondés sur la volonté de l'engagé, mais reposent, plus certainement, sur la confiance créée auprès des destinataires³³¹.

112 - La Cour de cassation conforte cette analyse lorsqu'elle juge que « *ne saurait constituer un engagement unilatéral de l'employeur de consentir à la salariée une garantie d'emploi de cinq années, la possibilité évoquée en conseil d'administration puis devant l'assemblée générale qui ne l'a pas entérinée, de créer un poste de délégué général d'une telle durée, non proposé à la salariée et dont l'idée a été abandonnée pour des raisons financières* »³³². Une simple possibilité, non entérinée et finalement abandonnée, ne saurait effectivement faire naître, chez le salarié, une quelconque « *espérance légitime en son exécution* »³³³. Ce n'est pas un engagement ; ce n'est qu'une éventualité, par définition, non contraignante. Pas davantage, et pour les mêmes raisons, un « *relevé de conclusion* » établi à la fin d'une réunion, se limitant à la mise en forme de « *simples objectifs* », ne saurait s'analyser en un « *engagement obligeant l'employeur* »³³⁴. Le salarié ne peut légitimement compter sur l'exécution d'un « simple objectif », qui ne donne qu'une orientation, rien de plus.

À l'inverse, une lettre d'information intitulée « *indemnité de départ à la retraite* », rédigée en termes clairs et précis, comportant les mentions manuscrites du directeur général et prévoyant que le salarié a droit, en cas de départ volontaire à la retraite, à une indemnité équivalente à l'indemnité de licenciement, constitue un engagement unilatéral obligeant l'employeur³³⁵. Ce n'est pas, dans ce cas, la volonté qui engage ; c'est la confiance qui se crée et oblige.

113 - Certes, il convient de ne pas exagérer l'opposition entre volonté et confiance. Ne serait-ce que parce que « *la confiance en matière d'actes juridiques, suppose elle-même la croyance en la volonté, et on peut dire ainsi qu'elle naît de la volonté* »³³⁶. Cependant, comme E. Gounot devait le souligner « *la volonté génératrice de confiance, ce n'est pas la volonté psychologique ou interne, seul objet des préoccupations des juristes orthodoxes, c'est la volonté déclarée (...) c'est cette volonté contemplée à travers le milieu social, c'est-à-dire à travers tout un ensemble de croyances, d'usages et de besoins de tous ordres, et interprétée selon les exigences, de plus en plus impérieuses* »³³⁷.

n'est pas la volonté mais la croyance du destinataire qui seule pourrait le cas échéant justifier la création de l'obligation. L'engagement par volonté unilatérale n'existe donc en définitive pas et ne semble même pouvoir exister ».

³³⁰ En ce sens, E. PESKINE et C. WOLRMARK, *Droit du travail*, Dalloz, coll. HyperCours, 14^e éd., 2021, n° 275, p. 198 : soulignant que « *L'engagement unilatéral de l'employeur est une source définitivement consacrée* » ; v. égal

³³¹ À rapp., A. SÉRIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, ouv. préc., n° 6, p. 11, pour qui « le seul moyen pour fonder la valeur juridique d'une promesse unilatérale non acceptée par son bénéficiaire consiste (...) à se référer à l'*espérance légitime* qu'elle a pu faire naître chez tel ou tel » (souligné par l'auteur).

³³² Cass.soc., 29 nov. 2006, n° 04-47.792, inédit.

³³³ Cf. A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 1998, n° 9, p. 30.

³³⁴ Cass.soc., 14 mars 2006, n°04-44.750, inédit.

³³⁵ Cass.soc., 4 fév. 2010, n°08-44.476, inédit.

³³⁶ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. préc., p. 162.

³³⁷ *Ibid.*

Sans prendre position sur le sempiternel débat entre les différentes théories de la volonté³³⁸, retenons que la confiance créée prime toute espèce de volonté³³⁹. « *Le principal fondement de l'engagement unilatéral*, écrit ainsi M. L. KACZMAREK, *se trouve dans la croyance légitime du créancier. Cela signifie que la condition de volonté doit être assouplie, objectivée : elle tient à l'expression d'une déclaration et à l'apparence ainsi créée. On peut ainsi être engagé à l'encontre de sa volonté réelle* »³⁴⁰.

Si on ne peut que souscrire aux propos de l'auteur, la volonté, même réduite à l'expression d'une simple déclaration, nous semble encore occuper une place trop importante dans son raisonnement. Elle fait diversion, nous détourne de l'essentiel : la confiance créée. Pour paraphraser Mme A. DANIS-FATÔME, c'est moins, en effet, « *la déclaration de volonté prise en elle-même que la confiance qu'elle a créée chez son destinataire qui est prise en compte* »³⁴¹.

114 – La question de la valeur de la mention erronée de la convention collective applicable dans le bulletin de paie peut nous permettre d'illustrer notre propos. On se souvient que, jusqu'à une période récente, cette mention valait « *reconnaissance de l'application de la convention à l'entreprise* »³⁴². La présomption était alors irréfragable, ce qui avait soulevé certaines critiques de la part de la doctrine. « *Comment justifier, objectait-on notamment, qu'une mention, fruit d'une erreur, puisse caractériser l'intention de l'employeur d'appliquer la convention collective (...) ?* »³⁴³.

C'était mal formuler le problème et occulter le véritable fondement. Si l'employeur se trouvait ici obligé, cela tenait, non à sa volonté erronée, mais à la confiance créée auprès des salariés.

Toutefois, pour se conformer à la directive n° 91/533/CEE³⁴⁴ et à la jurisprudence communautaire³⁴⁵, la Cour de cassation procédait à un revirement de jurisprudence dans un arrêt du 15 novembre 2007³⁴⁶. Elle considère, depuis lors, que la mention de la convention collective dans le bulletin de paie vaut comme présomption simple d'applicabilité de cette convention, « *l'employeur étant admis à apporter la preuve contraire* »³⁴⁷. Ce n'est pas dire, pour autant, qu'un engagement unilatéral ne peut plus naître d'une mention erronée figurant

³³⁸ V. not J. BOULANGER, « Volonté réelle et volonté déclarée », in *Liber amicorum Baron Louis fredericq*, Gent, 1966, p. 199 ; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961 ; J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Sirey, 1931 ; R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901.

³³⁹ E. GOUNOT, *op. cit.*, *loc. cit.* : « *De plus en plus notre droit est porté à substituer à la considération de la volonté des parties celle de confiance légitime que l'activité volontaire de chacune d'elles inspire à l'autre* ». L'auteur adhère ici à la philosophie d'E. Lévy, qu'il rejette par ailleurs (v. pp. 162-163) : « *M. Lévy définit le contrat : « Le rapport de confiance légitime que crée l'activité (ou la volonté) formulée ou non formulée » (Rv. Trim. , 1910, p. 720). Tout en rejetant les principes généraux de la philosophie de cet auteur, nous reconnaissons volontiers que les contrats de la vie courante tendent sensiblement à se conformer à cette définition* ».

³⁴⁰ L. KACZMAREK, « La preuve de l'engagement unilatéral ou le fait saisi par le droit », *LPA*, 12 nov. 2010, p. 10.

³⁴¹ A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, préf. G. Viney, LGDJ, 2001, n° 852, p. 514.

³⁴² Cass.soc., 18 nov. 1998, n° 96-42.991, *Bull.civ.* V, n° 499 ; *Dr. soc.* 1999, p. 102, obs. J. SAVATIER ; *Dr. soc.* 1999, p. 191, obs. A. MAZEAUD.

³⁴³ Cf. REYNÈS, « La métamorphose de la valeur de la mention de la convention collective sur le bulletin de paie », *D.* 2008, p. 325.

³⁴⁴ Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

³⁴⁵ CJCE *Kampelmann et al.*, 4 déc. 1997, C-253 à 258/96, Rec. I-p. 6907.

³⁴⁶ Cass.soc., 15 nov. 2007, n°06-44.008, *Bull.civ.* V, n° 191 ; *D.* 2008, p.325, note B. REYNÈS ; *JCP S.* 12 fév. 2008, 1102, obs. G. VACHET ; *RDSS.* 2008, p. 185, obs. D. BOULMIER.

³⁴⁷ *Ibid.*

dans le bulletin de paie³⁴⁸ ou le contrat de travail³⁴⁹. Et on ne voit pas bien comment on pourrait expliquer cet engagement autrement que par la confiance créée chez les salariés, qui se sont légitimement fiés à l'information transmise³⁵⁰.

115 - L'élément volonté nous semble inutile, et par trop artificiel, dans l'analyse de l'engagement unilatéral. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler qu'un tel engagement peut se former en dehors de toute manifestation de volonté, réelle ou déclarée, de la part de l'employeur obligé.

En cas de transfert d'entreprise au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail³⁵¹, la jurisprudence considère que les engagements unilatéraux pris par l'ancien employeur sont transférés auprès du nouvel employeur, à qui il appartient, le cas échéant, de les dénoncer³⁵². Ce dernier se trouve alors engagé, sans l'avoir voulu, du seul fait de la confiance créée chez les salariés.

Dans un important arrêt du 7 décembre 2005, la Cour de cassation précisait toutefois que le maintien des engagements unilatéraux ne vaut « *qu'à l'égard des salariés dont le contrat était en cours au jour du transfert* »³⁵³. Pour MM. J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, « *cette solution n'est pas cohérente avec le fait que l'engagement unilatéral participe au statut collectif dans l'entreprise. Dès lors qu'il ne s'incorpore pas au contrat de travail, son effet normatif ne devrait pas dépendre de la date de conclusion de celui-ci* »³⁵⁴. Le doyen WAQUET est du même avis. « *Comment concevoir, écrit-il, que les nouveaux salariés, engagés après le transfert d'entreprise, ne bénéficient pas des mêmes avantages ?* »³⁵⁵.

Dès lors cependant que l'on analyse la solution sous l'angle de la confiance créée, le grief d'incohérence nous semble devoir être écarté. Comment les salariés nouvellement recrutés auraient-ils pu légitimement compter sur l'efficacité d'un engagement unilatéral pris par un employeur qui n'était pas le leur et avec lequel ils n'ont jamais été en rapport ? Faute de relations préétablies, l'engagement du cédant n'a pu faire naître, chez eux, une quelconque « *espérance légitime en son exécution* »³⁵⁶. Or, c'est là que réside, pour Mme G. VINEY³⁵⁷, comme pour M. A. SÉRIAUX³⁵⁸, « *le critère de l'engagement unilatéral créateur d'obligations* ».

³⁴⁸ Cass.soc., 14 nov. 2013, n° 12-22.734, inédit : jugeant que « la mention par l'employeur dans les bulletins de paie du salarié d'une convention collective vaut engagement unilatéral de sa part ... ».

³⁴⁹ Cass.soc., 16 mai 2012, n° 11-11.100, *Bull.civ.* V, n° 150 ; *Dr.soc.* 2012, p. 742, note J. MOULY ; *JCP S.* 29 mai 2012 ; act. 261, obs. N. DAUXERRE : à propos d'un salarié dont la période d'essai a été rompue après avoir été renouvelée, alors que la convention collective mentionnée dans le contrat de travail ne prévoyait pas de renouvellement.

³⁵⁰ À rapp. J. MOULY, note préc. : où l'auteur souligne que même si « *l'information ne reflète pas la volonté réelle de l'employeur, elle a créé une apparence suffisamment forte pour que le salarié soit autorisé à s'en roévaloir, sans que puisse lui être opposée l'inapplicabilité de la convention (...). Son attente légitime ne doit pas être déçue* ».

³⁵¹ C. trav. art. L. 1224-1 : « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ».

³⁵² V. not. Cass.soc., 4 fév. 1997, n° 95-41.468, *Bull.civ.* V, n° 47 : « *Mais attendu (...) que l'engagement unilatéral pris par un employeur est transmis, en cas d'application de l'article L. 122-12 du Code du travail, au nouvel employeur, qui ne peut y mettre fin qu'à la condition de prévenir individuellement les salariés et les institutions représentatives du personnel dans un délai permettant d'éventuelles négociations (...)* ».

³⁵³ Cass. soc., 7 déc. 2005, n° 04-44.594, PBRI, *Bull. civ.* V, n° 356, *RDC.* 2006/2, p. 414, obs. Ch. RADÉ.

³⁵⁴ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 24^e éd., 2008, n° 79, p.127.

³⁵⁵ Ph. WAQUET, obs. sous Cass.soc., 22 nov. 2006, *RDT.* 2007, p.102.

³⁵⁶ A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2e éd., 1998, n° 9, p. 30 :

³⁵⁷ G. VINEY, obs. sous Cass.soc., 25 nov. 2003, *JCP G.* 2004, I, 163, spéc., n° 6.

³⁵⁸ *Ibid.*

À l'égard des salariés nouvellement embauchés, il n'y pas eu de confiance créée³⁵⁹. L'engagement unilatéral perd sa « consistance juridique »³⁶⁰, il cesse d'être obligatoire. On ne peut, à ce titre, qu'approuver la solution de la Cour de cassation qui estime justifiée la différence de traitement résultant de l'application aux seuls anciens salariés des engagements unilatéraux pris par le cédant³⁶¹.

116 – La question déterminante pour l'engagement unilatéral n'est pas de savoir s'il y a eu volonté réelle ou déclarée de l'obligé³⁶². Elle consiste à déterminer s'il y a eu confiance légitime créée chez le salarié. Si tel est le cas, alors l'engagement unilatéral oblige l'employeur, peu important que la confiance n'ait pas été créée personnellement par lui, mais par son prédécesseur³⁶³.

117 – Les recommandations patronales s'inscrivent dans la même logique. Elles obligent l'employeur, le cas échéant, contre sa volonté, du seul fait de la confiance créée chez les salariés.

Sous-section 2 : Les recommandations patronales

118 - De façon spontanée, ou à la suite de l'échec des négociations au niveau de la branche professionnelle, un groupement d'employeurs peut adresser à ses adhérents une recommandation patronale leur enjoignant d'accorder à tout ou partie de leurs salariés un avantage déterminé, généralement en matière de rémunération³⁶⁴. La question se pose alors de savoir si les employeurs adhérents se trouvent obligés par cette recommandation, ou s'ils conservent leur liberté de ne pas l'appliquer aux salariés concernés.

Le terme de « recommandation » plaide, *a priori*, pour la seconde hypothèse. Dans son sens le plus courant, la recommandation signifie en effet « conseil », « avis », « indication »³⁶⁵, autant de synonymes qui s'opposent à l'idée même de contrainte.

La chambre sociale de la Cour de cassation - peut-être la plus imaginative - a cependant rompu avec l'acceptation commune de la notion. Elle a retiré la « recommandation patronale » du droit mou pour la faire pénétrer avec force dans ces « *puissances infernales* » que sont les « *normes infralégales* »³⁶⁶.

³⁵⁹ À rapp. G. LOISEAU, « La discutable transmission de l'engagement par volonté unilatérale en droit du travail », *D.* 2006, p. 1867, spéc., n° 3 : « *S'il est, en effet, socialement justifié de reconnaître une force contraignante à l'engagement de l'employeur parce que, exprimé dans un acte qui relève du pouvoir patronal, c'est-à-dire d'une autorité légitime, il a pu susciter de la part des salariés une réelle croyance en son efficacité, cette considération s'estompe à l'évidence en cas de transfert d'entreprise, les salariés recrutés ultérieurement par le nouvel employeur n'étant pas fondés à compter sur des engagements que ce dernier n'a pas lui-même souscrits* » ; en ce sens, v.

³⁶⁰ Cf. A. SÉRIEAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, ouv. préc., p. 7, spéc., n° 7, p. 12 : soulignant que « *l'engagement juridique ne prend consistance juridique qu'en raison de l'espérance légitime qu'il fait naître chez autrui en son accomplissement* ».

³⁶¹ Cass.soc., 11 janv. 2012, n° 10-14.614 ..., *Bull.civ.* V, n° 15.

³⁶² À comp. J.-L. AUBERT et S. GAUDEMET, « Engagement unilatéral de volonté », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2018, n° 33 : « *Un engagement unilatéral de volonté ne saurait être consacré qu'en présence d'une volonté certaine et réfléchie* ».

³⁶³ À comp. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 11e éd., 2020, p. 234 : pour qui la « *force obligatoire [de la promesse de récompense] ne peut reposer que sur la volonté du promettant et la confiance légitime qu'il a suscitée chez son destinataire* ».

³⁶⁴ À rapp. H. TISSANDIER, obs. sous Cass.soc., 6 janv. 2011, *RDT*. 2011, p. 388.

³⁶⁵ Cf. les synonymes proposés par le Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), v° Recommandation.

³⁶⁶ Les expressions sont empruntées à Mme M. KELLER et G. LYON-CAEN, cf. « Sources du droit du travail - Les puissances infernales : les normes infralégales », in *Répertoire de droit du travail*, janv. 1992, (actu. 2016).

119 - Très tôt, la jurisprudence admit que les recommandations patronales, qui n'avaient certes « *pas, par essence, un caractère obligatoire* », pouvaient lier les employeurs³⁶⁷. Différents fondements furent, tour à tour, invoqués pour justifier cet effet contraignant pour le moins contre-nature.

Hors le cas où les règles statutaires du groupement d'employeurs fixaient, elles-mêmes, le principe de la force obligatoire de la recommandation patronale³⁶⁸, certaines décisions en appelèrent à la notion d'usage professionnel pour lier les employeurs³⁶⁹. L'application répétée par les employeurs de la profession, des recommandations passées, instituait un usage qui les obligeait pour les recommandations futures. L'analyse était assez lacunaire. Elle n'expliquait notamment pas comment une recommandation isolée, par définition non répétée, prise pour apaiser un conflit collectif, pouvait être obligatoire³⁷⁰.

Par la suite, l'engagement unilatéral de volonté fut proposé comme autre fondement. Sur le modèle des relations individuelles, la volonté claire et précise du groupement d'employeurs obligerait, en soi, les adhérents. Un arrêt publié du 8 octobre 1987 pouvait être interprété en ce sens³⁷¹. La Cour de cassation considéra que « *si l'organisation patronale avait voulu prendre une décision obligatoire par elle-même* », les propositions qui en découlaient « *avaient le caractère d'un engagement et s'imposaient en l'absence d'accord d'entreprise* »³⁷². La difficulté tenait ici au fait que la volonté du groupement ne conférait pas un avantage aux employeurs, elle les obligeait³⁷³. Or, il est de règle que si l'engagement unilatéral peut être source de droits pour son bénéficiaire, il ne saurait être source d'obligations envers autrui³⁷⁴; et ce d'autant que le groupement patronal n'est pas le mandataire des employeurs adhérents : « *la décision prise est la sienne* »³⁷⁵.

L'ensemble des fondements proposés, auxquels il faut ajouter l'idée d'accord minimum (alors que, « *par hypothèse, aucun accord n'a été conclu* »³⁷⁶), n'était pas satisfaisant. L'effet contraignant des recommandations patronales posait de réelles difficultés sur le plan théorique.

120 - Par une série d'arrêts rendus le 29 juin 1999, la Cour de cassation entreprit de résoudre définitivement le problème³⁷⁷. Les litiges avaient pour origine le conflit des routiers de l'autonome 1996. Suite à l'échec des négociations sur les salaires et dans une perspective d'apaisement, deux organisations d'employeurs recommandèrent expressément à leurs entreprises adhérentes « *de verser une indemnité d'un montant de 3000 F à l'ensemble des*

³⁶⁷ À comp. Cass. civ., 17 avr. 1953, *D.* 1954, somm. p. 16.

³⁶⁸ Cass. soc., 6 juill. 1961, *Bull. civ.* IV, n° 753; *JCP G.* 1961, II, 12331, note H. BLAISE.

³⁶⁹ V. not. Cass. soc., 18 nov. 1976, n° 75-11.852, *Bull. soc.* n° 612: reprochant aux juges du fond de ne pas avoir recherché « *s'il y avait eu ou non en fait une ou plusieurs augmentations générales des salaires dans la profession et la région entre 1970 et 1973* ».

³⁷⁰ En ce sens, v. N. MOLFESSION, « La nature juridique des recommandations patronales », *RTD Civ.* 2000, p. 200 : pour qui « *il eût fallu consacrer l'existence d'un usage à formation "quasi-instantané"* ».

³⁷¹ Cass. soc., 8 oct. 1987, n° 84-42.985, *Bull. civ.* V, n° 543.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ À comp. J. DUPLAT, « Sur la portée des recommandations patronales (concl.) », *Dr. soc.* 1999, p. 795 : « *En définitive, pourquoi, lorsque le texte d'une recommandation est clair et a valeur d'engagement impératif, ne produirait-il pas en tant qu'engagement collectif d'un groupement d'employeurs les mêmes effets contraignants à l'égard des salariés des entreprises membres du groupement, que l'engagement unilatéral d'un employeur qui s'engage dans ses rapports avec les salariés de son entreprise ?* ».

³⁷⁴ En ce sens, v. not. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. I - Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis Droit, 2019, n° 1118, p. 864.

³⁷⁵ N. MOLFESSION, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁷⁶ Cf. J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 24^e éd., 2008, n°77, p. 122.

³⁷⁷ Cass. soc., 29 juin 1999, n° 98-44.348, *Bull. civ.* V, n° 308 ; n° 97-43.646, *inédit* ; n°98-43.686, *inédit* ; n° 97-45.865, *inédit* ; *Dr. soc.* 1999, p. 795, concl. J. DUPLAT ; *D.* 2000, p. 50, note R. de QUÉNAUDON et p. 79, note A. BOUILLOUX ; *JCP G.* 17 mai 2000, II, 10315, note P. DEUMIER ; *LPA.* 10 mars 2000, p. 11, note S. JOLY ; *RTD Civ.* 2000, p. 200, note N. MOLFESSION.

conducteurs routiers de véhicules de plus de 3,5 tonnes et affectés à des activités de transports de marchandises ou de déménagement ». Certains employeurs refusèrent toutefois de verser ladite indemnité aux salariés concernés. Étaient-ils en droit de le faire ?

Dans l'arrêt *Fumeron*, la Cour de cassation répond par la négative. Dès lors que l'employeur est adhérent du groupement, que la recommandation est rédigée en termes clairs et précis, et diffusée à l'ensemble des adhérents, elle revêt un caractère obligatoire et doit être appliquée³⁷⁸. Une définition est même énoncée : « *constitue une recommandation patronale une décision unilatérale d'un groupement ou d'un syndicat d'employeurs qui s'impose à tous ses adhérents* »³⁷⁹.

Est recommandation, ce qui s'impose... La formule est déroutante, *a fortiori* lorsqu'on la croise avec le visa qui justifie la cassation de l'arrêt *Ciberval*, rendu le même jour : « *Vu le principe de l'effet obligatoire de la recommandation patronale* »³⁸⁰.

La recommandation patronale s'impose, parce qu'elle est obligatoire. Comment ? En vertu d'un principe général autonome qui « *dispense de recourir à une autre figure juridique (usage, engagement unilatéral ou collectif)* »³⁸¹. Pourquoi ? La question reste en suspens...

121 - La force obligatoire de la recommandation patronale peut bien lui être désormais consubstantielle, la question de la justification « *de cette force contraignante n'en est pas pour autant résolue* »³⁸². Pourquoi la recommandation oblige-t-elle les employeurs ? Sur quoi repose le principe de son effet obligatoire ? M. N. MOLFESSION voit dans l'effet contraignant de la recommandation patronale une nouvelle manifestation d'un pouvoir réglementaire de droit privé³⁸³. « *N'est-t-on pas tout simplement, se demande-t-il, en présence d'une norme émise par l'organisation ou le syndicat à la manière de celles qui peuvent résulter d'une loi ou d'un règlement, bref de toute source de droit objectif donnant naissance à un rapport de droit entre deux ou plusieurs personnes ?* »³⁸⁴. Pour l'auteur, les conditions exigées de clarté et de précision de la proposition émanant du groupement « *militent en ce sens* »³⁸⁵. Mme H. TISSANDIER insiste, pour sa part, sur l'élément volonté. « *La recommandation patronale tire sa force obligatoire de la volonté de son auteur d'engager les entreprises adhérentes. Le juge est donc appelé à rechercher les manifestations non équivoques de cette volonté (...)* »³⁸⁶.

Ces opinions convergent pour dire que la recommandation patronale est un acte réglementaire de droit privé, d'une part, dont la force obligatoire dépend de la volonté de son auteur, d'autre part.

Nous voudrions, quant à nous, avancer un autre élément, généralement passé sous silence : la confiance créée auprès des salariés.

122 - La recommandation patronale suppose, outre l'adhésion de l'employeur, des propositions claires, précises, et diffusées auprès de tous les adhérents. Cela suffit-il pour asseoir son effet contraignant sur la volonté de ses auteurs ? Si cette volonté était à ce point déterminante, comment expliquer que la lettre du groupement, postérieure à la recommandation, précisant que « *les organisations professionnelles n'avaient pas la volonté*

³⁷⁸ Cass.soc., 29 juin 1999, n° 98-44.348, préc.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ Cass.soc., 29 juin 1999, n° 97-45.877, inédit.

³⁸¹ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁸² N. MOLFESSION, art. préc.

³⁸³ Sur lequel, v. Ph. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, préf. Th. Revet, Paris, Litec, 1998 ; F. ROSA, *Les actes de réglementation privé*, thèse Paris I, 2011 (la recommandation patronale n'est pas traitée).

³⁸⁴ N. MOLFESSION, art. préc.

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ H. TISSANDIER, obs. sous Cass.soc., 6 janv. 2011, *RDT*. 2011, p. 388.

de donner un caractère impératif à leur recommandation », demeure « sans effet »³⁸⁷ ?

De même que l'offre de contrat de travail ne peut être révoquée une fois parvenue au destinataire³⁸⁸, la recommandation patronale, une fois prise, n'est plus à reprendre. Elle oblige l'employeur envers les salariés, le cas échéant, contre la volonté de ses auteurs. Où l'on perçoit bien les limites de l'explication volontariste.

123 - La force obligatoire de la recommandation patronale ne saurait effectivement s'expliquer par la volonté de ses auteurs. Si le groupement d'employeurs se contente, par exemple, de suggérer à quelques-uns de ses adhérents de verser « une certaine somme », « à une certaine période », pour une « certaine catégorie de salariés », il ne saurait y avoir d'effet contraignant, alors même que la volonté des auteurs de l'acte est certaine et réfléchie. Mme P. DEUMIER le déplore. « *La recherche ne devrait-elle pas plutôt, écrit-elle, puisqu'il s'agit de distinguer une simple incitation d'une obligation, se porter sur la fermeté de la volonté* »³⁸⁹ ?

Nous répondons que l'obligation d'exécuter la recommandation patronale ne s'explique, ni par la volonté de celui qui l'a prise, ni par la volonté de celui qui doit l'appliquer, mais par la confiance créée auprès des salariés qui en sont les bénéficiaires.

L'adhésion de l'employeur, les termes clairs et précis, la diffusion auprès de tous les adhérents, ne sont pas les critères de la volonté qui existe, même dans l'hypothèse de propositions imprécises ou partiellement transmises. Ce sont ici les critères de la confiance qui se crée et oblige.

Lorsque la déclaration du groupement d'employeurs suscite une confiance légitime auprès des salariés, ce qui suppose *a minima* que les critères de précision, de clarté, d'adhésion et de diffusion soient satisfaits, alors il y a recommandation patronale et donc force obligatoire. Dans le cas contraire, on évolue dans le droit mou, dans l'incitatif, alors que la volonté du groupement se serait manifestée³⁹⁰.

124 – La justification de la force obligatoire de la recommandation patronale est simple pour qui veut la voir. Ce n'est pas le pouvoir normatif du groupement³⁹¹, ni la volonté de ce dernier d'engager les entreprises adhérentes³⁹², qui justifie l'effet contraignant de la recommandation. Si l'employeur se trouve obligé, c'est du fait de la confiance créée chez les salariés, peu important que la déclaration génératrice de confiance n'émane pas de lui, mais du groupement auquel il est adhérent.

Il en est des recommandations patronales, comme des engagements unilatéraux : la confiance créée est toujours charge pour celui qui dirige³⁹³.

125 – À l'instar de l'engagement unilatéral, la recommandation patronale est aussi, dans sa puissance contraignante, une déclaration qui oblige l'employeur au profit des salariés qui ont une confiance légitime³⁹⁴. Notre proposition peut sembler relever de l'évidence, elle n'en

³⁸⁷ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *op. cit.*, spéc. note 5, p. 1348 ; v. égal. J. DUPLAT, *Dr.soc.* 1999, p. 795.

³⁸⁸ V. *supra*, n^{os} 62 et s.

³⁸⁹ P. DEUMIER, *JCP G.* 17 mai 2000, II, 10315, spéc., n^o 6.

³⁹⁰ V. par ex. Cass.soc., 4 fév. 1987, n^o 83-41.209, *Bull.civ.* V, n^o 60 : qui reproche à la cour d'appel d'avoir retenu le caractère impératif de la recommandation patronale sans relever aucun élément permettant de justifier que cette recommandation - qui existait - s'imposait à l'employeur.

³⁹¹ À comp., N. MOLFESSIS, « La nature juridique des recommandations patronales », art. préc.

³⁹² À comp., H. TISSANDIER, note préc. ; P. DEUMIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁹³ À comp., sur la théorie du « risque-autorité », en droit de la responsabilité civile ; cf. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, 1er vol., 1962, Sirey, spéc., n^o 425

³⁹⁴ À comp. E. LÉVY, « Le droit repose sur des croyances (suite) », art. préc., spéc., p. 261 : qui définit le contrat comme « une déclaration qui oblige au profit de celui qui a une confiance légitime ».

demeure pas moins plus naturelle que la solution actuellement retenue la Cour de cassation selon laquelle : la recommandation s'impose parce qu'elle est obligatoire...

Les mots perdent leur sens.

126 – En définitive, les déclarations patronales lient l'employeur – qui n'en est pas nécessairement l'auteur - parce qu'elles suscitent une confiance légitime auprès des salariés. Ce qui suppose qu'elles aient toujours pour objet d'attribuer un avantage déterminé³⁹⁵. La notion même de confiance est « *toujours orientée vers l'avantage du confiant – vers sa créance –, jamais vers son déplaisir – vers une dette* »³⁹⁶.

127 – Par-delà sa fonction explicative dont nous venons de souligner la teneur, la confiance créée se voit également assigner, au cours de l'exécution, une fonction technique bien précise, quoique plus méconnue : elle régule l'exercice des droits potestatifs accordés par le contrat de travail.

³⁹⁵ À rapp. J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 24^e éd., 2008, n° 81, p. 131 : « *Sous l'une ou l'autre de ces formes, l'engagement ne vaut que dans la mesure où il apporte une garantie ou un avantage aux salariés* ».

³⁹⁶ G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, th. préc., p. 30, spéc., note 116 : l'auteur y voit une différence avec la notion d'attente légitime qui « *peut également concerner la dette* ».

Section 2 : La régulation des droits potestatifs accordés par le contrat de travail

128 - Depuis les années 1950-1960, les droits potestatifs font l'objet d'une attention croissante de la part de la doctrine française. Il y eut, d'abord, les travaux de M. BOYER³⁹⁷, puis, surtout, la thèse de M. I. NAJJAR, parue en 1966, intitulée « Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral »³⁹⁸, sur laquelle il nous faut revenir brièvement.

129 - « *Qu'est-ce que le droit d'option ? Quelle est sa nature ? Quel est son contenu ? (...) Est-il un droit réel ou un droit de créance ?* », se demandait M. I. NAJJAR, en propos introductif³⁹⁹. Assez rapidement, l'auteur répondait à ces différentes interrogations. « *Le droit d'option, constatait-t-il dans un premier temps, n'est pas un droit de créance, ni dans le cas de la promesse unilatérale, ni dans celui de la promesse synallagmatique, car il ne vise pas l'exécution d'une prestation déterminée ; il n'est pas dirigé à l'encontre de la personne du débiteur au sens strict puisque le "débiteur" a déjà exécuté ce à quoi il s'était engagé* »⁴⁰⁰. Ce n'est pas davantage un droit réel, observait-t-il, dans un second temps, car « l'objet du droit d'option n'est pas la chose elle-même, mais la possibilité de conclure le contrat définitif relatif à cette chose »⁴⁰¹.

Ni un droit de créance, ni un droit réel, l'auteur se proposait donc, en s'inspirant de la doctrine italienne, d'y voir un « droit potestatif », dont il livrait les caractéristiques essentielles. Le droit potestatif, précisait-il, agit, non pas directement sur une personne ou sur une chose, mais sur une « *situation juridique préexistante* »⁴⁰² ; il se caractérise par un lien de sujétion, le sujet passif devant se contenter « *de subir purement et simplement les effets de la manifestation de la volonté du titulaire du droit* »⁴⁰³. Le droit potestatif, ajoutait-il plus loin, « *provoque une certaine incertitude quant à l'issue de la situation définitive (...) - incertitude inhérente au fait qu'on ne sait pas encore quel va être le parti choisi* »⁴⁰⁴.

130 - À travers son analyse, M. I. NAJJAR entendait démontrer la spécificité des droits potestatifs, qu'il envisageait comme une troisième catégorie de droits subjectifs, distincte des droits personnels et des droits réels⁴⁰⁵. A-t-il réussi dans son entreprise ? Une réponse affirmative paraît, une cinquantaine d'années après, devoir s'imposer⁴⁰⁶. « *La promesse unilatérale de vente, enseignent aujourd'hui, MM. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, que l'on ne présente plus, confère à son bénéficiaire une faculté de choix - acheter ou ne pas acheter - une « option », pour utiliser la terminologie de la pratique. L'option n'est ni un droit de créance, ni un droit réel ; mais un droit potestatif* »⁴⁰⁷.

³⁹⁷ L. BOYER, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse Toulouse, 1947, spéc., p. 61 et s. ; « Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contracts », *RTD. Civ.* 1949, pp. 1 et s.

³⁹⁸ I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967.

³⁹⁹ Cf., n° 5, pp. 5 et 6.

⁴⁰⁰ Cf., n° 24, pp. 26 et 27.

⁴⁰¹ Cf., n° 26, p. 29 (souligné par l'auteur).

⁴⁰² Cf., n° 99, p. 102.

⁴⁰³ Cf. n° 101, p. 105.

⁴⁰⁴ Cf., n° 107, p. 110.

⁴⁰⁵ À comp. v. F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD. civ.* 1982. 705 s. : qui remet également en cause cette *summa divisio*.

⁴⁰⁶ L'auteur dresse lui-même ce constat ; cf. I. NAJJAR, « La potestativité. Notes de lecture », *RTD Civ.* 2012, p. 601 : « *Après une longue période de doute ou d'accueil limité, le droit potestatif a achevé de se distinguer, d'exister pleinement, sans créer de risque d'amalgame avec la condition potestative* ».

⁴⁰⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5e éd., 2011, n° 443, p. 223

Il ne s'agit pas d'un avis isolé⁴⁰⁸.

131 – Force est de reconnaître que, après une courte période d'incubation, les réflexions de M. I. NAJJAR ont peu à peu pénétré les consciences. Les travaux sur les droits potestatifs ont même tendance à se multiplier ces derniers temps. On songe notamment à la thèse de M. S. VALORY, consacrée à « La potestativité dans les rapports contractuels »⁴⁰⁹, qui traite longuement du sujet, mais aussi à l'étude de Mme J. ROCHFELD, portant exclusivement sur « Les droits potestatifs accordés par le contrat »⁴¹⁰ ; ou encore, à celle, plus récente, de Mme C. POMART-NOMDEDEO relative au « régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle »⁴¹¹.

Mme C. LEFER s'est, pour sa part, spécifiquement intéressée à la question des droits potestatifs dans le cadre particulier du droit du travail⁴¹².

132 – Les auteurs retiennent, aujourd'hui, à peu près tous la même définition du droit potestatif. Celui-ci s'analyse comme « *le pouvoir, pour son titulaire, d'influer sur une situation juridique préexistante en la modifiant, l'éteignant ou en en créant une nouvelle, par sa seule volonté unilatérale et sans que son partenaire, placé dans une position de totale sujétion, puisse y faire obstacle* »⁴¹³.

Le droit potestatif supposerait ainsi, cumulativement, un pouvoir sur une situation juridique⁴¹⁴, un lien de sujétion corrélatif⁴¹⁵, et une mise en œuvre par volonté unilatérale qui, parce qu'elle peut avoir lieu ou non, engendre une certaine incertitude⁴¹⁶.

133 - À la lecture de cette définition et de ces critères, on pressent immédiatement combien le droit potestatif peut s'avérer dangereux pour le contractant qui le subit. « *Même s'il se définit comme un pouvoir sur une situation juridique et non sur un débiteur*, écrit Mme J. ROCHFELD, *lorsque ce droit s'exerce en matière contractuelle, l'autre partie n'en subit pas*

⁴⁰⁸ V. not. G. PILLET, « Pacte de préférence », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2016 (actu. janv. 2019), spéc., n° 22 : « *Le promettant ne s'engage pas seulement à ne pas vendre à un tiers sans l'avoir proposé au bénéficiaire, il confère plus profondément à celui-ci le pouvoir de s'imposer comme acquéreur du bien s'il l'estime opportun. Ce pouvoir s'exprime clairement en cas de violation du pacte, mais également lorsque le promettant notifie au bénéficiaire les conditions d'une vente négociée avec un tiers sous la forme d'une promesse de vente Il semble préférable d'y voir un droit potestatif. (...)* ».

⁴⁰⁹ S. VALORY, *La potestativité dans les rapports contractuels*, préf. J. Mestre, PUAM, 1999, spéc., n° 31 et s.

⁴¹⁰ J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747.

⁴¹¹ C. POMART-NOMDEDEO, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD. Civ.* 2010, p. 209.

⁴¹² C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, thèse Université Panthéon-Assas, 2016.

⁴¹³ J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », art. préc., spéc., n° 3, p. 748 ; à rapp. S. VALORY, *La potestativité dans les rapports contractuels*, th. préc., spéc., n° 32 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction général*, LGDJ, 4e éd., 1994, n° 222, p. 173 et s. ; I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. préc., spéc., n° 99, p. 102 ; v. égal. L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente ... », art. préc.

⁴¹⁴ Sur cette « *caractéristique propre au droit potestatif* », et la réfutation des critiques dont elle est l'objet, v. M. CASSIÈDE, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, Thèse Bordeaux, 2018, spéc., n° 219, pp. 240.

⁴¹⁵ Lien de sujétion qui se caractérise par l'empiètement sur la sphère d'autrui ; v. F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », art. préc., n° 48 : qui définit le lien de sujétion comme « *le lien en vertu duquel une personne est tenue de subir l'empiètement d'une autre personne sur sa sphère juridique sans qu'on lui assigne la moindre tâche à accomplir* ».

⁴¹⁶ L'incertitude ne tient pas à la survenance d'un événement, comme dans la condition potestative, mais à la volonté de son titulaire se prévaloir de son droit ; en ce sens, v. J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », art. préc., spéc., n° 10, p. 756.

moins, une fois cette situation modifiée, toutes les conséquences qui s'attachent à un tel pouvoir »⁴¹⁷.

Pour que l'unilatéralisme ne cède pas à l'arbitraire⁴¹⁸, un contrôle opéré au titre de l'abus de droit s'avère, dès lors, nécessaire⁴¹⁹. À plus forte raison, lorsque le droit potestatif en question est institué au profit d'un contractant qui se trouve déjà en position de supériorité : c'est un lieu commun dans la relation de travail.

De fait, les droits potestatifs requièrent, en ce domaine, une attention particulière.

134 - Dans sa thèse consacrée aux « droits potestatifs dans le contrat de travail », Mme C. LEFER nous semble, toutefois, retenir une vision extrêmement large de ces droits⁴²⁰. Non seulement, elle ne limite pas son propos aux seuls droits potestatifs d'origine contractuelle, mais surtout, elle inclut aussi dans son étude des « droits potestatifs altérés »⁴²¹, qui ne dépendent pas de la « seule volonté » du titulaire⁴²². Elle prend notamment pour exemple le licenciement. « *La faculté de rompre de l'employeur, écrit l'auteure, n'est-elle pas conditionnée par la préexistence d'un événement déterminé et étranger à la seule volonté de l'employeur ? Le licenciement paraît ainsi être un exemple topique de l'amoindrissement de la potestativité* »⁴²³

...

Si nous comprenons parfaitement le raisonnement de l'auteure, il faut cependant admettre que, à ce compte-là, tout ou presque devient plus ou moins potestatif. Le risque est alors de nourrir la critique de la « généralisation indue »⁴²⁴. La catégorie des droits potestatifs, à trop vouloir embrasser, finirait par ne plus rien être.

Dès l'instant, en revanche, que l'on se focalise sur les droits potestatifs d'origine contractuelle dont l'exercice n'a, par définition, pas à être motivé, une idée-force semble pouvoir se dégager⁴²⁵ : celle du nécessaire respect de la confiance légitime de la partie qui subit le droit - que l'on pourrait appeler l'« assujetti ».

135 - « *L'exercice du droit potestatif, écrit M. I. NAJJAR dans sa thèse, ne dépend que de la volonté de son titulaire et son efficacité est indépendante de la volonté de celui qui doit le*

⁴¹⁷ J. ROCHFELD, *op. cit.* spéc., n° 9, p. 755.

⁴¹⁸ Sur la nécessaire distinction entre unilatéralisme, arbitraire et potestatif, v. L. AYNÈS, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Economica, 1999, p. 3, spéc., p. 4.

⁴¹⁹ Potestatif ne veut pas dire absolu ; en ce sens, I. NAJJAR, « La potestativité. Notes de lecture », *RTD Civ.* 2012, p. 601 : qui se demande « *Pourquoi faut-il associer le droit potestatif au "droit absolu" ou discrétionnaire ?* » ; sur l'existence d'un contrôle, v. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles, op. cit.*, n° 48 ; v. J. ROCHFELD, *op. cit.*, spéc., n° 18 ; C. POMART-NOMDEDEO, « Le régime juridique des droit potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », art. préc.

⁴²⁰ C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, th. préc.

⁴²¹ *Ibid.*, n° 37, p. 35 ; n° 262 et s., p. 248 et s. (« Les droits potestatifs altérés d'extinction »).

⁴²² *Ibid.*, n° 262, p. 248.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ En ce sens, v. R. LIBCHABER, obs. sous Civ. 1^{re}, 16 mai 2006, Defrénois, 2006. 1220 : « *Mal conçue, la potestativité a surtout profité d'une généralisation indue : alors que le Code ne parle que des conditions potestatives, les auteurs et la jurisprudence ont étendu la notion aux clauses du contrat, c'est-à-dire à des obligations non affectées de conditions. Du coup, la potestativité vient quelque peu se confondre avec toutes les manifestations d'unilatéralisme dans le champ du contrat : tout exercice d'une liberté individuelle, d'un choix, est suspect d'être dans la dépendance de la puissance d'une des parties, et critiquable en cela. Une parfaite confusion s'ensuit, entre les conditions potestatives qui peuvent être annulées et les droits potestatifs, qui ne sont qu'une des manifestations de la volonté commune des parties* ».

⁴²⁵ À comp. C. POMART-NOMDEDEO, « Le régime juridique des droit potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », art. préc. : « *L'avènement d'un régime unitaire des droits potestatifs en matière contractuelle ne semble pas d'actualité et, dans une moindre mesure, l'harmonisation des régimes juridiques n'apparaît pas concevable ni même souhaitable sur tous les points* ».

subir »⁴²⁶. C'était, rétrospectivement, selon nous, occulter l'élément « confiance », tout aussi, sinon plus important encore que l'élément « volonté ».

136 – L'exercice du droit potestatif dépend en effet, pour nous, moins de la volonté de son titulaire que du nécessaire respect de la confiance légitime de l'assujéti - statisquement le salarié. Lorsque cette confiance est trompée, l'abus peut être caractérisé (Sous-section 1) et le droit en question, neutralisé (Sous-section 2).

Sous-section 1 : L'abus des droits potestatifs caractérisé par la confiance légitime trompée

137 - Pour tenir compte de « *l'intrusion de la puissance dans la sphère contractuelle* », Mme J. ROCHFELD propose un critère spécifique pour caractériser l'abus des droits potestatifs accordés par le contrat. « *Parce qu'il exerce une puissance, note-t-elle, le détenteur du droit commettra un abus quand il n'aura pas, lors de sa décision, tenu compte de l'intérêt de son partenaire* »⁴²⁷.

Si nous partageons, avec Mme J. ROCHFELD, le besoin d'un critère spécifique, distinct de ceux habituellement retenus⁴²⁸, nous sommes en revanche plus réservés sur celui avancé par l'auteure. La considération pour l'intérêt du cocontractant nous semble être un critère trop vague pour pouvoir caractériser efficacement l'abus des droits potestatifs.⁴²⁹

138 - Aussi, voudrions-nous, en nous inspirant du droit belge, proposer un autre critère : le critère de la confiance légitime trompée. Serait précisément taxé d'abusif, le fait, pour le titulaire du droit potestatif, de se prévaloir brusquement de son droit alors « *qu'il a, par son comportement passé, créé chez la partie adverse la confiance légitime que ce droit ne serait pas exercé de la manière visée actuellement par ce titulaire* »⁴³⁰.

⁴²⁶ I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. préc., n° 99 bis, p. 103.

⁴²⁷ J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », art. préc., spéc., n° 18, pp. 764-765.

⁴²⁸ Sur lesquels, v. not. L. CADIET et Ph. le TOURNEAU, « Abus de droit », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2015 (actu. mai 2017); P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP. éd. E.*, 1999, suppl., n° 6 pp.: 30-38; Ch. JAMIN, « Typologie des théories juridiques de l'abus », *Rev. conc. consom.*, 1996, n° 92, p. 7; Ch. MINGAM et A. DUVAL, « L'abus de droit, état du droit positif », *Rev. juridique de l'Ouest*, 1998, pp. 543 à 570; pour une approche historique captivante, v. C. DIDRY et P. ANCEL, « L'abus de droit, une notion sans histoire ? » in *L'abus de droit, comparaison franco-suisse*, P. Ancel, G. Aubert, et C. Chappuis (dir.), Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001, p. 51, spéc., n° 18, pp. 63-64.

⁴²⁹ Sur la difficulté d'appréhender, en général, la notion d'intérêt, « *qui se dérobe quand on croit la saisir* », v. F. OST, « À propos de l'intérêt », in F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, « Entre droit et non-droit : l'intérêt », Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 16.

⁴³⁰ S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », in *Les sources d'obligations extracontractuelles*, S. Stijns et P. Wéry (dir.), Bruges (éd.), la Charte, 2007, p. 47, spéc., n° 15, p. 54 ; sur le critère « plus récent » de la confiance légitime trompée, v. J. van ZUYLEN, « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », in *Annales de Droit de Louvain*, vol. 71, 2011, n° 3, spéc., p. 296 : « *Un dernier critère, plus récent, avancé par la doctrine est celui de l'exercice d'un droit en méconnaissance de la confiance légitime d'autrui. L'exercice d'un droit pourrait s'avérer abusif dès lors qu'il va à l'encontre des attentes/«expectatives» légitimes d'autrui suscitées par le comportement antérieur du titulaire du droit* »; v. égal. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, préf. de M. Coipel et de L. Cornelis, Larcier, Coll. de thèses, Bruxelles, 2005, p. 770, se référant à W. van GERVEN « Algemeen Deel », in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1973, n° 70, p. 191 ; Adde. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, th. préc., spéc., n°^{os} 16, 20, 23, où l'auteur rattache l'interdiction de l'abus au principe qu'il défend.

139 - Notre proposition n'est pas sans faire écho au « principe de cohérence » défendu, en droit commun des contrats, par M. D. HOUTCHIEFF⁴³¹, principe qui est tout entier tourné vers la protection de la confiance⁴³². Il faut souligner que l'interdiction de l'abus ne repose pas, dans notre analyse, sur l'énoncé d'un principe général, mais bien sur un critère spécifique⁴³³. La confiance est directement sollicitée. Elle caractérise, en tant que telle, lorsqu'elle est trompée, l'exercice abusif des droits potestatifs accordés par le contrat de travail.

140 – Par le passé, la chambre sociale de la Cour de cassation appliquait, plus ou moins consciemment, ce critère. Elle s'y référait notamment pour caractériser l'exercice abusif du droit de résiliation du contrat de travail, quand le droit du licenciement n'en était encore qu'à ses balbutiements. Dans un arrêt de 1964, elle jugeait que le fait pour la société employeur de licencier sans raison valable le salarié trois mois après son embauche, « *alors que, par son comportement à son égard, elle lui avait fait croire à une situation stable, suffit à établir nettement la faute commise par l'employeur et, ainsi, à justifier sa condamnation à des dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat de travail* »⁴³⁴. C'était appliquer là, sans le formuler explicitement, le critère de la confiance légitime trompée.

Si l'utilisation de ce critère était courante dans ce type de contentieux⁴³⁵, la loi du 13 juillet 1973 a toutefois mis fin à cette jurisprudence en instituant l'exigence d'une cause réelle et sérieuse du licenciement⁴³⁶. Depuis lors, le « droit de licencier » fait l'objet d'un contrôle et d'une procédure spécifiques⁴³⁷. Il ne constitue plus, selon la définition que l'on en retient habituellement⁴³⁸, un droit potestatif : son exercice ne dépend pas de la seule volonté du titulaire, mais doit être expressément motivé par des éléments objectifs et matériellement vérifiables⁴³⁹.

141 – Les droits potestatifs accordés par le contrat de travail ne se limitaient toutefois pas au seul droit de résiliation. Ils couvraient, et couvrent encore, un domaine beaucoup plus vaste.

Pour l'heure, la jurisprudence utilise cependant une multitude de critères pour caractériser l'exercice abusif de ces droits. Elle avance en ordre dispersé et de façon, parfois, incohérente. Une solution plus harmonieuse consisterait à appliquer spécifiquement, et sans détours, le critère de la confiance légitime trompée.

⁴³¹ D. HOUTCHIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, dir. H. Muir Watt, thèse Paris XI, 2000, spéc., n° 1351, relevant que « *l'incohérence naît de deux positions simultanées inconciliables* ».

⁴³² En ce sens, v. déjà, B. CÉLICE, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1968, n° 176.

⁴³³ À noter que M. D. HOUTCHIEFF distingue dans sa thèse le « devoir de cohérence » de la notion d'abus de droit, v. *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, th. préc., spéc., n°s 925 et s. « *La notion d'abus de droit, écrit-il, cadre mal avec la sanction ordinaire du devoir de cohérence (...) consistant en l'impossibilité de se prévaloir de son droit* » (n° 928). Nous verrons que cette sanction cadre, en réalité, parfaitement, avec l'abus des droits potestatifs accordés par le contrat de travail ; cf. *infra*, n° ???

⁴³⁴ Cass. soc., 29 janv. 1964, Bull. n° 74.

⁴³⁵ V. not. Cass. soc., 24 mars 1971, n° 70-40.260, *Bull. soc.* n° 238 ; Cass. soc., 1er juin 1972, n° 71-40.500, *Bull. soc.* n° 398 ; Cass. soc., 5 juill. 1973, n° 72-40.269, *Bull. soc.* n° 457.

⁴³⁶ Cf. article 24 n de la Loi n° 73-680 de « Modification du Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée ».

⁴³⁷ La théorie de l'abus de droit conserve toutefois un rôle résiduel pour sanctionner la rupture intervenue dans des conditions vexatoires ou humiliantes ; v. not. Cass. soc., 27 nov. 2001, n° 99-45.163, *Bull. civ.* V, n° 360.

⁴³⁸ V. *supra*, n° 132

⁴³⁹ À comp. C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, th. préc., préc., n° 262 et s., p. 248 et s. : qui évoque un « droit potestatif altéré d'extinction ».

142 – Nous nous efforcerons de le montrer en analysant, tour à tour, l’abus des droits potestatifs : de résilier librement le contrat de travail au cours de l’essai (§ 1), de mettre en œuvre la clause de mobilité (§ 2), de ne pas renouveler le contrat à durée déterminée (§ 3) et, plus prospectif, celui de renoncer à l’exécution de la clause de non-concurrence (§ 4).

§ 1 - L’abus du droit de résilier librement le contrat au cours de l’essai

143 - La période d’essai offre à chacune des parties – généralement l’employeur - le droit de résilier librement le contrat de travail, sans avoir à alléguer de motif⁴⁴⁰. Cette prérogative est une manifestation de l’unilatéralisme dans le contrat, un « droit potestatif » souligne justement M. D. NOGUÉRO⁴⁴¹. Le contractant se trouve doté du pouvoir d’éteindre la situation juridique par l’effet de sa volonté, sans que son partenaire puisse s’y opposer. Potestatif ne veut cependant pas dire discrétionnaire : le droit de résilier librement le contrat au cours de l’essai fait, depuis longtemps, l’objet d’un contrôle au titre de l’abus de droit⁴⁴². Pour caractériser cet abus, la Cour de cassation, qui exerce un contrôle léger en la matière⁴⁴³, dispose d’une pluralité de critères, tantôt obscurs, tantôt inadaptés. Le critère de la confiance légitime trompée pourrait se substituer aux premiers (A), comme aux seconds (B).

A. La substitution aux critères obscurs

144 - Comme énoncé précédemment, plusieurs critères peuvent être utilisés pour caractériser l’abus du droit de résilier l’essai. Parmi ceux-ci, la « légèreté blâmable » retient particulièrement l’attention critique en raison du flou qui l’entoure. Qu’est-ce que « légèreté » ? À partir de quand devient-elle « blâmable » ? Il est impossible de répondre, tant ce critère - à supposer que l’on puisse véritablement parler de critère - brille par son imprécision⁴⁴⁴. Le risque est alors que la « légèreté blâmable » serve de « prétexte » au juge pour substituer son appréciation à celle de l’auteur de la rupture⁴⁴⁵.

145 - Une solution préférable consisterait à se référer au critère de la confiance légitime trompée, critère que l’on décèle assez facilement derrière la « légèreté blâmable ». Dans un arrêt du 6 janvier 2010, la Cour de cassation a ainsi considéré qu’agit avec légèreté blâmable, l’employeur qui met fin à l’essai « *quelques jours seulement après avoir décidé de renouveler la période d’essai, avant même que ce renouvellement n’ait pris effet* »⁴⁴⁶. Rétrospectivement, il eût été possible de se référer au critère de la confiance légitime trompée. En mettant fin à l’essai juste après l’avoir renouvelé, et avant même que ce renouvellement n’ait débuté, l’employeur trompe, sans nul doute, la confiance légitime du salarié. Sur la base du renouvellement, celui-ci pouvait légitimement croire que le droit potestatif de rupture ne serait pas exercé à ce moment-là. L’aspect intempestif de la rupture surprend bel et bien la confiance

⁴⁴⁰ Sur l’ensemble, v. not. Y. AUBRÉE, « Période d’essai », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2019, (actu. sept. 2019), spéc., n^{os} 121 et s.

⁴⁴¹ D. NOGUÉRO, « Le devenir de la période d’essai », *Dr.soc.* 2002, p. 589, spéc., n^o 6 : en ce sens, v. égal. F. CHÉNEDÉ, « Les conditions d’exercice des prérogatives contractuelles – 1 », *RDC.* 2011, p. 709, n^o 13.

⁴⁴² V. not. Cass. soc., 5 mai 2004, n^o 02-41.224, *Bull.civ.* V, n^o 123 ; Cass.soc., 20 fév. 2007, n^o 05-44.553, *inédit* ; Cass.soc., 20 janv. 2010, n^o 05-44.553, *inédit*

⁴⁴³ Contrôle léger indiqué par des formules telles que la cour d’appel « a pu décider que... » ou « a pu retenir que » ; v. par ex., Cass. soc., 20 fév. 2013, n^o 11-23.695, *inédit*.

⁴⁴⁴ À noter que la notion de « légèreté blâmable » ne se limite pas à la période d’essai. Elle joue également en rôle en matière de licenciement économique, où « *elle n’est guère [plus] éclairante* » ; en ce sens, v. G. COUTURIER, obs. sous Cass.soc., 18 janv. 2011, *Dr.soc.* 2011, p. 372.

⁴⁴⁵ D. NOGUÉRO, « Le devenir de la période d’essai », art. préc., n^o48.

⁴⁴⁶ Cass.soc., 6 janv. 2010, n^o08-42.826, *inédit*.

du salarié qui en est victime et qui pouvait, compte tenu des circonstances, avoir assurément foi dans la poursuite de l'essai.

Dans le même esprit, si l'employeur commet un abus de droit en rompant promptement l'essai, alors que le salarié « *avait été engagé après de longues négociations avec le directeur général, [et] qu'il n'avait pas été mis en mesure de donner la preuve de ses véritables qualités et de sa capacité professionnelle* »⁴⁴⁷, c'est aussi, plus justement, parce qu'il y a confiance légitime trompée. De fait, les « *longues négociations* » avec le directeur général pouvaient légitimement faire croire au salarié que le droit de résiliation ne serait pas exercé sitôt l'essai commencé, et qu'il disposerait, *a minima*, du temps nécessaire pour faire la preuve de ses capacités. Ce n'est pas dire que l'employeur se trouve privé, en de telles circonstances, de sa faculté de mettre fin à l'essai. C'est simplement affirmer qu'il ne peut tromper la confiance qu'il a lui-même suscitée. Le succès de pourparlers longuement menés encourage nécessairement le salarié à croire à l'avenir, même limité, de la relation...

146 – Pour la même raison voulant que le contractant victime d'une inexécution contractuelle du débiteur ne peut brusquement mettre en œuvre la clause résolutoire après avoir toléré cette inexécution pendant de nombreuses années⁴⁴⁸, l'employeur ne peut, sans commettre d'abus, résilier l'essai concomitamment à son renouvellement, ou promptement après de longs pourparlers. Le contractant peut toujours réclamer son dû, rompre l'essai, exercer ses droits potestatifs, mais à la condition, comme le dit très bien M. D. HOUTCIEFF, de ne « *pas surprendre la confiance légitime d'autrui* »⁴⁴⁹.

Quand la Cour de cassation juge que l'employeur commet un abus de droit en mettant fin à l'essai après avoir « *laissé espérer [au salarié] un emploi stable lors de l'embauche* »⁴⁵⁰, ou en agissant « *de telle manière que le salarié avait cru à son engagement définitif* »⁴⁵¹, c'est aussi, par-delà les critères retenus, de confiance légitime trompée qu'il s'agit⁴⁵². Alors pourquoi ne pas le dire clairement et directement ?

147 - L'application du critère de la confiance légitime n'opèrerait pas seulement une clarification opportune. Elle permettrait aussi et surtout de remplacer certains critères inadaptés, qui aboutissent à des solutions contestables.

B. La substitution aux critères inadaptés

148 - La jurisprudence se fonde parfois sur le court laps temps entre le début de la période d'essai et sa rupture, pour caractériser l'abus. C'est laisser entendre par-là qu'il existerait un délai minimal au cours duquel le droit potestatif de rupture ne pourrait s'exercer. Ce qui est tout simplement inapproprié. Le critère « temps » devrait être délaissé au profit de celui, plus cohérent, de la confiance légitime trompée (A).

La Cour de cassation se réfère également, de plus en plus, au critère finaliste pour contrôler l'exercice du droit de résiliation. En application de ce critère, la rupture de la période d'essai doit nécessairement reposer sur les compétences professionnelles du salarié, au détriment

⁴⁴⁷ Cass.soc., 15 nov. 2005, n° 03-47.546, *Bull.civ.* V, n° 321.

⁴⁴⁸ Cass. 3e civ., 8 avril 1987, n° 85-17.596, *Bull.civ.* III, n° 88 ; Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1995, n° 92-20.654, *Bull.civ.* I, n° 57 ; Cass.1^{re} civ., 16 fév. 1999, n° 96-21.997, *Bull.civ.* I, n° 52.

⁴⁴⁹ D. HOUTCIEFF, « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », *JCP G.* 16 nov. 2009, 463, spéc., n° 16.

⁴⁵⁰ Cass.soc., 25 mars 1985, n° 84-41.458, *inédit*.

⁴⁵¹ Cass.soc., 20 janv. 1999, n° 96-44.682, *inédit*.

⁴⁵² V. égal. Cass.soc., 20 mars 1990, n° 86-45.356, *inédit* : l'employeur ne peut, sans commettre d'abus de droit, mettre fin à le période d'essai, après avoir « [*laissé*] croire à la salariée qu'elle serait [*renouvelée*] ».

d'autres aspects pourtant essentiels de la relation. Le critère de la confiance légitime trompée offrirait, ici encore, plus de souplesse (B).

1. La confiance légitime trompée substituée au critère « temps »

149 - Par le passé, le facteur temps n'avait aucune importance : le contrat pouvait être rompu à tout moment au cours de l'essai. Ainsi, la rupture intervenue le soir même de l'embauche n'était pas, en soi, abusive⁴⁵³.

La jurisprudence a cependant évolué sur ce point.

150 - La Cour de cassation retient à présent que la rupture de l'essai est abusive si « *le court laps de temps pendant lequel le contrat avait reçu exécution ne pouvait permettre à l'employeur d'apprécier sérieusement les qualités professionnelles de son collaborateur* »⁴⁵⁴. Elle juge en particulier que l'employeur commet une faute en mettant « *fin à la période d'essai du salarié, fixée à un mois, après seulement deux jours de travail et sans avoir pu apprécier sa valeur professionnelle* »⁴⁵⁵.

Le « temps » est ainsi devenu une donnée essentielle et même, en soi, un critère de l'abus. Il s'ensuit très concrètement que l'employeur ne peut, durant le « court laps de temps » qui suit le commencement d'exécution du contrat, exercer son droit de rupture⁴⁵⁶.

151 - Il y a manifestement, dans ces solutions nouvelles, une dérive jurisprudentielle⁴⁵⁷. « Le trait essentiel, en même temps que la raison d'être de l'engagement à l'essai, enseigne-t-on traditionnellement, est de conférer à chaque partie, sauf stipulation expresse contraire, la faculté de rompre le contrat à tout moment »⁴⁵⁸. « *Peu importe, insiste-t-on, que ce soit dès les premiers jours* »⁴⁵⁹. Force est de constater que la Cour de cassation malmène ces enseignements.

Une solution plus respectueuse de la « *raison d'être de l'engagement à l'essai* » serait de se référer au critère de la confiance légitime trompée.

152 - Conformément à ce critère, en l'absence de comportement de l'employeur ayant raisonnablement pu faire croire au salarié que le droit de résiliation ne serait pas exercé, l'essai devrait pouvoir être rompu à tout moment. Inversement, si l'employeur a donné à croire au salarié qu'il n'exercerait pas son droit, alors la rupture devrait être déclarée abusive, non parce qu'elle intervient au début des relations contractuelles, mais parce qu'elle trompe la confiance légitime du salarié.

Selon cette analyse, abuserait ainsi de son droit l'employeur qui met « subitement fin à la période d'essai du salarié, sans même lui donner la possibilité de s'adapter à son nouveau poste de travail, alors même que celui-ci avait, *sur sa proposition*, démissionné de son poste

⁴⁵³ Cass.soc., 6 mars 1980, n° 78-41.417, *Bull.soc.* n° 231.

⁴⁵⁴ Cass.soc., 22 nov. 1995, n° 92-43.036, *inédit*.

⁴⁵⁵ Cass.soc., 11 janv. 2012, n° 10-14.868, *inédit*.

⁴⁵⁶ À rapp., P. PRZEMYSKI-ZAJAC, obs. sous Cass.soc., 2 fév. 1994, *D.* 1995, p. 550 : « *Imaginer une fourchette de la période de l'essai que devrait respecter tout employeur désireux d'apprécier valablement les capacités salariales reviendrait à paralyser temporairement la liberté de rompre l'essai pour l'employeur* ».

⁴⁵⁷ En ce sens, v. D. NOGUÉRO, « Le devenir de la période d'essai », *Dr.soc.* 2002, p. 589, spéc., n° 51 : pour qui « *doit être censurée la décision qui met en avant le court laps de temps effectif de la période d'essai ne permettant pas à l'employeur de juger les aptitudes du salarié, pour retenir la légèreté blâmable* ».

⁴⁵⁸ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, ouv. préc., spéc., n° 234, p. 296 (souligné par nous).

⁴⁵⁹ *Ibid.*, spéc., note 4, p. 296.

précédent »⁴⁶⁰. En proposant expressément au salarié de quitter son emploi, l'employeur provoque, chez ce dernier, une confiance légitime en la possibilité de « faire ses preuves ». Cette attitude génératrice de confiance ne l'empêche pas d'exercer son droit de rupture, mais elle l'oblige à se comporter à la hauteur des attentes qu'il a suscitées.

Quand le salarié démissionne de sa propre initiative de son emploi précédent, pour tenter sa chance dans un nouvel emploi, il prend un risque mais agit seul en son âme et conscience ; si l'essai n'est finalement pas concluant, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même. En revanche, quand il démissionne de son emploi sur proposition de son futur employeur, son action a été guidée, influencée. Il y a eu un signe, une attitude, un comportement positif, qui a engendré une confiance légitime, résidant non pas dans la promesse d'un emploi stable et durable, ce serait déraisonnable de le croire⁴⁶¹, mais dans le fait qu'il disposera, plus que d'ordinaire, de « *la possibilité de s'adapter à son nouveau poste de travail* ».

Quoiqu'en dise la Cour de cassation, l'abus ne réside pas dans le fait de mettre « *subitement fin à la période d'essai* » - car le temps ne compte pas -, il est dans la confiance légitime trompée. L'employeur ne peut proposer au salarié de démissionner de son emploi précédent en toute désinvolture. Il doit honorer la confiance légitime qu'il a lui-même créée. Ce n'est pas une promesse d'emploi, mais celle d'un minimum de cohérence et de bienveillance.

153 – L'alternative consistant à fonder l'abus du droit potestatif de rupture sur le non-respect de la finalité de la période d'essai doit également être écartée, pour diverses raisons.

2. La confiance légitime trompée substituée au critère finaliste

154 - Depuis 2008, le législateur précise que « *la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience (...)* »⁴⁶². La jurisprudence a cru devoir déduire de cet énoncé l'application nécessaire du critère finaliste : la rupture de l'essai est abusive toutes les fois où elle ne repose pas sur des raisons d'ordre professionnel⁴⁶³.

C'est, du même coup, fermer la voie aux résiliations de l'essai fondées sur les qualités humaines du salarié (a) ou sur des motifs économiques (b) ; deux justes causes de rupture, aujourd'hui condamnées, mais que le critère de la confiance légitime trompée pourrait, le cas échéant, autoriser.

⁴⁶⁰ Cass.soc., 20 fév. 2013, n° 11-23.695, *inédit* (souligné par nous).

⁴⁶¹ À comp. M. BONNECHÈRE, « Les résiliations sans motivation », *Dr.soc.* 2008, p. 933 : notant que « *L'espérance légitime du salarié engagé à l'essai est celle d'un emploi* ».

⁴⁶² C. trav. art. L.1221-20, issu de la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, « *La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent* ».

⁴⁶³ En ce sens, v. not. G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 34^e éd., 2021, spéc. n° 234, p. 298 : « *Le nouvel article L. 1221-20 du Code du travail indique clairement quelles sont les limites du droit de rompre l'essai. En précisant que la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer "les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience..." , il sous-entend que les ruptures pour motif autre que la compétence du salarié sont irrégulières* » ; E. PESKINE et C. WOLMARCK, *Droit du travail*, HyperCours, Dalloz, 11^e éd., 2017, n° 139, p. 103 : relevant, jurisprudence à l'appui, que « *l'abus est aujourd'hui reconnu chaque fois que le salarié peut prouver que le motif de résiliation est étranger à l'appréciation de ses capacités* ».

a. La possible rupture de l'essai fondée sur les qualités humaines

155 - Par-delà la lettre de l'article L.1221-20 du Code du travail, la période d'essai ne permet pas seulement à l'employeur d'évaluer les qualités professionnelles du salarié. Avec un brin de provocation, on pourrait même dire qu'il s'agit là d'un aspect secondaire de la période d'essai.

« Pour une très large part, écrit M. G. POULAIN, la période d'essai a pour but de favoriser la connaissance des qualités "humaines" du salarié, qualités de plus en plus importantes au fur et à mesure que l'on s'élève dans la hiérarchie de l'entreprise. L'instauration d'un "climat de confiance" est une donnée importante pour l'employeur »⁴⁶⁴. Si nous souscrivons pleinement au propos de l'auteur, nous observons cependant que la Cour de cassation en prend dorénavant l'exact contrepied, comme le montre un arrêt du 20 janvier 2010.

Les faits étaient les suivants. Le salarié avait été engagé le 2 janvier 2007 en tant que « cadre-responsable de la production » au sein d'une entreprise de carrosserie. Son contrat prévoyait une période d'essai de trois mois, renouvelable une fois. Trois semaines après le début des relations contractuelles, l'employeur mit fin à l'essai et le salarié saisissait, dans la foulée, la juridiction prud'homale pour rupture abusive du contrat de travail. La cour d'appel rejeta sa demande. Elle releva que, nonobstant la brièveté de l'essai, « quatre attestations de salariés ayant une grande ancienneté dans le métier de carrossier [avaient dénoncé] ses carences tant sur le plan professionnel que relationnel ». La Cour de cassation, qui eut à connaître du litige, censura ce raisonnement et reprocha aux juges du fond d'avoir statué ainsi, « sans rechercher, eu égard à ses fonctions de responsable de production et aux objectifs qui lui étaient assignés, si la brève période qui avait précédé la rupture avait permis à l'intéressé de faire la preuve de ses capacités professionnelles »⁴⁶⁵.

Peu importaient les difficultés relationnelles, seule comptait le fait de savoir si l'intéressé avait pu, dans le laps de temps imparti, faire la preuve de ses capacités professionnelles.

Est-ce à dire que l'employeur serait contraint de recruter définitivement un salarié qui, bien qu'irréprochable sur le plan professionnel, ne lui donnerait pas satisfaction sur le plan humain ?

Nul ne peut s'y résoudre.

156 - L'engagement à l'essai doit pouvoir être rompu, sans abus, pour des motifs « étrangers » aux qualités professionnelles. « L'employeur, disait naguère la Cour de cassation, est seul juge de la question de savoir si l'employé a fait preuve des qualités nécessaires pendant la durée de l'épreuve à laquelle il a consenti de se soumettre »⁴⁶⁶. La formule, certes absolutiste, était pleine de bon sens. Elle incluait, par sa globalité, aussi bien les qualités professionnelles que relationnelles.

157 - Au cours de l'essai, l'employeur doit pouvoir se séparer d'un collaborateur qui n'a pas sa confiance⁴⁶⁷. Il n'y a rien de choquant à cela. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de la

⁴⁶⁴ G. POULAIN, « La liberté de rupture en période d'essai », *Dr.soc.* 1980, p. 469, spéc., p. 473 ; v. égal. H. SINAY, « Le travail à l'essai », *Dr.soc.* 1963, p. 150, spéc., p. 151 : qui justifie l'allongement de la période d'essai pour les cadres par le fait que « si les talents techniques sont vite décelés, l'appréhension de la personnalité toute entière est œuvre de plus longue haleine et demande temps et réflexion ».

⁴⁶⁵ Cass.soc., 20 janv. 2010, n° 08-44.465, inédit.

⁴⁶⁶ Cass.soc., 19 mai 1960, *Bull.* n° 517.

⁴⁶⁷ En ce sens, v. D. NOGUÉRO, « Le devenir de la période d'essai », art. préc., spéc., n° 41 : spéc., n° 41 : notant que « si la perte de confiance, ou l'insuffisance professionnelle, ne peut justifier en tant que telle un licenciement, il en va autrement de la rupture en période d'essai où les parties cherchent encore à savoir si leur collaboration

période d'essai que de ne pas être soumise à l'exigence de motivation, et encore moins à celle d'objectivation propre au droit du licenciement⁴⁶⁸.

« Avant d'aboutir à l'application d'un statut garantissant dans une certaine mesure la sécurité de l'emploi, écrit justement Mme G. PIGNARRE, il apparaît nécessaire que l'employeur puisse, en toute liberté, mesurer les possibilités d'un rapport fructueux »⁴⁶⁹. Le juge ne peut en aucun cas, à ce stade préliminaire du contrat, substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise, sur l'opportunité de poursuivre la collaboration avec tel ou tel salarié à l'essai, qui n'apparaît pas - même subjectivement - digne de confiance⁴⁷⁰. Il est toutefois bien entendu que la subjectivité dont s'agit, la méfiance survenue, ne saurait reposer sur le caprice ou la discrimination.

Sauf à méconnaître la « raison d'être de l'engagement à l'essai »⁴⁷¹, la rupture ne saurait être abusive du seul fait qu'elle ne repose pas sur les qualités professionnelles. Juger le contraire revient à introduire une exigence de cause réelle et sérieuse de la rupture du contrat pendant l'essai. Ce qui paraît difficilement acceptable⁴⁷².

158 - Le critère finaliste en application duquel est abusive la rupture qui ne repose pas sur les qualités professionnelles du salarié nous semble inadapté. Il est à noter que, dans l'arrêt évoqué ci-dessus, la société de carrosserie avait expressément invité le « cadre-responsable de la production » à démissionner de son emploi précédent⁴⁷³. L'abus aurait donc parfaitement pu se fonder sur le critère de « confiance légitime trompée ». C'eût été, pour nous, plus pertinent que de se placer sur le terrain, trop étroit, des « capacités professionnelles ».

159 - Appliquer le critère de la confiance légitime trompée en lieu et place du critère finaliste permettrait, en outre, de faire une place aux ruptures de l'essai pour motif économique.

b. La possible rupture de l'essai fondée sur un motif économique

160 - Le critère finaliste prive, pour l'heure, l'employeur de la possibilité de mettre fin à l'essai pour motif économique. Dans la mesure où le motif économique est celui qui repose sur « un motif non inhérent à la personne du salarié »⁴⁷⁴, la rupture de l'essai intervenant pour motif économique est automatiquement abusive puisque, par définition, elle est étrangère aux qualités professionnelles du salarié⁴⁷⁵. L'employeur se trouve ainsi privé de son pouvoir de

sera harmonieuse et fructueuse, ce qui inclut l'adaptation personnelle à la relation de travail, à caractère subjectif » ; C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, th. préc., n° 257, p. 241 ; G. POULAIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁶⁸ À comp. D. NOGUÉRO, *op. cit.*, spéc., n° 51 : rappelant que « le contrôle de l'abus ne doit pas être un prétexte pour réintroduire une exigence déguisée de motif réel et sérieux de rupture. Il y aurait là un véritable renversement de principe ».

⁴⁶⁹ G. PIGNARRE, obs. sous CA. Paris 21e ch. C 23 novembre 1990, D. 1992. 101.

⁴⁷⁰ *Ibid.* : « Si l'on pouvait donc admettre, à la rigueur, qu'un contrôle judiciaire puisse s'exercer sur les qualités techniques, objectives, il n'apparaît pas possible de permettre au juge d'apprécier des qualités d'ordre essentiellement subjectif, de substituer sur ce point son appréciation à celle de l'employeur ».

⁴⁷¹ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *op. cit.*, spéc., n° 234, p. 296.

⁴⁷² En ce sens, v. D. NOGUÉRO, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁷³ Cass. soc., 20 janv. 2010, préc.

⁴⁷⁴ Cf. C. trav. art. L. 1233-3 : « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié (...) ».

⁴⁷⁵ En ce sens, v. Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-42.445, *Bull. civ.* V, n° 246 : « Mais attendu que la cour d'appel a relevé que de l'aveu même de l'employeur, il avait rompu le contrat de travail au seul motif que M. X... refusait la diminution de sa rémunération contractuelle ; que la résiliation du contrat de travail intervenue au cours de la période d'essai étant sans rapport avec l'appréciation des qualités professionnelles du salarié, la cour d'appel en a exactement déduit que l'employeur avait commis un abus dans l'exercice de son droit de résiliation (...) » ; v. égal. Cass. soc., 20 nov. 2007, *Cofiroute*, n° 06-42.212, *Bull. civ.* V, n° 194.

direction économique à l'égard des salariés à l'essai. Or, comme le font remarquer des auteurs, « rien ne permet de justifier que le salarié soit protégé contre toute perte d'emploi pour motif économique pendant cette période »⁴⁷⁶. Il y a, là encore, dans cette position, une « *dérive jurisprudentielle* »⁴⁷⁷. L'employeur devrait pouvoir, en certaines circonstances, mettre fin à l'essai pour motif économique, sans commettre d'abus de droit ; ce même si le droit du licenciement ne s'applique littéralement pas au cours de cette période⁴⁷⁸.

Ce pourrait être le cas si la jurisprudence, au lieu d'appliquer le critère finaliste, se référerait au critère de la confiance légitime trompée.

161 - L'engagement à l'essai suscite une confiance légitime chez le salarié : l'emploi est viable sinon l'employeur ne chercherait pas à recruter un collaborateur. Il s'ensuit que le premier trompe la confiance légitime du second et commet un abus de droit s'il fait « *miroiter au salarié l'espoir d'un emploi qu'il ne sait pas stable* »⁴⁷⁹. En revanche, dès lors que la situation économique de l'entreprise se dégrade en cours d'essai, en raison notamment de l'introduction d'un produit concurrentiel sur le marché⁴⁸⁰, les choses se présentent différemment. Un élément objectif vient, en effet, briser la confiance du salarié dans la viabilité de l'emploi, confiance qui reposait, jusque-là, sur le comportement antérieur de l'employeur. Une rupture de l'essai devrait alors être possible.

162 – Dans le même esprit, la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 15 décembre 2010, que l'employeur commettait un abus de droit en mettant fin à l'essai d'une salariée, engagée en tant que serveuse, dans un restaurant d'altitude, qui avait dû fermer pour cause d'absence de neige⁴⁸¹. On avouera avoir du mal à comprendre cette solution⁴⁸². Le motif de la rupture peut bien être étranger aux qualités professionnelles du salarié, il n'en demeure pas moins justifié⁴⁸³. L'abus devrait pouvoir être écarté au motif que la confiance légitime dans la viabilité de l'emploi, inhérente au recrutement, a été anéantie par un élément extérieur, en l'occurrence, l'absence de neige⁴⁸⁴.

Les ruptures de l'essai pour motif économique seraient ainsi autorisées tant qu'elles ne trompent pas la confiance légitime du salarié. Dès lors, en revanche, qu'un élément objectif viendrait détruire la confiance que le recrutement avait pu susciter auprès du salarié (absence de neige, rupture des relations commerciales avec le principal client de l'entreprise,

⁴⁷⁶ C. WOLMARK et E. PESKINE, *op. cit.*, n° 143, p. 105.

⁴⁷⁷ J. MOULY, note sous Cass. soc., 20 nov. 2007, *D.* 2008, p. 196, spéc., n° 9.

⁴⁷⁸ C. trav. art. L. 1231-1, al. 2 : précisant que les dispositions sur le licenciement « *ne sont pas applicables pendant la période d'essai* ».

⁴⁷⁹ En ce sens, v. les conclusions de l'Avocat Général, M. J. DUPLAT, dans l'arrêt *Cofiroute*, du 20 novembre 2007, v. *SSL*. 3 mars 2008, n° 1343 : pour qui, il y a abus « *lorsque l'employeur manque à son obligation de loyauté en faisant miroiter au salarié l'espoir d'un emploi qu'il ne sait pas stable* » ; v. égal. T. SACHS, « Rupture de l'essai et motif non inhérent à la personne du salarié : vers l'application du droit du licenciement ? », in *Variations sur la période d'essai*, *RDT*. 2008, p. 515 et s. : « *L'employeur ne fait-il pas preuve de légèreté blâmable lorsqu'il supprime un emploi sur lequel il vient d'embaucher un salarié ?* ».

⁴⁸⁰ Pour reprendre l'un des exemples cités par T. SACHS, (cf. art. préc.).

⁴⁸¹ Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.273, inédit ; *JCP S.* 2011, 1282, note F. BOUSEZ.

⁴⁸² *Contra.*, F. BOUSEZ, note préc. : pour qui « *La décision (...) doit être approuvée. En effet, la finalité de la période d'essai est de permettre à l'employeur d'apprécier les qualités et capacités professionnelles du salarié (C. trav., art. L. 1221-20). Aussi, bien que l'employeur n'ait pas à motiver la rupture du contrat de travail pendant la période d'essai, celle-ci est jugée abusive dès lors qu'il est établi qu'elle est sans rapport avec les qualités professionnelles du salarié* ».

⁴⁸³ À comp. C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, th. préc., n° 257, p. 241 : « *Le motif doit nécessairement être "inhérent à la personne du salarié", à défaut, et quand bien même il apparaîtrait légitime, il y aurait détournement du droit* ».

⁴⁸⁴ Qui n'est pas un cas de force majeure, pas plus que les tempêtes en Bretagne, cf. Trib. civ. Redon, 13 mai 1952, *Gaz. Pal.* 6-9 novembre 1952.

introduction d'un produit concurrentiel sur le marché, etc.), l'employeur pourrait mettre fin à l'essai sans commettre d'abus.

Cette évolution de la jurisprudence, qui serait rendue possible par la prise en compte du critère proposé, nous paraît souhaitable.

163 - S'il devait être consacré, le critère de la confiance légitime trompée donnerait plus de cohérence à la matière, en même temps qu'il lui conférerait plus de souplesse. Ce serait, le cas échéant, un moyen d'assurer un bel avenir à la période d'essai⁴⁸⁵, de réduire le contentieux en hausse ces dernières années⁴⁸⁶, tout en préservant la pureté nécessaire du droit potestatif concerné⁴⁸⁷.

164 – À l'instar du droit de mettre fin à l'essai, le droit de mettre en œuvre la clause de mobilité devrait également répondre au critère de la confiance légitime trompée.

§ 2 - L'abus du droit de mettre en œuvre la clause de mobilité géographique

165 - La clause de mobilité crée une relation de sujétion qui s'ajoute à la subordination inhérente au contrat de travail. Elle confère une « puissance » supplémentaire à l'employeur, qui peut modifier le lieu d'exécution de la prestation, par l'effet de sa volonté unilatérale, sans que le salarié ne sache, à l'avance, quel sera le parti adopté. La clause de mobilité confère ainsi, par le lien de sujétion et l'incertitude qu'elle implique, un droit potestatif à l'employeur⁴⁸⁸, droit que doctrine et jurisprudence analysent généralement sous l'angle du pouvoir de direction⁴⁸⁹. Pourtant, d'un point de vue théorique, une brève observation s'impose préalablement : il nous semble nécessaire de ne pas confondre l'exercice du pouvoir de direction avec le droit subjectif qui peut naître d'une clause du contrat de travail. Lorsque l'employeur mute le salarié au sein d'un même secteur géographique, il ne fait qu'exercer son pouvoir de direction⁴⁹⁰. Quand, en revanche, il met en œuvre une clause de mobilité et enjoint au salarié de travailler à l'autre bout de la France⁴⁹¹, il exerce un droit subjectif accordé par le contrat⁴⁹² ; précisément, un droit

⁴⁸⁵ Ph. NEISS, « Faut-il supprimer la période d'essai ? », *RDT*. 2010. 348.

⁴⁸⁶ Sur ce constat, v. TOURNAUX, « Le déclin de la finalité de la période d'essai », *Dr. soc.* 2012, p. 788.

⁴⁸⁷ Sur cette nécessité, v. D. NOGUÉRO « Le devenir de la période d'essai », art. préc., spéc., n° 43 : qui regrette que « le domaine du contrôle tend à être dépassé par une extension critiquable du contrôle » ; v. égal. C. LEFER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁸⁸ En ce sens, v. J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », art. préc., spéc., n°8, p. 753 : où l'auteur envisage également cette qualification.

⁴⁸⁹ V. not. Cass.soc., 30 sept. 1997, n° 95-43.187, *Bull.civ. V*, n° 289; *Dr. soc.* 1997, p. 1094, obs. J.-E. RAY : « Attendu cependant que la mutation du salarié en application d'une clause de mobilité ne concerne que les conditions de travail et relève du pouvoir de direction de l'employeur ».

⁴⁸⁹ Cass.soc., 16 déc. 1998, n° 96-40.227, *Bull.civ. V*, n° 558 : retenant « que le fait d'affecter un salarié, qui travaillait sur des chantiers, à un atelier fixe, situé dans le même secteur géographique, n'entraîne pas modification du lieu de travail et constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur ».

⁴⁹⁰ Cass.soc., 16 déc. 1998, n° 96-40.227, *Bull.civ. V*, n° 558 : retenant « que le fait d'affecter un salarié, qui travaillait sur des chantiers, à un atelier fixe, situé dans le même secteur géographique, n'entraîne pas modification du lieu de travail et constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur ».

⁴⁹¹ La clause de mobilité, qui doit définir de façon précise son étendue géographique, peut s'étendre sur tout le territoire national ; en ce sens, v. Cass.soc., 9 juill. 2014, n° 13-11.906, *Bull.civ. V*, n° 183; *Dr. soc.* 2014, p. 857, obs. J. MOULY.

⁴⁹² Ou, éventuellement, par la convention collective ; v. Cass.soc., 27 juin 2002, n°00-42.646, *Bull.civ. V*, n° 222, *D.* 2002, p. 3115, note M.-C. AMAUGER-LATTES : retenant qu'en l'absence de clause de mobilité géographique insérée au contrat de travail du salarié, l'employeur peut se prévaloir de l'existence d'une telle mobilité instituée de façon obligatoire par la convention collective lorsque la disposition de la convention collective se suffit-à elle-

potestatif⁴⁹³. La Cour de cassation le dit elle-même : l'employeur peut commettre un « abus de droit dans la mise en œuvre d'une clause de mobilité »⁴⁹⁴. Or, là où il y a abus de droit, il y a forcément droit⁴⁹⁵. Mieux vaut donc se référer au droit potestatif plutôt qu'au pouvoir de direction.

166 - Ces précisions terminologiques apportées, on observe cependant que, depuis une vingtaine d'années, le contrôle de la mise en œuvre de la clause de mobilité ne s'opère plus seulement au titre de l'abus de droit. D'autres mécanismes sont en effet sollicités, sans que l'on parvienne toujours bien à les identifier. La Cour de cassation a d'ailleurs tendance à les viser conjointement, ce qui ne facilite pas la compréhension...

Dans une perspective de clarification, nous verrons que tout ne peut plus, aujourd'hui, être considéré comme « abusif » (A) ; seule la mise en œuvre de la clause de mobilité qui trompe la confiance légitime du salarié devrait pouvoir prétendre à ce qualificatif (B).

A. L'exclusion du domaine de l'abus de droit

167 - Si le domaine respectif des différents mécanismes de contrôle reste, à ce jour, très incertain, on peut néanmoins avancer que lorsque la mise en œuvre de la clause de mobilité porte une atteinte excessive au droit à la vie personnelle et familiale du salarié (1), n'est pas conforme à l'intérêt de l'entreprise (2), ou caractérise une absence de bonne foi (3), elle n'est pas, à proprement parler, abusive. Cette exclusion permet, nous le verrons, de recentrer le problème sur la confiance.

1. La mise en œuvre excessivement attentatoire au droit à une vie personnelle et familiale du salarié

168 - La mise en œuvre de la clause de mobilité a souvent des effets redoutables sur la vie personnelle du salarié. Déménagement, vente d'appartement, changement d'école pour les enfants, éventuellement de métier pour le conjoint, bouleversement des habitudes, des fréquentations, etc., sont autant de conséquences qui peuvent en résulter⁴⁹⁶, et dont l'employeur doit, dans une certaine mesure, tenir compte.

169 - Dans un premier temps, la jurisprudence sollicite les notions d'abus de droit et de bonne foi pour invalider les mises en œuvre de clauses de mobilité incompatibles avec la vie personnelle du salarié. Dans un arrêt publié du 18 mai 1999, la Cour de cassation jugea notamment que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, avait fait un*

même, que le salarié a été informée de l'existence de la cette convention au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance.

⁴⁹³ En ce sens, v. F. CHÉNEDÉ, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles – 1 », *RDC*. 2011, p. 709, spéc., n° 11 : qui voit dans la clause de mobilité l'exemple idéal de droits potestatifs permettant de modifier un élément du contrat.

⁴⁹⁴ V. not., Cass.soc., 25 mars 2009, n° 07-45.281, *inédit* : « *l'abus de droit par l'employeur dans la mise en œuvre de la clause de mobilité* » ; v. égal., Cass.soc., 10 janv. 2001, n°98-46.226, *Bull.civ.* V n°3 : « *l'abus de droit que l'employeur tient de son pouvoir direction* ». La formule n'est pas encore vraiment arrêtée... v. égal. Cass.soc., 2 juillet 2003, n° 01-42.046, *inédit* : « *l'usage abusif de la clause de mobilité* » ; Cass.soc., 22 fév. 2006, n° 04-42.658, *inédit* : « *l'abus dans la mise en œuvre de la clause de mobilité* ».

⁴⁹⁵ L. CADIET et Ph. Le TOURNEAU, « Abus de droit », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2015 (actu. mai 2017), spéc.8 : rappelant cette « *évidence* » que « *l'abus de droit suppose un droit dont il est abusé* ».

⁴⁹⁶ I. DAUGAREILH « Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », *Dr. soc.* 1996, p. 138 : soulignant que la mise en œuvre de la clause de mobilité peut être « *un facteur de ruptures au sein de la cellule familiale* » ; v. égal. J.-E. RAY, *La mobilité du salarié : mobilité géographique, professionnelle, réduction du salaire*, Liaisons Wolters Kluwer éd., coll. Droit vivant - Les essentiels, 2014, spéc., n° 115, p. 80.

usage abusif de cette clause 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 »⁴⁹⁷. En l'espèce, la femme du salarié était enceinte de 7 mois au moment où l'employeur manifesta sa volonté de mettre en œuvre la clause de mobilité. Dans le même esprit, il était également jugé que l'employeur abusait de son droit, et manquait à la bonne foi, en mettant en œuvre une clause de mobilité après avoir été informé de la situation familiale difficile de la salariée, qui devait s'occuper de ses parents, et tout particulièrement de son père gravement malade et atteint de la maladie d'Alzheimer⁴⁹⁸.

Si le souci de protéger la vie personnelle du salarié se devait d'être salué, le fondement de la bonne foi présentait toutefois un inconvénient de taille. Comme chacun sait, c'est à celui qui allègue la mauvaise foi d'en rapporter la preuve⁴⁹⁹. Il incombait donc au salarié de démontrer, à chaque fois, que la décision de l'employeur avait été « mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle »⁵⁰⁰. Ce qui pouvait poser des difficultés en pratique.

170 - Dans l'un des cinq arrêts rendus le 14 octobre 2008, la Cour de cassation marqua une évolution importante⁵⁰¹. En l'occurrence, la salariée avait été licenciée pour avoir refusé sa mutation de Marseille à Paris. La cour d'appel admit le bien-fondé du licenciement, au motif que la mauvaise foi de l'employeur n'était pas établie. La Cour de cassation censura toutefois cette décision, reprochant aux juges du fond d'avoir statué ainsi, « sans rechercher si, comme le soutenait Mme X..., la mise en œuvre de la clause contractuelle ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché »⁵⁰².

La solution se plaçait, de façon novatrice, sur le terrain des droits et libertés fondamentaux et délaissait, par là-même, les concepts, plus classiques, de bonne foi et d'abus de droit⁵⁰³. Certes, l'article 1134 du Code civil apparaissait toujours dans le visa, mais au côté de l'article L. 120-2 devenu L. 1121-1 du Code du travail, en vertu duquel « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »⁵⁰⁴.

Ce nouveau fondement eut pour effet notable de modifier la charge de la preuve, qui pesait jusque-là exclusivement sur le salarié. En vertu de l'article L. 1121-1 du Code du travail, celui-ci doit, en effet, seulement démontrer que la mise en œuvre de la clause de mobilité porte atteinte à son droit à une vie personnelle et familiale - ce qui est le cas la plupart du temps -, et c'est ensuite à l'employeur de prouver que cette atteinte est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. On en convient : « c'est bien un tout autre raisonnement qu'il faut retenir »⁵⁰⁵.

⁴⁹⁷ Cass.soc.18 mai 1999, 96-44.315, *Bull.civ.* V, n° 219; *JCP E.* 2000. 40, note C. PUIGELIER ; *RTD civ.* 2000. 326, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁴⁹⁸ CA. Paris, 12 déc. 2007, n° 06-7576, 22° ch. A, Sté Jancarther c/ Gourel de Saint Pern.

⁴⁹⁹ Cf. C.civ. art. 2274 nouv. (transposable à la matière contractuelle): « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ».

⁵⁰⁰ V. not. Cass. soc., 3 oct. 2007, n° 06-45.478, inédit; *JCP S.* 2008, 1032, note B. BOSSU.

⁵⁰¹ Cass.soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523, *Bull.civ.* V, n° 192; *D.* 2008. 2672, obs. L. PERRIN; *RDT.* 2008. 731, obs. G. AUZERO; *JCP S.* 23 déc. 2008, 1668, note B. BOSSU.

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ En ce sens, B. BOSSU, note préc.

⁵⁰⁴ C. trav. art. L. 1121-1, issu du Rapport G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française, 1992.

⁵⁰⁵ M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « La mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique : les écueils à éviter », *D.* 2009, p. 1799.

171 – Au cours des années 1990, des auteurs préconisaient de viser l'article L.1121-1 du Code du travail (L. 120-2 anc.) lorsque la mise en œuvre de la clause de mobilité entraine en conflit avec la vie personnelle du salarié⁵⁰⁶. Ils ont été entendus. Aujourd'hui, si l'employeur met en œuvre une clause de mobilité, alors que la salariée est mère de deux enfants, dont l'un est nouveau-né et l'autre en résidence alternée⁵⁰⁷, il s'expose, non à commettre un abus de droit sanctionné sur le fondement de la bonne foi, mais à porter une atteinte excessive au droit à la vie personnelle et familiale du salarié, répondant au régime de l'article L. 1121-1 du Code du travail⁵⁰⁸. Avec pour conséquence que la charge de la preuve s'allège pour le salarié et la sanction encourue par l'employeur s'alourdit⁵⁰⁹.

172 - Dans un autre registre, mais toujours dans une optique de clarification, la question de savoir si la mise en œuvre de la clause de mobilité est conforme à l'intérêt de l'entreprise nous semble, elle aussi, devoir échapper au contrôle de l'abus de droit.

2. La mise en œuvre non-conforme à l'intérêt de l'entreprise

173 - On observe, s'agissant de la mise en œuvre de la clause de mobilité, que la doctrine ne distingue pas toujours très clairement le contrôle opéré au titre de l'abus de droit de celui opéré au titre de la conformité à l'intérêt de l'entreprise⁵¹⁰. Il s'agit pourtant là de deux contrôles distincts, qui ne remplissent pas les mêmes fonctions.

En effet, comme le souligne M. P. LOKIEC, « *fondé sur l'intérêt de l'entreprise, le contrôle de la mise en œuvre des clauses de mobilité est d'une toute autre nature que celui fondé sur la bonne foi et l'abus de droit. Car l'intérêt de l'entreprise n'est pas un standard de comportement, mais un standard de décision. Ce n'est pas le comportement de l'employeur dans la prise de décision qui est contraire à l'intérêt de l'entreprise (alors qu'il peut être fautif ou déloyal) mais la décision patronale. En d'autres termes, il s'agira d'apprécier non pas les conditions de la prise de décision, mais les raisons de la décision* »⁵¹¹.

Le contrôle de la conformité à l'intérêt de l'entreprise peut être l'occasion de s'assurer, concrètement, que la décision unilatérale de l'employeur repose sur un « motif objectif »⁵¹². S'avère, par exemple, conforme à l'intérêt de l'entreprise, la mise en œuvre de la clause de

⁵⁰⁶ J.-M. BÉRAUD, « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr.ouv.* 1997, p. 529 ; J.-Y. FROUIN, « La protection des droits de la personne et des libertés du salarié », *CSB.* avr. 1998, p. 123.

⁵⁰⁷ Cass.soc., 10 fév. 2016, n° 14-17.576, *inédit*.

⁵⁰⁸ En ce sens, v. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 34^e éd., 2021, spéc., n° 672, p. 844 : qui distinguent les deux contrôles ; à comp. G. LOISEAU, « La police des clauses contractuelles : le paradigme de la clause de mobilité », *JCP S.* 13 janv. 2009, 1013 : qui rattache l'incompatibilité de la mise en œuvre de la clause de mobilité avec les intérêts extraprofessionnels du salarié au contrôle de l'abus de droit.

⁵⁰⁹ La mesure attentatoire à un droit fondamental encourt la nullité ; cela vaut aussi pour le licenciement, Cass.soc., 13 mars 2001, *France Telecom*, n° 99-45.735, *Bull.civ.* V, n° 87 ; *Dr. soc.* 2001, p. 1117, obs. Cl. ROY-LOUSTAUNAU.

⁵¹⁰ V. not. G. LOISEAU, « La police des clauses contractuelles : le paradigme de la clause de mobilité », art. préc., spéc., n° 11 : pour qui, en ce domaine, l'« *application de l'abus ne surprend pas* ». Pour justifier ce rattachement, l'auteur se réfère à la conception finaliste de l'abus de droit défendue par Josserand. « *Il y a objectivement un dépassement des limites du droit, écrit-il, lorsque celui-ci est exercé dans un autre but ou pour d'autres raisons que ce pourquoi il a été convenu, à savoir permettre à l'entreprise de muter le salarié pour les besoins de son organisation ou de son fonctionnement* ».

⁵¹¹ P. LOKIEC, « La mise en œuvre des clauses contractuelles. L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail », *D.* 2009, p. 1427.

⁵¹² L.-K. GATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, préf. P. Rodière, Dalloz, 2011, n° 759, p. 349 : qui souligne, pour marquer la distinction des contrôles, que « *la mutation décidée par l'employeur peut être justifiée par un motif correspondant à l'intérêt de l'entreprise alors que les circonstances dans lesquelles elle a été imposée traduisent un comportement abusif* ».

mobilité faisant suite à une « *perte de marché* »⁵¹³, ou celle qui se justifie par la nécessité « *de conserver au poste anciennement occupé par l'intéressée le salarié qui l'y avait remplacée* »⁵¹⁴.

Dans ces hypothèses, on le voit, il n'est pas question d'apprécier le comportement de l'employeur, mais bien la légitimité de sa décision⁵¹⁵.

Le registre n'est pas celui de l'abus de droit⁵¹⁶.

174 - Lorsque la mise en œuvre de la clause de mobilité n'est pas conforme à l'intérêt de l'entreprise, l'employeur commet, non un abus de droit, mais un détournement de pouvoir⁵¹⁷. Il y a détournement de pouvoir quand la décision patronale est prise « *dans une fin, ou pour un mobile, autre que l'intérêt de l'entreprise* »⁵¹⁸. On songe notamment à cet arrêt, en date du 23 janvier 2002, dans lequel l'employeur s'est vu reprocher d'avoir muté le salarié de Pau à Toulouse, trois mois seulement après la signature d'un nouveau contrat comportant une clause de mobilité, alors que l'intéressé travaillait depuis de nombreuses années à Toulouse et « *sans pouvoir justifier cette mutation par un motif objectif* »⁵¹⁹.

Sur le terrain de la charge de la preuve, précisons toutefois, en dépit de ce que cette décision pouvait laisser penser, « *qu'il appartient à celui qui invoque un détournement de pouvoir d'en rapporter la preuve* »⁵²⁰. La Cour de cassation l'a confirmé à plusieurs reprises⁵²¹.

175 – Sans doute par commodité de langage, le contrôle de la conformité de la décision de l'employeur à l'intérêt de l'entreprise est souvent rattaché au mécanisme de l'abus de droit. C'est occulter, on l'a dit, que « *l'intérêt de l'entreprise n'est pas un standard de comportement, mais un standard de décision* »⁵²².

Pour éviter le mélange des genres, il importe, en conséquence, de ne pas solliciter la théorie de l'abus de droit pour apprécier la conformité de la mise en œuvre de la clause de

⁵¹³ Cass.soc., 22 mai 2019, n° 18-15.752, inédit.

⁵¹⁴ Cass.soc., 22 mai 1997, n° 94-40.297, *Bull.civ. V*, n° 186.

⁵¹⁵ Sur l'intérêt d'entreprise en tant que standard d'appréciation de la légitimité de la décision patronale, v. Ch. LECŒUR, *La notion d'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, a-p. P.-H. Antonmattei et préf. M. Buy, PUAM, 2015, spéc., n° 200, p. 189.

⁵¹⁶ En ce sens, v. P. LOKIEC, art. préc. : selon lequel l'abus de droit ne permet que de sanctionner « *l'attitude de l'employeur dans la mise en œuvre de la clause* ».

⁵¹⁷ En ce sens, v. not. B. TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.* 2004, p. 1680, spéc., n° 9 : qui observe que « *[si la conformité des décisions] à l'intérêt de l'entreprise assure leur légitimité et constitue un gage de leur licéité. À l'inverse, leur non-conformité audit intérêt les prive de légitimité et peut emporter leur illégité. Un détournement de pouvoir peut être identifié* » ; en ce sens, v. égal. G. COUTURIER « L'intérêt de l'entreprise », in *Écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 144 ; P. LOKIEC, « La mise en œuvre des clauses contractuelles. L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail », art. préc.

⁵¹⁸ P. LOKIEC, *op. cit.*

⁵¹⁹ Cass.soc., 23 janv. 2002, n° 99-44.845, inédit.

⁵²⁰ Cass.soc., 10 juin 1997, n° 94-43.889, *Bull.civ. V*, n° 210.

⁵²¹ À rapp. Cass. soc. 23 fév. 2005, n° 04-45.463, *Bull.civ. V*, n°64 ; *Dr. soc.* 2005, p. 576, obs. J. MOULY ; *RDC.* 2005, p. 761, obs. (critiques) Ch. RADÉ : « *Mais attendu que, la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer une clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail est conforme à l'intérêt de l'entreprise; qu'il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt* » ; v. égal., en ce sens, Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-43.071, inédit.

⁵²² P. LOKIEC, « La mise en œuvre des clauses contractuelles. L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail », art. préc.

mobilité à l'intérêt de l'entreprise⁵²³. Cette question relève, pour nous, de la seule théorie du détournement de pouvoir⁵²⁴.

176 - Outre les atteintes à la vie personnelle et la non-conformité à l'intérêt de l'entreprise, devraient être exclues du domaine de l'abus de droit, les mises en œuvre de clauses de mobilité traduisant une « absence de bonne foi ».

Même si elle est plus délicate à saisir, cette distinction nous semble également devoir être opérée.

3. La mise en œuvre exclusive de la bonne foi

177 - En matière contractuelle, les notions d'abus de droit et de bonne foi ont naturellement tendance à se confondre⁵²⁵. « *La jurisprudence*, observe M. P. ANCEL, (...) *se réfère tantôt à l'une, tantôt à l'autre des notions, sans qu'on puisse toujours savoir exactement pourquoi* »⁵²⁶. L'étude du contentieux de la mise en œuvre de la clause de mobilité ne fait que renforcer ce constat⁵²⁷.

178 - Tout effort de distinction paraît vain en la matière. La chambre sociale de la Cour de cassation, comme les juridictions du fond, visent aussi bien la bonne foi que l'abus de droit, séparément ou conjointement, pour contrôler la mise en œuvre des clauses de mobilité⁵²⁸. « *L'ordre juridique, écrit-t-on, n'offre aucun dispositif d'appréciation de l'abus de droit et de la bonne foi, renvoyant leur appréciation peu ou prou à l'appréciation des juges* »⁵²⁹.

Nul ne peut se satisfaire de ce flou juridique. Le juge doit disposer de consignes claires. Faute de quoi, on pourrait le soupçonner de profiter de l'élasticité des concepts pour substituer son appréciation à celle de l'employeur, quant à l'opportunité de mettre en œuvre la clause de mobilité⁵³⁰.

179 - L'affirmation civiliste selon laquelle « *l'abus de droit est une autre forme de contrôle que la bonne foi* »⁵³¹ peut, nous semble-t-il, trouver un certain écho dans le cadre de

⁵²³ À comp. Y. PAGNERRE, « L'intérêt de l'entreprise en droit du travail », in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Economica, 2011, p. 63, spéc., n° 146, p. 96. L'auteur propose de faire de la violation de l'intérêt de l'entreprise un critère de l'abus de droit : « *l'intérêt de l'entreprise, note-t-il, semble le paradigme idéal pour dessiner la frontière dont le dépassement caractérise un exercice abusif* ».

⁵²⁴ Pour une proposition de distinction entre « abus de droit » et « détournement de pouvoir », on renverra à la thèse de M. E. GAILLARD, cf. *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, 1985, spéc., n° 27 et s. : où l'auteur limite l'utilisation de la théorie de l'abus aux seuls droits subjectifs assurant la réalisation d'intérêts propres, et préconise, en revanche, de recourir à la théorie du détournement de pouvoir pour les prérogatives accordés dans l'intérêt d'autrui.

⁵²⁵ V. not. L. AYNÈS, « L'obligation de loyauté », *APD*, t.44, 2002, p. 195, spéc., p. 198 : qui voit dans le devoir de ne pas abuser de son droit une manifestation de la bonne foi.

⁵²⁶ P. ANCEL, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, coll. Séquences, 2018, p. 249.

⁵²⁷ En ce sens, v. L. BIGIAOUI, *L'abus de droit en droit du travail*, thèse, Paris I, 2002, spé., n° 35, p. 29 : pour qui les deux notions se confondent dans le contrôle de l'exécution des droits nés du contrat de travail.

⁵²⁸ Sur ce point, v. L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, préf. P. Rodière, Dalloz, 2011, spéc., n° 671, p. 313.

⁵²⁹ P. LOKIEC, « La mise en œuvre des clauses contractuelles. L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail », art. préc.

⁵³⁰ *Ibid.*, où l'auteur cite MM. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, et Ph. STOFFEL-MUNCK (cf. *Les obligations*, Defrénois, 3^e éd., n° 764, p. 387) qui évoquent la tentation de « *profiter de l'élasticité du concept pour exercer un pouvoir modérateur général et incontrôlé, qui finirait par emporter le principe même de force obligatoire* ».

⁵³¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. I- Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. thémis droit, 4^e éd., 2016, n° 94, p. 117. Selon une opinion propre à l'auteure, « *l'abus de droit, qui suppose l'existence d'un droit dont est titulaire le contractant, est ainsi plus adapté lorsqu'une prérogative unilatérale est accordée à un*

la mise en œuvre des clauses de mobilité. Dans un arrêt du 3 mai 2012, la Cour de cassation jugeait que le fait d'indiquer au salarié, travaillant à Saint-Denis, qu'il était affecté à proximité de Versailles à compter du lendemain, « *traduisait de la part de l'employeur, (...) un défaut de respect d'un délai de prévenance et l'absence de bonne foi dans la mise en œuvre de la clause de mobilité* »⁵³². Seule la bonne foi était ici visée, et non l'abus de droit.

En exploitant cet arrêt, certes inédit, on pourrait envisager que, pour tout ce qui relève des *modalités de mise en œuvre de la clause de mobilité* (délai de prévenance, moyens de transports, etc.), la notion de bonne foi doit être préférée à celle d'abus de droit.

Il y aurait ainsi « absence de bonne foi » et non « abus de droit », lorsque l'employeur enjoint, par exemple, au salarié de se trouver le lendemain à l'autre extrémité du territoire⁵³³. Ou encore, lorsqu'en l'absence de transports en commun, il n'assure pas au salarié les moyens de se rendre sur son nouveau lieu de travail⁵³⁴.

180 - La distinction proposée suppose de prendre du recul par rapport au droit positif, difficilement exploitable en l'état. Après avoir indiqué que la jurisprudence ne semble pas, pour apprécier la mise en œuvre des clauses de mobilité, « *chercher véritablement à faire le départ entre ce qui relève de la bonne foi, et ce qui a trait à l'abus de droit* », M. P. LOKIEC se demande si « *une telle distinction est (...), du reste, possible ?* »⁵³⁵.

Notre proposition voudrait offrir un début de réponse. De façon autonome, et à la différence de l'abus de droit, la notion bonne foi serait sollicitée pour contrôler les modalités de mise en œuvre de la clause de mobilité.

181 - Donc, si on accepte de nous suivre dans notre démarche, ne relèveraient pas du domaine de l'abus de droit les mises en œuvre de clauses de mobilité excessivement attentatoires aux droits fondamentaux, non-conformes à l'intérêt de l'entreprise, et exclusives de la bonne foi.

182 - Le rétrécissement du domaine de l'abus va de pair avec son recentrage. Parce qu'il porte sur un droit potestatif, l'abus du droit de mettre en œuvre la clause devrait naturellement répondre au critère de la « confiance légitime trompée ».

B. Le recentrage du domaine de l'abus de droit

183 - Le domaine de l'abus du droit de mettre en œuvre la clause de mobilité pourrait se recentrer sur le critère de la confiance légitime trompée. Pour nous, il y aurait plus précisément abus chaque fois que l'employeur se prévaut de son droit alors que, par son comportement antérieur, il a laissé croire au salarié qu'il ne l'exercerait pas de la manière visée.

En application de ce critère et conformément à ce qu'a pu juger la chambre sociales de la Cour de cassation dans un arrêt du 2 juillet 2003, l'employeur « abuserait », par exemple, de son droit en mettant en œuvre la clause de mobilité alors qu'« *il connaissait les difficultés matérielles du salarié et l'avait auparavant employé dans des lieux peu éloignés de son*

contractant. La bonne foi a davantage vocation à intervenir lorsque l'exécution des obligations contractuelles est en jeu (...) ».

⁵³² Cass. soc., 3 mai 2012, n° 10-25.937, *inédit*.

⁵³³ À comp. Cass. soc., 16 déc. 1987, n° 84-43.047, *Bull. civ. V* n° 83.

⁵³⁴ À comp. Cass. soc., 10 janv. 2001, n° 98-46.226, *Bull. civ. V* n° 3; Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-45.281, *inédit*.

⁵³⁵ P. LOKIEC, « La mise en œuvre des clauses contractuelles. L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail », art. préc.

domicilie »⁵³⁶. En l'espèce, il s'agissait d'un agent de sécurité dont le véhicule était en panne et qui n'avait pu, de ce fait, rejoindre sa nouvelle affectation à 150 kilomètres de chez lui.

On peut considérer que le fait pour l'employeur d'avoir toujours employé le salarié - dont les fonctions impliquaient une large part d'itinérance - à proximité de son domicile, a légitimement pu faire naître chez ce dernier l'espoir que la clause de mobilité ne serait pas mise en œuvre au moment précis où sa voiture est défectueuse et l'information transmise.

184 - Le parallèle peut être fait avec la mise en œuvre déloyale des clauses résolutoires. « *La patience et l'indulgence prolongées dont fait preuve le créancier, confronté à des manquements à la loi contractuelle, écrit M. D. MAZEAUD, engendrent une confiance légitime du débiteur dans la tolérance de l'inexécution* »⁵³⁷.

De même qu'une crédière ne peut, après douze années d'« *inexécution* »⁵³⁸ *paisible* », mettre brusquement en œuvre la clause résolutoire à la suite d'un conflit familial⁵³⁹, l'employeur ne peut subitement, après avoir été informé des difficultés matérielles rencontrées par le salarié, et alors qu'il l'avait jusque-là employé à proximité de son domicile, l'affecter à un site distant de plus de 150 km.

185 - L'idée n'est évidemment pas de déduire de l'écoulement du temps la volonté du titulaire de renoncer à son droit. La jurisprudence s'y oppose fermement⁵⁴⁰. L'employeur doit toujours pouvoir mettre en œuvre la clause de mobilité, comme il peut librement résilier le contrat au cours de l'essai, sous réserve, toutefois, de ne pas surprendre la confiance légitime du salarié que son comportement antérieur a pu faire naître⁵⁴¹.

186 - Envisagé isolément dans la décision de 2 juillet 2003 précitée, l'abus du droit de mettre en œuvre la clause de mobilité peut naturellement se cumuler avec les autres mécanismes de contrôle. Un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 1er avril 2008, montre que tous les mécanismes existants peuvent être sollicités simultanément⁵⁴². Au cas présent, l'employeur avait notifié au salarié, à son retour de congé et sans indication de motif (risque de non-conformité à l'intérêt de l'entreprise), un changement d'affectation de Seine-Saint-Denis vers la Bourgogne, après lui avoir annoncé qu'il ne quitterait pas la région Ile-de-France (risque d'abus de droit), et en ne lui laissant qu'un bref délai de cinq semaines pour organiser son transfert (risque d'absence de bonne foi), alors qu'il connaissait la situation familiale difficile de l'intéressé, veuf avec deux enfants en bas-âge (risque d'atteinte excessive au droit à la vie personnelle et familiale).

Cet arrêt fait la synthèse des différents mécanismes de contrôle, tels que nous les avons présentés. Il ne fait aucun doute qu'en décidant, en l'espèce, de muter le salarié en Bourgogne

⁵³⁶ Cass.soc., 2 juill. 2003, n° 01-42.046, *inédit* : retenant que « *l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable, [que la cour d'appel] a pu décider qu'il avait fait un usage abusif de la clause de mobilité figurant au contrat de travail* »

⁵³⁷ D. MAZEAUD, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 16 fév. 1999, *Deffrénois*, 29 fév. 2000, p. 238.

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ Cass. 1^{re} civ., 16 fév. 1999, n° 96-21.997, *Bull.civ. I*, n° 52; *Deffrénois*, 29 fév. 2000, p. 238, obs. D. MAZEAUD.

⁵⁴⁰ Cf. Cass. 3^e civ., 19 mars 2008, n° 07-11.194, *Bull.civ. III*, n° 53 : jugeant que « *le seul écoulement du temps ne peut caractériser un acte manifestant sans équivoque la volonté de renoncer à se prévaloir des effets de la clause résolutoire (...)* ».

⁵⁴¹ À rapp. D. HOUTCIEFF, « *Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence* », *JCP G*. 16 nov. 2009, 463, spéc., n° 16 : « *S'il n'est pas interdit de changer de position ou de rétracter une manifestation de volonté, encore ne faut-il pas surprendre la confiance légitime d'autrui* ».

⁵⁴² CA. Paris, 1^{er} avril 2008, n° 07-1880, 18^e ch. D., *SA Man camions et bus c/ Brelle*.

après lui avoir laissé croire qu'il continuerait de travailler en région Ile-de-France, l'employeur trompait la confiance légitime de celui-ci.

187 – L'employeur ne peut, sans commettre d'abus, susciter la confiance du salarié, en lui faisant miroiter une mutation dans tel secteur, puis fouler aux pieds cette confiance, en le mutant dans tel autre.

188 - Cet enseignement vaut, par-delà la mise en œuvre de la clause de mobilité, pour le droit de ne pas renouveler le contrat de travail à durée déterminée, droit potestatif s'il en est.

§ 3 – L'abus du droit de ne pas renouveler le contrat de travail à durée déterminée

189 – « *Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat [à durée déterminée]* » dispose désormais l'article 1212, al. 2 nouv. du Code civil⁵⁴³. La solution inverse serait attentatoire au principe de la liberté contractuelle, consacré par l'article 1102, al. 1^{er} du même instrument⁵⁴⁴.

190 – Le contrat de travail à durée déterminée ne déroge pas à ces principes : il prend normalement fin à la survenance du terme⁵⁴⁵. Le salarié n'a aucun droit au renouvellement et l'employeur demeure, en principe, libre de procéder ou non à ce renouvellement⁵⁴⁶. Il peut, par sa volonté unilatérale, influencer sur la situation contractuelle, l'éteindre ou la renouveler, sans que le salarié, placé dans une position de totale sujétion, ne puisse y faire obstacle.

On retrouve la définition du droit potestatif.

191 – Cependant, comme tous les droits potestatifs, le droit de ne pas renouveler le contrat à durée déterminée n'a pas un caractère discrétionnaire. Il est soumis au contrôle de l'abus de droit. Au regard de la jurisprudence rendue en ce domaine, le critère de la confiance légitime trompée peut être privilégié.

Cela s'observe, en premier chef, de manière très nette, dans le contentieux du renouvellement des contrats de concession et de franchise⁵⁴⁷. Dans un arrêt du 23 mai 2000, la chambre commerciale de la Cour de cassation confortait ainsi une cour d'appel d'avoir jugé que le concédant avait « *commis une faute en entretenant jusqu'au bout le concessionnaire dans l'illusion que le contrat serait renouvelé* »⁵⁴⁸. Dans un arrêt du 4 septembre 2018⁵⁴⁹, elle approuvait logiquement les juges du fond d'avoir conclu à « *l'exercice ordinaire du droit de ne pas renouveler la convention* »⁵⁵⁰ dès lors, notamment, « *qu'aucun élément n'établit que la*

⁵⁴³ C. civ. art. 1212 nouv., issu de la réforme du droit des contrats : « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme (al.1^{er}). Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat (al. 2)* ».

⁵⁴⁴ C. civ. art. 1102, nouv., issu de la réforme du droit des contrats : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi (al. 1er). La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public (al. 2)* ».

⁵⁴⁵ Sous-réserve que son exécution ne se poursuive pas au-delà ; cf. C. trav. art. L. 1243-11 : « *Lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée (...)* ».

⁵⁴⁶ Sous réserve de respecter le nombre maximal de renouvellements prévus par l'accord de branche étendu dont il relève ou, à défaut, par l'article L. 1243-13-1 du Code du travail fixant ce nombre à deux.

⁵⁴⁷ V. not. sur la question, F.-X. LICARI, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, a.-p. M. Martinkek, Paris, Litec, 2002, spéc., p. 505 s.

⁵⁴⁸ Cass.soc., 23 mai 2000, n° 97-10553, inédit ; *RTD Civ.* 2001, p. 137, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁵⁴⁹ Cass.com., 4 sept. 2018, n° 17-17.891, inédit ; *Gaz. Pal.* 8 janv. 2019, obs. D. HOUTCIEFF.

⁵⁵⁰ Pour reprendre le titre de la note de M. D. HOUTCIEFF, préc.

société Foncia franchise ait entretenu la société CBM dans l'illusion que le renouvellement du contrat était acquis »⁵⁵¹.

Récemment, la Cour d'appel de Paris retenait, toujours à propos d'un contrat de franchise, une solution analogue et rappelait que la charge de la preuve pèse sur celui qui allègue l'abus⁵⁵². « *En l'absence d'inexécution fautive du contrat, de mauvaise foi ou d'attitude déloyale subie en cours d'exécution du contrat par le franchisé, précisa-t-elle, il appartient au franchisé d'établir la déloyauté contractuelle du franchiseur à l'occasion de l'exercice de son droit de non-renouvellement à partir des circonstances propres au renouvellement* », en démontrant notamment « *que le franchiseur [a], par son attitude, laissé croire que le contrat serait renouvelé à son échéance (...)* »⁵⁵³.

Dans ces différentes hypothèses, l'application du critère de la confiance légitime trompée ne fait aucun doute. Elle est explicite.

192 - En droit du travail, la sanction de requalification cristallisant toutes les attentions⁵⁵⁴, le contentieux de l'abus dans le non-renouvellement du contrat à durée déterminée est plus rare, mais existant. Il se manifeste, en particulier, dans le secteur du sport professionnel, compte tenu du recours au CDD, qui est la règle⁵⁵⁵, et des enjeux financiers souvent importants.

Dans un arrêt du 13 avril 2005, la chambre sociale de la Cour de cassation retenait, par exemple, au sujet d'un gardien de but remplaçant, que « *la cour d'appel qui a constaté que l'Olympique lyonnais avait fait croire au salarié que son contrat serait renouvelé sur la saison 1998/1999 aux mêmes conditions, a fait ressortir que l'employeur, en entretenant le doute, avait agi avec une légèreté blâmable génératrice d'un préjudice dont elle a souverainement évalué le montant* »⁵⁵⁶. Comme en matière commerciale, l'abus de droit, qualifié ici de légèreté blâmable, consistait, en l'occurrence, à tromper la confiance légitime du salarié dans le renouvellement du contrat, confiance que l'employeur avait lui-même provoquée par son comportement.

À travers l'application de ce critère, l'idée est bien celle d'éviter que la confiance légitimement placée dans le renouvellement du contrat à durée déterminée soit trop facilement anéantie par celui-là même qui l'a suscitée et entretenue.

193 - À l'heure où les renouvellements de contrats de travail à durée déterminée peuvent se libéraliser par la voie négociée⁵⁵⁷, nul doute que le contrôle de l'abus dans le non-renouvellement de ces contrats et l'utilisation corrélatrice du critère de la confiance légitime trompée pourraient avoir vocation à se généraliser.

194 – Il est un autre domaine où le contrôle de l'abus devrait, non pas seulement se développer, mais être institué. On veut parler du droit de renoncer au jeu de la clause de non-concurrence.

⁵⁵¹ Cass.com., 4 sept. 2018, préc.

⁵⁵² CA Paris, 5 mai 2021, n° 19/00506.

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ Sur cette sanction v. D. BAUGARD, *La sanction de requalification en droit du travail*, préf. G. COUTURIER, IRJS, 2011.

⁵⁵⁵ Dans le secteur du sport professionnel, il est d'usage de recourir à l'emploi à durée déterminée, cf. C. trav. art. D. 1242-1, 5°. Cf. C. trav. D. 1242-1, 5°.

⁵⁵⁶ Cass.soc., 13 avril 2005, n° 02-46.666, *inédit*.

⁵⁵⁷ Sur cette tendance contemporaine, v. D. BAUGARD, « Le développement de la précarité subordonnée à la négociation collective », *Dr. ouv.* 2018, p. 1.

§ 4 - L'abus du droit de renoncer à la clause de non-concurrence

195 - Une stipulation du contrat de travail (ou de la convention collective) peut offrir à l'employeur la faculté de renoncer unilatéralement au jeu de la clause de non-concurrence⁵⁵⁸. Quand cette faculté est exercée, le salarié retrouve intégralement sa liberté de travail à son départ de l'entreprise. Il perd, ce faisant, le bénéfice de la contrepartie financière, obligatoire depuis les revirements de 2002⁵⁵⁹, sur lequel il pouvait fonder quelques espoirs.

Par la clause de renonciation, l'employeur se trouve ainsi habilité à renoncer, unilatéralement, à la mise en œuvre de la clause de non-concurrence. Il se voit accorder par le contrat une puissance supplémentaire qui entraîne, pour le salarié, et sujétion et incertitude. La clause de renonciation confère bien à l'employeur un droit potestatif⁵⁶⁰.

196 - Pour l'heure, la jurisprudence encadre seulement la temporalité de l'exercice de ce droit potestatif afin de réduire au maximum l'incertitude du salarié quant à sa liberté de travail (A). Cela n'est pas suffisant. Un contrôle opéré au titre de l'abus de droit, répondant au critère de la confiance légitime trompée, apparaît nécessaire (§ 2).

A. Le contrôle insuffisant de l'incertitude

197 - Depuis une vingtaine d'années, la Cour de cassation s'efforce de préciser le moment où l'employeur peut, lorsque le contrat ou la convention collective l'y autorise, exercer sa faculté de renonciation. Deux cas de figures sont alors envisageables.

Dans la première hypothèse, le droit contractuel ou conventionnel prévoit des délais d'exercice ; ceux-ci doivent être respectés. Compte tenu des enjeux, la liberté contractuelle n'est toutefois pas totale. Dans un important arrêt du 13 juillet 2010, la haute juridiction précisait en effet que « *le salarié ne pouvant être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler, la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci doit être réputée non écrite* »⁵⁶¹.

Dans la seconde hypothèse, aucun délai n'accompagne la faculté de renonciation. Dans ce cas, la Cour de cassation, après s'être référée pendant un temps à notion de « *délai raisonnable* »⁵⁶², retient désormais que la renonciation doit intervenir au plus tard « *au moment du licenciement* »⁵⁶³. Elle juge, plus précisément, que « *l'employeur qui dispense le salarié de l'exécution de son préavis doit, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise, nonobstant stipulations ou dispositions contraires* »⁵⁶⁴. Cette solution se justifie pleinement. Car c'est « *au moment de ce départ effectif du salarié de l'entreprise que peut commencer une*

⁵⁵⁸ En l'absence de stipulation de renonciation, l'employeur ne peut renoncer au jeu de la clause de non-concurrence qu'avec l'accord du salarié ; Cass.soc., 17 fév. 1993, n° 89-43.658, *Bull.civ.* V, n° 57 ; *D.* 1993, p. 347, note Y. SERRA.

⁵⁵⁹ Cass.soc., 10 juillet 2002, n° 00-45.135, *Bull.civ.* V, n° 239 ; *D.* 2002, Jur. p. 2491, note Y. SERRA ; *SSL* 2002, n° 1085, p. 9, obs. A. CHIREZ.

⁵⁶⁰ En ce sens, v. J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », art. préc., spéc., n° 12, pp. 758-759.

⁵⁶¹ Cass.soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.626, *Bull.civ.* V, n° 174

⁵⁶² Cass.soc., 13 juin 2007, n° 04-42.740, *Bull.civ.* V, n° 98 ; *RDT.* 2007, p. 579, note J. PÉLISSIER.

⁵⁶³ Cass.soc., 13 juill. 2010 préc.

⁵⁶⁴ Cass.soc., 13 mars 2013, n° 11-21.150, *Bull.civ.* V, n° 72 ; *D.* 2013. 2812, obs. S. ROBINNE ; *Dr. soc.* 2013. 455, obs. J. MOULY

éventuelle activité concurrentielle. Et le salarié doit alors savoir s'il lui est possible ou non d'exercer une telle activité »⁵⁶⁵.

Tel est, aujourd'hui, en substance, l'état du droit positif en matière de renonciation à la clause de non-concurrence.

198 – Le contrôle de la temporalité de la renonciation constitue le seul moyen de protection pour le salarié. Comme énoncé, cela n'est pas suffisant. En encadrant fermement le moment où peut intervenir cette renonciation, la jurisprudence s'efforce de diminuer l'incertitude. Pour autant, comme l'a parfaitement montré Mme J. ROCHFELD, le danger des droits potestatifs ne se situe pas seulement au niveau de l'incertitude. Il réside aussi « *dans leur mise en œuvre, donc dans l'abusif* »⁵⁶⁶. Or, il est regrettable que, s'agissant du droit de renoncer à la clause de non-concurrence, ce second danger soit complètement ignoré. Il mériterait d'être pris en compte.

B. Le contrôle souhaitable de l'abusif

199 – Indépendamment de la question de la temporalité, l'exercice du droit de renonciation à la clause de non-concurrence peut s'avérer abusif, ainsi qu'en témoigne un arrêt publié du 3 mars 2015⁵⁶⁷. La chronologie des faits était importante. La clause de renonciation prévoyait que le salarié pouvait être libéré « *soit à tout moment au cours de l'exécution du contrat, soit à l'occasion de sa cessation, au plus tard dans la lettre notifiant le licenciement ou le jour même de la réception de la démission* ». Le licenciement fut notifié le 9 janvier 2009, avec dispense d'exécution du préavis de trois mois, sans que le droit de renonciation ne soit exercé. Le 10 février suivant, employeur et salarié concluaient une rupture conventionnelle fixant une nouvelle date de rupture au 10 avril, et le 8 avril, soit deux jours avant la cessation effective du contrat, l'employeur levait la clause de non-concurrence. Quelques jours plus tard, le salarié saisissait le juge pour contester le bien-fondé de cette renonciation et réclamer le versement de la contrepartie financière. Débouté de ces demandes en appel, le salarié fit valoir, devant la Cour de cassation, qu'une rupture conventionnelle ne pouvait intervenir après un licenciement, et qu'en toute hypothèse, l'employeur ne pouvait plus renoncer à la clause de non-concurrence après le 9 janvier 2009, date de la notification du licenciement.

Son pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation, qui jugea, d'une part, que « *la signature postérieure d'une rupture conventionnelle vaut renonciation commune à la rupture précédemment intervenue* », et d'autre part, qu'« *en cas de rupture conventionnelle, [c'est] la date de la rupture fixée par la convention de rupture qui détermine le respect par l'employeur du délai contractuel* »⁵⁶⁸. De sorte que la renonciation intervenue le 8 avril demeurait valable.

200 - La présente solution montre que le droit de renonciation peut être exercé « dans les temps », mais pas nécessairement de façon régulière. « *Un esprit mal tourné, commente M. G. AUZERO, pourrait imaginer que l'employeur, s'étant rendu compte qu'il n'avait pas renoncé à temps à la clause de non-concurrence au moment du licenciement, ait vu une issue de secours dans le recours à la rupture conventionnelle, avec les chances de succès que l'on sait désormais* »⁵⁶⁹. Une telle stratégie, même hypothétique, n'apparaît pas acceptable.

⁵⁶⁵ Y. PICOD et *alii.*, « Concurrence interdite - concurrence déloyale et parasitisme - Centre de droit de la concurrence Yves Serra », *D.* 2013, p. 2812.

⁵⁶⁶ J. ROCHFELD, *op. cit.*, spéc., n° 18, p. 764 : pour l'auteur le danger se situe autant au niveau de l'incertitude que de l'abus.

⁵⁶⁷ Cass.soc., 3 mars 2015, n° 13-20.549, *Bull.civ.* V, n° 35.

⁵⁶⁸ *Ibid.*

⁵⁶⁹ G. AUZERO, obs. sous Cass.soc., 3 mars 2015, *RDT.* 2015, p. 322.

Dans les circonstances de l'espèce, la renonciation aurait pu (dû ?) être déclarée abusive via le critère de la confiance légitime trompée. Le salarié pouvait légitimement croire, en se basant sur le comportement antérieur de l'employeur, que celui-ci, qui n'avait pas renoncé à la clause de non-concurrence dans le cadre de la procédure de licenciement, n'exercerait pas sa faculté de renonciation dans le cadre de la procédure conventionnelle lui faisant suite.

201 - L'intérêt de se placer sur le terrain de l'abus de droit, plutôt que sur celui de la fraude ou du vice du consentement, comme le préconise M. G. AUZERO dans sa note⁵⁷⁰, est double pour le salarié. D'une part, il n'a pas à rapporter la preuve de l'intention dolosive ou frauduleuse de l'employeur. D'autre part, à la différence de la fraude qui corrompt tout, et des vices du consentement qui sont une cause de nullité du contrat, l'abus du droit de renonciation n'annule pas la rupture conventionnelle dont le salarié peut vouloir souhaiter le maintien⁵⁷¹, mais prive seulement d'efficacité le droit exercé abusivement.

202 - C'est un trait caractéristique des droits potestatifs accordés par le contrat de travail : leur efficacité demeure effectivement subordonnée au respect de la confiance légitime de l'assujetti.

Sous-section 2 : L'efficacité des droits potestatifs subordonnée au respect de la confiance légitime

203 - En l'absence de dispositions spécifiques existantes, l'abus du droit potestatif accordé par le contrat de travail est sanctionné sur le seul fondement de la bonne foi des articles 1104 du Code civil⁵⁷² et L. 1222-1 du Code du travail⁵⁷³.

204 - Alors que traditionnellement, sur le fondement de ces textes, les sanctions encourues se réduisent à l'allocation des dommages-intérêts ou à la résolution du contrat⁵⁷⁴, l'abus du droit potestatif élargit la perspective⁵⁷⁵ : il peut entraîner la neutralisation du droit exercé abusivement, ou plus exactement, *perfidement* - dérivé de *fides*, la « confiance », et du préfixe *per* indiquant ici la « transgression » (§ 1).

Lorsque cette neutralisation prend un caractère définitif, comme ce peut être le cas dans le contrat de travail, elle équivaut à une « auto-déchéance » du droit : en trompant la confiance légitime de l'assujetti par l'exercice de son droit, le titulaire se prive alors lui-même de ce droit (§ 2).

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ Ce qui sera notamment le cas lorsque la rupture conventionnelle prévoira une indemnité de rupture supérieure à l'indemnité de licenciement.

⁵⁷² C. civ. 1104 : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* » ; (à rapp. 1134, al. 3 anc.).

⁵⁷³ C. trav. art. L. 1222-1 : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ».

⁵⁷⁴ Sur la possible résolution du contrat pour inexécution de l'« obligation » de bonne foi, v. not. Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007, spéc. n^{os} 295 et s.

⁵⁷⁵ Sur l'ensemble des sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle, v. P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », in *L'abus de droit dans les contrats*, Cah. dr. ent., 1998, p. 30.

§ 1 - La neutralisation du droit potestatif exercé *perfidement*

205 - S'il ne saurait être question d'élaborer « *une théorie générale des droits potestatifs en matière contractuelle* »⁵⁷⁶, on note cependant une tendance à l'harmonisation de leur régime. Quand ils sont exercés perfidement, en trompant la confiance légitime de l'assujetti, les droits potestatifs accordés par le contrat ne produisent pas leurs effets. Ils sont rendus inefficaces (A). Ainsi, contrairement au droit de créance, qui ne réagit pas à la déloyauté du créancier, le droit potestatif s'avère particulièrement sensible au comportement de son titulaire (B).

A. L'inefficacité du droit potestatif

206 - La mise en œuvre abusive de la clause de mobilité permet d'illustrer l'inefficacité. En principe, cette clause permet à l'employeur de modifier unilatéralement le lieu de travail du salarié, sans l'accord de celui-ci. Toutefois, lorsque l'employeur abuse de son droit, la clause, comme le relève Mme L.-K. GRATTON, « *ne permet plus d'imposer une mutation au salarié concerné, de sorte que le refus opposé par ce dernier ne peut constituer la justification du licenciement qui en est la suite* »⁵⁷⁷.

L'abus neutralise le droit. C'est comme si, rétrospectivement, la clause de mobilité n'existait pas au moment où l'employeur avait entendu exercer son droit.

207 - Une même remarque peut être faite à l'endroit de la période d'essai. On retient généralement que la rupture abusive de l'essai oblige celle des parties qui en a pris l'initiative « *à verser des dommages-intérêts à son cocontractant* »⁵⁷⁸. La sanction de l'abus serait, à ce titre, uniquement indemnitaire. Elle n'impacterait pas le droit lui-même. Il convient cependant de rappeler que le caractère essentiel de la période d'essai, sa « *raison d'être* », pour reprendre la formule de MM. G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS⁵⁷⁹, est de conférer à chacune des parties un droit de rompre *librement* le contrat, sans avoir à alléguer de motif. Or, qu'advient-il en cas d'abus dans la rupture de la période d'essai ? Le contrat de travail est certes rompu, mais on considère, rétrospectivement, qu'il ne pouvait pas l'être *librement*. Ce qui, *volens nolens*, revient à priver d'efficacité le droit exercé abusivement.

208 - À chaque fois que le titulaire d'un droit potestatif trompe la confiance légitime de l'assujetti en exerçant son droit, l'abus est caractérisé et le droit neutralisé. Cela se vérifie bien au-delà du contrat de travail. On sait notamment que le contractant, qui met en œuvre brutalement la clause résolutoire après avoir toléré pendant de nombreuses années l'inexécution du débiteur, se voit refuser la résolution de plein droit⁵⁸⁰. De même qu'un banquier, qui a toujours fait fonctionner deux comptes comme indépendants, ne peut refuser de faire le virement de l'un à l'autre, en se prévalant subitement de la clause d'unité de comptes⁵⁸¹. Pas plus qu'un créancier ne pourrait exiger la conversion de la rente en obligation de soins après

⁵⁷⁶ À comp. C. POMART-NOMDEDEO, « Le régime juridique des droit potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », art. préc. : « *L'heure de l'élaboration d'une théorie générale des droits potestatifs en matière contractuelle n'est assurément pas venue et ne viendra sans doute jamais. La simple harmonisation du régime juridique de ces droits ne semble guère toujours possible ni même opportune, dans la mesure où elle serait source d'appauvrissement. Il importe de ne pas pousser trop loin la quête d'harmonisation* ».

⁵⁷⁷ L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, préf. P. Rodière, Dalloz, 2011, n° 754, p.347.

⁵⁷⁸ Y. AUBRÉE, « Période d'essai », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2019, (actu. juill. 2021), spéc., n° 199.

⁵⁷⁹ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 34^e éd., 2021, n° 234, p. 296.

⁵⁸⁰ V. not. Cass. 3^e civ., 8 avril 1987, préc.

⁵⁸¹ Cass.soc., 8 mars 2005, n° 02-15.783, *Bull.civ.* IV, n° 44 ; *RTD Civ.* 2005, p. 391, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

avoir renoncé à se prévaloir de ce droit pendant plusieurs années, en raison du lourd handicap dont était atteint l'un des débirentiers⁵⁸². Et ce, alors même que la clause lui permet, expressément, de solliciter cette conversion « à n'importe quel moment et sur son seul souhait, et pour quelque motif que ce soit »⁵⁸³.

209 – Force est ainsi de constater que le droit potestatif exercé *perfidement* ne produit pas ses effets ; comme si le droit en question contenait implicitement la mention « sous réserve du respect de la confiance légitime de l'assujetti ». Le titulaire du droit potestatif n'a effectivement jamais l'assurance de pouvoir bénéficier, en toutes circonstances, de son droit. Si la mise en œuvre de ce droit trompe la confiance légitime de l'assujetti, l'effet recherché est gelé⁵⁸⁴.

210 - Le droit potestatif se différencie, par cela-même, du droit de créance, insensible au comportement du créancier.

B. La sensibilité du droit potestatif

211 – À titre liminaire, il convient de rappeler que les droits potestatifs ne se confondent ni avec les droits de créance, ni avec les droits réels. Ils forment *une troisième catégorie de droits subjectifs*⁵⁸⁵. Le titulaire du droit potestatif n'est ni créancier, ni propriétaire ; il est titulaire d'un droit potestatif. On peut l'appeler le *potentior*⁵⁸⁶.

212 - En matière contractuelle, on observe cependant que la doctrine emploie quasi mécaniquement le terme de « créancier », y compris lorsque le droit en question n'est pas un droit de créance, mais un droit potestatif. Un même contractant peut certes être à la fois titulaire d'un droit de créance et d'un droit potestatif, être à la fois créancier et *potentior* ; mais il s'agit bien là de deux casquettes différentes.

Pour donner un exemple, celui qui met en œuvre la clause résolutoire n'est techniquement pas le « créancier », mais le titulaire du droit potestatif de résilier le contrat de plein droit ; même si ce dernier est aussi le « créancier » victime de l'inexécution. De même que celui qui met en œuvre la clause de mobilité, résilie le contrat de travail au cours de l'essai, renonce à la clause de non-concurrence, ou refuse de renouveler le contrat à durée déterminée, n'est pas le « créancier », mais le *potentior*. « Dire “je résous”, “je refuse”, “je révisé”, ce n'est pas exiger un paiement », rappelle justement M. Ph. STOFFEL-MUNCK⁵⁸⁷.

213 – Cette précision sémantique s'avère déterminante. Elle permet de lever le voile sur l'une des décisions les plus commentées et les plus énigmatiques de ces dernières années. On

⁵⁸² Cass. 1^{re} civ., 7 fév. 2006, n° 03-15. 394, *inédit* ; D. 2006, p. 1796, obs. A. PENNEAU : à noter que l'arrêt est cassé pour défaut de base légale, la Cour de cassation ne tranche pas la question de l'abus de droit, mais reproche à la cour d'appel de s'être déterminée ainsi, « sans rechercher, comme elle y était invitée, si M. X... n'avait pas abusé de ce droit ».

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ À comp. L. AYNÈS, « L'obligation de loyauté », *APD*. 2000, t. 44, p. 195, spéc., p. 201 : « Le droit de faire cesser un contrat ou de ne pas le renouveler n'est pas en cause ; mais son exercice est fautif, partant souvent inefficace, lorsqu'il vient surprendre les prévisions légitimes du cocontractant ».

⁵⁸⁵ Sur cette discussion, v. I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. préc., spéc., n° 103 p. 107.

⁵⁸⁶ En ce sens, v. C. POMART-NOMDEDEO, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », art. préc., F. CHÉNEDÉ, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », in *Les prérogatives contractuelles, Actes du colloque du 30 novembre 2010, RDC*. 1er avril 2011, p. 709 et s., spéc., n° 6 ; M. CASSIÈDE, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, th. préc., n° 224, p. 245.

⁵⁸⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, *D.* 2007, p. 2839.

veut parler de l'arrêt dit *Les Maréchaux*, rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 10 juillet 2007, qui délimite les pouvoirs du juge dans le contrat sur le fondement de la bonne foi. « *Si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et des obligations légalement convenus entre les parties* »⁵⁸⁸.

Certes, cette formule, d'inspiration doctrinale⁵⁸⁹, ne se réfère ni au droit de créance, ni au droit potestatif. Elle oppose « *la substance des droits et les obligations* », d'une part, aux « *prérogatives contractuelles* », d'autre part. On sait cependant que la « *substance* » à laquelle il est fait référence ne désigne rien d'autre, en vérité, que la créance elle-même⁵⁹⁰, et que les « *prérogatives contractuelles* » dont l'usage déloyal peut être sanctionné par le juge sont, comme le reconnaît M. L. AYNÈS, « *des pouvoirs d'essence unilatérale qui permettent à l'une des parties de modifier la situation de l'autre par l'exercice unilatéral de sa volonté* ». Et l'auteur d'ajouter aussitôt : « *où l'on reconnaît la définition du droit potestatif* »⁵⁹¹.

Si on reformule la solution de l'arrêt *Les Maréchaux*, il y a bien, d'un côté, le droit créance, inviolable, sacré, et de l'autre, le droit potestatif, qui réagit au comportement de son titulaire. « *On n'est pas créancier de bonne ou de mauvaise foi : cela n'a aucun sens* », prévient M. L. AYNÈS⁵⁹² ; mais on peut, en revanche, être titulaire d'un droit potestatif de bonne ou de mauvaise foi.

214 - La règle est simple : à la différence du droit de créance, totalement hermétique au comportement du créancier, le droit potestatif s'avère sensible au comportement de son titulaire. « *Le créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier* »⁵⁹³, tel n'est pas le cas du titulaire du droit potestatif qui peut, conformément à la jurisprudence *Les Maréchaux*, voir son droit neutralisé pour l'avoir exercé *perfidement*.

215 - « *La neutralisation est une mesure théoriquement ponctuelle* » insiste-t-on⁵⁹⁴. Dans le contrat de travail, elle prend volontiers un caractère définitif. En trompant la confiance légitime de l'assujetti par l'exercice de son droit, le titulaire du droit potestatif – qui n'est pas le créancier – prend le risque de se priver lui-même de ce droit.

§ 2 - L'« auto-déchéance » du droit potestatif exercé *perfidement*

216 - L'exercice abusif d'un droit potestatif accordé par le contrat aboutit, en fait, à la « *neutralisation* » de la clause ou à l'« *inefficacité* » du droit qu'elle génère ; mais qu'entend-

⁵⁸⁸ Cass.com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, *Bull.civ.* IV, n° 188 ; *D.* 2007. p. 2839, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2007. p. 2844, note P.-Y. GAUTIER ; *D.* 2007, p. 2966, note S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2007. 773, obs. B. FAGES ; *RTD Com.* 2007, p. 786, obs. P. Le CANNU et B. DONDERO ; *RDC.* 2007, p. 1107, obs. L. AYNÈS ; *RDC.* 2007, p. 1110, note D. MAZEAUD ; *LPA.* 6 fév. 2008, n° 27, p. 6, obs. D. HOUTCIEFF ; *Deffrénois* 2007, art. 38667-81, note É. SAVAUX.

⁵⁸⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, et Ph. STIOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, ouv. préc., spéc., n° 764 : ouvrage auquel se réfère expressément le communiqué de la Cour de cassation qui accompagne l'arrêt *Les Maréchaux*, disponible sur https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_financiere_economique_574/arret_n_10_678.html.

⁵⁹⁰ En ce sens, v. D. HOUTCIEFF, obs. préc. : qui note que « *La "substance des droits et obligations", telle qu'elle est comprise par cette décision, ne désigne pas autre chose que la créance elle-même* » ; B. FAGES, note préc. ; v. égal. le communiqué préc., qui ne se réfère qu'au droit de créance.

⁵⁹¹ L. AYNÈS, *RDC.* 2007, p. 1107, note préc.

⁵⁹² L. AYNÈS, *op. cit.*

⁵⁹³ Ph. STOFFEL-MUNCK, note préc.

⁵⁹⁴ *Ibid.*

on, au juste, par « neutralisation » et « inefficacité » ? Dans l'ensemble, les auteurs refusent d'y voir une déchéance du droit, et plaident en faveur du caractère nécessairement temporaire de la sanction. À bien y regarder, il nous semble pourtant qu'une place doit être faite à la déchéance du droit potestatif exercé perfidement, en particulier, dans le contrat de travail (A). Ce qui nous amènera à soumettre l'idée d'une *Rechtswerverking* « à la française » (B).

A. Une déchéance circonstanciée

217 - La doctrine insiste généralement sur le caractère temporaire de la sanction qui frappe l'exercice abusif du droit potestatif. « *L'abus dans l'exercice de la prérogative*, écrit ainsi M. P. ANCEL, *permet seulement au juge de paralyser momentanément l'usage d'une clause, parce qu'elle est mise en œuvre de manière abusive, mais cette clause, dès lors qu'elle est licite, n'est pas rayée définitivement du contrat, elle pourra être invoquée, ultérieurement, conformément à la bonne foi cette fois, si l'occasion s'en présente* »⁵⁹⁵. « *Il ne s'agit pas de réputer non écrite la clause posant le droit* », prévient aussi M. Ph. STOFFEL-MUNCK⁵⁹⁶. Soit⁵⁹⁷.

218 - M. O. DESHAYES écarte, pour sa part, la sanction de la déchéance du droit⁵⁹⁸. Son propos est assez révélateur de la tendance qu'ont les auteurs à confondre le droit potestatif avec le droit de créance. M. O. DESHAYES écrit : « La sanction que constituerait la disparition totale de la prérogative, sanction que j'ai associé à l'instant au mécanisme du réputé non écrit, aurait, plus précisément, la nature d'une déchéance. Déchéance dont on observera qu'elle (...) priverait irrémédiablement le *créancier* de son pouvoir. (...) Je ne vois pas que [la responsabilité fondée sur l'article 1134, al. 3 anc.] dispose de la charge punitive suffisante pour pouvoir entraîner la déchéance d'un droit à titre de sanction (...). Raisonner en termes d'abus de droit n'y change rien. L'abus de droit n'a jamais justifié la disparition d'un droit. Qui songerait à dire que le propriétaire qui abuse de son droit doit perdre la propriété ? La sanction de la déchéance ne peut donc pas être retenue. Son admission exposerait au demeurant la Cour de cassation au grief d'incohérence. Ne serait-ce pas en effet porter atteinte à la substance des droits et des obligations que de déchoir le *créancier* du droit accordé par le contrat ? »⁵⁹⁹.

Il nous apparaît que M. O. DESHAYES, qui voit pourtant dans les prérogatives contractuelles de véritables droits potestatifs⁶⁰⁰, ne tire pas les conséquences sémantiques et juridiques qui découlent de cette qualification. Tout d'abord, la sanction de la déchéance, si elle devait s'imposer, ne priverait pas, comme le dit l'auteur, « le *créancier* de son pouvoir », mais le titulaire du droit potestatif de son droit potestatif, qui n'est pas un droit de créance...

⁵⁹⁵ P. ANCEL, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, coll. Séquences, 2018, p. 249

⁵⁹⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, note préc.

⁵⁹⁷ Sur les limites du caractère temporaire de la sanction, v. D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'*estoppel* : Rapport français », in *La confiance légitime et l'estoppel*, ouv. préc., spéc., pp. 270-271 : « *D'aucuns considèrent qu'une telle sanction ne peut être que provisoire, et que le créancier qui a invoqué, de façon incohérente, le jeu d'une clause (...) doit pouvoir "une fois que le temps aplanit la contradiction" (...) de nouveau se prévaloir de celle-ci. Séduisante, dans le principe, la proposition n'est pourtant pas, on le pressant (sic.), d'une extrême simplicité à mettre en œuvre... Comment le juge déterminera-t-il le délai au-delà duquel le contractant incohérent pourra à nouveau se prévaloir de droit (sic.) ou de son pouvoir ?* ».

⁵⁹⁸ O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyale des prérogatives contractuelles », *RDC*. 2011, p. 726.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, n° 8 (souligné par nous).

⁶⁰⁰ *Ibid.*, n° 3 : « C'est cette lecture de la jurisprudence Les Maréchaux que nous retiendrons ici. Elle commande une certaine définition des prérogatives contractuelles, invitant à y voir des prérogatives unilatérales, *des droits potestatifs* » (souligné par nous).

Ensuite, personne ne songerait à dire, à travers la sanction de la déchéance, « *que le propriétaire qui abuse de son droit perd sa propriété* » ; il est plus modestement question de priver le titulaire du droit potestatif de son droit potestatif, qui n'est pas un droit réel...

Enfin, nous sommes d'accord avec M. O. DESHAYES, ce serait effectivement « porter atteinte à la substance des droits et des obligations que de déchoir le créancier du droit accordé par le contrat ». Cependant, encore une fois, il ne s'agit pas de déchoir le créancier de son droit de créance, mais le titulaire du droit potestatif de son droit potestatif, de sorte que le « *grief d'incohérence* » évoqué par l'auteur doit, selon nous, être écarté.

219 - M. D. HOUTCIEFF écarte, lui aussi, la sanction de la déchéance du droit. L'idée n'est pas de « conduire à l'extinction d'un droit, [mais de] déboucher sur la paralysie du droit du créancier », note-il, dans sa « recherche de la sanction idéale » de ce qu'il appelle la « contradiction »⁶⁰¹. L'auteur en arrive à la conclusion que la « *paralysie du droit semble ne pouvoir être rattachée qu'à un mécanisme procédural : la fin de non-recevoir* »⁶⁰². Une telle mesure constitue, pour M. D. HOUTCIEFF, « *l'instrument idéal de la sanction de la contradiction, qui permet l'inhibition temporaire du droit du créancier* »⁶⁰³.

Nous ne reviendrons pas sur l'emploi quelque peu galvaudé du terme de « créancier ». Pour nous, ce n'est pas le créancier qui voit son droit « neutralisé », « paralysé », « subtilisé », mais le titulaire du droit potestatif.

Quoi qu'il en soit, il est vrai que la sanction de l'abus d'un droit potestatif revêt normalement un caractère temporaire. « *Si le contrat perdure*, écrit M. P. ANCEL, *le créancier - il faudrait parler du titulaire du droit potestatif - pourra toujours à l'avenir mettre en jeu la clause de résolution au cas où le débiteur persisterait dans son inexécution, de même que l'employeur pourra faire jouer la clause de mobilité dans d'autres circonstances* »⁶⁰⁴. M. P. ANCEL a raison de le souligner : il faut que le « *contrat perdure* » car, à défaut, l'occasion d'exercer le droit potestatif ne peut plus se représenter.

En pratique, on voit mal cependant comment un employeur qui a abusé du droit de mettre en œuvre la clause de mobilité pourrait encore exercer régulièrement son droit à l'avenir. Dans les faits, l'abus est constaté par le juge, non au cours de l'exécution du contrat de travail, mais après sa rupture, dans le cadre de l'action en contestation de la cause réelle et sérieuse du licenciement⁶⁰⁵. Il est alors matériellement impossible pour l'employeur, sauf hypothèse assez marginale de « réintégration » du salarié⁶⁰⁶, d'exercer à nouveau son droit.

Si le contrat est rompu des suites de l'exercice du droit potestatif, ce droit s'éteint, irrémédiablement. On peut parler d'une *déchéance de fait*.

220 - Plus encore, indépendamment de la question de savoir si le contrat perdure, l'exercice abusif d'un droit potestatif peut aussi, en certaines circonstances, aboutir à une véritable déchéance du droit, c'est-à-dire à sa perte⁶⁰⁷. En effet, lorsque le droit potestatif est à

⁶⁰¹ D. HOUTCIEFF, note sous Cass.com., 8 mars 2005, *RLDC*. 2005/8, p. 5, spéc., n° 13 (nous soulignons le terme « créancier » utilisé par l'auteur).

⁶⁰² *Ibid.*, n° 15.

⁶⁰³ *Ibid.*, n° 16.

⁶⁰⁴ P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », *Revue juridique Thémis*, 45-1, 5 mai 2011, p. 87, spéc., 106.

⁶⁰⁵ Sur cette limite du contrôle des clauses contractuelles, v. G. LOISEAU, « La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », *JCP S.* 13 janv. 2009, 1013.

⁶⁰⁶ Le licenciement sans cause réelle et sérieuse n'ouvre pas droit à réintégration, chacune des parties pouvant légitimement s'y opposer. Même en cas de licenciement nul, la réintégration n'est pas systématique ; il faut non seulement qu'elle soit voulue par le salarié, mais aussi possible ; cf. C. trav. art. L. 1235-3 et s.

⁶⁰⁷ Dans son sens le plus courant, la déchéance se définit, juridiquement, comme « *la perte d'un droit* » ; v. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Déchéance.

usage unique, le neutraliser, le paralyser, le « réputer non accompli » pour reprendre la belle formule de M. O. DESHAYES⁶⁰⁸, revient à le faire disparaître.

On songe, notamment, s'agissant du contrat de travail, au droit de mettre librement fin à l'essai, mais aussi au droit de ne pas procéder au renouvellement du contrat à durée déterminée, ainsi qu'au droit de renoncer au jeu de la clause de non-concurrence. Ces droits potestatifs sont à usage unique. On ne rompt pas plusieurs fois le contrat au cours de la période d'essai. L'employeur ne peut davantage renoncer plusieurs fois à la clause de non-concurrence, pas plus qu'il ne peut refuser, à différentes reprises, de renouveler le contrat de travail à durée déterminée du salarié...

221 – Il s'ensuit que, en trompant la confiance légitime de l'assujetti par l'exercice d'un droit potestatif à usage unique, le titulaire se déchoit lui-même de son droit. Ce qui n'est pas sans faire écho à la théorie belge de la *Rechtsverwerking*, avec quelques spécificités toutefois.

B. Une *Rechtsverwerking* « à la française »

222 - La *Rechtsverwerking* est une théorie développée par la doctrine belge dans les années 1980, qui n'a pas de réel équivalent en droit français ; d'où les difficultés pour traduire le terme⁶⁰⁹. Elle soutient l'idée qu'un droit peut s'éteindre, en dehors de toute manifestation de volonté, par la suite du comportement de son titulaire⁶¹⁰. En vertu de cette théorie, le titulaire d'un droit subjectif peut, plus précisément, se voir refuser, sur le fondement de la bonne foi et en dehors des règles de prescription extinctive, « l'exercice visé d'un droit parce qu'il a par son comportement passé, créé chez la partie adverse la confiance légitime que ce droit ne serait pas exercé de la manière visée actuellement par ce titulaire »⁶¹¹.

M. FONTAINE parle, fort justement, d'une sorte « (d'auto-) déchéance » du droit⁶¹².

223 - Même si la *Rechtsverwerking* n'a pas fait l'unanimité au moment de son introduction en Belgique, elle a connu un succès certain, tant en doctrine qu'en jurisprudence, où elle a été fortement sollicitée devant les juridictions du fond⁶¹³. Dans un important arrêt du 17 mai 1990, la Cour de cassation belge refusait de conférer à la *Rechtsverwerking* la valeur d'un principe général de droit autonome. Elle jugeait, dans une formule reprise depuis lors, qu'« il n'existe pas de principe général du droit selon lequel “un droit subjectif se trouve éteint ou en tout cas ne peut plus être invoqué lorsque son titulaire a adopté un comportement objectivement incompatible avec ce droit, trompant ainsi la confiance légitime du débiteur et des tiers” »⁶¹⁴.

⁶⁰⁸ O. DESHAYES, *op. cit.*, spéc., n° 7.

⁶⁰⁹ Terme présenté comme « intraduisible », en ce sens, v. J. HEENEN, note sous Cass. 1^{ère} ch., 17 mai 1990, *RCJB*, 1990, 595, n° 5 (cité par Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, th. préc., spéc., n° 99).

⁶¹⁰ Pour une présentation stimulante de cette théorie, v. P. BAZIER, « La renonciation à un droit et la *rechtsverwerking* en droit privé », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, P. Wéry (dir.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 135-198, spéc., nos 32 et s., pp. 167 et s.

⁶¹¹ S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », in *Les sources d'obligations extracontractuelles*, S. Stijns et P. Wéry (dir.), Bruges (éd.), la Chartre, 2007, p. 47, spéc., n° 15, p. 54.

⁶¹² M. FONTAINE, « Portée et limites du principe de la convention-loi », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd., Jeune barreau, 1984, (164), n° 43, spéc., note 88 (cité par S. STIJNS et I. SAMOY, *op. cit.*, loc. cit.

⁶¹³ Sur ce constat, v. L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », in *La bonne foi*, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 19, spéc., p. 97.

⁶¹⁴ Cass., 17 mai 1990, PAS., 1990, I, p. 1061.

La Cour suprême émettait cependant une importante réserve, en rappelant qu'en l'espèce « *il n'était pas soutenu que le défendeur avait abusé de son droit* »⁶¹⁵. La doctrine en déduisit logiquement que la *Rechtsverwerking* subsistait par le canal de l'abus de droit⁶¹⁶. Ce que cette même Cour confirmait, implicitement, dans un arrêt du 1er octobre 2010, duquel il ressort qu'un contractant qui n'a jamais formulé aucun reproche au débiteur ne peut subitement, plusieurs années après une inexécution mineure, réclamer le montant dû au titre d'une clause pénale⁶¹⁷.

223 – Ainsi, en droit belge, la *Rechtsverwerking* ne constitue certes pas un principe général de droit autonome, mais elle fonde désormais un critère spécifique de l'abus, la confiance légitime trompée, dont l'application peut aboutir à l'« auto-déchéance » du droit.

Selon la Cour de cassation belge, « *lorsque l'exercice abusif de droits concerne l'application d'une clause contractuelle, la réparation peut consister à priver le créancier du droit de se prévaloir de la clause* »⁶¹⁸.

Notre proposition se rapproche sensiblement de cette solution, à quelques nuances près.

224 - La *Rechtsverwerking* « à la française » cible, pour nous, un domaine très particulier : les droits potestatifs accordés par le contrat, plus particulièrement, par le contrat de travail. En cas d'abus, ce n'est pas le créancier qui est en faute, « *on n'est pas créancier de bonne ou de mauvaise foi : cela n'a aucun sens* »⁶¹⁹, mais le titulaire du droit potestatif, le *potentior*, qui n'a jamais l'assurance de pouvoir jouir de son droit avant de l'avoir exercé⁶²⁰.

225 – Si, par son comportement antérieur, le *potentior* - statistiquement l'employeur - a créé chez l'assujéti - généralement le salarié - la confiance légitime que le droit potestatif ne serait pas exercé, alors il y a abus à exercer ce droit.

Ainsi, en mettant brusquement fin à l'essai après avoir « *laissé espérer [au salarié] un emploi stable lors de l'embauche* »⁶²¹, en agissant « *de telle manière que le salarié avait cru à son engagement définitif* »⁶²², en mettant en œuvre la clause de mobilité, alors qu'« *il connaissait les difficultés matérielles du salarié et l'avait auparavant employé dans des lieux peu éloignés de son domicile* »⁶²³, ou encore, en faisant « *croire au salarié que son contrat serait renouvelé* »⁶²⁴, l'employeur commet un abus de droit potestatif accordé par le contrat de travail. Il trompe, par l'exercice de son droit, la confiance légitime du salarié, et se prive en conséquence lui-même de ce droit.

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ En ce sens, v. not. J. van ZUYLEN, « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », art. préc., spéc., n° 18, p. 296, spéc., note 144 : « *Chassée par la petite "porte" la théorie de la "rechtsverwerking" revient par la fenêtre de l'abus de droit* » ; P. WÉRY, « La *Rechtsverwerking* en tant qu'application particulière de l'abus de droit », *Rép.not.*, T. IV, *Les obligations*, Livre 1/2, *Les sources des obligations extracontractuelles et le régime général des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 845 ; S. STIJNS « La résilience de *Rechtsverwerking* », *J.T.*, 2018/26, n°6738, p. 582-587.

⁶¹⁷ Cass. 1^{er} oct. 2010, R.W., 2011-2012, p. 142.

⁶¹⁸ Cass., 8 fév. 2001, Pas., 2001, I, p. 244 (cité par J. van ZUYLEN, *op. cit.*, spéc., n° 46, note 338).

⁶¹⁹ L. AYNÈS, *RDC*. 2007, p. 1107, note préc.

⁶²⁰ À comp. B. FAGES, obs. sous Cass.com., 10 juill. 2007, *RTD Civ.* 2007, p. 773 : « *Jamais il n'avait été dit que, quelle que soit sa bonne ou mauvaise foi, sa loyauté ou sa déloyauté, un contractant bénéficiait toujours de l'assurance de pouvoir poursuivre l'exécution de sa créance* ».

⁶²¹ Cass.soc., 25 mars 1985, préc.

⁶²² Cass.soc., 20 janv. 1999, préc.

⁶²³ Cass.soc., 2 juill. 2003, préc.

⁶²⁴ Cass.soc., 13 avril 2005, préc.

226 – En définitive, on l’aura compris : *dans le contrat de travail, les droits potestatifs acquis sont toujours des confiances légitimes honorées.*

Conclusion du Chapitre II :

227 – Loin de disparaître à la conclusion du contrat, la confiance créée continue d’exercer son action tout au long de la relation de travail. Elle régule, d’une part, l’exercice des droits potestatifs, qui sont rendus inefficaces en cas de confiance légitime trompée ; une *Rechtsverwerking* « à la française », en somme. Elle fonde, d’autre part, la force obligatoire des déclarations patronales (engagements unilatéraux, en ce compris les usages d’entreprise, et les recommandations patronales) et pallie ainsi les insuffisances de l’explication volontariste classique.

Conclusion du Titre I :

228 - La confiance que l’on crée nous engage. Au cours de l’exécution du contrat de travail, comme avant la formation de celui-ci, cette confiance se trouve dotée d’une véritable force obligatoire.

229 – Après l’avant et le pendant où la confiance oblige, vient toutefois souvent le temps de la rupture, celui où la perte de confiance libère...

Ttitre 2 : La force libératoire de la confiance perdue

230 - La relation de travail doit-elle perdurer si l'employeur n'a plus confiance en son salarié ? « Oui et non » ; voilà la réponse ambiguë de la jurisprudence, qui a progressivement dissous le motif de perte de confiance (Chap. I).

Il nous semble pourtant que la perte de confiance de l'employeur, à condition d'être légitime, devrait, par-delà les trajectoires jurisprudentielles apparemment consolidées, pouvoir constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement (Chap. II).

Chapitre 1 : La désagrégation du motif de perte de confiance

231 - La perte de confiance a été ; elle n'est plus (Section 1). En pratique, c'est un peu plus complexe puisque ce motif de licenciement se dilue aujourd'hui dans d'autres motifs (Section 2). Tout se transforme mais il n'est pas certain que tout change...

Section 1 : La fin annoncée du motif de perte de confiance

232 - D'abord menacé par l'exigence de la « cause réelle et sérieuse » du licenciement (Sous-section 1), puis circonscrit par l'exigence d'imputabilité des faits (Sous-section 2), le motif de perte de confiance a finalement été abandonné par le juge judiciaire (Sous-section 3). Ce regard historique sur le motif fidéiste s'impose, ne serait-ce que pour comprendre les raisons de sa disparition.

Sous-section 1 : L'exigence de la « cause réelle et sérieuse » du licenciement

233 La loi du 13 juillet 1973, qui a posé l'exigence d'une cause réelle et sérieuse du licenciement, signait-elle la fin du licenciement pour perte de confiance ? Avant cette réforme d'ampleur⁶²⁵, le chef d'entreprise ne commettait pas de faute en se privant du concours d'un collaborateur qui n'avait plus sa confiance⁶²⁶. La rupture pour perte de confiance pouvait, par exemple, résulter de l'intention de la salariée de se marier avec un employé d'une maison concurrente⁶²⁷. Peu importe que le mariage de l'intéressée ne fût pas encore réalisé ! De fait, la salariée devenait suspecte, et l'employeur était en droit de lui retirer sa confiance.

Avec l'exigence d'une « cause réelle et sérieuse », une telle justification, teintée de subjectivité, semblait menacée.

234 - Faute pour le législateur d'avoir fait connaître ses intentions dans la loi du 13 juillet 1973⁶²⁸, la « cause réelle » pouvait tout autant s'entendre de la « cause objective » que de la « cause vraie ». Si la perte de confiance, sans autres explications, se conciliait mal avec la

⁶²⁵ Pour une présentation des différentes dispositions de la loi, v. *JCP*. 1973, III, 40717.

⁶²⁶ V. not. Cass.soc., 26 nov. 1964, *Bull.civ.* IV, n°784, p. 647 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'employeur, responsable de la marche de son entreprise, n'a pas commis de faute en se privant du concours d'une collaboratrice technique qui n'avait plus sa confiance, le tribunal d'instance n'a pas légalement justifié sa décision du chef de la rupture abusive ;* » ; v. égal. A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, t. 1., Sirey, 2^e éd., 1978, n° 674, p. 866 : « *L'employeur ne commet pas (...) de faute lorsqu'il congédie un salarié qui n'a plus sa confiance ou dont la présence dans l'entreprise lui paraît indésirable pour des raisons d'ordre psychologique.* »

⁶²⁷ Cass.soc., 9 janv. 1963, n° 61-40.454, *D.* 1963, somm. 36.

⁶²⁸ Sur cette lacune, v. G. COUTURIER, « Le nouveau droit des licenciements est-il efficace ? », *Dr.soc.* 1978, n° 4, sp. 74, spéc., n° 10.

première⁶²⁹, elle pouvait, en revanche, constituer une cause véritable, c'est-à-dire un motif exact et non fallacieux de licenciement. Certains commentateurs se rallièrent à la « cause vraie » en faisant valoir que l'esprit de la réforme ne commandait pas de poser l'objectivité « *en exigence absolue* »⁶³⁰. La jurisprudence leur donna, pour partie, raison puisqu'elle maintint, implicitement puis officiellement, pendant un temps, le licenciement pour perte de confiance.

235 - Dans un premier temps, la Cour de cassation jugea en 1976 qu'un licenciement pouvait être justifié en l'absence de faute du salarié dès lors qu'« *il n'existait plus entre les deux parties de confiance mutuelle réciproque, laquelle était nécessaire pour que des relations de travail puissent être utilement maintenues* »⁶³¹. Toutefois, la référence, dans le second attendu de la solution, à la « *discordance d'appréciation qui était apparue entre la société et son adjoint technique sur des points essentiels des fonctions de ce dernier* » empêchait, semble-t-il, d'acter le maintien du licenciement pour perte de confiance⁶³².

236 - L'arrêt *Dame Voisin* du 26 juin 1980 se prononçait, quant à lui, clairement sur le bien-fondé de ce motif. En l'espèce, une salariée occupant le poste de chef comptable fut congédiée à la suite du licenciement pour faute grave de son mari, précédemment employé au sein de la même entreprise. Dans son pourvoi, la salariée soutenait que les difficultés opposant son mari à l'employeur n'étaient pas incompatibles avec le maintien de son propre contrat de travail. Les hauts-magistrats jugèrent au contraire qu'« *en raison de l'importance de son poste de chef comptable et des rapports tendu entre la société (...) et son mari, [la salariée] ne pouvait plus accomplir son travail dans des conditions normales, ce dont il résultait une absence de confiance réciproque mettant obstacle, en l'espèce, au maintien des relations de travail* »⁶³³. La Cour de cassation adopta une solution identique en 1983 dans son arrêt *Dame Goupil*⁶³⁴. Dans les deux cas, le licenciement pour faute grave du mari justifia la rupture du contrat de travail de l'épouse en raison de la disparition de la « *confiance réciproque* », c'est-à-dire, concrètement, celle de l'employeur.

La « cause réelle » ne pouvait pas être, dans ces circonstances, une cause totalement objective. Certes, les fautes graves des conjoints, à les supposer établies, constituaient une amorce d'objectivation de la perte de confiance, mais une telle justification demeurait néanmoins incontrôlable.

⁶²⁹ En ce sens, v. les déclarations de Georges Gorse, alors ministre du Travail, de l'Emploi et de la Population, J.O., Débats, Ass. nat., séance du 22 mai 1973, p. 1445 « *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 réorganisation de l'entreprise* ».

⁶³⁰ J. AUDINET, « Une réforme imparfaite : la loi du 13 juillet 1973 sur le licenciement », *JCP* 1974, I, 2601, spéc., n° 29 ; v. égal. A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. préc., spéc., n° 332, p. 441 ; contra., v. G. LYON-CAEN et M.-C. BONNETETE, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr.soc.* 1973, p. 493, spéc., p. 504 ; M.-C. BONNETÊTE, « Les problèmes posés par l'application de la loi du 13 juillet 1973 sur la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée : bilan des premières décisions », *JCP*, 1974, éd. C.I., II, 11439, spéc., n° 22, p. 358.

⁶³¹ Cass.soc., 23 juin 1976, *Bull.civ.* V, n° 385, p. 317.

⁶³² En ce sens, v. J. PÉLISSIER, *Dr. soc.* 1977, p. 26 : « *L'attendu relatif à la confiance mutuelle doit être interprété à la lumière de l'attendu suivant (...). Ce n'est pas l'absence de confiance mutuelle mais le désaccord sur le contenu des fonctions du salarié qui constitue la cause réelle et sérieuse.* »

⁶³³ Cass.soc., 26 juin 1980, *Bull.civ.* V, n° 573, p. 431.

⁶³⁴ Cass.soc., 6 juill. 1983, *Bull.civ.* V, n° 395, p. 281 : « *Mais attendu que l'arrêt retient qu'en raison de l'importance du poste de collaboratrice directe du directeur administratif et financier et des rapports tenus existants entre la société et son mari, Mme x... ne pouvait plus accomplir son travail dans des conditions normales, ce dont il résultait une absence de confiance réciproque mettant obstacle, en l'espèce (nous soulignons), au maintien des relations de travail (...).* »

L'incise « *en l'espèce* » dans les motifs des arrêts *Dame Voisin* et *Dame Goupil* n'y changeait rien. Le contrôle de la Cour de cassation portait seulement sur l'intensité présupposée de la confiance dans l'exécution du contrat⁶³⁵, et non sur la réalité de la perte de confiance consécutive à la faute du mari.

La cause réelle se perdait ainsi en conjectures.

Sous-section 2 : L'exigence d'imputabilité des éléments objectifs

237 - Le licenciement pour perte de confiance de la salariée en raison de la faute du conjoint, comme dans l'arrêt *Dame Voisin*, intervenait à titre accessoire et préventif. Le mariage scellait, en quelque sorte, tacitement l'interdépendance des contrats des époux, et sous-tendait, en même temps, la survenance du risque de déloyauté par l'un d'eux. Cette jurisprudence, qui ne répondait nullement aux exigences de réalité et de sérieux, fut unanimement critiquée⁶³⁶.

Lorsque la perte de confiance résultait, en revanche, non plus de la faute du conjoint, mais de la menace d'une concurrence déloyale, le motif fidéiste soulevait nettement moins de critiques⁶³⁷. La salariée dont le mari venait de s'engager auprès d'une maison concurrente perdait naturellement la confiance de son employeur et, éventuellement, son emploi par la même occasion⁶³⁸. Il n'y avait d'ailleurs aucune raison de limiter cette perte de confiance « quasi-péremptoire » aux seuls liens matrimoniaux ; la fiancée⁶³⁹ et la concubine⁶⁴⁰ connaissaient donc un sort analogue. La Cour de cassation refusait seulement de justifier, en soi, la perte de confiance en présence d'une simple relation amicale⁶⁴¹. Pour congédier l'ami, l'employeur était en effet contraint d'alléguer un fait précis, distinct de la simple camaraderie⁶⁴².

La jurisprudence établissait ainsi, sans le dire, une échelle des relations susceptibles de nuire, en soi, à l'intérêt de l'entreprise. Les relations intimes du couple occupaient le sommet de la hiérarchie des relations dangereuses. La cause réelle se réduisait, de la sorte, à l'éventualité d'une trahison, au poids du soupçon, que la communauté de vie rendait vraisemblable. Cela paraissait assez fantaisiste.

⁶³⁵ cf. les formules utilisées par la Cour de cassation : « *En raison de l'importance de son poste de chef comptable...* » ; « *En raison de l'importance du poste de collaboratrice...* »

⁶³⁶ V. not. A. CHIREZ, « La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », *D.* 1981, Chron., p. 193, spéc., p. 196 ; J.-F. MONTREDON, obs. sous Cass. soc., 30 mars 1982, *JCP.*, 1983, éd., C.I., II, 14029, spéc., n° 19, p. 413 ; J. PÉLISSIER, obs. sous Cass. soc., 29 nov. 1990, *D.* 1990, Juris. P. 190, spéc., p. 191, l'auteur parle d'une « *curiosité jurisprudentielle* ».

⁶³⁷ En ce sens, v. J. MOULY, obs. sous CA Paris, 4 juin 1987, *D.* 1987, p. 610, spéc., p. 611 : « *Les auteurs ont généralement mieux accueilli les décisions qui justifient le licenciement par le fait que le conjoint est salarié d'une entreprise concurrente* ».

⁶³⁸ Cass. soc., 4 avril 1979, n° 78-40.554, *D.* 1980, I. R., p. 25, obs. Ph. LANGLOIS : le risque de communication de renseignements résultant de la situation du mari de la salariée, passé au service d'une société concurrente, « *pouvait à l'évidence constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement* ».

⁶³⁹ Cass. soc., 26 nov. 1964, préc. : l'employeur ne commet pas de faute en se privant du concours d'une salariée fiancée à un employé de la même entreprise qui venait de démissionner pour passer au service technique d'une société concurrente. La réforme de 1973 ne remettait pas en cause cette solution.

⁶⁴⁰ CA Paris, 4 juin 1987, *D.* 1987, Juris., p. 610, note J. MOULY : repose sur une cause réelle et sérieuse, le licenciement d'une secrétaire commerciale qui vit en concubinage avec un ancien salarié qui s'est mis au service d'une entreprise concurrente. La solution se justifiait également à l'aune de « *la petite taille de l'entreprise* ».

⁶⁴¹ Cass. soc., 30 mars 1982, *S.A. Sérinox c. Dame Hervé*, *D.* 1983, I. R., p. 197, obs. J. PÉLISSIER :

⁶⁴² *Ibid.* : « *Mais attendu que (...) l'existence de relations de nature affective entre Laboriaux et dame Hervé ne saurait constituer un motif suffisant de la réalité de la connivence entre eux pour nuire aux intérêts de la société (...); qu'il s'ensuit que faute pour la société d'alléguer un fait précis justifiant la perte de confiance la Cour d'appel a pu exactement décider que le licenciement de dame Hervé n'avait pas une cause réelle et sérieuse et a ainsi légalement justifié sa décision* ».

238 - L'arrêt *Dame Fertray* du 29 novembre 1990 confirma, cependant, une tendance au resserrement du motif de perte de confiance⁶⁴³. Les faits étaient les suivants. Un employeur licencia pour motif économique un salarié, dont la femme avait été engagée au poste de secrétaire comptable. Le mari assigna la société pour obtenir le paiement d'indemnités qui lui étaient dues ; concomitamment à cette action en justice, l'employeur mit fin au contrat de M^{me} Fertray pour perte de confiance. Le litige fut porté devant la Cour de cassation, qui posa en règle qu' « un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs ; que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement »⁶⁴⁴.

« Au bonheur des dames » (*Dame Fertray*, *Dame Voisin* et *Dame Goupil*, etc.), la situation conflictuelle du conjoint et les liens matrimoniaux ne pouvaient, désormais, suffire à justifier la perte de confiance de l'employeur. De tels éléments étaient certes « objectifs », c'est-à-dire extérieurs à la psychologie de l'employeur et matériellement vérifiables, mais ils n'étaient pas « imputables » à la salariée.

238 bis - M. GAUDU le présentait : l'arrêt *Dame Fertray* contenait, en germes, l'exigence d'imputabilité des éléments objectifs à l'origine de la perte de confiance⁶⁴⁵. Dans un arrêt ultérieur, du 10 décembre 1991, la Cour de cassation posa, explicitement, cette exigence d'imputabilité⁶⁴⁶. L'affaire relatait le cas de M^{me} Deram, une standardiste licenciée pour perte de confiance en raison de son lien familial avec le chef d'atelier passé au service d'une société concurrente. La cour d'appel débouta la salariée de ses demandes de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse aux motifs qu'il « existait un risque de communication de renseignements confidentiels que l'entreprise ne pouvait supporter et qui justifiait la décision de licenciement prise par l'employeur ». La haute juridiction censura, néanmoins, le raisonnement des juges du fond en leur reprochant d'avoir statué ainsi « sans relever l'existence d'éléments objectifs imputables à la salariée ».

Il en ressortait que pour constituer un motif valable de licenciement, la perte de confiance de l'employeur devait reposer sur des éléments objectifs « imputables au salarié lui-même et de nature à rendre impossible le maintien des relations de travail »⁶⁴⁷. En pratique, cela ressemblait dangereusement à la faute, voire la faute grave.

239 - Après 1991, seules quelques décisions inédites retenaient l'existence d'éléments objectifs à même de « causer » la perte de confiance. La Cour de cassation considéra, pour illustration, que l'absentéisme d'une salariée et le dépassement de ses frais professionnels conféraient un fondement objectif à la perte de confiance de l'employeur⁶⁴⁸. Dans une autre

⁶⁴³ Cass.soc., 29 nov. 1990, n° 87-40.184, *Bull.civ.* V, n° 597, *D.* 1991. 190, note J. PÉLISSIER ; M. HAUTEFORT, *SSL*. 1990, n° 532 ; Cl. SAINT-DIDIER, *RRJ*. 1991-3, p. 867 ; v. égal. F. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », *Dr. soc.* 1992, p. 32.

⁶⁴⁴ Cette solution ne constitue pas, quoi qu'on en dise, un revirement de jurisprudence. Elle confirme simplement une tendance jurisprudentielle ; en faveur du revirement, v. not. J. PÉLISSIER, note préc. : « L'arrêt M^{me} Fertray (...) prend enfin le contre-pied de l'arrêt Voisin » ; G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 34^e éd., 2021, spéc., n° 456, p. 578 : « En 1990, dans un arrêt M^{me} Fertray, la Cour de cassation opère enfin un revirement de jurisprudence. » ; contra., v. Cl. SAINT-DIDIER, note préc., spéc., pp. 869 et 873 : « En aucun cas, il n'est possible de considérer l'arrêt du 29 novembre 1990 comme un coup de tonnerre dans un ciel serein », « L'enthousiasme sans suite de certains à y voir un revirement de jurisprudence, nous incite à prendre une position de réserve. » ; v. égal. M. HAUTEFORT, note préc. : pour l'auteur, l'arrêt *Fertray* ne revient pas sur la jurisprudence antérieure, mais n'est « que la confirmation d'une tendance constatée depuis quelques années ».

⁶⁴⁵ F. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », *Dr.soc.* 1992, p. 32, spéc., n° 8.

⁶⁴⁶ Cass.soc., 10 déc. 1991, n° 90-44.524, *Bull.civ.* V, n° 561 ; v. déjà, en ce sens, mais d'une portée très réduite, Cass.soc., 3 juill. 1986, n° 85-41.551, *Bull.civ.* V, n° 348.

⁶⁴⁷ J. PÉLISSIER, note préc.

⁶⁴⁸ Cass.soc., 1^{er} avril 1992, n° 88-44.281, *inédit*.

affaire, elle jugea, à propos d'un caissier qui avait oublié un sac de pièces de monnaie sur un charriot, que « *la perte de confiance invoquée se fondait sur la méconnaissance par le salarié de ses obligations de caissier pour n'avoir pas pu représenter les sommes qu'il avait encaissées* »⁶⁴⁹.

Où l'on perçoit bien que les éléments objectifs imputables au salarié permettant d'étayer la perte de confiance ne constituaient rien d'autre, en vérité, que des manquements contractuels. Ce qui pouvait être l'occasion d'une fraude.

Sans tomber dans le procès d'intention, l'employeur pouvait, en effet, être tenté de couvrir les faits fautifs par la perte de confiance, et donc de contourner la procédure disciplinaire instituée par la loi et les conventions collectives⁶⁵⁰. Plus inquiétant encore, le motif de perte de confiance pouvait également être un moyen de licencier un salarié pour faute légère⁶⁵¹. Dans les arrêts évoqués, rien ne permet de savoir si l'employeur s'était situé sur le terrain disciplinaire⁶⁵². De toute évidence, ce dernier avait plutôt intérêt à invoquer le motif de perte de confiance afin de rompre immédiatement le contrat ; rupture, le plus souvent, sans préavis, ni indemnité compensatrice. Qu'importe la gravité du manquement, le licenciement pour perte de confiance produisait *in fine* les effets de la faute grave, exception faite de l'indemnité de licenciement, et encore...⁶⁵³.

239 bis - Dans son dernier état, le motif de perte de confiance avait ainsi une nature duale et la jurisprudence pratiquait le mélange des genres. Relevant tantôt du motif disciplinaire, tantôt du licenciement non-fautif, la perte de confiance, à force d'être partout, finissait par n'être nulle part. On s'y perdait quelque peu.

Sous-section 3 : L'abandon partiel du motif de perte de confiance

240 - Pour la Cour de cassation, la perte de confiance de l'employeur ne constitue plus, jamais, une cause de licenciement, même lorsqu'elle repose sur des éléments objectifs (§1). Le Conseil d'État, compétent pour apprécier la légalité de la décision de l'inspecteur du travail autorisant le licenciement d'un salarié protégé, opte plutôt pour la fin du motif « en soi » (§2).

§ 1 - La fin du motif « tout court » pour la Cour de cassation

241 - Le motif de perte de confiance, un temps perçu comme une clause de style dans les lettres de licenciement⁶⁵⁴, n'y a désormais plus sa place. Tel est l'enseignement de l'arrêt *SA Dubois* du 29 mai 2001. Les faits sont assez complexes. Retenons simplement que dans son

⁶⁴⁹ Cass.soc., 15 avril 1996, n° 94-44.110, *inédit*.

⁶⁵⁰ En ce sens, J. PÉLISSIER, note préc. : « *On ne saurait admettre que l'employeur couvre par la perte de confiance des faits fautifs à l'origine du licenciement. En effet, à partir du moment où ce sont des fautes du salarié qui justifient le licenciement, celui-ci est un licenciement disciplinaire.* »

⁶⁵¹ En ce sens, v. A. CHIREZ, « La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », art. préc., p. 194 : qui regrette que « *Si la faute légère n'est pas une cause sérieuse de licenciement, la disparition de la confiance, quant à elle, permet[te] la rupture !* ».

⁶⁵² Au début des années 1990, la Cour de cassation, elle-même, n'opérait pas clairement la distinction entre le licenciement disciplinaire et licenciement non fautif, en ce sens, v. Ph. WAQUET, « Le "trouble objectif dans l'entreprise" : une notion à redéfinir », *RDT*. 2006, p.304.

⁶⁵³ Le licenciement pour perte de confiance pouvait également priver le salarié de son indemnité de licenciement, en ce sens, v. Cass.soc., 17 oct. 1979, n° 78-41.327, *Bull.soc.*, n° 738 : « Attendu cependant que, peu important que le manquant résultat ou non d'une négligence de Gabet, ce dernier n'avait pu en fournir aucune explication et était d'un montant tel qu'il empêchait toute continuation de l'exécution du contrat en provoquant une perte de confiance de son employeur justifiant son licenciement immédiat et *sans indemnité* » (nous soulignons).

⁶⁵⁴ F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail. Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001, n° 449, p. 398.

pourvoi, l'employeur faisait grief aux juges du fond d'avoir retenu que les anomalies de gestion reprochées au salarié n'avaient pas un caractère suffisamment sérieux pour constituer une cause de licenciement, alors qu'elles entraînaient nécessairement une perte de confiance du dirigeant envers le responsable des services chargés de cette gestion. Selon l'employeur, et conformément à la jurisprudence alors en vigueur, la gravité de la faute importait peu dès lors qu'était caractérisée une perte de confiance. Par le passé, le Cour de cassation jugeait, en effet, qu'« une incontestable légèreté » était « de nature à faire disparaître la confiance nécessaire pour que les relations de travail puissent être utilement maintenues »⁶⁵⁵. Ce que la jurisprudence interdisait, au regard de l'impératif de sérieux de la cause, c'était le licenciement disciplinaire motivé par une faute légère⁶⁵⁶, non le licenciement pour perte de confiance des suites de cette faute. Autrement dit, pour l'auteur du pourvoi, une faute, même vénielle, commise par un responsable financier constituait un élément objectif, imputable au salarié, à même de pouvoir étayer la perte de confiance. À nouveau, on le voit, il était question de contournement. Le détour par la perte de confiance faisait de la faute légère une cause de licenciement non disciplinaire.

L'arrêt du 29 mai 2001 met fin à cette dérive. Il entérine l'abandon du motif fidéiste : « Mais attendu que la perte de confiance ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs ; que 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 (...) »⁶⁵⁷.

Ainsi, la perte de confiance ne constitue plus une cause de licenciement, même lorsqu'elle repose sur des éléments objectifs. « Seuls ces éléments peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement ». S'il doit y avoir un revirement, il est là⁶⁵⁸ !

242 – Le motif de perte de confiance, longtemps perçu comme une entorse aux exigences de réalité et de sérieux du motif⁶⁵⁹, a finalement été abandonné par le juge judiciaire. Après avoir prôné la fin du motif « en soi » dans les années 1990, la Cour de cassation acte, par l'arrêt SA Dubois, la disparition du motif « tout court » !

Le Conseil d'État ne dit pas exactement la même chose.

§ 2 - La fin du motif « en soi » pour le Conseil d'État

243 - Dans le cadre du contentieux de la légalité de l'autorisation de licenciement des salariés protégés⁶⁶⁰, le Conseil d'État a été amené à fixer sa jurisprudence sur le motif de perte de confiance, qu'il a d'abord consacré (A), puis précisé (B). Le tout, dans une relative indépendance...

A. Le temps de la consécration

244 – Dans l'arrêt *Dame Fertray* de 1990, la Cour de cassation avait estimé que la perte de confiance de l'employeur ne constituait plus, en soi, une cause de licenciement. Quelques mois plus tard, dans son arrêt *Ladbroke*, le Conseil d'État jugeait que la perte de confiance

⁶⁵⁵ Cass.soc., 28 mars 1979, *Bull.civ.* V, n° 282.

⁶⁵⁶ V. par. ex. Cass.soc., 5 janv. 1978, *Dr.ouv.* 1978, p. 389 : le fait pour un salarié de boire le restant d'un quart de vin dans son atelier au second sous-sol, hors la présence de la clientèle, alors que la consommation d'alcool est interdite constitue une faute, mais celle-ci n'est pas suffisamment sérieuse pour justifier un licenciement.

⁶⁵⁷ Cass.soc., 29 mai 2001, n° 98-46.341, *Bull.civ.* V, n° 183, *D.* 2002, p. 921, note A. GARDIN.

⁶⁵⁸ L'arrêt *Dame Fertray*, en revanche, n'en était pas un ; cf. sur ce point, note n° ???

⁶⁵⁹ F. GAUDU, art. préc., spéc., n° 3 : « L'admission de la seule perte de confiance de l'employeur envers le salarié comme motif réel et sérieux de licenciement constituait "ab initio" une entorse à la loi de 1973. »

⁶⁶⁰ Sur les salariés bénéficiant d'une protection, v. C. trav. art. L. 2411-1 et 2.

était un motif qui pouvait fonder, en tant que tel, une autorisation de licenciement d'un salarié protégé⁶⁶¹.

Chaque ordre avait sa jurisprudence⁶⁶².

245 - En élevant pour la première fois la perte de confiance de l'employeur au rang des motifs pouvant justifier la rupture du contrat de travail des salariés protégés⁶⁶³, le Conseil d'État n'entendait, cependant, pas faire la part belle au subjectivisme. Préalablement à l'autorisation de licenciement pour perte de confiance, l'autorité administrative était chargée de contrôler que « *les éléments à l'appui de la demande justifi[aient] une telle allégation compte tenu des fonctions exercées par le salarié, de l'ensemble des règles applicables à son contrat de travail et des exigences propres à l'exécution de son mandat dont il [était] investi* »⁶⁶⁴.

Contrairement à la Cour de cassation, la jurisprudence administrative restreignait ainsi le domaine de la perte de confiance aux seuls « *emplois de collaboration directe du chef d'entreprise* »⁶⁶⁵. L'employeur n'était dès lors pas fondé à invoquer une perte de confiance au soutien d'une demande d'autorisation de licenciement d'une salariée, membre du CHSCT, dont le poste de travail ne comportait que des tâches d'exécution⁶⁶⁶. Si bien que la « *brèche ouverte* »⁶⁶⁷ se trouvait strictement délimitée.

Il reste que la condition tenant à la nature des fonctions n'empêchait pas l'employeur d'invoquer, ici aussi, une perte de confiance en présence d'une faute du salarié qui, en tant que telle, ne justifiait pas son licenciement disciplinaire. Le Conseil d'État jugeait d'ailleurs que si l'inspection du travail était saisie d'une demande d'autorisation de licenciement fondée sur la perte de confiance, elle ne pouvait pas la rejeter au motif que la faute du salarié n'était pas suffisamment grave⁶⁶⁸. L'employeur gagnait donc à invoquer simultanément le motif disciplinaire et la perte de confiance auprès de l'autorité administrative⁶⁶⁹.

246 - Même protégés, les salariés restaient donc exposés au risque de « *détournement du motif* »⁶⁷⁰. Comme pour les salariés ordinaires, l'employeur « *pouvait être tenté, en alléguant*

⁶⁶¹ CE, 1er avril 1992, *Sté Ladbroke Hôtels France*, n° 118.580, *Rec. Lebon*, 2001, p. 149 ; *D.* 1994, *Somm.* p.242, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT ; *JCP E.*, 1993, I. 262, obs. O. DUGRIP.

⁶⁶² La même année que l'arrêt *Dame Fertray*, le Commissaire du Gouvernement Patrick Hubert, dans ses conclusions sur l'affaire de Section Edi 7 c/ Mattei 6 juillet 1990, invitait déjà le Conseil d'État à « *reconnaître ce motif qui correspond à une nécessité évidente de la vie des entreprises.* », V. concl. du Commissaire du Gouvernement Patrick Hubert sous CE Sect. 6 juillet 1990, *Ministre du Travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Mattéi et Sté Edi 7*, *Rec. Lebon*, 1990, p. 205.

⁶⁶³ Par le passé, le Conseil d'État refusait de voir dans la perte de confiance une cause autonome de licenciement, v. not. CE, 22 mars 1985, *SA Heulin c/ Lesprit*, n° 46.524, *inédit*.

⁶⁶⁴ CE, 1^{er} avril 1992, *préc.*

⁶⁶⁵ Ch. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ, « Conditions du licenciement d'un salarié protégé », *AJDA*, 1992, p. 339 ;

⁶⁶⁶ CE, 19 oct. 1988, n° 81.812, *Ministre du Travail c/ Coopérative d'exploitation et de répartition pharmaceutique*, *Rec. Lebon*, 1988, p. 346.

⁶⁶⁷ Pour reprendre les termes du Commissaire du Gouvernement David Kessler dans ses conclusions sur l'affaire *Ladbroke*, v. D. KESSLER, concl. CE, 1er avril 1992, *Dr.soc.* 1992, p. 833 : « *Nous sommes conscients de la brèche que représente dans votre jurisprudence la reconnaissance de la perte de confiance comme un motif pouvant fonder une demande d'autorisation de licenciement. Nous croyons cependant que le réalisme impose d'ouvrir au moins partiellement la porte sur ce point.* »

⁶⁶⁸ CE 10 juin 1994, n° 105765, *SA Compagnie française du thermalisme*, *Rec. Lebon*, 1994, p. 314, *RJS*, 1994, n° 1012.

⁶⁶⁹ En revanche, si la demande de l'employeur se fondait exclusivement sur la faute commise par le salarié protégé, le moyen tiré de la perte de confiance était inopérant à l'appui du recours contentieux, en ce sens, v. CE 4 novembre 1992, *Sté Set-Oi*, n° 82749, *inédit*, *RJS* 1/93, n° 55.

⁶⁷⁰ H. ROSE et Y. STRILLOU, *Droit du licenciement des salariés protégés*, *Economica*, 5^{ème} éd., 2016, p. 228.

la perte de confiance, de contourner les règles jurisprudentielles définies par le juge pour contrôler le licenciement pour faute »⁶⁷¹.

La jurisprudence du Conseil d'État devait évoluer.

B. Le temps des précisions

247 – Pour rappel, dans l'arrêt SA Dubois du 29 mai 2001, la Cour de cassation abandonnait, sans réserve, le motif la perte de confiance. La même année, le Conseil d'État fut saisi par un médecin du travail, M. Baumgarth, qui contestait la décision de la Cour administrative d'appel de Nantes confirmant l'autorisation de licenciement prise par l'inspecteur du travail⁶⁷² sur le fondement de la « *perte de confiance de la part de l'employeur* ». Dans ses conclusions sur cette affaire, la Commissaire du Gouvernement, M^{me} Prada-Bordenave, mit en avant la nouvelle position de la Cour de cassation pour inviter le Conseil d'État à modifier sa jurisprudence sur la perte de confiance : « *Si vous conservez votre jurisprudence sans tenir compte de l'évolution de celle qui concerne le licenciement des salariés de droit commun, la doctrine (...), les praticiens et les salariés protégés eux-mêmes risquent de considérer que le Conseil d'État chargé de veiller à la mise en œuvre de la protection exceptionnelle des représentants du personnel, fait pourtant application aux salariés protégés d'un régime juridique moins favorable que celui qui est désormais appliqués aux salariés ordinaires (...). Ses conséquences nous paraissent suffisamment fâcheuses pour que vous envisagiez d'apporter à votre jurisprudence des modifications permettant de vous en prémunir* »⁶⁷³. En conséquence, Madame le Commissaire du Gouvernement préconisa de faire « *disparaître les mots "perte de confiance"* »⁶⁷⁴, et de se focaliser uniquement sur les éléments présentant un caractère objectif. Ceux-ci pouvant seuls, compte du niveau élevé de responsabilité de l'intéressé et des atteintes susceptibles d'être portées au fonctionnement de l'entreprise, justifier légalement l'octroi d'une autorisation de licenciement.

L'idée était, à peu de choses près, de calquer l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État sur celle de la Cour de cassation⁶⁷⁵, et donc, d'abandonner le motif de perte de confiance. Ce n'est toutefois pas la solution qu'a, nous semble-t-il, retenue la Haute juridiction administrative.

248 - Le 21 décembre 2001, la section du contentieux dans l'affaire *M. Baumgarth* a considéré que « *lorsqu'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié bénéficiant d'une protection particulière est fondée sur des éléments qui se rattachent au comportement de l'intéressé et qui, sans caractériser l'existence d'une faute, rendraient impossible, selon l'employeur, la poursuite du contrat de travail, il appartient à l'inspecteur du travail et, éventuellement, au ministre compétent de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si ces éléments présentent un caractère objectif et si, en raison du niveau élevé des responsabilités exercées par le salarié, ils peuvent, eu égard à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail, et compte tenu des atteintes susceptibles d'être portées au fonctionnement de l'organisme en cause, justifier légalement l'octroi d'une autorisation de licenciement ; qu'en revanche, la perte de confiance de l'employeur envers le salarié ne peut jamais constituer par*

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² Il s'agissait d'un médecin du travail de la caisse de mutualité sociale agricole du Loiret. D'après le Code rural, en cas de désaccord entre le conseil d'administration et le comité de protection sociale des salariés agricoles sur son licenciement, l'inspecteur du travail est amené à prendre une décision, v. C. rural, art. 1012.

⁶⁷³ E. PRADA-BORDENAVE, concl. sous CE, 1er avril 1992, CJEG, 2002, p. 370, spéc., p. 374.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ À ces exceptions près que la jurisprudence judiciaire ne prête pas attention à la nature du poste occupé par le salarié et qu'elle se réfère aux « *éléments objectifs* » et non aux « *éléments présentant un caractère objectif* ».

elle-même un motif pouvant servir de base à une autorisation de licenciement »⁶⁷⁶. La même solution sera reprise en 2002 dans une affaire portant sur la légalité d'une décision d'autorisation de licenciement d'un délégué syndical⁶⁷⁷.

Quatre enseignements ressortent, pour nous, de ce considérant de principe : la rémanence de la perte de confiance, la circonspection du motif, sa nature non disciplinaire et la nécessité de s'interroger sur les atteintes susceptibles d'être portées au fonctionnement de l'entreprise.

249 - La rémanence du motif - En affirmant que « *la perte de confiance envers le salarié ne peut jamais constituer par elle-même un motif pouvant servir de base à une autorisation de licenciement* », le Conseil d'État ne dit pas, comme la Cour de cassation dans son arrêt *SA Dubois*, que « *la perte de confiance ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs* »⁶⁷⁸, il précise seulement que la perte de confiance ne peut pas, « *par elle-même* », fonder une demande d'autorisation de licenciement. Les formules utilisées n'ont absolument pas le même sens, sauf à soutenir que la disparition du motif « en soi » équivaut à la disparition du motif « tout court » ...

Il n'existe, au demeurant, aucun motif « en soi », à l'exception peut-être de la cessation d'activité⁶⁷⁹. L'employeur est, en effet, toujours tenu d'étayer sa demande d'autorisation de licenciement par des éléments objectifs⁶⁸⁰. Depuis 1992, le motif de perte de confiance se conforme à cette exigence⁶⁸¹. Sur ce point, l'arrêt *M. Baumgarth* n'a rien d'innovant. Il ne fait qu'officialiser la chose, en privant la perte de confiance de l'employeur d'une autonomie qu'elle n'a jamais eue⁶⁸².

La jurisprudence administrative ne s'aligne donc pas sur celle, contemporaine, de la Cour de cassation, mais sur l'arrêt *Dame Fertray* de 1990, qui scellait la fin du motif « en soi » pour les salariés ordinaires⁶⁸³. L'affirmation d'une convergence des jurisprudences des deux ordres, nous paraît, à ce titre, et quoiqu'en dise Mme. A. MORIN-GALVIN, assez discutable⁶⁸⁴.

Si la Cour de cassation a bien abandonné la perte de confiance, le Conseil d'État, pour sa part, ne ferme pas définitivement la porte à ce motif⁶⁸⁵. La jurisprudence administrative, plutôt que renoncer à la perte de confiance, préfère en fixer les contours.

250 - La circonspection du motif - Dans son arrêt du 21 décembre 2001, le Conseil d'État maintient la condition posée en 1992 portant sur le niveau de responsabilité des salariés protégés. Certains auteurs s'étaient pourtant montrés critique à l'égard de cette restriction

⁶⁷⁶ CE, 21 déc. 2001, *M. Baumgarth*, n°224605, *Rec. Lebon*, 2001, p. 669

⁶⁷⁷ CE, 22 mai 2002, *Zaugg*, n°214637, *Rec. Lebon T.*, 2002, p. 952.

⁶⁷⁸ Cass.soc., 29 mai 2001, préc.

⁶⁷⁹ Et encore, l'autorité administrative continue d'exercer un contrôle même lorsque l'employeur invoque une cessation d'activité, v. H. ROSE et Y. STRILLOU, *ouv. préc.*, n° 48.7.5, pp. 906 et s.

⁶⁸⁰ En ce sens, v. H. ROSE et Y. STRILLOU, *ouvr. préc.*, n° ????

⁶⁸¹ V. déjà, CE, 1^{er} avril 1992, préc. : « (...) *Dans le cas où à l'appui de sa demande, l'employeur allègue la perte de confiance vis à vis du salarié protégé, 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, de vérifier si les éléments à l'appui de la demande justifient une telle allégation (...)* ».

⁶⁸² À rapp. E. PRADA-BORDENAVE, *concl. préc.*, p. 375 : le Conseil d'État « *n'a jamais songé à permettre le licenciement de représentants du personnel pour de simples motifs psychologiques se rattachant à l'intime conviction de l'employeur.* »

⁶⁸³ F. RENEAUD, *loc. cit.*

⁶⁸⁴ A. MORIN-GALVIN, *La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Contribution au dialogue des juges en droit du travail*, préf. A. Mazeaud, LGDJ, 2013, spéc., n° 113, p. 67 : qui évoque une « *convergence qui ne souffre plus d'aucune ambiguïté* ».

⁶⁸⁵ En ce sens, v. J-Y. FROUIN, « *Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail* », *JCP S*, 2010, 1087, spéc., n°18 : « (...) *Le Conseil d'État (...) ne s'est pas tout à fait aligné sur la Cour de cassation à propos du licenciement pour perte de confiance des salariés protégés.* »

instituée par la jurisprudence administrative au motif que le caractère exceptionnel de la protection dont bénéficient les représentants du personnel et les délégués syndicaux ne pouvait avoir pour effet de soustraire le contrat de travail du salarié protégé à l'application du droit du travail⁶⁸⁶. À l'heure où la jurisprudence judiciaire a préféré supprimer le motif de perte de confiance⁶⁸⁷, l'arrêt *M. Baumgarth* confirme, quant à lui, la compression du motif : les éléments présentant un caractère objectif à même de justifier la perte de confiance se mesurent encore à l'aune « *du niveau élevé de responsabilité exercées par le salarié* ». Concrètement, le salarié investi d'un mandat qui est affecté au poste de portier de l'entreprise reste, très certainement, immunisé contre la perte de confiance de l'employeur⁶⁸⁸.

Pour le Conseil d'État, la banalisation du motif n'est pas à l'ordre du jour.

251 - La nature du licenciement pour perte de confiance – Nous avons précédemment évoqué les risques de contournement du motif disciplinaire lorsque l'employeur alléguait une perte de confiance au soutien de sa demande d'autorisation de licenciement⁶⁸⁹. En présence d'une faute dont la gravité était sujette à interprétation, l'employeur pouvait être tenté, afin de provoquer l'autorisation de licenciement, d'invoquer simultanément une faute et une perte de confiance. Si le premier motif n'était pas fondé, restait toujours le second⁶⁹⁰. Avec l'arrêt *M. Baumgarth*, la pratique du double motif en présence d'une faute est désormais neutralisée. C'est, du moins, ce que nous comprenons à la lecture du considérant de principe : « *lorsqu'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié bénéficiant d'une protection particulière est fondée sur des éléments qui se rattachent au comportement de l'intéressé et qui, sans caractériser l'existence d'une faute, rendraient impossible, selon l'employeur, la poursuite du contrat de travail (...)* ».

En présence d'une faute du salarié protégé, l'employeur n'a désormais d'autre choix que de fonder sa demande d'autorisation sur un motif disciplinaire, l'inspecteur du travail devant alors s'assurer que la faute imputée au salarié est d'une « *gravité suffisante* »⁶⁹¹. Si l'employeur invoque une faute, « *seuls les éléments fautifs sont la cause du licenciement, et non la perte de confiance qui en est résultée* »⁶⁹². Il n'y a plus d'échappatoire possible : soit la faute suffit à fonder le licenciement, soit l'autorisation sera refusée et ce, nonobstant la référence à la perte de confiance⁶⁹³.

En revanche, si aucun comportement fautif n'est mis à la charge du salarié protégé, la perte de confiance continue de pouvoir être invoquée. Elle devra être étayée par des éléments objectifs non fautifs, susceptibles de porter atteinte au fonctionnement de l'entreprise.

⁶⁸⁶ X. PRÉTOT, obs. sous CE, 16 juin 1995, *AJDA*, 1995, p. 854 et s. : « *On ne saurait, en revanche, admettre que le salarié protégé ne puisse, par principe, faire l'objet d'un licenciement pour un motif retenu par le droit commun, a fortiori qu'une telle exclusive ne s'applique qu'à certains d'entre eux* » ; v. déjà, D. CHELLE et X. PRÉTOT, « *Licenciement du salarié protégé : nouveaux développements de la jurisprudence administrative* », *RJS.*, 7/92, p. 457 : « *Cette conception (...) ne correspond pas pour autant aux conceptions propres au droit du travail (...)*. »

⁶⁸⁷ Du moins, dans le discours officiel ...

⁶⁸⁸ À rapp. CE, 11 juin 1999, n° 189.219, *S^é Les grands moulins de Strasbourg*, *RJS* 1999, p. 638.

⁶⁸⁹ V. *supra*, n° 246.

⁶⁹⁰ À rapp. CE 27 juin 2001, *Sté des Câbleries Lapp c/ Kozole*, req. n° 202701, *Rec. Lebon T.*, p. 1215 : « *Considérant que, dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un comportement fautif, il appartient à l'inspecteur du travail saisi et, le cas échéant, au ministre compétent, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution du mandat dont il est investi ; que lorsque le licenciement est demandé en raison de la perte de confiance alléguée par l'employeur à l'égard du salarié, il incombe à ces mêmes autorités de vérifier si les éléments à l'appui de la demande justifient une telle allégation compte tenu de l'importance des responsabilités exercées par le salarié.* ».

⁶⁹¹ Comme l'exige depuis longtemps la jurisprudence administrative, v. ??

⁶⁹² J.-F. MILLET, obs. sous CAA, Nantes, 12 nov. 2004, *AJDA*, 2005, p. 893.

⁶⁹³ A comp. CE, 27 juin 2001, préc.

252 – Enfin, conformément à l’arrêt M. Baumgarth, l’inspecteur doit, pour autoriser le licenciement, apprécier le comportement du salarié en tenant compte des « atteintes susceptibles d’être portées au fonctionnement de l’organisme ». Le terme « susceptible » laisse clairement entendre que l’atteinte n’a pas besoin d’être consommée ; elle doit être seulement possible. Il a, par exemple, été jugé que le fait pour un salarié, responsable du secteur agricole d’un centre d’aide par le travail de Seine-et-Marne, de cacher à son employeur sa qualité de gérant de magasins de fleurs à Paris, justifiait la demande d’autorisation de licenciement en raison du « *risque de conflit d’intérêts* »⁶⁹⁴. Ce qu’il faut constater, comme le suggère la notion de « risque », ce n’est pas un préjudice causé à l’entreprise, mais une atteinte « susceptible » d’être portée à son fonctionnement. Une telle atteinte constitue, pour le Conseil d’Etat, un des éléments nécessaires à la matérialisation de la perte de confiance, au même titre que le niveau élevé de responsabilité du salarié protégé, et son fait non fautif.

253 - L’arrêt M. Baumgarth est volontiers présenté comme marquant « *l’abandon de la perte de confiance comme motif justifiant la rupture du contrat de travail* »⁶⁹⁵. On avoue avoir du mal à comprendre cette affirmation. Si le Conseil d’Etat avait réellement entendu abandonner le motif de perte de confiance, pourquoi aurait-il pris la peine d’ajouter les termes « *par elle-même* » ? Le signifiant nous échappe.

Force est cependant de reconnaître, qu’à l’exception des emplois supérieurs de la fonction publique territoriale⁶⁹⁶, le motif de perte de confiance demeure assez rare dans la jurisprudence administrative⁶⁹⁷. Cette relative discrétion a sa raison d’être : les postes à responsabilité sont rarement occupés par des salariés dont le licenciement est soumis à une autorisation de l’inspection du travail⁶⁹⁸.

Cela ne veut pas dire, pour autant, que le motif fidéiste a été abandonné⁶⁹⁹.

254 - Si les éléments constitutifs de la perte de confiance fixés par l’arrêt M. Baumgarth sont réunis, l’employeur peut, aujourd’hui encore, s’y référer au soutien de sa demande d’autorisation de licenciement⁷⁰⁰. Il trouve même intérêt à le faire puisque la mention de la perte de confiance renseigne l’administration sur la nature non disciplinaire du motif⁷⁰¹.

255 - Derrière le discours de façade, la position de la Cour de cassation nous semble, quant à elle, nettement plus ambiguë. La disparition annoncée du motif de perte de confiance a tout d’un trompe-l’œil.

⁶⁹⁴ CE, 22 mai 2002, préc.

⁶⁹⁵ H. ROSE et Y. STRILLOU, *ouvr. préc.*, p. 230.

⁶⁹⁶ Sur cette question, v. Y. LAIDIÉ, « La perte de confiance peut-elle justifier la rupture des liens unissant un agent à son administration ? », *AJFP*, 2006, p. 94.

⁶⁹⁷ Le Conseil d’Etat continue néanmoins d’affirmer que « *la perte de confiance de l’employeur envers le salarié ne peut jamais constituer, par elle-même, un motif pouvant servir de base à une autorisation de licenciement* », v. CE, 27 juillet 2012, n°329294, inédit.

⁶⁹⁸ En ce sens, v. D. KESSLER, *concl. préc.*

⁶⁹⁹ À noter que le Conseil d’Etat continue de s’y référer dans ses décisions relatives à la légalité de l’autorisation administrative de licenciement ; v. not. CE, 27 juillet 2012, préc.

⁷⁰⁰ En ce sens, v. F. RENEAUD, obs. sous CE, 21 déc. 2001, *Dr. ouv.* 2002, p. 457, spéc., p. 459 : pour l’auteur, « *la perte de confiance demeure un motif de licenciement des salariés protégés* » ; à comp. « Le point sur la perte de confiance », *SSL*. 26 juillet 2004, n° 1179 : l’auteur (F. V.) parle d’une « *position assez ambiguë* » du Conseil d’Etat.

⁷⁰¹ Sur l’importance de la détermination de la nature du motif dans la demande d’autorisation, v. Circ. DGT 2012/07 du 30 juillet 2012, fiche 2, n° 2.2.1 : « *La nature du motif retenu par l’employeur doit pouvoir se déduire sans la moindre ambiguïté. Cette nécessité s’impose d’autant plus, par exemple, lorsqu’il s’agit de qualifications telles que la faute professionnelle ou l’insuffisance professionnelle non fautive, voire d’un fait constitutif d’un agissement fautif ou au contraire étranger à l’exécution du contrat de travail.* »

Section 2 : La dilution actuelle du motif de perte de confiance

256 - Rien ne se perd, tout se transforme... Le motif de perte de confiance s'est dilué dans d'autres motifs. On le constate de façon très nette avec les licenciements prononcés en raison de faits tirés de la « vie personnelle » du salarié⁷⁰². Désormais, pour ces faits, normalement protégés par les articles 9 du Code civil⁷⁰³ et 8 de la Conv. EDH.⁷⁰⁴, l'employeur ne peut plus alléguer de perte de confiance, comme il avait tendance à le faire par le passé⁷⁰⁵. Il invoquera, selon les cas, un « trouble objectif caractérisé » (Sous-section 1), ou, plus inquiétant, une faute disciplinaire (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Le licenciement pour trouble objectif caractérisé

257 - La nature (juridique) a horreur du vide. La confirmation, en 1990, du resserrement du licenciement pour perte de confiance entraîne quasi-mécaniquement l'apparition, l'année suivante, du licenciement pour « trouble *objectif* caractérisé »⁷⁰⁶. Feu le subjectivisme, comme l'indique explicitement l'intitulé du nouveau motif, qui a supplanté celui de la perte de confiance pour les faits tirés de la « vie personnelle » du salarié. Depuis lors, ainsi que l'a précisé la Cour de cassation, le licenciement d'une cadre de banque qui émet des chèques sans provision ne peut plus reposer sur la perte de confiance de l'employeur, mais doit, en principe, se justifier par le « *trouble objectif caractérisé apporté à l'entreprise par le comportement incriminé du salarié* »⁷⁰⁷.

Force est néanmoins de constater que, à ce jour, un certain voile persiste sur le motif du « trouble objectif caractérisé » (§ 1). Ne cherchons pas ailleurs les raisons de son relatif insuccès (§ 2)

§ 1 - Les incertitudes du licenciement pour « trouble objectif caractérisé »

258 - Quels sont les éléments constitutifs du « trouble objectif caractérisé » ? Quelle est la nature du licenciement qui en découle ? La Cour de cassation ne répond pas clairement à la première question (A), et elle a changé, à plusieurs reprises, de position à propos de la seconde (B).

A. L'imprécision des éléments constitutifs du « trouble objectif caractérisé »

259 - Pour justifier un licenciement, les faits tirés de la vie personnelle du salarié doivent avoir causé un « trouble objectif caractérisé ». Pour évaluer le « trouble », la Cour de cassation

⁷⁰² La notion de vie personnelle permet de tenir compte des faits présentant un caractère public. Elle doit être préférée à celle de « vie privée », qui est plus étroite ; en ce sens, v. Ph. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP*, 1994, n° 64, p. 289 : « Pour désigner les questions posées à l'entreprise par des paroles ou des actes du salarié ne relevant pas directement de la vie professionnelle, il serait souhaitable de ne plus parler de "vie privée", mais plus largement de la "vie personnelle" du salarié » ; du même auteur, v. « La vie personnelle du salarié », in *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 513 ; « La vie personnelle du salarié », *Dr. soc.*, 2004, p. 23.

⁷⁰³ C. civ. art. 9 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée (...) ».

⁷⁰⁴ Conv. EDH. art. 8 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (...) ».

⁷⁰⁵ V. par ex. Cass.soc., 29 janv. 1981, *JCP*, 1981, IV, p. 123 : est justifié le licenciement pour perte de confiance d'un salarié, amené à manipuler des films de valeur dans le cadre de ses fonctions, surpris par la police en train de fracturer la vitrine d'un magasin alors que son contrat de travail était suspendu pour cause de maladie

⁷⁰⁶ Cass.soc., 17 avril 1991, n° 90-42.636, *Bull.civ.* V, n° 201 : à propos du licenciement d'un sacristain homosexuel.

⁷⁰⁷ Cass.soc., 30 juin 1992, n° 89-43.840, *Bull.civ.* V, n° 429 : censurant une cour d'appel qui s'était fondée sur le motif de perte de confiance.

invite les juges du fond à tenir compte, en priorité, de la finalité de l'entreprise et de la nature des fonctions occupées par le salarié.

Pour ce qui est, tout d'abord, de la finalité propre de l'entreprise, précisons que cet élément n'a pas pour effet de cantonner le domaine du nouveau motif aux seules entreprises qui, tels les Églises ou les syndicats, poursuivent une « *tendance idéologique propre* »⁷⁰⁸. Une entreprise de gardiennage a pu ainsi valablement licencier pour « trouble objectif caractérisé » un de ses agents de surveillance qui avait, en dehors du temps de travail, volé de la marchandise dans les locaux d'une société cliente⁷⁰⁹. Ce qui importe, ici, c'est que l'entreprise poursuive une « finalité propre », non qu'elle soit spécialement « de tendance »⁷¹⁰.

Pour ce qui est, ensuite, de la nature des fonctions – élément qui n'était pas explicitement pris en considération lorsque l'employeur invoquait une perte de confiance⁷¹¹ –, la jurisprudence se veut particulièrement souple. Tous les salariés, de la secrétaire⁷¹² au cadre de banque⁷¹³ peuvent, en effet, être amenés à adopter un comportement susceptible de causer un « trouble objectif caractérisé ». La nature des fonctions n'est donc pas, à proprement parler, une condition du motif mais un simple « *facteur grossissant ou réducteur des faits visés* »⁷¹⁴. Pour illustration, le fait d'être interpellé à la suite d'un vol par le service d'ordre d'un centre commercial constitue, pour un agent de surveillance, une circonstance aggravante⁷¹⁵. En revanche, le simple fait, pour la secrétaire d'une concession Renault, de rouler en Peugeot 504 ne constitue certainement pas un trouble objectif caractérisé⁷¹⁶. Alors même qu'un tel comportement peut porter atteinte au crédit de l'entreprise...

260 - L'employeur devra-t-il toujours attendre d'avoir subi les conséquences dommageables du comportement de son salarié pour le licencier ? Le licenciement pour « trouble objectif caractérisé » suppose-t-il, en d'autres termes, l'existence d'un dommage certain ? La Cour de cassation reste assez évasive sur la question, mais la doctrine semble répondre par la négative⁷¹⁷. En toute hypothèse, le « trouble objectif caractérisé » prend souvent « *les traits d'un discrédit, d'une altération de l'image de marque, d'une indignation ou d'un scandale* »⁷¹⁸. Ce qui, en soi, suffit à caractériser l'existence d'un préjudice moral⁷¹⁹.

⁷⁰⁸ S'inspirant du droit allemand, la doctrine française les qualifie d'« entreprise de tendance » (« Der Tendenzbetrieb »). Les plaideurs s'y réfèrent (v. not. les branches nos 10, 11, 12 et 13 du moyen du pourvoi dans l'arrêt *Babyloup*, v. Cass. ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. ass.*, 2014, n° 1), la doctrine aussi (v. not. F. GAUDU, « L'entreprise de tendance laïque », *Dr. soc.*, 2011, p. 1186) mais la jurisprudence – pour l'heure – ne fait aucune place à la notion (v. par. ex. Cass. ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Bull. ass.* 1978, n° 1, à propos d'un « établissement catholique », sans autre qualification juridique).

⁷⁰⁹ Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 89-44.605, *Bull. civ.* V, n° 513.

⁷¹⁰ Toute entreprise poursuit une « finalité propre », mais toute entreprise n'est pas « de tendance » ; à comp. F. GAUDU, art. préc., spéc., n° 12, où l'auteur retient une conception particulièrement large de l'entreprise de tendance : « *La notion d'entreprise de tendance est une notion souple, qui peut s'appliquer à une grande variété de situations, dès lors qu'une entreprise est porteuse de valeurs qu'elle entend légitimement promouvoir* ».

⁷¹¹ Contrairement au Conseil d'État, la Cour de cassation ne tenait pas compte de la nature des fonctions pour apprécier la réalité de la perte de confiance de l'employeur.

⁷¹² Cass. soc., 22 janv. 1992, n° 90-42.517, *Bull. civ.* V, n° 30.

⁷¹³ Cass. soc., 20 nov. 1991, préc.

⁷¹⁴ M.-C. ESCANDE VANIOL, « Les éléments constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif extraprofessionnel », *RJS*, 7/93, Chron. 1.

⁷¹⁵ Cass. soc., 20 nov. 1991, préc.

⁷¹⁶ Cass. soc., 22 janv. 1992, préc.

⁷¹⁷ V. not. P.-H. ANTONMATTEI, « Le licenciement pour trouble objectif », *Dr. soc.* 2012, p. 10, spéc., n° 5: pour qui « *il n'est pas nécessaire de constater un dommage* » ; v. égal. en ce sens, Ch. MATHIEU-GENIAU, « L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », *Dr. soc.* 2006. 848, spéc., p. 853: pour qui le trouble suppose simplement une « potentialité » de dommage.

⁷¹⁸ Ch. MATHIEU-GENIAU, *loc. cit.*

⁷¹⁹ Sur la possibilité pour une personne morale de subir un préjudice moral, v. not. Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le préjudice moral des personnes morales », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 959.

Force est néanmoins de reconnaître que l'incertitude entourant la condition tenant au dommage rend « *la notion difficile à appréhender* »⁷²⁰. Les atermoiements jurisprudentiels sur la nature fautive ou non du « trouble objectif caractérisé » n'ont rien arrangé.

B. Les hésitations sur la nature du « trouble objectif caractérisé »

261 - Le « trouble objectif caractérisé » constitue-t-il une faute disciplinaire du salarié ? L'interrogation n'est pas anodine. Répondre par l'affirmative signifierait qu'un salarié peut, dans le cadre de sa vie personnelle, commettre une « faute disciplinaire »⁷²¹. Ce qui serait pour le moins contre-nature.

En 1991, la Cour de cassation jugea, néanmoins, à propos de l'agent de surveillance, que le fait de voler de la marchandise dans le cadre de sa vie personnelle créait un trouble objectif caractérisé, lequel constituait une faute grave⁷²². Dans cet arrêt publié au bulletin, les faits incriminés, bien que tirés de la vie personnelle du salarié, furent assimilés à des fautes commises au cours de l'exécution du contrat. Il y avait là « *un désordre dont, à l'époque, personne n'a eu conscience* »⁷²³.

262 - Le rapport Lyon-Caen de 1992⁷²⁴, et l'article L. 120-2 du Code du travail qui en découla - actuel L. 1121-1⁷²⁵ - amenèrent cependant la Cour de cassation à se montrer, un temps, plus respectueuse des libertés individuelles, et donc de la vie personnelle du salarié. En 1997, était ainsi posée la règle selon laquelle « *un fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne [peut] constituer une faute* »⁷²⁶.

Toutefois, par un curieux renversement des choses, la Cour de cassation fit marche arrière dans un arrêt du 25 janvier 2006⁷²⁷. Elle jugea, en l'occurrence, que la participation d'une cadre de banque à une affaire de vol et de trafic de véhicules créait un trouble objectif caractérisé, et constituait, à ce titre, une faute grave. Un fait tiré de la vie personnelle pouvait ainsi, de nouveau, par l'intermédiaire du « trouble objectif caractérisé », constituer une faute disciplinaire. Ce qui ne manqua pas d'inquiéter le doyen Ph. Waquet ; l'auteur plaidant pour le retour à une solution plus respectueuse de la liberté individuelle du salarié⁷²⁸.

263 - Dans un important arrêt du 18 mai 2007 rendu à propos d'un salarié qui s'était fait adresser une revue échangiste sur son lieu de travail, une chambre mixte de la Cour de cassation

⁷²⁰ M.-C. ESCANDE_VANIOL, « Les éléments constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif extraprofessionnel », art. préc.

⁷²¹ La faute disciplinaire, « *celle qui peut fonder une sanction du même nom, est une violation des obligations professionnelles du salarié, qu'il s'agisse d'un manquement contractuel, ou d'un manquement aux règles issues du règlement intérieur* » ; E. PESKINE et C. WOLRMARCK, *Droit du travail*, HyperCours, Dalloz, 9e éd, 2014, n° 228, p. 164.

⁷²² Cass.soc., 20 nov. 1991, préc.

⁷²³ Ph. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », art. préc., spéc., p. 307.

⁷²⁴ G. LYON-CAEN, « Les libertés publiques et l'emploi », « Les libertés publiques et l'emploi », *La Documentation française*, 1992, 174 p., disponible sur <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/174000664/index.shtml>.

⁷²⁵ C. trav. art. L. 1121-1 : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.* »

⁷²⁶ Cass.soc., 16 déc. 1997, n° 95-41.326, *Bull.civ. V*, n° V, n° 441 : à propos d'un clerc de notaire licencié à la suite de la publication, dans la presse locale, de sa condamnation par le tribunal correctionnel pour aide à séjour irrégulier d'un étranger

⁷²⁷ Cass.soc., 25 janv. 2006, n°04-44.918, *Bull.civ. V*, n° 26.

⁷²⁸ Ph. WAQUET, « Le «trouble objectif dans l'entreprise» : une notion à redéfinir », art. préc. : « *Comment ne pas revenir sur une voie qui mène à des solutions regrettables et revient sur les progrès accomplis pour bien protéger la liberté individuelle des salariés ?* ».

précisa (une bonne fois pour toute ?) qu'« *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* »⁷²⁹.

Depuis lors, il est acquis que le licenciement pour trouble objectif est un licenciement non fautif, comme le licenciement pour perte de confiance, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

264 - Ces volte-face répétées sur la question de la nature, fautive ou non, du trouble objectif caractérisé, ajoutés à l'imprécision des éléments constitutifs du motif, ont laissé des séquelles : en pratique, le licenciement pour trouble objectif est très peu utilisé.

§ 2 – La disgrâce du trouble objectif caractérisé

265 - Le trouble objectif caractérisé a été consacré en 1991 ; en 2007, après une énième mise au point de la Cour de cassation sur la nature du motif, le doyen Waquet constatait cependant que « *peu de praticiens du droit du travail (...) connaissent la notion* »⁷³⁰. Plus récemment encore, on pouvait lire sous la plume du Professeur Paul-Henri ANTONMATTEI que « *le licenciement pour trouble objectif n'a pas acquis la notoriété qu'il mérite* »⁷³¹.

Comment pourrait-il en être autrement ? Outre l'imprécision des éléments constitutifs du trouble objectif, et les hésitations sur sa nature fautive ou non, l'intitulé même du motif demeure incertain : « *trouble objectif caractérisé* »⁷³², « *trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise* »⁷³³, « *trouble objectif et caractérisé au fonctionnement de l'entreprise* »⁷³⁴, « *trouble dans l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise* »⁷³⁵, simple « *trouble à l'entreprise* »⁷³⁶ ? Que faut-il écrire dans la lettre de licenciement ? Le motif imprécis peut bien ne plus entraîner, en soi, le défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement⁷³⁷, les doutes persistants sur la dénomination de ce « *trouble...quelque chose* » participent indéniablement à son impopularité.

On ne le dit jamais assez : ce qui se conçoit bien, s'énonce clairement.

⁷²⁹ Cass. ch. mixt., 18 mai 2007, n° 05-40.803, *Bull. ch. mix.*, n° 3.

⁷³⁰ Ph. WAQUET, « Trouble objectif : retour à la case "départ" », *SSL*, 2007, n° 1310, p. 5.

⁷³¹ P.-H. ANTONMATTEI, « Le licenciement pour trouble objectif », art. préc.

⁷³² Cass.soc., 30 nov. 2005, n° 04-13.877, *Bull.civ. V*, n° 343.

⁷³³ Cass.ch.mix., 18 mai 2007, préc.

⁷³⁴ Cass.soc., 12 fév. 2014, n° 12-11.554, *Bull.civ. V*, n° 49.

⁷³⁵ Cass.soc., 21 nov. 2000, n° 98-41.788, *Bull.civ. V*, n° 293.

⁷³⁶ Cass.soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150, *Bull.civ. V*, n° 69.

⁷³⁷ C. trav. art. L. 1235-2 (mod. par l'ordonnance n°2017-1718 du 20 décembre 2017) : « *Les motifs énoncés dans la lettre de licenciement (...) peuvent, après la notification de celle-ci, être précisés par l'employeur, soit à son initiative soit à la demande du salarié (...). À défaut pour le salarié d'avoir formé auprès de l'employeur une demande en application de l'alinéa premier, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire (...)* » ; à comp. Cass.soc., 23 mai 2000, n° 98-40.633, *Bull.civ. V*, n° 193 : « *Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel ayant constaté que dans la lettre de licenciement l'employeur s'était borné à énoncer que le motif était les " problèmes que vous nous occasionnez ", c'est à bon droit qu'elle a décidé que ce grief n'était pas matériellement vérifiable et que son imprécision équivalait à une absence de motif, ce qui rendait le licenciement sans cause réelle et sérieuse (...)* ».

266 - Compte tenu de l'épais brouillard qui règne autour du « trouble objectif... » pour les faits tirés de la vie personnelle du salarié (non liés à l'état de santé⁷³⁸), c'est, légitimement, que des voix autorisées plaident le retour du licenciement pour perte de confiance⁷³⁹.

267 - Nous reviendrons sur ce vœu de réhabilitation, après avoir évoqué la dilution actuelle du motif de perte de confiance dans la faute disciplinaire.

Sous-section 2 : Le licenciement pour faute disciplinaire

268 - L'ancien motif de perte de confiance naviguait entre deux eaux. Il était à la fois fautif et non fautif. Si le licenciement pour « trouble objectif caractérisé » reprend le volet non-fautif de la perte de confiance, la jurisprudence la plus récente retient qu'un fait tiré de la vie personnelle peut aussi justifier un licenciement pour faute (§ 1). Pour préserver les apparences et heurter moins violemment la protection normalement due à la vie personnelle du salarié, la Cour de cassation permet également, de façon distincte, d'élargir la sphère professionnelle (§ 2).

Dans un cas, comme dans l'autre, le licenciement pour faute gagne dangereusement du terrain.

§ 1 - Le fait tiré de la vie personnelle anormalement constitutif d'une faute disciplinaire

269 - Nous avons précédemment relevé, à propos des faits tirés de la vie personnelle du salarié, que le licenciement pour faute avait été écarté au profit du seul licenciement pour trouble objectif caractérisé. Depuis un arrêt du 3 mai 2011⁷⁴⁰, relatif au retrait du permis pour conduite en état d'ivresse, une alternative s'offre à l'employeur : quand le fait tiré de la vie personnelle du salarié « *constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail* », le licenciement pour faute est possible (A). Cette incursion du pouvoir disciplinaire de l'employeur dans la vie personnelle du salarié nous paraît, à plusieurs égards, critiquable (B).

A. La fin de l'incompatibilité entre faute disciplinaire et vie personnelle

270 - L'arrêt du 3 mai 2011, évoqué ci-dessus, met fin à l'incompatibilité entre fait tiré de la vie personnelle et faute disciplinaire. La Cour de cassation, y affirme, après le Conseil d'Etat⁷⁴¹, qu'« *un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail; que le fait pour un salarié qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle, une infraction*

⁷³⁸ L'absence prolongée du salarié pour maladie peut justifier un licenciement en raison du trouble objectif que cette absence cause à l'entreprise ; sur cette application justifiée du trouble objectif, v. Ph. WAQUET, « Le "trouble objectif dans l'entreprise" : une notion à redéfinir », art. préc.

⁷³⁹ V. not. les déclarations de l'ancien Président de la chambre sociale, alors en exercice, cf. J-Y. FROUIN, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », *JCP S*, 2010, 1087, spéc., n° 18 : « (...) *On peut en effet concevoir qu'eu égard à la nature des fonctions du salarié, tel comportement de celui-ci dans sa vie personnelle soit (objectivement) de nature à altérer la confiance de l'employeur. Dans une telle hypothèse placée sous le contrôle du juge, l'employeur pourrait être fondé à licencier le salarié.* »

⁷⁴⁰ Cass.soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464, *Bull.civ.* V, n° 105 ; *D.* 2011, p. 1568, obs. G. LOISEAU.

⁷⁴¹ CE, 15 déc. 2010, n° 316856, *RDT.* 2011. 99, concl. G. DUMORTIER, et 116, obs. P. ADAM.

entraînant la suspension ou le retrait de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant de son contrat de travail »⁷⁴².

Une passerelle existe donc, désormais, entre le fait tiré de la vie personnelle et la faute disciplinaire : c'est le manquement aux obligations « découlant » du contrat. Certes, la Cour de cassation estime, ici, que le retrait du permis de conduire ne saurait être regardé « *comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant de son contrat de travail* », mais il n'en demeure pas moins qu'une brèche est ouverte. Les faits tirés de la vie personnelle peuvent, lorsqu'ils constituent un manquement aux obligations découlant du contrat, constituer une faute disciplinaire, et justifier un licenciement du même nom.

271 - L'arrêt Air Tahiti Nui du 27 mars 2012⁷⁴³, qui a eu les honneurs de la publication, constitue la première, et à notre connaissance, seule application positive de cette jurisprudence à ce jour⁷⁴⁴. Le litige concernait un steward, licencié pour faute grave, pour avoir consommé des produits stupéfiants au cours d'une escale à Los Angeles, entre deux vols longs courriers reliant Papeete à Paris. La Cour de cassation rappelle d'abord qu'« *un motif tiré de la vie personnelle peut justifier un licenciement disciplinaire s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail* ». Elle retient ensuite qu'en consommant des drogues dures en escale et en se trouvant, de fait, sous l'emprise de stupéfiants pendant l'exercice de ses fonctions, le « *salarié, qui appartenait au "personnel critique pour la sécurité", (...) n'avait pas respecté les obligations prévues par son contrat de travail et avait ainsi fait courir un risque aux passagers* »⁷⁴⁵. Ce qui, pour la haute juridiction, et conformément à ce qu'avait jugé la cour d'appel, justifiait le licenciement pour faute grave du salarié.

272 - Dans l'ensemble, les auteurs ont accueilli plutôt favorablement cette décision, considérant que la faute grave du steward, qui avait consommé des drogues dures en escale, était caractérisée. Qu'un tel comportement puisse constituer une faute, personne ne songerait à le nier. Que cette faute soit qualifiée de faute *disciplinaire* nous semble, en revanche, plus discutable.

De façon générale, c'est la compatibilité entre le fait tiré de la vie personnelle et la faute disciplinaire qui mérite, selon nous, d'être remise en cause.

⁷⁴² Cass.soc., 3 mai 2011, préc., à comp. Cass.soc., 2 déc. 2003, n° 01-43.227, *Bull. civ. V*, n° 304: jugeant que « *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* ».

⁷⁴³ Cass.soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915, *Bull. civ. V*, n° 106 ; *JCP S.* n° 23, 5 Juin 2012, 1245, note Ph. ROZEC et B. DEZANDE; L. BINEAU, *LPA*, 10 sept. 2012, n° 181, obs. L. BINEAU ; *Dr. soc.* 2012, p. 525, note J. MOULY ; *D.* 2013, p. 1026, obs. J. PORTA et P. LOKIEC.

⁷⁴⁴ À comp. Cass.soc., 16 déc. 2020, n° 19-14.665, *inédit* : jugeant que le fait pour un salarié d'avoir posé une balise sur le véhicule personnel d'une collègue avec qui il a entretenu une relation amoureuse afin de la surveiller et celui de lui avoir envoyé deux courriels intimes au moyen de l'outil professionnel, relevaient de sa vie personnelle et ne constituaient pas un manquement aux obligations découlant de son contrat de travail.

⁷⁴⁵ Cass.soc., 27 mars 2012, préc.

B. La critique de la compatibilité entre faute disciplinaire et vie personnelle

273 - Il est acquis, à présent, que le fait tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail. La jurisprudence ne précise toutefois pas la teneur des obligations susceptibles d'être méconnues par le salarié dans le cadre de sa vie personnelle. Selon la doctrine, il s'agirait, pour l'essentiel, de l'obligation de sécurité ou, « *plus sûrement* » encore, de l'obligation de loyauté⁷⁴⁶. Ces obligations, dit-on, se prolongeraient « *au-delà de la stricte exécution du contrat* »⁷⁴⁷. Elles seraient « *pérennes* »⁷⁴⁸.

Il y a là, nous semble-t-il, une confusion entre ce qui relève de l'« obligation » proprement dite, et ce qui relève davantage du « devoir » (1). Le salarié ne saurait, de toute évidence, être continuellement débiteur, sauf à abolir la distinction entre vie personnelle et vie professionnelle (2).

1. La possible confusion entre « obligation » et « devoir »

274 - La distinction intéresse assez peu les travaillistes, alors qu'une partie de la doctrine civiliste s'efforce de distinguer les termes de « devoir » et d'« obligation ». Si le débat est trop riche pour se prêter, ici, à une synthèse⁷⁴⁹, on constate néanmoins que la nature de la loyauté cristallise les attentions. « *Faut-il (...) parler d' "obligation" de loyauté*, se demande ainsi M. L. AYNÈS, *là où ne semble exister plus vaguement qu'un devoir ?* »⁷⁵⁰. La réponse ne va pas de soi⁷⁵¹.

En faveur de la nature obligationnelle de la loyauté, des auteurs mettent en avant la possible résolution du contrat pour déloyauté⁷⁵². Au crédit du devoir, d'autres soulignent que la loyauté est insusceptible d'exécution forcée, et que le fondement de la responsabilité en cas de déloyauté est, le plus souvent, délictuel⁷⁵³.

Bref, la doctrine hésite à parler d'« obligation » ou de « devoir » ; en droit civil tout au moins : en droit du travail, la nature obligationnelle de la loyauté s'impose curieusement comme une évidence.

275 - Si l'on conçoit que la loyauté puisse avoir la nature d'une « obligation » au cours de l'exécution du contrat de travail, le maintien de cette même nature dans la vie personnelle du salarié pose question. Il est tout de même surprenant, en effet, que la loyauté puisse être un

⁷⁴⁶ V. not. A. FABRE, « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture - licenciement - motif personnel - motif disciplinaire », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2020, spéc., n° 47.

⁷⁴⁷ P. ADAM, obs. sous Cass.soc., 16 déc. 2020, *RDT*. 2021, p. 186.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ Sur cette distinction, ses critères et ses enjeux, v. not. J-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque du 14 mai 2001, organisé par le centre René Demogue de l'Université de Lille II, Ch JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, 2003, p. 97, spéc., p. 103 ; v. égal. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1995, spéc., n° 168- 1 et s.

⁷⁵⁰ L. AYNÈS, « L'obligation de loyauté », *APD*. 2000, t. 44, p. 195, spéc., p. 198.

⁷⁵¹ En faveur du devoir, v. not. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 4e éd., 2016, n° 79 ; P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, 2005, spéc., n° 167 ; v. surt. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. Bout, avant-propos A. Sériaux, LGDJ, 2000, spéc., n° 114 ; D. MAINGUY, « Le contractant, personne de bonne foi ? », in *La réforme du droit des contrats et des obligations*, C. Albigès et E. Négron (dir.), PUM, 2015, p. 8 ; en faveur de l'obligation, v. not. P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle », in *Mélanges D. Tricot*, Dalloz-Sirey/Litec, 2011, p. 61 ; Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution* préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007, spéc. n^{os} 279-280, pp. 206-207.

⁷⁵² En ce sens, v. not. Th. GENICON, *op. cit.*, spéc., n° 295.

⁷⁵³ En ce sens, v. not. Ph. STOFFEL-MUNCK, obs. sous Cass. 3e civ., 5 nov. 2003, *RDC*. 2004, n° 3, p. 6.

« devoir » au cours de l'exécution du contrat de droit commun, et qu'elle soit une « obligation » dans la vie personnelle du salarié. Cette différence de nature nous semble...contre-nature.

276 - Ces réflexions sur la nature de la loyauté paraissent assez théoriques. Il n'empêche que leurs conséquences peuvent s'avérer redoutables en pratique. Si la loyauté du salarié a la nature d'un « devoir » dans la vie personnelle, alors la déloyauté ne saurait, dans cette sphère, constituer « un manquement de l'intéressé à une *obligation* découlant du contrat ». Méconnaître un « devoir », ce n'est pas, par définition, manquer à une « obligation ».

Dans ces conditions, l'affirmation selon laquelle le licenciement disciplinaire motivé par des faits de vie personnelle est « *envisageable lorsque le salarié manque à son obligation de loyauté* »⁷⁵⁴ mériterait d'être sérieusement nuancée.

277 - En droit commun des contrats, on l'a dit, il n'existe pas de consensus doctrinal sur la nature de la loyauté. M. P. ANCEL « *ne voit pas pourquoi ce type de règle ne pourrait pas rentrer dans le moule de l'obligationnel* »⁷⁵⁵. Dans la relation de travail, elle pourrait, selon nous, entrer et sortir de ce moule obligationnel ; être tantôt « obligation » et tantôt « devoir ». Elle aurait ainsi une nature duale.

Plus précisément, dans la vie personnelle (ce qui devrait aussi inclure les périodes de suspension du contrat⁷⁵⁶), la loyauté aurait la nature d'un devoir, alors qu'au cours de l'exécution du contrat, elle aurait la nature d'une obligation.

On sait que la Cour de cassation met aujourd'hui, à la charge de certains salariés, une « obligation particulière de loyauté » pour faciliter leur licenciement disciplinaire, alors même que les comportements litigieux se situent dans leur vie personnelle⁷⁵⁷. Ces solutions, bien que cantonnées à des situations particulières, nous semblent contestables⁷⁵⁸. Elles opèrent un « forçage » de l'obligation, là où il ne devrait être question que de devoir.

278 - La nature duale de la loyauté que nous envisageons peut, de prime abord, sembler complexe. Elle présente cependant l'avantage de circonscrire une « obligation » de loyauté volontiers décrite comme « *envahissante et dangereuse* »⁷⁵⁹. Pour que les choses soient claires, nous ne disons pas que le salarié n'a pas à être loyal dans sa vie personnelle. Nous disons simplement que la loyauté a, dans cet espace, malgré la persistance du lien de droit entre les parties, la nature d'un devoir⁷⁶⁰, et qu'elle ne saurait, dès lors, permettre d'y réinvestir le « *champ opératoire du pouvoir disciplinaire de l'employeur* »⁷⁶¹.

⁷⁵⁴ A. FABRE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁵⁵ P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle », art. préc., spéc., n° 16.

⁷⁵⁶ À comp. Cass. soc., 15 juin 1999, n° 96-44.772, *Bull. civ.* V, n° 279 : posant le maintien de l'« obligation » loyauté durant la période de suspension du contrat de travail.

⁷⁵⁷ V. par ex. Cass. soc., 25 févr. 2003, n° 00-42.031, *Bull. civ.* 2003, V, n° 66: jugeant qu'une salariée de caisse de sécurité sociale qui fait de fausses déclarations pour percevoir des prestations indues méconnaît son « obligation particulière de loyauté ».

⁷⁵⁸ À comp. J. MOULY, note sous Cass. soc., 9 mars 2011, *JCP E.* n° 21-22, 26 mai 2011, 1422 : pour qui « *Ces solutions sont justifiées dès lors que l'obligation particulière de loyauté est cantonnée à certaines hypothèses précises.* » ; en ce sens, v. égal. B. BOSSU, « La confiance en droit du travail », art. préc., spéc., n° 369.

⁷⁵⁹ Ph. WAQUET, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.* 2010. 14, spéc., n° 1.

⁷⁶⁰ À comp. N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, préf. Y. Lequette, éd. Panthéon-Assas, 2017, n° 24 : « *le principe de la distinction de l'obligation et du devoir doit être puisé dans l'idée de lien de droit. L'existence d'un tel lien caractérise l'obligation, son absence caractérise le devoir* ». Dans la relation de travail, on constate, cependant, que le lien de droit outrepassé bien trop copieusement l'exécution du contrat pour être un critère opératoire. Les critères du temps et du lieu de travail nous semblent nettement plus pertinents pour fonder le principe de la distinction entre l'obligation et le devoir.

⁷⁶¹ Cf. G. LOISEAU, note préc., *D.* 2011, p. 1568 soulignant que « *le champ opératoire du pouvoir disciplinaire de l'employeur, en présence d'un motif tiré de la vie personnelle, aura grand besoin d'être borné* ».

279 - La même raisonnement peut être tenu à l'endroit de l'exigence de sécurité pesant sur le salarié. Au cours de l'exécution du contrat de travail, la sécurité intègrerait le moule obligationnel, alors que dans la vie personnelle, elle aurait la nature d'un devoir se rattachant « *au principe général qui interdit de blesser autrui* »⁷⁶². De telle sorte que le steward, en consommant des stupéfiants en escale, ne violerait pas une obligation mais un devoir de sécurité⁷⁶³.

280 - En distinguant, comme nous proposons de le faire, « devoir » et « obligation », selon que l'on se situe dans la vie personnelle ou la vie professionnelle, on évite ainsi au salarié d'être un débiteur contractuel partout, tout le temps⁷⁶⁴. La transposition en droit du travail de la distinction civiliste, communément admise, entre « devoir » et « obligation », a donc tout son intérêt.

2. La confusion regrettable entre vie personnelle et vie professionnelle

281 - L'état actuel de la jurisprudence néglige, de surcroît, la nécessaire distinction entre vie personnelle et vie professionnelle. En affirmant que le salarié peut manquer à des « obligations » dans le cadre de sa vie personnelle, la Cour de cassation obscurcit les frontières et étend, au-delà du raisonnable, le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Au nom du « droit à la vie personnelle », qui a la nature d'un droit fondamental⁷⁶⁵, le salarié devrait bénéficier effectivement, sans réserve, d'une immunité disciplinaire pour ses agissements extraprofessionnels, aussi répréhensibles soient-ils.

Parce qu'il n'est pas un gladiateur des temps modernes, le salarié ne peut pas être en position de sujétion permanente. Une faute commise en dehors du temps et du lieu de travail ne saurait, pour cette seule raison, être qualifiée de faute disciplinaire. Elle ne pourrait avoir, selon nous, qu'une nature délictuelle⁷⁶⁶.

282 - La solution permettant à l'employeur de licencier le salarié pour faute disciplinaire en raison des faits de vie personnelle n'est pas seulement attentatoire à la liberté individuelle. Elle est aussi source de désordre et d'incohérence.

Pour justifier la faute grave du steward et aller dans le sens de la solution retenue par la Cour de cassation, M. J. MOULY fait observer que « *les fautes imputées au salarié avaient été commises non au cours de congés ou de longues périodes de repos, mais lors d'escalas relativement brèves et alors que le salarié devait reprendre très rapidement son travail. Même s'il s'agissait incontestablement de temps de repos relevant de la vie personnelle, leur proximité avec le temps de travail peut néanmoins expliquer qu'elles donnent lieu à un traitement spécial du point de vue des contraintes imposées aux travailleurs* »⁷⁶⁷.

⁷⁶² À rapp. J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, *loc.cit.*: qui se demande s'il faut parler d' « obligation » de sécurité ou de « devoir » de sécurité.

⁷⁶³ À comp. J. MOULY, obs. sous Cass.soc., 8 juill. 2020, *Dr.soc.* 2020, p. 961 : pour qui « *la faute, quoique commise par le salarié en dehors des temps et lieu de travail, conservait un caractère professionnel en raison de l'obligation particulière de sécurité qui pesait sur lui du fait de ses fonctions* ».

⁷⁶⁴ Ch. RADÉ, « L'entreprise et la vie privée du salarié », *Dr.soc.* 2021, p. 4 : qui souligne que les « obligations «élargies» » empiètent sur la sphère personnelle du salarié.

⁷⁶⁵ En ce sens, v. not. G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 34^e éd., 2021, n° 710, p. 878 : faisant valoir que le licenciement, « *attentatoire au droit à la vie personnelle, pourrait, par conséquent, être annulé* ».

⁷⁶⁶ Laquelle pourrait, le cas échéant, en cas de préjudice, engager la responsabilité délictuelle du salarié, sur ce point, v. *infra*, n°397.

⁷⁶⁷ J. MOULY, note préc., *Dr. soc.* 2012, p. 525.

Le raisonnement de l'auteur est tout à fait pertinent. En escale, le salarié ne peut pas faire ce qu'il lui plaît. Cependant, on se doit, à notre tour, de faire remarquer, que si le steward qui consomme des drogues dures en escale commet une faute grave, celui qui consomme ces mêmes drogues, en plein vol, au cours de l'exécution du contrat, quelque part entre Papeete et Paris, commet, lui aussi, une faute grave⁷⁶⁸. Or, ces deux situations ne sont absolument pas comparables. Elles ne devraient, juridiquement, pas être traitées de la même manière. Par souci de cohérence, le licenciement devrait, dans le premier cas, être non fautif⁷⁶⁹, et dans le second, fautif.

283 - À trop vouloir dilater le temps « obligationnel », les fautes commises dans la vie personnelle deviennent aussi graves et du même type que les fautes commises dans la vie professionnelle. Ce qui est tout simplement inacceptable.

284 - L'alternative, également pratiquée par la Cour de cassation, consistant à élargir la sphère professionnelle pour y inclure le fait tiré de la vie personnelle, nous paraît tout aussi critiquable.

§ 2 – Le rattachement malencontreux à « la vie professionnelle ».

285 - En rattachant directement, comme le fait la jurisprudence, certains faits de « vie personnelle » à la « vie professionnelle » (A), l'employeur peut, de façon inappropriée, exercer son pouvoir disciplinaire en présence d'une simple subordination « de fait » du salarié (B).

A. L'alternative de la méthode du rattachement

286 - Au lieu de considérer que le fait tiré de la vie personnelle du salarié constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail, la Cour de cassation rattache parfois, directement, le fait incriminé à la « vie de l'entreprise ». Un arrêt du 8 octobre 2014 illustre cette tendance à l'élargissement de la sphère professionnelle.

En l'espèce, au cours d'un séjour en Croatie organisé par l'employeur dans le but de récompenser les lauréats d'un challenge interne à l'entreprise, un salarié avait proféré des menaces et des insultes à l'égard d'autres collègues et supérieurs hiérarchiques. À son retour, il fut licencié pour faute grave et contesta, judiciairement, la nature disciplinaire de la rupture. La cour d'appel fit droit à sa demande, estimant que les faits litigieux relevaient de sa vie personnelle et qu'aucun manquement à une obligation découlant de son contrat de travail ne pouvait lui être reproché. La Cour de cassation cassa cet arrêt, non pas parce que les constatations des juges du fond permettaient d'établir la méconnaissance d'une obligation par le salarié, comme on aurait pu s'y attendre, mais simplement parce que « *les faits (...) se rattachaient à la vie de l'entreprise* »⁷⁷⁰.

En reliant ainsi les faits « à la vie de l'entreprise », les hauts-magistrats évitaient par là même d'avoir à se poser la question de la nature de la faute : elle était purement et simplement disciplinaire. Un commentateur averti évoqua une « *nouvelle démarche* » aboutissant, *in fine*, à retenir l'existence d'une faute grave « *sans que soit explicitement caractérisé le manquement du salarié à l'une de ses obligations* »⁷⁷¹.

Précisons que cet arrêt du 8 octobre 2014 n'est pas un cas isolé.

⁷⁶⁸ En l'absence d'intention de nuire à l'employeur, la qualification de faute lourde ne saurait être retenue à l'encontre du salarié, v. not. Cass.soc., 12 mars 1991, n° 89-41.941, *Bull.civ.* V, n° 129.

⁷⁶⁹ Il pourrait être fondé sur la *perte légitime de confiance* de l'employeur, v. *infra*.

⁷⁷⁰ Cass.soc., 8 oct. 2014, n° 13-16.793, *Bull.civ.* V, n° 227.

⁷⁷¹ D. BAUGARD, « La faute disciplinaire », *Cah.soc.* 2014, n° 269, p. 725.

287 - Plus récemment, dans un arrêt publié du 8 juillet 2020, la Cour de cassation a, de nouveau, eu recours à la méthode de rattachement. Les faits étaient les suivants. Un steward d'Air France avait, lors d'une escale, soustrait le portefeuille d'un client de l'hôtel dans lequel il séjournait. Après avoir été informée de l'évènement par la direction de l'établissement, la compagnie Air France intervint auprès du client pour qu'il ne porte pas plainte. Le salarié fut, quant à lui, licencié pour faute grave. Il contesta le bien-fondé de ce licenciement devant le juge. Débouté par la cour d'appel, il forma un pourvoi en cassation qui fut, à son tour, rejeté. La haute juridiction ayant effectivement jugé que « *les faits de vol visés dans la lettre de licenciement, dont le salarié ne contestait pas la matérialité, avaient été commis pendant le temps d'une escale dans un hôtel partenaire commercial de la société Air France, qui y avait réservé à ses frais les chambres, que c'est à la société Air France que l'hôtel avait signalé le vol et que la victime n'avait pas porté plainte en raison de l'intervention de la société, de sorte que les faits reprochés se rattachaient à la vie professionnelle du salarié* »⁷⁷².

Le rattachement « à la vie professionnelle », ou « à la vie de l'entreprise », pour reprendre les termes de l'arrêt du 8 octobre 2014 précité, interpelle. On en vient à se demander si une « *légère coloration professionnelle* » ne suffirait pas à légitimer l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur⁷⁷³.

288 - Qu'il s'agisse du comportement violent du salarié lors du séjour organisé par l'entreprise, ou du vol du portefeuille à l'hôtel, le rattachement à la vie professionnelle nous paraît trop facilement établi. Que dire, de plus, de cet arrêt retenant que des propos à caractère sexuel, tenus au cours de soirées organisées après le travail, ne relèvent pas de la vie personnelle dans la mesure où « *les attitudes déplacées du salarié à l'égard d'autres collègues avaient été rendues possibles en raison de son travail* »⁷⁷⁴ ? Si en soirée, dans un bar, la présence d'autres collègues suffit à verser dans la sphère professionnelle, mieux vaut, par précaution, élargir son cercle de fréquentations...

On déplore, dans ces différentes espèces, que la faute du salarié soit qualifiée de faute disciplinaire au moyen d'un rattachement à la « vie professionnelle » qui a tout d'un « expédient »⁷⁷⁵. Le rattachement est, en effet, plus fonctionnel qu'objectif⁷⁷⁶ : il sert avant tout à permettre le licenciement sans indemnité et sans préavis du salarié.

289 - Nul ne le conteste : les faits imputables au salarié (violent, voleur, harceleur, etc.) sont particulièrement graves. Ils constituent même des fautes pénales. Cependant, ils ne doivent pas faire diversion. Par l'effet du rattachement « à la vie professionnelle », l'employeur exerce légitimement son pouvoir disciplinaire, tantôt, lors d'un séjour en Croatie, tantôt, en escale à l'hôtel, tantôt, au cours d'une soirée dans un bar. Même avec des faits « pastellés » professionnels, on ne saurait l'accepter.

⁷⁷² Cass.soc., 8 juill. 2020, n° 18-18.317, PB ; *Dr.soc.* 2020, p. 961, obs. J. MOULY ; *RDT*. 2020, p. 661, obs. B. DABOSVILLE ; *JCP S.* 15 sept. 2020, 3011, comm. G. LOISEAU.

⁷⁷³ Selon l'expression de M. J. ICARD, cf., obs. sous Cass.soc., 28 sept. 2016 (« Extension du domaine de la lutte...disciplinaire »), *Cah.soc.* 2017, n° 292, p. 23.

⁷⁷⁴ Cass.soc., 19 oct. 2011, n° 09-72.672, *Bull.civ.* V, n° 236.

⁷⁷⁵ En ce sens, v. G. LOISEAU, comm. préc.

⁷⁷⁶ En ce sens, v. P. ADAM, « Vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains », *RDT*. 2011. 116.

B. L'exercice discutable du pouvoir disciplinaire en présence d'une simple subordination de « fait »

290 - Dans l'ensemble, les auteurs se montrent critiques à l'égard de la méthode de rattachement. M. G. LOISEAU redoute ainsi que « *le réaménagement des règles du licenciement autour de la notion de fait se rattachant à la vie professionnelle se solde par une réduction de la protection de la vie privée des salariés, ou soit instrumentalisé à cet effet* »⁷⁷⁷. M. B. DABOSVILLE dénonce, pour sa part, un « *tropisme disciplinaire* ». « *Certes, écrit l'auteur, le droit disciplinaire présente certains avantages pratiques pour les parties concernées (...). Néanmoins, la facilité avec laquelle est aujourd'hui admise la possibilité pour l'employeur de se situer sur le terrain disciplinaire ouvre la voie à une intrusion excessive du pouvoir patronal dans la vie du salarié* »⁷⁷⁸.

Il apparaît choquant, en effet, que l'employeur puisse exercer légitimement son pouvoir disciplinaire jusque tard dans la nuit, à l'hôtel, en escale, ou dans un bar.

291 - La méthode du rattachement « à la vie professionnelle », actuellement à l'œuvre, autorise l'employeur à exercer son pouvoir disciplinaire au-delà de son périmètre d'habilitation. Cet artifice n'est guère satisfaisant.

Dans les développements qu'il consacre à « la notion de contrat de travail », M. E. DOCKÈS distingue la « *subordination de fait* » de la « *subordination juridique* »⁷⁷⁹. Au stade de la qualification du contrat de travail, observe-t-il, « *la question est de savoir si des pouvoirs étaient exercés en fait. Elle n'est jamais de savoir si l'employeur avait le droit de les exercer* »⁷⁸⁰.

À partir de la distinction proposée par l'auteur, on pourrait estimer que la subordination de fait surgit « à l'occasion du travail », quand la subordination juridique naît « du fait » du travail⁷⁸¹. Dès lors, au cours du séjour en Croatie, à l'hôtel, ou au bar, le salarié se trouve, dans le meilleur des cas, dans un état de simple « subordination de fait ». L'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur devrait, en de telles circonstances, être écarté.

Source d'habilitation du pouvoir disciplinaire, la « subordination juridique » devrait, en toute logique, en fixer aussi la limite⁷⁸². C'est une chose d'exercer une subordination « de fait » sur le salarié, c'en est une autre de pouvoir, légitimement, lui donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution, et d'en sanctionner les manquements⁷⁸³.

292 - Au risque de paraître rétrograde, nous proposons que la sphère du pouvoir disciplinaire de l'employeur soit celle, non d'une villégiature ou d'un moment de détente, mais bien du temps et du lieu de travail⁷⁸⁴, en ce compris le télétravail⁷⁸⁵. L'utilisation de ce marqueur

⁷⁷⁷ G. LOISEAU, comm. préc.

⁷⁷⁸ B. DABOSVILLE, note préc.

⁷⁷⁹ E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », *SSL*, 2011, suppl. n° 1494, *Les périmètres du droit du travail*, p. 88 s., spéc., p. 96.

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ À comp. avec la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, v. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2006, spéc., n° 800.

⁷⁸² Sur la source contractuelle du pouvoir juridique de l'employeur, et ses controverses, v. not. G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 34^e éd., 2021, n° 648, p. 817.

⁷⁸³ On aura reconnu la célèbre formule de l'arrêt Société Générale, v. Cass.soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, *Bull.civ.* V, n° 386.

⁷⁸⁴ V. déjà en ce sens, M. DESPAX, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP*, 1973, I, 1176, spéc., n° 45 ; v. égal. P. ADAM, « Sur la vie personnelle : cinquante ans après Despax », *RDT*, 2012, p.100.

⁷⁸⁵ Dont la pratique doit être contenue et non généralisée, v. en ce sens, B. TEYSSIÉ, « Télétravail VS communauté de travail », art. préc.

spatio-temporel aurait le mérite de souligner la frontière entre vie personnelle et vie professionnelle du salarié, aujourd'hui pleine de pointillés. En escale, en séjour, en soirée, le pouvoir de sanction de l'employeur perd sa raison d'être ; le lien de subordination se relâche, et devient simplement factuel⁷⁸⁶.

293 - Notre proposition, certes, assez radicale peut se résumer ainsi : plutôt que de rattacher artificiellement des faits de vie personnelle à la vie professionnelle, ou de gonfler, tout aussi artificiellement, le contenu du contrat de travail avec des « obligations » qui n'en sont pas, nous suggérons, après l'Ancien Président Jean-Yves Frouin, d'en revenir à « *la perte de confiance comme cause objective (non fautive) de licenciement* »⁷⁸⁷. Il ne s'agit pas d'un rétropédalage mais bien d'une avancée après une valse-hésitation⁷⁸⁸.

Ce retour permettrait d'introduire une distinction, qui n'existe pas en droit positif, entre l'offense infligée à l'occasion d'un séjour et les insultes du lundi matin dans le bureau du supérieur ; entre la consommation de stupéfiants en escale et la prise de stupéfiants en plein vol ; entre la drague en soirée et la main sur la cuisse au travail, etc. Aujourd'hui, la faute grave accapare tout, envahit les différentes sphères de la vie ; du disciplinaire, rien que du disciplinaire, partout, tout le temps...

Pourtant, à un moment donné, quelque part, lorsque le lien de subordination se détend et devient simplement factuel, les parties au contrat doivent cesser d'être débiteurs. Dans cette zone de tranquillité relative, la faute disciplinaire du salarié serait exclue, et son licenciement reposerait, le cas échéant, sur une perte de confiance, cause non fautive de rupture.

⁷⁸⁶ À rapp. Cass.crim., 15 fév. 1977, n° 75-92.706, Bull.crim. n° 59, portant sur la responsabilité civile du commettant : confortant une cour d'appel ayant jugé qu'au moment où l'ouvrier a assassiné son collègue de travail, « *il n'était plus dans un lien de subordination avec son employeur, lequel ne saurait dès lors être déclaré civilement responsable* ».

⁷⁸⁷ J.-Y. FROUIN, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », *JCP S.* 2010, 1087, spéc., n° 18.

⁷⁸⁸ À rapp. J. MOULY, « 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 ; v. égal. B. BOSSU, « La confiance en droit du travail », in *La cause en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Paris, Panthéon-Assas, 2013, n°367 et s., où l'auteur évoque un « *retour "discret" de la perte de confiance* » qu'il considère, aujourd'hui, comme étant « *un motif implicite de licenciement* ».

Conclusion Chapitre I :

294 - Depuis 2001, la Cour de cassation juge que 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* »⁷⁸⁹. On a longuement insisté sur les conséquences de cet abandon et la probable divergence des jurisprudences qu'il a fait naître. Le Conseil d'Etat tient, nous l'avons vu, une position plus nuancée.

295 - Avec du recul, l'histoire du motif de perte de confiance en droit du travail rejoint quelque peu celle de la cause en droit des obligations. Les notions n'apparaissent plus officiellement, mais on les perçoit toujours⁷⁹⁰. En pratique, la disparition du motif de perte de confiance et son remplacement par d'autres concepts se sont soldés par l'échec du trouble objectif et l'hypertrophie de la faute disciplinaire. Ce dualisme, diraient les causalistes, ne peut satisfaire personne.

296 - La réhabilitation du motif de perte de confiance répond, bel et bien, à un besoin.

⁷⁸⁹ Cass.soc., 29 mai 2001, préc.

⁷⁹⁰ Sur le spectre de la cause, v. Ph. DUPICHOT, « Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit des contrats », *Droit et Patrimoine*, mai 2015, n° 247, p. 32, spéc., n° 44 : qui parle du « *phénix nommé cause...* » ; G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557, spéc., n° 6.

Chapitre 2 : La réhabilitation du motif de perte de confiance

297 - Avant de disparaître, le motif de rupture pour perte de confiance a suscité beaucoup de discussions⁷⁹¹. Son retour sous d'autres conditions sur la scène juridique présente, selon nous, certains avantages.

298 - À travers les développements qui suivent, nous n'entendons ni restaurer tel quel, l'ancien motif fidéiste dont nous avons critiqué la nature duale, ni faire un copier-coller de la jurisprudence administrative, qui paraît peu praticable. Pour produire ses effets (Section 2), la nouvelle perte de confiance devra, impérativement, être légitime (Section 1).

Section 1 : La condition de légitimité de la perte de confiance

299 - Il ne saurait être question, à travers la réhabilitation du motif fidéiste, de promouvoir une théorie des humeurs. La condition tenant à la légitimité de la perte de confiance prévient ce risque.

300 - Pour être légitime, la perte de confiance de l'employeur devra reposer sur des éléments objectifs. Nous préciserons, dans un premier temps, les modalités d'appréciation de ces éléments (Sous-section 1), avant d'envisager, dans un second temps, les principales sources d'objectivation de la perte de confiance (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Les modalités d'appréciation des éléments objectifs

301 - Les éléments objectifs à même de légitimer la perte de confiance de l'employeur seront diversement appréciés (§ 1), par-delà un socle commun (§ 2).

§ 1 - Les variables

302 - La pertinence des éléments objectifs exigés dépendra du caractère plus ou moins nécessaire de la confiance de l'employeur (A). Lorsque le besoin de confiance sera au plus haut, les éléments objectifs de la perte de confiance pourront, éventuellement, ne pas être imputables au salarié licencié (B).

A. La pertinence des éléments objectifs

303 - Limiter, comme le fait actuellement le Conseil d'État, le motif de perte de confiance aux seuls salariés « *exerçant un niveau élevé de responsabilité* »⁷⁹² constitue une solution trop radicale⁷⁹³. L'employeur peut éprouver une perte de confiance, alors même que le travailleur subordonné exerce de simples « *tâches d'exécution* »⁷⁹⁴. Raison pour laquelle il convient, selon nous, de généraliser le motif fidéiste à l'ensemble des salariés. Ce qui n'exclut pas certaines nuances.

⁷⁹¹ V. not. A. CHIREZ, « La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », *D.* 1981, Chron., p. 193 ; F. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », *Dr.soc.* 1992, p. 32.

⁷⁹² V. CE, 21 déc. 2001, préc. ; CE, 27 juillet 2012, préc.

⁷⁹³ En ce sens, v. égal. M. X. PRÉTOT, obs. sous CE, 16 juin 1995, *AJDA.* 1995, p. 854.

⁷⁹⁴ Contra. CE, 19 oct. 1988, préc.

304 - La nouveauté de l'approche, par rapport à l'ancien motif de perte de confiance, réside dans sa modulation assumée. La pertinence des éléments objectifs nous paraît devoir varier, dorénavant, en fonction du caractère plus ou moins nécessaire de la confiance de l'employeur⁷⁹⁵.

Concrètement, dans une entreprise donnée, les éléments susceptibles de légitimer la perte de confiance de l'employeur, de l'objectiver si l'on préfère, ne seront pas identiques pour l'ouvrier affecté à une chaîne de montage et pour le cadre dirigeant. Certes, dans tous les cas, ces éléments resteront « objectifs » ; ils sortiront du for intérieur de l'employeur et devront être matériellement vérifiables. Cependant, selon les situations concernées, la pertinence des éléments sera susceptible d'évoluer. Plus la confiance de l'employeur envers son salarié apparaîtra nécessaire, plus la pertinence pourra être légère. Inversement, moins cette confiance apparaîtra essentielle - dans la relation de travail, elle l'est toujours un peu⁷⁹⁶ -, plus la pertinence devra être appuyée.

Il existe ainsi toute une palette d'éléments objectifs, faite de nuances de confiance nécessaire. Une condamnation pénale pour fraude fiscale, qui constitue un élément objectif, n'est, par exemple, pas vécue de la même manière par l'employeur selon qu'elle vise un ouvrier métallurgiste ou le chef de service d'un centre comptable⁷⁹⁷. Dans ces situations, la confiance exigible n'étant pas comparable, le même élément objectif peut être pertinent ici, et relativement indifférent, là.

Cette étape de l'évaluation de la confiance nécessaire de l'employeur est, dans notre optique, primordiale pour légitimer la perte de confiance, cause de licenciement⁷⁹⁸.

305 - S'il apparaît que la confiance nécessaire de l'employeur ne se mesure pas tant à l'aune de l'ancienneté du salarié⁷⁹⁹, elle semble, en revanche, dépendre du niveau de responsabilité de celui-ci et des effectifs de l'entreprise. Sur le premier de ces deux critères, il est clair que le besoin de confiance de l'employeur s'intensifie à mesure que le salarié s'élève dans la hiérarchie de l'entreprise. « *L'employeur, écrivait Paul Durand en 1950, considère les employés supérieurs comme solidaires de ses intérêts ; il entend pouvoir placer en eux une entière confiance* »⁸⁰⁰. Du fait de leur participation à la fonction patronale, les cadres, et plus certainement, les cadres dirigeants⁸⁰¹, se trouvent investis de la « *confiance absolue* » de l'employeur⁸⁰². Des attitudes insignifiantes de l'ouvrier manœuvre pourront ainsi, lorsqu'elles

⁷⁹⁵ Sur une possible gradation de la pertinence des éléments objectifs, v. déjà F. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », art. préc., spéc., n° 11 : relevant que des éléments, bien qu'objectifs, peuvent ne pas être pertinents.

⁷⁹⁶ V. sur ce point, CEDH, gr. ch., 12 sept. 2011, *Palomo Sanchez et autres c/ Espagne*, préc., spéc., § 76 : précisant que « *pour prospérer, les relations de travail doivent se fonder sur la confiance entre les personnes* ».

⁷⁹⁷ À rapp. CA, Reims, ch. soc., 17 Juin 2009, n° 08/01001

⁷⁹⁸ À comp. A. ALBARIAN, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel*, préf. J. Mestre, Mare & Martin, 2012, n° 394, p. 493 : « (...) *Sur cette question de la légitimité de la perte de confiance, il semble permis d'affirmer qu'en réalité l'on devrait parler d'une "double légitimité" : la confiance doit être légitime et sa perte également. D'où la nécessité impérieuse de s'assurer en amont de l'existence d'une confiance légitime (...)* ».

⁷⁹⁹ Si l'ancienneté diminue l'altérité entre les parties (en ce sens, v. not. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, th. préc., n° 248 et s.), elle n'explique pas le caractère plus ou moins nécessaire de la confiance.

⁸⁰⁰ P. DURAND, *Traité de Droit du Travail*, t. II, avec le concours de André VITU, Dalloz, Paris, 1950, n° 43, p. 84 : « La Collaboration avec le chef d'entreprise », cité par J.-Cl. JAVILLIER, « L'obligation de loyauté des cadres », *Dr. ouv.* 1977, p. 133, spéc., p. 138.

⁸⁰¹ Sur les cadres dirigeants, v. *infra*, n° 316.

⁸⁰² En ce sens, v. J.-Cl. JAVILLIER, « L'obligation de loyauté des cadres », *Dr. ouv.* 1977, spéc., p. 139 : qui parle d'une « confiance absolue » de l'employeur envers les cadres.

émaneront d'un cadre supérieur, légitimer une possible perte de confiance de l'employeur⁸⁰³. Comme par le passé, la disparition de la confiance sera d'autant plus facile à établir qu'« *il s'agit d'un cadre chef de service, obligé par définition [de] "collaborer" avec la direction* »⁸⁰⁴. Selon qu'ils seront simples exécutants ou proches collaborateurs, les salariés n'apparaîtront pas porteurs des mêmes éléments objectifs⁸⁰⁵.

Outre le niveau de responsabilité, la confiance nécessaire de l'employeur dépendra, en second lieu, des effectifs de l'entreprise. Le fait est : moins les salariés sont nombreux, plus l'employeur doit pouvoir se fier à eux. Dans les très petites et petites entreprises, la confiance du « patron » apparaît singulièrement nécessaire⁸⁰⁶, même pour les salariés qui n'exercent pas de responsabilités particulières. Une secrétaire commerciale, travaillant dans une entreprise ne comptant que dix-huit salariés, pourra, conformément à une ancienne jurisprudence, être licenciée pour perte légitime de confiance, « *peu important [qu'elle] n'occupe que des fonctions modestes* »⁸⁰⁷. La petite taille de l'entreprise permet, ici, de suppléer le faible niveau de responsabilité du salarié.

Les critères permettant d'apprécier le caractère plus ou moins nécessaire de la confiance de l'employeur pourront, ainsi, se compenser l'un l'autre. Pour reprendre une terminologie de la Cour de cassation, ils feront l'objet d'une « *appréciation globale* »⁸⁰⁸.

306 - Si la pertinence des éléments objectifs peut varier en fonction de la confiance nécessaire de l'employeur, la question se pose de savoir si ces éléments doivent nécessairement être imputables au salarié licencié.

B. L'imputabilité des éléments objectifs

307 - En droit positif, l'exigence d'imputabilité des éléments objectifs, dans le licenciement pour motif personnel, présente un caractère absolu⁸⁰⁹ (1). Le « nouveau » motif de perte de confiance pourrait, de façon circonstanciée, s'en écarter (2).

1. L'exigence d'imputabilité des éléments objectifs en droit positif

308 - L'ancien motif de perte de confiance permettait, on le sait, à l'employeur de licencier le salarié pour des faits qui ne lui étaient pas imputables. Par le passé, une comptable pouvait ainsi être valablement licenciée pour perte de confiance simplement en raison d'une

⁸⁰³ En ce sens, M. C. BONNETÊTE, « *De la notion de faute à la notion de cause* », *D.* 1974, chron., p. 191 et s., spéc., p. 195 : qui note que la prise en compte de facteurs tels que la « *confiance nécessaire* » (...) *présentent une importance moindre pour de simples exécutants qu'au regard de collaborateurs* ».

⁸⁰⁴ CA, Paris, 21^e Ch. A - 11 juillet 1979, *Dame Lelièvre c. Sté Cobar Electronic*, inédit, (cité par F. SARAMITO, « *Le licenciement des cadres* », *Dr. ouv.* 1981, p. 163, spéc., note 67, p. 172).

⁸⁰⁵ À rapp. M. Le BAYON, *Notion et statut juridique des cadres de l'entreprise privée*, préf. H. Blaise, LGDJ, 1975, pp. 163-164, soulignant que « *l'employeur attendra nécessairement des cadres plus qu'il n'exigera d'un employé subalterne* ».

⁸⁰⁶ À comp. A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. préc., spéc., n° 173, p. 231 : pour qui « *quand l'entreprise atteint des dimensions excluant la connaissance réciproque des partenaires contractuels, apparaît la défiance* ».

⁸⁰⁷ CA, Paris, 4 juin 1987, *D.* 1987, juris., p. 610, comm. J. MOULY.

⁸⁰⁸ À rapp. Cass.soc., 29 fév. 2012, n° 11-13.748, *Bull.civ.* V, n° 83 (dans un contexte qui n'a toutefois rien à voir avec la perte de confiance).

⁸⁰⁹ V. Exception faite de l'hypothèse, extrêmement marginale, où une clause d'indivisibilité lierait deux contrats de travail (cf. pour les emplois de concierges notamment). Une telle clause autorise l'employeur à licencier l'un des deux salariés sur la base d'éléments objectifs imputables à l'autre ; sur cette clause, v. not. F. GÉA, « *Regards sur les clauses d'indivisibilité* », *Dr.soc.* 2013, p. 589.

procédure disciplinaire engagée à l'encontre de son mari, également salarié de l'entreprise⁸¹⁰. Ce qui, disons-le, paraissait assez contestable⁸¹¹.

309 - Dans d'autres circonstances, en revanche, la possibilité de licencier un salarié pour des faits qui ne lui étaient pas imputables pouvait se comprendre. On pense en particulier à l'hypothèse, assez fréquente en pratique, où le conjoint du salarié collaborait avec une entreprise concurrente⁸¹². En se mettant à la place de l'employeur, qui porte l'intérêt de l'entreprise, nul doute qu'« *il est inquiétant de voir sa secrétaire partager l'intimité d'un concurrent ou son directeur de la recherche entretenir une liaison avec un cadre d'une entreprise concurrente* »⁸¹³.

Dans ce cas précis, la difficulté consistait toutefois à déterminer les relations qui étaient, en soi, suspectes et menaçantes pour l'entreprise. La Cour de cassation exigeait, semble-t-il, a minima, qu'une communauté de vie existât entre les salariés. Elle avait tout au moins jugé que « *l'existence de relations de nature affective entre les salariés ne saurait constituer un motif suffisant de la réalité de la connivence entre eux pour nuire aux intérêts de la société* »⁸¹⁴.

Le procédé contenait une large part d'artifice. Dans la vie quotidienne, certains couples ne partagent plus grand chose. Ils sont, de fait, nettement moins susceptibles d'échanger des informations que d'enflammés compagnons éphémères, ou des amis de longue date ...

310 - Au début des années 1990, la Cour de cassation mit fin à cette pratique des licenciements pour faits non imputables au salarié. Dans un arrêt déjà évoqué du 10 décembre 1991, elle censurait une cour d'appel qui avait estimé fondé le licenciement pour perte de confiance d'une standardiste en raison du lien familial qu'elle entretenait avec un chef d'atelier passé au service de la concurrence. « *Qu'en statuant ainsi, précisait la haute juridiction, sans relever l'existence d'éléments objectifs imputables à la salariée et alors que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas, en soi, un motif de licenciement, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »⁸¹⁵.

Depuis lors, il est acquis, en jurisprudence, que le licenciement pour motif personnel doit reposer sur des éléments objectifs et imputables au salarié licencié⁸¹⁶.

311 - La Cour de cassation est, aujourd'hui, fermement attachée à cette exigence d'imputabilité des éléments objectifs, qu'elle fait apparaître dans les chapeaux de ses décisions⁸¹⁷. Comme en témoigne un arrêt publié du 20 octobre 2015⁸¹⁸. Dans cette affaire, le salarié avait été licencié pour perte de confiance suite à l'envoi, par son conseil, d'une lettre adressée à son employeur, lettre dans laquelle il l'accusait, entre autres, d'appliquer à son égard

⁸¹⁰ Cass.soc., 26 juin 1980, *Dame Voisin*, préc.

⁸¹¹ Pour une critique, v. not. A. CHIREZ, « La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », art. préc., spéc. p. 196.

⁸¹² J. MOULY, note préc., *D.* 1987, p. 610, spéc., p. 611 notant que : « *Les auteurs ont généralement mieux accueilli les décisions qui justifient le licenciement par le fait que le conjoint est salarié d'une entreprise concurrente* ».

⁸¹³ F. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », spéc., n° 13 : pour qui, toutefois, cette « objection de sens commun (...) ne convainc pas vraiment ».

⁸¹⁴ Cass.soc., 30 mars 1982, n° 80-40.572, *Bull.soc.* n° 229.

⁸¹⁵ Cass.soc., 10 déc. 1991, n° 90-44.524, *Bull.civ.* V, n° 561.

⁸¹⁶ V. not. A. LYON-CAEN et C. PAPADIMITRIOU, obs. sous Cass.soc., 7 déc. 1993, (« Pour être justifié, un licenciement doit reposer sur des éléments objectifs et imputables au salarié »), *D.* 1994, p. 309.

⁸¹⁷ Cette exigence n'a toutefois pas la valeur d'un principe général car elle n'apparaît pas dans les visas ; sur les « *visas de principes* », v. P. MORVAN, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », *Conférence prononcée le 4 avr. 2006, Cycle Droit et technique de cassation 2005-2006*, disponible sur https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf.

⁸¹⁸ Cass.soc., 20 oct. 2015, n° 14-17.624, *Bull.civ.* V, n° 838.

une « *politique de contingentement discriminatoire* », et « *de vouloir lui retirer son statut de VRP* ». Dans ce courrier, le salarié menaçait également l'employeur de « *saisir le conseil des prud'hommes aux fins de la résiliation judiciaire de son contrat de travail* ». Saisie du litige, la Cour d'appel de Poitiers jugea, après avoir constaté que les reproches liés à la discrimination et au retrait du statut n'étaient pas fondés, que « *les allégations contenues dans le courrier (...) caractéris[aient] une hostilité marquée à la stratégie de l'entreprise de nature à entraîner une perte de confiance dans un contexte de crise majeure et démonstr[aient] l'intention du salarié d'aller jusqu'à la rupture du contrat de travail sans, toutefois, prendre l'initiative d'une prise d'acte* ». Le salarié forma un pourvoi contre cette décision.

La Cour de cassation cassa l'arrêt, non parce que la perte de confiance ne constituait plus un motif de licenciement, comme elle aurait pu le dire, mais parce qu' « un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs et imputables au salarié ». Or, en l'espèce, la cour d'appel s'était fondée « *sur le seul contenu d'une lettre rédigée et signée par le conseil du salarié* »⁸¹⁹.

Plus récemment, dans un litige similaire, la Cour d'appel de Rennes s'était, elle aussi, fondée sur la perte de confiance pour justifier le licenciement du salarié qui, par l'intermédiaire de son avocat, avait menacé l'employeur d'agir en résiliation judiciaire de son contrat de travail. Pour les juges du fond, « *l'attitude de défiance [du salarié] le plaç[ait] dans une situation ne permettant plus la poursuite du contrat de travail* ». Sans surprise, l'arrêt fut aussi cassé, faute d'éléments objectifs « *imputables au salarié* »⁸²⁰...

312 - Force est, dès lors, de constater que, en faisant parler les tiers, le salarié s'immunise contre la rupture : les faits ne lui sont, par définition, jamais imputables. La lettre de l'avocat du salarié adressée à l'employeur pourrait ainsi apparaître, en pratique, comme un moyen stratégique, non dépourvu d'intérêt... Des juges du fond téméraires croient bien faire en justifiant actuellement, malgré la jurisprudence contraire de la Cour de cassation, le licenciement par la perte de confiance de l'employeur⁸²¹. Ils sont pragmatiques avant d'être déviants.

313 - Le licenciement pour faits non imputables au salarié devrait, exceptionnellement, être possible, par l'intermédiaire du « nouveau » motif de perte de confiance. Entendons par là, le motif fidéiste revisité.

2. La possible dispense d'imputabilité des éléments objectifs en droit prospectif

314 - En envisageant une possible dispense d'imputabilité au salarié des éléments objectifs légitimant la perte de confiance de l'employeur, l'idée n'est pas de rouvrir largement la voie aux licenciements du « fait d'autrui ». Le « nouveau » motif de perte de confiance ne saurait, en aucun cas, être un moyen de réputer indivisibles des contrats de travail, à plus forte raison si les salariés concernés ne travaillent pas dans la même entreprise⁸²².

⁸¹⁹ *Ibid.*

⁸²⁰ Cass.soc., 26 oct. 2016, n° 15-15.033, *inédit*.

⁸²¹ À comp. Cass.soc., 29 mai 2001, n° 98-46.341, *Bull.civ.* V, n° 183 ; Cass.soc., 12 juillet 2004, n° 02-43.297, *inédit* : jugeant que la perte de confiance ne constitue pas un motif de licenciement, même quand elle repose sur des éléments objectifs.

⁸²² Le « nouveau » motif de perte de confiance ne serait permettre de contourner la jurisprudence restrictive sur la licéité des clauses d'indivisibilité ; à comp. J. MOULY, obs. sous CA. Limoges, 17 déc. 1990, *D.* 1991, *Juris.*, p. 596 : « *Le juge devra veiller à ce que la clause d'indivisibilité imposée à un couple ne serve pas à contourner la nouvelle jurisprudence en matière de perte de confiance. La Cour de cassation n'admet plus en effet que le licenciement d'un salarié puisse être justifié par les difficultés de l'employeur avec le conjoint (...). L'employeur*

Il nous faut cependant faire preuve de pragmatisme. L'employeur, en charge de la bonne marche générale de l'entreprise, peut légitimement « perdre confiance », alors même que les éléments objectifs ne sont pas imputables au salarié⁸²³. La jurisprudence, qui permettait à l'employeur de licencier pour perte de confiance la salariée dont le conjoint collaborait avec une entreprise concurrente, avait, par-delà son injustice occasionnelle, sa raison d'être. Elle devrait, selon nous, dans certaines circonstances, être réactivée.

315 - Pour être légitime, la perte de confiance de l'employeur doit, en principe, reposer sur des éléments objectifs et imputables au salarié. Exceptionnellement cependant, dans les situations où la confiance de l'employeur apparaît la plus nécessaire, les éléments objectifs légitimant la perte de confiance peuvent ne pas répondre à la condition ordinaire d'imputabilité.

On sait que la jurisprudence administrative limite le motif de perte de confiance aux seuls emplois de « *collaboration directe* »⁸²⁴. Nous proposons, pour notre part, de façon plus nuancée, de circonscrire, non le motif fidéiste en tant que tel, mais la dispense d'imputabilité des éléments objectifs, à ces mêmes emplois. L'employeur pourrait ainsi invoquer une perte de confiance à l'encontre de tous les salariés, avec, toutefois, un régime dérogatoire pour ceux exerçant un « haut niveau de responsabilité ». À l'égard de ces derniers, en effet, l'exigence d'imputabilité des éléments objectifs pourrait être assouplie.

L'hypothèse nous semble devoir viser clairement et exclusivement les « cadres dirigeants ».

316 - L'article L. 3111-2, al. 2, du Code du travail, issu de la loi Aubry II, du 19 janvier 2000, définit imparfaitement les cadres dirigeants. En vertu de ce texte, « *sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant, les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement* ». Une telle définition manque effectivement de précision ; les adjectifs utilisés (« *“grande“ indépendance* », « *“largement“ autonome* », « *“dans les niveaux “les plus élevés“ de rémunération* ») entretiennent un flou certain.

Pour autant, la Cour de cassation a précisé, dans un important arrêt du 31 janvier 2012, que « *seuls relèvent de cette catégorie, les cadres participant à la direction de l'entreprise* »⁸²⁵. Pour être cadre dirigeant, il faut donc diriger. L'affirmation paraît redondante⁸²⁶, mais elle a le mérite de rappeler, comme le fait très justement remarqué Mme. C. NEAUDEDUC, que, « *si de nombreux cadres peuvent remplir les conditions fixées expressément à l'article L. 3111-2*

ne devrait donc pas pouvoir ressusciter l'ancienne jurisprudence par la seule stipulation d'une clause d'indivisibilité ».

⁸²³ En ce sens, v. F. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », art. préc., spéc., n° 14 : « *Il se peut, il est vrai, que l'employeur “perde confiance“ dans un salarié d'une façon qui rende tout travail en commun impossible, mais ne puisse cependant invoquer d'élément objectif imputable au salarié* ». L'auteur proposait toutefois de laisser à la charge de l'employeur le coût de la rupture : « *L'employeur ne veut pas courir un “risque“ dont le fondement objectif est tenu. Il n'est pas anormal que ce soit lui, plutôt que le salarié, qui supporte alors le coût du licenciement* »

⁸²⁴ Selon l'expression consacrée par la doctrine publiciste, Ch. MAUGÛÉ et R. SCHWARTZ, « Conditions du licenciement d'un salarié protégé », *AJDA*. 1992, p. 339.

⁸²⁵ Cass.soc., 31 janv. 2012, n° 10-24.412, *Bull.civ.* V, n° 45 : jugeant que n'appartient pas à cette catégorie le responsable collection hommes d'une entreprise de prêt-à-porter qui, tout en disposant d'une grande autonomie dans l'organisation de son travail, d'un haut niveau de responsabilité dans l'élaboration de la collection, et classé au coefficient le plus élevé de la convention collective, ne participe pas à la direction de l'entreprise.

⁸²⁶ En ce sens, v. P. LOKIEC, *D.* 2012, p. 1167 : « *Le cadre dirigeant doit participer à la direction de l'entreprise. Dit autrement, il doit diriger. La Cour de cassation n'en dit pas plus...* »

du Code du travail (...), les seuls qui peuvent se voir appliquer le statut fixé à cet article sont les cadres “dirigeants”. Seul ce mot les distingue réellement »⁸²⁷.

Il s’ensuit que la catégorie des cadres dirigeants, aujourd’hui mieux balisée⁸²⁸, ne concerne qu’un « très petit nombre » de salariés dans les entreprises⁸²⁹. De sorte que la dispense d’imputabilité des éléments objectifs ne vaudrait que pour les plus proches collaborateurs de l’employeur. Ceux-là même qui structurent encore ce que l’on nomme, précisément, le « salariat de confiance »⁸³⁰. C’est un salariat particulier qui échappe à l’étroite subordination verticale pour évoluer dans une sphère de grande autonomie décisionnelle et organisationnelle. La liberté de ces cadres, leur statut, leur pouvoir ont pour corollaire une fidélité attendue très particulière qui ne souffre pas d’écart, pas de divergence de vue, de comportement ou d’attaches susceptibles de porter atteinte à l’intérêt de l’entreprise qu’ils doivent épouser sans faillir⁸³¹.

317 – Dès lors, confiance renforcée oblige, les éléments objectifs légitimant la perte de confiance de l’employeur peuvent, exceptionnellement, ne pas être pas imputables au cadre dirigeant, mais à son entourage. Pour résoudre la délicate question des proches concernés⁸³², on pourrait s’inspirer du préjudice d’affectation en droit de la responsabilité civile. Ce préjudice, en principe, doit être prouvé, « mais en pratique la proche famille bénéficie d’une présomption de fait qui concerne essentiellement le conjoint non séparé, les descendants, ascendants et frères et sœurs »⁸³³. Rien n’empêche d’envisager l’application de cette présomption de fait au licenciement non imputable des cadres dirigeants.

Aux yeux de l’employeur, les tiers suspects seraient donc, potentiellement, des victimes par ricochet⁸³⁴.

318 - La solution que nous préconisons peut paraître injuste, en ce qu’elle permet d’aboutir à l’éviction d’un cadre irréprochable, mais devenu néanmoins indésirable. Elle pourrait s’apparenter à des décisions quasi « politiques »⁸³⁵. C’est pourquoi nous ne la préconisons que dans des situations rares, pour les seuls cadres dirigeants. L’exigence d’imputabilité restera, en d’autres termes, le principe.

⁸²⁷ Ch. NEAUDEDUC, *RLDA*. 2012, n° 70.

⁸²⁸ En ce sens, v. G. AUZERO, obs. sous Cass.soc., 11 janv. 2017, *RDT*. 2017, p. 196 : « La boucle est pratiquement bouclée avec les précisions fournies par la jurisprudence qui permettent de cerner un peu mieux le concept de cadre dirigeant issu de la loi n° 2000-37 du 19 janv. 2000 ».

⁸²⁹ Cette catégorie est marginale, selon le mot de M. P.-H. ANTONMATTEI, cf. « Les cadres et les 35 heures : la règle de trois », *Dr.soc.* 1999, p. 996.

⁸³⁰ Sur lequel, v. P. BOUFFARTIGUE, *Les cadres. Fin d’une figure sociale*, La dispute, 2001. Si l’auteur constate que la figure sociale du cadre n’est plus, de manière générale, typique d’un salariat de confiance, en raison notamment du caractère de plus en plus formalisé de la relation d’emploi (pp. 60 et s.), il n’exclut toutefois pas d’y inclure encore les cadres dirigeants (v. not., p. 62) ; en ce sens, v. égal., Ph. MASSON, « Salariés de confiance : le retour ? », *Dr.ouv.* 2016, p. 745.

⁸³¹ Pour une approche sociologique du « salariat de confiance », v. P. BOUFFARTIGUE, « Les cadres : la déstabilisation d’un salariat de confiance », Document LEST, Séminaire, 99-1, 1999 ; disponible sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00007603/document>.

⁸³² Sur laquelle, v. not. A. CHIREZ, « La perte de confiance par l’employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », art. préc.

⁸³³ G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4e éd., 2017, n° 242, p. 34.

⁸³⁴ À comp. Cass. 2e civ., 16 avril 1996, n° 94-13.613, *Bull.civ.* II, n° 194 : une cour d’appel ne saurait subordonner l’indemnisation du préjudice d’affectation à la nécessité de prouver l’existence d’un lien « particulier » entre la victime directe et ses oncles et tantes ; v. le comm. crit. de P. JOURDAIN, *RTD Civ.* 1996, p. 627 : l’auteur estime les oncles et les tantes ne devraient pas bénéficier de la présomption de fait, laquelle devrait être « réservée aux très proches parents de la victime directe que sont le conjoint, les enfants et les père et mère ».

⁸³⁵ À noter que pour les emplois « à la discrétion du gouvernement », le motif de perte de confiance doit être fondé sur des faits dont le juge administratif contrôle la matérialité ; cf. Y. LAIDIÉ, « La perte de confiance peut-elle justifier la rupture des liens unissant un agent à son administration ? », *AJFP*. 2006, p. 94.

319 – Après l'imputabilité des éléments objectifs et leur pertinence, qui constituent les variables de la légitimité de la perte de confiance de l'employeur, il convient, à présent, d'envisager les constantes. Le socle commun du motif fidéiste revisité, si l'on peut dire.

§ 2 – Les constantes

320 - Pour être légitime, la perte de confiance de l'employeur devra, impérativement, reposer sur des éléments objectifs, à la fois extérieurs au contrat de travail (A) et préjudiciables à l'entreprise (B).

A. Les éléments extérieurs au contrat de travail

321 – On se souvient que l'ancien motif de perte de confiance, qui n'avait pas de domaine prédéfini, constituait, à lui seul, une stratégie de contournement. Il érigeait notamment la faute légère, qui, en principe, ne justifie pas la rupture du contrat de travail⁸³⁶, en possible cause de licenciement. La Cour de cassation jugeait en effet, par le passé, qu'une « *incontestable légèreté [pouvait être] de nature à faire disparaître la confiance nécessaire pour que les relations de travail puissent être utilement maintenues, compte tenu notamment des fonctions de responsabilité exercées par [le salarié]* »⁸³⁷. On devine sans difficulté quelle pouvait être l'attitude adoptée par l'employeur en cas de manquement mineur du salarié⁸³⁸...

De façon tout aussi critiquable, l'ancien motif de perte de confiance autorisait également l'employeur à licencier le salarié en présence d'une insuffisance professionnelle simplement ponctuelle⁸³⁹, au mépris de la condition classique de durabilité⁸⁴⁰. Le risque de dévoiement était réel. À tel point que, lorsque le Commissaire du Gouvernement, M. David KESSLER, s'est, pour la première fois, interrogé sur la possibilité d'invoquer une perte de confiance à l'appui d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé, il émit des doutes sur la réalité du motif invoqué par l'employeur. « *Nous nous sommes demandés à un moment, confiait-il, si le vrai fondement de la demande de la société n'était pas l'insuffisance professionnelle* »⁸⁴¹.

On le voit : l'ancien motif de perte confiance empiétait sur les autres motifs de licenciement, et s'affranchissait, qui plus est, de leurs conditions d'invocabilité. En bref, il permettait la fraude.

322 - Pour ne pas perpétuer le mélange frauduleux des genres, il nous paraît, en conséquence, que les éléments objectifs légitimant la « nouvelle » perte de confiance de l'employeur doivent être extérieurs au contrat de travail⁸⁴². Par extérieurs au contrat, entendons

⁸³⁶ V. not. Cass. soc., 13 janv. 1988, n° 84-45.573, *Bull. civ. V*, n° 28: jugeant que le fait pour un salarié de ne pas renseigner son employeur sur une communication téléphonique constitue une faute légère ne justifiant pas un licenciement.

⁸³⁷ Cass. soc., 28 mars 1979, n° 77-41.579, *Bull. civ. V*, n° 282.

⁸³⁸ En ce sens, v. A. CHIREZ, « La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », art. préc., p. 194.

⁸³⁹ V. par ex. Cass. soc., 3 avril 1981, n° 79-41.318, *Bull. civ. V*, n° 329 : jugeant que l'erreur commise par un pharmacien au cours d'une préparation « *ne permettait plus à l'employeur de maintenir à ce technicien, hautement qualifié, la confiance qui est en cette matière une condition essentielle au maintien du contrat de travail* ».

⁸⁴⁰ Sur la nécessaire durabilité de l'insuffisance professionnelle, v. P. LOKIEC, « Le licenciement pour insuffisance professionnelle », *Dr. soc.* 2014, p. 38.

⁸⁴¹ D. KESSLER, concl. CE, 1er avril 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 833.

⁸⁴² À comp. F. GAUDU et F. BERGERON-CANUT, *Droit du travail*, Dalloz, 6^e éd., 2018, spéc., n° 315, pp. 266-267 : pour qui « *La perte de confiance peut [encore] se fonder sur des agissements du salarié extérieurs à l'entreprise (qui ne constituent donc une faute, ni contractuelle, ni disciplinaire) ...* ».

les faits qui n'ont pas été commis dans le cadre des fonctions, et qui se situent en dehors du temps et du lieu de travail. Ce qui inclura, au premier chef, les actes de vie personnelle du salarié, aujourd'hui appréhendés par l'insaisissable trouble objectif et l'envahissante faute disciplinaire.

323 - La condition tenant à l'extériorité des éléments objectifs va, en quelque sorte, assainir le motif fidéiste. Avec elle, le licenciement pour simple défaillance passagère ou faute légère est banni. Ces éléments n'étant pas extérieurs au contrat, ils ne pourront plus, en effet, légitimer la perte de confiance de l'employeur, ici proscrite.

324 - Corollaire de la condition d'extériorité, le nouveau motif de perte légitime de confiance aura nécessairement une nature non fautive. « *Le salarié qui n'est plus au travail, écrit l'ancien Président M. J.-Y. FROUIN, n'a plus d'obligation envers son employeur et ne peut donc pas commettre de faute née de son contrat de travail* »⁸⁴³. Tout comme la faute disciplinaire s'était substituée à l'ancienne perte de confiance, la nouvelle perte de confiance se substituera à la faute disciplinaire.

325 - L'extériorité des éléments conditionnera donc la possibilité d'invoquer le nouveau motif de perte de confiance, en même temps qu'elle en sera le trait distinctif. En instaurant cette condition, on confère à ce motif de rupture toute sa singularité. On ne pourra plus dire que « *la perte de confiance n'est pas un motif spécifique puisqu'il est par définition commun à tous les licenciements pour motif personnel* »⁸⁴⁴.

326 - Il est bien entendu, cependant, que les éléments extérieurs au contrat de travail devront aussi, dans la perspective du licenciement, être préjudiciables à l'entreprise. On se moque de savoir ce qu'a avalé le salarié au petit-déjeuner.

B. Des éléments préjudiciables à l'entreprise

327 - Pour légitimer la perte de confiance de l'employeur, les éléments objectifs et extérieurs doivent, en outre, être « préjudiciables » à l'entreprise. Le fait de se référer à des éléments « préjudiciables » plutôt que « dommageables » n'est pas anodin...

328 - Une partie de la doctrine civiliste s'efforce, aujourd'hui, de distinguer les notions de « dommage » et de « préjudice ». Sans prendre ici parti sur ce débat qui divise les auteurs⁸⁴⁵,

⁸⁴³ J.-Y. FROUIN, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », art. préc., spéc., n° 18.

⁸⁴⁴ X. LAGARDE, « La nature juridique de la cause de licenciement », *JCP G.* 13 sept., 2000, 254, spéc., n° 23.

⁸⁴⁵ En faveur de la distinction, v. not. L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, thèse Poitiers, 1983, n° 34 s. ; du même auteur, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, in *Journées R. Savatier*, PUF, 1998, p. 37 ; C. BLOCH, *La cessation de l'illicite : Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, NBT, Dalloz, 2008, préf. R. Bout, avant-propos Ph. Le Tourneau, spéc., n° 120 s. ; F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », *RCA.* n° 3, Mars 2010, dossier 3 ; contre la distinction, M. FABRE-MAGAN, *Droit des obligations. 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2019, spéc., n° 104, p. 131 : « *La distinction semble inutilement complexe. Il est certes essentiel de distinguer le dommage survenu du dommage juridiquement réparable. On ne voit toutefois pas pourquoi le terme de dommage serait réservé au premier et celui du préjudice au second (...)* » ; plus nuancé, v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, 14^e éd., Sirey, 2011, n° 133, pp. 157-158 : « *L'assimilation des termes "dommage" et "préjudice" est traditionnelle. Elle est cependant contestée par un courant doctrinal de plus en plus important (...). Elle est pour l'instant insuffisamment conceptualisée et pratiquée en droit positif pour fournir un guide général et sûr d'analyse des conditions auxquelles est soumise la réparation du dommage* ».

il est toutefois possible d'avancer, dans le sens d'une possible distinction, qu'un préjudice peut exister en l'absence de dommage.

Pour illustrations, des riverains habitant à proximité d'un terrain de golf non grillagé peuvent subir un préjudice d'angoisse⁸⁴⁶, alors même qu'ils n'ont encore reçu aucune balle sur la tête et qu'ils n'en recevront peut-être jamais. Tout comme des salariés exposés à l'amiante peuvent ressentir un préjudice d'anxiété en raison de leur « *situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante* »⁸⁴⁷.

Ainsi, l'incertitude du dommage n'exclut pas nécessairement la certitude du préjudice. Comme le suggèrent, plus précisément, MM. C. BLOCH et Ph. Le TOURNEAU, il y a lieu de penser que « *le risque sérieux de subir un dommage peut d'ores et déjà être la source d'un préjudice constitué* »⁸⁴⁸.

329 - On l'aura compris : en subordonnant la légitimité de la perte de confiance de l'employeur à l'existence d'éléments « préjudiciables », l'idée n'est pas d'exiger la constatation d'un dommage. Ce qu'il faut, et ce qu'il suffit, c'est que les éléments objectifs et extérieurs fassent encourir un « risque sérieux » de dommage pour l'entreprise.

Certes, cette notion de « risque sérieux », ainsi que le concédait le Professeur Gaudu, « *est logiquement un peu choquante, parce qu'un risque, par définition, ne garantit pas la réalisation ultérieure d'un dommage* »⁸⁴⁹. Toutefois, puisque l'absence de réalisation du dommage n'écarte pas l'existence d'un préjudice, la formule est moins « choquante » qu'il n'y paraît.

330 - Pour apprécier le caractère plus ou moins sérieux du risque, les juges pourront tenir compte de l'« *ampleur du dommage encouru* » et du « *degré de probabilité du dommage* »⁸⁵⁰. Un directeur d'une colonie de vacances ne saurait, par exemple, conserver à son service un moniteur condamné pour des actes de pédophilie, ou d'exhibition sexuelle, dans le cadre de sa vie personnelle⁸⁵¹. Dans de telles circonstances, le risque de dommage n'est pas simplement sérieux. Il est inconsideré.

331 - Naturellement, en cas de doute sur le sérieux du risque, celui-ci devra, comme toujours en cette matière, profiter au salarié⁸⁵².

332 – Il apparaît en définitive que, pour être légitime, la perte de confiance de l'employeur devra reposer sur des éléments objectifs, dont la pertinence et l'imputabilité varieront en fonction du caractère plus ou moins nécessaire de la confiance de l'employeur (les

⁸⁴⁶ À rapp. Cass. 2^{ème} civ., 20 juin 2004, n° 03-10.434, *Bull.civ.* II, n° 291 ; *RTD civ.* 2004, p. 738, obs. P. JOURDAIN : traité sous l'angle des troubles anormaux du voisinage ; sur les préjudices d'angoisse, v. P. JOURDAIN, « Les préjudices d'angoisse », *JCP G.* 2015, 739.

⁸⁴⁷ Cass.soc., 11 mai 2010, n° 09-42.241, *Bull. civ.* V, n° 106 ; *Dr. soc.* 2010, p. 839, avis J. DUPLAT ; *RTD civ.* 2010, p. 564, obs. P. JOURDAIN.

⁸⁴⁸ Ph. Le TOURNEAU et C. BLOCH, « Caractères du préjudice », in *Droit de la responsabilité et des contrats*, (dir. Ph. Le Tourneau), Dalloz action, 2021-2022, spéc., n° 2123.74: les auteurs se demandent si, et laissent entendre que « *le risque sérieux de subir un dommage peut d'ores et déjà être la source d'un préjudice constitué* ».

⁸⁴⁹ F. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », art. préc., spéc., n° 20.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, n° 21.

⁸⁵¹ À comp. Cass.soc., 8 nov. 2011, n° 10-23.593, *inédit* : retenant que le licenciement pour faute grave était, dans une situation voisine, justifié.

⁸⁵² Cf. C. trav. art. L. 1235-1, al. 5 (figurant dans une section 1 consacrée aux « dispositions communes »): « *Si un doute subsiste, il profite au salarié* ».

variables)⁸⁵³. En revanche, dans tous les cas, ces éléments objectifs devront être extérieurs au contrat de travail et préjudiciables pour l'entreprise (les constantes)⁸⁵⁴.

333 - Dans cette démarche prospective, la distinction entre les variables et les constantes pourrait également servir à établir une répartition du contrôle entre les juges du fait et du droit. Une solution possible consisterait, en effet, à confier au pouvoir souverain des juges du fond l'appréciation des variables de la légitimité de la perte de confiance, essentiellement factuelles. Il en irait ainsi de la détermination du caractère plus ou moins nécessaire de la confiance, et de la dispense d'imputabilité des faits qui peut, exceptionnellement, en résulter. Pour ce qui est des constantes, en revanche, la Cour de cassation pourrait exercer un contrôle normatif léger, et avoir recours à une formule (imaginaire) de type : « la cour d'appel a pu décider que les agissements du salarié, à la fois extérieurs au contrat de travail et préjudiciables à l'entreprise, légitimaient bien la perte de confiance de l'employeur »⁸⁵⁵.

334 – Les modalités d'appréciation des éléments objectifs étant maintenant précisées, nous pouvons envisager les principales sources de légitimation de la perte de confiance de l'employeur.

Sous-section 2 : Les sources de légitimation de la perte de confiance

335 - Sans prétendre à l'exhaustivité, cinq sources de légitimation de la perte de confiance, répondant à l'ensemble des critères d'appréciation des éléments objectifs, ont principalement retenu notre attention : la délinquance extraprofessionnelle (§ 1), l'activité concurrentielle détachée de l'exécution du contrat (§ 2), les fautes commises au cours de l'exercice d'un mandat (§ 3), l'exercice abusif du droit à la liberté d'expression en dehors du temps et du lieu de travail (§ 4), et, plus prospectif, *l'abus de droit à la vie personnelle* (§ 5).

§ 1 - La délinquance extraprofessionnelle

336 - Par le passé, l'employeur avait naturellement tendance à invoquer le motif de perte de confiance en cas de poursuites pénales du salarié⁸⁵⁶. De façon très critiquable, lorsque ces poursuites étaient en lien avec les fonctions, le licenciement pour perte de confiance pouvait être un moyen, pour l'employeur, de contourner le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal⁸⁵⁷. Peu importait l'issue de la procédure pénale et le non-lieu prononcé au bénéfice du salarié : l'incertitude de la matérialité des faits n'excluait pas la perte de confiance de l'employeur⁸⁵⁸.

⁸⁵³ V. *supra*, n^{os}302.

⁸⁵⁴ V. *supra*, n^{os} 320.

⁸⁵⁵ À noter que la Cour de cassation ne contrôle plus la qualification de cause réelle et sérieuse de licenciement depuis le milieu des années 1980, sauf... « *lorsque les juges du fond retiennent la perte de confiance comme cause de licenciement* » ; en ce sens, v. G. AUZERO, D. BAUGARD, et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, ouv. préc., n^o 452, p. 576.

⁸⁵⁶ V. not. V. M. ROGER, « Les effets de la délinquance du salarié sur son contrat de travail », *Dr. soc.* 1980, p. 175 ; J. SAVATIER, « Le licenciement pour des faits susceptibles d'incrimination pénale », *Dr. soc.* 1991, p. 626.

⁸⁵⁷ V. par ex. Cass.soc., 10 mai 1979, n^o 77-41.759, *Bull.soc.*, n^o 401 : retenant que le licenciement intervenu avant la fin de l'information judiciaire, finalement close par un non-lieu, reposait sur une cause réelle et sérieuse, en raison de la disparition du climat de « *confiance indispensable entre l'employeur et le salarié* ».

⁸⁵⁸ V. par ex. Cass.soc., 29 fév. 1984, n^o 81-42.579, *Bull.civ. V*, n^o 76 : cassant un arrêt de cour d'appel qui avait écarté le bien-fondé du licenciement en raison de la fragilité des preuves dont disposait l'employeur, « *sans s'expliquer sur la disparition du climat de confiance entre la société (...) et la salariée, invoquée en cours de procédure par l'employeur* ».

La doctrine dénonça cette jurisprudence peu orthodoxe, qui fondait le licenciement sur le soupçon, sans égard pour l'autorité de la chose jugée au pénal⁸⁵⁹. Dans un important arrêt du 12 mars 1991, la Cour de cassation procédait à un revirement et jugeait que l'incertitude de la matérialité des faits excluait, non seulement, la faute, mais aussi la perte de confiance⁸⁶⁰.

Il va sans dire qu'en proposant de réhabiliter, sous une forme nouvelle, le motif fidéiste, nous n'entendons pas opérer un retour en arrière. Seule la « délinquance extraprofessionnelle » constituera une possible source de légitimation de la perte de confiance.

337 - Le choix des mots a son importance. Le terme « délinquance » a un sens précis en droit pénal. Il désigne « *tout comportement sanctionné par la loi pénale* »⁸⁶¹. En visant la « délinquance » du salarié, et non sa simple « mise en cause en matière pénale », nous excluons, par là-même, le soupçon⁸⁶², pour ne retenir que *les actes qui, prévus par la loi, ont été réprimés et ont fait l'objet d'une condamnation par une autorité judiciaire ou administrative*.

La notion de délinquance suppose, a minima, que la matérialité des faits soit établie. L'idée n'est définitivement pas de réintroduire, sur le modèle du droit allemand, le licenciement pour soupçon⁸⁶³, a fortiori, si l'infraction suspectée se rattache aux fonctions, au temps ou au lieu de travail.

338 - Du fait de la condition d'extériorité que nous proposons, seule la délinquance « extraprofessionnelle » du salarié constitue une possible source de légitimation de la perte de confiance de l'employeur. L'infraction doit, non seulement, être réprimée, mais elle doit aussi être indépendante des fonctions, du temps et du lieu travail. Les coups et blessures infligés au salarié, lors d'une réunion du personnel, dans les locaux du comité d'entreprise, s'ils peuvent éventuellement justifier un licenciement pour faute, ne peuvent ainsi en rien légitimer la « nouvelle » perte de confiance de l'employeur⁸⁶⁴.

⁸⁵⁹ v. not. J. PRALUS-DUPUY, « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », *RSC*. 1992, p. 229 : « Une véritable dérogation à l'exigence d'une infraction pénalement qualifiable a existé, jusqu'à une époque très récente, dans le droit disciplinaire du travail : elle s'est matérialisée dans la notion de perte de confiance qui permettait à l'employeur d'invoquer, comme cause de licenciement disciplinaire, le simple soupçon d'un comportement délictueux, le doute sur l'innocence du salarié. L'infraction supposée restait une cause de licenciement quand bien même l'existence de faits était démentie par les juridictions répressives ».

⁸⁶⁰ Cass.soc., 12 mars 1991, n° 88-43.153, *Bull.civ.* V, n° 122 (revirement) ; *JCP E.* 1991, 176, note F. TAQUET.

⁸⁶¹ V. M. ROGER, « Les effets de la délinquance d'un salarié sur son contrat de travail », spéc., n° 7.

⁸⁶² À comp. V. VALETTE, *La personne mise en cause en matière pénale*, préf. Ph. Conte, LGDJ, fond. Varenne, 2002, spéc., n° 7 : « Être mis en cause, c'est voir (...) sa qualité d'innocent se transformer en celle d'éventuel coupable, c'est devenir suspect. Le trait essentiel d'une personne mise en cause est, précisément, qu'on la soupçonne. »

⁸⁶³ B. MICHEL, « Le licenciement pour soupçon en droit allemand », in *Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 403. En droit allemand, le licenciement peut reposer sur des « soupçons impérieux de réalisation d'un acte répréhensible » (v. BAG, AP Nr. 13, 18 zu §626 BGB ; Verdacht strafbarer Handlungen). Bien que soumis à des conditions strictes, ce motif prospère avec une « nette recrudescence » depuis les années 90. Le *Bundesarbeitsgericht* (le Tribunal fédéral du travail en Allemagne) a précisé que : « Contrairement aux critiques qu'on peut parfois trouver dans la doctrine (...) il y a lieu de maintenir l'instrument pour soupçon. Toute relation de travail en tant que la relation durable caractérisée par une implication de personnes suppose un minimum de confiance mutuelle des partenaires x(...) » (BAG., 14, 11, 1994, *NZA*. 1995, 1110 ff) ; sur le licenciement pour soupçon en droit allemand, v. égal. P. ZIMMERMANN, « Le licenciement disciplinaire. Die Verhaltensbedingte Kündigung », in *La rupture du contrat de travail en droit français et allemand*, C. Marraud, F. Kessler et F. Géa (dir.), PUS, 2000, spéc., p. 105 et s. ; v. dern. P. RÉMY, « Contre toute instrumentalisation du droit d'ailleurs - d'où qu'elle vienne et dans quelque intérêt que ce soit », *RDT*. 2020, p. 701.

⁸⁶⁴ À rapp. Cass.soc., 12 janv. 1999, n° 96-43.705, inédit : « Mais attendu qu'ayant relevé qu'au cours d'une réunion du personnel organisée dans les locaux de l'entreprise par le comité d'entreprise, le salarié, cadre de l'entreprise, avait donné un violent coup au visage d'un autre salarié, la cour d'appel a pu décider que ce comportement qui relevait de la vie professionnelle était de nature à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise et constituait une faute grave (...) ».

339 - La « délinquance extraprofessionnelle », à la supposer établie, doit, en toute hypothèse, être « préjudiciable » à l'entreprise. Pour reprendre des exemples tirés de la jurisprudence antérieure, on songe notamment à la situation de ce salarié, surpris par la police en train de fracturer la vitrine du magasin en dehors du temps et du lieu de travail, et qui manipule des films de valeur dans le cadre de ses fonctions⁸⁶⁵. Ou encore, à cet employé du Commissariat à l'Énergie atomique qui, pendant ses congés, braque, sous la menace d'une arme, un établissement bancaire⁸⁶⁶. Dans ces espèces, le risque de « rechute » dans la vie professionnelle nous paraît effectivement assez « sérieux », pour légitimer la perte de confiance de l'employeur.

À l'inverse, la condamnation d'un clerc de notaire pour aide au séjour irrégulier d'un étranger ne fait certainement pas encourir un « risque sérieux » de dommage à l'entreprise. Une telle délinquance de « fraternité »⁸⁶⁷, bien qu'extraprofessionnelle, ne semble pas « *de nature à faire douter de la capacité du salarié d'exercer ses attributions* »⁸⁶⁸. On ne saurait en dire autant du chauffeur-livreur qui se fait retirer son permis de conduire dans sa vie personnelle.

340 - La question du retrait du permis dans la vie personnelle mérite, assurément, une attention particulière. Elle est assez symptomatique du vide laissé par la disparition de l'ancien motif de perte de confiance. Le contentieux est riche, et, manifestement, la jurisprudence se cherche encore...

Après avoir jugé, en 2001, que le retrait du permis de conduire dans la vie personnelle ne pouvait constituer une faute disciplinaire⁸⁶⁹, la Cour de cassation retint la solution inverse en 2003⁸⁷⁰. Elle fit finalement marche arrière dans un arrêt déjà évoqué du 3 mai 2011⁸⁷¹. Depuis lors, il est acquis que le fait, pour un salarié qui utilise un véhicule dans le cadre de ses fonctions, de se faire retirer son permis de conduire par suite d'une utilisation dans sa vie personnelle ne peut justifier un licenciement disciplinaire⁸⁷². La Cour de cassation ne ferme toutefois pas la voie, dans ce cas, au licenciement non disciplinaire.

⁸⁶⁵ Cass.soc., 29 janv. 1981, préc.

⁸⁶⁶ Cass.soc., 26 fév. 2003, n° 01-40.255, inédit : estimant, toutefois, « *le comportement incriminé du salarié était intervenu en dehors du travail et n'avait aucun lien avec l'activité professionnelle et que l'incarcération du salarié n'avait entraîné aucun trouble dans l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise, la cour d'appel a exactement décidé (...) que ce fait de vie personnelle ne constituait pas une cause réelle et sérieuse de licenciement* » ; pour une critique de cette solution, v. not. J. SAVATIER, *D.* 2003, p. 1077 : « *Peut-on vraiment reprocher à un employeur, et spécialement à l'exploitant d'une entreprise soumise à des obligations particulières de sécurité, de licencier un salarié mis en examen et emprisonné pour un acte criminel, qui paraît avoir été en l'espèce celui réprimé par l'article 312-5 du Code pénal (extorsion commise avec usage ou menace d'une arme) ? Le souci de protection de l'emploi du salarié doit-il aller jusqu'à l'indemniser de la rupture de son contrat de travail provoquée par ses actes criminels commis pendant ses loisirs ? En d'autres termes, la liberté dont jouit le salarié dans sa vie personnelle en dehors du travail peut-elle être opposée par lui à l'employeur quand il en a usé d'une manière portant gravement atteinte à l'ordre public, même sans nuire directement à l'entreprise ?* ».

⁸⁶⁷ À rapp. Cons. const. 6 juillet 2018, M. Cédric H et autre, n° 2018-717/718, QPC : reconnaissant la valeur constitutionnelle du principe de fraternité dans le cadre de l'aide au séjour irrégulier.

⁸⁶⁸ À comp. F. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », art. préc., spéc., n° 17 : « *À partir du moment où les fautes, quoique commises en dehors du champ contractuel, sont de nature à faire douter de la capacité du salarié d'exercer ses attributions, la possibilité d'un licenciement pour perte de confiance ne peut être totalement écartée.* »

⁸⁶⁹ Cass.soc., 26 septembre 2001, n° 99-43.636, inédit.

⁸⁷⁰ Cass.soc., 12 déc. 2003, n°01-43.227, *Bull. civ.* V, n° 304 ; *JCP G.* 2004. II. 10025, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *D.* 2004, p. 2462, note B. BOUDIAS ; *Dr. soc.* 2004, p. 550, note J. SAVATIER.

⁸⁷¹ Cass.soc., 3 mai 2011, préc.

⁸⁷² Sauf, éventuellement, lorsqu'une clause du contrat de travail érige la détention du permis de conduire en condition essentielle ; v. sur ce point, A. FABRE, « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – motif personnel – Motif personnel disciplinaire », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2020, spéc., n°

Dans un arrêt non publié du 9 novembre 2017, elle a en effet considéré que « le retrait du permis de conduire du salarié pendant une durée de huit mois entraînait un trouble objectif caractérisé dans le fonctionnement de l'entreprise »⁸⁷³. L'idée de recourir ainsi au « trouble objectif » pour justifier un tel licenciement ne va pourtant pas de soi. « *Le trouble est-il créé par le seul fait que le salarié ne peut plus exécuter le travail convenu ? On peut en douter*, répond M. P.-H. ANTONMATTEI⁸⁷⁴, pourtant fervent défenseur de cette cause non fautive de rupture⁸⁷⁵. En appeler à « *l'impossibilité d'exécuter le contrat de travail* », comme l'a plus récemment fait la Cour de cassation⁸⁷⁶, ne nous convainc pas davantage, l'impossibilité en question n'ayant qu'un caractère temporaire⁸⁷⁷.

Bref, c'est peu dire que la jurisprudence hésite.

341 - Une solution simple et cohérente consisterait à justifier, dorénavant, le licenciement du chauffeur-livreur, qui se fait retirer son permis de conduire dans sa vie personnelle, par la perte légitime de confiance de l'employeur, cause non fautive de rupture. La délinquance extraprofessionnelle du salarié apparaît bien, ici, « préjudiciable » à l'entreprise. La collaboration avec un chauffard ou un irresponsable représente, mathématiquement, un « risque sérieux » de dommage futur pour l'entreprise. Naturellement, si le salarié n'utilise pas de véhicule dans le cadre de ses fonctions, « *la perte de confiance devient surréaliste ou hypocrite* »⁸⁷⁸. Faute de faire encourir un « risque sérieux » de dommage, le retrait du permis de conduire ne peut jamais être un élément pertinent de nature à accréditer notre motif de rupture.

342 - Avec la délinquance extraprofessionnelle comme possible source de légitimation de la perte de confiance, la crainte exprimée naguère par le Professeur Despax se dissipe : l'employeur n'aura jamais « *les mains libres pour se débarrasser d'un salarié que des poursuites pénales, même injustifiées, ont rendu à ses yeux indésirables* »⁸⁷⁹.

§ 2 - L'activité concurrentielle détachée de l'exécution du contrat

343 - En faisant concurrence à son employeur au cours d'une période de suspension du contrat de travail, pour cause de maladie ou d'accident, le salarié manque, aujourd'hui, à son « obligation » de loyauté. Le périmètre de cette « obligation » nous paraît, nous l'avons dit⁸⁸⁰, beaucoup trop large. Dans la perspective d'un recentrage, la concurrence du salarié, en dehors du temps et du lieu de travail, pourrait être une source de légitimation de la perte de confiance de l'employeur (A). En droit positif, la Cour de cassation écarte parfois le manquement à l'obligation de loyauté lorsque le salarié révèle spontanément l'existence d'un conflit d'intérêts lié à une activité concurrente qu'il exerce ou dirige. L'employeur se retrouve alors dans une

46 : l'auteur doute toutefois que ce type de clause puisse systématiquement justifier le prononcé d'un licenciement disciplinaire.

⁸⁷³ Cass.soc., 9 nov. 2017, n° 16-14.407, *inédit*.

⁸⁷⁴ P.- H. ANTONMATTEI, « Le licenciement pour trouble objectif », *Dr. soc.*, 2012, p. 10

⁸⁷⁵ *Ibid.* : soulignant que « *Le licenciement pour trouble objectif n'a pas acquis la notoriété qu'il mérite* ».

⁸⁷⁶ Cass.soc., 28 nov. 2018, n° 17-15.379, PB ; *Dr. soc.* 2019, p. 360, obs. J. MOULY ; *RDT*. 2019, p. 725, obs. F. FOUVET.

⁸⁷⁷ En ce sens, v. J. MOULY, obs. sous Cass.soc., 12 fév. 2014, *Dr.soc.* 2014, p. 479, qui fait le parallèle avec la détention provisoire, et qui se demande si une mesure de suspension du contrat de travail ne serait pas plus adaptée.

⁸⁷⁸ En ce sens, v. v. M. RICHEVAUX, « Délinquance extra-professionnelle du salarié et contrat de travail », *Dr. ouv.* 1995, p. 504, spéc., p. 506.

⁸⁷⁹ M. DESPAX, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », art. préc., spéc., n° 27.

⁸⁸⁰ V. *supra*, n° 275.

situation de blocage, obligé de conserver à son service un salarié qui, bien que loyal, lui fait, même indirectement, concurrence. Un licenciement pour perte légitime de confiance devrait, là aussi, pouvoir être envisagé (B).

A. L'exercice d'une activité concurrente au cours d'une période de suspension du contrat de travail

344 - La constance d'une solution n'est pas un gage de sa pertinence. La Cour de cassation juge, depuis les années 1990, que « *la suspension du contrat de travail provoquée par la maladie ou l'accident ne supprime pas l'obligation de loyauté du salarié à l'égard de l'employeur* »⁸⁸¹. Elle en déduit logiquement que l'exercice, par le salarié, d'une activité concurrente au cours de cette période constitue un manquement à l'obligation de loyauté⁸⁸², qui justifie un licenciement pour faute grave, sans préavis, ni indemnité⁸⁸³.

345 - Le maintien de la nature obligationnelle de la loyauté, que ce soit dans la vie personnelle du salarié stricto sensu, ou au cours de la période de suspension du contrat de travail, nous apparaît contre-nature. Il y a là comme un « forçage » de l'« obligation », là où il ne devrait être question que de « devoir »⁸⁸⁴.

346 - La persistance de l'« obligation » de loyauté, par-delà l'exécution du contrat de travail, aboutit à traiter de façon similaire des situations qui ne sont pas comparables. Aujourd'hui, la jurisprudence ne distingue pas selon que les actes de concurrence imputables au salarié sont commis au cours de l'exécution du contrat, ou, pendant une période de suspension. Ici et là, en effet, le licenciement pour faute grave de l'intéressé se justifie en raison du manquement à l'« obligation » de loyauté⁸⁸⁵.

Or, le détournement de la clientèle de l'entreprise nous semble nettement plus répréhensible au temps et au lieu de travail, qu'au cours d'une période de suspension du contrat. Ne serait-ce qu'en raison du « *relâchement du lien de subordination* » qui s'opère au cours de cette parenthèse dans l'exécution⁸⁸⁶.

Sans verser dans le moralisme outrancier, la concurrence déloyale du salarié au cours de l'exécution du contrat de travail pourrait s'apparenter à un adultère commis dans le lit

⁸⁸¹ V. not. Cass.soc., 15 juin 1999, n° 96-44.772, *Bull. civ. V*, n° 279 ; v. déjà Cass.soc., 27 nov. 1991, n° 88-43.161, *Bull. civ. V*, n° 537.

⁸⁸² Pour qu'un tel manquement soit caractérisé, il faut que l'activité exercée par le salarié durant la suspension du contrat cause un préjudice à l'entreprise ; ce qui est le cas de l'activité concurrente ; en ce sens, v. Cass.soc., 12 oct. 2011, n° 10-16.649, *Bull. civ. V*, n° 231 ; *RDT*, 2011, p. 698, note S. MAILLARD-PINON ; *JCP S.* 2012, 24 janv. 2012, 1027, note B. BOSSU : « *Attendu que (...) pour fonder un licenciement, l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail doit causer préjudice à l'employeur ou à l'entreprise* ».

⁸⁸³ V. par ex. Cass.soc., 5 juillet 2017, n° 16-15.623, PB, *Dr. soc.* 2017, p. 882, obs. J. MOULY : « *Mais attendu que la cour d'appel, ayant retenu que la salariée, qui occupait le poste de chef d'équipe et avait une fonction de référente à l'égard de ses collègues, avait exercé pendant ses congés payés des fonctions identiques à celles occupées au sein de la société AVC Intervention, pour le compte d'une société directement concurrente qui intervenait dans le même secteur d'activité et dans la même zone géographique, et avait ainsi manqué à son obligation de loyauté en fournissant à cette société, par son travail, les moyens de concurrencer son employeur, a pu en déduire, sans avoir à caractériser l'existence d'un préjudice particulier subi par l'employeur, que ces agissements étaient d'une gravité telle qu'ils rendaient impossible le maintien de l'intéressée dans l'entreprise (...)* ».

⁸⁸⁴ V. *supra*, n° 275.

⁸⁸⁵ V. Cass.soc., 15 janvier 2015, n° 12-35.072, *inédit* : licenciement pour faute grave motivé par la concurrence du salarié au cours de l'exécution du contrat ; Cass.soc., 5 juillet 2017, préc. : licenciement pour faute grave du salarié en raison de l'exercice d'une activité concurrente pendant une période de suspension.

⁸⁸⁶ Selon l'expression de M. J. PÉLISSIER, cf. « La suspension du contrat de travail », in *Études offertes à A. Brun*, 1974, p. 434.

conjugal : les circonstances de temps et de lieu alourdissent la faute - qui a une nature disciplinaire seulement au cours de l'exécution du contrat - et décuplent le sentiment de trahison.

347 - Dans la mesure où la concurrence du salarié au cours d'une période de suspension constitue un élément extérieur au contrat et préjudiciable à l'entreprise, elle pourrait légitimer la perte de confiance de l'employeur. Notre proposition va, certes, à l'encontre d'une jurisprudence bien établie⁸⁸⁷, qui, au reste, semble satisfaire la doctrine⁸⁸⁸. Il n'en demeure pas moins que, par souci de cohérence, encore une fois, la concurrence du salarié pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne peut, selon nous, être traitée de la même manière que la concurrence du salarié commise au temps et au lieu de travail⁸⁸⁹.

Il y a aussi cet aspect plus psychologique, lié au sentiment que le temps de la suspension appartient davantage au salarié qu'à l'entreprise. Il relève, en tout cas, de la vie personnelle, plus que de la vie professionnelle⁸⁹⁰. La perte de confiance y trouve davantage sa place que la faute disciplinaire.

348 - Le maintien de l'envahissante « obligation » de loyauté pendant la période de suspension du contrat coïncide, dans le temps, avec le dépérissement du motif de perte de confiance⁸⁹¹. Le processus enclenché dans les années 1990 devrait pouvoir s'inverser. Ce que l'« obligation » de loyauté a pris à la perte de confiance, la perte de confiance, une fois réhabilitée, devrait pouvoir le lui reprendre. Un tel mouvement présenterait l'avantage de réduire la voilure de la faute disciplinaire⁸⁹².

La concurrence déloyale « extraprofessionnelle » du salarié ne justifierait, ainsi, plus un licenciement pour faute grave, elle causerait un licenciement pour perte légitime de confiance, cause non fautive de rupture, avec les conséquences indemnitaires que cela implique⁸⁹³.

349 – Outre l'activité directement concurrentielle exercée pendant une période de suspension du contrat, le traitement réservé par la jurisprudence au salarié détenteur de parts sociales dans une société concurrente soulève également des difficultés...

B. La détention de parts sociales dans une société concurrente

350 - Il arrive qu'un salarié concurrence indirectement à son employeur, à travers une société, dont lui ou un proche détient tout ou partie des parts sociales. La résolution d'un tel conflit d'intérêts peut soulever quelques difficultés en pratique, comme en témoigne un arrêt inédit du 31 mars 2010⁸⁹⁴, qui avait tout du cas d'école.

L'employeur avait ici découvert que le salarié, responsable du service de la vente de « perles fantaisies », commercialisait, par l'intermédiaire d'une société qui lui appartenait à

⁸⁸⁷ V. dern. Cass.soc., 20 fév. 2020, n° 18-10.017, PB, D. 2020, p. 489.

⁸⁸⁸ V. not. G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 34^e éd., 2021, n° 360, p. 456 : pour qui « *La construction jurisprudentielle est logique. La maladie ou l'accident suspend l'obligation du salarié de fournir sa prestation de travail mais elle ne suspend pas son obligation de loyauté* ».

⁸⁸⁹ Tout comme la consommation de drogues par le steward ne devrait pas être traitée de la même manière, selon qu'elle a lieu en escale ou en plein vol, à rapp. Cass.soc., 27 mars 2012, préc.

⁸⁹⁰ En ce sens, v. S. MAILLARD-PINON, note préc. : « *Pendant la suspension du contrat de travail, le salarié se situe en dehors du temps et du lieu de travail (...) Son activité relève de sa vie personnelle* ».

⁸⁹¹ Cass.soc., 27 nov. 1991 préc. : posant le maintien de l'obligation de loyauté au cours de la période de suspension du contrat ; Cass.soc., 29 nov. 1990, préc. : annonçant la fin du motif de perte de confiance.

⁸⁹² Au profit de la faute délictuelle et de la responsabilité du même nom ; sur ce point, v. *infra*, n°s 397.

⁸⁹³ Sur les conséquences indemnitaires du licenciement pour perte légitime de confiance, v. *infra*, n°s 388 et s.

⁸⁹⁴ Cass.soc., 31 mars 2010, n° 08-45.167, inédit ; *Rev. sociétés* 2011, p. 26, obs. L. GODON.

99% et dont il avait confié la gestion à sa femme, un produit identique. L'intéressé fut licencié pour faute grave, et contesta ensuite le bien-fondé de son licenciement devant le juge. La Cour de cassation, qui eut à connaître du litige, estima que la rupture ne lui était pas imputable. Elle considéra, d'une part, que le salarié « *ne jouait aucun rôle actif dans ladite société* » ; et d'autre part, qu'il « *n'était pas tenu d'informer l'employeur de ce qu'il détenait des participations financières, fussent-elles majoritaires* »⁸⁹⁵.

Cette solution était doublement critiquable. En estimant, tout d'abord, que le salarié ne jouait aucun rôle actif dans la société concurrente, la haute juridiction fermait les yeux sur le fait que le salarié détenait 99% du capital de la société concurrente. En pratique, il devait, d'une manière ou d'une autre, prendre part aux orientations stratégiques et décisions sociales et ce, d'autant que la gestion de cette société avait été confiée à son épouse. En autorisant, ensuite, le salarié à ne pas révéler à son employeur qu'il détenait la majorité des parts sociales dans une société concurrente, la Cour de cassation encourageait la déloyauté et adoptait une position excessivement libérale⁸⁹⁶. Elle faisait, logiquement, évoluer sa jurisprudence, dans un arrêt du 12 janvier 2012⁸⁹⁷, qui reflète l'état actuel du droit positif.

Depuis cette dernière décision, il est acquis que la simple non-révélation du conflit d'intérêts constitue, en soi, un manquement à l'obligation de loyauté du salarié⁸⁹⁸. A contrario, le manquement doit, logiquement, être écarté lorsque ce conflit a été révélé.

351 - Il existe donc une situation de blocage : si la révélation du conflit d'intérêts écarte le manquement à l'obligation de loyauté, elle ne résout pas le conflit pour autant. L'exemple précité du vendeur de perles est assez parlant⁸⁹⁹. En supposant que le salarié ait informé l'employeur du conflit d'intérêts, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, la situation restait, malgré tout, problématique⁹⁰⁰. Le salarié ne peut, à la fois, être responsable de la vente d'un produit au sein d'une entreprise et commercialiser ce même produit, dans sa propre société.

Une fois informé de l'existence du conflit d'intérêts, l'employeur, qui porte l'intérêt de l'entreprise, est tenu de réagir. On conviendra qu'il ne peut rester les bras croisés et faire comme si de rien n'était⁹⁰¹.

352 - La détention de parts sociales dans une société concurrente constitue un élément extérieur au contrat de travail et préjudiciable à l'entreprise. Elle constitue, à ce titre, une possible source de légitimation de la perte de confiance de l'employeur.

En présence d'un tel conflit d'intérêts, l'alternative serait alors la suivante : ou le salarié s'abstient d'en informer l'employeur et le manquement à l'obligation de loyauté peut justifier un licenciement pour faute grave, ou le salarié décide d'en révéler l'existence et un licenciement pour perte légitime de confiance serait, éventuellement, envisageable. Dans les deux cas, il est vrai, le contrat de travail est rompu...

⁸⁹⁵ *Ibid.*

⁸⁹⁶ En ce sens, v. L. GODON, obs. préc.

⁸⁹⁷ Cass. soc., 12 janv. 2012, n° 10-20.600, *inédit* ; JCP E. 16 fév. 2012, 1132, note B. DONDERO.

⁸⁹⁸ En ce sens, B. DONDERO, note préc. :

⁸⁹⁹ Cass. soc., 31 mars 2010, préc.

⁹⁰⁰ À comp. B. DONDERO, « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », *D.* 2012, p. 1686, spéc., n° 23 : « *L'utilité des règles spécifiques (des conflits d'intérêts) consiste encore à dire dans quelle mesure le conflit d'intérêts qui a été porté à la connaissance des titulaires des intérêts concernés n'est plus problématique* ».

⁹⁰¹ La révélation du conflit engage, peut-on dire, l'employeur ; en ce sens, v. D. SCHMIDT, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », *D.* 2013, p. 446 : « *La révélation du conflit d'intérêts et/ou des intérêts personnels constitue une mesure d'importance primordiale : elle a pour objet d'avertir de l'existence d'un risque et de permettre aux personnes exposées de réagir pour la préservation de leurs intérêts* ».

Il faut néanmoins rappeler, qu'à la différence de la faute grave, la perte légitime de confiance constitue une cause non fautive de rupture. Elle ne prive donc pas le salarié des indemnités afférentes au licenciement non disciplinaire. Ce n'est pas négligeable⁹⁰². Du reste, si le salarié veut absolument conserver son emploi, il peut aussi céder ses parts.

353 - La Cour de cassation considère, aujourd'hui, à juste titre, que la prise de participation, même majoritaire, du salarié dans le capital d'une société concurrente n'est pas fautive⁹⁰³. Le salarié peut ainsi concurrencer, fût-ce indirectement, la société qui l'emploie. Or, comme l'écrit M. J.-E. RAY, « *on ne peut être collaborateur et concurrent* »⁹⁰⁴. Un licenciement pour motif non disciplinaire reposant, précisément, sur la perte légitime de confiance devrait, dès lors, être possible.

Dans des cas exceptionnels, l'employeur devrait même, selon nous, pouvoir invoquer ce motif lorsque les parts sociales dans la société concurrente ne sont pas détenues par le salarié, mais par un de ses proches⁹⁰⁵. Cette hypothèse, très marginale, ne concernerait que les cadres dirigeants, pour lesquels nous avons prévu, du fait de la confiance particulière dont ils sont investis, une possible dispense d'imputabilité des éléments objectifs⁹⁰⁶.

354 - Pour l'heure, notons que le retour du motif fidéiste, nouvellement constitué, permettrait de débloquent certaines situations problématiques engendrées par la concurrence, même passive, du salarié ou de son entourage. L'employeur pourrait, plus généralement, recourir à ce motif pour résoudre les conflits d'intérêts qui échappent légitimement à l'emprise de l'obligation de loyauté.

⁹⁰² Sur ce point, v. *supra*, n° 314.

⁹⁰³ Cass.soc., 8 nov. 1989, n° 86-44.323, *inédit*.

⁹⁰⁴ J.-E. RAY, « Fidélité et exécution du contrat de travail », *Dr.soc.* 1991, p. 376.

⁹⁰⁵ À comp. N. MOIZARD, note sous Cass.soc., 29 sept. 2014, *RD.T.* 2014, p. 762 : l'auteur se demande « *si n'entrerait pas dans le champ étendu de l'obligation de loyauté, celle d'informer sa hiérarchie d'un conflit d'intérêt lié à l'activité du conjoint* ».

⁹⁰⁶ V. *supra*, n° 307.

§ 3 – Les fautes commises au cours de l'exercice d'un mandat

355 - Du fait de leur extériorité par rapport au contrat de travail, les fautes commises au cours de l'exercice d'un mandat, social (A) ou syndical (B), ne devraient pas justifier un licenciement disciplinaire, mais bien plutôt un licenciement pour perte légitime de confiance.

A. Les fautes commises au cours d'un mandat social

356 - Même si la qualité de salarié suppose une subordination juridique, et celle de dirigeant une totale indépendance, la jurisprudence autorise, curieusement, le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social sur la tête d'une seule et même personne⁹⁰⁷. Pour que ce cumul soit licite, les fonctions découlant des deux contrats doivent, néanmoins, être effectives et distinctes⁹⁰⁸. Il faut, en outre, comme pour tout contrat de travail, que l'on puisse constater l'existence d'un lien de subordination⁹⁰⁹. Aussi étonnant que cela puisse paraître, le dirigeant doit être le subordonné de la société qui l'emploie⁹¹⁰...

Dans l'hypothèse d'un cumul irrégulier, la Cour de cassation, plutôt que de se placer sur le terrain de la nullité, considère que le contrat de travail est suspendu de plein droit pendant l'exécution du mandat⁹¹¹. De sorte que, après avoir exercé ses fonctions de mandataire social, ou en cas de révocation prématurée, le salarié est, en principe, assuré de retrouver son emploi⁹¹².

Dans tous les cas, qu'il y ait cumul ou suspension, la question se pose de savoir si les fautes commises dans l'exercice du mandat social peuvent avoir une incidence sur la poursuite du contrat de travail, et si, plus précisément, la juste révocation du mandat ne pourrait pas constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement⁹¹³.

357 - Il existe, en vertu de l'article L. 225-61 du Code de commerce, un principe d'indépendance entre contrat de travail et mandat social⁹¹⁴, auquel la jurisprudence est normalement attachée. Selon ce principe « *structurant du droit des sociétés* »⁹¹⁵, les manquements commis au cours de l'exercice du mandat social, et éventuellement sanctionnés dans ce cadre, ne peuvent fonder la rupture du contrat de travail⁹¹⁶.

⁹⁰⁷ Sur cette question, v. G. AUZERO et N. FERRIER, « Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social - Cumul au sein d'une même société », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, avril 2021.

⁹⁰⁸ Cass.soc., 25 mai 1989, n° 86-42.021, *Bull.civ.* V, n°392 : constatant que l'intéressé ne remplissait pas « *de façon distincte son mandat et les tâches d'un contrat de travail* ».

⁹⁰⁹ Depuis l'arrêt Bardou de 1931, « *la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie* » ; cf. Cass.soc., 6 juill. 1931, *Dr. publ.* 1931, 1. 131, note P. PIC.

⁹¹⁰ En ce sens, v. G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 34^e éd., 2021, n° 760, p. 945 : se demandant, « *comment, en effet, une personne détenant une fraction plus ou moins importante du pouvoir de direction en vertu d'un mandat social pourrait-elle être, dans le même temps, liée à la société employeur par un contrat de travail, dont on sait qu'il est caractérisé par un lien de subordination ?* ».

⁹¹¹ V. not. Cass.soc., 26 avril 2000, n° 97-44.242, *Bull.civ.* V, n° 152.

⁹¹² V. par ex. Cass.soc., 24 avril 2013, n° 12-11.825, *Bull.civ.* V, n° 110 : reprise de la période d'essai, là où elle s'était arrêtée, après 8 années d'exercice d'un mandat social.

⁹¹³ M. RAKOTOVAHINY, « Juste motif de révocation et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Rev. sociétés* 2014, p. 152.

⁹¹⁴ C. com. L. 225-61, al. 2 : « (...) *Au cas où l'intéressé aurait conclu avec la société un contrat de travail, la révocation de ses fonctions de membre du directoire n'a pas pour effet de résilier ce contrat* ». Cette disposition, qui concerne les membres du directoire, s'applique aux administrateurs et directeurs généraux de sociétés anonymes ; cf. CA. Paris, 22e ch., 21 sept. 2001, *JCP E.* 2002, 62.

⁹¹⁵ En ce sens, v. A. REYGROBELLET, obs. sous Cass.com., 3 mars 2015, *Rev. sociétés*, 2015, p. 518.

⁹¹⁶ V. G. AUZERO, obs. sous Com., 20 juin 2006, *Bull. Joly* 1^{er} févr. 2007, n° 2, p. 252 : l'auteur note toutefois que ce principe d'indépendance « *n'empêche évidemment nullement qu'un licenciement fasse suite à une*

Théoriquement concevable, le principe d'indépendance se heurte toutefois, on s'en doute, à des objections pratiques évidentes. Dans les faits, l'employeur a souvent du mal à conserver à son service un salarié dont le mandat social a été révoqué en raison d'agissements fautifs de sa part⁹¹⁷.

S'il n'est pas question d'occulter cette réalité, on peut regretter cependant que le licenciement consécutif à la juste révocation du mandat social puisse, aujourd'hui, avoir une nature disciplinaire, par le canal de l'obligation de loyauté.

358 – Dans un arrêt du 16 mai 2018, la Cour de cassation élargissait une nouvelle fois le champ de l'obligation de loyauté. Elle instituait une véritable dépendance entre le mandat social et le contrat de travail par le truchement de cette obligation⁹¹⁸. Les faits parlaient d'eux-mêmes. Le mandat social du dirigeant avait, ici, été révoqué le 3 octobre 2013, à 12h25 précisément, suite au comportement agressif du mandataire à l'égard d'un autre dirigeant - le contrat de travail était, en l'occurrence, suspendu pendant l'exercice du mandat. À 12h34, seulement 9 minutes plus tard, l'« ancien » dirigeant, redevenu salarié, était mis à pied à titre conservatoire. Il fut licencié pour faute grave quelques jours plus tard. Il contesta son licenciement devant le juge prud'homal, puis devant la cour d'appel, qui jugea son licenciement injustifié au motif que les faits en cause ne portaient pas sur l'exécution du contrat de travail, mais sur l'exercice du mandat. Sur pourvoi de l'employeur, cet arrêt fut cassé par la Cour de cassation, qui reprocha aux juges du fond d'avoir statué ainsi, « *alors que pendant la période de suspension de son contrat de travail, le salarié devenu mandataire social reste tenu envers son employeur d'une obligation de loyauté* »⁹¹⁹.

En ayant un comportement agressif au cours de l'exercice de son mandat, le dirigeant manquait ainsi à son obligation de loyauté découlant du contrat de travail, qui subsistait pendant la période de suspension. Conclusion : l'« obligation » de loyauté permet de faire le pont entre le contrat de travail et le mandat social⁹²⁰, elle autorise l'employeur à licencier, pour faute, un salarié en raison de faits commis dans le cadre de ses fonctions de mandataire social. Ce qui nous semble contestable.

Au risque de nous répéter, il nous faut souligner que la référence à l'« obligation » de loyauté paraît techniquement inadaptée en dehors de l'*exécution* du contrat de travail⁹²¹. L'idée qu'elle puisse servir à réputer indivisibles deux rapports, normalement indépendants, nous dérange.

359 - Le comportement agressif du salarié au cours de l'exercice de son mandat social étant un fait extérieur à l'exécution du contrat de travail, il ne devrait en aucun cas pouvoir constituer une faute disciplinaire. On ne peut, à cet égard, qu'approuver une décision récente de la Cour de cassation, au terme de laquelle le licenciement pour faute grave du salarié n'apparaît pas justifié dès lors qu'il se fonde sur des agissements commis dans le cadre du mandat social⁹²².

révocation et inversement. Mais chacun de ces actes juridiques devra avoir un motif propre, tenant au non-respect des obligations inhérentes au contrat de travail, d'une part, et au mandat social, d'autre part.

⁹¹⁷ Sur cette évidence, v. G. AUZERO et N. FERRIER, *op. cit.*, spéc., n° 117.

⁹¹⁸ Cass. soc., 16 mai 2018, n° 16-22.655, inédit ; *Rev. sociétés*, 2019, p.135, note M. RAKOTOVAHINY ; v. déjà, en ce sens, Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-70 444, inédit ; à comp. Cass. soc., 28 juin 2000, n° 98-43.100, inédit : ne se référant pas, dans un contexte similaire, à l'obligation de loyauté.

⁹¹⁹ Cass. soc., 16 mai 2018, préc.

⁹²⁰ En ce sens, v. note M. RAKOTOVAHINY, note préc. (« Le manquement à l'obligation de loyauté d'un mandataire social : une cause réelle et sérieuse de licenciement »).

⁹²¹ V. *supra*, n°s 273 et s.

⁹²² Cass. soc., 10 oct. 2018, n° 17-20.566, inédit.

On conçoit, en revanche, que les fautes du dirigeant puissent, dans une certaine mesure, et indépendamment de la mésentente entre salariés qui pourrait en résulter, causer un licenciement non fautif. Ainsi que le souligne Mme. M. RAKOTOVAHINY, « *derrière le juste motif de révocation se faufile en filigrane la disparition d'un lien de confiance qui unissait le dirigeant et la société. Ce lien essentiel caractérise intrinsèquement le mandat social. Il apparaît également de manière sous-jacente dans le contrat de travail* »⁹²³.

Soyons lucide : la confiance perdue à l'égard du dirigeant peut difficilement se maintenir à l'égard du salarié⁹²⁴.

360 - Dans la mesure où les fautes ayant motivé la révocation du mandat social sont extérieures au contrat de travail et préjudiciables à l'entreprise, elles pourraient légitimer une perte de confiance de l'employeur, cause non fautive de rupture⁹²⁵. L'intérêt de notre proposition réside, encore et toujours, dans la délimitation de la faute disciplinaire au seul temps de l'exécution du contrat de travail.

361 - Si le principe d'indépendance du contrat de travail et du mandat social n'exclut pas « *nombre de petites dépendances* »⁹²⁶, il devrait, par souci de cohérence, et sauf à faire dudit principe une exception, proscrire la nature disciplinaire du licenciement reposant sur des faits commis au cours de l'exercice du mandat social.

362 - Dans le même esprit, et pour les mêmes raisons, un salarié ne saurait être licencié pour faute en raison de faits commis dans le cadre de l'exercice d'un mandat de représentant du personnel.

B. Les fautes commises au cours d'un mandat de représentant du personnel

363 - La question de savoir si un salarié peut être sanctionné pour des faits commis au cours d'un mandat syndical ou électif n'est pas clairement tranchée par la jurisprudence⁹²⁷. Dans les années 1970-1980, la Cour de cassation autorisait le prononcé d'une sanction disciplinaire en cas d'exercice abusif ou anormal du mandat de représentant du personnel⁹²⁸. Un employeur ne commettait, par exemple, aucune faute en infligeant une mise à pied disciplinaire à des membres d'un comité d'établissement, qui avaient excédé leurs prérogatives, en « forçant le passage » pour faire pénétrer un tiers dans l'entreprise, en vue d'une réunion

⁹²³ M. RAKOTOVAHINY, « Juste motif de révocation et cause réelle et sérieuse de licenciement », art. préc., spéc., n° 13.

⁹²⁴ À rapp. F.-G. TRÉBULLE, « Le contrôle de la direction salariée », *Bull. Joly*, juill. 2005, n° spéc., p. 68, spéc. p. 80 : pour qui lorsque la perte de confiance a motivé la révocation, elle devrait aussi être prise en compte pour justifier le licenciement de l'ancien dirigeant salarié.

⁹²⁵ En ce sens, v. N. MEDAWAR, *Le mandataire social-salarié*, thèse Montesquieu Bordeaux IV, sous la dir. de B. Saintourens, 2001, n° 313-314 : « Précisément pour que les faits ayant conduit à la révocation du mandataire soient invoqués pour le **licenciement** du salarié, sur le fondement de la perte de confiance, il faut que ces faits soient suffisamment précis et objectifs. Ces faits doivent être extérieurs au contrat de travail et s'être produits dans le cadre du mandat social : ils n'en constituent pas moins une circonstance inhérente à la personne justifiant objectivement la perte de confiance » (cité par M. RAKOTOVAHINY *op. cit.*, *loc. cit.*)

⁹²⁶ C. PUIGELIER, « Indépendance et dépendance des statuts de salarié et de mandataire social (un exemple de paradoxe logique) », *Dr.soc.* 1993, p. 837 : notant que « *si le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social peut revêtir le manteau de l'indépendance, c'est à la condition de couvrir nombre de petites dépendances* ».

⁹²⁷ Sur cette question, v. H. ROSE et Y. STRUILLOU, *Droit du licenciement des salariés protégés*, Economica, 6^e éd., 2020.

⁹²⁸ Cass. soc., 13 nov. 1974, n° 73-40.513, *Bull.soc.* n° 42 (à propos d'une réunion sauvage) ; Cass.soc., 4 fév. 1976, n° 75-40.008, *Bull.soc.* n° 64 (non-respect des conditions d'affichage des communications syndicales).

politique, malgré l'opposition des assistants de la direction⁹²⁹. Selon une formule jurisprudentielle consacrée, le fait d'être investi d'un mandat ne conférait pas au salarié « *une immunité lui permettant, en toutes circonstances, d'échapper au pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise* »⁹³⁰.

Dans un arrêt publié du 4 juillet 2000⁹³¹, la Cour de cassation laissait toutefois entrevoir une évolution, en retenant qu'un trésorier, utilisant les fonds du comité d'entreprise pour régler des dépenses personnelles, ne pouvait être licencié pour faute grave. Elle précisait, en cette occasion, qu'« *un fait fautif ne peut s'entendre que d'un fait du salarié contraire à ses obligations à l'égard de l'employeur* », et qu'« *un salarié agissant dans le cadre de ses fonctions de trésorier du comité d'entreprise n'est pas sous la subordination de l'employeur* »⁹³².

Une décision du 30 juin 2010⁹³³, également publiée, confirmait cette tendance au cloisonnement des frontières entre le domaine professionnel, d'une part, assujetti au pouvoir disciplinaire de l'employeur, et l'exercice de mandats représentatifs, d'autre part, qui y échappe⁹³⁴. En l'espèce, deux membres du comité d'entreprise européen firent l'objet d'un avertissement pour être notamment arrivés en retard à une réunion du comité. Après avoir énoncé qu'« *une sanction disciplinaire ne peut être prononcée qu'en raison de faits constituant un manquement du salarié à ses obligations professionnelles envers l'employeur* », la Cour de cassation reprocha à la cour d'appel d'avoir refusé d'annuler les sanctions « *alors que le retard reproché aux salariés concernait l'exercice de leurs mandats représentatifs* »⁹³⁵.

Cette solution pouvait être interprétée comme consacrant une véritable immunité disciplinaire des représentants dans l'exercice de leur mandat, qu'il soit syndical ou électif⁹³⁶.

364 - Sans remettre en cause l'immunité disciplinaire des représentants du personnel pour les faits commis au cours de leur mandat, la jurisprudence la plus récente envisage néanmoins, comme par le passé, une exception en cas d'abus. Pour illustration, dans un arrêt du 23 octobre 2019, la haute juridiction a estimé qu'en tentant de forcer la porte du bureau du directeur, qui recevait une salariée dans le cadre d'un entretien informel, la déléguée du personnel avait commis un abus dans l'exercice de son mandat ; ce qui suffisait à justifier la mise à pied disciplinaire prononcée à son encontre⁹³⁷.

Ainsi, en cas d'abus dans l'exercice du mandat, tout se passe comme si les faits étaient commis au cours de l'exécution du contrat de travail⁹³⁸. Des fautes imputables au mandataire deviennent, comme par magie, des fautes perpétuées par le salarié.

⁹²⁹ Cass.soc., 22 juill. 1982, n° 80-41.279, *Bull.soc.* n° 501.

⁹³⁰ Cass. crim., 25 mai 1982, n°81-93.443, *Bull.crim.* n° 135 : « *S'il est exact que la qualité de délégué syndical ne confère pas, au salarié qui la possède, une immunité lui permettant, en toute circonstance, d'échapper au pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce, c'est dans le cadre de l'exercice normal de leurs activités syndicales que les délégués concernés ont commis une irrégularité, aucun abus de leurs prérogatives n'étant ici invoqué (...)* ».

⁹³¹ Cass.soc., 4 juill. 2000, n° 97-44.846, *Bull.civ.* V, n°263.

⁹³² *Ibid.*

⁹³³ Cass.soc., 30 juin 2010, n° 09-66.792, *Bull. civ.* V, n° 152 ; *SSL*. 2010, n° 1462, p. 12, note L. BEZIZ (« Le pouvoir disciplinaire à l'épreuve des mandats »).

⁹³⁴ F. PETIT, « La discipline syndicale », *Dr.soc.* 2015, p. 442.

⁹³⁵ Cass.soc., 30 juin. 2010, préc.

⁹³⁶ En ce sens, v. F. PETIT, art. préc. À noter toutefois qu'une sanction peut être prononcée par le mandant, organisation syndicale ou autres ; en ce sens, v. L. BEZIZ, note préc. : qui refuse, à ce titre, de parler d'immunité.

⁹³⁷ Cass.soc., 23 oct. 2019, 17-28.429, *inédit*; v. déjà Cass.soc., 27 juin 2012, n° 11-10.242, *inédit*.

⁹³⁸ En ce sens, v. Y. FERKANE, « Syndicats professionnels : droit syndical dans l'entreprise », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2021, spéc. n° 698: soulignant que « *lorsque le représentant du personnel outrepassé le cadre "normal" de l'exercice de son mandat, le débat se déplace sur le terrain de l'exécution du contrat de travail* ».

Une telle transmutation des fautes, qui élargit le pouvoir disciplinaire de l'employeur au-delà de son périmètre d'habilitation, nous semble très artificielle.

365 - Dans la mesure où les faits commis par le représentant du personnel dans le cadre de son mandat sont, par nature, extérieurs au contrat de travail, et potentiellement préjudiciables à l'entreprise, ils devraient pouvoir légitimer une possible perte de confiance de l'employeur, cause non fautive de rupture du contrat de travail. Les représentants du personnel étant des salariés protégés au sens des articles L. 2411-1 et - 2 du Code du travail, la discussion se situe, ici, sur le terrain de l'autorisation administrative de licenciement.

Pour l'heure, le Conseil d'État considère qu'un fait commis au cours de l'exercice du mandat peut justifier une autorisation de licenciement pour motif disciplinaire du salarié s'il traduit la méconnaissance par l'intéressé d'une obligation découlant du contrat de travail⁹³⁹. Il a ainsi été jugé, dans un arrêt du 27 mars 2015, que « *l'utilisation par un salarié protégé de ses heures de délégation pour exercer une autre activité professionnelle méconnaît l'obligation de loyauté à l'égard de son employeur qui découle de son contrat de travail* »⁹⁴⁰.

Naturellement, nous ne cautionnons pas une telle mobilisation extraprofessionnelle de l'« obligation » de loyauté, qui a, pour nous, la nature d'un devoir en dehors de l'exécution du contrat de travail.

L'utilisation des heures de délégation pour exercer une activité salariée dans une autre entreprise⁹⁴¹, ou pour aller à la chasse⁹⁴², est évidemment condamnable. Cependant, étant extérieure au contrat de travail (indépendante des fonctions, du temps et du lieu de travail), elle ne saurait, contrairement à ce que retient aujourd'hui la jurisprudence administrative, être « *de nature à constituer le fondement d'une demande de licenciement pour motif disciplinaire* »⁹⁴³. Dans ce cas précis, compte tenu de l'extériorité des faits, la demande ne devrait pouvoir être fondée que sur la perte légitime de confiance de l'employeur, cause non fautive de rupture.

En revanche, la solution approuvant le licenciement pour faute du représentant du personnel qui a asséné un violent coup de tête à un autre salarié lors de la suspension d'une séance du comité d'établissement, nous paraît davantage justifiée. Ne serait-ce que parce que l'acte de violence en question a été commis sur le lieu de travail, et qu'il peut, à ce titre, ainsi que l'a considéré le Conseil d'État, être regardé comme une méconnaissance de l'intéressé « *de son obligation, découlant de son contrat de travail, de ne pas porter atteinte, dans l'enceinte de l'entreprise, à la sécurité d'autres membres du personnel* »⁹⁴⁴.

366 - L'abus ne peut avoir les mêmes conséquences selon qu'il est commis dans l'enceinte de l'entreprise, ou en dehors du temps et du lieu de travail. Là, le licenciement pour faute reste envisageable, alors qu'ici, il devrait être exclu.

On peut vérifier le bien-fondé de cette proposition avec l'abus du droit à la liberté d'expression, autre source possible de légitimation de la perte de confiance de l'employeur.

⁹³⁹ À comp. CE, 15 déc. 2010, n° 316856, préc., à propos des faits tirés de la vie personnelle : jugeant qu'« *un agissement du salarié intervenu en dehors de l'exécution de son contrat de travail ne peut motiver un licenciement pour faute, sauf s'il traduit la méconnaissance par l'intéressé d'une obligation découlant de ce contrat* ».

⁹⁴⁰ CE, 27 mars. 2015, n° 371174, *Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*, Lebon.

⁹⁴¹ CE, 27 mars. 2015, préc.

⁹⁴² CE, 22 févr. 1989, n° 66598, *Lebon*.

⁹⁴³ CE, 29 janv. 2014, n° 357287, inédit.

⁹⁴⁴ CE, 27 mars 2015, n° 368855, *Lebon*, T. 901.

§ 4 - L'abus du droit à la liberté d'expression commis hors de l'entreprise

367 - Le célèbre arrêt Clavaud du 28 avril 1988 a posé les bases de l'exercice du droit à la liberté d'expression en dehors de l'entreprise. Dans cette décision fondamentale, la Cour de cassation approuva une cour d'appel d'avoir jugé que « *l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe, dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise, où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude* »⁹⁴⁵. Il fut considéré, en l'espèce, qu'en relatant simplement ses conditions de travail à un journaliste du quotidien *L'Humanité*, en décrivant notamment le bruit assourdissant des machines et ses douleurs aux mains, M. Clavaud, ouvrier caoutchoutier, n'avait pas abusé de son droit à la liberté d'expression. L'employeur fut contraint, en conséquence, de réintégrer le salarié, dont le licenciement était entaché de nullité.

On sait, depuis lors, que « *l'abus de droit est la seule limite apportée à la liberté d'expression des salariés en dehors de l'entreprise* »⁹⁴⁶; étant précisé que cet abus suppose, pour être caractérisé, la tenue de « *propos injurieux, diffamatoires ou excessifs* »⁹⁴⁷. Nous ne reviendrons pas sur ce « *triptyque mystérieux* »⁹⁴⁸, et en particulier sur le redondant abus par excès⁹⁴⁹; seule la sanction de l'abus nous intéressant ici.

2 - Lorsqu'il est commis à l'intérieur de l'entreprise, au temps et au lieu de travail, l'abus du droit à la liberté d'expression justifie, ordinairement, un licenciement pour faute grave du salarié. Il a ainsi été jugé que, commet un abus de droit constitutif d'une faute grave, le salarié qui, au cours d'un entretien avec la direction, compare son entreprise à un camp de concentration, surtout si l'employeur est de nationalité allemande⁹⁵⁰; ou encore, le salarié qui, à la suite d'une réunion du personnel, reproche au dirigeant de ne pas « *savoir manager, de démotiver les salariés, de les niveler par le bas* », de faire des « *monologues sans fin* », etc⁹⁵¹.

Il s'ensuit que si le salarié peut, au cours de l'exécution du contrat, quel que soit son poste, formuler des critiques sur le fonctionnement de l'entreprise, les conditions de travail, ou la compétence des autres collaborateurs, voire même de la direction⁹⁵², il s'expose, en cas d'abus, à un licenciement pour faute grave, sans préavis ni indemnité⁹⁵³.

368 - Quid, maintenant, lorsque l'abus se manifeste hors de l'entreprise ? Si l'hypothèse d'un salarié apposant sur le balcon de son domicile une banderole mettant en cause

⁹⁴⁵ Cass.soc., 28 avril 1988, Clavaud, n° 87-41.804, *Bull.civ.* V, n° 257; *Dr. ouv.* 1988, p. 250, concl. H. ÉCOUTIN, note A. JEAMMAUD et M. Le FRIANT

⁹⁴⁶ V. not. Cass.soc., 4 fév. 1997, n° 96-40.678, *inédit*, *Dr.soc.* 1997, p. 413, obs. J. SAVATIER.

⁹⁴⁷ V. not. Cass.soc., 14 déc. 1999, n° 97-41.995, *Bull.civ.* V, n° 488.

⁹⁴⁸ E. DREYER, note sous Cass. 1^{re} civ., 13 juin 2006, *JCP G.* 27 Septembre 2006, II, 10157.

⁹⁴⁹ Sur lequel, v. not. E. DOCKÈS, « La liberté d'expression au travail », *Dr.ouv.* 2011, p. 53, spéc., p. 56 : « *La difficulté se concentre donc sur le troisième de ces termes, celui des propos "excessifs". Ce qualificatif est aussi flou qu'il est possible de l'être. L'"abus" est caractérisé en cas d'"excès"... Ces deux termes pouvant apparaître largement synonyme, cela ne nous renseigne guère* » ; v. égal. G. LOISEAU, « La liberté d'expression des salariés », *RDT.* 2014, p. 396 : « *Est abusif ce qui est excessif, les termes bégaiant pour exprimer l'idée d'un dépassement du degré de légitimité dans l'exercice de la liberté* ».

⁹⁵⁰ Cass.soc., 6 mars 2012, n° 10-27.256, *inédit*.

⁹⁵¹ Cass.soc., 25 sept. 2019, n° 17-28.118, *inédit*.

⁹⁵² En ce sens, v. G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 34^e éd., 2021, n° 716, p. 882 : soulignant, exemples à l'appui, que le droit de critique « *n'est pas réservé aux seuls salariés situés au sommet de la hiérarchie (...) contrairement à ce que la motivation de certains arrêts lue a contrario aurait pu laisser penser* ».

⁹⁵³ Sur le droit de critique, v. not. D. CORRIGNAN-CARSIN, « La liberté de critique du salarié : de l'expression à la dénonciation », in *La liberté de critique*, D. Corrignan-Carsin (dir.), Litec, 2007, p. 49.

publiquement et nommément son employeur n'est pas exclue⁹⁵⁴, c'est essentiellement, à l'heure de la dématérialisation des moyens de communication, les propos tenus sur les réseaux sociaux qui alimentent le contentieux⁹⁵⁵.

En dépit de l'évolution des techniques, le problème soulevé par ces nouveaux canaux d'expression demeure, quant à lui, très classique : le salarié qui profère des insultes à l'égard de son employeur sur un réseau social, type *Facebook* ou *Instagram*, peut-il être licencié pour faute ? Le rempart de la vie personnelle ne s'élève-t-il pas, dans ce cas précis, pour écarter la qualification de faute disciplinaire ?

Sur ces questions, les juridictions du fond avançaient en ordre dispersé ; certaines estimant qu'un réseau social était, par nature, un espace public, là où d'autres, au contraire, y voyaient une émanation de la vie privée⁹⁵⁶. L'intervention de la Cour de cassation était donc attendue.

Dans un arrêt du 10 avril 2013, la première chambre civile de la Cour de cassation, compétente en matière de délits de presse, ouvrait la voie. Elle écartait la qualification d'injures publiques, après avoir constaté que les propos litigieux publiés sur les réseaux sociaux n'étaient, en l'espèce, accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint⁹⁵⁷. Il s'agissait, en l'occurrence, d'une salariée, qui avait notamment écrit sur son mur *Facebook*, que l'on veuille bien nous pardonner de la citer crûment : « *éliminons nos patrons et surtout nos patronnes (mal baisées) qui nous pourrissent la vie !!!* ».

Le volet droit du travail de ce litige fut porté, en 2018, devant la chambre sociale de la Cour de cassation, qui écartait la qualification de faute grave, relevant, à son tour, que les propos litigieux tenus par la salariée « *n'avaient été accessibles qu'à des personnes agréées par cette dernière et peu nombreuses, à savoir un groupe fermé composé de quatorze personnes, de sorte qu'ils relevaient d'une conversation de nature privée* »⁹⁵⁸.

Il ressort d'une lecture a contrario de cette solution que, lorsque l'accès au compte n'est pas réservé aux seules personnes agréées par le titulaire, ou que, malgré le paramétrage fermé du compte, les personnes agréées sont en nombre trop élevé, les insultes proférées par le salarié sur son mur *Facebook* ne relèvent plus d'une conversation de nature privée, mais publique. Elles peuvent alors être constitutives d'une faute grave, et justifier un licenciement sans préavis ni indemnité⁹⁵⁹.

Dans un arrêt du 31 janvier 2019, la Cour d'appel de Bordeaux considérait ainsi que, dans la mesure où le mur *Facebook* du salarié était « *accessible à l'ensemble de ses 52 amis mais également à des amis de quatre personnes au moins qui ont indiqué aimer ou mis un commentaire, qui n'ont pas été nécessairement agréées par elle* »⁹⁶⁰, les propos litigieux relevaient d'une conversation de nature publique. Ils pouvaient, dès lors, à les supposer abusifs - ce qui n'était pas le cas en l'espèce⁹⁶¹ - justifier un licenciement disciplinaire.

⁹⁵⁴ Cass.soc., 22 juin 2011, n° 10-10.856, inédit : « *Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la salariée avait apposé sur le balcon de son domicile une banderole mettant en cause publiquement et nommément son employeur, a ainsi caractérisé un abus dans la liberté d'expression (...)* ».

⁹⁵⁵ Sur lequel, v.not. *SSL*. 2010, n° 1470, « *Facebook m'a licencié* », doss. ; v. égal. J. MOULY et J. SAVATIER, « *Droit disciplinaire - Fautes disciplinaires* », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, fév. 2019, (actu. juin 2021), spéc., n° 88.

⁹⁵⁶ Pour un panorama récent, B. ALLIX. « *La liberté d'expression : un rempart au pouvoir de direction de l'employeur en cas de diffusion de propos abusifs à son endroit sur les réseaux sociaux ?* », *BJT*. janv. 2021, p. 54.

⁹⁵⁷ Cass.1^{re} civ., 10 avr. 2013, n° 11-19.530, *Bull. civ. I*, n° 70; *D.* 2013, p. 2050, chron. C. CAPITAINE et I. DARRET-COURGEON ; *D.* 2014, p. 508, obs. E. DREYER.

⁹⁵⁸ Cass.soc., 12 sept. 2018, n° 16-11.690, PB, *JCP G.* 12 nov. 2018, 1182, note G. LOISEAU ; *D.* 2019, p. 963, obs. P. LOKIEC et J. PORTA.

⁹⁵⁹ En ce sens, v. G. LOISEAU, note préc.

⁹⁶⁰ CA Bordeaux, 31 janv. 2019, n° 16/07268.

⁹⁶¹ En l'espèce, la Cour d'appel a relevé que les propos « *“Ne venez pas choisir votre salle de bain chez Thuon en ce moment, la salle expo est comme ça!!! On a un peu de mal à faire des choix à nos clients...” se réfèrent à l'état*

369 - Les critères posés par la Cour de cassation pour distinguer la nature privée ou publique de la conversation sont techniques et factuels. « *À partir de quelle taille environ le groupe de personnes agréées pour accéder au compte peut être jugé trop important pour être compatible avec la notion de cercle privé* » s'interroge, à juste titre, M. G. LOISEAU⁹⁶². La question sous-jacente consiste évidemment à savoir si l'employeur, qui se fait insulter par son salarié sur des réseaux sociaux, peut prononcer un licenciement pour motif disciplinaire.

Répondre par l'affirmative, comme le fait actuellement, même de façon limitée, la jurisprudence, revient à raisonner comme si les propos abusifs tenus sur la toile l'avaient été en face de l'employeur, au temps et au lieu de travail. Ce qui, en soi, nous paraît discutable ; sans même avoir à évoquer les difficultés suscitées par l'obtention de la preuve de la publication litigieuse⁹⁶³.

Il est bien entendu, en revanche, que, en de telles circonstances, un licenciement doit malgré tout être, certes non obligatoire, mais du moins possible. On ne peut, même en dehors de l'entreprise, que ce soit en virtuel ou en présentiel, sur *Facebook*⁹⁶⁴ ou à l'occasion d'une fête foraine⁹⁶⁵, insulter copieusement l'employeur, sans s'exposer à une rupture du contrat de travail. Comme le dit si bien la Cour EDH., « *pour prospérer, les relations de travail doivent se fonder sur la confiance entre les personnes* »⁹⁶⁶. Or, il ne fait aucun doute que les insultes à l'égard de l'employeur sont de nature à ruiner cette confiance⁹⁶⁷.

Le licenciement qui s'ensuit, éventuellement, ne devrait toutefois jamais avoir, quoiqu'en dise actuellement la Cour de cassation, une nature disciplinaire. Le réseau social n'est pas l'entreprise. À l'instar de l'escalier⁹⁶⁸, du bar⁹⁶⁹, ou du voyage à l'autre bout du monde⁹⁷⁰, le pouvoir disciplinaire de l'employeur, qui n'est ni total ni totalitaire, n'y a tout simplement pas sa place.

370 - Les propos abusifs tenus sur les réseaux sociaux, ou plus généralement en dehors de l'entreprise, ne devraient jamais pouvoir constituer une faute disciplinaire. En tant que faits extérieurs au contrat de travail et préjudiciables à l'entreprise, ils pourraient, toutefois, légitimer une possible perte de confiance de l'employeur, cause non fautive de rupture.

objectif de la salle d'exposition qui était alors en travaux, et vidée de l'ensemble de ses îlots d'exposition, tel que cela ressort de la photographie et ne présente aucun caractère dénigrant envers l'entreprise, en sorte que le licenciement de Mme G... est dépourvu de cause réelle et sérieuse (...) ».

⁹⁶² G. LOISEAU, note préc.

⁹⁶³ Sur cette question, v. Cass.soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058 P, et la note explicative de la Cour de cassation, disponible sur https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_45803.html.

⁹⁶⁴ Cass.soc., 12 sept. 2018, préc.

⁹⁶⁵ À rapp. Cass.soc., 10 déc. 2008, n° 07-41.820, *Bull.civ.* V, n° 245 : retenant que des insultes proférées par le salarié à l'égard d'un supérieur hiérarchique à l'occasion d'une fête foraine, pendant un congé maladie, se rattachaient à la vie de l'entreprise.

⁹⁶⁶ CEDH, gr. ch., 12 sept. 2011, *Palomo Sanchez et autres c/ Espagne*, req. n°s 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, spéc. § 76 de l'arrêt : estimant que le licenciement pour faute grave de deux syndicalistes espagnoles ayant représenté, sur un bulletin syndical, le directeur des ressources humaines en train d'obtenir les faveurs sexuelles de plusieurs cadres, était justifié.

⁹⁶⁷ Sur la question, plus générale, de la possible limitation des droits fondamentaux par le devoir de bonne foi, v. H. BARBIER, « Le devoir de bonne foi du contractant peut-il infléchir ses droits fondamentaux ? », *RTD Civ.* 2022, p. 604.

⁹⁶⁸ À comp. Cass.soc., 27 mars 2012, préc. : licenciement pour faute grave du steward pour des faits qui se sont déroulés en escalier à Los Angeles.

⁹⁶⁹ À comp. Cass.soc., 19 oct. 2011, préc. : licenciement pour faute grave du salarié pour des faits qui se sont déroulés en soirée, dans un bar.

⁹⁷⁰ À comp. Cass.soc., 8 oct. 2014, préc. : licenciement pour faute grave du salarié pour des faits qui se sont déroulés au cours d'un voyage à Dubrovnik récompensant les lauréats d'un concours interne à l'entreprise.

Au fond, ce que nous préconisons, c'est d'opérer, dans une certaine mesure, un retour en arrière. « *Tout salarié peut-il s'exprimer sur son entreprise, à l'insu de l'employeur ?* » se demandait M. A. MAZEAUD, en 1989. « *Traditionnellement, notait alors l'auteur, la question n'était pas posée ainsi. Sur le terrain purement contractuel, il était demandé si un tel comportement ne pouvait pas justifier un licenciement pour perte de confiance. Sans se référer nécessairement à l'idée de faute, certains faits peuvent ruiner la confiance réciproque mutuelle - en fait, celle de l'employeur -, nécessaire pour que les relations de travail puissent être utilement maintenues* »⁹⁷¹.

Aujourd'hui, les réseaux sociaux démolissent, pierre par pierre, le rempart de la distinction entre vie professionnelle et vie personnelle. Certes, les propos exprimés sur *Facebook* n'ont rien d'une confidence⁹⁷², mais en faire l'équivalent juridique des échanges verbaux dans le bureau nous paraît exagéré. L'idée d'en appeler, comme par le passé, mais sous une forme nouvelle, au motif fidéiste plutôt qu'au motif disciplinaire a le mérite de préserver le rapport au réel. Cela n'est pas négligeable.

371 - Une difficulté particulière apparaît, cependant, lorsque les propos abusifs exprimés par le salarié sur les réseaux sociaux s'inscrivent dans la temporalité du travail. On sait, en effet, depuis l'important arrêt Nikon, que « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances* »⁹⁷³. En application de cette jurisprudence, la Cour de cassation a notamment jugé, à propos d'un salarié qui s'était fait adresser une revue échangiste sur son lieu de travail, que « *l'employeur ne pouvait, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire* »⁹⁷⁴.

Par analogie, on pourrait estimer que les propos abusifs exprimés sur les réseaux sociaux relèvent, même au temps et au lieu de travail, de la vie personnelle du salarié, et ne peuvent, à ce titre, être sanctionnés disciplinairement par l'employeur. Dans la mesure où ces propos s'analysent, juridiquement, comme des éléments extérieurs au contrat et préjudiciables à l'entreprise, ils pourraient, le cas échéant, fonder un licenciement pour perte légitime de confiance.

372 – Commis sur un réseau social, au temps et au lieu de travail, l'abus de droit à la liberté d'expression se double de ce que l'on pourrait appeler : un *abus de droit à la vie personnelle*.§

§ 5 - L'abus de droit à la vie personnelle

373 - On sait que la notion de vie personnelle a un domaine plus large que celle de vie privée. Elle inclut notamment, dans sa sphère de protection, les comportements publics du salarié⁹⁷⁵. Le fait, par exemple, pour une secrétaire d'une concession Renault, de rouler en

⁹⁷¹ A. MAZEAUD, « Droit d'expression des salariés - Expression hors de l'entreprise », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 1989 (actu. nov. 2020), spéc., n° 71.

⁹⁷² À comp. CA Douai, 26 janv. 2018, n° 16/00688 : ayant jugé que « *la participation à un réseau social exclut toute confidentialité* ».

⁹⁷³ Cass. soc., 2 oct. 2001, D. 2001, p. 3148, note P.-Y. GAUTIER ; V. G. LYON-CAEN, « Débat autour de l'arrêt Nikon France », *SSL*, 2001, n° 1046.

⁹⁷⁴ Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, *Bull. ch. mixte*, n° 3 ; D. 2007. 2137, note J. MOULY ; *RDT*, 2007. 527, obs. T. AUBERT-MONPEYSEN.

⁹⁷⁵ Sur cette notion, v. not. Ch. MATHIEU-GÉNIAUT, *La vie personnelle du salarié*, th. Lyon 2, 2004 ; Ph. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », *Dr. soc.*, 2004, p. 23 ; « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.* 2010, p. 14 ; G. LOISEAU, « Focus sur la vie personnelle du salarié », *D.* 2009, p. 2393.

Peugeot 504⁹⁷⁶, ne relève, techniquement, pas de sa vie privée, mais de sa vie personnelle, car « rien n'est plus public que le fait de circuler dans un automobile d'une marque déterminée »⁹⁷⁷. Il en va de même du chef de vente, « marié et père de cinq enfants », qui entretient une liaison avec une jeune employée « au su de tout le personnel de l'entreprise »⁹⁷⁸.

Cela dit, à l'instar de la vie privée, la vie personnelle débouche « sur la reconnaissance d'un domaine réservé au salarié auquel l'employeur ne peut, en principe, accéder »⁹⁷⁹. Elle forme aussi l'assiette d'un droit fondamental.

374- Les auteurs admettent, aujourd'hui, l'existence d'un véritable droit à la vie personnelle au profit du salarié. Au début des années 2000, le Doyen Waquet envisageait de traiter le « mécanisme juridique de la "vie personnelle" » comme un droit propre et autonome du travailleur salarié, une « extension du régime de la vie privée », disait-il⁹⁸⁰. Force est de constater que cette thèse du « droit en soi » a fini par l'emporter. Dans le Précis Dalloz de Droit du travail, plusieurs pages sont, en effet, consacrées au « droit à une vie personnelle »⁹⁸¹: un droit fondamental d'application récente, que les auteurs présentent, à leur tour, comme une « extension du droit à la vie privée à tous les aspects de la vie sociale des personnes » (activités publiques, politiques, associatives, etc.)⁹⁸².

À partir du moment où un droit est reconnu, la question de son exercice abusif se pose. Le droit à la vie personnelle ne saurait, de toute évidence, avoir un caractère discrétionnaire⁹⁸³.

375 - Jamais, à notre connaissance, le droit à la vie personnelle du salarié n'a été confronté à la théorie de l'abus de droit. Les discussions doctrinales se focalisent, pour l'heure, sur le point de savoir si le fait reproché au salarié peut, tout en étant extérieur au contrat, constituer une faute disciplinaire. En raisonnant pourtant à partir du droit au respect de la vie privée, qui sert ici « ostensiblement de modèle »⁹⁸⁴, l'hypothèse d'un abus de droit à la vie personnelle n'a rien d'extravagant.

Dans un arrêt du 19 mars 1991, la première chambre civile de la Cour de cassation jugeait, à propos d'un débiteur qui cherchait à dissimuler son adresse aux créanciers, que « si toute personne est en droit, notamment pour échapper aux indiscretions ou à la malveillance, de refuser de faire connaître le lieu de son domicile ou de sa résidence, de sorte qu'en principe sa volonté doit être sur ce point respectée par les tiers, il en va autrement lorsque cette dissimulation lui est dictée par le seul dessein illégitime de se dérober à l'exécution de ses obligations et de faire échec aux droits de ses créanciers »⁹⁸⁵. Depuis cette décision, il est acquis que le droit au respect de la vie privée, que l'on croyait discrétionnaire, fait également partie des droits contrôlés, susceptibles d'abus⁹⁸⁶.

⁹⁷⁶ Cass.soc., 22 janv. 1992, préc.

⁹⁷⁷ J. SAVATIER, « La protection de la vie privée des salariés », *Dr. soc.*, 1992, p. 329.

⁹⁷⁸ Cass.soc., 19 juill. 1965, *Bull.soc.* n° 586, *D.* 1965, p. 764.

⁹⁷⁹ G. LOISEAU, « Focus sur la vie personnelle du salarié », art. préc.

⁹⁸⁰ Ph. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », art. préc.

⁹⁸¹ G. AUZERO, D. BAUGARD, et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 34^e éd., 2021, n°s 707 à 713, pp. 876 à 881.

⁹⁸² *Ibid.*, n° 707, p. 876.

⁹⁸³ Les droits discrétionnaires se distinguent des droits contrôlés, en ce qu'ils ne seraient pas susceptibles d'abus ; v. A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD Civ.* 1944, p. 1, spéc., n° 2 : « Tous les auteurs admettent que pour certains droits on ne saurait parler d'abus ; aucun contrôle du juge n'est possible au sujet de l'utilisation qui en est faite : ce sont des droits discrétionnaires ».

⁹⁸⁴ En ce sens, v. G. LOISEAU, « Focus sur la vie personnelle du salarié », *D.* 2009, p. 2393 : « La protection de la vie personnelle se construit ostensiblement sur le modèle de celle de la vie privée. »

⁹⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1991, n° 89-19.960, *Bull.civ.* I, n° 96.

⁹⁸⁶ V. Ph. Le TOURNEAU et alii, *Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e éd., 2018-2019, n° 2213.19 : « Il est traditionnellement affirmé que les droits discrétionnaires seraient par

Il devrait, a fortiori, par-delà la qualification de faute disciplinaire, en être de même pour le droit à la vie personnelle du salarié.

376 - Dans la mesure où le droit à la vie personnelle du salarié ne se conçoit, juridiquement, que dans ses rapports avec la vie professionnelle⁹⁸⁷, il se trouve, de fait, assorti d'une finalité sociale. « *Dans une société organisée, notait Josserand, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonction ; ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit ; l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution ; à son esprit, à sa finalité* »⁹⁸⁸.

En prolongeant les réflexions de cet auteur, on pourrait considérer que *l'abus de droit à la vie personnelle naît du détournement de sa fonction sociale*. Le fait d'assigner ainsi une fonction sociale à la vie personnelle du salarié ne doit pas surprendre. « *Il y a, écrit Coulombel, un élément de devoir social dans tous droits subjectifs* »⁹⁸⁹ ; même pour les plus égoïstes d'entre eux⁹⁹⁰.

Par analogie, on peut avancer que si le droit (fondamental) à la vie personnelle garantit une « zone de tranquillité » au salarié, c'est à la condition que son exercice ne nuise pas à l'entreprise⁹⁹¹ ou à son personnel. Le salarié, en tant que titulaire du droit, doit se conformer à ce motif légitime⁹⁹², sous peine de détourner le droit de sa fonction sociale et de commettre un abus de droit.

377 - L'idée de soumettre le droit à la vie personnelle à la théorie de l'abus risque de choquer. Il nous semble, pourtant, que dans l'intérêt du salarié, un droit contrôlé vivant vaut mieux qu'un droit discrétionnaire inerte. De nos jours, la Cour de cassation, quand elle ne juge pas que le fait tiré de la vie personnelle constitue un manquement « *aux obligations découlant du contrat* »⁹⁹³, rattache, plus directement, certains comportements du salarié « *à la vie professionnelle* »⁹⁹⁴. Les conséquences induites par ces solutions sont, on l'a dit, inacceptables : l'employeur exerce son pouvoir disciplinaire, partout, tout le temps. Par la force des choses, l'espace de la vie personnelle diminue, et le droit y afférent perd sa substance. Il devient sans objet.

nature insusceptibles d'abus, donc de contrôle judiciaire (...). À vrai dire, cette catégorie singulière n'existe plus. Les Droits de la personnalité semblent même lui échapper, notamment le respect de la vie privée (...) » ; à rapp. égal. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4e éd., 1994, spéc., n° 775, p. 762.

⁹⁸⁷ À rapp. G. LOISEAU, *op. cit.* ; *loc. cit.* : pour qui « *la vie personnelle correspond plutôt à la part d'ombre du salarié dans sa vie professionnelle* ».

⁹⁸⁸ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie de l'abus des droits*, préf. D. Deroussin, Dalloz, 2 éd., 2006 (1927), n° 292, p. 394.

⁹⁸⁹ P. COULOMBEL, *Introduction à l'étude du droit et de droit civil*, LGDJ, 1969, p. 154, cité par J. GHESTIN et H. BARBIER (avec le concours de J.-S. BERGÉ), *Introduction générale*, Tome 1, *Traité de droit civil*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 5^e éd., 2018, spéc., n° 283.

⁹⁹⁰ J. GHESTIN et H. BARBIER, *loc. cit.*, : « *Les droits subjectifs, modes de relations sociales, ne peuvent être totalement étrangers à la recherche de l'intérêt général ou, si l'on préfère, du bien commun. Même s'ils sont souvent perçus d'une façon fort égoïste par leurs titulaires, les droits concourent à l'organisation des rapports humains ; ils comportent une certaine finalité sociale (...)* ».

⁹⁹¹ À rapp. Ph. WAQUET, « *La vie personnelle du salarié* », art. préc. : « *(...) Cette description ne correspond-elle pas à la vie personnelle, qui permet au salarié de disposer d'une marge d'autonomie par rapport à l'entreprise dès l'instant qu'il ne lui nuit pas ?* »

⁹⁹² Le motif illégitime (v. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, ouv. préc., n° 296), « *ne vise pas à présumer l'intention nocive, mais il est l'élément du contrôle de la conformité de l'usage des droits à leur destination sociale* », en ce sens v. Ch. MINGAM, A. DUVAL, « *L'abus de droit, état du droit positif* ». *Revue juridique de l'Ouest*, 1998-4. pp. 543-570, spéc. p. 552.

⁹⁹³ V. par ex. Cass.soc., 27 mars 2012, préc.

⁹⁹⁴ V. dern. Cass.soc., 16 janv. 2019, préc.

Pour mettre un terme à cette dérive du « tout professionnel », il a été proposé de (re)faire une place au licenciement pour perte légitime de confiance, cause non fautive de rupture. Quatre sources de légitimation ont, jusqu'ici, été envisagées : la délinquance extraprofessionnelle, l'activité concurrentielle extérieure à l'exécution du contrat, les fautes perpétuées au cours d'un mandat, et l'abus de droit à la liberté d'expression commis hors de l'entreprise. Il convient, à présent, d'ajouter l'*abus de droit à la vie personnelle*.

Cette cinquième source de légitimation intégrerait les faits non pris en compte au titre des autres sources. Le spectre est assez large, étant précisé que le droit à la vie personnelle s'exprime aussi bien hors temps et lieu de travail, qu'à l'intérieur de ce périmètre.

378 – L'abus de droit à la vie personnelle commis hors temps et lieu de travail, en tant qu'élément extérieur au contrat et préjudiciable à l'entreprise, pourrait effectivement justifier une perte légitime de confiance de l'employeur. On songe, notamment, au steward qui consomme des drogues dures en escale, à Los Angeles, entre deux vols longs courriers. La Cour de cassation voit aujourd'hui dans ce comportement, une faute grave du salarié, qui justifie son licenciement immédiat et sans indemnité⁹⁹⁵ ; exactement comme si ces faits avaient été commis en plein vol, au cours de l'exécution du contrat. Une solution plus pertinente consisterait, selon nous, à considérer que la consommation de drogues en escale caractérise un *abus de droit à la vie personnelle*. La prise de stupéfiants constitue, en effet, dans ce cadre, un « *acte antifonctionnel* », au sens où l'entendait Jossierand, c'est-à-dire un usage du droit contraire à sa fonction sociale⁹⁹⁶. La pause, on serait tenté de dire l'escale, dans la vie professionnelle que constitue le moment d'exercice du droit à la vie personnelle, ne saurait être « anti professionnelle », attentatoire à l'entreprise ou à ses membres.

Dans le même esprit (encore que la Cour de cassation exclut ici la faute disciplinaire), abuse, manifestation, de son droit à la vie personnelle, le salarié qui, au cours d'une période de suspension du contrat pour cause de maladie, envoie une carte postale à ses collègues de travail depuis la Yougoslavie, où il prend, dit-il, du « bon temps »⁹⁹⁷. Ou encore, le salarié qui, toujours pendant un arrêt de travail, est surpris par son employeur en train de travailler pour son compte, à un stand, sur un marché⁹⁹⁸. Dans ces hypothèses, il y a bien, aussi, détournement de la fonction sociale du droit. L'exercice du droit à la vie personnelle n'a effectivement pas pour finalité de concurrencer discrètement son employeur. Le comportement du salarié dans sa vie personnelle nuit, en outre, sinon à l'entreprise, du moins à son personnel⁹⁹⁹.

Si dans la vie privée, chacun est libre - au regard de l'employeur tout au moins - de consommer des drogues, d'envoyer des cartes postales à ses collègues de travail, ou de tenir un stand sur un marché, tel n'est pas le cas dans la vie personnelle. Dans l'ombre de la vie professionnelle¹⁰⁰⁰, même hors des temps et lieu de travail, le salarié ne peut pas faire ce qu'il lui plaît, en toute liberté, ignorant délibérément son environnement professionnel.

C'est encore plus vrai à l'intérieur de l'entreprise.

379 – Le droit à la vie personnelle s'exerce également, on le sait, au temps et au lieu de

⁹⁹⁵ Cass.soc., 27 mars 2012, préc.

⁹⁹⁶ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie de l'abus des droits*, ouv. préc., spéc., n° 293, p. 396.

⁹⁹⁷ Cass.soc., 16 juin 1998, n° 96-41558, *Bull.civ. V*, n°323 ; *Dr.soc.* 1998, p. 1000, obs. J. SAVATIER

⁹⁹⁸ À rapp. Cass.soc., 12 oct. 2011, n° 10-16.649, *Bull.civ. V*, n° 231 : écartant la faute grave au motif que « pour fonder un licenciement, l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail doit causer préjudice à l'employeur ou à l'entreprise ».

⁹⁹⁹ À rapp. J. SAVATIER, obs. préc. : pour qui « on peut supposer que les camarades de travail de l'intéressé ont été choqués en apprenant que celui-ci profitait de son arrêt de maladie pour prendre des vacances agréables à l'étranger ».

¹⁰⁰⁰ G. LOISEAU, *op. cit.*, *loc. cit.*

travail. Prendre rendez-vous chez le médecin, contacter son banquier, (tenter de) joindre une administration ou un fournisseur d'accès internet aux horaires d'ouverture, etc., tous ces actes du quotidien peuvent être accomplis, à bon droit, depuis l'entreprise¹⁰⁰¹. De façon plus générale, le droit à la vie personnelle au travail, pendant du concept de « vie privée sociale » développée par la Cour EDH.¹⁰⁰², doit permettre au salarié de se tourner vers l'extérieur, de nouer des relations, et de communiquer avec autrui. « *Après tout, c'est bien, comme l'ont souligné les juges strasbourgeois, dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur* »¹⁰⁰³.

Il est bien entendu, cependant, que, pour la bonne marche générale de l'entreprise, le droit à la vie personnelle au travail - véritable parenthèse dans l'exécution du contrat - ne peut avoir un caractère discrétionnaire. En cas d'abus, un licenciement non fautif pour perte légitime de confiance devrait, ici aussi, être préconisé, en lieu et place de l'actuel licenciement pour motif disciplinaire.

L'exemple des connexions internet à des fins non professionnelles, au temps et au lieu de travail, nous semble assez probant.

380 - L'utilisation abusive d'internet à des fins personnelles peut, actuellement, justifier un licenciement pour faute grave du salarié¹⁰⁰⁴. Une cour d'appel a ainsi pu décider, à propos d'une responsable juridique qui s'était connectée à de très nombreuses reprises à des sites extraprofessionnels, « *qu'une telle utilisation d'internet par celle-ci pendant son temps de travail présentait un caractère particulièrement abusif et constitutif d'une faute grave* »¹⁰⁰⁵.

Si on conçoit évidemment que l'employeur ne puisse conserver à son service une salariée qui, comme en l'espèce, s'était connectée plus de 10 000 fois en un mois à des sites de voyages et de tourisme (une légère envie d'évasion sans doute...), la nature fautive du licenciement prononcé nous paraît critiquable.

Les connexions internet depuis l'outil informatique mis à la disposition du salarié sont assimilables aux courriers manuscrits ou fichiers informatiques contenus sur le disque dur de l'ordinateur de l'entreprise¹⁰⁰⁶. Elles sont, en principe, présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut en prendre connaissance en dehors de la présence du salarié¹⁰⁰⁷. S'il apparaît, néanmoins, que les sites relèvent de la vie personnelle du salarié, aucune sanction disciplinaire ne devrait, en toute logique, conformément à la jurisprudence rendue à propos des courriers et des fichiers, pouvoir être prononcée par l'employeur¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰¹ Sur l'ensemble, v. G. AUZÉRO, D. BAUGARD, et E. DOCKÈS, *op. cit.*, spéc., n° 711 et s. : développements spécifiquement consacrés au « Droit à la vie personnelle au travail ».

¹⁰⁰² Sur cette notion de « vie privée sociale », v. not. J.-P. MARGUÉNAUD, « Conv. EDH, art. 8 : Vie privée », in *Répertoire de droit européen*, Dalloz, oct. 2017, spéc., n° 31.

¹⁰⁰³ V. CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. n°13710/88, spéc., § 29.

¹⁰⁰⁴ Sur la question, v. not. Ch. FROUIN, « Gérer l'usage d'internet et de l'ordinateur au travail », *Gaz. Pal.* 10 sept. 2011, n° 253, p. 27 ; L. FLAMENT, « Tu ne surferas point ! », obs. sous CA Paris, 14 mars 2013, et CA Orléans, 29 janv. 2013, *Cah.soc.* 2013, n° 252.

¹⁰⁰⁵ Cass.soc., 26 févr. 2013, n° 11-27.372, *inédit*.

¹⁰⁰⁶ À comp. Cass.soc., 18 oct. 2006, n° 04-28.025, *Bull.civ.V*, n° 308. À noter que la présomption du caractère professionnel touche jusqu'aux SMS que peut recevoir le salarié sur son téléphone professionnel, alors même « *que l'on imagine difficilement le classement d'un SMS – comme d'une connexion internet – dans une catégorie exclusivement personnelle* » ; G. AUZÉRO, D. BAUGARD, et E. DOCKÈS, *op. préc.*, *loc. cit.*

¹⁰⁰⁷ En ce sens, v. Cass.soc., 9 juill. 2008, n° 06-45.800, *Bull.civ.V*, n° 150, CCE. nov. 2008, comm. 131, É. A. CAPRIOLI : « *Mais attendu que les connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence (...)* ».

¹⁰⁰⁸ À comp. Cass.soc., 5 juill. 2011, n° 10-17.284, *inédit*, JCP S. 2011, 1501, note B. BOSSU : « *Mais attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que si*

Sans égards pour la nature des sites consultés, la Cour de cassation juge, toutefois, que l'utilisation abusive d'internet à des fins non professionnelles peut être constitutive d'une faute grave. Certes, la connexion internet mise à la disposition du salarié est, essentiellement, un outil de travail dont l'utilisation doit, en principe, être professionnelle. Pour autant, en se connectant à des sites extraprofessionnels, le salarié ne fait qu'exercer son droit à la vie personnelle au travail. Si un licenciement doit naturellement être possible en cas d'utilisation abusive, celui-ci ne saurait avoir une nature disciplinaire. L'abus de droit n'est pas un défaut de droit¹⁰⁰⁹ : l'exercice du droit à la vie personnelle au travail ne se situe pas, même en cas d'abus, dans la vie professionnelle...

Dès lors, pour plus de cohérence, le licenciement consécutif à l'utilisation d'internet à des fins personnelles, vis-à-vis duquel la jurisprudence « *manque encore d'homogénéité et de précision* »¹⁰¹⁰, devrait reposer, non sur la faute grave, mais sur le motif de perte légitime de confiance.

381 - Outre la question des connexions internet, l'abus de droit à la vie personnelle au travail pourrait également résulter, dans un autre registre, des relations sentimentales « néfastes » et « toxiques » du salarié dans l'entreprise. Faut-il le préciser, l'employeur n'a, en principe, aucun droit de regard sur la vie sentimentale de ses salariés¹⁰¹¹. La relation amoureuse ne constitue pas, en soi, heureusement, un motif de licenciement¹⁰¹². Cela dit, lorsque le salarié couche avec la femme du patron, le licenciement n'est plus une option. Il devient nécessaire. L'hypothèse ne nourrit pas seulement les fantasmes...

Dans un arrêt du 27 janvier 2003, la Cour d'appel de Grenoble a jugé que la relation privée et intime entretenue entre un directeur de production et l'épouse du PDG de la société pouvait justifier un licenciement pour faute sérieuse. « *Qu'il est bien clair, dit l'arrêt, que l'employeur ne pouvait plus, après avoir découvert la relation de son épouse avec le salarié, conserver à celui-ci toute sa confiance, y compris au niveau professionnel ; que le salarié a manqué à son devoir de loyauté (...); que cependant la faute bien que justifiant le licenciement, n'était pas d'une gravité telle qu'elle interdisait le maintien du contrat de travail pendant le préavis (...)* »¹⁰¹³.

Même si la faute grave a été exclue par les juges du fond en l'espèce, l'idée qu'une relation sentimentale, aussi condamnable soit-elle d'un point de vue moral, puisse constituer une faute disciplinaire apparaît, malgré tout, discutable¹⁰¹⁴. Le motif de perte légitime de confiance, cause non fautive de rupture, nous semble, juridiquement, plus fondé. La liaison amoureuse ou charnelle du salarié, même avec la femme de l'employeur, n'a rien de professionnel. Elle n'est qu'une manifestation de l'exercice du droit à la vie personnelle, dont on peut dire, ici, qu'il est abusif puisque la finalité du droit à la vie personnelle n'est pas d'humilier l'employeur.

L'employeur, cocu, peut légitimement retirer sa confiance au séducteur licencieux, qui

l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut les utiliser pour le sanctionner s'ils s'avèrent relever de sa vie privée (...) ».

¹⁰⁰⁹ Sur la distinction entre abus de droit et défaut de droit, v. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et leur relativité*, ouv. préc., spéc., n° 247, pp. 336 et 337 : « (...) L'acte accompli sans droit engage par lui-même la responsabilité de son auteur (...) L'abus des droits n'a pas une force obligatoire aussi constante. L'acte abusif, envisagé en soi, est légal (...) ».

¹⁰¹⁰ L. CASAUX-LABRUNÉE, « Vie privée des salariés et vie de l'entreprise », *Dr.soc.* 2012, p. 331.

¹⁰¹¹ V. Ch. RADÉ, « Amour et travail : retour sur un drôle de ménage », *Dr.soc.* 2010, p. 35 : qui évoque un « droit à l'indifférence » au profit du salarié.

¹⁰¹² V. not. Cass.soc., 21 déc. 2006, n° 05-41.140, *inédit*.

¹⁰¹³ CA, GRENOBLE, Ch.soc., 27 janv. 2003, JurisData, n° 2003-215477.

¹⁰¹⁴ À comp. Cass. 2° civ., 28 fév. 2013, n° 12-15.634, *Bull.civ.* II, n° 45 : jugeant qu'une relation amoureuse avec l'amie de son agresseur n'est pas une faute de la victime.

n'en est plus digne. Le cœur a ses raisons, le licenciement aussi. Il devrait, en l'occurrence, reposer sur une perte légitime de confiance.

382 - Qu'il s'agisse de l'adultère avec la femme du patron, ou, moins anecdotique, de l'utilisation abusive d'internet à des fins personnelles, il peut sembler excessivement bienveillant, voire déresponsabilisant, d'exclure la nature fautive du licenciement du salarié. Il est, cependant, d'autres moyens que la responsabilité disciplinaire pour « réparer le mal ».

On pense, en particulier, à la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle, que l'abus de droit à la vie personnelle, comme toutes les autres sources de légitimation de la perte de confiance, rendent possibles...

383 - C'est déjà envisager les effets du nouveau motif fidéiste.

Section 2 : Les effets de la perte légitime de confiance

384 - La perte légitime de confiance de l'employeur constitue, d'abord, un motif de licenciement non fautif, qui fonde la rupture du contrat de travail (Sous-section 1). Elle peut, ensuite, accessoirement, du fait de l'extériorité des éléments objectifs qui la caractérise, être une source de responsabilité délictuelle pour le salarié (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Une cause non fautive de licenciement

385 - La perte légitime de confiance étant un motif non fautif de rupture, elle ne prive pas le salarié de son indemnité de licenciement (§ 2). La question de savoir si elle est compatible avec l'exécution du préavis soulève, en revanche, plus de difficultés (§ 3). Avant toute chose, il convient de rappeler que les effets de la perte légitime de confiance seront, comme à l'accoutumée, subordonnés au contenu de la lettre de licenciement (§ 1).

§ 1 - La motivation du licenciement.

386 – Le Code du travail fait peser sur l'employeur une obligation de motiver le licenciement¹⁰¹⁵. Celle-ci est satisfaite par l'énoncé, dans la lettre de licenciement, de griefs précis et matériellement vérifiables¹⁰¹⁶. La seule référence à la perte légitime de confiance de l'employeur ne saurait, selon toute vraisemblance, suffire à satisfaire aux exigences posées par le législateur et la jurisprudence¹⁰¹⁷. La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de l'affirmer par le passé ; la règle sera, naturellement, reconduite : « *le seul grief de perte (légitime) de confiance mentionné dans la lettre de licenciement ne constitue pas, en l'absence d'énonciation d'éléments objectifs, l'énoncé d'un motif matériellement vérifiable qui peut être discuté devant les juges du fond* »¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁵ C. trav. art. L. 1232-6 : « Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception. Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur (...) ».

¹⁰¹⁶ V. par. ex. Cass.soc., 11-18.977, Bull.civ. V, n° 232 : « Attendu (...), que (...) la lettre de licenciement doit énoncer des motifs précis et matériellement vérifiables (...) ».

¹⁰¹⁷ Sur lesquelles, v. not. V. ILEVIA, *L'exigence d'objectivité en droit du travail*, Thèse, Université de Nanterre – Paris X, 2018, spéc., n° 115 et s., p. 96.

¹⁰¹⁸ À rapp. Cass. soc., 14 janvier 1998, n° 96-40.165, Bull.civ. V, n° 14 : « Qu'en statuant ainsi, alors que le seul grief de 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, la cour d'appel a violé les textes susvisés (...) ».

Le salarié doit connaître les raisons qui ont conduit l'employeur à le licencier¹⁰¹⁹. Or, en l'absence de précisions sur les éléments objectifs, la perte de confiance de l'employeur reste insondable, illégitime¹⁰²⁰. Elle ne pourrait même pas, à notre avis, être considérée comme un motif imprécis, susceptible, le cas échéant, d'être précisé par l'employeur, après la notification du licenciement¹⁰²¹.

Pour constituer une cause réelle et sérieuse, la perte légitime de confiance devra, par conséquent, être impérativement étayée par des éléments objectifs dans la lettre de licenciement.

387 - En faisant référence, dans la lettre de licenciement, aux différentes sources possibles de légitimation, que nous avons envisagées de façon non exhaustive (délinquance extraprofessionnelle, activité concurrentielle, fautes commises au cours d'un mandat, abus de liberté d'expression, abus de droit à la vie personnelle), l'employeur devrait, certainement, satisfaire à son obligation de motivation. Le licenciement pour perte légitime de confiance pourrait alors produire ses effets.

§ 2 - Le droit à l'indemnité de licenciement

388 - L'aspect hypertrophique de l'ancien motif fidéiste a largement retenu notre attention. À la fois fautif et non-fautif, érigeant la faute simple et la défaillance passagère en cause de rupture du contrat de travail, le licenciement pour perte de confiance était, autrefois, une stratégie de contournement à lui seul (de la faute sérieuse, de l'insuffisance professionnelle, etc). Son ubiquité a eu raison de sa juridicité.

Dans une perspective de réhabilitation, et pour tenir compte des critiques, nous avons introduit la condition d'extériorité avec, pour conséquence, une nature nécessairement non fautive du nouveau motif fidéiste.. Un élément extérieur au contrat de travail ne peut, de facto, constituer un manquement à une obligation professionnelle¹⁰²².

389 - Les incertitudes passées tenant à la nature du motif de perte de confiance rejaillissaient, logiquement, sur son régime. Pour ne parler que de l'indemnité de licenciement, si certains auteurs avancent, rétrospectivement, que le licenciement pour perte de confiance ne faisait jamais perdre le bénéficiaire d'une telle indemnité¹⁰²³, force est de constater que la Cour de cassation retenait, parfois, la solution inverse. En 1979, il fut ainsi jugé, à propos d'un salarié auquel était reproché un manquant dans le coffre du magasin, qu'il importait peu que le manquant résultât ou non d'une négligence de sa part, dès lors « *qu'il empêchait toute*

¹⁰¹⁹ Il s'agit là de la finalité première de l'obligation légale de motivation ; en ce sens, J.-Y. FROUIN, « Le point sur la motivation de la lettre de licenciement », *RJS*, 7/ 1999, p. 543.

¹⁰²⁰ À comp. avec l'insuffisance professionnelle, v. Cass.soc., 23 mai 2000, n° 98-42.064, *Bull.civ.* V, n° 194 : « (...) *La mention de l'insuffisance professionnelle constitue un motif de licenciement matériellement vérifiable qui peut être précisé et discuté devant les juges du fond (...)* ».

¹⁰²¹ Pour rappel, depuis l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, l'article L. 1235-2 du Code du travail permet à l'employeur de préciser, a posteriori, les motifs imprécis énoncés dans la lettre de licenciement ; sur cette nouveauté, v. not. A. FABRE, « La motivation du licenciement », *Dr. soc.* 2018, p. 4 ; Y. PAGNERRE, « "Précisions" sur la précision de la lettre de licenciement », *RJS*, 4/2018, p. 375.

¹⁰²² Le licenciement pour faute suppose la violation d'une « obligation professionnelle » ; v. J. SAVATIER et J. MOULY, « Droit disciplinaire - Fautes disciplinaires », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, février 2019 (actu. juin 2021), spéc., n° 31.

¹⁰²³ En ce sens, v. J. MOULY, « 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, spéc., n° 10.

*continuation de l'exécution du contrat en provoquant une perte de confiance de son employeur, justifiant son licenciement immédiat et sans indemnité »*¹⁰²⁴.

L'ancien licenciement pour perte de confiance pouvait donc, dans une certaine mesure, priver le salarié de son indemnité de licenciement. Cette solution doit, désormais, être définitivement abandonnée.

390 - Le licenciement pour perte légitime de confiance, si on veut bien nous suivre sur sa résurgence, ouvrira droit à l'indemnité de licenciement. Seules la faute grave et la faute lourde privent, aujourd'hui, le salarié du bénéfice lié à son ancienneté¹⁰²⁵. Or, le nouveau motif fidéiste, en raison de la condition d'extériorité, exclut la faute disciplinaire. Il n'y a, dès lors, pas lieu d'hésiter sur le versement de l'indemnité de licenciement. Le salarié ne pourra jamais en être privé.

Pour ce qui est du préavis, la discussion reste ouverte.

§ 3 - La question du préavis

391 – Sur la question du préavis, l'ancienne jurisprudence avait laissé subsister quelques zones d'ombres. Ce que l'on constate, avec du recul, c'est que le licenciement pour perte de confiance « *ne permet[tait] pas de maintenir un salarié dans son emploi pendant la durée du préavis* »¹⁰²⁶. Quid cependant de l'indemnité compensatrice pour inexécution du délai de préavis (ci-après indemnité compensatrice) ? L'employeur est-il tenu de la verser au salarié ?

C'est une chose de permettre la rupture immédiate du contrat, c'en est une autre de priver le salarié de son indemnité de compensatrice.

392 - L'ancien motif de perte de confiance, quoiqu'on ait pu en retenir, n'ouvrait pas systématiquement droit à l'indemnité compensatrice¹⁰²⁷. Les développements de M. M. BODECHER sont, sur ce point, particulièrement éclairants¹⁰²⁸. L'auteur concédait, toutefois, que la Cour de cassation, comme les juridictions du fond, accordaient ou refusaient « *le bénéfice de l'indemnité de préavis pour des raisons d'opportunité ou d'équité qu'il est impossible de traduire juridiquement, sauf à faire appel très indirectement à la confiance indispensable aux relations de travail, même pendant le préavis* »¹⁰²⁹.

Bref, ni l'étude de la jurisprudence, ni la doctrine, ne permettent de fixer le sort de l'indemnité compensatrice en cas de licenciement pour perte légitime de confiance...

393 - La perte légitime de confiance nous paraît, d'abord, effectivement incompatible avec l'exécution d'un préavis. Ainsi que l'a précisé la Cour EDH., « *pour prospérer, les relations de travail doivent se fonder sur la confiance entre les personnes* »¹⁰³⁰. La confiance, celle de l'employeur en particulier, se présente, pourrait-on dire, comme la « cause

¹⁰²⁴ Cass.soc., 17 oct. 1979, n° 78-41.327, PB.; v. égal. Cass.soc., 22 nov. 1978, n° 77-40.925, *Bull.civ.* V, n° ???, p. 593.

¹⁰²⁵ C. trav. art. L. 1234-9.

¹⁰²⁶ Cass.soc., 14 juin 1978, n° 76-41.268, *Bull.civ.* V, n° 465.

¹⁰²⁷ V. not. Cass.soc., 17 oct. 1979, préc.

¹⁰²⁸ M. BODECHER, *La perte de confiance et les mécanismes de rupture du contrat de travail*, th. Aix-en-Provence, 1986, spéc., p. 87.

¹⁰²⁹ *Ibid.*

¹⁰³⁰ CEDH, gr. ch., 12 sept. 2011, *Palomo Sanchez et autres c/ Espagne*, préc., spéc., § 76.

sustentatrice » du contrat de travail¹⁰³¹, une condition essentielle de son maintien. Sa disparition « légitime » devrait, à cet égard, sans atermoiements, produire un effet libératoire immédiat.

En pratique, il n'y a rien de choquant à ce que l'agent de surveillance surpris, le dimanche, en train de voler de la marchandise dans les locaux d'une entreprise cliente¹⁰³², ou le responsable de la vente d'un produit qui commercialise un produit identique dans sa propre société¹⁰³³, ou encore, le steward qui consomme des drogues dures en escale¹⁰³⁴, soit licencié sans délai-congé. Dans tous ces exemples, la poursuite du contrat est, selon nous, impossible. Si la « *confiance disparaît*, dit justement un auteur, *la rupture doit être immédiate* »¹⁰³⁵.

À l'image de la faute grave, la perte légitime de confiance autoriserait ainsi une rupture immédiate du contrat de travail ; à cette différence près, que le salarié pourrait éventuellement, dans ce dernier cas, percevoir une indemnité compensatrice pour non-respect du délai de préavis.

394 - Exceptions faites de la faute grave et de la faute lourde, un préavis inexécuté à la demande de l'employeur donne, en principe, lieu au versement d'une indemnité compensatrice¹⁰³⁶. Le motif de perte de confiance n'étant pas une faute grave, il devrait, en toute logique, ouvrir droit à une indemnité compensatrice. C'est une première possibilité.

Autre solution envisageable, on sait que la Cour de cassation juge, depuis peu, que le salarié, même s'il n'a pas commis de faute grave, perd le bénéfice de l'indemnité compensatrice lorsqu'il se trouve, du fait de la disparition d'une condition nécessaire à l'exécution du contrat, « *dans l'impossibilité d'effectuer son préavis* »¹⁰³⁷. En supposant que « *l'impossibilité* », dont il est ici question, puisse être tant matérielle que morale, on pourrait avancer que la confiance étant une « *condition de viabilité* » du contrat de travail¹⁰³⁸, sa disparition légitime, lorsqu'elle est imputable au salarié, rend « impossible l'exécution du préavis ». Dans ce cas, le préavis ne serait ni exécuté, ni indemnisé.

Reste une troisième possibilité, à mi-chemin des deux précédentes, mais non-exclusive de la dernière. Le licenciement pour perte de confiance n'ouvrirait, en soi, pas droit à l'indemnité de préavis, mais le contrat de travail ou un accord d'entreprise pourrait retenir la solution inverse¹⁰³⁹.

395 - Des trois propositions qui précèdent, la première nous semble, socialement, plus juste. Elle aurait, de surcroît, le mérite de bien distinguer le motif de perte légitime de confiance de la faute grave. La rupture pour perte légitime de confiance ne serait, en définitif, privative ni de l'indemnité de licenciement et ni de l'indemnité compensatrice.

¹⁰³¹ À rapp. O. ANSELME-MARTIN, « Le sentiment de confiance, cause génératrice et sustentatrice du contrat », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, X. HENRY (dir.), Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 26.

¹⁰³² Cass.soc., 20 nov. 1991, préc.

¹⁰³³ Cass.soc., 20 nov. 1991, préc.

¹⁰³⁴ Cass.soc., 27 mars 2012, préc.

¹⁰³⁵ A. SONET, *Le préavis en droit privé*, préf. F. Bussy, PUAM, 2003, spéc., n° 689, p. 298 : à propos des contrats conclus *intuitu personae*.

¹⁰³⁶ La règle dégagée par la jurisprudence (Cass.2^e civ., 25 fév. 1996, *Bull.civ.* II, n° 273) a été implicitement codifiée à l'article L. 1234-5 du Code du travail.

¹⁰³⁷ V. not. Cass.soc., 28 nov. 2018, n° 17-13.199, PB : à propos d'un technicien d'Air France qui s'est vu retirer par l'autorité administrative son habilitation à accéder à une zone aéroportuaire réservée

¹⁰³⁸ À rapp. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, 1989, spéc., n° 10, p. 18 : « *Les parties se doivent une confiance réciproque, ce qui constitue une condition de viabilité, notamment pour les contrats de longue durée ou conclu intuitu personae* ».

¹⁰³⁹ Les conséquences de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée ne font pas partie du domaine « réservé » à la convention de branche, v. art. L. 2253-1.

De fait, l'employeur ne saurait espérer « compenser » le préjudice éventuellement subi par le comportement extraprofessionnel du salarié, en le privant de ses indemnités de rupture.

396 - Le motif de perte légitime de confiance n'est, cependant, pas exclusif d'une véritable réparation.

Sous-section 2 : La possible mise en œuvre de la responsabilité délictuelle du salarié

397 - La condition d'extériorité des éléments objectifs, qui est le trait caractéristique du nouveau motif fidéiste, n'a pas seulement pour effet d'exclure la qualification de faute disciplinaire. Elle va aussi dans le sens d'un traitement délictuel des agissements extraprofessionnels du salarié, avec les conséquences que cela implique. Alors que la responsabilité contractuelle du salarié est subordonnée à une faute lourde de sa part¹⁰⁴⁰, sa responsabilité délictuelle à l'égard de l'employeur peut, quant à elle, être engagée en cas de fautes simplement dommageables.

Cette proposition est moins iconoclaste qu'il n'y paraît de prime abord.

398 – On a pour habitude de dire que la chambre sociale de la Cour de cassation « verrouille toute possibilité d'engager la responsabilité du salarié en dehors de la faute lourde »¹⁰⁴¹. Dans un arrêt publié du 6 mai 1997, elle censurait ainsi une cour d'appel, qui s'était placée sur le terrain de la responsabilité délictuelle pour condamner deux salariés à indemniser l'employeur des différents préjudices qu'il avait subi. Elle relevait, précisément, que les faits dommageables avaient été « commis à l'occasion du travail, ce dont il résultait que [le comportement des salariés] n'était pas étranger à l'exécution du contrat de travail et que seule une faute lourde pouvait justifier leur condamnation »¹⁰⁴². On pouvait, toutefois, être surpris que des chauffeurs routiers se rendant, de nuit, en tracteur, dans un restaurant du centre-ville pour aller dîner, après avoir laissé leurs camions sur le parking d'un centre commercial, aient pu être considérés comme agissant toujours dans le cadre du contrat¹⁰⁴³.

On comprend évidemment l'opportunité d'une telle solution, qui reflète encore le droit positif : faire bénéficier le salarié d'une immunité civile et le dispenser d'avoir à réparer les dommages qu'il cause en l'absence de faute lourde. Pour autant, le fondement contractuel de la responsabilité que la chambre sociale de la Cour de cassation retient à titre quasi-exclusif¹⁰⁴⁴, nous semble juridiquement discutable.

399 - En matière civile, la jurisprudence délimite beaucoup plus strictement l'étendue de la responsabilité contractuelle. Il est notamment jugé que « pour qu'une responsabilité contractuelle soit engagée, il ne suffit pas qu'un dommage ait été causé à l'occasion d'un contrat, [il] faut encore que le dommage résulte de l'inexécution d'une des obligations de ce

¹⁰⁴⁰ Solution constante depuis, Cass.soc., 27 nov. 1958, *Bull.civ.* IV, n° 1259, *D.* 1959, p. 20, note R. LINDON, *JCP.* 1959, II, 11143, note J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE ; v. dern. Cass.soc., 22 mai 2019, n° 15-19.096, *inédit.*

¹⁰⁴¹ En ce sens, v. H. BLAISE, « La responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur », *RJS.* 2/96, p. 68, spéc., n° 16.

¹⁰⁴² Cass.soc., 6 mai 1997, n° 94-43.057, *Bull.civ.* V, n° 167 ; *Dr. soc.* 1997, p. 734, note J. SAVATIER.

¹⁰⁴³ À rapp. J. SAVATIER, note préc., selon lequel : « en subordonnant la responsabilité du salarié envers son employeur à une faute lourde, non seulement lorsque la faute dommageable a été commise "dans l'exécution du contrat", mais aussi lorsque le comportement fautif "n'est pas étranger à l'exécution du travail", la Cour de cassation paraît aggraver encore la rigueur de sa jurisprudence limitant la responsabilité contractuelle du salarié ».

¹⁰⁴⁴ V. toutefois, Cass.soc., 2^e civ., 13 nov. 1964, *Bull.civ.* II, n° 716 : jugeant que l'accident de voiture causé par le salarié justifiait l'engagement de sa responsabilité délictuelle à l'égard de l'employeur.

contrat »¹⁰⁴⁵. Ainsi, le fait qu'il y ait contrat entre les parties n'implique pas nécessairement de se situer, en cas de dommage, sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Comme le souligne justement Mme. L. LETURMY, dans l'étude qu'elle consacre à ce sujet, lorsque « *la défaillance du débiteur ne consiste pas dans l'inexécution d'une obligation née du contrat, celle-ci ne peut être génératrice que des règles de la responsabilité délictuelle, quand bien même une convention existerait entre les deux protagonistes* »¹⁰⁴⁶.

Il n'y a donc pas, pour citer le Professeur René Savatier, « *entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, une force de répulsion telle que l'existence d'un contrat rendrait une des parties irrecevable à demander, à titre délictuel, justice d'une faute dont le principe est distinct de la violation du contrat* »¹⁰⁴⁷.

La chambre sociale de la Cour de cassation ne tient pas compte de ces enseignements. Non seulement, elle considère que les faits commis « *à l'occasion du travail* » ne peuvent pas être « *étrangers à l'exécution du contrat* »¹⁰⁴⁸; mais elle a aussi tendance à juger irrecevables les demandes de dommages-intérêts de l'employeur fondées sur la responsabilité délictuelle du salarié¹⁰⁴⁹.

Pourtant, comme le rappelle M. G. COUTURIER, lorsque « *le dommage ne résulte pas de l'inexécution de l'une des obligations nées du contrat* », la responsabilité du salarié ne devrait pas être contractuelle, mais délictuelle¹⁰⁵⁰.

400 - L'immunité pécuniaire du salarié à l'égard de l'employeur suppose, au préalable, de s'assurer que le dommage résulte bien de l'inexécution d'une « obligation » découlant du contrat. Si tel est le cas, la responsabilité encourue est nécessairement contractuelle, et le salarié ne peut être tenu de réparer les dommages qu'il cause en l'absence de faute lourde de sa part, laquelle suppose une intention de nuire¹⁰⁵¹. Cette immunité se justifie pleinement : l'employeur, qui reçoit les profits de l'activité, supporte, en contrepartie, les risques de l'exploitation, en ce compris, les incompétences et les maladroites de son subordonné¹⁰⁵². Cela ne se discute pas.

En revanche, dès lors que le dommage causé à l'employeur ne résulte pas de l'inexécution d'une « obligation » découlant du contrat de travail, la responsabilité contractuelle devrait être abandonnée au profit de la responsabilité délictuelle, qui permet l'indemnisation du préjudice en cas de faute même légère¹⁰⁵³.

Force est de constater cependant que, pour l'heure, la chambre sociale de la Cour de cassation se place résolument sur le terrain de la responsabilité contractuelle, et occulte totalement la question de savoir si le dommage résulte, ou non, de l'inexécution d'une obligation née du contrat de travail. Aussi charitable que puisse être le souci de préserver le patrimoine du salarié, il ne saurait permettre de fouler aux pieds les règles les plus élémentaires

¹⁰⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 1961, n° 60-10.459. *Bull.civ.* I, n° 509; *D.* 1962, p. 146, note P. ESMEIN; *RTD civ.* 1962, p. 307, obs. A. TUNC.

¹⁰⁴⁶ L. LETURMY, « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD Civ.* 1998, p. 839.

¹⁰⁴⁷ R. SAVATIER, sous Civ. 2^e, 13 mai 1955, *D.* 1956, p. 53 (cité par L. LETURMY, art. préc.).

¹⁰⁴⁸ V. not. Cass.soc., 6 mai 1997, préc.

¹⁰⁴⁹ En ce sens, v. Cass.soc., 17 déc. 1992, n° 90-45.255, inédit : « *Mais attendu qu'à défaut de faute lourde, la demande en dommages-intérêts dirigée par l'employeur contre la salariée est irrecevable (...)* ».

¹⁰⁵⁰ G. COUTURIER, « Responsabilité civile et relations individuelles de travail », *Dr.soc.* 1988, p. 407, spéc., p. 410.

¹⁰⁵¹ Cass.soc., 31 mai 1990, n° 88-41.419, *Bull.civ.* V, n° 260.

¹⁰⁵² Sur les justifications de l'immunité, v.not. G. COUTURIER, « La faute lourde du salarié », *Dr.soc.* 1991, p. 105.

¹⁰⁵³ V. J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome 4 – Les obligations*, ouv. préc., spéc., n° 226, p. 410 : rappelant que la responsabilité civile extracontractuelle peut même être engagée en cas de « *faute très légère* ».

du droit de la responsabilité¹⁰⁵⁴. Sans l'inexécution d'une « obligation » découlant du contrat de travail, la responsabilité encourue par le salarié ne peut pas être contractuelle.

401 - Il n'échappera à personne que l'omnipotence actuelle de la responsabilité contractuelle va de pair avec la responsabilité disciplinaire du salarié¹⁰⁵⁵, dont nous avons aussi dénoncé les excès. Tout comme il peut y avoir faute disciplinaire sans que ne soit constaté un manquement à une obligation professionnelle¹⁰⁵⁶, il peut y avoir, de façon tout aussi critiquable, responsabilité contractuelle sans que ne soit constatée l'inexécution d'une obligation née du contrat de travail. On avouera que les principes essentiels sont mis à mal¹⁰⁵⁷.

L'alternative que nous proposons est simple. Elle consiste à délimiter, plus rigoureusement, dans le respect des traditions, les périmètres des responsabilités contractuelle et disciplinaire, et de faire une place au licenciement non fautif pour perte légitime de confiance et à son corollaire, la responsabilité délictuelle du salarié envers l'employeur.

Concrètement, là où il y a, aujourd'hui, pour les faits extérieurs au contrat : licenciement pour faute grave, absence d'indemnité de rupture, et immunité pécuniaire du salarié. Il y aurait, dorénavant : licenciement non fautif pour perte légitime de confiance, versement des indemnités de rupture, et, éventuellement, si les conditions de l'article 1240 du Code civil sont remplies, mise en cause de la responsabilité délictuelle du salarié.

C'est mathématique, si on allège la responsabilité disciplinaire du salarié, on intensifie, du même coup, sa responsabilité délictuelle à l'égard l'employeur...

402 – La doctrine dénonce, aujourd'hui, l'hypertrophie de la faute disciplinaire, qui empiète toujours un peu plus sur la vie personnelle du salarié¹⁰⁵⁸. Elle se demande également si la faute lourde n'est pas devenue un « *habit trop étroit pour la responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur* »¹⁰⁵⁹.

Si le licenciement pour perte légitime de confiance devait être consacré, cela permettrait, non seulement, de préserver l'espace dû à la vie personnelle, mais offrirait aussi la possibilité, sans remettre en cause le principe de l'immunité civile du salarié, de réparer certains dommages extracontractuels subis par l'employeur.

¹⁰⁵⁴ V. P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 7^e éd., 2007, p. 34 : rappelant que pour que la responsabilité soit contractuelle, il faut « *que le dommage procède de l'inexécution des obligations nées du contrat* ».

¹⁰⁵⁵ Sur les liens entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité disciplinaire, v. B. BOSSU, « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire », *Dr.soc.* 1995, p. 26.

¹⁰⁵⁶ En ce sens, v. D. BAUGARD, « La faute disciplinaire », *Cah.soc.* 2014, n° 269, p. 725 : qui s'inquiète de ce que la qualification de faute grave peut être « *retenue sans que soit explicitement caractérisé le manquement du salarié à l'une de ses obligations* ».

¹⁰⁵⁷ On enseigne, traditionnellement, que les faits commis par le salarié ne peuvent justifier une sanction disciplinaire, que s'ils « *constituent des manquements aux obligations professionnelles de l'intéressé* » ; v. J. SAVATIER et J. MOULY, « Droit disciplinaire - Fautes disciplinaires », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, février 2019 (actu. juin 2021), spéc., n° 31.

¹⁰⁵⁸ V. dern. B. DABOSVILLE: « Vie personnelle du salarié et droit disciplinaire : la forteresse menace ruine », *RDT.* 2020, p. 611.

¹⁰⁵⁹ M. KOCHER, « Responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur : la faute lourde, un habit devenu trop étroit ? », *RJS.* 2021/3, Chron. 1.

Conclusion Chapitre 2 :

403 – Pour conclure, si on acceptait de nous suivre dans notre démarche, le steward d’Air France qui soustrait, au cours d’une escale à Istanbul, le porte-monnaie d’un client de l’hôtel, partenaire de la compagnie, ne serait plus licencié pour faute grave¹⁰⁶⁰, mais pour perte légitime de confiance. Le salarié percevrait l’ensemble de ses indemnités de rupture, mais s’exposerait, en contrepartie, à voir, éventuellement, sa responsabilité délictuelle engagée. Il en irait de même pour le steward, qui consomme des drogues dures en escale, à Los Angeles, entre deux vols longs courriers¹⁰⁶¹.

L’exercice d’une activité concurrente au cours d’une période de suspension du contrat de travail - un temps de vie personnelle ! - ne fonderait plus un licenciement disciplinaire en raison du manquement à l’ « obligation » de loyauté - qui aurait ici la nature d’un « devoir » - mais un licenciement non fautif pour perte légitime de confiance. Le détournement de clientèle commis au préjudice de l’employeur, qui ne constitue pas, en soi, une faute lourde¹⁰⁶², pourrait, le cas échéant, donner lieu à réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle...

L’utilisation abusive d’internet à des fins extraprofessionnelles, que nous analysons comme un « abus de droit à la vie personnelle au travail », ne causerait plus une rupture pour faute grave, mais un licenciement non fautif pour perte légitime de confiance. En faisant apparaître le nom de la société qui l’emploie sur des sites pornographiques, zoophiles ou sado-masochistes¹⁰⁶³, le salarié pourrait ainsi voir sa responsabilité délictuelle engagée et être tenu de réparer les dommages qu’il cause. Il n’y a, nous semble-t-il, rien de choquant à cela.

De manière générale, l’assurance en responsabilité civile du salarié pourrait couvrir ce genre de dommages.

404 - En fin de compte, il ne reste plus qu’à savoir si, là-haut, dans la Tour Bonbec, au Quai de l’Horloge, on est prêt à faire une (nouvelle) place au licenciement pour perte légitime de confiance.

On sait désormais notre position.

¹⁰⁶⁰ À comp. Cass.soc., 8 juill. 2020, n° 18-18.317, PB, préc.

¹⁰⁶¹ À comp. Cass.soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915, *Bull. civ.* V, n° 106, préc.

¹⁰⁶² Cass.soc., 16 nov. 2017, n° 16-18.831, *inédit* : rappelant que, nonobstant le détournement de clientèle, la faute lourde ne peut être caractérisée en l’absence d’intention de nuire.

¹⁰⁶³ À rapp. Cass.soc., 23 nov. 2011, n° 10-30.833, *inédit* : salarié se connectant à des sites à caractère pornographique et zoophile et mettant en ligne le numéro de son téléphone mobile professionnel ; CA Grenoble, 10 nov. 2003, n° 00-4741, *RJS*. 12/04, n° 1369 : nom de la société apparaissant, à travers l’e-mail professionnel du salarié, sur un site internet à caractère sado-masochiste,

Conclusion du Titre II :

405 - La chambre sociale de la Cour de cassation juge, aujourd'hui, que « *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* »¹⁰⁶⁴. Malgré cet abandon de façade, on constate que le motif fidéiste n'est jamais vraiment sorti de la pratique¹⁰⁶⁵. Alors qu'à l'inverse, le « trouble objectif caractérisé... », un ersatz de perte de confiance, si l'on met de côté l'opulente faute disciplinaire, n'y est jamais vraiment entré¹⁰⁶⁶.

Signe d'un certain malaise, la doctrine reste divisée sur le sort réservé à la perte de confiance¹⁰⁶⁷, certains auteurs estimant même qu'elle constitue encore une cause de licenciement¹⁰⁶⁸...

406 - Quoi qu'il en soit, nous nous sommes efforcés de réhabiliter, sous une forme nouvelle, la perte de confiance de l'employeur, en insistant, tout particulièrement, sur sa condition de légitimité.

Les différences sources de légitimation que nous avons envisagées ne sont pas exhaustives. Du moment que les éléments objectifs sont extérieurs au contrat et préjudiciables à l'entreprise, ils devraient pouvoir légitimer la perte de confiance de l'employeur. Avec quelques nuances, nous l'avons vu, s'agissant de la pertinence et de l'imputabilité de ces éléments, pour tenir compte du caractère plus ou moins nécessaire de la confiance et du niveau de responsabilité du salarié.

407 - La consécration du licenciement pour perte légitime de confiance aurait l'avantage de circonscrire l'« obligation » de loyauté, au temps de l'exécution du contrat, et de réduire ainsi le périmètre de la faute disciplinaire. Dans la vie personnelle, en dehors du temps et du lieu de travail, la loyauté cesse d'être « obligation » et redevient « devoir ». Elle ne saurait servir, de ce fait, à réarmer le pouvoir de sanction de l'employeur.

Outre le resserrement de l'« obligation » de loyauté, le retour de la « nouvelle » perte de confiance participerait, de surcroît, à l'harmonisation des jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, plus dissonantes qu'on ne le dit¹⁰⁶⁹.

408 - Le licenciement pour motif de perte légitime de confiance parviendrait à un véritable compromis. Ne pouvant être fondé que sur des éléments objectifs extérieurs au

¹⁰⁶⁴ Cass.soc., 29 mai 2001, n° 98-46.341, *Bull.civ.* V, n° 183.

¹⁰⁶⁵ Les juges du fond continuent d'y voir une possible cause de licenciement pour motif personnel, v. CA Paris, pôle 6, ch. 5, 18 déc. 2014, no 14/00268; et les observations de F. BOUSEZ, « La tentation de la perte de confiance », *Cah. soc.* 2015, n° 272, p. 145.

¹⁰⁶⁶ En ce sens, v. not. Ph. WAQUET, « Trouble objectif : retour à la case "départ" », *SSL*, 2007, n° 1310, p. 5 : relevant que « *peu de praticiens connaissent la notion (...)* » ; en ce sens, v. égal. P.-H. ANTONMATTEI, « Le licenciement pour trouble objectif », *Dr. soc.*, 2012, p. 10 : notant que « *Le licenciement pour trouble objectif n'a pas acquis la notoriété qu'il mérite* ».

¹⁰⁶⁷ V. par ex., P. LOKIEC, *Droit du travail. Tome 1 – Les relations individuelles de travail*, PUF, coll. Thémis droit, 2011, n° 249 : estimant que : « *La perte de confiance ne peut plus aujourd'hui constituer une cause de licenciement, alors même qu'elle reposerait sur des éléments objectifs* » ; à comp. F. FAVENNEC-HÉRY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 6^e éd., 2018, n° 707, p. 538 : relevant que « *La perte de confiance ne constitue pas en soi, un motif de licenciement. Des éléments précis et vérifiables doivent être allégués et constatés par le juge justifiant cette perte de confiance* ».

¹⁰⁶⁸ En ce sens, v. F. GAUDU † et F. BERGERON-CANUT, *Droit du travail*, Dalloz, 6^e éd., 2018, spéc., n° 315, pp. 266 et 267

¹⁰⁶⁹ À comp. A. MORIN-GALVIN, *La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Contribution au dialogue des juges en droit du travail*, préf. A. Mazeaud, LGDJ, 2013, spéc., n° 113, p. 67 : pour quoi « la convergence ne souffre plus d'aucune ambiguïté »

contrat, il exclurait l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur, mais ouvrirait plus généreusement la voie à la responsabilité délictuelle du salarié. Un motif donnant-donnant, en somme, et plus cohérent, juridiquement. Dans un bar, en soirée¹⁰⁷⁰, à l'hôtel¹⁰⁷¹, en escale¹⁰⁷², en voyage¹⁰⁷³, à la fête-foraine¹⁰⁷⁴, le salarié ne peut, selon nous, ni manquer à une « obligation professionnelle », ni méconnaître une « obligation née du contrat ». Ses responsabilités, tant disciplinaire que contractuelle, devraient, dès lors, être écartées...

409 - Pour ces différentes raisons, le licenciement pour perte légitime de confiance, nous semble devoir être défendu et consacré. La vie personnelle du salarié, qui disparaît progressivement sous l'immense capuchon de la vie professionnelle, aurait tout à y gagner.

Conclusion de la Partie I :

410 - C'est le propre de tout lien que de pouvoir se rompre : la confiance oblige autant que la perte de confiance libère. La confiance est bien « *la cause génératrice et sustentatrice* » du contrat de travail¹⁰⁷⁵. Elle est un lien qui anime, oblige et crée, disait justement E. Lévy¹⁰⁷⁶.

411 - Cependant, la confiance n'est pas que cela. Dans la relation de travail, elle renferme aussi un aspect comptable, une dimension réelle, qui mérite égard et considération.

¹⁰⁷⁰ À comp. Cass.soc., 19 oct. 2011, préc.: licenciement pour faute grave justifié par des faits de harcèlement sexuel commis lors de soirées organisées après le travail.

¹⁰⁷¹ À comp. Cass.soc., 8 juill. 2020, préc. : vol commis par le steward dans un hôtel partenaire de la compagnie.

¹⁰⁷² À comp. Cass.soc., 27 mars 2012, préc. : steward consommant des stupéfiants en escale.

¹⁰⁷³ À comp. Cass.soc., 8 oct. 2014, préc. : licenciement pour faute grave justifié par des faits commis au cours d'un voyage à Dubrovnik récompensant les lauréats d'un concours interne à l'entreprise.

¹⁰⁷⁴ À comp. Cass.soc., 10 déc. 2008, préc. : licenciement pour faute grave pour des faits commis à l'occasion d'une fête-foraine, au cours d'un arrêt maladie.

¹⁰⁷⁵ Cf. O. ANSELME-MARTIN, « Le sentiment de confiance, cause génératrice et sustentatrice du contrat », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, X. HENRY (dir.), Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 26.

¹⁰⁷⁶ E. LÉVY, « Construction sociale du droit », in *Les fondements du droit*, p. 160 : « Tout rapport juridique est dans la *fides substantia* (...) : elle anime, elle oblige, elle crée ... ».

Deuxième partie :

Le Bien

412 - La confiance n'est jamais tournée vers le déplaisir, vers la dette, insiste M. G. GUERLIN, qui y voit là une possible différence avec la notion, plus large, d'attente¹⁰⁷⁷. La confiance est, nous le disions, horizon frugifère, perspective d'avoir¹⁰⁷⁸. « *Voici une personne, note M. RIEG, qui par des écrits ou des paroles a éveillé dans une autre un espoir de conclure un contrat. Dès à présent cet espoir fait partie intégrante du patrimoine (...) du partenaire. Si cet espoir légitime ne se réalise pas, il en résulte une atteinte au patrimoine et un dédommagement devient nécessaire* »¹⁰⁷⁹.

Où l'on comprend, à travers cet exemple, que la confiance suscitée auprès du cocontractant ou du tiers constitue une possible porte d'entrée vers le monde des « biens » : celui des valeurs économiques¹⁰⁸⁰. Non pas seulement parce qu'elle ouvre droit à une indemnisation en cas d'atteinte, mais, plus directement, parce qu'elle constitue le critère de l'intégration dans le patrimoine. Cette fonction patrimoniale de la confiance se manifeste avec un certain éclat en droit européen et ne peut manquer de rejaillir sur la relation de travail. En laissant le salarié espérer acquérir une valeur patrimoniale, l'employeur prend le risque, s'il ne s'exécute pas, de porter atteinte à la propriété de ce dernier (**Titre 1**). Shakespeare ne croyait pas si bien dire en affirmant que « *l'espérance d'une joie est presque égale à la joie* »¹⁰⁸¹...

413 - Par rapport à la confiance que l'on suscite, celle que l'on accorde entretient des liens plus étroits encore avec la notion de « bien ». Elle se révèle naturellement porteuse de valeur économique et pourrait, à ce titre, constituer un « bien » en soi. C'est, en tout cas, une hypothèse que nous voulons envisager dans la relation de travail, en insistant, plus particulièrement, sur la confiance que l'employeur place en la personne du salarié (**Titre 2**).

¹⁰⁷⁷ G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, th. préc., p. 25, note 116.

¹⁰⁷⁸ V. *supra*, n°40.

¹⁰⁷⁹ A. RIEG, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIXe siècle », in *Le rôle de la volonté dans le droit*, APD. 1957, p. 125, spéc., p. 132.

¹⁰⁸⁰ Sur l'association du bien à la valeur économique, v. *infra*, n° 522.

¹⁰⁸¹ Cité par F. GIRARD de BARROS, « Du dévoiement juridique de l'espérance légitime », *LexBase*, La lettre juridique n° 6000, du 5 fév. 2015.

Titre 1 : La fonction patrimoniale de la confiance suscitée

414 - Il peut paraître surprenant, de prime abord, d'assigner à la confiance suscitée une quelconque fonction patrimoniale. On voit mal, en effet, en quoi le patrimoine d'une personne, considéré comme puissance économique¹⁰⁸², pourrait se trouver affecté par ce qui n'est, *a priori*, qu'un sentiment éprouvé en son for intérieur. Tout au plus, conçoit-on, comme cela a été souligné, que la confiance suscitée puisse fonder une action en responsabilité et ouvrir droit à des dommages-intérêts lorsqu'elle est trompée¹⁰⁸³. Là serait son seul trait de patrimonialité : un préjudice innomé¹⁰⁸⁴, essentiellement moral¹⁰⁸⁵, uniquement réparé en cas d'atteinte¹⁰⁸⁶...

415 - À bien y regarder, il y a cependant une place, à côté de cette approche « sentimentale », pour une vision plus économique de la confiance suscitée. Une vision correspondant, peu ou prou, à celle que retient actuellement la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH.) dans le cadre de l'article 1er du Protocole n° 1 de 1952, qui consacre le « droit au respect de ses biens »¹⁰⁸⁷, c'est-à-dire, en substance, le droit de propriété¹⁰⁸⁸.

416 - Longtemps restée en sommeil¹⁰⁸⁹, cette disposition est désormais l'une des plus invoquées par les justiciables européens¹⁰⁹⁰. Il faut dire que les juges strasbourgeois ont

¹⁰⁸² Depuis Aubry et Rau, la notion de patrimoine est généralement présentée comme une universalité juridique, c'est-à-dire comme un ensemble de biens et de dettes juridiquement liés, l'actif répondant du passif (cf. AUBRY et RAU, *Droit civil français*, T.9, LGDJ, 5^e éd., 1917, § 573 à 575, p. 333 et s.). Mais dans son sens le plus commun, et peut-être le bon sens, le patrimoine se conçoit essentiellement dans sa dimension active. Il est « *l'avoir légitime d'une personne, physique ou morale* », sa puissance économique ; cf. F. ZÉNATI-CASTAING, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801 ; *adde.* M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583, spéc., n°21.

¹⁰⁸³ V. not. nos développements sur la rupture des pourparlers d'embauche, *supra*, n°s 46 et s.

¹⁰⁸⁴ À noter qu'il n'existe pas, en droit français, de « préjudice de confiance » comme ce peut être le cas, dans la période précontractuelle, en droit allemand (« Vertrauensschaden ») et en droit anglais (« reliance interest ») ; sur le « vertrauensschaden », v. not. P. JUNG, « La protection de la confiance en droit allemand des contrats », in *La confiance*, 11^e Journées bilatérales franco-allemande, Société de législation comparée, 2013, p. 31, spéc., p. 48 ; sur le « reliance interest », v. not. G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, th. préc., spéc., n° 613.

¹⁰⁸⁵ Parce qu'elle est une atteinte à un sentiment, l'atteinte à la confiance serait, dit-on, a « *l'archétype du préjudice moral indemnisable en droit de la responsabilité civile* », cf. N. ALBARIAN, *La perte de confiance légitime en droit contractuel*, préf. J. MESTRE, Mare & Martin, 2012, spéc., n° 455 ; l'auteur laissant suggérer par-là que l'atteinte à la confiance serait, en soi, préjudiciable ; *contra.*, S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2012, n° 202, p. 159, pour qui « *la violation de la confiance n'est sanctionnée que si elle est préjudiciable* » ; *adde.* (sous la forme interrogative), S. ALEXANE, « Le principe de protection de la confiance légitime peut-il se passer d'un préjudice ? », *Revue droit des affaires de l'Université Paris II Panthéon-Assas*, 2005, p. 249.

¹⁰⁸⁶ Par la brèche des dommages-intérêts, la responsabilité civile serait apte à tout transformer en bien ; v. P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1964, p. 185.

¹⁰⁸⁷ Art. 1^{er} du Protocole n° 1 de 1952 en vertu duquel : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ».

¹⁰⁸⁸ Ainsi que la Cour EDH l'a précisé, cf. CEDH, 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, n° 6833/74, spéc. § 63 : « *En reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 (P1-1) garantit en substance le droit de propriété...* ».

¹⁰⁸⁹ Sur la naissance « douloureuse » du texte, v. L. CONDORELLI, « Premier Protocole additionnel- Article 1^{er} », in *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, dir. L.-E. Petit, E. Decaux et P.-H. Imbert, Economica, 2^e éd., 1999, p. 971 : où l'auteur rappelle que « *l'article 1 du Protocole est né dans la douleur (...)* ».

¹⁰⁹⁰ Sur ce constat, v. L. SERMET, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, Conseil de l'Europe, 1999, p. 7.

progressivement développé une conception autonome et extensive de la notion de « bien », avec pour conséquence l'élargissement corrélatif du domaine de l'article 1er du Protocole n° 1. On a évoqué, à cet égard, un « *processus de dilatation* » auquel serait soumis le texte¹⁰⁹¹. De quoi nourrir la critique d'une partie de la doctrine française qui reproche à ce « *droit venu d'ailleurs* », sans « *histoire, ni territoire* »¹⁰⁹², de malmenier les classifications fermement établies de notre droit civil¹⁰⁹³ et de tout transformer en objets de propriété¹⁰⁹⁴. C'est le « *triomphe des biens* »¹⁰⁹⁵ et de l'article 1er du Protocole n° 1 : la belle endormie est devenue fée...

417 - Outre les biens corporels qui ne soulèvent aucune difficulté tant la possibilité de se les approprier va de soi¹⁰⁹⁶, l'article 1er du Protocole n° 1 intègre aussi, dans son champ d'application, les biens incorporels, telles que la clientèle¹⁰⁹⁷, les parts sociales¹⁰⁹⁸, et plus généralement, les valeurs patrimoniales, y compris les créances¹⁰⁹⁹, dès lors que le requérant a, selon l'expression consacrée, une « *espérance légitime* » de les voir se concrétiser¹¹⁰⁰.

418 - À quoi correspond, au juste, cette « *espérance légitime* » ? La Cour EDH. se garde bien de le dire, prêtant ainsi le flanc à la critique. D'aucuns évoquent une notion « *encore inaboutie tant pour la Cour européenne elle-même que pour les commentateurs de la notion* »¹¹⁰¹, mais soulignent, paradoxalement, que notre Cour de cassation y est « *de plus en plus réceptive* »¹¹⁰². « *Le contentieux de l'espérance légitime en droit français, prévient M. J. GHESTIN, n'en est qu'à ses débuts* »¹¹⁰³ ...

419 - Si nous insistons, ici, sur la notion conventionnelle d'« *espérance légitime* », c'est que celle-ci est toujours le résultat d'une *confiance suscitée dans l'acquisition d'une valeur patrimoniale* ; confiance suscitée soit par la puissance publique au sens large, soit par un particulier. Il est alors question, dans ce dernier cas, de l'effet dit « *horizontal* »¹¹⁰⁴ de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après Convention EDH.), dont « *le plein potentiel reste décidément encore à explorer* » selon les mots de Mme. J. ROCHFELD¹¹⁰⁵.

¹⁰⁹¹ Cf. L. CONDORELLI, « Premier Protocole additionnel- Article 1^{er} », *op.cit.*, spéc., p. 976.

¹⁰⁹² J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 2006, pp. 47-48.

¹⁰⁹³ Le doyen Cornu évoque, dans des termes particulièrement vifs, un risque de « *dégénérescence pour le système juridique français* », v. G. Cornu, *Droit civil - Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 12e éd., 2005, n^{os} 262 et 263.

¹⁰⁹⁴ B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme de marché », *D.* 2011, p. 897, spéc., n° 6.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*

¹⁰⁹⁶ Selon l'analyse traditionnelle, ces biens seraient les seuls objets possibles de propriété ; en ce sens, v. P. ESMEIN, *Cours de droit civil approfondi*, Paris, Les cours de droit, 1957, p. 8 ; pour une critique de cette conception, quelque peu éculée et qui n'était pas celle du droit romain, v. F. ZÉNATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse Lyon, 1981.

¹⁰⁹⁷ V. not. CEDH, 26 juin 1986, *Van Marle c. Pays-Bas*, n° 8685/79.

¹⁰⁹⁸ V. not. CEDH, 7 nov. 2002, *Olczak c. Pologne*, n° 30417/96, § 60 ; CEDH, 25 juill. 2002, *Sovtransavto holding c. Ukraine*, n° 48553/99, § 91.

¹⁰⁹⁹ Cf. F. SUDRE, « Conv. EDH. – Droits garantis. – Droit de propriété », *J. Cl. Europe Traité*, fasc. 6523, 1er déc. 2021, spéc., n° 9.

¹¹⁰⁰ V. not. CEDH, 20 nov. 1995, *Pressos Compania Naviera SA et autres c/ Belgique*, n° 17849/91, § 31.

¹¹⁰¹ Ch. BLANC-FILLY, « La notion conventionnelle d'espérance légitime : convergences et divergences entre appréhensions prétoriennes nationale et européenne », *RFDA*. 2015, p. 527.

¹¹⁰² *Ibid.*

¹¹⁰³ J. GHESTIN, obs. sous Cass.1^{re}civ., 30 sept. 2010 et Cass.soc., 24 nov. 2010, *JCP G.* 17 Janvier 2011, doctr. 63.

¹¹⁰⁴ V. *infra*, n° 455.

¹¹⁰⁵ J. ROCHFELD, obs. sous CEDH, 18 nov. 2010, *Richer et Le Ber c. France*, *RDC*. 2012, p. 23.

420 - Ainsi, la notion d'espérance légitime, qui est en relation directe avec la confiance¹¹⁰⁶, ne peut qu'impacter la relation de travail, qui lie deux particuliers, employeur et salarié (Chapitre 2). Il nous faudra toutefois, pour prendre la mesure exacte du phénomène, identifier préalablement la notion d'« espérance légitime » dans la jurisprudence de la Cour EDH qui l'a fait naître (Chapitre 1). Il se pourrait, in fine, que la créature échappe à son créateur...

¹¹⁰⁶ Pas d'espérance, sans confiance préalable ; sur l'exigence d'une « base de confiance suffisante » comme critère de l'« espérance légitime », v. *infra*, n° 428.

Chapitre 1 : L'identification de la notion d'« espérance légitime » dans la jurisprudence de la Cour EDH.

421 - La notion conventionnelle d' « espérance légitime » apparaît difficilement saisissable. Effet, sans nul doute, d'une jurisprudence erratique de la Cour EDH. qui, à force de multiplier les références en de multiples domaines, a fini par se disperser et manquer de clarté¹¹⁰⁷. Dès lors, en revanche, que l'on se recentre sur l'essentiel, à savoir l'article 1^{er} du Protocole n°1, et que l'on prend de la hauteur, le flou se dissipe quelque peu¹¹⁰⁸. Il devient alors possible d'assigner à l' « espérance légitime » des conditions précises (Section 1) et des effets propres (Section 2).

Section 1 : Les conditions de l'« espérance légitime »

422 - À la lumière des décisions rendues, deux conditions nous paraissent devoir être réunies pour que la notion conventionnelle d' « espérance légitime » puisse trouver à s'appliquer : une *créance imparfaite* (Sous-section 1) assise sur une *base de confiance suffisante* (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La créance « imparfaite »

423 - L'applicabilité de l'article 1er du Protocole n° 1 est subordonnée, comme chacun sait, à l'existence d'un « bien », en l'absence duquel le requérant ne saurait invoquer une quelconque violation du texte. La question se pose donc de savoir ce qui, pour les juges strasbourgeois, constitue un « bien »¹¹⁰⁹.

Il ressort de la jurisprudence constante de la Cour EDH. que « *la notion de “biens“ peut recouvrir tant des “biens actuels“ que des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une “espérance légitime“ d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété* »¹¹¹⁰.

Une distinction est ainsi opérée entre les « *biens actuels* », d'une part, et les « *valeurs patrimoniales, y compris les créances* », d'autre part ; l'espérance légitime n'ayant vocation à jouer qu'à l'égard de ces dernières¹¹¹¹.

La doctrine conforte cette analyse lorsqu'elle affirme que l'espérance légitime « *reste (...) essentiellement un instrument d'arrimage au système de protection conventionnelle des biens incorporels que sont les créances* »¹¹¹².

Si on ne peut que partager ce constat, il faut néanmoins préciser que l'espérance légitime ne concerne pas toutes les créances, mais certaines d'entre elles seulement.

¹¹⁰⁷ Sur la diffusion contestable de l'espérance légitime au-delà du droit des biens, v. W. JEAN-BAPTISTE, th. préc., spéc. n° 146 et s., p. 103 et s.

¹¹⁰⁸ En ce sens, v. not. S. EL BOUDOUHI, « L'espérance légitime dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: notion fourre-tout ou concept autonome ? », in *La protection des attentes légitimes en droit public : approche comparée en droit international, droit européen et droit interne*, S. Robert-Cuendet (dir.), Presses universitaires de Rennes, 2020, pp.89-106 : pour l'auteure, l'espérance légitime ne constitue un concept juridique opératoire que dans le cadre de l'article 1^{er} du Protocole n°1.

¹¹⁰⁹ Sur cette question, v. Ch. QUÉZEL-AMBRUNAS, « L'acceptation européenne du “bien“ en mal de définition », *D.* 2010, p. 2024.

¹¹¹⁰ V. not. CEDH, Gr. Ch., 28 sept. 2004, *Kopeccky c./ Slovaquie*, n° 44912/98, § 25 ; CEDH, 27 nov. 2007, *Hamer c/ Belgique*, n° 21821/03, § 75.

¹¹¹¹ Dans la formule employée par la Cour, la notion n'est pas accolée aux « biens actuels », mais aux « créances ».

¹¹¹² Cf. F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDIRANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, coll. Thémis droit, 4e éd., 2007, p. 659.

424 - Il convient d'insister sur ce point : la notion d'espérance légitime ne s'applique qu'aux créances « imparfaites ». Lorsque la créance est « certaine, liquide et exigible » et constatée par un titre exécutoire, en un mot, susceptible d'exécution forcée¹¹¹³, force est effectivement de constater que la Cour EDH. peut la qualifier de « bien » sans se référer à la notion d'« espérance légitime ». Il en est notamment ainsi d'une créance en condamnation, rendue par une sentence arbitrale, qui enjoint à l'État de verser différentes indemnités aux requérants¹¹¹⁴. Nul besoin, dans ce cas précis, de solliciter la notion d'espérance légitime car, pour reprendre une terminologie employée par M. E. PUTMAN, la créance est « parfaite »¹¹¹⁵.

Inversement, lorsque la créance est « imparfaite », c'est-à-dire lorsqu'elle ne revêt pas, en l'état, force exécutoire, le recours à la notion d'espérance légitime devient indispensable pour caractériser le « bien ». Dans l'arrêt *Pressos Compania Naviera SA et autres c/ Belgique*¹¹¹⁶, la Cour EDH. a ainsi pu considérer qu'une créance en réparation d'origine délictuelle non encore constatée ni liquidée constituait un « bien » dès lors que les requérants pouvaient « prétendre avoir une "espérance légitime" de voir concrétiser leurs créances quant aux accidents en cause conformément au droit commun de la responsabilité »¹¹¹⁷.

C'est bien, en l'occurrence, parce que la créance était « imparfaite », ni liquidée ni constatée, que la notion d'« espérance légitime » a du être sollicitée.

425 - La doctrine a manifestement conscience de ce trait caractéristique de l'« espérance légitime », mais ne l'exprime pas en ces termes. Après avoir précisé que l'espérance légitime « ne désigne pas les créances dont l'existence est ferme et définitive », M. Th. REVET souligne que la notion « est destinée à élargir la sphère des biens aux créances qui ne sont pas à tous égards actuelles, mais dont la probabilité de la transformation en droit ferme et définitif est suffisamment grande pour justifier la mise en œuvre d'une protection précisément destinée à éviter que le temps qui reste d'incertitude ne soit mis au service d'un enrayement de l'achèvement de leur processus de formation »¹¹¹⁸.

Si nous suivons naturellement l'auteur dans son raisonnement, il nous paraît toutefois discutable de considérer que les créances concernées par l'espérance légitime ne sont pas « à tous égards actuelles ». L'expression suggère que la créance n'existe pas encore au moment où elle est qualifiée de « bien » par la Cour EDH. Encore plus contestable est, à nos yeux, l'utilisation de l'expression « créance virtuelle »¹¹¹⁹, car, par définition, ce qui est virtuel n'existe pas réellement¹¹²⁰. Or, une créance dont le fait générateur (dommage, contrat, etc.)

¹¹¹³ En ce sens, v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations - 3. Le rapport juridique*, Sirey, 7e éd., 2011, n° 153, p. 127.

¹¹¹⁴ CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis c. Grèce*, n° 13427/87 ; *RTD Civ.* 1995, p. 652, obs. F. ZÉNATI.

¹¹¹⁵ Selon la thèse de M. E. Putman, la perfection de la créance suppose qu'elle soit certaine, liquide et exigible, cf. E. PUTMAN, *La formation des créances*, thèse Aix-Marseille, 1987, n°s 496 et s., p. 599 et s.

¹¹¹⁶ CEDH, 20 nov. 1995, *Pressos Compania Naviera SA et autres c/ Belgique*, req. n° 17849/91, *RTD Civ.* 1996, p. 515.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, § 31.

¹¹¹⁸ Th. REVET, « Créance et espérance légitime », obs. sous CEDH, Grd. ch., 6. oct. 2005, *Maurice c. France*, *RTD Civ.* 2005, p. 798.

¹¹¹⁹ V. not. A. GUIGUE, « La créance virtuelle constitutive de bien au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : de l'espérance légitime au désespoir du créancier », *JCP Adm.* 2010, n° 39, pp. 14-17.

¹¹²⁰ Sur les limites du concept d'« existence » appliqué aux créances, v. P.- E. AUDIT, *La « naissance » des créances. Approche critique du conceptualisme juridique*, préf. D. Mazeaud, Dalloz, 2015, spéc., n°s 350 et s., p. 246 et s.

s'est produit n'a plus rien d'une fiction¹¹²¹. Elle accède à la vie juridique, malgré son imperfection¹¹²².

Mieux vaut, à cet égard, s'agissant de l'espérance légitime, parler de créance « imparfaite », plutôt que de créance « virtuelle » ou « potentielle ». Le choix des mots a son importance.

426 – Dès lors que la créance est « imparfaite », le recours à la notion d'espérance légitime devient nécessaire pour caractériser le « bien » au sens de l'article 1^{er} du Protocole n°1. Dans son arrêt *Di Marco c. Italie* du 26 avril 2011¹¹²³, la Cour EDH. a considéré qu'un locataire, autorisé par son contrat de bail à se maintenir dans les lieux pour une durée de cinq ans et six mois, disposait, au cours de cette période, d'une « *espérance légitime de pouvoir continuer à exercer ses activités sur le terrain* »¹¹²⁴, de sorte que son expropriation pouvait caractériser une violation de l'article 1er du Protocole n°1.

Cette décision a été sévèrement critiquée par notre doctrine. « *Le raisonnement n'est pas particulièrement simple*, écrit M. G. FOREST. *Pourquoi ne pas considérer d'emblée que le preneur commercial possédait un droit de nature personnelle, une créance contre le bailleur opposable aux tiers, qu'il convenait de protéger au titre du droit au respect de ses biens ? Il y a ici, semble-t-il, une créance déjà née qui était susceptible de protection autonome. L'appel à la notion d'espérance légitime est peut-être superflu* »¹¹²⁵. M. R. HOSTIOU est plus catégorique encore. « *Le recours à l'espérance légitime, note-il, apparaît (...) comme inutile dans la mesure où le requérant était en mesure de se prévaloir ab initio d'un "droit". La Cour aurait pu faire ici l'économie de la notion d'espérance légitime* »¹¹²⁶.

Il se pourrait, pour reprendre un grief déjà formulé, que ces auteurs ne prennent pas suffisamment « *en considération les enseignements de la jurisprudence de Strasbourg* »¹¹²⁷. Dans l'arrêt rapporté, l'appel à la notion d'espérance légitime n'avait, de notre point de vue, rien de « superflu ». Était en cause une créance non encore exigible pour le tout et non constatée par un titre exécutoire. En un mot, une créance « imparfaite », qui imposait le recours à la notion d'espérance légitime.

427 - La créance « imparfaite » est une condition certes nécessaire, mais non suffisante de l'espérance légitime. Il faut, en outre, que soit caractérisée une *base de confiance suffisante*.

Sous-section 2 : La base de confiance suffisante

428 - L'espérance légitime ne surgit pas du néant. Elle repose sur une *base de confiance suffisante*, tantôt juridique (§ 1), tantôt factuelle (§ 2), sur la foi de laquelle le requérant peut « *légitimement espérer obtenir la jouissance d'un droit de propriété* »¹¹²⁸.

¹¹²¹ En ce sens, v. L. AYNÈS, « Rapport de synthèse », in *La date de formation des créances* (Colloque), LPA 2004, n° 224, p. 61 s. : l'auteur fixe la date de naissance des créances au fait générateur.

¹¹²² Dans sa thèse (cf. *La formation des créances*, préc.), M. E. PUTMAN distingue clairement la naissance de la créance – 1^{ère} Partie – de l'existence de la créance – 2^{ème} Partie

¹¹²³ CEDH, 2e sect., 26 avr. 2011, *Di Marco c/ Italie*, n° 32521/05 ; G. FOREST, « Expropriation : la Cour européenne des droits de l'homme se penche sur l'indemnisation du locataire », *Dalloz actu.* 5 mai 2011 ; R. HOSTIOU, « La CEDH et le droit à l'indemnité du locataire exproprié », *RDI.* 2011, p. 387.

¹¹²⁴ *Ibid.*, § 12.

¹¹²⁵ G. FOREST, note préc.

¹¹²⁶ R. HOSTIOU, note préc.

¹¹²⁷ Sur la formulation de ce grief, v. J.-F. FLAUSS, note sous TGI Rochefort-sur-Mer, 27 mars 1992, *D.* 1993. J.175.

¹¹²⁸ Selon une expression couramment employée par la Cour EDH., v. not. CEDH 12 juill. 2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, req. n° 42527/98, § 83 ; CEDH, 30 nov. 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, req. n° 48939/99, § 124.

§ 1 - La base juridique de confiance suffisante

429 - Dans l'arrêt *Pine Valley c. Irlande* du 19 novembre 1991¹¹²⁹, la Cour EDH. concluait, pour la première fois, à « l'existence d'une espérance légitime dès lors qu'avait été accordé un certificat d'urbanisme sur la foi duquel les sociétés requérantes avaient acheté un domaine qu'elles comptaient aménager »¹¹³⁰. Elle considérait, en l'occurrence, que « ledit certificat, sur lequel le service d'urbanisme ne pouvait revenir, était un "élément du droit de propriété en question" »¹¹³¹.

Si les juges strasbourgeois ne précisèrent pas, ici, le critère de la notion qu'ils consacraient en pure opportunité, il s'inférait toutefois de la décision que l'espérance légitime devait reposer, pourrait-on dire, sur une *base de confiance suffisante*. En l'occurrence, « un certificat d'urbanisme sur la foi duquel les sociétés requérantes avaient acheté un domaine qu'elles comptaient aménager »¹¹³². La foi était bien là, la confiance à peine cachée entre les lignes.

Une clarification de la Cour EDH était néanmoins attendue sur ce point. Elle intervint dans l'arrêt *Kopecky c. Slovaquie* du 28 septembre 2004¹¹³³.

430 - L'arrêt *Kopecky* constitue une « sorte de théorie générale » de l'espérance légitime¹¹³⁴. La Grande chambre érige, à cette occasion, l'exigence d'une « base suffisante en droit interne » en critère de l'espérance légitime¹¹³⁵. Elle précise, en outre, qu'« il y a une différence entre un simple espoir (...) et une espérance légitime, qui devait être de nature plus concrète et se baser sur une disposition légale ou un acte juridique, telle une décision de justice »¹¹³⁶.

En visant la « disposition légale » ou l'« acte juridique », la Cour EDH. semble indiquer que la « base suffisante » - celle à laquelle le requérant peut légitimement se fier et qui constitue donc, pour nous, une *base de confiance* - a nécessairement une nature juridique. L'espérance légitime, dit-elle explicitement, naît d'une « disposition légale ou d'un acte juridique, telle une décision de justice ».

Le fait qu'une disposition légale puisse ainsi constituer une *base de confiance suffisante* nous semble parfaitement naturel. En effet, « que pourrait-on reprocher à un requérant pour ne pas lui reconnaître de vraies raisons d'espérer, lorsqu'il soutient qu'il a construit son espérance sur les prévisions de la loi ? »¹¹³⁷. On s'accordera avec M. W. JEAN-BAPTISTE pour dire qu'« il serait périlleux pour l'existence même de la loi que l'on en vienne à soutenir (...) qu'elle (la loi) est un support trop incertain, trop faible pour permettre des prévisions »¹¹³⁸.

Il en va de même pour « l'acte juridique », qui est également visé. On peut simplement s'étonner que la Cour EDH. illustre cette catégorie au moyen de la « décision de justice »¹¹³⁹.

¹¹²⁹ CEDH, 29 nov. 1991, *Pine Valley Developpements c/ Irlande*, req. n° 12742/87, RUDH. 1992, p. 9, chron. F. SUDRE.

¹¹³⁰ C'est ainsi que la Cour EDH. résume l'arrêt *Pine Valley* dans sa propre jurisprudence ; v. not. CEDH, Gr. Ch., 28 sept. 2004, *Kopecky c./ Slovaquie*, préc., spéc., § 45 ; CEDH, 29 nov. 1991, *Pine Valley*, préc., § 51.

¹¹³¹ *Ibidem*.

¹¹³² Nous soulignons.

¹¹³³ CEDH, Gr. Ch., 28 sept. 2004, *Kopecky c. Slovaquie*, préc.

¹¹³⁴ En ce sens, F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDIRANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., spéc., p. 662.

¹¹³⁵ CEDH, Gr. Ch., 28 sept. 2004, *Kopecky c. Slovaquie*, préc., § 52.

¹¹³⁶ *Ibid.*, § 49 ; v. déjà CEDH, Gr. Ch., *Gratzinger et Gratzingerova c. Rep. Tchèque*, 10 juill. 2002, n° 39794, § 73.

¹¹³⁷ W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, th. préc., n° 120, p. 88.

¹¹³⁸ *Ibid.*

¹¹³⁹ Sur cette réserve, v. égal. W. JEAN-BAPTISTE, op. cit., spéc., n° 77, pp. 62-63 : « D'abord, la construction de la phrase tendrait à soutenir un rattachement de la décision judiciaire, prise en tant qu'exemple à l'acte

Le contrat nous semble être un bien meilleur représentant¹¹⁴⁰. Il est l'« acte juridique » par excellence, le modèle du genre¹¹⁴¹.

431 – On ne sera donc pas surpris de constater que la Cour EDH. voit, elle-même, dans le contrat une *base de confiance suffisante*. C'est, en substance, ce qui ressort de l'arrêt *Stretch c. Royaume-Uni* du 25 juin 2003¹¹⁴². En l'espèce, un locataire s'était fié aux stipulations du contrat de bail, et plus particulièrement à la faculté de renouvellement prévue par celui-ci, pour réaliser des travaux d'ampleur sur le terrain, avant finalement d'apprendre que le contrat ne pouvait pas être renouvelé au regard du droit interne. La Cour EDH. jugea ici que, sur les termes du contrat de bail conclu avec l'autorité locale, le requérant « avait au moins une “*espérance légitime*” d'exercer l'option de renouvellement de son bail et que cet élément devait passer, aux fins de l'article 1 du Protocole n° 1, pour un “*corollaire des droits de propriété qu'il détenait [...] en vertu du bail*”¹¹⁴³.

Dans le même registre, on peut également citer l'arrêt *Richer et Le Ber c. France* du 18 novembre 2010¹¹⁴⁴, duquel il ressort que des droits de construire prévus par un contrat conclu avec l'État font naître, au profit des requérants, une « *espérance légitime de pouvoir exercer ces droits dans les conditions contractuelles* »¹¹⁴⁵, nonobstant le changement ultérieur des règles d'urbanisme.

Il s'ensuit que, pour la Cour EDH., le contrat, a fortiori lorsqu'il est conclu avec l'État¹¹⁴⁶, constitue une *base de confiance suffisante* à partir de laquelle les requérants peuvent « *légitimement espérer obtenir la jouissance d'un droit de propriété* ».

432 – D'une façon générale, les actes juridiques, dans leur ensemble, peuvent générer des espérances légitimes, sous réserve d'avoir « *une incidence sur des droits de propriété* »¹¹⁴⁷. On se souvient que, dans l'arrêt *Pine Valley*¹¹⁴⁸, qui est l'arrêt fondateur, il s'agissait d'« *un certificat d'urbanisme sur la foi duquel les sociétés requérantes avaient acheté un domaine qu'elles comptaient aménager* ».

juridique. Or, une décision de justice n'est pas, à proprement parler un acte juridique (...). Ensuite, et de manière plus significative, on ne saurait, dans une réflexion qui prend en compte la jurisprudence de la Cour, rencontrer dans la même phrase disposition légale et décision judiciaire, sans se rappeler de la conception strasbourgeoise de la notion de loi. En effet, il est aujourd'hui acquis que le juge strasbourgeois retient une conception souple de la loi qui le conduit à admettre que celle-ci englobe l'ensemble du droit en vigueur, indépendamment de son origine législative, jurisprudentielle ou réglementaire. Eu égard à cette conception, la disposition légale (la loi) devrait pouvoir absorber la référence à la décision judiciaire ».

¹¹⁴⁰ En ce sens, v. égal. W. JEAN-BAPTISTE, *op. cit.*, n° 79, p. 64.

¹¹⁴¹ Tant et si bien que, en droit français des obligations, la réglementation des contrats constitue le droit commun des actes juridiques ; cf. C. civ. art. 1100-1 : « *Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats* ».

¹¹⁴² CEDH, 24 juin 2003, *Stretch c/ Royaume-Uni*, req. n° 44277/98.

¹¹⁴³ *Ibid.*, § 35.

¹¹⁴⁴ CEDH, 18 nov. 2010, *Richer et Le Ber c. France*, req. n°s 18990/07 et 23905/07 ; D. 2011, p. 2694, obs. F. G. TRÉBULLE ; *RTD Civ.* 2011, p. 150, note Th. REVET ; *JCP A.* 2011, comm. 2005, D. BAILLEUL ; *RDC.* 2012, p. 23, obs. J. ROCHFELD.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, § 98.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, §96 : soulignant que l'État « *constituait indiscutablement un gage d'autorité, de bonne foi et du respect de la loi* » ; sur ce point, v. Th. REVET, note préc. : « *Le fait d'avoir contracté avec l'État, dans des termes par lesquels la puissance publique s'est engagée à permettre la réalisation des constructions énumérées si bon semblait aux vendeurs, a donc conduit la Cour de Strasbourg – fort justement selon nous – à estimer que les requérants étaient légitimes à croire en l'existence de conditions juridiques propices à la bonne réalisation de leur “droit de construire”* ».

¹¹⁴⁷ CEDH, Gr. Ch., 28 sept. 2004, *Kopecky c. Slovaquie*, préc., spéc., § 47.

¹¹⁴⁸ CEDH, 29 nov. 1991, préc.

433 – Une « disposition légale » ou un « acte juridique » n'est cependant pas toujours exigé, la base de confiance suffisante pouvant être simplement factuelle. Le Droit n'est pas le seul générateur de confiance.

§ 2 - La base factuelle de confiance suffisante

434 - Dans sa thèse, M. W. JEAN-BAPTISTE insiste sur la dimension juridique de l'espérance légitime¹¹⁴⁹. L'auteur y voit un élément constitutif de la notion. « *L'espérance légitime qui retient l'attention, écrit-il, est celle qui puise déjà son existence dans la sphère juridique. À ce titre, elle ne saurait prendre forme en l'absence d'une base juridique* »¹¹⁵⁰. « *Il faut bien comprendre, ajoute-t-il plus loin, que dans le processus d'élaboration de [l'espérance légitime], il ne s'agit pas de conférer un effet juridique à des éléments qui n'auraient à l'origine aucune valeur juridique, mais de puiser l'espérance dans la matière juridique elle-même* »¹¹⁵¹. L'auteur appuie sa démonstration sur l'arrêt *Kopecky*¹¹⁵².

À bien y regarder, il se pourrait cependant que l'arrêt *Kopecky* n'ait pas la portée que l'auteur lui prête. On en veut pour preuve, et l'intéressé le concède, que la Cour EDH. a déjà pu reconnaître l'existence d'une « espérance légitime » en dehors de toute « base juridique »¹¹⁵³. On peut notamment citer, en ce sens, l'arrêt *Hamer c. Belgique* du 20 novembre 2007¹¹⁵⁴. La Cour a considéré, ici, qu'une construction illégale tolérée pendant de nombreuses années pouvait faire naître « *une "espérance légitime" de pouvoir continuer à jouir de [son] bien* »¹¹⁵⁵.

Il est clair, en l'espèce, que l'illégalité de la construction et l'absence de titre de propriété se concilient mal avec l'exigence d'une matière juridique dans laquelle l'auteur voudrait que la notion plonge ses racines¹¹⁵⁶.

Il nous semble, à cet égard, inapproprié de défendre une dimension exclusivement juridique de l'espérance légitime¹¹⁵⁷. Au reste, face à la difficulté de dégager un critère de la juridicité¹¹⁵⁸ - M. W. JEAN-BAPTISTE n'en dit mot - mieux vaut s'entendre sur l'idée que la *base de confiance suffisante* peut être aussi bien juridique que factuelle. L'essentiel étant qu'elle puisse faire naître, dans l'esprit d'une personne raisonnable, une espérance légitime de « *pouvoir obtenir la jouissance d'un droit de propriété* »¹¹⁵⁹.

435 – Le parallèle peut être fait avec le principe communautaire de protection de la confiance légitime, dont Mme S. CALMES a montré qu'il pouvait reposer aussi bien sur une

¹¹⁴⁹ W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, th. préc., spéc., n° 74 et s., pp. 61 et s.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, n° 76, p. 62.

¹¹⁵¹ *Ibid.*, n° 78, p. 64.

¹¹⁵² CEDH, Gr. Ch., 28 sept. 2004, *Kopecky c. Slovaquie*, préc., § 49.

¹¹⁵³ Après avoir défendu, dans ses développements, « *l'exigence d'une base juridique* » (th. préc., p. 62), M. W. JEAN-BAPTISTE fait état des « *interrogations quant à l'exigence d'une base juridique* » (th. préc., p. 68).

¹¹⁵⁴ CEDH 27 nov. 2007, *Mme Hamer c. Belgique*, req. n° 21861/03 ; D. 2008, p. 884, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, § 76.

¹¹⁵⁶ À comp. W. JEAN-BAPTISTE, th. préc., spéc., n° 93, p. 73 : pour qui « *l'arrêt Hamer ne saurait permettre de trancher la question de l'exigence d'une base juridique dans l'existence d'une espérance légitime* ».

¹¹⁵⁷ Signe d'un certain flottement sur la question, M. W. JEAN-BAPTISTE parle d'ailleurs de la « *dimension essentiellement juridique* » de l'espérance légitime ; cf. th. préc., p. 61.

¹¹⁵⁸ Sur cette difficulté, v. not. J. CARBONNIER, « *Il y a plus d'une définition dans la maison du droit* », *Droits* 1990, n° 11, p. 7.

¹¹⁵⁹ Tel n'est pas le cas, par exemple, d'une déclaration informelle et isolée d'un membre du gouvernement favorable au requérant ; cf. CEDH, 24 juin 2008, *Bata c. République tchèque*, req. n° 43775/05, § 77 : « (...) *Le simple fait que certains membres du gouvernement défendeur aient fait des déclarations politiques favorables au requérant ne suffit pas à infirmer ces conclusions car le requérant n'a pas démontré qu'elles représentaient la position officielle du gouvernement et qu'elles s'imposaient juridiquement à l'Etat* ».

base juridique que factuelle¹¹⁶⁰. Le rapprochement entre les deux mécanismes s'arrête toutefois là¹¹⁶¹. Le principe de protection de la confiance légitime ne vaut que dans le champ d'application du droit de l'Union européenne et ne peut être invoqué qu'à l'encontre de l'administration. Il œuvre, de surcroît, pour la sécurité juridique proprement dite, là où la notion conventionnelle d'espérance légitime agit pour la défense du droit de propriété, dont elle permet d'étendre le domaine¹¹⁶².

436 - Nous aurons l'occasion de nous en rendre compte en analysant les effets de l'espérance légitime, dont l'application requiert, en définitive, une *créance imparfaite* assise sur une *base de confiance suffisante*.

Section 2 : Les effets de l' « espérance légitime »

437 – La notion d'espérance légitime permet de protéger, et dans le même temps, de consacrer, la propriété des créances « imparfaites » (Sous-section 1), laquelle se traduit, dans la jurisprudence de la Cour EDH., par une « obligation d'indemniser » le créancier « imparfait », lorsque celui-ci est privé de son bien (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La consécration de la propriété des créances « imparfaites »

438 - À travers le filtre de l'espérance légitime, la Cour EDH. voit dans la créance « imparfaite » un « bien », une valeur patrimoniale *préexistante* (§ 1). Une telle vision bouscule notre tradition civiliste, peu encline à analyser la créance - même parfaite – comme un objet de propriété (§ 2).

§ 1 - L'intégration d'une valeur patrimoniale *préexistante*

439 - Au préalable, il convient de préciser que l'espérance légitime ne se confond pas avec la valeur patrimoniale qu'elle protège. Par le passé, la Cour EDH. entretenait une certaine confusion sur ce point¹¹⁶³, mais elle a fini par lever l'ambiguïté. On sait désormais que l'espérance légitime ne constitue pas, en elle-même, un intérêt patrimonial, mais se rapporte à la manière dont la créance, qualifiée de valeur patrimoniale, est traitée en droit interne¹¹⁶⁴. Pour dire les choses autrement, il y a la valeur patrimoniale, d'une part, et l'espérance légitime,

¹¹⁶⁰ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, préf. D. Truchet, Dalloz, 2001, pp. 301, et s. ; *adde.*, A. FERENTINOU, *Le principe de confiance légitime en droit de l'Union européenne*, Thèse Paris II, 2021.

¹¹⁶¹ À rapp. W. JEAN-BAPTISTE, *op. cit.*, spéc., n° 248, p. 165 : « Lorsqu'il s'agit de déterminer les bases ou pré-comportements nécessaires à la reconnaissance d'une espérance légitime ou d'une confiance légitime, il est difficile d'isoler définitivement les deux notions l'une de l'autre. Il y a des recoupements et distinctions qui ne semblent nullement représenter des obstacles dirimants à la recherche d'une vraie unité ou au contraire d'une séparation définitive ».

¹¹⁶² À comp. B. DELAUNAY, Ph. MARTIN et L. VALLÉE, « Sécurité juridique, rétroactivité et garantie des droits », *Droit fiscal* n° 39, 24 Septembre 2015, 581 : « (...) Cette question de la confiance légitime se détache et, en même temps, un peu, se rattache – il faut voir comment – à la théorie dite des espérances légitimes ».

¹¹⁶³ Sur cette confusion regrettable, v. W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, th. préc., n° 57, p 51.

¹¹⁶⁴ Cf. CEDH, Gr. Ch., 28 sept. 2004, *Kopecny c. Slovaquie*, préc., § 48 : « L'« espérance légitime » identifiée dans l'affaire *Pressos Compania Naviera S.A. et autres* n'était pas en elle-même constitutive d'un intérêt patrimonial ; elle se rapportait à la manière dont la créance qualifiée de « valeur patrimoniale » serait traitée en droit interne, et spécialement à la présomption selon laquelle la jurisprudence constante des juridictions nationales continuerait de s'appliquer à l'égard des dommages déjà causés ».

d'autre part ; et ce n'est que lorsque la première est acquise que la seconde a vocation à intervenir¹¹⁶⁵.

Si nous tenons ici à insister sur cette distinction un peu abstraite, c'est qu'elle engendre des conséquences importantes. Dès lors que l'espérance légitime ne se confond pas avec la valeur patrimoniale qu'elle protège, elle ne peut pas techniquement être un « bien », comme on le dit souvent¹¹⁶⁶. Elle est, plus certainement, « *la composante qui permet à ce dernier d'exister* »¹¹⁶⁷.

440 - L'espérance légitime n'est donc pas « *une catégorie de "biens"* »¹¹⁶⁸, mais le critère de son identification. Elle assure, si l'on préfère, une « fonction patrimoniale », mais ne constitue pas, en elle-même, une « valeur patrimoniale ». Elle permet, précisément, de qualifier les créances « imparfaites » en « biens », permettant ainsi leur intégration dans le champ d'application de l'article 1er du Protocole n°1¹¹⁶⁹.

M. L. SERMET évoque une « *propriété virtuelle* »¹¹⁷⁰ rendue possible par la notion d'espérance légitime. Nous préférons, quant à nous, parler de « propriété antérieure »¹¹⁷¹. L'expression nous semble plus juste. Car c'est effectivement pour préserver des valeurs patrimoniales « *préexistantes* »¹¹⁷² que - nous citons ici M. Th. REVET - « *la Cour de Strasbourg [applique] aux créances le critère de l' "espérance légitime" en considérant qu'une efficace défense du droit au respect des biens passe, notamment, par une forme d'application anticipée du régime européen des biens aux valeurs dont l'avènement s'inscrit souvent dans la progressivité* »¹¹⁷³.

L'espérance légitime n'a, dès lors, pas pour effet d'inclure dans le champ de l'article 1 du Protocole additionnel « *la protection de biens non encore existants* »¹¹⁷⁴. Elle œuvre, au contraire, pour la préservation de biens existants, des éléments de richesse d'ores et déjà constitués, quoique non parachevés¹¹⁷⁵. Par son intermédiaire, la créance est protégée avant

¹¹⁶⁵ En ce sens, v. not. CEDH, 6 oct. 2005, *Maurice c. France*, préc., § 63 : « Pour qu'une créance puisse être considérée comme une "valeur patrimoniale" tombant sous le coup de l'article 1 du Protocole n° 1, il faut que le titulaire de la créance démontre que celle-ci a une base suffisante en droit interne, par exemple qu'elle est confirmée par une jurisprudence bien établie des tribunaux. *Dès lors que cela est acquis*, peut entrer en jeu la notion d'"espérance légitime" » (souligné par nous).

¹¹⁶⁶ V. not. L. SERMET, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, Conseil de l'Europe, préc., spéc., p. 14 ; D. BAILLEUR, « De l'espérance légitime d'obtenir un avantage à l'espérance légale de conserver un droit », *AJDA*, 2010, p. 1828 ; S. EL BOUDOUHI, « L'espérance légitime dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : notion fourre-tout ou concept autonome ? », art. préc., spéc., p. 92.

¹¹⁶⁷ W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, th. préc., n° 71, p. 60 : « *L'espérance légitime développée dans le champ de l'article 1^{er} du Protocole n°1 n'est pas un bien. Elle est la composante qui permet à ce dernier d'exister. Alors, on a pris l'habitude d'établir un raccourci qui consiste à voir dans cette espérance légitime le bien lui-même. L'espérance légitime devient une expression du bien, parce que sans elle, il n'y a pas de bien. Mais, en réalité, elle n'en est qu'une composante* ».

¹¹⁶⁸ À comp. S. EL BOUDOUHI, *op. cit.*, *loc. cit.* : qui voit dans l'espérance légitime une « *catégorie de "biens"* ».

¹¹⁶⁹ En ce sens, v. not. J. FOUCHET, « L'espérance légitime dans le contentieux de l'urbanisme », *Construction - Urbanisme* n° 4, Avril 2015, étude 5, spéc., n° 49 : où l'auteur souligne que « *l'espérance légitime permet avant toute chose de reconnaître l'existence d'un bien* ».

¹¹⁷⁰ L. SERMET, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹⁷¹ À comp. C. RUELLAN, « La perte de chance en droit privé », *RRJ*, 1999/3, p. 729 et s., où l'auteur voit dans la chance une « *propriété antérieure* » ; cité par W. JEAN-BAPTISTE, th. préc., note 189, p. 55.

¹¹⁷² Selon l'expression consacrée par la Cour EDH. ; cf. CEDH, 6 oct. 2005, *Draon c. France*, préc., § 82 : « *Le législateur français a ainsi privé les requérants d'une "valeur patrimoniale" préexistante et faisant partie de leurs "biens", à savoir une créance en réparation établie dont ils pouvaient légitimement espérer voir déterminer le montant conformément à la jurisprudence fixée par les plus hautes juridictions nationales* ».

¹¹⁷³ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx*, req.n° 6833/74, § 50.

¹¹⁷⁴ Contra., L. SERMET, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹⁷⁵ Sur l'existence de degrés dans la patrimonialité, v. F. ZÉNATI-CASTAING, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », art. préc., spéc., n° 5.

d'être exigible, avant d'être parfaite¹¹⁷⁶. La nuance a son importance dans la mesure où, selon une jurisprudence fermement établie de la Cour EDH., le droit *de* propriété n'est pas un droit à la propriété. Il ne vaut que pour les biens existants et « *ne garantit pas le droit d'en acquérir* »¹¹⁷⁷.

441 – La prise en compte de l'espérance légitime ne consacre pas un droit à la propriété des « biens inexistantes », sauf à confondre, inexistence et imperfection¹¹⁷⁸. Une créance imparfaite, qui n'est pas, en l'état, susceptible d'exécution forcée, n'en existe pas moins¹¹⁷⁹. Elle est ce « quelque chose » dont parle M. Th. THOMASSIN¹¹⁸⁰ ; une valeur patrimoniale en suspension que la notion d'espérance légitime parvient à saisir, fût-ce au prix d'une interprétation extensive de la notion de « bien ».

§ 2 - La conception extensive de la notion de « bien »

442 - À l'origine, la Commission avait manifesté quelques réserves à l'encontre d'une interprétation extensive de la notion de « bien ». À propos d'une créance en réparation non encore liquidée ni constatée, elle affirma notamment, en 1988, que si « *le requérant a sans doute caressé l'espoir de se voir allouer une indemnité, il n'a pas montré avoir été, à aucun moment, titulaire d'un droit de créance, mais uniquement l'éventualité d'obtenir pareille créance. Dès lors, une action en responsabilité ne pouvant être considérée ni comme un bien ni comme une créance, les décisions belges l'ayant débouté de son action n'ont pas pu avoir pour effet de le priver d'un bien dont il était propriétaire* »¹¹⁸¹. C'était, rétrospectivement, prendre la créance imparfaite pour une créance inexistante.

Dans l'arrêt *Pressos Compania Naviera SA et autres c. Belgique*, la Cour EDH. prenait toutefois, on le sait, l'exact contrepied de cette solution¹¹⁸². Depuis lors, il est acquis que la créance « imparfaite » constitue un « bien » au sens de l'article 1er du Protocole n° 1 dès lors que le requérant a une espérance légitime de la voir se concrétiser¹¹⁸³. Ce qui suppose de s'assurer, nous l'avons vu, que ladite créance repose sur une *base de confiance suffisante* en droit interne.

443 – Par l'intermédiaire de la notion d'espérance légitime, se trouve ainsi consacré la propriété des créances « imparfaites » et son corollaire, la conception extensive de la notion de « bien »¹¹⁸⁴. Contre toute attente, la jurisprudence strasbourgeoise s'inscrit, avec cette approche réifiée et patrimoniale de la créance, résolument dans l'air du temps. Car, s'il est vrai que, dans notre tradition civiliste, la créance se conçoit essentiellement comme un *lien* de droit entre créancier et débiteur¹¹⁸⁵, et non comme un bien, dans la période actuelle, elle s'analyse de plus

¹¹⁷⁶ V. sur ce point, E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. préc., *passim*.

¹¹⁷⁷ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx*, req. n° 6833/74, § 50.

¹¹⁷⁸ Sur cette confusion souvent opérée à propos des créances, v. R. NOIROT, *Les dates de naissance des créances*, thèse Paris V, 2013, spéc., n°39, p. 23.

¹¹⁷⁹ En ce sens, v. E. PUTMAN, th. préc. *passim*.

¹¹⁸⁰ N. THOMASSIN, « La date de naissance des créances contractuelles », *RTD Com.* 2007, p. 655, spéc., n° 8 : « *L'obligation non exigible est déjà "quelque chose"* ».

¹¹⁸¹ Comm. EDH, 12 octobre 1988, *Agneessens c. Belgique (irrecevabilité)*, n° 12164/86, citée par L. SERMET, *op. cit.*, spéc., note 45, p. 62.

¹¹⁸² CEDH, *Pressos Compania Naviera SA et autres c. Belgique*, 20 nov. 1995, préc.

¹¹⁸³ *Ibid.*, § 35.

¹¹⁸⁴ Sur laquelle, v. not. F. SUDRE et *alii*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15^e éd., 2021, n^{os} 582 et s.

¹¹⁸⁵ Cf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, PUF, coll. Quadrige, 12^e éd., 2018, v^o Créance (sens n°1).

en plus comme un bien, qui répond au critère de la valeur économique¹¹⁸⁶. Aujourd'hui, constate en effet M. J. FRANÇOIS, « *il ne se trouve guère d'auteurs (...) pour considérer que les créances ne méritent pas d'être rangées parmi les biens* »¹¹⁸⁷.

Tout juste peut-on relever, avec Mme M. FABRE-MAGNAN, l'existence d'un paradoxe. Alors que la quasi-totalité des auteurs qualifient désormais les créances de biens, « *[ils] refusent ensuite pour la plupart d'admettre qu'on puisse être propriétaire d'une créance* »¹¹⁸⁸. Or, l'un ne va pas sans l'autre : qualifier la créance de bien, c'est nécessairement faire une place à la propriété des créances¹¹⁸⁹.

Certes, notre opposition classique du droit réel et du droit personnel s'élève contre cette manière de voir les choses¹¹⁹⁰. Pour autant, dans la mesure où la créance satisfait au critère de la valeur économique¹¹⁹¹, elle doit pouvoir, par-delà son aspect personnel indéniable, être qualifiée de bien et être protégée par un droit de propriété¹¹⁹².

444 – Loin de mépriser le génie du droit civil français¹¹⁹³, la Cour EDH. fait donc, au contraire, preuve d'une logique imparable. Elle associe le « bien », constitué ici par la créance imparfaite, à son régime, la propriété¹¹⁹⁴, et redonne ainsi « *quelques couleurs au vieil "uniforme capuchon gris"* »¹¹⁹⁵ - image dont le doyen Carbonnier usait pour rendre compte de la notion de « bien »¹¹⁹⁶.

¹¹⁸⁶ V. not. Ph. DUPICHOT, « Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », *Dr. & patr. mensuel* 2015, n° 246, p. 20 : « *Parce qu'ainsi qu'Eugène Gaudemet l'a amplement démontré, la créance est aujourd'hui un bien et pas seulement un lien ; le vinculum juris a cédé la place à la valeur économique, à la financiarisation de ces actifs particuliers - mobiliers et incorporels - que sont les créances* » ; v. déjà E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations* (1937), Dalloz, rééd. 2004, p. 449 : « *En droit romain, l'obligation est exclusivement conçue comme un lien personnel : changer le créancier ou le débiteur, c'est anéantir l'obligation elle-même. En droit moderne, sans perdre son caractère de lien entre deux personnes, elle en a pris un autre : elle est une valeur patrimoniale pour le créancier, une charge patrimoniale pour le débiteur* ».

¹¹⁸⁷ J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 149, spéc., n°1 : à noter cependant que l'auteur s'efforce, dans son étude, de répondre négativement à la question posée.

¹¹⁸⁸ M. FABRE-MANGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583, spéc., n° 24.

¹¹⁸⁹ Cf. Y. EMERICH, *La propriété des créances*, préf. F. Zénati-Castaing, LGDJ, 2007 ; v. surtout S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

¹¹⁹⁰ Sur le caractère fondamental de cette distinction dans notre tradition civiliste ; v. not. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, t. I, (avec la collaboration de G. RIPERT)*, LGDJ, 11e éd., 1928, n° 2153, p. 699 : qui y voit un « *terrain solide où il est toujours possible de reprendre pied* ».

¹¹⁹¹ Sur la prépondérance de la « valeur économique » comme critère de la notion de « bien », v. *infra*, n° 522.

¹¹⁹² Cette vision de la créance, à la fois lien et bien, fait évidemment écho à la thèse de S. GINOSSAR, soutenue dans les années 60, d'après laquelle la créance fait naître un « double rapport », cf. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960, spéc., n° 15, p. 39 ; du même auteur, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD Civ.* 1962, p. 573, spéc., p. 577.

¹¹⁹³ G. CORNU, *Droit civil - Introduction, Les personnes, Les biens*, ouv. préc., n° 262, p. 121 : où l'auteur reproche au droit européen de prospérer « *au mépris du génie du droit français, de celui du droit civil en particulier* ».

¹¹⁹⁴ En ce sens, v. J. MESTRE, « L'influence de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur le Droit Français des Obligations », *European Review of Private Law*, 1994, 31, spéc., n° 23 ; contra, A. SÉRIAUX, « Propriété », in *Répertoire de droit immobilier*, Dalloz, 2016 (actu. 2021), spéc., n° 36 : pour qui « *le fait que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaisse que le droit au paiement mérite protection au nom du droit fondamental au respect de ses biens n'établit aucune consécration d'une "propriété des créances"*. La jurisprudence de la Cour vise, en réalité, simplement à protéger tous les droits privés à caractère patrimonial contre les atteintes en provenance des pouvoirs publics. Peu importe, à cet égard, qu'il s'agisse de droits réels ou de droits personnels ».

¹¹⁹⁵ G. BEAUSSONIE, « La désubstantialisation de la notion de "bien" par la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*. 2010, n° 204, p. 4.

¹¹⁹⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, vol. II, Les biens, les obligations*, PUF, Quadrige, 2004, n°707.

445 - Il nous reste à préciser comment et par quoi se traduit, juridiquement, la propriété dont nous parlons.

Sous-section 2 : L'obligation d'indemniser le créancier « imparfait ».

446 - Après avoir affirmé que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens », l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Conv. EDH. énonce que « nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international »¹¹⁹⁷. Pas un mot n'est formulé sur la question des sanctions. Un tel silence s'explique certainement par le contexte de tensions qui a précédé l'adoption du texte, certaines parties prenantes ayant vu d'un mauvais œil l'incursion des droits de l'homme dans un domaine économique qu'elles pensaient être « réservé »¹¹⁹⁸. Il en est résulté un « *texte de consensus qui, afin d'apparaître acceptable à tous, se devait d'être faible, flou et peu contraignant* »¹¹⁹⁹.

En comparaison, l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 apparaît plus complet. Il prévoit, quant à lui, que « nul ne peut [être privé de sa propriété], si ce n'est (...) sous la condition d'une juste et préalable indemnité »¹²⁰⁰. Dans le texte européen, nulle mention d'une telle indemnité¹²⁰¹. Il y a là, pour M. F. SUDRE, « une lacune considérable dans le dispositif de protection du droit de propriété »¹²⁰².

447 - Fort heureusement, les juges strasbourgeois ont comblé le vide et complété les paroles de la loi. Dans l'arrêt *James* du 21 février 1986¹²⁰³, la Cour EDH. précisait ainsi que, « sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constituerait d'ordinaire une atteinte excessive qui ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 (P1-1) »¹²⁰⁴. De façon plus nette encore, cette même Cour affirmait, quelques mois après, dans le célèbre arrêt *Lithgow*¹²⁰⁵, que « l'obligation d'indemniser découle implicitement de l'article 1 du Protocole n°1 (P1-1) pris dans son ensemble »¹²⁰⁶.

Depuis ces décisions, il ne fait plus de doute que « le droit à l'indemnité est consubstantiel au droit de propriété »¹²⁰⁷. Tant et si bien qu'on a pu se demander si le droit de propriété, garanti par l'article 1er du Protocole n° 1, ne se « réduisait pas à un droit à

¹¹⁹⁷ L'alinéa 2 du texte prévoit, quant à lui, que les dispositions de l'alinéa 1^{er} « ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

¹¹⁹⁸ Sur ce contexte délicat, v. L. CONDORELLI, « Premier Protocole additionnel – Article 1 », art. préc., spéc., pp. 971 à 974.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 972.

¹²⁰⁰ DDHC., art. 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

¹²⁰¹ À comp. C. civ. art. 545 : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ».

¹²⁰² F. SUDRE, « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1988, Chron., XII, p. 71, spéc., p. 72.

¹²⁰³ CEDH., 21 fév. 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 8793/79.

¹²⁰⁴ *Ibid.*, § 54.

¹²⁰⁵ CEDH., 8 Juill. 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, req. 9405/81...

¹²⁰⁶ *Ibid.*, § 109.

¹²⁰⁷ F. SUDRE, *op.cit.*, *loc.cit.*

l'indemnité »¹²⁰⁸. Le fait est, en tout cas, que l'atteinte à la propriété suppose, en principe, le versement d'une indemnité¹²⁰⁹.

La règle vaut naturellement, sans distinction aucune, pour les créances « imparfaites ». En cas d'atteinte à la propriété de celles-ci, le créancier « imparfait », qui n'en est pas moins propriétaire « véritable », a logiquement droit à une indemnité¹²¹⁰...

448 - Compte tenu de l'effet direct normalement attaché à la Convention EDH., on ne peut qu'être interpellé par une telle obligation d'indemniser. Elle laisse augurer, en droit interne, dans les relations impliquant l'État mais aussi de simples particuliers¹²¹¹, une possible automaticité de l'indemnisation en cas d'atteinte à la propriété des créances « imparfaites ». On s'éloigne ici manifestement de la logique de la responsabilité civile, dont la mise en œuvre est normalement subordonnée à l'exigence d'un préjudice...

¹²⁰⁸ Cf. A.-F. ZATTARA-GROS, « Conv. EDH, protocole 1, art. 1: droit de propriété - Contrôle des mesures privatives de propriété », in *Répertoire de droit immobilier*, Dalloz, oct. 2020, spéc., n° 40 (l'auteur apporte une réponse nuancée à la question posée).

¹²⁰⁹ Pour la Cour EDH., « un manque total d'indemnisation ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1er du protocole no 1 que dans des circonstances exceptionnelles » ; cf. CEDH, 9 décembre 1994, *Les saints monastères c. Grèce*, req., n°s 13092/97 et 13984/88, § 71.

¹²¹⁰ V. not. CEDH, 9 janv. 2007, *Aubert et autres*, req. n° 31501/88 ..., spéc., § 88.

¹²¹¹ Sur l'effet direct horizontal, v. *infra*, n°455.

Conclusion Chapitre I :

449 - Créance imparfaite assise sur base de confiance suffisante et obligation d'indemniser, ainsi pourrait donc se résumer la notion conventionnelle d'espérance légitime. Notion qui doit pouvoir être invoquée, en droit interne, entre particuliers.

450 – Selon le point de vue adopté, la perspective offerte par ce possible effet direct de l'espérance légitime peut être ou réjouissante ou inquiétante. On pourra, le cas échéant, se forger une opinion en envisageant l'application de cette notion complexe - mais désormais identifiée - dans la relation de travail, cadre particulièrement favorable à son épanouissement.

Chapitre 2 : L'application de la notion d'« espérance légitime » dans la relation de travail

451 - Notre tradition juridique répugne à ce qu'une créance - a fortiori imparfaite - puisse être qualifiée de « bien ». Ce postulat explique sans doute pourquoi la notion conventionnelle d'« espérance légitime », dont l'objet consiste précisément à permettre une telle qualification, est apparue tardivement en droit interne¹²¹².

Si l'on met de côté les quelques arrêts annonciateurs¹²¹³, la notion fut explicitement consacrée par le Conseil d'État, dans la décision *Société Getecom* du 19 novembre 2008, au terme de laquelle : « à défaut de créance certaine, l'espérance légitime d'obtenir la restitution d'une somme d'argent doit être regardée comme un bien au sens [des stipulations de l'article 1er du Protocole n° 1] »¹²¹⁴.

Les références à la notion d'« espérance légitime » se sont ensuite logiquement multipliées.

452 - Après une courte période d'observations, la chambre sociale de la Cour de cassation devait, elle aussi, entériner la notion dans un arrêt publié du 24 novembre 2010, sur lequel il nous faut revenir brièvement. La chronologie des faits était importante. Les salariés avaient saisi, entre 2004 et 2005, la juridiction prud'homale de demandes de rappels de salaires pour la période du 1er janvier 2000 au 30 septembre 2001. Ils se prévalaient de l'accord de branche sanitaire, sociale et médico-sociale, conclu le 1er avril 1999, qui garantissait une indemnité différentielle en compensation de la réduction du temps de travail de 39 à 35 heures. Si, par le passé, la Cour de cassation avait accueilli favorablement des demandes similaires¹²¹⁵, la question méritait cependant d'être réexaminée à la lumière de la loi du 17 janvier 2003, adoptée entre temps. L'article 8 de ce texte subordonnait, désormais, le versement de l'indemnité différentielle à l'entrée en vigueur, dans les établissements concernés, d'un accord collectif soumis à une procédure d'agrément ministériel. Cette condition n'étant pas satisfaite en l'espèce, l'employeur refusa de faire droit à la demande des salariés.

La cour d'appel lui donna raison. Elle déclara que les demandes de rappels de salaires formulées après l'entrée en vigueur de la loi du 17 janvier 2003 étaient irrecevables dans la mesure où il n'existait plus, à compter de cette date, de créance salariale relative au complément différentiel.

Au visa notamment de l'article 1er du Protocole n° 1, la chambre sociale de la Cour de cassation censurait toutefois ce raisonnement. « *Qu'en statuant ainsi, jugeait-elle, alors qu'elle avait constaté que les demandes de rappels de salaire invoquées portaient sur la période du 1er janvier 2000 au 30 septembre 2001, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 17 janvier 2003, ce dont elle devait déduire l'existence d'une espérance légitime, et qu'il lui appartenait de vérifier si l'application rétroactive de cette loi respectait un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »¹²¹⁶.

¹²¹² A comp. X. DOMINO, et A. BRETONNEA, « Souvent la loi varie... mais fol est-il vraiment qui s'y fie ? », *AJDA*. 2012, p. 1392 : qui justifie l'apparition tardive de la notion par « la distance psychologique avec le raisonnement subjectiviste qu'elle implique ».

¹²¹³ V. not. Cass. 1re civ., 24 janv. 2006, n° 02-13.775, 01-16.684 et 02-12.260, *Bull. civ. I*, n°s 28, 29 et 31 ; v. égal. Cass. soc., 5 juin 2008, n°s 06-46.295 et 06-46.297 *Bull. civ. V*, n° 124 : retenant que « les salariées ne peuvent prétendre avoir été privées d'une "espérance légitime" ou d'une "valeur patrimoniale préexistante faisant partie de leurs biens" au sens de l'article 1er du Protocole n° 1 annexé à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

¹²¹⁴ CE 19 nov. 2008, *Société Getecom*, req. n° 292948, Lebon, p. 425 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 6, comm. 179, concl. N. ESCAUT, note P. FUMENIER ; *AJDA*. 2008, p. 2205, note E. ROYER : considérant toutefois que l'« espérance légitime » n'était pas constituée en l'espèce.

¹²¹⁵ V. not. Cass. soc., 4 juin 2002, n° 01-40.324 à 01-40.337, *Bull. civ. V*, n° 194.

¹²¹⁶ Cass. soc., 24 nov. 2010, n°s 08-44.181, 08-44.182 et 08-44.184 à 08-44.186, *Bull. civ. V*, n° 268 ; *D.* 2010, p. 2914, obs. L. PERRIN ; *JCP G.* 17 janv. 2011, doct. 63, obs. J. GHESTIN ; *Dr. soc.* 2011, p. 155, obs. W. JEAN-

Il ressort de cette décision que l'« espérance légitime » des salariés survit à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle¹²¹⁷. Elle prime, pourrait-on dire, la volonté du législateur. Sa reconnaissance implique, en outre, la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité, qui se traduit concrètement par la nécessité de prévoir une indemnisation raisonnablement en rapport avec la valeur du bien dont le titulaire a été privé¹²¹⁸. On retrouve, ici, le droit à l'indemnité qui est « *consubstantiel au droit de propriété* »¹²¹⁹ et sans lequel l'atteinte portée au bien du requérant revêtirait, selon une formule empruntée à la Cour EDH., « *un caractère disproportionné, rompant le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des individus* »¹²²⁰.

453 - Il importe de souligner que, dans l'arrêt du 24 novembre 2010, dont la solution a été confirmée depuis lors¹²²¹, la haute juridiction n'exerce pas, directement, le contrôle de proportionnalité. Elle préfère, selon les mots de Mme B. PALLI, « *décharger la responsabilité sur les juges du fond* »¹²²². Dans trois importants arrêts rendus le 24 janvier 2006¹²²³, la première chambre civile de la Cour de cassation faisait, pour sa part, preuve de plus d'audace. Elle jugeait, en l'occurrence, que la loi du 4 mars 2002, dite anti-Perruche, « *en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale quand les époux Y... pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur préjudice inclurait les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, du handicap* »¹²²⁴. Des commentateurs célébraient, aussitôt, la victoire de la jurisprudence sur la loi¹²²⁵...

Pour nous, l'intérêt de ces décisions est ailleurs. Il tient au fait que, par le jeu de l'espérance légitime, le législateur ne peut plus priver les requérants de la créance en réparation à laquelle ils pouvaient légitimement prétendre en vertu du droit antérieur, sans leur verser une indemnité raisonnablement en rapport avec la valeur du bien dont ils ont été privés. Cela ouvre d'importantes perspectives en Droit légal du travail...

454 - Ne peut-on pas considérer, notamment, que les barèmes Macron, qui plafonnent désormais les indemnités dues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse¹²²⁶, portent atteinte à l'« espérance légitime » des salariés injustement licenciés, lesquels pouvaient légitimement espérer, conformément à la jurisprudence antérieure, voir leur préjudice

BAPTISTE; *RDT*. 2011, p. 257, obs. Ph. FLORES ; *JCP S.* 15 fév. 2011, 1078, note E. JEANSEN ; *Dr. ouv.* 2011, p. 215, obs. B. PALLI.

¹²¹⁷ À comp. Cass.soc., 5 juin 2008, n^{os} 06-46.295 et 06-46.297, *Bull.civ.* V, n^o 124 : statuant en sens inverse.

¹²¹⁸ En ce sens, v. G. FOREST, *Dalloz actu.*, 29 mars 2011 : où l'auteur note que « *l'atteinte aux droits de l'exproprié est disproportionnée si l'indemnité qu'il reçoit est sans rapport avec la valeur du bien dont il est privé* »

¹²¹⁹ F. SUDRE, « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, *loc.cit.*

¹²²⁰ CEDH, 9 janv. 2007, Aubert, préc., § 88.

¹²²¹ Cass.soc., 21 mars 2012, n^o 04-47.532, *Bull.civ.* V, n^o 101 ; *JCP S.* 19 juin 2012, 1271, note J.-Ph. TRICOIT ; *RDT*. 2012, p. 430, obs. F. CANUT.

¹²²² B. PALLI, note. préc., spéc., p. 218.

¹²²³ Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 2006, n^o 02-13.775, 01-16.684 et 02-12.260, *Bull. civ.* I, n^{os} 28, 29 et 31.

¹²²⁴ Cf. n^o 02-16.460.

¹²²⁵ F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDIRANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, coll. Thémis droit, 4e éd., 2007, p. 666 : soulignant que « *le temps est en train de changer de maître et le combat entre la jurisprudence et la loi commence à changer d'âme* ».

¹²²⁶ Cd. trav. art. L.1235-3 issue des ordonnances Macron du 22 février 2017, ratifiées par la loi n^o 2018-217 du 29 mars 2018.

intégralement réparé ? On sait que la chambre sociale de la Cour de cassation a tout récemment estimé que le dispositif des « plafonds » était conforme à l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT et ne pouvait être contraire à l'article 24 de la Charte sociale européenne, faute d'effet direct de ce texte en droit français¹²²⁷. La question ne mériterait-elle pas, cependant, d'être réexaminée à l'aune de l'article 1er du Protocole n° 1 et du droit de propriété ? La piste a été évoquée¹²²⁸, mais trop rapidement refermée, selon nous. Les montants des nouveaux plafonds d'indemnisation sont, en effet, si faibles¹²²⁹ que l'on peut sérieusement douter qu'ils soient *raisonnablement* en rapport avec la valeur du bien dont les salariés ont été privés, à savoir une créance en réparation intégrale du préjudice¹²³⁰.

Quoi qu'il en soit, c'est davantage, en ce qui nous concerne, sur l'effet direct de l'« espérance légitime » entre employeur et salarié, et non à l'égard du législateur, que nous voudrions insister.

455 – Certes, à l'origine, la Convention EDH. et les protocoles qui y sont associés ne liaient que les États contractants, et non les personnes privées, mais les choses ont fini par évoluer¹²³¹. Aujourd'hui, « *il n'est plus niable, en effet, que les droits de l'Homme comportent une dimension intersubjective, en ce sens qu'ils ne voient pas leur portée réduite aux seuls rapports individu - État. Ils revêtent inévitablement une dimension horizontale* »¹²³². Signe manifeste de cette évolution, la violation des droits de l'Homme dans un rapport entre particuliers autorise désormais la partie qui en est victime à ouvrir une procédure contentieuse devant les tribunaux nationaux, qui peuvent sanctionner le comportement répréhensible au visa des seuls textes européens. Dans son célèbre arrêt *Spileers*¹²³³, la chambre sociale de la Cour de cassation invalidait ainsi une clause de domiciliation figurant dans un contrat de travail et condamnait l'employeur à réparation sur le fondement exclusif de l'article 8 de la Convention EDH., qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale¹²³⁴.

¹²²⁷ Cass.soc., 11 mai 2022, n° 21-15.247, n° 655 FP-B+R ; *D.* 2022, p. 952 ; *Dalloz actu.*, 16 mai 2022, note L. Malfettes ; *AJDA* 2022, p. 1001, note F. Malleray.

¹²²⁸ Cf. J. Mouly, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux », *Dr.soc.* 2017, p. 745.

¹²²⁹ Sur « la faiblesse extrême des montants retenus en guise (...) de plafonds », v. N. Collet-Thiry, « Le plafonnement des indemnités prud'homales : analyse critique et perspectives de mise en échec », *JCP S.* n° 18-19, 8 Mai 2018, 1150, spéc., n° 3 : qui souligne « la faiblesse extrême des montants retenus en guise (...) de plafonds ».

¹²³⁰ À comp. J. Mouly, *op. cit.*, *loc. cit.* : « Si une barémisation des indemnités prud'homales réduit bien leur montant, elle ne les abaisse pas cependant à un niveau tel qu'il puisse être considéré comme confiscatoire. Il y a donc peu de chances qu'une barémisation, tout au moins raisonnable, des indemnités de licenciement injustifié puisse permettre le constat d'une violation de l'article 1er du Protocole n° 1 ».

¹²³¹ Sur la question, v. M.-A. Eissen « La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », in René Cassin *Amicorum discipulorumque liber*, tome III, Protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées, Paris, Pedone, 1971, p. 151. J. Mestre, « L'influence de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur le Droit Français des Obligations », *European Review of Private Law*, 1994, 31 ; P. de Fontbressin, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », in *Liber Amicorum M.-A. Eissen*, Bruylant-LGDJ, 1995, p. 157 ; J.-P. Marguénaud, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées nationales de l'Association Henri Capitant, t. 1, Lille, LGDJ, 1997, p. 45 ; H. Pauliat et V. Saint-James, « L'effet horizontal de la CEDH », in J.-P. Marguénaud (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La Documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2001, p. 77 ; B. Moutel, *L'« effet horizontal » de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse Limoges 2007 (disponible sur internet).

¹²³² H. Pauliat et V. Saint-James, « L'effet horizontal de la CEDH », art. préc., p. 77.

¹²³³ Cass.soc., 12 juill. 1999, *Spileers*, n° 96-40.755, *Bull.civ.* V, n°7 ; *D.* 1999, p. 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *Dr. soc.* 1999, p. 287, note J.-E. Ray.

¹²³⁴ V. déjà, Cass. 3e civ., 6 mars 1996, *OPAC de la ville de Paris c/ Mme Mel Yedei*, n° 93-11.113, *Bull.civ.* III, n° 68 ; *JCP G.* 1996, I, n° 3958, obs. Ch. Jamin ; *JCP G.* 1997, II, 22764, note N. Van Tuong ; *D.* 1997,

Il s'agit là d'une illustration, parmi d'autres, de l'effet dit « horizontal » des droits de l'Homme¹²³⁵, effet qui se confond avec l'applicabilité directe de la Convention EDH. en droit interne¹²³⁶.

456 - Quelle que soit la dénomination qu'on lui donne¹²³⁷, il est bien entendu que cet effet « horizontal » ne se limite pas, dans la relation de travail, à l'article 8 de la Convention EDH., mais a vocation à s'étendre à l'ensemble des droits de l'Homme et, en particulier, au droit de propriété de l'article 1^{er} du Protocole n°1 et à la notion d'« espérance légitime » qui y est associée¹²³⁸. Avec cette conséquence, que l'atteinte portée à la propriété des créances imparfaites devrait, *même lorsqu'elle est commise entre personnes privées*, et plus particulièrement entre employeur et salarié, ouvrir droit à une indemnité au profit du créancier qui a été privé de son bien.

457 - C'est, précisément, ce dernier aspect de l'espérance légitime que nous voudrions mettre en lumière dans la relation de travail à travers ce que nous pressentons comme étant deux atteintes spécifiques à la propriété des créances imparfaites du salarié : la privation des revenus illusoires, d'une part (Section 1), et la privation des revenus futurs, d'autre part (Section 2).

Section 1 : La privation des revenus illusoires

458 - Il est des hypothèses, certes marginales, où l'employeur fait vainement espérer un revenu au salarié. Il crée l'illusion, entretient l'espoir, en sachant pertinemment qu'il ne pourra pas honorer la confiance qu'il a lui-même suscitée. La situation n'est pas sans faire écho au contentieux des loteries publicitaires¹²³⁹. À cette différence près que, contrairement à ce qui prévaut en ce domaine¹²⁴⁰, la chambre sociale de la Cour de cassation ne contraint pas artificiellement l'employeur à s'exécuter, mais traite la question sous l'angle, quelque peu inadapté, de la responsabilité civile (Sous-section 1). Une démarche plus cohérente consisterait, selon nous, à délaissier les fondements de la responsabilité civile et de la force obligatoire pour se référer à la « propriété » de l'article 1^{er} du Protocole n°1. Le revenu espéré peut bien être illusoire, dépourvu d'intentions véritables, ne pas obliger, il n'en a pas moins pénétré le patrimoine du salarié, qui avait une « espérance légitime » de le percevoir (Sous-section 2).

p. 167, note B. de LAMY ; RTD civ. 1996, p. 580, obs. J. HAUSER. La Cour de cassation avait ici, au visa du même article 8, invalidé la clause du contrat de bail qui avait pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches.

¹²³⁵ Sur les différentes manifestations de l'« effet horizontal » v. B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, th. préc., *passim*.

¹²³⁶ En ce sens, v. F. SUDRÉ, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15^e éd., 2021, p. 253.

¹²³⁷ L'expression « effet horizontal » serait inappropriée à la réalité de l'application de la Convention aux rapports individuels. Car, s'agissant de la résolution du conflit devant le juge national, « l'introduction des dispositions européennes ne résultera pas de leur prétendu effet horizontal en droit interne, mais avant tout de l'application directe des textes européens aux litiges entre personnes privées au regard des obligations imposées par la Convention » ; cf. B. MOUTEL, th. préc., n° 7.

¹²³⁸ V. toutefois la mise en garde de M. J. MESTRE, in « L'influence de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur le Droit Français des Obligations », art. préc., spéc., n°s 24 et 25 : « La Convention EDH. et son protocole additionnel n° 1 n'avaient pas en vue les droits de l'Homme contractant (...), les appliquer dans ce cas serait donc les doter d'une portée exagérée et, à terme, tout à fait redoutable » (n° 24). L'auteur nuance ensuite son propos. « Parce qu'il y a, dans le Protocole additionnel n° 1, un article 1^{er} qui, en affirmant le droit de chacun au respect de ses biens, est de nature à protéger le droit de créance dont la nature patrimoniale s'affirme sans cesse davantage » (n° 25).

¹²³⁹ V. *infra*, n° 465.

¹²⁴⁰ *Ibid.*

Sous-section 1 : Le fondement artificiel de la responsabilité civile de l'employeur

459 - À différentes reprises, la chambre sociale de la Cour de cassation eut à connaître des revenus illusoires promis par l'employeur. Elle s'est, jusqu'alors, toujours placée sur le terrain de la responsabilité civile. Dans un arrêt du 9 décembre 2003, elle jugeait ainsi que le comportement de l'employeur qui avait « *laissé croire à la salariée qu'elle pouvait prétendre à une promotion (...) était constitutif d'une faute justifiant l'octroi de dommages-intérêts* »¹²⁴¹. L'année suivante, en 2004, elle approuvait une cour d'appel d'avoir reconnu l'employeur responsable aux motifs que, « *après avoir laissé croire à la salariée que les financements nécessaires à la réalisation de son projet professionnel lui étaient accordés, l'employeur lui avait notifié un refus, fondé sur des motifs qui n'étaient pas établis* »¹²⁴². Plus récemment, dans un arrêt du 14 juin 2014¹²⁴³, elle validait, une nouvelle fois, une condamnation en responsabilité de l'employeur. « *Mais attendu, jugea-t-elle, qu'ayant constaté que l'employeur avait laissé croire aux salariés qu'ils bénéficieraient d'un capital de fin de carrière, comme d'autres salariés se trouvant dans la même situation, alors qu'il savait que l'organisme de prévoyance assurant cet avantage opposait un refus fondé sur les conditions du contrat de prévoyance, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, caractérisé une faute de l'employeur ouvrant droit à réparation du préjudice qui en est résulté pour les intéressés* »¹²⁴⁴.

Dans la mesure où le fondement privilégié est effectivement celui de la responsabilité civile, les conditions tenant à la faute et au préjudice doivent être caractérisées. Or, si l'on perçoit aisément, dans les espèces considérées, la faute commise par l'employeur, celle-ci consistant à présenter de façon affirmative un événement, au mieux hypothétique, au pire exclu¹²⁴⁵, l'identification du préjudice soulève, quant à elle, plus de difficultés.

460 - Quel préjudice peut bien subir le salarié lorsque l'employeur lui fait miroiter un revenu illusoire ? En de telles circonstances, comme pour les loteries publicitaires, « *il n'y a pas réellement de dommage, sinon le préjudice moral consistant à avoir perdu une illusion* »¹²⁴⁶. Dans les faits, serait-on tenté de dire, le salarié, « *s'il n'a rien perdu, n'a rien gagné non plus* »¹²⁴⁷.

La chambre sociale de la Cour de cassation prend toutefois quelques libertés avec ces enseignements puisqu'elle permet au salarié de percevoir une indemnité équivalente à la valeur de la créance escomptée. Dans l'arrêt du 14 juin 2014 évoqué ci-dessus¹²⁴⁸, l'employeur fut ainsi condamné à verser des dommages-intérêts à la hauteur du capital de fin de carrière vainement promis aux salariés.

Si nous comprenons cette solution, qui manifeste la volonté des magistrats de protéger la confiance suscitée auprès des salariés, force est cependant de constater qu'elle entraîne une déformation de la condition du préjudice, « *qui fait l'objet d'une interprétation particulièrement*

¹²⁴¹ Cass.soc., 9 déc. 2003, n° 01-46.845, *inédit* : l'employeur avait, de plus, entendu imposer illégalement le renouvellement du contrat à durée déterminée à la salariée.

¹²⁴² Cass.soc., 30 nov. 2004, n° 02-45.106, *inédit*.

¹²⁴³ Cass.soc., 4 juin 2014, n° 12-27.038, *inédit*.

¹²⁴⁴ *Ibid.*

¹²⁴⁵ V. not. Cass.soc., 19 déc. 1990, n° 88-41.363, *Bull.civ.* V, n° 681 ; *D.* 1991, IR, p. 27 : qui fonde la faute de l'employeur sur le fait de présenter « *comme certaine une solution qui ne l'était pas* » ; v. déjà en ce sens, Cass. 2e civ., 21 mars 1988, n° 86-17.550, *Bull.civ.* II, n° 57 : « *Mais attendu (...) qu'en présentant de façon affirmative un événement hypothétique, cette société avait commis une faute de nature à engager sa responsabilité* ».

¹²⁴⁶ G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil (sous la dir. de J. Ghestin)*, LDGJ, 4e éd., 2013, n° 247-3, p. 13.

¹²⁴⁷ À rapp. B. LECOURT, « Les loteries publicitaires : la déception a-t-elle un prix ? », *JCP G.*, 21 Juillet 1999, doct. 155, spéc., n° 15 : « *En la matière, on peut douter du caractère certain du préjudice subi : le consommateur, s'il n'a rien gagné, n'a rien perdu non plus* ».

¹²⁴⁸ Cass.soc., 4 juin 2014, préc.

extensive »¹²⁴⁹. Raison pour laquelle un autre fondement doit être envisagé.

461 - Plutôt que d'attribuer au salarié, sur le fondement de la responsabilité civile, une indemnité équivalente au revenu espéré, on peut se demander, dans un premier temps, s'il ne serait pas plus adapté d'obliger directement l'employeur à s'exécuter. La démarche rappelle évidemment celle adoptée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans le contentieux des loteries publicitaires. Consciente des limites du fondement de la responsabilité civile, cette dernière sollicita, en effet, par la suite, différentes sources d'obligations pour contraindre l'annonceur à verser le lot au « pseudo-gagnant ». L'engagement unilatéral¹²⁵⁰ et le contrat « tacite »¹²⁵¹ furent successivement visés, sans emporter, semble-t-il, l'adhésion des auteurs ; de tels fondements ayant été jugés fictifs, faute d'intention réelle de se lier de la part de l'obligé¹²⁵². On touche, une nouvelle fois, aux limites du volontarisme. L'engagement unilatéral, pour ne parler que de lui, gagnerait, on l'a dit, à être analysé sous l'angle de la confiance créée, et non de la volonté¹²⁵³.

Dans un important arrêt du 6 septembre 2002, la Cour de cassation, réunie en chambre mixte, optait toutefois pour un nouveau fondement : le quasi-contrat¹²⁵⁴. Elle affirma, en cette occasion, que « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer »¹²⁵⁵. Là encore, le procédé, créé de toutes pièces, fut critiqué. On reprocha notamment à la haute juridiction de « tirer parti du flou entourant la notion de quasi-contrat devenue une source résiduelle, dont l'unité conceptuelle est maintenant compromise »¹²⁵⁶. Ainsi que l'enseignent MM. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et F. CHÉNEDÉ, le quasi-contrat suppose en effet « un appauvrissement spontané et injustifié que l'obligation quasi-contractuelle a pour objet de compenser »¹²⁵⁷. Or, il est clair que, dans l'hypothèse de la loterie, « le prétendu gagnant ne s'est pas appauvri de la valeur du lot au profit de l'annonceur »¹²⁵⁸.

Pour ces raisons, le fondement quasi-contractuel peine toujours à convaincre¹²⁵⁹. Il est, de toute évidence, aujourd'hui compromis par la nouvelle définition légale du quasi-contrat¹²⁶⁰. Son élargissement aux promesses fallacieuses de l'employeur n'est donc pas à l'ordre du jour¹²⁶¹.

¹²⁴⁹ B. LECOURT, *op.cit.*, spéc., n° 31.

¹²⁵⁰ V. not. Cass.1^{re} civ., 28 mars 1995, n° 93-12.678, *Bull.civ. I*, n° 150.

¹²⁵¹ V. not. Cass.2^e civ., 11 fév. 1998, n° 96-12.045, *Bull.civ. II*, n° 55.

¹²⁵² En ce sens, v. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 12e éd., refondue, 2018, n° 1327 et s., p. 139 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 10e éd., 2018, n°1019, p. 597.

¹²⁵³ V. *supra*, n°s 111 et s.

¹²⁵⁴ Cass.ch.mixt., 6 sept. 2002, n° 98-22.981, *Bull. ch. mixt.*, n°4 ; D. 2002, p. 2963, note D. MAZEAUD ; D. 2002, p. 2531, obs. A. LIENHARD ; *RTD civ.* 2003, p. 94, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹²⁵⁵ *Ibid.*

¹²⁵⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op.cit.*, *loc.cit.*

¹²⁵⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et F. CHÉNEDÉ, *op.cit.*, *loc.cit.*

¹²⁵⁸ *Ibid.*

¹²⁵⁹ Cf. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2 - Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis, 5e éd., 2021, n° 580, p. 606 : soulignant que « La qualification de quasi-contrat semble (...) bien peu appropriée au cas précis des loteries publicitaires ».

¹²⁶⁰ En ce sens, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, et F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*, spéc., n° 1338, où les auteurs relèvent que : « Permise par la définition compréhensive de l'ancien 1371, la sollicitation du quasi-contrat dans le contentieux de loteries publicitaires est en revanche fragilisée par la nouvelle et juste définition de l'article 1300 » ; cf. C. civ. art. 1300, issu de l'ordonnance de février 2016, portant réforme du droit des contrats : « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui ».

¹²⁶¹ À comp. B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 8e éd., 2018, p. 415 : si l'auteur constate que, à côté des loteries publicitaires, « la jurisprudence révèle d'autres illustrations de l'idée selon laquelle celui qui fait miroiter

462 - En définitive, s'agissant des revenus illusoires, l'alternative serait a priori la suivante : ou l'on préconise le fondement de la responsabilité civile et le salarié se voit octroyer une indemnité équivalente à la valeur de la créance espérée ; ou l'on privilégie la force obligatoire et le débiteur se trouve contraint de s'exécuter. Dans le premier cas, la condition du préjudice est malmenée¹²⁶², dans le second, les sources traditionnelles de l'obligation sont bouleversées¹²⁶³.

Nul ne peut vraiment se satisfaire de ces solutions.

463 - Plutôt que de solliciter artificiellement la responsabilité civile ou la force obligatoire, nous proposons d'en référer à un autre fondement, plus approprié et d'ores et déjà existant : la « propriété » de l'article 1er du Protocole n° 1 et la notion d'« espérance légitime » qui en découle.

Sous-section 2 : Le fondement idoine de la « propriété » des salariés

464 - Priver le salarié du revenu illusoire qu'il espérait légitimement percevoir (§ 1), ce n'est pas seulement commettre une faute civile ou manquer à la parole donnée. C'est aussi et surtout porter atteinte à la « propriété » de l'intéressé, le « déposséder » de son « bien », avec les conséquences que cela implique en termes d'indemnité (§ 2).

§ 1 - L'« espérance légitime » de percevoir le revenu illusoire

465 - Dans sa thèse consacrée à l'« espérance légitime », M. W. JEAN- BAPTISTE s'interroge sur les fonctions nationales de la notion¹²⁶⁴. Assez naturellement, l'auteur en vient à proposer le « *recours à l'espérance légitime dans le contentieux des loteries publicitaires, tout en reconnaissant qu'elle y est déjà présente* »¹²⁶⁵. Selon lui, « le contexte de révélation de l'annonce du gain pourrait constituer une *base suffisante*, laquelle couplée avec l'intérêt que représente le gain permettrait alors de considérer que le bénéficiaire annoncé de la loterie a une *espérance légitime d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété*. Une telle situation, conclut-il, n'est autre que celle qui permet à la Cour européenne des droits de l'homme et au juge interne de considérer qu'un requérant dispose d'un bien au regard de l'article 1er du Protocole n°1 »¹²⁶⁶.

La démonstration nous paraît extrêmement convaincante. Contrairement aux autres propositions doctrinales portant sur le sujet, elle repose sur une notion qui, bien que venue d'ailleurs, a une assise en droit positif¹²⁶⁷. Il n'est plus ici question de déformer une théorie existante, comme le fait Mme A. DANIS-FATÔME, qui « force » l'application de la théorie de

à autrui un avantage, sans mettre suffisamment en évidence le risque que celui-ci ne se réalise pas, peut être tenu de lui procurer (v. ainsi s'agissant des engagements pris par le repreneur d'une entreprise en difficultés dans le cadre d'un plan de cession: Cass.com., 26 oct. 1999, n° 96-19156, Bull.civ IV, n° 193, JCP G. 2000, I, 233, n° 7, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL) ». Il ajoute aussitôt que « *cette solution doit être maniée avec beaucoup de précaution car il ne serait pas tolérable que le quasi-contrat vienne au secours de tous les désillusions* ».

¹²⁶² En ce sens, B. LECOURT, *op.cit.*, *loc.cit.*

¹²⁶³ V toutefois, sur la possibilité de reconnaître un engagement unilatéral de l'employeur, contre la volonté réelle de celui-ci, du seul fait de la confiance créée auprès des salariés, *supra*, n°s 111 et s.

¹²⁶⁴ W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, th. préc., spéc., n°s 542 et s., pp. 347 et s.

¹²⁶⁵ *Ibid.*, n° 562, pp. 371-372.

¹²⁶⁶ *Ibid.*, n° 575, p. 380.

¹²⁶⁷ V. not. Cass.soc., 24 nov. 2010 préc. ; Cass.soc., 21 mars 2012, préc.

l'apparence dans les relations bilatérales¹²⁶⁸. Pas davantage, ne s'agit-il de créer une nouvelle source de l'obligation, à mi-chemin du délit et du contrat, comme le soutient M. C. GRIMALDI dans sa thèse¹²⁶⁹.

En prolongeant les réflexions de M. W. JEAN-BAPTISTE, l'on peut dire que l'annonceur qui prive le particulier du gain qu'il espérait légitimement percevoir ne viole pas une obligation, ni n'engage sa responsabilité. Il porte atteinte à la propriété, dépossède l'intéressé de son « bien »¹²⁷⁰.

Le même raisonnement pourrait logiquement trouver à s'appliquer à l'égard de l'employeur qui fait vainement espérer un revenu au salarié.

466 - Les déclarations de l'employeur peuvent, sans nul doute, s'analyser comme des bases de confiance suffisantes à même de susciter des « espérances légitimes » auprès des salariés. Du moins, lorsqu'elles portent sur l'acquisition d'une valeur patrimoniale, comme l'obtention d'un financement¹²⁷¹ ou le versement d'un capital de fin de carrière¹²⁷². À l'instar de l'État, l'employeur constitue « indiscutablement un gage d'autorité, de bonne foi et du respect de la loi »¹²⁷³. Les salariés sont en droit de se fier à lui. Sa parole compte...

Un arrêt publié du 19 décembre 1990¹²⁷⁴ permet d'illustrer notre propos. En l'espèce, l'employeur avait offert, au cours de l'année 1981, à tout salarié qui donnerait sa démission, en sus d'une somme équivalente à l'indemnité de licenciement, une prime de départ égale à une année de salaires. En 1985, les salariés démissionnaires apprenaient toutefois de l'administration fiscale que la prime qu'ils avaient perçue était assujettie à l'impôt sur le revenu. Ils saisissaient alors le conseil des prud'hommes pour faire condamner leur ancien employeur à leur verser, à titre de réparation, le montant de l'imposition mise à leur charge. La Cour de cassation fit droit à leur demande. Elle conforta la cour d'appel d'avoir jugé que, « en assurant sans réserve aux salariés démissionnaires, qui n'avaient pas à contrôler ces affirmations, que la prime de départ n'était pas imposable, présentant ainsi comme certaine une solution qui ne l'était pas, l'employeur avait commis une faute »¹²⁷⁵.

Affirmer ainsi que les salariés n'avaient pas à « contrôler [les] affirmations [de l'employeur] », c'est, de fait, reconnaître que les déclarations du second constituent des bases de confiance suffisantes, des actes auxquels les premiers peuvent légitimement se fier. C'est redonner vie et autre sens à la vieille formule selon laquelle « le maître est cru sur son affirmation »¹²⁷⁶.

Après avoir caractérisé la faute, la Cour de cassation se prononce, ensuite, dans le même arrêt, sur l'existence du préjudice. Elle confirme le versement, aux salariés, d'une indemnité équivalente au montant total du redressement qui leur a été notifié. Cette partie de la solution

¹²⁶⁸ Dans sa thèse Mme A. DANIS-FATÔME propose en effet de résoudre le problème des loteries publicitaires en appliquant la théorie de l'apparence, normalement réservée aux relations tripartites ; v. A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, préf. G. Viney, LGDJ, 2001, n^{os} 393 et s.

¹²⁶⁹ C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, préf. Y. Lequette, Defrénois, 2007 ; sur les limites de cette thèse, v. *infra*, n^o 471.

¹²⁷⁰ À rapp. v. W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, th. préc., spé., n^o 577, p. 381 : « Pourquoi ne pas dépouiller le débat de la logique de la responsabilité pour ne garder que celle de la création de lien d'appartenance, via le recours à la notion d'espérance légitime »

¹²⁷¹ Cass.soc., 30 nov. 2004, préc.

¹²⁷² Cass.soc., 4 juin 2014, préc.

¹²⁷³ À comp. CEDH, 18 nov. 2010, *Richer et Le Ber c. France*, préc., § 96.

¹²⁷⁴ Cass.soc., 19 déc. 1990, n^o 88-41.363, *Bull.civ.* V, n^o 681 ; *D.* 1991, IR, p. 27.

¹²⁷⁵ Souligné par nous.

¹²⁷⁶ Cf. C. Civ. art. 1781 anc. : « 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 » ; sur ce texte aujourd'hui abrogé, v. A. CASTALDO, « L'histoire juridique de l'article 1781 du Code civil : "Le maître est cru sur son affirmation" », *Revue historique de droit français et étranger*, 1977/2, pp. 211 à 237.

nous paraît contestable. Elle part du postulat que les salariés, s'ils avaient été régulièrement informés du caractère imposable de la prime de départ, n'auraient jamais démissionné. Or, nous n'en savons rien. L'indemnisation de la seule perte de chance eut été, à ce titre, plus adaptée, voire même s'imposait¹²⁷⁷.

467 - Plutôt que de déformer la condition du préjudice et, plus généralement, les institutions existantes¹²⁷⁸, il eut été possible, rétrospectivement, de solliciter, dans l'arrêt rapporté, non plus la responsabilité civile de l'employeur, mais la « propriété » des salariés. On peut raisonnablement penser, en effet, que, en certifiant aux salariés que la prime de départ n'était pas imposable, l'employeur suscitait auprès d'eux une « espérance légitime » tenant en l'acquisition d'une valeur patrimoniale ; de sorte que la révélation ultérieure du caractère finalement imposable de la prime pouvait s'analyser comme une privation de propriété.

468 – La sollicitation de ce nouveau fondement nous semble plus adaptée à la situation. En se référant à la « propriété » des salariés plutôt qu'à la responsabilité civile de l'employeur, on délaisse la condition du préjudice - aujourd'hui mise à mal - pour ne s'attacher qu'à la valeur du bien dont le titulaire a été privé. Il n'est plus question d'obtenir une créance en réparation, mais de revendiquer le droit à la valeur du revenu illusoire.

§ 2 - Le droit à la valeur du revenu illusoire

469 - Ainsi que nous venons de le constater, la chambre sociale de la Cour de cassation sollicite, de façon assez approximative, la responsabilité civile pour sanctionner les promesses fallacieuses de l'employeur. Sans égard pour la condition du préjudice, elle autorise le salarié à demander, à titre de réparation, une indemnité équivalente à la valeur de la créance escomptée, là où, sur la base de ce fondement, seul « *le prix de sa déception* » devrait normalement pouvoir être comptabilisé¹²⁷⁹. Le fondement de la force obligatoire n'apparaît pas plus convaincant, les sources classiques de l'obligation n'étant pas en mesure de se saisir du phénomène¹²⁸⁰.

Aussi, nous sommes-nous tourner vers la « propriété » de l'article 1er du Protocole n° 1 : en certifiant au salarié l'acquisition d'une valeur patrimoniale, même illusoire, l'employeur suscite une confiance particulière auprès de celui-ci. Il fait naître une « espérance légitime ». Or, c'est là le critère d'identification du « bien » et de la « propriété », avec le régime qu'on lui connaît...

470 - Le revenu peut bien être illusoire, ne pas obliger, il n'en représente pas moins, pour celui qui espère légitimement le percevoir, un « bien actuel »¹²⁸¹. Il s'ensuit que la

¹²⁷⁷ Pour rappel, « *la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* », v. not. Cass. 1ère civ., 9 avril 2004, n°00-13.314, *Bull.civ.* I, n°116 ; *D.* 2002, p. 1469 ; Pour une illustration d'une croyance illusoire indemnisée sur le fondement de la perte de chance, v. Cass.soc., 20 sept. 2006, n° 05-40.300, *inédit* : à propos de la conversion d'un CDD en CDI.

¹²⁷⁸ À comp., Ph. BRUN, « Loteries publicitaires trompeuses. La foire aux qualifications pour une introuvable sanction », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean-Calais Auloy*, Dalloz, 2004, p. 191.

¹²⁷⁹ Cf. B. LECOURT, « Les loteries publicitaires, la déception a-t-elle un prix? », *JCP.* 1999, I, 55)

¹²⁸⁰ V. toutefois sur la possibilité de faire reposer l'engagement unilatéral de l'employeur sur la seule confiance créée auprès des salariés, *supra*, n°s 111 et s.

¹²⁸¹ La Cour EDH. distingue les « biens actuels » des « valeurs patrimoniales, y compris des créances en vertu desquelles un requérant peut prétendre avoir au moins une "espérance légitime" d'obtenir la jouissance" d'un droit de propriété ». La formule prête à confusion. Elle laisse entendre que les valeurs patrimoniales qui génèrent des espérances légitimes ne sont pas des « biens actuels », alors qu'elles le sont, indiscutablement, puisqu'elles forment l'objet d'un droit de propriété ; sur la difficulté de saisir la distinction proposée par la Cour EDH, v. W.

privation de ce revenu constitue une atteinte à la « propriété », qui devrait contraindre l'employeur à indemniser le salarié à hauteur de la valeur du bien dont celui-ci a été privé. La jurisprudence de la Cour EDH. est très claire sur ce point et nous l'avons suffisamment répété: « sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constituerait d'ordinaire une atteinte excessive qui ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 (P1-1) »¹²⁸².

La règle vaut aussi bien pour l'État, dans un rapport vertical, que pour le particulier, dans une perspective horizontale. Quelle que soit la personne ou l'institution concernée, la propriété de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 ouvre droit, lorsqu'elle est atteinte, à un équivalent monétaire

La chambre sociale de la Cour de cassation adopte manifestement cette logique lorsqu'elle condamne l'employeur à verser une indemnité équivalente au capital de fin de carrière¹²⁸³ ou au montant du redressement de la prime de départ¹²⁸⁴. Elle protège ainsi, plus ou moins consciemment, la « propriété » du salarié qui, sur la foi des déclarations de l'employeur, avait une « espérance légitime » de voir lesdites créances se concrétiser.

471 - W. JEAN-BAPTISTE a raison de le souligner : la notion conventionnelle d'espérance légitime opère déjà dans le contentieux privé¹²⁸⁵ ; et nous d'ajouter, en particulier, dans la relation de travail. Il conviendrait cependant d'officialiser la chose. La cohérence des décisions rendues y gagnerait.

Comparé à la responsabilité civile, le recours à la « propriété » de l'article 1er du Protocole n°1 ne nécessite pas de rapporter la preuve d'un préjudice. Comme l'a parfaitement montré Mme A.-F. ZATTARA-GROS, l'indemnisation due en cas de privation ou d'atteinte à la « propriété » ne dépend effectivement pas du préjudice, mais de la seule valeur du bien¹²⁸⁶. « Plus qu'un droit à indemnité, le droit de propriété apparaît alors, nous dit l'auteur, comme un droit à une valeur »¹²⁸⁷.

En second lieu, contrairement à la force obligatoire, la « propriété » évite d'avoir à se poser la question des intentions. Elle ne requiert pas de sonder les cœurs et fait ainsi preuve de réalisme. M. C. GRIMALDI veut créer une nouvelle source de l'obligation : le quasi-engagement. « Celui qui, sciemment, ne s'engage qu'en apparence, soutient-il, doit s'exécuter envers celui qui l'a légitimement cru »¹²⁸⁸. Le problème, et l'auteur le reconnaît lui-même, c'est que « nous ne sommes pas télépathes »¹²⁸⁹. Comment savoir, dès lors, si l'engagé a, sciemment, créer la situation d'apparence ? « Nous restons, ici, persuadés, écrit M. C. GRIMALDI, que nul, mieux que le juge, n'est à même de décider en fonction des données de l'espèce »¹²⁹⁰. Il y a là, pour nous, une forme d'aveu : le « quasi-engagement » proposé par l'auteur est là où le

JEAN_BAPTISTE, *L'espérance légitime*, th. préc., n° 36 et s., spéc., n° 40 où l'auteur souligne qu' « il n'a jamais vraiment existé dans la jurisprudence une définition du bien actuel ».

¹²⁸² CEDH., 21 fév. 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, préc., § 54.

¹²⁸³ Cass.soc., 4 juin 2014, préc.

¹²⁸⁴ Cass.soc., 19 déc. 1990, préc.

¹²⁸⁵ W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, th. préc., n° 562, pp. 371-372.

¹²⁸⁶ A.-F. ZATTARA-GROS, « Conv. EDH, protocole 1, art. 1: droit de propriété - Contrôle des mesures privatives de propriété », in *Répertoire de droit immobilier*, Dalloz, oct. 2020, spéc., n° 41 : « L'indemnisation équitable versée au propriétaire peut (...) recouvrir deux significations. Elle correspond soit simplement au préjudice qu'il a subi du fait de la privation de son bien, soit à la valeur du bien dépossédé. Or, l'attention dont la Cour européenne des droits de l'homme fait preuve, pour garantir que l'indemnisation, en cas de privation de propriété ou d'atteinte à la substance de ce droit, soit juste et préalable, fait ressortir l'attachement de ces derniers à fixer le montant de l'indemnité en fonction de la valeur du bien ».

¹²⁸⁷ *Ibid.*

¹²⁸⁸ C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. préc., n° 67, p. 33.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, n° 1103, p. 523.

¹²⁹⁰ *Ibid.*, n° 237, p. 109.

juge le dit¹²⁹¹. On concèdera que faire reposer toute une source d'obligations sur le bon vouloir du juge apparaît discutable, pour ne pas dire risqué.

Mieux vaudrait, en conséquence, s'en référer à la « propriété » de l'article 1er du Protocole n°1, qui exige de répondre à cette seule et unique question : le titulaire pouvait-il légitimement espérer - comme eut pu le faire une autre personne raisonnable à sa place - voir la créance se concrétiser ? Cela revient à se demander, en d'autres termes, si la valeur patrimoniale espérée reposait sur une *base de confiance suffisante*. Si oui, alors l'intéressé est propriétaire et bénéficiaire, à ce titre, d'un droit à la valeur de son bien lorsque celui-ci est atteint ou détruit. La responsabilité civile peut, le cas échéant, venir compléter cette indemnisation, non s'y substituer.

472 - On objectera que la « propriété » de l'article 1er du Protocole n°1 est plus économique que juridique¹²⁹². Elle confère un « droit à une valeur » en lieu et place des attributs classiques du droit de propriété¹²⁹³. Il reste que cette « propriété » existe bel et bien, de même que la notion conventionnelle d'« espérance légitime » qui lui donne vie. Envisagée dans les rapports entre particuliers, elle pallie l'incapacité des fondements traditionnels à résoudre le problème des créances illusoires et justifie, de façon rationnelle, le montant de l'indemnité versée au salarié, qui s'est légitimement fié aux déclarations à *caractère patrimonial* de son employeur.

473 – À l'instar des revenus illusoires, les revenus futurs gagneraient, eux aussi, à être lus à la lumière de l'article 1er du Protocole n°1. Résolument tournés vers l'avenir, ils sont naturellement porteurs d'« espérances légitimes » et forment, par cela même, l'objet d'une « propriété » dont le salarié ne saurait être privé...

Section 2 : La privation des revenus futurs

474 - Le revenu futur est une créance de salaire déjà née, mais qui n'est pas encore obligatoire, faute d'exécution de la contrepartie. Il constitue, en somme, une créance imparfaite.

475 - M. P. ANCEL réfute l'idée que la créance de salaire puisse naître, une fois pour toutes, à la conclusion du contrat de travail. « *Peut-on sérieusement soutenir, écrit-il, que, dès la conclusion du contrat de travail à durée indéterminée, l'employeur est débiteur envers son salarié d'une rémunération globale dont ni le montant, ni la durée ne sont connus ? Certes, note-il, les deux parties, dès la formation du contrat, sont engagées par le contrat, liées par la norme contractuelle, mais elles ne deviennent créancières l'une de l'autre qu'au fur et à mesure de l'exécution du contrat, selon la périodicité fixée par celui-ci* »¹²⁹⁴.

Si nous comprenons parfaitement le raisonnement de l'auteur, nous n'y souscrivons pas pour autant. Dire que la créance de salaire naît au moment de la conclusion du contrat, ne veut pas dire qu'elle devient obligatoire à compter de cette date. La naissance de la créance est une chose, sa perfection en est une autre¹²⁹⁵.

¹²⁹¹ L'auteur ne s'en cache pas. Il assume ce rôle central du juge. Le quasi-engagement, note-il, est « une nouvelle méthode de responsabilisation, réalisée non plus par l'allocation de dommages-intérêts, mais par la création forcée d'un engagement de nature contractuelle. *Le contractuel à titre de sanction*. L'individu ne se lie plus lui-même, mais est lié par le juge »¹²⁹¹ (cf. n° 67, p. 33, souligné par l'auteur).

¹²⁹² Sur l'approche résolument économique de la « propriété » défendue par la Cour EDH. et ses avantages, v. A.-F. ZATTARA-GROS, *op. cit.*, spéc., n°s 20 et s.

¹²⁹³ Sur les limites du triptyque traditionnel *usus, fructus, et abusus*, v. W. DROSS, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété », *RTD Civ.* 2015, p 27, spéc., p. 30.

¹²⁹⁴ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD Civ.* 1999, p. 771, spéc., n° 42.

¹²⁹⁵ Sur cette distinction, v. E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. préc., *passim*.

Ainsi, s'il est vrai, comme l'affirme M. P. ANCEL, que le salarié ne peut réclamer, dès la conclusion du contrat de travail à durée indéterminée, l'ensemble des salaires à venir, faute de créances exigibles, il peut néanmoins avoir une « espérance légitime » de percevoir des revenus futurs. De sorte qu'il pourrait aussi y avoir là un « bien », au sens où l'entend la Cour EDH.

476 - Certes, celle-ci juge, de façon constante, que « *le revenu futur ne peut être considéré comme un "bien" que s'il a déjà été gagné ou s'il a fait l'objet d'une créance certaine* »¹²⁹⁶, mais c'est aussitôt pour ajouter que, « *dans certaines circonstances, l'"espérance légitime" d'obtenir une valeur patrimoniale peut également bénéficier de la protection de l'article 1er du Protocole n°1* »¹²⁹⁷. Il n'est donc pas exclu, loin de là, que le « revenu futur » puisse être qualifié de « bien » lorsque le salarié a une « espérance légitime » de le percevoir. La privation de ce revenu constituerait, le cas échéant, une atteinte à la propriété, ouvrant droit, pour le salarié, à une indemnité équivalente à la valeur du bien dont il a été privé.

477 - N'est-ce pas, au reste, cette logique que l'on retrouve déjà, en droit interne, derrière l'indemnité versée au salarié en cas de violation de la garantie contractuelle de stabilité d'emploi (Sous-section 1), mais aussi, d'une façon plus générale, derrière l'indemnité de licenciement, que la doctrine peine encore à expliquer (Sous-section 2). Telles sont les deux propositions que nous voudrions soumettre à l'analyse.

Sous-section 1 : L'indemnité pour violation de la garantie contractuelle de stabilité de l'emploi

478 - Les mécanismes œuvrant pour la défense de l'emploi sont nombreux¹²⁹⁸. Parmi ceux-ci figure, au niveau individuel, la garantie contractuelle de stabilité de l'emploi¹²⁹⁹. Il s'agit d'une clause par laquelle l'employeur accepte de restreindre, pour un temps plus ou moins long, son droit de licencier¹³⁰⁰. Le procédé vise généralement à permettre le recrutement d'un candidat convoité, en lui garantissant une certaine durabilité de son emploi. « *Il s'agit, résume M. J. SAVATIER, d'organiser la fidélité de l'entreprise envers le travailleur* »¹³⁰¹ ; de susciter sa confiance, si l'on préfère.

Il reste que la fidélité n'est pas une science exacte : l'employeur peut trahir la confiance suscitée auprès du salarié et procéder à son licenciement, au cours de la période de garantie, pour des causes non autorisées.

Pour appréhender ce genre de comportement déloyal de l'employeur, attentatoire à la confiance, la jurisprudence fait le choix d'une indemnité forfaitaire, exclusive de la responsabilité civile (§ 1). Déconnectée du préjudice réellement subi par le salarié, cette indemnité a pour objet, selon nous, de compenser l'atteinte à la propriété des revenus futurs que ce dernier pouvait, du fait de la garantie, légitimement espérer percevoir (§ 2).

¹²⁹⁶ V. not. CEDH, G. C., 7 juin 2012, *Centro Europa 7. S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, req., n° 38433/09, spéc., § 172.

¹²⁹⁷ *Ibid.*, § 173.

¹²⁹⁸ Pour une vision uniforme de l'ensemble, v. A FABRE, « Le contentieux de la violation des engagements en matière d'emploi », in *Préjudice et indemnisation en droit social*, Actes du colloque du 13 mars 2015, Institut du travail de Bordeaux, *Dr. ouv.* 2015, p. 469.

¹²⁹⁹ V. not. J. SAVATIER, « Les garanties contractuelles de stabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 1991, p. 413 ; V. NICOLAS, « Précisions sur les clauses de durée minimum et maximum d'emploi », *D.* 1995, chron. p. 278 s. ; S. ALMA-DELETTRE, « Emploi et contrat, l'irrésistible ascension des techniques contractuelles au service de l'emploi », *LPA.* 1999, n° 158, p. 10 ; F. PETIT, « Sur les clauses de garantie d'emploi », *Dr. soc.* 2000, p. 80 s.

¹³⁰⁰ Cass. soc., 7 nov. 1990, n° 87-45.419, *Bull. civ.* V, n° 524 : clause de garantie d'emploi valable jusqu'à la retraite du salarié.

¹³⁰¹ J. SAVATIER, art. préc.

§ 1 - L'indemnité forfaitaire exclusive de la responsabilité civile

479 - Si le droit du travail entretient aujourd'hui des rapports compliqués avec la responsabilité civile¹³⁰², certains pans de la matière se distinguaient autrefois par une application stricte des principes qui la gouvernent. Tel était notamment le cas, à l'origine, de la garantie contractuelle de stabilité de l'emploi.

En effet, lorsque celle-ci était violée, il était initialement jugé que les dommages-intérêts versés au salarié devaient être calculés en fonction de la réalité et de l'importance du préjudice subi¹³⁰³. Ce qui était une manière de se conformer à la logique de la responsabilité civile dont « *le propre est, rappelons-le, de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »¹³⁰⁴.

480 - Par un important arrêt du 27 octobre 1998¹³⁰⁵, la chambre sociale de la Cour de cassation prenait toutefois ses distances avec le droit commun de la réparation. Pour ne retenir que l'essentiel, le salarié fut ici licencié en violation d'une clause de garantie d'emploi stipulée pour une durée de trois ans. Alors que la cour d'appel lui avait accordé une indemnité en réparation du préjudice fixé à 15 ans (!) de salaires, la Cour de cassation censura ce raisonnement. « *Qu'en statuant ainsi, précisait-elle, alors que la violation de la clause de garantie d'emploi oblige l'employeur à indemniser le salarié du solde des salaires restant dû jusqu'au terme de la période garantie, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »¹³⁰⁶.

Était ainsi instituée, en cas de violation d'une garantie contractuelle de stabilité de l'emploi, une indemnité forfaitaire, comparable à celle que prévoit l'article L. 1243-4 du Code du travail pour la rupture anticipée injustifiée du contrat à durée déterminée imputable à l'employeur¹³⁰⁷. À cette différence près que ce n'est pas, dans cette hypothèse, le contrat qui est affecté d'un terme, mais la période de garantie d'emploi.

481 - Le rapprochement avec le régime du contrat à durée déterminée a été, à ce titre, critiqué par les auteurs. « *Il était contestable, écrit notamment M. F. PETIT, de retenir en ce domaine, même sans la viser, la règle applicable à la rupture des contrats à durée déterminée, car la clause de garantie d'emploi inscrite dans un contrat à durée indéterminée n'a pas pour effet d'entraîner la qualification de contrat à durée déterminée* »¹³⁰⁸. Pour l'auteur, « *il aurait été préférable (...) de laisser aux juges du fond le pouvoir d'apprécier l'étendue du préjudice né de la violation de la clause de garantie d'emploi* »¹³⁰⁹. M. C. ROY-LOUSTAUNAU est plus radical dans son analyse. « *Nous ne pouvons que déplorer, note-il, une jurisprudence qui aboutit à un tel excès, et qui tend à priver le juge de son pouvoir modérateur* »¹³¹⁰. Mme D.

¹³⁰² Cf. Ch. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, préf. J. Hauser, LGDJ, 1997.

¹³⁰³ V. not. Cass.soc., 11 déc. 1990, n° 88-41.629, *Bull.civ.* V, n° 646 ; cité par D. CORRIGNAN-CARSIN, note sous Cass. ass.plén. 12 déc. 2002, préc.

¹³⁰⁴ Cass. 2e civ., 28 oct. 1954, *Bull.civ.* II, n° 238.

¹³⁰⁵ Cass.soc., 27 oct. 1998, n° 95-43.308, *Bull.civ.* V, n° 455; *Dr.soc.* 1999, p. 293, obs. Cl. ROY-LOUSTAUNAU; *D.* 1999, p. 196, note J. MOULY; *JCP E.*, 6 Mai 1999, p. 822, note G. AUZERO.

¹³⁰⁶ *Ibid.*

¹³⁰⁷ C. trav. L. 1243-4 : « *La rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qui intervient à l'initiative de l'employeur, en dehors des cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin 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 (...)* ».

¹³⁰⁸ F. PETIT, « Sur les clauses de garantie d'emploi », *Dr.soc.* 2000, p. 80.

¹³⁰⁹ *Ibid.*

¹³¹⁰ Cl. ROY-LOUSTAUNAU, obs. préc.

CORRIGNAN-CARSIN souligne, quant à elle, « *le regrettable arrêt du 27 octobre 1998 forfaitisant la réparation* »¹³¹¹.

Si les critiques s'accordent sur le caractère excessivement favorable de l'indemnisation forfaitaire¹³¹², on se demande toutefois si elles ne font pas fausse route en situant la discussion sur le terrain de la responsabilité civile et de la réparation...

482 - Dans l'étude qu'elle consacre à « la singularité de la réparation du préjudice lié à la rupture du contrat de travail », Mme M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN s'interroge : « *l'exigence d'un dommage n'est-elle pas (...) remise en cause en cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée imputable à l'employeur (...) ou de non-respect de la clause de garantie d'emploi ?* »¹³¹³. L'auteure répond par la négative. Selon elle, à travers l'évaluation forfaitaire des sommes dues jusqu'à la fin de la période de garantie ou du contrat, « *la compensation du préjudice subi par le salarié est recherchée. Celui-ci (...) découle, nous dit-elle, de la "perte de salaire" consécutive au caractère "anticipé" de la rupture* »¹³¹⁴.

Une telle analyse nous semble discutable. L'existence d'un forfait d'indemnisation s'oppose, par essence, au principe même de la réparation du préjudice. La deuxième chambre de la Cour de cassation ne dit pas autre chose dans son arrêt du 20 novembre 2014¹³¹⁵. Elle censure une cour d'appel qui avait cru pouvoir allouer à la victime une indemnité forfaitaire pour perte de revenus futurs. « *Qu'en statuant ainsi, juge-t-elle, alors que la réparation du préjudice doit correspondre à ce dernier et ne saurait être forfaitaire, la cour d'appel avait violé [le principe de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime]* »¹³¹⁶.

Cette décision peut bien être inédite, la solution qu'elle énonce n'en demeure pas moins d'une absolue clarté : l'indemnité forfaitaire est incompatible avec le principe même de la réparation du préjudice.

Il s'ensuit que l'indemnité due par l'employeur en cas de violation de la garantie d'emploi ne peut - précisément parce qu'elle a un caractère forfaitaire - avoir pour objet de compenser le « préjudice » subi par le salarié¹³¹⁷. Comme en matière de contrat à durée déterminée, il s'agit d'un forfait « *indépendant de la réalité du préjudice, qui est lié au temps de "sécurité" sur lequel le salarié pouvait contractuellement compter* »¹³¹⁸. Les juges du fond n'ont aucun pouvoir modérateur. Le salarié est indemnisé à hauteur « *du solde des salaires restant dus jusqu'au terme de la période de garantie* »¹³¹⁹, même dans l'hypothèse, quelque peu marginale, où il a retrouvé un emploi immédiatement après son licenciement prématuré.

483 - Dans sa thèse de doctorat, M. A. MARTINON réfute également l'idée que l'indemnité forfaitaire accordée au salarié licencié prématurément puisse avoir pour fonction de réparer le préjudice¹³²⁰. Pour l'auteur, cette indemnité « *prend (...) l'allure d'une sanction, dissuadant l'une des parties de rompre le contrat par anticipation* »¹³²¹. Ce serait alors la

¹³¹¹ D. CORRIGNAN-CARSIN, note sous Cass. ass.plén., 13 déc. 2002, *JCP G.* 2 avril 2003, II, 10057.

¹³¹² En ce sens, v. égal. J. MOULY, note préc.

¹³¹³ M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « La singularité de la réparation du préjudice lié à la rupture du contrat de travail », *JCP S.* 8 Avril 2015, 1121, spéc., n° 12.

¹³¹⁴ *Ibid.*

¹³¹⁵ Cass. 2^e civ., 20 nov. 2014, n° 13-21.250, JurisData n° 2014-028315 ; *RCA*, février 2015, comm. 42.

¹³¹⁶ *Ibid.*

¹³¹⁷ À comp. F. ROUVIÈRE, « Peut-on penser l'indemnisation par barème ? », *RDT.* 2021, p. 634.

¹³¹⁸ C. HABLOT, « Contrat de travail à durée déterminée - Rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, fév. 2022, spéc., n° 440.

¹³¹⁹ Cass.soc., 27 oct. 1998, préc.

¹³²⁰ A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, th. préc., spéc., n° 830.

¹³²¹ *Ibid.*, n° 831.

responsabilité civile dans sa fonction, non plus de réparation, mais de peine privée, qui trouverait à s'exprimer¹³²².

Pour être convaincante, cette opinion se concilie difficilement avec une décision récente de la chambre sociale de la Cour de cassation retenant, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, que « *l'indemnité destinée à réparer les conséquences de la rupture injustifiée d'un contrat de travail à durée déterminée ne constitue pas une sanction (...)* »¹³²³. La solution peut logiquement être transposée à l'indemnité forfaitaire pour violation de la garantie d'emploi, qui ne constitue pas davantage une sanction.

Dire que cette indemnité « *répare* » les conséquences du licenciement prématuré ne nous paraît pas plus adapté, faute de se fonder sur le préjudice réellement subi par le salarié. On connaît la formule qui résume le principe même de la réparation : « le préjudice, tout le préjudice, rien que le préjudice ». Nous en sommes, en l'occurrence, très éloignés.

484 - Ni réparation, ni sanction, l'indemnité forfaitaire pour violation de la garantie contractuelle de stabilité de l'emploi ne serait-elle pas la manifestation de qu'il convient d'appeler une « *exécution par équivalent* » ? On sait que, pour une partie minoritaire de la doctrine, la « *responsabilité contractuelle* » serait un « *faux concept* » en ce sens que l'indemnité allouée au créancier victime de l'inexécution du contrat n'aurait pas pour fonction de réparer un préjudice, mais assurerait une « *exécution par équivalent* »¹³²⁴. « Ce qui est nommé réparation, enseigne ainsi M. Ph. Le TOURNEAU, constitue en réalité *un mode d'exécution du contrat* »¹³²⁵. « *Le droit du créancier aux dommages-intérêts procède seulement*, écrit également M. Ph. RÉMY, artisan de cette conception, *de la force obligatoire du contrat* »¹³²⁶. Tant et si bien qu'il ne serait plus nécessaire d'identifier, comme en matière de responsabilité délictuelle, un fait générateur, un préjudice, et un lien de causalité : l'inexécution suffirait¹³²⁷.

Cette prise de position est séduisante et trouve un certain écho dans la jurisprudence¹³²⁸. Si bien qu'on peut se demander si la solution obligeant l'employeur « *à indemniser le salarié du solde des salaires restant dû jusqu'au terme de la période [de garantie d'emploi]* » ne réaliserait pas, elle aussi, une forme d'« *exécution par équivalent* » ? Une réponse affirmative permettrait, le cas échéant, d'expliquer pourquoi la Cour de cassation considère que les dommages-intérêts versés au salarié n'ont pas une nature indemnitaire, mais constituent de véritables « *substituts de salaires* », qui ne peuvent se cumuler avec les revenus de remplacement¹³²⁹.

¹³²² Cf. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1995.

¹³²³ Cass. soc., 8 févr. 2017, n° 16-40.246, PB, *Dr. soc.* 2017, p. 272, obs. J. MOULY ; *RDT*. 2017, p. 198, note S. TOURNAUX.

¹³²⁴ Ph. RÉMY, « La « *responsabilité contractuelle* » : histoire d'un faux concept », *RTD. Civ.* 1997, p. 323 ; Ph. Le TOURNEAU, « Responsabilité : généralités », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2009 (actu. fév. 2020), spéc., n°s 80 à 86 ; D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Puf, 1994, p. 429 ; contra, P. JOURDAIN, « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^{ème} journées R. Savatier, PUF. 1998, p. 65 ; E. SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD. Civ.* 1999, p. 1 ; G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », in *Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ. 2001, p. 921.

¹³²⁵ Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, spéc., n° 81 (souligné par l'auteur).

¹³²⁶ Ph. RÉMY, « Critique du système français de la responsabilité », *Droit et cultures* 1996-3, p. 31 cité par E. SAVAUX et R.-N. SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz 2005, p. 271, spéc., n° 16, p. 282.

¹³²⁷ En ce sens, Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³²⁸ V. en particulier, Cass. soc., 4 déc. 2002, n° 00-44.303, *Bull. civ.* V, n° 368 ; *RTD civ.* 2003, p. 711, obs P. JOURDAIN : jugeant, pour faire marcher la garantie de l'AGS, que « *les dommages-intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution de l'obligation ou d'un retard dans son exécution, constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire* ».

¹³²⁹ Cass. ass. plén., 13 déc. 2002, n° 00-17.143, *Bull. ass. plén.*, n° 3 ; *Dr. soc.* 2003, p. 439, obs. Ch WILLMAN ; *JCP G.* 2 avril 2003, II, 10057, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

À bien y regarder, on peut cependant ne pas être totalement convaincu par cette manière de présenter les choses. Il n'échappera à personne que, s'agissant de la violation de la garantie contractuelle d'emploi, la prétendue « exécution » ne se fait qu'à sens unique. L'employeur doit payer une indemnité forfaitaire, quand le salarié, lui, certes victime de l'inexécution, est libéré de toute forme de contrepartie. Il perçoit une indemnité équivalente aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'au terme de la période de garantie, sans accomplir de travail, ni se tenir à la disposition de l'employeur. Il est pour le moins difficile, dans ces conditions, de parler d'« exécution ». La logique n'est manifestement plus celle du contrat et de la force obligatoire, par essence bilatérale. Le caractère unilatéral de l'obligation d'indemniser pesant sur l'employeur plaide, selon nous, pour un autre fondement.

485 - Parce qu'elle est déconnectée du préjudice subi, l'indemnité forfaitaire versée au salarié en cas de violation de la garantie contractuelle de stabilité de l'emploi ne peut techniquement pas s'expliquer par la responsabilité civile. L'idée d'en appeler au succédané de l'« exécution par équivalent » ne convainc pas davantage, l'employeur étant seul obligé.

Une alternative, plus cohérente à nos yeux, serait de justifier ladite indemnité par l'atteinte à la propriété des revenus futurs que le salarié espérait légitimement percevoir.

§ 2 - L'indemnité forfaitaire compensant l'atteinte à la propriété des revenus futurs légitimement espérés

486 - La doctrine a conscience du particularisme de l'indemnité forfaitaire due au salarié en cas de violation de la garantie d'emploi, mais n'y voit, généralement, qu'une « adaptation » de la responsabilité contractuelle. « *En cas de manquement à la promesse de garantie d'emploi*, note ainsi M. Cl. ROY-LOUSTAUNAU, *l'employeur engage sa responsabilité contractuelle sur le fondement de la théorie générale des contrats et des obligations* »¹³³⁰. « *Il y a tout de même un changement important*, ajoute un peu plus loin l'auteur : *comme cela arrive souvent le droit civil "adapte" le droit du travail dans un souci évident de protection du salarié* »¹³³¹.

M. A. FABRE est plus nuancé. « *En application des mécanismes de la responsabilité contractuelle*, écrit-il, *le salarié devrait, en principe, établir le préjudice qu'il a réellement subi du fait de la violation de la clause de garantie d'emploi* »¹³³². Or, poursuit l'auteur, « *cette règle élémentaire du droit commun de la responsabilité est (...) bien loin de constituer la norme en la matière* »¹³³³.

487 - Plutôt que de malmener les principes de la responsabilité contractuelle et de parler abusivement de « réparation » là où il n'est question que d'indemnisation forfaitaire¹³³⁴, nous pourrions solliciter la « propriété » de l'article 1er du Protocole n°1. Il suffit, pour cela, d'admettre que la garantie contractuelle de stabilité d'emploi suscite, chez le salarié, une espérance légitime de percevoir des revenus futurs. Ceci n'a rien de choquant, et va même de soi. « Plus qu'un emploi, écrit M. A. FABRE, l'employeur garantit au salarié le versement d'une rémunération pendant un certain laps de temps. Cessons donc de parler dans ces cas de clauses de maintien de l'emploi, parlons plutôt de *clauses de revenus garantis* »¹³³⁵. Si, comme le dit l'auteur, la clause de garantie d'emploi mériterait d'être qualifiée de « *clause de revenus*

¹³³⁰ Cl. ROY-LOUSTAUNAU, note préc., spéc., n° 6.

¹³³¹ *Ibid.*, n° 7.

¹³³² A FABRE, « Le contentieux de la violation des engagements en matière d'emploi », art. préc., spéc., p. 472.

¹³³³ *Ibid.*

¹³³⁴ Sur l'incompatibilité entre le principe de la réparation intégrale et l'indemnisation forfaitaire, v. Cass. 2^e civ., 20 nov. 2014, préc.

¹³³⁵ A. FABRE, *op. cit.*, spéc., p. 473 (nous soulignons).

garantis », c'est bien qu'elle est de nature à pouvoir engendrer, chez le salarié, une « espérance légitime » de percevoir des revenus futurs¹³³⁶.

On retrouve bien là, de surcroît, les deux conditions nécessaires à la caractérisation de l'« espérance légitime », à savoir une base de confiance suffisante et une créance imparfaite, respectivement constituées ici par le contrat de travail¹³³⁷ et les revenus futurs¹³³⁸.

L'effet induit par cette qualification n'est pas anodin : le salarié est rendu propriétaire des revenus futurs qu'il espère légitimement percevoir. Il a donc droit à une indemnité correspondant à la valeur du bien quand celui-ci est détruit ou perdu¹³³⁹.

488 - Force est de reconnaître que l'indemnité forfaitaire pour violation de la garantie contractuelle d'emploi, que l'on ne parvient pas à expliquer par la responsabilité contractuelle, trouve, dans la propriété de l'article 1er du Protocole n°1, un fondement particulièrement convaincant. Quand la Cour de cassation juge que la « violation de la clause de garantie d'emploi oblige l'employeur à indemniser le salarié du solde des salaires restant dû jusqu'au terme de la période de garantie »¹³⁴⁰, elle ne fait, pour nous, que se conformer à la sanction qui découle de ce texte. Elle indemnise le salarié à hauteur de la valeur du bien dont il a été privé, en l'occurrence les revenus futurs non encore perçus, mais légitimement espérés.

La violation d'une garantie d'emploi un an avant son terme ouvre ainsi droit, pour le salarié, à une indemnité de douze mois de salaires¹³⁴¹, peu important que celui-ci ait retrouvé un emploi aussitôt après son licenciement. Dans la mesure où il ne s'agit plus d'engager la responsabilité de l'employeur, mais de protéger la propriété du salarié, l'existence et la réalité du préjudice deviennent effectivement indifférentes, et le recours à l'indemnité forfaitaire se justifie alors pleinement.

489 - Le fondement de la propriété ne permet pas seulement d'expliquer le caractère forfaitaire de l'indemnité pour violation de la garantie d'emploi. Il justifie aussi la nature des sommes allouées au salarié. La responsabilité civile n'étant pas en jeu, il est logique que ce dernier ne perçoive pas des dommages-intérêts ayant une nature indemnitaire, mais des « substituts de salaires », dépourvus de contrepartie, compensant l'atteinte à la propriété des revenus futurs légitimement espérés. La solution de l'Assemblée plénière interdisant le cumul de ces dommages-intérêts avec les revenus de remplacement versés au titre de l'assurance chômage¹³⁴², parfois critiquée¹³⁴³, trouve ici une explication rationnelle : « on ne remplace pas un revenu déjà remplacé »¹³⁴⁴.

490 - On sait enfin que contrat de travail peut, dans certaines circonstances, être valablement rompu au cours de la période de garantie d'emploi. Pour la Cour de cassation, « le contrat comportant une clause de garantie d'emploi ne peut être rompu pendant la période

¹³³⁶ À comp. D. CORRIGNAN-CARSIN, note préc., spéc., n° 6 : « Les dommages-intérêts alloués sanctionnent la violation d'une obligation contractuelle et réparent le préjudice subi par un salarié qui a légitimement pu compter sur une "stabilité" de l'emploi ».

¹³³⁷ Sur la possibilité, pour le contrat en général, de constituer une base de confiance suffisante, à même de générer des espérances légitimes, v. *supra*, n° 429.

¹³³⁸ Les revenus futurs sont une créance déjà née, mais non encore exigible du fait de l'absence d'exécution de la contrepartie.

¹³³⁹ Sur ce droit à l'indemnité « consubstantiel au droit de propriété », v. *supra*, n° 447.

¹³⁴⁰ Cass.soc., 27 oct. 1998, préc.

¹³⁴¹ *Ibid.*

¹³⁴² Cass. ass.plén., 13 déc. 2002, préc.

¹³⁴³ V. not. D. CORRIGNAN-CARSIN, note préc., spéc., n° 10 : pour qui « L'assimilation de dommages-intérêts à un substitut de salaire n'apparaît pas juridiquement fondée ».

¹³⁴⁴ Cf. avis de M. Benmakhlouf, premier avocat général, reproduit sur le site internet de la Cour de cassation, cité Ch. WILLMANN, *Dr.soc.* 2003, p. 439.

*couverte par la garantie qu'en cas d'accord des parties, de faute grave du salarié ou de force majeure »*¹³⁴⁵.

Dans ces hypothèses, l'employeur n'est naturellement pas redevable de l'indemnité forfaitaire. La raison en est simple : il n'y a pas d'atteinte à la propriété du salarié. La légitimité de l'espérance fait défaut, et, en amont, la confiance qui la sous-tend. La faute grave – « *celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise* »¹³⁴⁶ -, la force majeure et l'accord de parties ont, en effet, ceci de commun qu'elles font obstacle à la poursuite du contrat de travail. Dès lors, le salarié ne peut plus légitimement compter sur le bénéfice de revenus futurs. La propriété disparaît, comme l'étang de Napoléon, sans toutefois réapparaître¹³⁴⁷ ...

491 - Ainsi, lorsque l'employeur rompt le contrat de travail, au cours de la période de garantie d'emploi, pour des causes non autorisées, il prive le salarié des revenus futurs légitimement espérés, porte atteinte à sa propriété. Il doit, en conséquence, lui verser une indemnité équivalente à la valeur du bien spolié. « *Le solde des salaires restant dû* », dit la Cour de cassation¹³⁴⁸.

492 - L'indemnité de licenciement nous semble répondre à une même logique. Elle compense aussi, par-delà l'éventuelle période de garantie d'emploi, l'atteinte à la *propriété des revenus futurs légitimement espérés par le salarié licencié*...

¹³⁴⁵ Cass.soc., 15 avril 2015, n° 13-21.306, *Bull.civ. V*, n° 78 ; *Rev trav.* 2015, p. 541, note M. KOCHER.

¹³⁴⁶ V. not. Cass.soc., 27 sept. 2007, n°06-43.867, *Bull.civ. V*, n° 146.

¹³⁴⁷ Cf. Cass.ass.plén., 23 juin 1972, n° 70-12.960, *Bull.ass.plén.*, n° 3; *RTD civ.* 1973, p.147, obs. J.-D. BREDIN: jugeant que la propriété dudit étang peut disparaître et réapparaître « *sous le seul effet des forces de la nature* », soit que la mer s'avance, soit qu'elle se retire.

¹³⁴⁸ Cass.soc., 27 oct. 1998, préc.

Sous-section 2 : L'indemnité de licenciement

493 - Depuis toujours, l'indemnité de licenciement intrigue, dérange, divise la doctrine¹³⁴⁹. À quoi correspond, au juste, cette somme d'argent versée au salarié licencié, qui n'a pas commis de faute grave ou lourde et compte au moins 8 mois d'ancienneté¹³⁵⁰ ? Avec un brin d'exagération, on pourrait dire que chaque auteur ou presque a désormais son avis sur la question.

494 - Si l'on met de côté les thèses rapidement écartées¹³⁵¹, deux conceptions retiennent généralement l'attention. La première fut développée par Paul Durand, au début des années 1950¹³⁵². Elle voit dans l'indemnité de licenciement un « salaire différé », c'est-à-dire une créance de nature salariale ayant pour « cause l'accomplissement d'un travail »¹³⁵³. La seconde, de facture plus classique, fut défendue par CAMERLYNCK, dans un article fondamental, paru en 1957¹³⁵⁴. Elle considère que l'indemnité de licenciement est une créance de dommages-intérêts réparant le préjudice subi par le salarié du fait de la rupture de son contrat de travail.

495 - Si cette dernière analyse a fini par l'emporter en jurisprudence, de récentes décisions de la Cour de cassation nous amènent à envisager une troisième voie, qui opère, selon nous, un glissement de la réparation du préjudice (§ 1) vers la protection de la propriété des revenus futurs légitimement espérés par le salarié licencié (§ 2).

§ 1 - L'abandon de la logique réparatrice

496 - Comme énoncé ci-dessus, la Cour de cassation conforta, pour un temps au moins, la vision de CAMERLYNCK. Elle écarta la nature salariale de l'indemnité de licenciement au profit de sa nature indemnitaire. « L'indemnité de licenciement n'est pas le contrepartie d'un travail fourni et ne constitue donc pas un salaire »¹³⁵⁵ ; elle « a le caractère de dommages-intérêts compensant le préjudice né de la rupture du contrat de travail »¹³⁵⁶, pouvait-on lire dans plusieurs décisions.

N'ayant pas la nature d'un salaire, l'indemnité de licenciement échappait notamment à

¹³⁴⁹ V. not. L. DUPOUX, *L'indemnité de licenciement*, Thèse Rennes, 1942 ; G.-H. CAMERLYNCK, « L'indemnité de licenciement », *JCP G.* 1957, I, 1391 ; J. SAVATIER, « Réflexions sur les indemnités de licenciement », *Dr. soc.* 1989, p. 125 ; J. MOULY, « À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement » ; *D.* 2008, p. 582 ; J. ICARD, « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », *JCP S.* 13 nov. 2014, 393 ; C. WOLMARK, « Réparer la perte d'emploi. À propos des indemnités de licenciement », *Dr. ouv.* 2015, p. 450.

¹³⁵⁰ C. trav. art. L. 1234-9, modifié par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 : « Le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte 8 mois d'ancienneté ininterrompus au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement (...) ». À noter que, jusque-là, l'ancienneté requise était d'un an.

¹³⁵¹ Cf. not. L. DUPOUX, *L'indemnité de licenciement*, th. préc., spéc. p. 20 : où l'auteur analyse l'indemnité de licenciement comme une « donation rémunératoire » ; ou encore G. LYON-CAEN, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ, 1955, n° 275, qui fait appel à la notion d'enrichissement sans cause, (références citées par F. HUMBERT, « 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).

¹³⁵² P. DURAND, *Traité de Droit du travail*, t. II, Dalloz, 1950, n° 482 et s.

¹³⁵³ *Ibid.*

¹³⁵⁴ G.-H. CAMERLYNCK, « L'indemnité de licenciement », art. préc.

¹³⁵⁵ V. not. Cass. soc., 22 mai 1986, n° 83-42.341, *Bull. civ.* V, n° 245 ; Cass. soc., 20 oct. 1988, n° 85-45.511, *Bull. civ.* V, n° 536.

¹³⁵⁶ V. not. Cass. soc., 4 mai 1988, n° 85-15.322, *Bull. civ.* V, n° 268 ; Cass. soc., 27 nov. 1985, n° 83-16.653, *Bull. civ.* V, n° 563.

l'assiette de l'impôt sur le revenu et au paiement de cotisations sociales¹³⁵⁷. Elle n'était pas davantage soumise à la prescription triennale, l'action tendant à son paiement se prescrivant par trente ans¹³⁵⁸.

497 - Bien que consacrée par la jurisprudence, cette analyse de l'indemnité de licenciement soulevait toutefois plus de questions qu'elle n'apportait de réponse. En quoi l'exercice *régulier* d'un droit, se demandait-on notamment, pouvait-il être source de responsabilité¹³⁵⁹ ? Il existe, certes, des cas de responsabilités objectives, les parents doivent notamment répondre du fait « *même non fautif* » de l'enfant¹³⁶⁰, mais l'indemnisation de la victime n'en demeure pas moins subordonnée, dans ces hypothèses, à la preuve d'un préjudice. Or, il n'échappera à personne que l'indemnité de licenciement dépend, non du préjudice subi¹³⁶¹, mais de l'ancienneté du salarié, cette indemnité restant due même dans l'hypothèse où l'intéressé a retrouvé un emploi immédiatement après avoir été congédié. La somme recueillie est, sauf source collective plus favorable, toujours le résultat de la même formule mathématique : 1/4 de mois de salaire par année de présence jusqu'à dix ans d'ancienneté et 1/3 de mois de salaire par année, au-delà¹³⁶²...

La fixité du calcul de l'indemnité, l'indifférence du préjudice réellement subi, le fait que l'employeur puisse engager sa responsabilité en exerçant *régulièrement* son droit sont autant de critiques récurrentes qui ont jeté le discrédit sur la thèse de la nature indemnitaire¹³⁶³. Thèse qui fut adoptée, comme le résume très bien M. A. MAZEAUD, « *un peu par défaut* »¹³⁶⁴. Elle était « moins pire » que les autres.

498 - Dans un arrêt publié du 11 octobre 2007, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation amorçait toutefois une évolution¹³⁶⁵. Le salarié fut, en l'occurrence, licencié pour inaptitude à la suite d'un accident de la circulation. Il perçut l'indemnité de licenciement prévue dans ce cas, ainsi que des dommages-intérêts en réparation de son préjudice professionnel. Dans son pourvoi, l'assureur du responsable reprocha à la cour d'appel saisie du litige de ne pas avoir tenu compte, pour l'évaluation de ce préjudice, de l'indemnité de licenciement, qui compensait déjà, selon lui, la perte d'emploi, conséquence directe de l'accident. La haute juridiction rejeta cette argumentation. « *Mais attendu, affirma-t-elle, que l'indemnité de licenciement est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur ; que c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'elle (...) n'avait pas à être prise en compte pour évaluer la perte des gains professionnels de la victime* »¹³⁶⁶.

De façon assez novatrice, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation définit,

¹³⁵⁷ Cass.soc., 27 nov. 1985, n° 83.17-126, *Bull.civ.* V, n° 564.

¹³⁵⁸ Cass.soc., 20 oct. 1988, n° 85-45.511, *Bull. civ.* V, n° 536; *Dr. soc.* 1989, p. 132.

¹³⁵⁹ Sur cette critique, v. déjà P. DURAND, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³⁶⁰ Cass.ass.plén., 13 déc. 2002, *Levert*, n° 01-14.007, *Bull.ass.plén.*, n° 4 ; *D.* 2003, p. 231, note P. JOURDAIN.

¹³⁶¹ En ce sens, v. Cass.soc., 31 mai 1978, n° 76-40.634, *Bull.civ.* V, n° 425, précisant que les juges du fond « *n'ont pas à rechercher l'importance du préjudice résultant de la rupture, cet élément étant sans influence sur le droit à l'indemnité de licenciement (...)* ».

¹³⁶² C. trav. art. R. 1234-2, modifié par l'ordonnance n° 2017-1398 du 25 septembre 2017.

¹³⁶³ Sur l'ensemble de ces critiques, v. not., F. HUMBERT, « La rupture du contrat de travail pour inaptitude physique du salarié : incidences sur la nature juridique de l'indemnité de licenciement », art. préc. : où l'auteur se demande si, compte tenu de ces objections, l'analyse indemnitaire de l'indemnité de licenciement peut être maintenue ; v. égal. J. SAVATIER, « Réflexions sur les indemnités de licenciement », art. préc. : où l'auteur, critiquant la thèse indemnitaire, voit dans l'indemnité de licenciement une récompense de la fidélité du salarié à l'entreprise.

¹³⁶⁴ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Précis Domat, LGDJ, 10^e éd., 2016, n° 721, p. 451.

¹³⁶⁵ Cass. 2^e civ., 11 oct. 2007, n° 06-14.611, *D.* 2008, p. 582, note J. MOULY ; *RTD civ.* 2008, p. 111, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G.* 2008. I. 125, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, v. spéc., n°2.

¹³⁶⁶ *Ibid.*

ici, l'indemnité de licenciement comme « *la contrepartie de l'exercice du droit de résiliation unilatérale de l'employeur* ». Plus aucune allusion n'est faite au « *préjudice né de la rupture du contrat de travail* »¹³⁶⁷. Ce qui a fait dire à MM. P. JOURDAIN et Ph. STOFFEL-MUNCK, dans leurs commentaires respectifs de l'arrêt, que l'indemnité de licenciement n'avait peut-être plus une nature indemnitaire¹³⁶⁸. Il est vrai que, faute de préjudice à réparer, cette nature semblait bien devoir être écartée. Elle perd sa substance, n'en déplaise à certains auteurs, qui défendent une position contraire, quoique minoritaire¹³⁶⁹.

Par arrêt du 7 avril 2011, également publié, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation confortait sa nouvelle définition de l'indemnité de licenciement¹³⁷⁰, rompant un peu plus avec la thèse indemnitaire. Il ne restait plus qu'à attendre la réaction de son homologue social.

499 - Ce fut chose faite avec l'important arrêt du 27 janvier 2021¹³⁷¹, accompagné d'une note explicative¹³⁷², qui reprend, expressis verbis, la définition de l'indemnité de licenciement évoquée ci-dessus. Les faits étaient assez complexes. Retenons, pour l'essentiel, que les salariés avaient perçu l'indemnité de licenciement dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi et l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse à la suite d'une procédure prud'homale. Ils réclamaient, en sus, des dommages-intérêts en réparation des préjudices liés à la perte d'emploi et à la perte de chance de retrouver à court terme un emploi équivalent. Le litige fut porté devant la chambre sociale de la Cour de cassation, qui rejeta leurs demandes. Dans un arrêt de principe, celle-ci énonce, d'une part, que « *l'indemnité de licenciement, dont les modalités de calcul sont forfaitaires, est la contrepartie du droit de l'employeur de résiliation unilatérale du contrat de travail* », et, d'autre part, que « *l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse répare le préjudice résultant du caractère injustifié de la perte d'emploi* »¹³⁷³.

Une distinction est ainsi opérée entre l'indemnité de licenciement, d'une part, et l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'autre part. Là où la seconde répare les préjudices liés à la perte d'emploi, dont ceux réclamés par les salariés en l'espèce, la première, qui nous intéresse ici, se départit complètement de la question de la réparation¹³⁷⁴. Elle est, comme l'avait affirmée quelques années plus tôt la deuxième chambre civile de la Cour de cassation¹³⁷⁵, la « *contrepartie du droit de l'employeur de résiliation unilatérale* », sa « *cause* », pourrait-on dire, si l'on ne craignait de réveiller de vieux démons¹³⁷⁶.

500 - Ce que présentait une partie de la doctrine dans les années 2000 se trouve, dès

¹³⁶⁷ À comp. Cass.soc., 4 mai 1988, préc.

¹³⁶⁸ P. JOURDAIN, note préc. : pour qui l'arrêt soulignerait que « *la somme versée au salarié n'a pas, en dépit de son nom, de caractère indemnitaire* » ; Ph. STOFFEL-MUNCK, obs. préc. : pour qui la solution contredit « *l'analyse consistant à voir dans l'indemnité une somme "compensant le préjudice causé par la rupture du contrat"* ».

¹³⁶⁹ Cf. J. MOULY, note préc. : où l'auteur soutient que l'arrêt rapporté « *accrédite pleinement la thèse indemnitaire* » (souligné par nous).

¹³⁷⁰ Cass. 2^e civ., 7 avril 2011, n°10-30.566, *JCP S.* 2011, 1338, note D. ASQUINAZI-BAILLEUX.

¹³⁷¹ Cass.soc., 27 janv. 2021, n° 18-23.535, PB ; *RDT.* 2021, p. 241, note L. BENTO DE CARVALHO ; *Dr.soc.* 2021, p. 516, note B. DELMAS ; *RDC.* Juin 2021, p. 31, note J.-S. BORGHETTI.

¹³⁷² Disponible sur le site de la Cour de cassation, cf. <https://www.courdecassation.fr/getattacheedoc/601427b5d881275fcb35446e/177aa3fc6e9aa2743cb0a70c2e13a429>

¹³⁷³ Cass.soc. 27 janv. 2021, préc.

¹³⁷⁴ En ce sens, v. B. DELMAS, art. préc. ; J.-S. BORGHETTI, art. préc.

¹³⁷⁵ Cass. 2^e civ., 11 oct. 2007, préc.

¹³⁷⁶ Sur la suppression en trompe l'œil de la « *cause* » dans la réforme du droit des obligations de février 2016, v. G. WICKER, « *De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs* », *D.* 2020, p. 1906.

lors, confirmé par l'arrêt rapporté : « l'indemnité de licenciement ne compense pas un préjudice »¹³⁷⁷. La question se pose donc de savoir quel est l'objet de cette compensation. On constate, avec M. B DELMAS, que « la chambre sociale reste évasive sur ce point, y compris dans sa note explicative »¹³⁷⁸. C'est certainement qu'il faut chercher du côté de la propriété.

§ 2 – L'adoption de la logique « propriétaire »

501 - De plus en plus d'auteurs prennent conscience de « l'incapacité du droit des obligations à élucider la nature juridique de l'indemnité légale de licenciement »¹³⁷⁹ et proposent de se tourner vers la propriété. Ils hésitent toutefois sur l'objet de propriété en question (A). Nous soutenons, pour notre part, que l'indemnité de licenciement compense l'atteinte à la propriété des revenus futurs légitimement espérés par le salarié licencié (B).

A. L'objet de propriété en question

502 - Pour certains, l'indemnité de licenciement compenserait la perte de l'« emploi », celui-ci étant envisagé comme un « bien ». Pour d'autres, elle compenserait l'expropriation du salarié de la valeur qu'il aurait contribué à créer au sein de l'entreprise au cours de l'exécution du contrat. La première proposition alimente un mythe (1) ; la seconde relève du parti pris (2).

1. Le mythe de la « propriété de l'emploi »

503 - La thèse de la « propriété de l'emploi » fut, notamment, mise en avant par le doyen Ripert, à la fin des années 1940¹³⁸⁰. « La première chose à faire, écrivait l'auteur, est de donner au travailleur la propriété de l'emploi »¹³⁸¹. « L'ouvrier adhère à l'entreprise, disait-il, comme l'actionnaire à la société. Il acquiert un droit qui ne peut plus lui être enlevé tant qu'il joue son rôle de travailleur et qui doit être compensé par une indemnité s'il est perdu sans sa faute »¹³⁸². Paul Durand reprendra l'idée dans son Traité de droit du travail¹³⁸³. Depuis lors, une partie de la doctrine s'y réfère pour expliquer l'indemnité de licenciement.

« Plutôt que de dégrader de manière excessive les catégories du droit des obligations, note ainsi M. X. LAGARDE, mieux vaut semble-t-il admettre que les indemnités de licenciement compensent et ont pour objet de compenser la perte de l'emploi. Et il n'y a guère que la propriété d'un bien dont la perte justifie à elle seule une indemnisation »¹³⁸⁴. M. D. DELMAS ne dit pas autre chose dans son commentaire de l'arrêt précité du 27 janvier 2021. « En considérant que l'indemnité légale est la contrepartie du droit de l'employeur de résilier le contrat de travail, écrit-il, la chambre sociale entérine l'idée défendue un temps d'une propriété de l'emploi dont le salarié serait titulaire »¹³⁸⁵.

Compenser la perte de l'emploi dont le salarié est rendu propriétaire, tel serait donc, pour ces auteurs, l'objet de l'indemnité de licenciement.

¹³⁷⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, note préc. ; v. égal. P. JOUDAIN, obs. préc.

¹³⁷⁸ B. DELMAS, art. préc.

¹³⁷⁹ *Ibid.*

¹³⁸⁰ G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1^{ère} éd., 1946, p. 296 et s. ; 2^{ème} éd., 1951, p. 302 et s. Sur l'origine de cette notion doctrinale que l'on retrouvait déjà, en réalité, chez Hauriou, en 1910 ; v. B. SILHOL, « La propriété de l'emploi : genèse d'une notion doctrinale », *RDT*, 2012, p. 24.

¹³⁸¹ G. RIPERT, *op. cit.*, 2^{ème} éd., p. 302, cité par B. SILHOL, *op. cit.*, spéc. note 19.

¹³⁸² *Ibid.*, p. 305.

¹³⁸³ P. DURAND et A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. II, Dalloz, 1950, p. 96 et s.

¹³⁸⁴ X. LAGARDE, « Aspects civilistes des relations individuelles du travail », *RTD Civ.* 2002, p. 453, spéc., n^{os} 19.

¹³⁸⁵ B. DELMAS, « La Cour de cassation et la nature des indemnités accordée au salarié licencié », art. préc.

504 - La proposition nous laisse perplexe. Elle nous semble complètement « hors-sol », par trop déconnectée du réel. « *La reconnaissance de la propriété de l'emploi n'est pas neutre, rappelle M. B. SILHOL, on en attend, "les vertus conservatrices de la propriété"* »¹³⁸⁶. Or, le moins que l'on puisse dire, c'est que l'emploi s'illustre, depuis un certain temps déjà, davantage par sa « précarisation » que par sa stabilité.

« *Au regard de la relation individuelle, souligne M. A. CHIREZ, le contrat de travail à durée indéterminée, celui qui permet l'accès à un emploi véritable, ne contient pas pour autant de garantie de stabilité. La preuve en est qu'il faut le secours d'une clause contractuelle pour parvenir à instaurer une telle pérennité* »¹³⁸⁷. Du fait de « *l'absence persistante de droit à la stabilité de l'emploi* », l'auteur doute que l'emploi puisse être qualifié de bien et se demande, en dernière analyse, si « *cette ombre fantomatique du "bien" emploi (...) n'a pas pour vertu essentielle, celle d'atténuer le sentiment irrémédiable de sa perte* »¹³⁸⁸. Nous partageons entièrement cette analyse.

Dans un contexte de flexibilité du travail, la théorie de la « propriété de l'emploi » n'apparaît pas seulement « *quelque peu en décalage avec la réalité* »¹³⁸⁹; elle relève du mythe¹³⁹⁰. Que le « *contrat de travail oppose une certaine résistance (...) à la rupture* »¹³⁹¹, soit, mais cela ne saurait suffire à caractériser une « propriété de l'emploi ». L'emploi est, au mieux, une situation protégée, non un objet de propriété¹³⁹². Le salarié ne jouit d'aucun droit réel sur lui¹³⁹³.

505 - Dès lors, si, comme nous le croyons, l'indemnité de licenciement compense effectivement la perte d'un « bien », il ne saurait, en toute hypothèse, s'agir de l'« emploi », qui ne peut recevoir une telle qualification¹³⁹⁴.

L'idée d'en appeler alternativement à la propriété de la « valeur créée » par le salarié nous semble également devoir être écartée. Elle ne se reflète aucunement dans le régime de cette indemnité.

2. Le parti pris de la propriété de la « valeur créée »

506 - Compte tenu des critiques évoquées ci-dessus, des auteurs s'efforcent d'expliquer autrement l'indemnité de licenciement. Ils sollicitent toujours la propriété, mais se réfèrent à

¹³⁸⁶ B. SILHOL, « La propriété de l'emploi : genèse d'une notion doctrinale », art. préc., spéc. note 30, pour la référence à la formule de Ripert.

¹³⁸⁷ A. CHIREZ, « Propriété de l'emploi, indemnisation et reclassement », *Dr. ouv.* 2005, p. 335, spéc., p. 336.

¹³⁸⁸ *Ibid.*, p. 341.

¹³⁸⁹ Cf. J. MOULY, « À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », note préc., spéc., n° 7 : « *Il est vrai que [la théorie de la propriété de l'emploi] n'a pas connu, par la suite, tout le succès que l'on pouvait espérer et que, dans un contexte de flexibilité du travail, elle peut paraître même quelque peu en décalage avec la réalité* ».

¹³⁹⁰ À comp. B. SILHOL, art. préc. où l'auteur conclut son analyse en ces termes : « *D'un point de vue juridique, la propriété de l'emploi recélait au demeurant un potentiel d'amélioration de la rationalité du droit et surtout de la protection des salariés contre le licenciement (...). Mais son destin juridique – le droit à l'emploi s'est construit sans elle – a sans doute souffert de ses racines conservatrices, voire réactionnaires, et du soupçon de mystification qui l'entourait (...)* ».

¹³⁹¹ F. GAUDU, « Les notions d'emploi en droit », *Dr. soc.* 1996, p. 571, spéc., n° 11.

¹³⁹² En ce sens, A. CHIREZ, « Propriété de l'emploi, indemnisation et reclassement », spéc., p. 337 où l'auteur se demande, en paraphrasant Roubier, si l'emploi ne serait pas « *une "situation" et non un "droit" ?* ».

¹³⁹³ À rapp. P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, coll. Thémis droit, 2019, n° 297, p. 303 : « *Selon certains, le licenciement va jusqu'à dessaisir le salarié de l'emploi dont il serait propriétaire (thèse très discutée en ce qu'elle suppose que le salarié dispose d'un droit réel sur l'emploi !)* »

¹³⁹⁴ Contra, X. LAGARDE, « Aspects civilistes des relations individuelles du travail », art. préc., spéc., n° 17 : « *Que l'emploi soit progressivement évalué au rang de chose appropriable ne fait guère de doute* ».

un nouvel objet. « *La propriété dont il s'agit ici, avance ainsi M. J. MOULY, n'est pas tant celle de l'emploi lui-même que celle correspondant à la part de la valeur de l'entreprise que le salarié a contribué à créer ou à augmenter par son travail. Le salarié serait ainsi indemnisé pour sa part d'accroissement des richesses de l'entreprise dont il se trouve injustement dépouillé lors de son licenciement* »¹³⁹⁵.

L'analyse de M. J. MOULY reprend, pour partie, celle développée par M. Th. REVET, dans sa thèse¹³⁹⁶. « *Le salaire étant la contrepartie de la mise à disposition de la force de travail, écrit cet auteur, il est indépendant du profit procuré par sa mise en œuvre. Or, cette situation est susceptible de créer, au détriment du salarié, un déséquilibre : l'indemnité de licenciement a pour fonction de corriger cette distorsion. (...) Il est, alors, mal venu, poursuit M. Th. REVET, de l'appréhender comme une créance réparative du préjudice consécutif à la perte d'emploi : si réparation il doit y avoir, elle concerne le dommage résultant de la différence entre le prix de la location de la force de travail et la plus-value qu'elle produit* »¹³⁹⁷.

M. J. ICARD a défendu, dernièrement, une conception similaire de l'indemnité de licenciement¹³⁹⁸. « *Que s'agit-il (...) de réparer, se demande l'auteur, si ce n'est pas un préjudice matériel et moral né de la rupture ? En réalité, répond-t-il, l'indemnité vise à réparer la perte de bénéfice économique que le salarié a contribué à faire naître au sein de l'entreprise* »¹³⁹⁹.

507 - Pour être soutenue par une doctrine autorisée, la thèse de la propriété de la valeur créée n'en montre pas moins d'importants signes de faiblesse. Elle achoppe, en particulier, sur le régime juridique de l'indemnité de licenciement¹⁴⁰⁰. Comment expliquer, notamment, que le salarié soit privé de son indemnité en cas de faute grave ou lourde alors qu'il n'en a pas moins contribué, dans ces hypothèses, à enrichir l'entreprise ? Comme le concède M. J. ICARD, « *la privation de l'indemnité de licenciement revient à nier le travail accompli par le salarié pendant la durée du contrat et, corrélativement, la part de richesse créée pour l'entreprise, ce en raison d'un comportement fautif dont il n'est pas avéré qu'il efface la création de richesse* »¹⁴⁰¹. Il y a là, manifestement, une objection de taille, que l'on ne peut contourner en se contentant d'affirmer, ainsi que le fait l'auteur, que la privation de l'indemnité « *revêt, à ce titre, l'apparence d'une peine privée* »¹⁴⁰².

La thèse de la valeur créée se heurte également aux montants de « *très "faible ampleur"* » de l'indemnité légale de licenciement¹⁴⁰³, qui font douter de la plus-value réalisée¹⁴⁰⁴. M. J. ICARD s'en défend. Ce serait, pour lui, le signe que « *le rôle économique*

¹³⁹⁵ J. MOULY, *op. cit.*, spéc., n° 8.

¹³⁹⁶ Th. REVET, *La force de travail. Étude juridique*, préf. F. Zenati, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1992, pp. 279 à 297.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, spéc., p. 285.

¹³⁹⁸ J. ICARD, « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », *JCP S.* 13 nov. 2014, 393.

¹³⁹⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰⁰ En ce sens, v. B. DELMAS, « La Cour de cassation et la nature des indemnités accordée au salarié licencié », art. préc. : soulignant que la thèse de la valeur créée « *n'est pas vraiment étayée par [le régime de l'indemnité de licenciement]* ».

¹⁴⁰¹ J. ICARD, art. préc.

¹⁴⁰² *Ibid.*

¹⁴⁰³ Selon l'expression de E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail 2014*, Dalloz, coll. Hypercours, 8e éd. 2014, n° 550, cité par J. ICARD, art. préc. À noter toutefois que le montant de l'indemnité de licenciement a été légèrement réévalué par l'ordonnance n° 2017-1398 du 25 septembre 2017. Elle était, naguère, jusqu'à dix ans d'ancienneté, de 1/5 de mois de salaire. Elle est aujourd'hui, pour cette même période, de ¼ de mois de salaire par année d'ancienneté.

¹⁴⁰⁴ Cf. B. DELMAS, art. préc. : pour qui « *le décalage entre le montant de l'indemnité, forfaitairement déterminée, et la valeur économique estimable de l'apport du salarié à l'entreprise, n'incite guère à y voir une forme d'indemnisation visant à compenser la plus-value* ».

du salarié dans la réussite de l'entreprise est reconnu dans son principe mais nié, ou à tout le moins, sous-évalué, dans sa mise en œuvre »¹⁴⁰⁵. La justification peine encore à convaincre. Elle nous semble même contreproductive en ce qu'elle souligne, une nouvelle fois, les limites de la thèse avancée.

De deux choses l'une, ou la proposition de la valeur créée est étayée par le régime juridique de l'indemnité de licenciement, auquel cas, elle a toute sa place dans l'analyse ; ou elle ne l'est pas et doit, en conséquence, être écartée. Il n'y a pas d'entre-deux. Le régime de l'indemnité est ce qu'il est, point.

508 - La thèse de la propriété de la valeur créée résulte d'un parti pris, qui ne se reflète aucunement dans les règles applicables à l'indemnité licenciement. Raison pour laquelle elle ne saurait, selon nous, emporter l'adhésion. Une réponse plus adaptée serait de se référer à la *propriété des revenus futurs légitimement espérés par le salarié licencié*.

B. La propriété des revenus futurs légitimement espérés comme réponse

509 - Depuis l'arrêt du 27 janvier 2021¹⁴⁰⁶, qui a abandonné toute référence au préjudice, l'idée que l'indemnité de licenciement puisse compenser la perte d'un bien apparaît particulièrement séduisante. L'identification de ce bien soulève toutefois des difficultés, les auteurs se référant tantôt à l'« emploi », tantôt à la « valeur créée », avec les limites que l'on sait. Dans les deux cas, la propriété avancée nourrit l'imaginaire doctrinal, mais ne reflète pas la réalité de l'indemnité de licenciement.

L'objet de la compensation reste donc encore à trouver.

510 - Que compense, exactement, l'indemnité de licenciement ? Quel est le bien en question ? On se souvient que, pour la Cour EDH., le revenu futur, même s'il ne constitue pas une créance certaine et n'a pas encore été gagné, peut être considéré comme un bien dès lors que le salarié a une espérance légitime de le percevoir¹⁴⁰⁷. Or, il n'est pas exclu, tout laisse à croire même, que le salarié peut avoir, en droit national, indépendamment de la clause de garantie d'emploi dont nous avons déjà souligné les effets¹⁴⁰⁸, une telle espérance. Compte tenu des règles protectrices régissant le contrat de travail à durée indéterminée, cela nous semble même aller de soi.

La protection contre le licenciement¹⁴⁰⁹, le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise¹⁴¹⁰, le régime de la suspension du contrat¹⁴¹¹, les obligations de reclassement et d'adaptation¹⁴¹², la priorité de réembauchage¹⁴¹³, etc., ne sont pas, même si on le présente parfois comme tels, des arguments en faveur d'une utopique « propriété de l'emploi »¹⁴¹⁴. Ce sont, plus certainement, des éléments objectifs, en l'occurrence, des

¹⁴⁰⁵ J. ICARD, art. préc.

¹⁴⁰⁶ Cass.soc., 27 janv. 2021, préc.

¹⁴⁰⁷ V. not. CEDH, G. C., 7 juin 2012, *Centro Europa 7. S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, req., n° 38433/09, spéc., § 172 et 173.

¹⁴⁰⁸ V. *supra*, n°s 478 et s.

¹⁴⁰⁹ C. trav. art. L. 1231-1 et s.

¹⁴¹⁰ C. trav. art. L. 1224-1 et s.

¹⁴¹¹ C. trav. art. L. 1226-7 et s.

¹⁴¹² C. trav. art. L. 1233-4 ; Cass.soc., 25 fév. 1992, n° 89-41.634, *Expovit*, *Bull.civ.* V, n° 122 ; *D.* 1992, p. 390, note M. DÉFOSSEZ et Somm., p. 294, obs. A. LYON-CAEN ; *RTD Civ.* 1992, p. 760, obs. J. MESTRE.

¹⁴¹³ C. trav. art. L. 1233-45.

¹⁴¹⁴ À comp. X. LAGARDE, « Aspects civilistes des relations individuelles du travail », *RTD Civ.* 2002, p. 453, spéc., n°s 18 et s. : où l'auteur se fonde sur la règle du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise et sur la priorité de réembauchage pour défendre la « propriété de l'emploi ».

dispositions législatives, qui nourrissent et légitiment les espérances de revenus futurs du salarié licencié ; une base de confiance suffisante à partir de laquelle celui-ci peut effectivement et légitimement espérer acquérir une valeur patrimoniale¹⁴¹⁵.

Depuis le départ, les auteurs parlent de « propriété de l'emploi », mais c'est, nous semble-t-il, la *propriété des revenus futurs légitimement espérés* qu'ils décrivent.

511 - La *propriété des revenus futurs légitimement espérés* n'est pas seulement plus réaliste que la « propriété de l'emploi ». Elle présente aussi l'avantage d'épouser parfaitement le régime de l'indemnité de licenciement et se révèle, en cela, nettement plus adaptée que la thèse de la propriété de la « valeur créée ». Jugeons plutôt.

Tout d'abord, si le salarié n'a pas droit à son indemnité de licenciement en cas de faute grave, alors qu'il n'en a pas moins contribué à enrichir l'entreprise¹⁴¹⁶, c'est tout simplement que cette faute rend impossible son maintien dans l'entreprise¹⁴¹⁷ et, partant, l'empêche de pouvoir espérer légitimement percevoir des revenus futurs.

Ensuite, si le montant de l'indemnité légale de licenciement est faible¹⁴¹⁸, et sans rapport avec la valeur créée par le salarié au cours de l'exécution du contrat¹⁴¹⁹, cela tient au fait que les espérances de revenus futurs sont, en l'absence de terme ou de garantie d'emploi, minces. Ce n'est pas dire qu'elles n'existent pas et ne sont pas légitimes. C'est plutôt souligner, avec M. A. MARTINON, que « *le contrat de travail à durée indéterminée est constamment menacé par le droit de résiliation unilatérale* »¹⁴²⁰.

Enfin, si le montant de l'indemnité de licenciement augmente avec l'ancienneté du salarié¹⁴²¹, critère qui rend imparfaitement compte de la création de richesse¹⁴²², on peut avancer que c'est parce que « *la stabilité de l'emploi - et avec elle, mathématiquement, les espérances de revenus futurs - croissent avec l'ancienneté* »¹⁴²³.

En bref, on l'aura compris, la *propriété des revenus futurs légitimement espérés* réussit là où les propriétés (doctrinales) de l'« emploi » et de la « valeur créée » ont échoué : elle a une assise en droit positif et se fond complètement dans le régime légal de l'indemnité de licenciement. Ce qui n'est pas négligeable.

512 - Par-delà ses vertus explicatives, notre proposition peut, il est vrai, se heurter à une objection pratique : n'est-ce pas déjà le rôle des allocations chômage que de compenser la perte de revenus du salarié licencié ? En 2008, M. J. MOULY attirait l'attention de la doctrine sur cet aspect de l'indemnité de licenciement. « *L'on ne saurait nier totalement, concédait-il, que cette indemnité a aussi une fonction de revenus de remplacement et que, à ce titre, elle s'apparente donc bien à une rémunération, sinon à un salaire* »¹⁴²⁴. Plus récemment, M. B.

¹⁴¹⁵ Sur cette base de confiance suffisante, envisagée en tant qu'élément constitutif de l'espérance légitime, v. *supra*, n^{os} 428 et s.

¹⁴¹⁶ Sur cette limite, v. J. ICARD, « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », art. préc. : qui y voit le signe d'une peine privée.

¹⁴¹⁷ Selon la définition traditionnelle de la faute grave ; v. not. Cass.soc., 27 sept. 2007, préc.

¹⁴¹⁸ Cf. E. PESKINE et C. WOLMARK, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴¹⁹ Sur cette limite, v. encore J. ICARD, art. préc.

¹⁴²⁰ A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, th. préc. préc., n^o 3 : où l'auteur note, dans son propos liminaire, que « *alors que le contrat à durée indéterminée est constamment menacé par le droit de résiliation unilatérale, le terme garantit la durée du contrat ; de sorte que le contrat à durée déterminée peut se prévaloir d'une forme de stabilité contractuelle* ».

¹⁴²¹ Cf. C. trav. art. R. 1234-2.

¹⁴²² En ce sens, B. DELMAS, « La Cour de cassation et la nature des indemnités accordée au salarié licencié », art. préc. : pour qui « *le rôle du salarié dans la réussite de l'entreprise est imparfaitement saisi par l'ancienneté du salarié, critère exclusif de détermination du montant de l'indemnité* ».

¹⁴²³ F. GAUDU, « Fidélité et rupture », *Dr. soc.* 1991, p. 419, spéc., n^o 9.

¹⁴²⁴ J. MOULY, « À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », note préc., spéc., n^o 4.

DELMAS relevait également que « *l'indemnité de licenciement est absorbée par les allocations de retour à l'emploi (ARE), l'objet de la prestation sociale étant identique à l'indemnité perçue - l'ARE est la socialisation d'un risque déjà pris en charge par l'employeur* »¹⁴²⁵.

Si nous comprenons ces observations, il importe cependant de rappeler que les allocations chômage ne sont versées au salarié licencié qu'après une période d'attente au cours de laquelle celui-ci est obligé de puiser dans ses économies¹⁴²⁶. Ces allocations sont, de surcroît, plafonnées, limitées dans le temps et dégressives. Elles ne compensent donc pas intégralement la perte de revenus. De sorte que l'idée d'un possible double emploi doit être écartée.

Il s'ensuit que la solution de la Cour de cassation autorisant le cumul de l'indemnité légale de licenciement avec les prestations de l'assurance chômage, bien que retenue sous l'ère indemnitaire¹⁴²⁷, nous semble encore parfaitement fondée.

513 - Pour conclure, « *il faut se méfier de l'eau qui dort* », écrivait dernièrement M. A. LYON-CAEN¹⁴²⁸, à propos de l'indemnité de licenciement, qui a été fortement remaniée par l'arrêt du 27 janvier 2021¹⁴²⁹. En partant du constat qu'« *aucune des solutions n'est, finalement, pleinement satisfaisante* »¹⁴³⁰, nous avons voulu mettre en avant une nouvelle conception de cette indemnité, résolument tournée vers la protection de la confiance et de la propriété, qui domine notre siècle, pour reprendre l'expression de Ripert¹⁴³¹.

L'idée serait que l'indemnité de licenciement ne compenserait plus un « préjudice subi » ou un « travail fourni », mais la *perte des revenus futurs légitimement espérés par le salarié licencié*. Elle pourrait, à ce titre, non seulement, se cumuler avec les allocations chômage, mais aussi, avec les autres indemnités susceptibles d'être versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail. On songe, notamment, à l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, qui répare la perte de l'emploi¹⁴³², mais aussi à l'indemnité pour violation de la garantie d'emploi, qui compense la perte des revenus futurs légitimement espérés jusqu'au terme de la période de garantie¹⁴³³, et non au-delà¹⁴³⁴.

514 – Ainsi redéfinie, l'indemnité de licenciement nous semble moins mystérieuse, et son régime juridique, plus accessible. Il y a là de quoi, peut-être, relancer, à la lumière de la notion d'espérance légitime et de la confiance qu'elle présuppose, le sempiternel débat sur sa véritable nature juridique, qui ne s'est jamais vraiment apaisé...

¹⁴²⁵ B. DELMAS, art. préc.

¹⁴²⁶ Pour une critique de ce report de la prise en charge de 7 jours, institué par l'article 22 du règlement annexé à la Convention d'assurance chômage du 14 avril 2017, v. A. BOUILLOUX, « Les interactions entre l'indemnisation de la privation d'emploi et la détermination des préjudices consécutifs à la rupture du contrat de travail », *Dr. soc.* 2017, p. 904.

¹⁴²⁷ Cass.soc., 6 mai 1982, n° 81-11.810, *Bull. civ.* V, n° 290 : jugeant que « *les indemnités de licenciement, qui ne sont pas des salaires, ne constituent pas des revenus (...), et qu'aucun texte légal ou réglementaire n'interdit, quel que soit leur montant, leur cumul avec les allocations dues en cas de perte d'emploi* ».

¹⁴²⁸ A. LYON-CAEN, « Préjudice », *RDT.* 2021, p. 145.

¹⁴²⁹ Cass.soc., 27 janv. 2021, préc.

¹⁴³⁰ Constat dressé par C. WOLMARK, « Réparer la perte d'emploi. À propos des indemnités de licenciement », *Dr. ouv.* 2015, p. 450, spéc., p. 453.

¹⁴³¹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1955, n° 83, p. 208 : « *Ce siècle est dominé par l'idée de propriété. S'il est traversé de tant de revendications, c'est que les non-possédants aspirent à devenir des possédants. Tous les droits privatifs prennent la dénomination et la forme juridique du droit de propriété* ».

¹⁴³² Cass.soc., 27 janv. 2021, préc.

¹⁴³³ V. *supra*, n°s 478 et s.

¹⁴³⁴ Ce qui serait un moyen de répondre à M. C. WOLMARK dont la proposition, qui consiste à voir dans l'indemnité de licenciement la sanction du non-respect d'une promesse implicite de stabilité, « *se heurte à la règle du cumul de l'indemnité de licenciement et des sommes dues en exécution de la clause de garantie d'emploi* » ; cf. C. WOLMARK, *op. cit.*, *loc.cit.*

Conclusion du Chapitre II :

515 - Si la propriété des revenus futurs légitimement espérés a été, ici, uniquement envisagée dans le cadre du licenciement, il est bien entendu que son domaine est beaucoup plus vaste et qu'elle pourrait expliquer, voire même faire évoluer, certaines solutions contestables du droit positif.

Au lieu de juger, par exemple, que l'employeur reste débiteur du paiement de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, même dans l'hypothèse où l'entreprise a cessé son activité¹⁴³⁵, ne serait-il pas plus cohérent de retenir que le salarié avait, en vertu de cette clause, une espérance légitime de percevoir des revenus futurs et qu'il doit, à ce titre, être indemnisé de la perte de ceux-ci ? Faute d'entreprise à concurrencer, l'obligation de payer la contrepartie financière perd sa contrepartie ; elle devient caduque, quand la propriété des revenus futurs légitimement espérés, elle, se maintient¹⁴³⁶...

Conclusion du Titre I :

516 – La notion conventionnelle d'espérance légitime, qui suppose une créance imparfaite assise sur une base de confiance suffisante (loi, contrat, déclarations, etc.), n'est pas une « *substance explosive* »¹⁴³⁷, comme on pouvait le pressentir. Elle renferme un véritable potentiel explicatif. Le tout est de savoir si on veut bien lui faire une place en droit privé, et plus particulièrement, dans la relation de travail.

Nous nous sommes, pour notre part, efforcés de révéler sa vitalité et ses virtualités entre employeur et salarié, à travers les espérances légitimes de revenus illusoires et de revenus futurs ; deux « biens » actuels qui sont en quête de devenir...

517 – L'exploitation de la notion d'espérance légitime dans la relation de travail nous a permis de mettre en lumière la fonction patrimoniale de la confiance suscitée. Nous voudrions maintenant poursuivre l'analyse et envisager, dans ce même cadre, la valeur patrimoniale de la confiance accordée. En changeant d'objet, la confiance change aussi de statut : de critère d'identification du bien, elle devient le bien lui-même...

¹⁴³⁵ Cass.soc., 21 janv. 2015, n° 13-26.374, *Bull.civ.* V, n° 2 ; *Dr.soc.* 2015, p. 374, obs. J. MOULY ; *RDT.* 2015, p. 181, note L. BENTO de CARVALHO ; *CCC.* Avril 2015, comm. 87, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

¹⁴³⁶ À. comp. F. GIRARD de BARROS, « Du dévoiement juridique de l'espérance légitime », *LexBase*, La lettre juridique n° 6000, du 5 fév. 2015 : pour qui la notion d'espérance légitime officie déjà derrière la solution.

¹⁴³⁷ Nous reprenons ici l'expression de M. J.-P. MARGUÉNAUD, dans sa préface de la thèse de M. W. JEAN-BAPTISTE ; cf. *L'espérance légitime*, Fondation de Varenne, 2011.

Titre 2 : La valeur patrimoniale de la confiance accordée

518 - La confiance que l'on accorde à ses semblables ne fait pas partie de ces sentiments qui, pour le Doyen Cornu, naissent dans l'obscurité et « *fuiant la lumière trop vive des catégories juridiques* »¹⁴³⁸. Parce qu'elle constitue, pour un courant économique émergeant, une source importante de richesses¹⁴³⁹, cette confiance devrait, par-delà son aspect sentimental indéniable, pouvoir se fondre dans la qualification juridique de « bien ». La proposition peut faire sourire au premier abord, elle n'a pourtant rien d'une plaisanterie. René Savatier, lui-même, ne répétait-il pas que « *le "bien" des juristes doit rejoindre, aussi exactement que possible, la "richesse" des "économistes"* »¹⁴⁴⁰ ? Jossierand ne pensait pas différemment : « *le juridique, insistait-il, est fonction de l'économique* »¹⁴⁴¹.

Dans le prolongement de ces enseignements, il nous apparaît que la confiance constitue, en elle-même, une valeur patrimoniale, un bien « en soi », indépendamment des atteintes qui sont susceptibles d'y être portées et de la créance en dommages-intérêts qui peut, éventuellement, en résulter¹⁴⁴².

On se souvient de la vieille formule utilisée autrefois par les juges pour faire obstacle aux cessions de clientèles civiles « *La confiance, disaient ces derniers, ne peut se donner et n'est pas dans le commerce* »¹⁴⁴³. Les choses ont visiblement évolué¹⁴⁴⁴, au point qu'il est permis, dans une certaine mesure, de renverser la formule : « la confiance peut se céder et est dans le commerce » ...

519 – Dans une avancée parallèle des idées, nous constaterons, dans un premier temps, que la confiance de l'employeur en la personne du salarié a, elle aussi, tendance à se réifier (Chapitre 1). Cela fait, nous montrerons, dans un second temps, que cette confiance, une fois « chosifiée », peut logiquement être détournée par celui-là même qui en a été investi (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La réification de la confiance en la personne du salarié

520 - Le champ de l'extra-patrimonialité se réduit aujourd'hui considérablement. « *La notion de sacré, écrivent MM. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, est en recul, et même en voie de quasi disparition, au bénéfice des réalités économiques. Dans une époque aussi marchande,*

¹⁴³⁸ G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 71, spéc., p. 72.

¹⁴³⁹ V. *infra*, n^{os} 524 et s.

¹⁴⁴⁰ R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD Civ.* 1958, p. 331, spéc., n^o 30, p. 346 ; v. égal. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé, Troisième série, Approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, Paris 1959, spéc., n^o 497, p. 171.

¹⁴⁴¹ L. JOSSERAND, *Cours de droit positif français*, t. 1, Recueil Sirey, 3^e éd., 1938, n^o 1317, p. 733.

¹⁴⁴² A noter que pour le Professeur CATALA, « *les créances patrimoniales nées de l'atteinte apportée à un attribut extrapatrimonial de la personne (...) constituent, parfois, une étape qui mène à la patrimonialité du droit protégé* » ; cf. P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1964, p. 202, spéc., n^o 28, p. 503 ; à comp. Ph. SIMLER, « Propos conclusifs », in *Les « nouveaux » biens. Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes ?*, L. LEVENEUR (dir.), Dalloz, 2020, p. 125, spéc., p. 128 : « *Qu'un éventuel droit à indemnisation en cas d'atteinte au droit permette de qualifier celui-ci de bien paraît très difficile à admettre. À ce compte, tout le droit de la responsabilité, dans ses innombrables facettes, relèverait du droit des biens* ».

¹⁴⁴³ Trib. civ. Seine, 25 fév. 1846, *D.* 1846, III, 62, *S.* 1846, II, 142, réformé par Paris, 29 déc. 1847, *S.* 1848, II, 64.

¹⁴⁴⁴ Sur l'évolution de la jurisprudence sur les cessions de clientèles civiles ; v. *infra*, n^o 536.

aspirant à la liberté des échanges, la “chose hors commerce” devient une notion relative »¹⁴⁴⁵. Des valeurs personnelles que l'on pensait non monnayables car inséparables de l'être, font désormais l'objet d'une certaine commercialité¹⁴⁴⁶. « *Les sentiments humains*, note ainsi M. F. ZENATI, (...) *deviennent des biens* »¹⁴⁴⁷. Ils pénètrent la sphère de l'avoir...

521 - La confiance que l'employeur place en la personne du salarié conforte ce constat. Si nous insistons, ici, sur la confiance accordée par l'employeur, et non sur celle éprouvée par le salarié, c'est que cette dernière, même si elle peut engendrer des profits importants pour l'entreprise¹⁴⁴⁸, nous semble moins bien se prêter à une analyse patrimoniale. Le salarié n'a, en effet, rien à céder, sa trajectoire principale ne se situe pas dans le commerce. La confiance qu'il voue à essentiellement pour fonction de limiter le pouvoir patronal¹⁴⁴⁹.

La confiance de l'employeur peut, quant à elle, s'analyser comme un « bien ». Non seulement, elle représente une valeur économique (Section 1), mais peut aussi, sous certaines réserves, circuler (Section 2).

Section 1 : La valeur économique de la confiance accordée au salarié

522 - Si la notion de « bien » demeure difficile, voire impossible à définir¹⁴⁵⁰, la doctrine semble s'accorder, pour une large part, sur son critère principal : la valeur économique, qui permet de saisir autant le monde physique que les richesses incorporelles¹⁴⁵¹. « *La caractéristique essentielle du bien*, écrit ainsi A. PIEDELIÈVRE, *est sa valeur patrimoniale* »¹⁴⁵². L'auteur poursuit et enfonce le clou : « *La notion de valeur est donc essentielle, toute valeur doit être considérée comme un bien* »¹⁴⁵³. « *Le terme bien*, souligne également M. W. DROSS, *entretient des liens très étroits, sinon consubstantiels, avec l'idée de valeur (...). De l'avis de nombreux auteurs, doit être qualifié de bien tout ce qui a une valeur économique* »¹⁴⁵⁴. MM. J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX et L. TRANCHANT ne disent pas autre chose lorsqu'ils affirment que « *l'utilité économique tend à être présentée comme le caractère essentiel du bien* »¹⁴⁵⁵.

Il n'est pas besoin de multiplier les citations pour comprendre que la valeur économique s'avère déterminante, et même suffisante, aux yeux de certains, pour qualifier le « bien ».

¹⁴⁴⁵ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, 2015, 6^e éd, n° 165, p. 171.

¹⁴⁴⁶ En ce sens, v. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, Th. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281, spéc., p. 302.

¹⁴⁴⁷ F. ZENATI « L'immatériel et les choses », *APD*. 2000, t. 44, p. 79, spéc. p. 80.

¹⁴⁴⁸ Des chiffres sont avancés, difficilement vérifiables, selon lesquels un niveau de confiance élevé des salariés envers leurs supérieurs hiérarchiques permettrait de générer jusqu'à 28 millions de dollars par an pour une entreprise de 10000 salariés (enquête DDI, 2003, cité par V. NEVEU, *La confiance organisationnelle : une approche en terme de contrat psychologique*, th. Paris I, 2004, p. 1.

¹⁴⁴⁹ Sur ce point, v. *supra*, n°s 128 et s.

¹⁴⁵⁰ Ch. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », *APD*. 1979, t. 54, p. 259, spéc., p. 267. Pour l'auteur, le concept de « bien » serait un « terme primitif », impossible à définir comme le « point » ou la « droite » en géométrie.

¹⁴⁵¹ La prise en compte de ces richesses entraîne une modification de la composition du patrimoine ; cf. P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », art. préc.

¹⁴⁵² A. PIEDELIÈVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Mélanges M. de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 55, spéc. p. 56.

¹⁴⁵³ *Ibid.*, p. 60.

¹⁴⁵⁴ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 1.

¹⁴⁵⁵ J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX et L. TRANCHANT, *Traité de droit civil - Les biens*, LGDJ, 3^e éd., 2019, n° 1, p. 8.

523 - « *Les biens véritables* » professait Josserand, sont « *les valeurs économiques* »¹⁴⁵⁶. Il s'ensuit, pour M. F. ZENATI, que « *tout ce qui est susceptible de conférer un avantage dans la compétition économique (...) apparaît objectivement comme un bien* »¹⁴⁵⁷. Or, la confiance que l'on accorde, et plus particulièrement celle que l'employeur place en la personne du salarié, relève de cet ordre-là. Elle est naturellement porteuse de valeur économique (Sous-section 1) ; une valeur certes difficilement évaluable, mais qui n'en permet pas moins la réification du sentiment qui la sous-tend (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Une valeur économique certaine

524 - Il existe une abondante littérature sur la contribution de la confiance au développement économique¹⁴⁵⁸. On sait, depuis les pénétrants travaux de Kenneth Arrow, prix Nobel d'économie, que « *l'une des caractéristiques de la réussite d'un système économique tient aux relations de confiance entre le supérieur et son subordonné ; elles doivent être assez fortes pour que ce dernier ne triche pas, même si un tel comportement est "économiquement rationnel"* »¹⁴⁵⁹.

Dans son célèbre ouvrage intitulé *La société de confiance*¹⁴⁶⁰, Alain Peyrefitte reprend, au même moment que Fukuyama aux États-Unis¹⁴⁶¹, les réflexions de Arrow et explique, à son tour, les réussites économiques par la confiance en autrui ; ce qu'il appelle le « *tiers facteur immatériel* ». « *Il importe, dit-il, de retrouver, derrière le développement, l'ethos caché, le "tiers facteur immatériel" dont la présence ou l'absence, ou plus justement le degré d'activité, valorise ou inhibe les deux facteurs matériels du capital et du travail. Ce n'est pas seulement pour comprendre le phénomène du développement qu'il faut mettre en évidence l'ethos de confiance : c'est aussi, c'est surtout, conclut-il, pour le faire durer et l'étendre* »¹⁴⁶².

525 - En plaçant ainsi la confiance interpersonnelle au cœur de la création de richesses, que ce soit au niveau macro ou micro, à l'échelle des nations comme à celle des entreprises¹⁴⁶³, l'Économie serait-elle, comme on l'affirme parfois, en avance sur le Droit¹⁴⁶⁴ ? Ce serait une erreur de le croire : les juristes n'ignorent pas la dimension patrimoniale de la confiance, bien au contraire. « *Il existe un aspect économique évident de la confiance même personnelle* »,

¹⁴⁵⁶ L. JOSSERAND, *op.cit.*, *loc.cit.*, v. plus réc. M. MIGNOT, « La notion de bien, contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ*, 2006, p. 1805, spéc., n° 21 : soulignant que « *notre époque serait celle du passage de la valeur économique comme critère du bien, vers la valeur économique comme essence du bien* ».

¹⁴⁵⁷ F. ZENATI « L'immatériel et les choses », art. préc., spéc., p. 81.

¹⁴⁵⁸ Cf. E. LORENZ, « Que savons-nous à propos de la confiance ? Un tour d'horizon des contributions récentes », in *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, V. Mangematin et Ch. Thuderoz (dir.), CNRS, 2004, p. 109 à 118.

¹⁴⁵⁹ K. ARROW, « The Economics of Moral Hazard : Further Comment », *American Economic Review*, n° 58, p. 537 (cité par B. REYNAUD, « Les conditions de la confiance. Réflexions à partir du rapport salarial », *Revue économique*, 1998, pp. 1455) ; sur l'analyse de K. ARROW, v. surtout, *The Limits of Organization*, New York et Londres W.W Norton Company, 1974 ; trad. française, *Les limites de l'Organisation*, Paris PUF, 1976.

¹⁴⁶⁰ A. PEYREFITTE, *La société de confiance. Essai sur les origines et la nature du développement*, Odile Jacob, Paris, 1995.

¹⁴⁶¹ F. FUKUYAMA, *La confiance et la puissance : vertus sociales et prospérité économique* (1995), trad. P.-E. Dauzat, Plon, 1997.

¹⁴⁶² A. PEYREFITTE, *op. cit.*, spéc., p. 409.

¹⁴⁶³ Sur les limites de l'analyse macroéconomique de la confiance, v. toutefois, É. LAURENT, « Le rôle de la confiance dans l'économie : du micro au macro, du court terme au long terme », *Économie et management*, juin 2012, p. 5 (article tiré de É. LAURENT, *Économie de la confiance*, La Découverte, 2012)

¹⁴⁶⁴ M. MIGNOT, « La notion de bien, contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », art. préc., spéc., n° 5 : où l'auteur relève que « *le droit économique consacre de multiples prérogatives qui sont considérées comme des richesses par l'économie, mais que la théorie des biens ne prend pas en compte. De ce point de vue, l'économie est en avance sur le droit* ».

énonce M. A. CHIREZ¹⁴⁶⁵, au sujet des clientèles civiles¹⁴⁶⁶. M. Ph. STOFFEL-MUNCK pousse la démarche encore plus loin et va jusqu'à consacrer une entrée directe à la « valeur économique » de la confiance dans l'index de sa thèse. Il cite, à ce propos, M. J.-G. BELLEY. « Comme l'a excellemment écrit un sociologue, note-il, "du moment qu'elle est acquise, la confiance devient un capital symbolique de grande valeur, elle accroît la capacité de prévoir le comportement de l'autre ; elle réduit les coûts de transactions liés à l'incertitude et à la méfiance ; elle dispense des formalités usuelles qu'alourdissent le rythme des échanges" »¹⁴⁶⁷. M. P. JUNG tient à peu près le même discours dans son étude juridique¹⁴⁶⁸. « La confiance, constate-t-il, réduit (...) les coûts de transactions et rend gérables des situations complexes et risquées. On gagne du temps en se fiant à une décision prise et en ne remettant pas en cause tous les paramètres qui ont abouti à cette décision »¹⁴⁶⁹. La confiance fait, en résumé, gagner du temps et de l'argent.

À suivre Mme M. CHAGNY, il se pourrait même que l'aspect rémunérateur de la confiance prime désormais sa dimension sentimentale. « Au-delà d'effluves moraux indéniables, la confiance a aussi- et peut-être, surtout - une valeur économique »¹⁴⁷⁰, estime effectivement l'intéressée.

Nous partageons l'ensemble de ces observations.

526 - La confiance accordée est, à l'instar de ce que M. Th. REVET a pu dire de la force de travail, une « valeur en tant que source de valeur »¹⁴⁷¹. Elle engendre des gains, explique les « miracles économiques ». Entre employeur et salarié, la confiance est ainsi présentée comme une « explication à la supériorité, en termes de performances, des entreprises familiales par rapport aux autres types d'entreprises »¹⁴⁷² ; les membres d'une même famille sont en effet naturellement plus enclins à se faire confiance que des individus venant à peine de se rencontrer¹⁴⁷³. C'est le fameux « esprit maison » dont parlent MM. J. ALLOUCHE et B. AMANN¹⁴⁷⁴ ; « une confiance élargie par le paternalisme »¹⁴⁷⁵.

Par-delà le cadre limité des entreprises familiales, la confiance est également invoquée au soutien de l'« hypercroissance » des petites et moyennes entreprises ayant plus de 10 ans

¹⁴⁶⁵ A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. préc., spéc., n° 351, p. 467.

¹⁴⁶⁶ Sur les clientèles civiles, v. *infra*, n°s 536 et s.

¹⁴⁶⁷ J.-G. BELLEY, « Vous qui êtes un client juste et honnête... », in *La justice, l'obligation impossible*, sous la dir. de M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, éd. Autrement, série Morales, 1994, p. 112, spéc., p. 121 ; cité par Ph. STOFFEL-MUNCK, th. préc., n° 264, p. 229.

¹⁴⁶⁸ P. JUNG, « La protection de la confiance en droit allemand des contrats », in *La confiance, 11e journées bilatérales franco-allemandes*, Paris, 22 et 23 novembre 2012, sous la dir. de B. Fauvarque-Cosson et P. Jung, Société de législation comparée, 2013, p. 31.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, pp. 31-32.

¹⁴⁷⁰ M. CHAGNY, « La confiance dans les relations d'affaires », in *La Confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, pp. 35-36 (souligné par nous).

¹⁴⁷¹ Th. REVET, *La force de travail*, préf. F. Zenati, Litec, 1992, n° 337, p. 374 : « [La force de travail] est un capital dynamique. Elle n'est pas un "bien" réalisable, mais un "bien" exploitable : elle est une valeur en tant que source de valeur ».

¹⁴⁷² J. ALLOUCHE et B. AMANN, « La confiance : Une explication des performances des entreprises familiales », *Économie et Société, série S.G.*, 1998, n° 8/9, pp.129-154 ; des mêmes auteurs, « Entreprise familiale : un État de l'art », *Finance Contrôle Stratégie*, vol. 3, n° 1, mars 2000, pp. 33 – 79 ; Ch. BUGHIN et O. COLOT, « La performance des PME familiales belges. Une étude empirique », *Revue française de gestion*, 2008/6, pp. 1-17.

¹⁴⁷³ À rapp., Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, spéc., n° 248 et s., qui fonde la légitimité de la confiance sur la diminution du degré d'altérité entre les parties. Ainsi, plus je connais l'autre, moins il devient autre et plus j'ai de raisons de lui faire confiance.

¹⁴⁷⁴ J. ALLOUCHE et B. AMANN, « Entreprise familiale : un État de l'art », art. préc., spéc., p. 70.

¹⁴⁷⁵ J. ALLOUCHE et B. AMANN, « La confiance : Une explication des performances des entreprises familiales », art. préc., p. 12.

d'existence¹⁴⁷⁶. La confiance du dirigeant, a-t-il été observé, lui permet « *de faire des économies de certaines tâches managériales (moins de contrôle) et d'en déléguer d'autres aux meilleurs (gestion, finance, etc.)* »¹⁴⁷⁷. Elle entraîne une baisse des coûts d'agence et un redéploiement des ressources initialement consacrées à la vérification du comportement de salariés vers des tâches plus entrepreneuriales¹⁴⁷⁸. « *A contrario, disent les spécialistes, un manque de confiance (...) amènerait les organisations à consacrer beaucoup de ressources et de temps aux activités de vérifications et de contrôle au détriment d'une activité réelle de production et de saisie des opportunités nouvelles* »¹⁴⁷⁹.

La confiance libère ainsi le dirigeant et génère, en retour, chez le salarié qui en est investi, « *un sentiment d'obligation d'agir pour le bien de l'organisation (norme de réciprocité)* »¹⁴⁸⁰. Elle pousse à l'action, devient une « *réalité frugifère* »¹⁴⁸¹, quand « *la défiance agit (...) comme une véritable taxe sociale sur l'activité économique* »¹⁴⁸².

527 – Il reste que si les gains engendrés par la confiance de l'employeur sont réels, la valeur économique exacte de celle-ci demeure difficile à évaluer. C'est signe que la confiance n'est pas un bien comme un autre.

Sous-section 2 : Une valeur économique singulière

528 - Dans *La Comédie humaine* de Balzac, la confiance peut s'acheter avec de l'or¹⁴⁸³. Dans la vraie vie, en revanche, on a pour habitude de dire que ce sentiment n'a pas prix. Il y aurait là, possiblement, un obstacle à la patrimonialité de la confiance, car, enseigne-t-on, « *le critère de la patrimonialité [n'est] autre que l'évaluation en argent* »¹⁴⁸⁴. Si l'observation renferme une part de vérité, en ce sens que les éléments du patrimoine doivent pouvoir, à un moment donné, se monnayer, elle doit néanmoins être relativisée. « *La patrimonialité, écrit Catala, n'est pas une notion simple et constante, (...) elle comporte des nuances (...) se forme par étapes, à telle enseigne qu'une réflexion sur ces degrés doit trouver place* »¹⁴⁸⁵.

Il s'ensuit, si l'on veut être exact, que l'évaluation en argent ne constitue pas le critère de la patrimonialité, mais plutôt celui de la *pleine* patrimonialité¹⁴⁸⁶. Lorsque le bien est susceptible, à tout instant, d'une évaluation indiscutable, on peut dire qu'il est pleinement patrimonial¹⁴⁸⁷. Dans le cas contraire, lorsque l'évaluation ne peut se faire sans réserve, la

¹⁴⁷⁶ C. CHAMPAGNE de MABRIOLE, I. PRIM-ALLIAZ, M. SEVILLE et I. BELLATO, « La confiance, levier de l'engagement dans les PME à forte croissance », *Revue française de gestion, FG* 2012/5, p. 65.

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, pp. 78-79.

¹⁴⁷⁸ *Ibid. loc. cit.*

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 69.

¹⁴⁸⁰ E. CAMPOY et V. NEVEU, « Confiance et performance au travail. L'influence de la confiance sur l'implication et la citoyenneté du salarié », *Revue française de gestion*, 2007/6, p. 139.

¹⁴⁸¹ Expression empruntée à Th. REVET, cf. th. préc., *op. cit., loc. cit.*

¹⁴⁸² Y. ALGAN, « Pour relancer la croissance, apprenons à nous faire confiance », in *Regards croisés sur l'économie*, 2011/2, pp. 9 à 24, spéc., n° 3.

¹⁴⁸³ Cf. *La Peau de chagrin*, coll. Folio, p. 197 (Fœdora à Raphaël) : « *Avec de l'or, nous pouvons créer autour de nous les sentiments qui sont nécessaires à notre bien-être* ».

¹⁴⁸⁴ Th. REVET, « L'argent et la personne », *APD* 1998, t. 42, p. 43, spéc., n° 1, p. 44.

¹⁴⁸⁵ P. CATALA, « Les transformations de patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966, p. 185, spéc., n° 19, p. 200.

¹⁴⁸⁶ Sur les degrés de la patrimonialité, v. P. CATALA, art. préc., spéc., n° 25 ;

¹⁴⁸⁷ En ce sens, v. P. CATALA, *op. cit., loc. cit.* : « *[La patrimonialité] atteint sa plénitude lorsque les biens sont, à tout instant, susceptibles d'une évaluation indiscutable (...)* ».

« qualification de bien est atténuée, mais demeure dans son principe »¹⁴⁸⁸. Il y a, disons, entre les deux situations, une différence de degrés, non de nature. « Si tous les biens, souligne M. A. SÉRIAUX, dont une personne est titulaire font partie de son patrimoine, il existe cependant des degrés de patrimonialité ; certains constituent, davantage que d'autres, l'avoir légitime d'une personne »¹⁴⁸⁹. On ne saurait mieux résumer la chose.

529 - Cela pour dire que la difficulté – réelle en pratique - de chiffrer précisément la valeur économique de la confiance accordée par l'employeur n'empêche pas de pouvoir voir en celle-ci un véritable « bien ». Le parallèle peut être fait avec la force de travail du salarié, dont « l'évaluation est pour le moins délicate »¹⁴⁹⁰, mais qui n'en reste pas moins, comme l'a montré M. Th. REVET, un objet de « quasi-propriété »¹⁴⁹¹.

La confiance du dirigeant est de la même veine. Elle engendre des profits dans des proportions certes indéterminées, mais sa valeur économique est certaine¹⁴⁹²; et c'est bien là l'essentiel¹⁴⁹³.

530 - On sait, par ailleurs, que certaines ressources immatérielles de l'entreprise échappent, aujourd'hui encore, aux outils comptables. C'est le cas, en particulier, du *Goodwill*, notion mystérieuse mais qui peut se définir comme « l'écart entre le prix payé pour l'acquisition d'une entreprise, et la valeur totale réévaluée des actifs identifiés »¹⁴⁹⁴. Il s'agit, concrètement, d'un « surplus payé correspondant à une valeur économique non identifiable »¹⁴⁹⁵, mais dont l'origine pourrait être recherchée dans le « climat social » de l'entreprise¹⁴⁹⁶ ou « l'habileté de son organisme de direction et de gestion »¹⁴⁹⁷.

S'il ne nous appartient évidemment pas de nous prononcer sur les composantes du *Goodwill*, on peut cependant noter que la confiance du dirigeant pourrait y avoir un rôle à jouer. Cette dernière participe, en effet, à l'apaisement du climat social de l'entreprise et constitue, dans le même temps, une technique managériale bien rodée des directions¹⁴⁹⁸, de nature à générer des ressources immatérielles...comme le *Goodwill*...

531 - En toute hypothèse, si l'évaluation pécuniaire de la confiance s'avère difficile à réaliser, elle n'est toutefois pas impossible. « On éprouve toujours une certaine gêne, écrit en ce sens M. J. AUDIER, lorsqu'un lien de confiance personnelle est mêlé à une appréciation monétaire. C'est ce qui se produit pourtant, nous dit l'auteur, dans les cabinets civils et le fait, s'il peut susciter quelque appréhension, ne peut être passé sous silence »¹⁴⁹⁹. La confiance

¹⁴⁸⁸ Cf. M. MIGNOT, « La notion de bien, contribution à l'étude du rapport entre droit et économique » *RRJ* 2006, p. 1805 et s. spéc. n° 14 : « Toute prérogative est plus ou moins un bien selon ses caractéristiques. Une prérogative est pleinement un bien si elle est complètement dans le commerce juridique. Dans le cas contraire, sa qualification de bien est atténuée mais elle demeure dans son principe ».

¹⁴⁸⁹ A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801, spéc., n°5.

¹⁴⁹⁰ Th. REVET, *La force de travail*, th. préc., n° 337, p. 374.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*, n° 350.

¹⁴⁹² V. *supra*, n°s 254 et s.

¹⁴⁹³ Cf. M. MIGNOT, « La notion de bien, contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », spéc., n° 4 : « Pour les économistes, comme pour les juristes, le bien est la chose (...) ayant une valeur économique ».

¹⁴⁹⁴ M. NUSSENBAUM, « Juste valeurs et actifs incorporels », *Revue d'Économie Financière*, 2003, p. 76.

¹⁴⁹⁵ J. GASBAOUI, *Normes comptables et droit privé. Analyse juridique des documents comptables*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2014, spéc., n° 314.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*

¹⁴⁹⁷ Cf. *Cession de parts et actions*, éd. Francis Lefebvre, p. 384, n° 35610 (cité par J. GASBAOUI, th. préc., spéc., note 707).

¹⁴⁹⁸ V. not., F. LANCHOT, « Management par la confiance : spécificité, fondements et défis », in *L'état du management 2018*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2018, pp. 65-74.

¹⁴⁹⁹ J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, thèse Aix-en-Provence, 1975 p. 61, n° 29.

interpersonnelle peut ainsi, en certaines circonstances, se prêter à une évaluation en argent. Elle est alors pleinement patrimoniale et « vaut ce que vaut le marché qui s'offre à elle »¹⁵⁰⁰. Dans les autres cas, lorsque sa valeur n'est pas précisément quantifiable, sa patrimonialité diminue, mais sa qualité de « bien » demeure¹⁵⁰¹. La remarque vaut, avec plus d'évidence encore, si la confiance en question se trouve dotée d'une certaine aptitude à circuler. Second critère du bien, s'il en est.

Section 2 : L'aptitude à circuler de la confiance accordée au salarié

532 - Pour certains auteurs, le véritable critère de la patrimonialité résiderait, non dans la possibilité de donner un prix à telle ou telle chose, mais dans « l'accessibilité à l'échange »¹⁵⁰² ; « le *nec plus ultra* de la patrimonialité », estime M. A. SÉRIAUX¹⁵⁰³. « Une chose ne devient (...) un bien, fait valoir M. R. LIBCHABER, *que lorsqu'elle est l'objet d'une circulation licite entre les individus* »¹⁵⁰⁴. Le bien, lit-on encore, doit pourvoir « être l'objet d'une échange »¹⁵⁰⁵. Il suppose « une vie à plusieurs »¹⁵⁰⁶. Soit...

533 – N'y aurait-il pas là un nouvel obstacle à la réification de la confiance ? Si la confiance satisfait, comme nous l'avons vu, au critère de la valeur économique, son aptitude à circuler semble pour le moins compromise : ce sentiment n'est-il pas, comme tous les sentiments, retenue dans l'esprit, *in mente retentum*, et partant insusceptible d'échanges¹⁵⁰⁷ ? Au risque de surprendre, c'est une réponse négative que nous préconisons...

534 – Il faut y voir la marque de notre économie capitaliste : dès lors qu'ils sont porteurs de valeurs économiques, les sentiments humains sortent du for intérieur et peuvent se monnayer. « [ils] deviennent des biens, souligne M. F. ZENATI, *pour pouvoir, comme les autres biens, mais avec forcément une moindre mobilité, circuler* »¹⁵⁰⁸. Une capacité réduite des sentiments à l'échange qui, sur le modèle des « biens nouveaux » dont parle M. Th. REVET¹⁵⁰⁹, « se manifeste par l'impossibilité de leur cession isolée : leur circulation ne peut intervenir qu'à l'occasion du transfert d'un autre bien, dont le bien nouveau - ici le sentiment

¹⁵⁰⁰ À comp. P. CATALA, « Les transformations de patrimoine dans le droit civil moderne », art. préc., spéc., n° 23, p. 203 : « Le bien vaut ce que vaut le marché qui s'ouvre à lui ; sa valeur repose toute entière sur l'exploitation qui en est faite ou qui le sera ».

¹⁵⁰¹ Cf. M. MIGNOT, « La notion de bien, contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », art. préc., spéc., n° 14 : « Une prérogative demeure un bien même si elle est amputée de certaines caractéristiques du bien ».

¹⁵⁰² V. not. A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801, spéc., n° 2 : « Le véritable critère de la patrimonialité ne réside (...) pas, à proprement parler, dans le fait que tel ou tel bien est susceptible d'une estimation pécuniaire, mais plus radicalement dans l'accessibilité à l'échange. Les biens qui ne peuvent pas être échangés contre d'autres ne sont pas des biens patrimoniaux ».

¹⁵⁰³ A. SÉRIAUX, « Patrimoine », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2016, spéc., n° 22.

¹⁵⁰⁴ R. LIBCHABER, « Biens - Présentation générale des biens », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2016 (actu. déc. 2019), spéc., n° 14.

¹⁵⁰⁵ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, 2011, p. 224.

¹⁵⁰⁶ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 279.

¹⁵⁰⁷ À comp. G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 71, spéc., p. 81 : « Nos sentiments ne sont pas du monde juridique, s'ils demeurent à l'état de sentiment, *in mente retentum* ».

¹⁵⁰⁸ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », op. cit. spéc., p. 81 : outre les « sentiments humains », l'auteur vise également « l'activité, le travail, la connaissance » comme étant des biens.

¹⁵⁰⁹ Th. REVET, « Les nouveaux biens. Rapport général », in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 271.

humain - *constitue l'accessoire* »¹⁵¹⁰.

La confiance est naturellement de ce genre-là. Elle ne se vend pas isolément, « *ce serait tromper l'acheteur* », écrit M. A. CHIREZ¹⁵¹¹. Pour autant, elle peut circuler par l'intermédiaire du bien principal dont elle constitue l'accessoire. Mme J. ROCHFELD le dit mieux que personne : « *ce sentiment, note-t-elle, n'était pas regardé comme pouvant faire l'objet d'un échange économique* »¹⁵¹². Et l'auteure d'ajouter aussitôt : « *C'est ce qui a changé depuis les années 1990 et 2000* »¹⁵¹³, avec la libéralisation des cessions de clientèles civiles...

535 - En raisonnant à partir du paradigme des cessions de clientèles civiles (Sous-section 1), nous verrons que l'aptitude à circuler de la confiance accordée au salarié se manifeste également, dans la relation de travail, au cours des transferts d'entreprise (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Le paradigme des cessions de clientèles civiles

536 - À la différence des clientèles commerciales, qui s'attachent davantage au fonds qu'à la personne du commerçant, les clientèles civiles sont regardées comme procédant essentiellement sinon exclusivement des qualités personnelles du professionnel libéral, et par-là même, de la confiance qu'il inspire¹⁵¹⁴. Or, pendant longtemps, les juges affirmaient que ce sentiment se trouvait en dehors du commerce¹⁵¹⁵. « *Attendu, énonçait ainsi une ancienne décision, souvent citée pour exemple, que la clientèle des médecins dépend de la confiance qu'ils inspirent, et du choix que font d'eux les malades ; et que la confiance ne peut se donner et n'est pas dans le commerce* »¹⁵¹⁶. La formule avait le mérite de la clarté. Elle excluait, sans ambiguïté, la confiance interpersonnelle de la sphère patrimoniale. Avec cette conséquence, que toute cession de clientèle civile, médicale ou autres, était entachée de nullité, car elle portait sur un objet hors commerce¹⁵¹⁷.

537 - Il reste que, si la cession « directe » de clientèle civile était interdite, toute opération juridique en lien avec elle n'était pas condamnée pour autant. Dès la fin XIX^{ème} siècle, les tribunaux ont notamment permis aux professionnels libéraux de conclure un « contrat de présentation », les autorisant à présenter, à titre onéreux, leur successeur à la clientèle « *pour obtenir qu'elle se reporte sur lui par une sorte de transport provoqué de la confiance originelle* »¹⁵¹⁸. À travers ce contrat, le but est effectivement, et les auteurs sont, sur ce point, unanimes, d'obtenir un « *report de confiance* »¹⁵¹⁹, d'encourager une « *transmission de la confiance accordée* »¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 280.

¹⁵¹¹ A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. préc., spéc., n° 353, p. 471.

¹⁵¹² J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, 2011, n° 18, p. 234.

¹⁵¹³ *Ibid.*

¹⁵¹⁴ Sur cette spécificité de la profession libérale, v. not. J. SAVATIER, *Étude juridique de la profession libérale*, thèse Poitiers, 1946, spéc., pp. 139 et s. ; v. égal. P. LECLERCQ, *Les clientèles attachées à la personne*, préf. P. Catala, LGDJ, 1965.

¹⁵¹⁵ En ce sens, v. not. J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, thèse Aix-en-Provence, 1975 p. 61, n° 29 : où l'auteur souligne que la motivation des décisions était « *étonnamment stable* ».

¹⁵¹⁶ Trib. civ. Seine, 25 fév. 1846, préc.

¹⁵¹⁷ V. not., à propos de l'architecte, Cass. civ., 17 octobre 1951, D. 1953, p. 145 : « *La clientèle de l'architecte, qui exerce une profession libérale, essentiellement fonction de ses qualités personnelles et de la confiance qui lui est accordée, est hors du commerce* ». ».

¹⁵¹⁸ Selon l'expression très parlante de M. R. LIBCHABER, cf. *Defrénois* 2001, p. 431.

¹⁵¹⁹ V. not. M. CHANIOT-WALINE, *La transmission des clientèles civiles*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1994, spéc., 116 et s., qui y voit l'obligation principale du « contrat de présentation ».

¹⁵²⁰ R. LIBCHABER, « Présentation générale des biens », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2016 (actu. déc. 2019), n° 95.

Se trouve ainsi accréditée l'idée d'une possible circulation de la confiance¹⁵²¹. « Certes, écrit M. BEIGNER, *il est aléatoire de prétendre reporter sur autrui la confiance née sur sa personne, mais cela est possible* »¹⁵²². Et le simple fait que cela soit possible suffit à conférer à la confiance interpersonnelle une consistance patrimoniale, une nature quasi-réelle¹⁵²³. C'est d'autant plus vrai que les clientèles civiles peuvent aujourd'hui être cédées directement.

538 - Dans un retentissant arrêt en date du 7 novembre 2000¹⁵²⁴, la Cour de cassation est en effet revenue sur sa jurisprudence interdisant les cessions « directes » de clientèles civiles. Depuis lors, il n'est plus besoin de passer par l'intermédiaire du « contrat de présentation » : la clientèle civile, « à condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient », est directement cessible¹⁵²⁵. C'est reconnaître, du même coup, que la confiance accordée au professionnel, qui fondait naguère l'incessibilité de ces clientèles¹⁵²⁶, peut se transmettre, « faire l'objet d'un échange économique »¹⁵²⁷. Elle devient pleinement patrimoniale¹⁵²⁸.

539 - « *Le patrimoine*, enseignait M. CATALA, *est, pour partie, ce que les individus veulent qu'il soit. Il est ainsi ce que la société leur permet, à un moment donné, de produire, d'échanger et d'amasser. Le patrimoine est donc, conclut l'auteur, ce que veut l'homme dans la limite de ce que l'État autorise* »¹⁵²⁹. L'individu voulait posséder la confiance, en faire une chose appropriable, susceptible d'être monnayée et échangée : la Cour de cassation l'a finalement autorisé en déclarant licites les cessions de clientèles civiles. On ne peut désormais plus dire que « *la confiance ne peut se donner et n'est pas dans le commerce* »¹⁵³⁰.

540 - La cession de clientèle civile autorise une circulation de la confiance interpersonnelle, qui en constitue l'accessoire. On devrait pouvoir en dire autant du transfert d'entreprise : en cas de changement d'employeur, la confiance entre les parties ne se perd pas, elle se reporte...

¹⁵²¹ À comp. B. BEIGNER, note sous Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1994, *D.* 1995, p. 559 : où l'auteur regrette que le droit français soit « *si rétif à admettre la transmission de la confiance* ».

¹⁵²² *Ibid.*

¹⁵²³ À comp. F. ZENATI, « Clientèles : notion juridique et droit de présentation », *RTD civ.* 1994, p. 639 : qui estime que le droit de présentation donne plutôt une « *consistance quasi-réelle à la notoriété* ». « *La notoriété d'une personne, écrit-il, n'est pas transmissible. Elle peut toutefois être employée pour favoriser l'apparition de celle d'autrui. Le professionnel confirmé peut convier ses clients à reporter leur confiance sur une personne qui, selon lui, la mérite. Il n'y a pas alors vraiment transmission du pouvoir attractif, mais service rendu en vue de son apparition chez autrui. La jurisprudence rend compte de cette réalité en admettant la validité de la convention par laquelle un professionnel s'oblige à présenter son confrère à ses clients. Bien qu'il n'y ait nullement transfert d'un bien, l'opération, par sa nature patrimoniale, donne une consistance quasi-réelle à la notoriété* » ; sur la conception patrimoniale de la notoriété, v. la belle thèse de M. Cl.-A. MAETZ, *La notoriété : essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, préf. J. Mestre et D. Porrachia, PUAM, 2010.

¹⁵²⁴ Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, n° 98-17.731, *D.* 2001, p. 2400, note Y. AUGUET ; *D.* 2001. Somm., p. 3081, obs. J. PENNEAU ; *D.* 2002. Somm., p. 930, obs. O. TOURNAFOND ; *RTD civ.* 2001, p. 167, obs. Th. REVET ; *RTD civ.* 2001, p. 130, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G.* 2001. II. 10452, note F. VIALLA ; *JCP E.* 2001, p. 419, note G. LOISEAU ; *Defrénois* 2001, 431, note R. LIBCHABER.

¹⁵²⁵ *Ibid.*

¹⁵²⁶ J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, th. préc., spéc., p. 64, qui voyait dans la « *vieille notion de confiance* » : le « *fondement de l'incessibilité des clientèles (civiles)* ».

¹⁵²⁷ J. ROCHFELD, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵²⁸ À comp. M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583, spéc., n° 11 : pour qui « *l'accessibilité à l'échange est à la fois une exigence de fait - il faut une possibilité matérielle d'échanger la chose... - et une exigence de droit - il faut une autorisation juridique d'échanger...* ».

¹⁵²⁹ P. CATALA, « Les transformations de patrimoine dans le droit civil moderne », art. préc., spéc., p. 213.

¹⁵³⁰ Cf. Trib. civ. Seine, 25 fév. 1846, préc.

Sous-section 2 : Le report de confiance dans le transfert d'entreprise

541 - L'article L. 1224-1 du Code du travail est consacré au « transfert d'entreprise ». Il prévoit que « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise »¹⁵³¹.

Ainsi, le changement d'employeur reste neutre pour le salarié. « *Il ne se passe rien* », résume M. A. MAZEAUD¹⁵³². Les contrats de travail se poursuivent tels quels, comme si de rien n'était, auprès du nouvel employeur, qui ne saurait prendre prétexte du transfert d'entreprise pour imposer des modifications aux salariés ou, pire, les licencier¹⁵³³. Depuis plusieurs années déjà, la Cour de cassation interdit, en effet, au cédant et au cessionnaire de se mettre d'accord pour procéder à des licenciements en vue du transfert¹⁵³⁴. Les dispositions de l'article L. 1224-1 sont d'ordre public¹⁵³⁵. Les employeurs successifs ne sauraient, dès lors, y déroger par conventions particulières¹⁵³⁶.

542 - La règle du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise opère, de surcroît, de plein droit. Elle est automatique¹⁵³⁷ et s'impose aux parties, qui ne peuvent s'y opposer. MM. J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD parlent d'une « *curiosité juridique* »¹⁵³⁸. « *Alors que le choix du contractant joue un rôle essentiel pour chacune des deux parties, écrivent ces auteurs, la substitution d'un cocontractant à un autre est légalement imposée. Cette curiosité juridique, disent-ils, a une justification sociale évidente : il s'agissait d'éviter la perte de leur emploi pour les salariés chaque fois qu'interviendrait un transfert d'entreprise* »¹⁵³⁹.

S'il ne saurait être question de remettre en cause la justification avancée, il convient toutefois de ne pas occulter la situation du nouvel employeur. Car, à la différence des salariés, qui conservent malgré tout la possibilité de ne pas poursuivre la relation¹⁵⁴⁰, ce dernier se

¹⁵³¹ C. trav. art. L. 1224-1, anciennement, L. 122-12 ; v. égal. Dir. n° 77/187/ CEE du 14 fév. 1977, *concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements* ; directive modifiée en 1998 (cf. Dir. n° 98/50/CE, du 29 juin 1998) et finalement remplacée en 2001 (cf. Dir. n° 2001/23/CE du 12 mars 2001).

¹⁵³² A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 9^e éd., 2014, n° 894, p. 539.

¹⁵³³ Les licenciements motivés par le transfert d'entreprise sont déclarés « sans effet » ; v. not. Cass. soc., 20 janv. 1998, *Guermontprez*, n° 95-40.812, *Bull. civ. V*, n° 16 ; *Dr. soc.* 1998, p. 297, obs. R. VATINET ; *JCP G.* 1998, II, 10027, rapp. Ph. WAQUET ; à comp. Cass. soc., 8 juin 1979, n° 77-41.597, *Bull. civ. V*, n° 502 : autorisant « une réorganisation à laquelle le futur employeur a d'ores et déjà décidé de procéder ».

¹⁵³⁴ V. not. Cass. soc., 10 mai 1999, n° 96-45.250, *Bull. civ. V*, n° 201.

¹⁵³⁵ V. not. Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-24.005, PB, *D.* 2017, p. 766 ; *RDT.* 2017, p. 495, obs. E. CLÉMENT.

¹⁵³⁶ Cass. soc., 10 mai 1999 préc.

¹⁵³⁷ V. not. Cass. soc., Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-25.537, *inédit* : précisant que « *c'est par l'effet de la loi, sans aucune notification particulière, que les contrats de travail existant au jour du transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie ou reprise, subsistent entre le nouvel employeur et le salarié* ».

¹⁵³⁸ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 24^e éd., 2008, n° 370, p. 481.

¹⁵³⁹ *Ibid.*

¹⁵⁴⁰ Pour la Cour de cassation, le refus individuel du salarié de poursuivre son contrat de travail avec le nouvel employeur « *produit les effets d'une démission* » ; v. Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-40.325, *Bull. civ. V*, n° 331. Certains auteurs souhaiteraient toutefois, sur le modèle du droit allemand, que, en cas de refus, le salarié puisse poursuivre la relation contractuelle avec son ancien employeur ; v. not. Y. CHAGNY et P. RODIÈRE, « Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail ? » (*Controverse*), *RDT.* 2007, p. 216 ; pour une réponse clairement positive, v. A. SUPIOT, « Les salariés ne sont pas à vendre », *Dr. soc.* 2006, p. 264 ; sur le droit allemand, v. not. P. RÉMY, « Quelle signification donner au droit d'opposition du salarié au transfert de son contrat de travail ? Réflexions sur le droit français à partir du droit allemand », *Dr. soc.* 2004, p. 155 ; Y. VIALA, « Le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise en droit allemand », *Dr. soc.* 2005, p. 200.

trouve, pour sa part, juridiquement contraint de travailler avec des collaborateurs qu'il n'a pas personnellement choisis et dont il ignore les qualités humaines et techniques. Il y a là, pour nous, une autre « *curiosité juridique* », qui pourrait s'expliquer par l'effet de la confiance transférée.

543 - Si le nouvel employeur accepte de confier son patrimoine à des salariés qu'il n'a pas choisis, on peut raisonnablement penser, en effet, que c'est parce qu'il a été assuré de leur fiabilité et de leurs compétences. Personne n'accepterait de reprendre une entreprise de pieds nickelés. Dans les faits, la marge de manœuvre du repreneur est extrêmement réduite : il n'est pas autorisé à contrôler, en amont de l'opération, les compétences du personnel transféré et n'a d'autre choix que celui de se fier au recrutement de son prédécesseur. Par une sorte de « *transmission de la confiance accordée* »¹⁵⁴¹, il se retrouve ainsi à devoir collaborer avec des salariés, qui ne sont encore pour lui que des étrangers. Disons qu'à défaut d'avoir pu les choisir, il doit leur faire confiance, comme le cédant avant lui. Transport de confiance provoqué par la loi, si l'on veut, confiance sous bénéfice ultérieur d'inventaire, peut-être, mais confiance tellement présente et opérante...

544 – « *Pour pouvoir prospérer*, énonce fort justement la Cour EDH., *les relations de travail doivent se fonder sur la confiance entre les personnes* »¹⁵⁴². Dans le cas du transfert d'entreprise, la confiance requise de l'employeur, privé du libre choix de ses collaborateurs, ne peut lui avoir été que transmise.

Conclusion de la section 2 :

545 - Notre vision « ambulatoire » de la confiance accordée peut susciter, il est vrai, quelques réserves. On objectera que, parce qu'elle reste, avant toute chose, un sentiment humain, la confiance ne peut, *matériellement*, se détacher de la personne qui l'éprouve. Il n'empêche que, depuis la libéralisation des cessions de clientèles civiles, la confiance interpersonnelle est, *juridiquement*, autorisée à circuler¹⁵⁴³. Or, c'est bien, en dernier recours, comme le concède Mme M. FABRE-MAGNAN, au Droit, et non aux faits, « *de poser et définir le domaine de la propriété* »¹⁵⁴⁴

546 - Dans un régime de valeurs substitué à un régime de possessions¹⁵⁴⁵, le « bien-confiance » doit avoir sa place...

¹⁵⁴¹ Selon l'expression de M. R. LIBCHABER, cf. « Présentation générale des biens », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2016, n° 95 (à propos du droit de présentation).

¹⁵⁴² CEDH., GC., 12 sept. 2011, *Palomo Sanchez*, § 76, préc.

¹⁵⁴³ En ce sens, v. J. ROCHFELD, *op.cit.*, *loc.cit.*

¹⁵⁴⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », art. préc., spéc. spéc., n° 14.

¹⁵⁴⁵ Sur cette évolution, annoncée depuis longtemps, v. E. LÉVY, « La transition du droit à la valeur », in *Les fondements du droit*, ouv. préc., p. 87.

Conclusion du Chapitre I :

547 – Pour conclure, nous avons vu que la confiance accordée par l'employeur le dispense des opérations de contrôle. Elle allège ses dépenses de surveillance, lui permet de se consacrer à des tâches plus entrepreneuriales et oblige, en retour, les salariés à s'engager spontanément. Elle constitue, en cela, une véritable source de valeur économique et répond ainsi au critère principal du bien.

La confiance de l'employeur est également dotée d'une certaine aptitude à circuler ; une mobilité réduite certes, mais une mobilité tout de même¹⁵⁴⁶, qui se manifeste notamment au cours des transferts d'entreprise. Ladite confiance satisfait, de ce fait, au second critère du bien, qui suppose « *une vie à plusieurs* »¹⁵⁴⁷.

548 - « *La confiance*, écrit M. A. CHIREZ, dans sa thèse, *se gagne, se transmet et fait l'objet de spéculations* »¹⁵⁴⁸. Elle est un « *bien frugifère* » annonçait l'auteur¹⁵⁴⁹. Un « *bien exploitable* » pourrait-on dire, pour reprendre la formule de M. Th. REVET¹⁵⁵⁰. Nous avons tenté, en tout cas, à travers nos développements, de prolonger ces réflexions dans le cadre de la relation de travail, en insistant, plus particulièrement, sur la confiance de l'employeur, qui nous paraît plus « réifiable », plus patrimoniale encore, que celle du salarié, davantage tournée vers la limitation du pouvoir patronal¹⁵⁵¹.

549 - Il est temps, à présent, d'en tirer des conséquences : si, comme nous le prétendons, la confiance accordée par l'employeur constitue un « bien » au sens économique et juridique du terme¹⁵⁵², c'est donc qu'elle peut être « détournée » par les salariés, à qui elle a été « remise »

...

¹⁵⁴⁶ En ce sens, v. F. ZENATI, « L'immatériel et les choses. Le droit et l'immatériel », *APD*, t. 43, Sirey, 1999, p. 81 : pour qui les sentiments humains peuvent, comme les autres biens, circuler, mais « *avec forcément une moindre mobilité* ».

¹⁵⁴⁷ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », art. préc., p. 229.

¹⁵⁴⁸ A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. préc., n° 351, p. 467.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, n° 352, p. 469.

¹⁵⁵⁰ Th. REVET, *La force de travail*, th. préc., n°337, p. 374 : soulignant que « *[La force de travail] n'est pas un "bien" réalisable, mais un "bien" exploitable* »

¹⁵⁵¹ Sur ce point, v. *supra*, n°s 128 et s.

¹⁵⁵² R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé*, Troisième série, Approfondissement d'un droit renouvelé, Dalloz, Paris 1959, p. 171 : rappelant que « *le "bien" du juriste doit rejoindre, aussi exactement que possible, la "richesse" des "économistes"* ».

Chapitre 2 : Le détournement de confiance au préjudice de l'employeur

550 - L'article 314-1 du Code pénal définit aujourd'hui l'abus de confiance comme le « fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé »¹⁵⁵³. Si des « liens privilégiés » existent depuis toujours entre ce délit, classé au Titre I du Livre III consacré aux « appropriations frauduleuses », et la relation de travail¹⁵⁵⁴, c'est que cette relation, « irriguée par la confiance »¹⁵⁵⁵, constitue un cadre propice aux détournements de biens par le salarié¹⁵⁵⁶. Il reste que, ces derniers temps, la jurisprudence retient l'infraction d'abus de confiance dans des hypothèses où l'identification du bien remis et détourné soulève des réelles difficultés (Section 1). Un moyen de justifier ces solutions, sévèrement critiquées par la doctrine pénaliste, pourrait être de se référer au « bien-confiance » (Section 2).

Section 1 : Les doutes suscités par l'objet de l'abus de confiance du salarié

551 - Là où l'article 408 de l'ancien Code pénal exigeait que l'abus de confiance porte sur des « effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge », la réforme de 1992¹⁵⁵⁷, qui a donné naissance à l'article 314-1 précité, s'est efforcée de raccourcir la liste¹⁵⁵⁸. Le texte vise désormais les « fonds » et « valeurs » - ce qui recouvre peu ou prou les anciens termes -, mais se réfère aussi, plus largement, au « bien quelconque ».

Comme on pouvait s'y attendre, ce dernier ajout a, par sa généralité¹⁵⁵⁹, permis à la jurisprudence de procéder à une « extension sans précédent » du domaine de l'abus de confiance¹⁵⁶⁰. Au point que M. R. OTTENHOF se demande « si le recours à la notion de “bien quelconque” n'a pas eu pour effet d'ouvrir la boîte de Pandore »¹⁵⁶¹...

Sans chercher à dissiper ces craintes, notons, pour l'heure, que la chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 14 novembre 2000, que « les dispositions de l'article 314-1 du code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel »¹⁵⁶². La solution, appliquée ici à un numéro de carte bancaire et à une autorisation de

¹⁵⁵³ C. pén. art. 314-1, issu de la réforme du 22 juillet 1992, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994. L'alinéa 2 du texte dispose que « L'abus de confiance est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende ».

¹⁵⁵⁴ Sur ces « liens privilégiés », v. L. SAENKO, note sous Cass.crim., 19 juin 2013, *Dr.soc.* 2013, p. 1008, spéc., n° 5 : où l'auteur rappelle que l'incrimination ne visait, à l'origine, en 1810, que le contrat de dépôt et le contrat de travail.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁵⁶ En ce sens, v. not. B. DE LAMY, obs. sous CA Toulouse, 3e ch. 26 avril 2001, *D.* 2002, p. 1795 : soulignant que « l'incrimination d'abus de confiance est régulièrement invoquée par les employeurs accusant un salarié d'avoir détourné des biens qui leur avaient été remis dans le cadre de leur activité professionnelle ».

¹⁵⁵⁷ Cf. LOI n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du Code pénal.

¹⁵⁵⁸ La réforme de 1992 a, en outre, supprimé la liste limitative des six contrats, dont le contrat de travail, en vertu desquels la remise devait nécessairement être opérée ; sur cette évolution, v. C. SOUWEINE, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier*, PUG, 1993, p. 303, spéc., p. 308.

¹⁵⁵⁹ Sur ce point, v. not. B. de LAMY, note sous Cass.crim., 14 nov. 2000, *D.* 2001, p. 1423, qui énonce, à propos de la référence au « bien quelconque », que « la rédaction ne pouvait pas être plus large ».

¹⁵⁶⁰ En ce sens, v. F. SAFI, « Les nouvelles frontières de l'abus de confiance », *Rev. pén.* 2014, p. 553, spéc., p. 554 ; M. VÉRON, « L'abus de confiance. Son extension dans l'espace et le temps », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, 2007, p. 1153.

¹⁵⁶¹ R. OTTENHOF, obs. sous Cass.crim., 14 nov. 2000, *RSC.* 2001, p. 385.

¹⁵⁶² Cass.crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522, *Bull.crim.* n° 338 ; *D.* 2001, p. 1423, obs. B. de LAMY ; *Rev. pénit.*, 2001, n° 2, obs. J.-Y. CHEVALLIER ; *RSC.* 2001, p. 385, obs. R. OTTENHOF préc. ; *Dr. pénal* 2001, comm. n° 28, note M. VÉRON ; *RTD civ.* 2001, p. 912, obs. Th. REVET ; *RTD com.* 2001, p. 526, obs. B. BOULOC.

prélèvement, ne surprend pas¹⁵⁶³. Il est logique que l'abus de confiance puisse porter sur un bien incorporel puisque « *les biens peuvent être soit corporels soit incorporels et que le texte vise un "bien quelconque"* »¹⁵⁶⁴. Qualifié un peu hâtivement de « *vrai tournant* »¹⁵⁶⁵, l'arrêt rapporté ne fait, en vérité, que confirmer « *la prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal* »¹⁵⁶⁶. Tendance, déjà perceptible dans les années 1960-1970¹⁵⁶⁷, et qui ne s'est jamais démentie par la suite¹⁵⁶⁸...

552 - Tout cela va de soi et nous n'aurions rien à redire si la chambre criminelle de la Cour de cassation ne prenait pas, dans la période actuelle, quelques libertés avec les dispositions de l'article 314-1 et, plus particulièrement, avec la condition préalable tenant à la remise d'un bien à titre précaire¹⁵⁶⁹. Il suffit, pour s'en convaincre, de se rapporter à l'important arrêt du 19 juin 2013¹⁵⁷⁰, sans doute l'un des plus controversés de la décennie¹⁵⁷¹, qui a pour cadre la relation de travail. Était en cause le responsable du service d'appareillage d'un centre de rééducation, chargé de réaliser des moulages de prothèses provisoires, qui confectionnait, durant son temps de travail et avec les moyens de l'entreprise, des prothèses définitives. Celles-ci étaient ensuite revendues, par l'intermédiaire d'un tiers complice, aux patients du centre qu'il avait préalablement redirigé vers une société lui appartenant. Condamné en appel pour abus de confiance, le prévenu forma un pourvoi en cassation, rejeté par la chambre criminelle. Par une formule ayant valeur de principe, celle-ci énonce que « *l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur constitue un abus de confiance* »¹⁵⁷².

Alors même qu'elle aurait pu se fonder sur les moyens matériels mis à la disposition du salarié par l'employeur, la haute juridiction affirme, ici, sans ambiguïté, que l'abus de confiance du salarié porte sur le « temps de travail ». Ce qui est tout simplement un non-sens (Sous-

¹⁵⁶³ Contra. S. FOURNIER, « Quel domaine pour l'abus de confiance ? », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), Dalloz, 2009, p. 113, spéc., n°4, p. 115 : qui n'approuve pas « *la dématérialisation à laquelle la jurisprudence s'est livrée en profitant de l'imprécision des termes* ».

¹⁵⁶⁴ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Coll. HyperCours, 9 e éd., 2020, spéc., n° 834, p. 516.

¹⁵⁶⁵ Cf. A. TOUZAIN, « L'autonomie du droit pénal et le droit des biens », Cahiers de droit de l'entreprise, Juillet 2021, dossier 25, spéc., n° 15.

¹⁵⁶⁶ A comp. G. BEAUSSONIE, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal. Contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, préf. B. de Lamy, LGDJ, 2009 : pour qui la prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal serait phénomène récent.

¹⁵⁶⁷ Sur ce point, v. M.-L. RASSAT, « De l'objet de l'abus de confiance », *Droit pénal*, avril 2015, étude 10, qui dénonce l'inexplicable emballement doctrinal de la dématérialisation de l'objet de l'abus de confiance, qui était déjà l'œuvre depuis longtemps ; cf. les références jurisprudentielles citées en note 2.

¹⁵⁶⁸ Sur cette tendance, v. S. FOURNIER, « Abus de confiance », *J. Cl. Pénal des affaires*, Fasc. 10, mars 2015 (actu. janv. 2021), spéc., n° 39 ; G. BEAUSSONIE, « La pérennité de la protection pénale des biens incorporels », *D.* 2012, p. 137 ; N. THOMASSIN, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexions à partir de la jurisprudence récente) », *D.* 2012, p. 964 ; R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Dr. pén.* 2012, étude 9.

¹⁵⁶⁹ On distingue généralement les conditions préalables de l'abus de confiance, qui relèvent du droit civil, de ses éléments constitutifs, qui ont un caractère pénal ; v. not. J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 8^e éd., Cujas, 2020, spéc., n° 913, p. 602 ; A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, coll. Thémis, 2015, n° 762, p. 539.

¹⁵⁷⁰ *Crim.* 19 juin 2013, n°12-83.031, *Bull. crim.* n° 145 ; *D.* 2013, p. 1936, note G. BEAUSSONIE ; *JCP G.*, 9 sept. 2013, n° 37, p. 933, note S. DETRAZ ; *JCP S.*, 1er avril 2014, 1128, obs. F. DUQUESNE ; *Rev. pénit.* 2013, p. 650, obs. Ph. CONTE ; *Dr. pénal* 2013, comm. n° 158, note M. VÉRON ; *Rev. scien. crim.* 2013, p. 813, obs. H. MATSOPOULOU ; *Dr. soc.* 2013, p. 1008, note L. SAENKO ; *Gaz. Pal.* 15 oct. 2013, jurispr. p. 3249, obs. E. DREYER ; *RDC.* 2013, p. 1479, obs. R. OLLARD ; *RDT.* 2013, p. 767, note V. MALABAT.

¹⁵⁷¹ Il n'en demeure pas moins « *incontournable* » ; cf. G. BEAUSSONIE, « La dématérialisation de l'abus de confiance », *AJ Pénal* 2017, p. 215.

¹⁵⁷² *Ibid.*

section 1). Consciente des limites de la solution retenue, qui a pourtant été confirmée depuis lors¹⁵⁷³, une partie de la doctrine propose de se tourner vers la « force de travail » du salarié, au risque d’opérer, cette fois, un véritable contresens (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Le non-sens du temps de travail

553 - L’abus de confiance ne peut techniquement pas reposer sur le « temps de travail », car ce temps ne constitue en rien un « bien » (§ 1). Il n’est, de surcroît, en aucune façon, « remis » au salarié. (§ 2).

§ 1 - L’exclusion de la qualification de « bien »

554 - Ainsi que le reconnaît expressément la Cour de cassation dans son Bulletin d’informations : avant l’arrêt du 19 juin 2013, « [elle] interprétait déjà la notion de “bien” d’une manière relativement large »¹⁵⁷⁴. On se souvient notamment que, dans une importante décision du 19 mai 2004¹⁵⁷⁵, la chambre criminelle avait retenu l’infraction d’abus de confiance à l’encontre d’un salarié qui avait utilisé son ordinateur professionnel et la connexion Internet mise à sa disposition par l’employeur pour consulter des sites pornographiques et stocker des messages et photographies de même nature sur son disque dur. En agissant de la sorte, avait-il été jugé, « le prévenu a détourné son ordinateur et la connexion internet de l’usage pour lequel ils avaient été mis à sa disposition »¹⁵⁷⁶. Il s’en inférait, implicitement, que la connexion Internet constituait un « bien quelconque » au sens de l’article 314-1 du Code pénal. Pourtant, comme devait le relever le Professeur B. de Lamy, « la qualification de “bien” n’allait (...) pas de soi, la connexion Internet s’analysant davantage comme un service »¹⁵⁷⁷. La solution n’apparaissait, toutefois, pas si choquante. Elle pouvait s’analyser à l’aune du phénomène dit de « dématérialisation de l’objet de l’abus de confiance »¹⁵⁷⁸.

L’arrêt du 19 juin 2013 permet, pour sa part, - la Cour de cassation ne s’en cache pas- « de franchir un pas supplémentaire »¹⁵⁷⁹. Il en ressort que l’infraction d’abus de confiance peut désormais avoir pour objet : le temps de travail. Il n’est plus ici question de dématérialisation. C’est le « bien » même qui fait défaut...

555 - L’article 314-1 du Code pénal vise un « bien quelconque ». Il s’agit là d’une condition préalable de l’abus de confiance, son point de départ si l’on préfère, car sans bien, pas de remise, ni détournement, et donc pas d’appropriation frauduleuse. Ce n’est pas tout d’affirmer, comme nombre d’auteurs aujourd’hui, que ce bien peut être incorporel, encore faut-il s’assurer, en amont, qu’un bien est effectivement en jeu. C’est, précisément, ce que tentait de faire valoir l’auteur du pourvoi dans l’arrêt du 19 juin 2013. « Le temps que le salarié doit consacrer à son emploi, soutenait-il, n’est pas un bien susceptible de faire l’objet d’un

¹⁵⁷³ V. not. Cass. crim., 3 mai 2018, n° 16-86.369, inédit; *JCP S.* 2018, 1198, concl. R. SALOMON ; *Dr. pén.* 2018, comm. 158, obs. Ph. CONTE ; *RSC.* 2019, p. 84, obs. H. MATSOPOULOU ; *RTD com.* 2018, p. 498, obs. L. SAENKO ; *RDC.* 2018, p. 397, obs. R. OLLARD; *Cah. soc.* 2018, p. 353, obs. A. CASADO ; Cass.crim., 16 janv. 2019, n° 17-81.136, inédit ; *RTD Com.* 2020, p. 504, obs. L. SAENKO; *Dr. pén.* 2019, comm., n° 59, obs. Ph. CONTE ; *RSC.* 2019, p. 84, obs. MATSOPOULOU ; *Gaz. Pal.* 7 mai 2019, p. 61, obs. S. DETRAZ.

¹⁵⁷⁴ *BICC*, n° 792 du 1^{er} déc. 2013, arrêt n° 1358.

¹⁵⁷⁵ Cass.crim., 19 mai 2004, n° 03- 83.953, *Bull. crim.* n° 126, *D.* 2004, p. 2748, obs. B. de LAMY ; *AJ pénal* 2004. 286, obs. J. COSTE ; *CCE.* 2004, n° 12, p. 39, note A. LEPAGE.

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷⁷ B. de LAMY, obs. préc.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*

¹⁵⁷⁹ *BICC*, n° 792 du 1^{er} déc. 2013, préc.

détournement constitutif d'un abus de confiance »¹⁵⁸⁰. La chambre criminelle n'a manifestement pas été sensible à cette argumentation. Elle estime, contre toute attente, que le temps de travail entre dans la catégorie des « biens quelconques ». Cela n'a aucun sens.

« Serait-ce avec la meilleure volonté du monde, souligne fort justement M. Ph. CONTE, il est difficile de se laisser convaincre qu'il en est ainsi du temps ; évoquer sa propriété, sa possession ou sa détention précaire serait d'ailleurs dénué de sens »¹⁵⁸¹. M. L. SAENKO est plus catégorique encore. « C'est là le principal grief que l'on peut faire à la Cour de cassation, écrit-il : le temps de travail n'est en rien un bien »¹⁵⁸². Il relève davantage, estime en substance M. V. MALABAT, des modalités d'exécution du contrat de travail que d'un bien à proprement parler¹⁵⁸³. Le temps est une considération socio-économique, non un improbable objet de propriété¹⁵⁸⁴. Affirmer l'inverse est, pour certains, « totalement absurde »¹⁵⁸⁵.

556 – En analysant le « temps de travail » du salarié comme un « bien », la chambre criminelle procède à un véritable « forçage » patrimonial. Certes, on a pour habitude de dire que « le temps, c'est de l'argent »¹⁵⁸⁶, mais l'expression populaire ne fait pas la qualification juridique. « Le temps n'est pas, et ne sera jamais un bien »¹⁵⁸⁷. Il n'a pas de « valeur patrimoniale »¹⁵⁸⁸ et n'est pas « susceptible d'appropriation »¹⁵⁸⁹.

À supposer même que l'on souscrive à cette « espèce de délire »¹⁵⁹⁰, le « temps de travail » butte, en toute hypothèse, sur la deuxième condition préalable de l'abus de confiance : il ne fait l'objet d'aucune « remise » au salarié.

§ 2 - L'absence de « remise » au salarié

557 - L'article 314-1 du Code pénal sanctionne le fait de « détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, qui lui ont été remis »¹⁵⁹¹. Il ressort clairement du texte d'incrimination que le bien détourné doit avoir été, préalablement, remis au récipiendaire. « Cette remise de la chose, écrit M. Ph. CONTE, est la condition même de l'abus de confiance, puisqu'elle rend possible le détournement : à défaut, le bien n'ayant pas été

¹⁵⁸⁰ Cass.crim., 19 juin 2013, préc., v. branche n° 1.

¹⁵⁸¹ Ph. CONTE, obs. sous Cass.crim., 19 juin 2013, préc.

¹⁵⁸² L. SAENKO, note sous Cass.crim., 19 juin 2013, préc, spéc., n° 13 ; en ce sens, v. égal. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, p. 471 : qui écarte la qualification de bien et en arrive à la conclusion que « la solution paraît mieux justifiée sur le plan moral qu'au plan juridique ».

¹⁵⁸³ V. MALABAT, note sous Cass.crim., 19 juin 2013, préc.

¹⁵⁸⁴ En ce sens, v. L. SAENKO, *op.cit.*, *loc.cit.*

¹⁵⁸⁵ F. SAFI, « Les nouvelles frontières de l'abus de confiance », art. préc., spéc., p. 569 ; pour une opinion contraire et minoritaire, v. G. BEAUSSONIE, *D.* 2013, p. 1936, note préc. : pour qui « détourner [le temps de travail], c'est (...) bien porter atteinte aux droits de l'employeur ».

¹⁵⁸⁶ En ce sens, S. DETRAZ, *JCP G.*, 9 sept. 2013, 933, note préc. : qui critique la décision et écarte l'idée que le « temps de travail » puisse être un « bien ».

¹⁵⁸⁷ L. SAENKO, obs. sous Cass.crim., 3 mai 2018, *RTD Com.* 2018, p. 498.

¹⁵⁸⁸ Sur la nécessité pour l'objet de l'abus de confiance de présenter une « valeur patrimoniale », v. Cass.crim., 14 nov. 2000, préc.

¹⁵⁸⁹ Sur l'exigence d'une possible « appropriation » de l'objet de l'abus de confiance, v. Cass.crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866, *Bull. crim.*, n° 233, affirmant que « les dispositions [de l'article 314-1 du Code pénal] s'applique à un bien quelconque, susceptible d'appropriation » ; sur cet arrêt, v. *D.* 2012, p. 137, note G. BEAUSSONIE ; *ibid.*, p. 964, chron. N. THOMASSIN ; *AJ pénal* 2012, p. 163, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *RSC.* 2012, p. 169, obs. J. FRANCILLON ; *RTD com.* 2012, p. 203, obs. B. BOULOC ; *Dr. pénal* 2012, comm. n° 1, note M. VÉRON ; *Rev. pénit.* 2012. 914, note S. FOURNIER.

¹⁵⁹⁰ Nous empruntons la formule à M.-L. RASSAT, cf. « De l'objet de l'abus de confiance », art. préc. L'auteur l'utilisait dans un autre registre, pour dénoncer « l'espèce de délire » des commentateurs qui voient dans le processus de dématérialisation une tendance récente de la Cour de cassation.

¹⁵⁹¹ C. pén. art. 314- 1 préc. (souligné par nous).

confié, il ne peut avoir été que soustrait par celui qui en est alors le voleur »¹⁵⁹². La condition de « remise », insistent également E. PEPAGE et H. MATSOPOULOU, « *est absolument indispensable pour que l'on puisse songer à l'abus de confiance* »¹⁵⁹³.

Par le passé, la Cour de cassation écartait ainsi, logiquement, le délit d'abus de confiance lorsque la « remise » préalable du bien faisait défaut. D'où, par exemple, la relaxe du fermier qui avait vendu le fumier de l'exploitation au lieu de l'utiliser, comme convenu, pour fertiliser les terres, ce fumier n'ayant jamais été « remis » par le propriétaire¹⁵⁹⁴.

558 - Au début des années 2000, la jurisprudence amorçait toutefois un changement d'orientation et malmenait quelque peu l'exigence d'une remise préalable. Dans un arrêt du 22 septembre 2004¹⁵⁹⁵, la chambre criminelle de la Cour de cassation retenait, pour illustration, l'infraction d'abus de confiance à l'encontre d'un salarié, chargé par son employeur d'élaborer un projet de borne informatique, qui avait finalement vendu ce projet à une entreprise concurrente. Comme devaient le relever les commentateurs de la décision, le projet avait été, en l'espèce, créé par le salarié¹⁵⁹⁶. Il était le résultat d'une activité intellectuelle et n'avait donc pas pu être préalablement remis par l'employeur¹⁵⁹⁷.

Dans le même esprit, il fut jugé, en 2011, qu'un barman ayant servi gratuitement des boissons commettait un abus de confiance dès lors qu'il s'était « *abstenu volontairement de remettre à son employeur le prix des boissons qu'il était chargé d'encaisser* »¹⁵⁹⁸. Là encore, la condition de remise ne semblait pas satisfaite, le prix des boissons n'ayant jamais été « remis » au barman.

Pour emprunter une formule de M. B. de LAMY, force est de reconnaître que l'on côtoyait, avec ces solutions, « *les limites du délit* »¹⁵⁹⁹.

559 - Selon MM. S. DETRAZ et R. OLLARD, l'évolution de la jurisprudence sur l'exigence d'une « remise » pouvait toutefois être le signe, non d'un effacement de cette condition, mais plutôt d'une « *dissociation de l'objet de l'abus de confiance* »¹⁶⁰⁰. Alors que traditionnellement, notent ces auteurs, ce délit n'était « *constitué que si quelque chose - la même chose - [avait] été remis à titre précaire puis détourné par son récipiendaire, (...) le détournement constitutif du délit [peut] désormais porter sur un bien qui n'est pas celui-là même qui [a été] remis* »¹⁶⁰¹. Le salarié peut ainsi détourner une somme d'argent, alors qu'il s'est vu remettre des boissons¹⁶⁰², et détourner un projet informatique alors que seuls les moyens techniques pour réaliser ce projet lui ont été remis¹⁶⁰³.

Pour ces auteurs, c'était, en clair, moins la condition de « remise » qui était compromise

¹⁵⁹² Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6e éd., 2019, spéc., n° 551.

¹⁵⁹³ A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, coll. Thémis, 2015, spéc., n° 775, p. 548.

¹⁵⁹⁴ Cass. crim., 17 août 1843, S. 1844, I, 82 (exemple cité par J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 8e éd., Cujas, 2020, spéc., n° 916).

¹⁵⁹⁵ Cass. crim., 22 sept. 2004, n°04-80.285, *Bull. crim.* n° 218, D. 2005, p. 411, note B. de LAMY ; *JCP G.* 2005. II. 10034, note A. MENDOZA-CAMINADE ; *RSC.* 2005, p. 852, obs. R. OTTENHOF ; *RTD Civ.* 2005, p. 164, obs. Th. REVET.

¹⁵⁹⁶ V. not. A. MENDOZA-CAMINADE, note préc., qui renvoie également sur ce point à la note de B. de LAMY, cf. *D.* 2005, p. 411.

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*

¹⁵⁹⁸ Cass. crim., 5 oct. 2011, n° 10-88.722, *Bull. crim.*, n° 192, *Gaz. Pal.* 9 - 10 nov. 2011, p. 9, note S. DETRAZ ; *Rev. pénit.* 2011, p. 909, note V. MALABAT.

¹⁵⁹⁹ B. de LAMY, note préc.

¹⁶⁰⁰ S. DETRAZ et R. OLLARD, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance », *Dr. pén.* 2014, nov. 2014, étude 20, et déc. 2014, étude 22.

¹⁶⁰¹ Cf. *Dr. pén.* nov. 2014, étude 20, spéc., n° 2.

¹⁶⁰² Cass. crim., 5 oct. 2011, préc.

¹⁶⁰³ Cass. crim., 22 sept. 2004, préc.

que la règle de « l'unicité ou l'identité du corpus delicti »¹⁶⁰⁴. Sous-entendu, la Cour de cassation n'ignorait pas totalement l'exigence de « remise », mais la considérait, de son propre aveu, « avec souplesse »¹⁶⁰⁵.

560 - L'arrêt du 19 juin 2013 relatif au « temps de travail » franchit, quant à lui, une étape supplémentaire ; « un pas de plus »¹⁶⁰⁶, qui est certainement un « pas de trop »¹⁶⁰⁷. Il rompt tout simplement avec la condition de « remise ». « À vouloir faire absolument porter le délit d'abus de confiance sur le temps de travail mal employé par le salarié, souligne en ce sens Mme V. MALABAT, la chambre criminelle de la Cour de cassation efface une condition pourtant essentielle du délit : la condition d'une remise préalable »¹⁶⁰⁸. M. H. MATSOPOULOU partage cet avis. « Sans aucun doute, écrit-elle, la solution adoptée ne respecte pas les termes de la loi, car on voit mal le "temps de travail" faire l'objet d'une "remise" de la part de l'employeur »¹⁶⁰⁹.

On ne côtoie plus, ici, les limites du délit¹⁶¹⁰. On les outrepassa, les piétina, le « temps de travail » n'étant susceptible d'aucune « remise » au salarié, que ce soit matériellement ou juridiquement¹⁶¹¹.

561 - L'employeur ne remettant pas le « temps de travail » au salarié, l'abus de confiance ne devrait pas, dès lors, en toute logique, pouvoir porter sur cet « objet ». C'était, justement, ce que soutenaient les salariés dans un arrêt du 3 mai 2018¹⁶¹². En l'espèce, un responsable d'agence d'une société spécialisée dans le transport avait, avec l'aide d'une autre salariée, pendant son temps de travail et avec les moyens téléphoniques et informatiques mis à sa disposition par l'employeur, créé et développé une activité pour le compte de sociétés concurrentes. Condamnés pour abus de confiance en première instance et en appel, ceux-ci firent notamment valoir, devant la Cour de cassation, que « l'employeur ne remettant pas cette utilisation du temps de travail au salarié, [celle-ci] ne peut être détournée »¹⁶¹³. Malgré l'évidence de cette argumentation, la haute juridiction énonce, dans la continuité de l'arrêt du 19 juin 2013, que « constitue le délit d'abus de confiance l'utilisation, par des salariés, de leur temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles ils perçoivent une rémunération de leur employeur »¹⁶¹⁴.

Il faut y voir la confirmation de ce que les juges du droit négligent désormais complètement la condition tenant à la « remise » préalable et ce, en totale contradiction avec les dispositions de l'article 314-1, qui posent expressément cette exigence¹⁶¹⁵.

¹⁶⁰⁴ S. DETRAZ et R. OLLARD, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁰⁵ Cf. BICC, n° 792 du 1^{er} déc. 2013, préc. : où la Cour de cassation précise que, à l'instar de la notion de « bien », « la notion de "remise" est également traditionnellement considérée avec souplesse ».

¹⁶⁰⁶ *Ibid.* Pour la Cour de cassation, « l'arrêt ici commenté permet à la chambre criminelle de franchir un pas de plus ».

¹⁶⁰⁷ À comp. G. BEAUSSONIE, « La dématérialisation de l'abus de confiance », *AJ Pénal* 2017, p. 215. L'auteur affirme, tout en défendant la solution, que « ce pas de plus était peut-être un pas de trop ».

¹⁶⁰⁸ V. MALABAT, note sous Cass.crim., 19 juin 2013, *RDT* 2013, p. 767.

¹⁶⁰⁹ H. MATSOPOULOU, note sous Cass.crim., 19 juin 2013, *RSC* 2013, p. 813.

¹⁶¹⁰ À comp. B. de LAMY, note préc.

¹⁶¹¹ Il est admis pour les biens incorporels - ce que n'est pas le « temps de travail » - que la remise peut être simplement juridique, dès lors qu'elle ne peut être purement matérielle ; en ce sens, v. B. de LAMY, obs. sous CA Toulouse, 3e ch. 26 avril 2001, *D.*2002, 1795 : soulignant que « la "remise" n'est pas seulement une tradition matérielle, elle doit être interprétée plus largement et inclut la remise juridique ».

¹⁶¹² Cass.crim., 3 mai 2018, n° 16-86.369, inédit, *RTD Com.* 2018, p. 498, obs. L. SAENKO ; *RDC* 2018, p. 397, obs. R. OLLARD ; *Cah.soc.* 2018, p. 353, obs. A. CASADO ; R. SALOMON, concl., *JCP S.* 12 juin 2018, 1198.

¹⁶¹³ Cf. branche n° 6.

¹⁶¹⁴ Cass. crim., 3 mai 2018, préc.

¹⁶¹⁵ En ce sens, v. F. SAFI, « Les nouvelles frontières de l'abus de confiance », art. préc., spéc., p. 558.

562 - Par-delà la constance de la solution énoncée, il nous apparaît que l'abus de confiance constitué par le détournement du « temps de travail » n'est, ni plus ni moins, qu'une aberration, un non-sens, qui vire maintenant à l'entêtement¹⁶¹⁶. Non seulement, le temps de travail n'appartient pas à l'employeur, car, faut-il le rappeler, « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée* »¹⁶¹⁷, mais surtout, il ne fait l'objet d'aucune « remise » au salarié¹⁶¹⁸.

Juger l'inverse, comme le fait actuellement la chambre criminelle de la Cour de cassation, revient à méconnaître le principe de légalité criminelle¹⁶¹⁹ et son corollaire, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale¹⁶²⁰. Qui peut s'y résoudre ?

563 - Pour justifier l'injustifiable, des auteurs croient bien faire en affirmant que le détournement dont s'agit ne porte, en réalité, pas sur le « temps de travail », mais sur la force du travail du salarié. C'est procéder en sens inverse, en contresens si l'on peut dire, seul l'employeur pouvant se voir reprocher de détourner le « bien » en question.

Sous-section 2 : Le contresens de la force de travail

564 - Une partie de la doctrine soutient effectivement que, derrière le « temps de travail », ce serait, implicitement mais plus certainement, la force de travail du salarié qui serait visée. « *Par l'arrêt rendu le 19 juin 2013, écrit en ce sens M. G. BEAUSSONIE, la force de travail fait ainsi son entrée à peine dissimulée dans le domaine de l'abus de confiance* »¹⁶²¹. M. R. OLLARD partage la même analyse¹⁶²². Certes, concède-t-il, la solution se réfère explicitement au « temps de travail », et non à la force de travail, mais « *la périphrase employée n'en est pas moins purement formelle, tant il est vrai que détourner les heures de travail équivaut à détourner cette richesse immatérielle constituée par ce que les économistes libéraux dénomment la "force de travail" (...)* »¹⁶²³. M. l'Avocat général R. SALOMON souscrit également à cette proposition¹⁶²⁴, qu'il défend sans réserve par ailleurs.

Que faut-il en penser ?

565 - Une telle vision des choses paraît, de prime abord, particulièrement séduisante. Et pour cause, si le « temps de travail » ne constitue pas un « bien » (même pour les philosophes...)¹⁶²⁵, la force de travail, entendue comme « *l'ensemble des facultés corporelles et intellectuelles qui permettent du salarié de travailler* »¹⁶²⁶, se prête, quant à elle, davantage

¹⁶¹⁶ V. égal. Cass.crim., 16 janv. 2019, n° 17-81.136, *inédit*, RSC. 2019, p. 84, obs. H. MATSOPOULOU ; *Dr. pén.* 2019, comm., n° 59, note Ph. CONTE ; Cass. crim., 30 juin 2021, n° 20-82.570, *inédit* ; *JCP S.* 21 déc. 2021, 1326, obs. R. SALOMON ; *Gaz. pal.* 23 nov. 2021, p. 53, obs. S. DETRAZ ; *Procédures* n° 8-9, Août 2021, comm. 230, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Droit pénal*, novembre 2021, comm. 175, obs. Ph. CONTE.

¹⁶¹⁷ Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, *SA Nikon*, Bull. civ. V, n° 291.

¹⁶¹⁸ En ce sens, v. égal. S. DETRAZ, note sous Cass.crim., 19 juin 2013 préc.

¹⁶¹⁹ C. pén. art. 111-3.

¹⁶²⁰ C. pén. art. 111-4.

¹⁶²¹ G. BEAUSSONIE, note sous Cass.soc., 19 juin 2013, *D.* 2013, p. 1936.

¹⁶²² R. OLLARD, obs. sous Cass.crim., 19 juin 2013, *RDC*. 2013/4, p. 1479. L'auteur se montre toutefois critique à l'égard de la solution dégagée par l'arrêt.

¹⁶²³ *Ibid.*

¹⁶²⁴ V. not. R. SALOMON, conclusions, *JCP S.* 12 juin 2018, 1198 ; R. SALOMON, obs. sous Cass.crim., 30 juin 2021, *JCP S.* 21 déc. 2021, 1326.

¹⁶²⁵ Sur ce point, v. L. SAENKO, note sous Cass.crim., 19 juin 2013, préc., p. 1008 : où l'auteur se réfère à la philosophie de Bergson, pour qui « *le temps est invention, ou il n'est rien du tout* » (cf. H. Bergson, *L'évolution créatrice*, 1907).

¹⁶²⁶ Th. REVET, *La force de travail*, th. préc. spéc., n° 5.

à une analyse patrimoniale. Bien qu'irréremédiablement attachée à la personne du salarié, elle représente, en effet, une valeur économique, un objet de « *quasi-propriété* » dit M. Th. REVET¹⁶²⁷, qui se fonde plus facilement dans le moule du « bien ». Elle pourrait donc, à ce titre, et à condition de savoir lire entre les lignes, être le véritable objet de l'abus de confiance du salarié¹⁶²⁸.

566 - Par-delà son attrait certain, la proposition avancée ne saurait toutefois emporter l'adhésion. La raison en est simple. L'article 314-1 du Code pénal sanctionne le fait, pour une personne, de détourner un bien « *qui lui a été remis* ». Or, qui remet sa force de travail à qui ? « *Si l'abus de confiance doit porter sur la force de travail*, souligne fort justement Mme V. MALABAT, *c'est alors bien plutôt le salarié qui la remet à l'employeur par l'effet et dans les limites du contrat de travail. N'étant pas destinataire mais l'auteur de la remise, le salarié ne peut donc être l'auteur d'un détournement de sa propre force de travail* »¹⁶²⁹.

Il s'ensuit que, conformément aux dispositions de l'article 314-1, l'abus de confiance du salarié ne peut, en aucun cas, porter sur sa force de travail, puisqu'il en est propriétaire. Au regard du texte d'incrimination, seul l'employeur devrait pouvoir, en tant que destinataire de la remise et détenteur précaire, détourner la force de travail du salarié. On songe, par exemple, à ce dirigeant d'association qui utilise le personnel de celle-ci, pendant son temps travail, pour l'entretien de sa propriété¹⁶³⁰.

567 - Dans le prolongement de l'arrêt du 19 juin 2013¹⁶³¹, M. l'Avocat général R. SALOMON estime que le temps de travail mal employé par le salarié caractérise un abus de confiance par détournement de la force de travail¹⁶³². De deux choses l'une : ou il commet une erreur d'analyse, ou il défend, au mépris du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, une « *solution contra legem* »¹⁶³³. On affectera de s'en contenter.

568 - Il existe pourtant un « bien » plus consensuel que le « temps de travail » et plus respectueux des conditions préalables de l'abus de confiance que la « force de travail ». Un « bien » qui n'est autre que la « confiance » elle-même...

¹⁶²⁷ Th. REVET, th. préc., spéc., n^{os} 350 et s.

¹⁶²⁸ V. toutefois CA Toulouse, 26 janv. 2001 (*D.* 2002, obs. B. de LAMY, p. 1795) jugeant que la force de travail n'est pas un « bien » au sens de l'article 314-1 du Code pénal.

¹⁶²⁹ V. MALABAT, note sous Cass.crim., 19 juin 2013, p. 76.

¹⁶³⁰ Cass. crim., 20 oct. 2004, n^o 03-86.201, *Rev. pénit.* 2005, p. 239, note V. MALABAT. À noter que la Cour de cassation ne se réfère pas, en l'espèce, au détournement de la force de travail, mais au « détournement de fonds de l'association » alors qu'aucun fonds n'avait été versé.

¹⁶³¹ Cass.soc., 19 juin 2013, préc.

¹⁶³² R. SALOMON, obs. sous Cass.crim., 30 juin 2021, préc.

¹⁶³³ À rapp. Ph. CONTE, note sous Cass.crim., 30 juin 2021, *Droit pénal* n^o 11, nov. 2021, comm. 175 : pour qui la solution consacrée par l'arrêt du 19 juin 2013, reconnaissant la possibilité de détourner un bien qui n'est pas celui remis, est une « *solution contra legem* ».

Section 2 : Les doutes levés sur l'objet de l'abus de confiance du salarié

569 - En utilisant son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il est rémunéré, le salarié ne détourne pas sa « force de travail ». Il porte atteinte au « bien - confiance » de l'employeur (Sous-section 1). Les auteurs hésitent, aujourd'hui, sur la valeur protégée par l'infraction d'abus de confiance : « est-ce la propriété ou la confiance ? » se demandent-ils. Nous pensons, quant à nous, qu'il pourrait s'agir, en l'occurrence, de la *propriété de la confiance* (Sous-section 2).

Sous-section 1 : L'atteinte au « bien - confiance »

570 - Contrairement au « temps de travail » ou à la « force de travail », le « bien-confiance » ne déforme pas la structure du délit d'abus de confiance. Il peut, sans artifice, faire l'objet d'une « remise » par l'employeur (§ 1) et d'un « détournement » par le salarié (§ 2).

§ 1 - La « remise » de confiance par l'employeur

571 - De façon surprenante, on l'a dit, la jurisprudence la plus récente prend quelques libertés avec la condition de « remise », pourtant expressément exigée par l'article 314-1 du Code pénal. Elle admet que l'abus de confiance du salarié puisse porter sur le « temps de travail ». Or, comme le relève M. S. DETRAZ, « *il est impossible d'affirmer que le temps de travail serait remis au salarié par l'employeur* »¹⁶³⁴. M. F. DUQUESNE fait également part de ses réserves. « *En assimilant le temps de travail à un "bien quelconque", note-il, le juge criminel paraît bien avoir éliminé, pour l'avenir, toute discussion sur le contenu de la remise préalable (...)* »¹⁶³⁵.

Plutôt que d'envisager, comme certains, de « libérer l'abus de confiance du carcan de la remise préalable »¹⁶³⁶ et ce, en violation du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, il est possible, et même préférable nous semble-t-il, d'en référer au « bien-confiance ».

572 - Nous avons vu précédemment que la confiance accordée par l'employeur satisfait aux critères du « bien ». Elle est, non seulement, porteuse de valeur économique, mais se trouve aussi dotée d'une certaine aptitude à circuler. Elle pourrait, à ce titre, constituer le « *bien quelconque* » de l'article 314-1 du Code pénal et faire l'objet d'une « remise » au sens où ce terme doit être entendue ici.

On sait, pour les biens incorporels, sans substance physique, au rang desquels la confiance pourrait s'élever¹⁶³⁷, que la notion de « remise » ne consiste pas en une tradition, c'est-à-dire en une remise matérielle. « *Elle doit être interprétée plus largement et inclut la remise juridique* », écrit M. M. B. de LAMY¹⁶³⁸. Ne peut-on pas considérer, dès lors, que, par le biais du contrat de travail, l'employeur remet, juridiquement, sa confiance au salarié ?

¹⁶³⁴ S. DETRAZ, note sous Cass.crim., 19 juin 2013, préc.

¹⁶³⁵ F. DUQUESNE, obs. sous Cass.crim., 19 juin 2013, préc.

¹⁶³⁶ cf. S. DETRAZ et R. OLLARD, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance - Deuxième partie », Droit pénal 2014, déc. 2014, étude 22, spéc., n° 12 : « *Faut-il libérer l'abus de confiance du carcan de la remise préalable ? (...) Ne faudrait-il pas modifier l'incrimination d'abus de confiance en supprimant l'exigence de remise préalable portant sur un objet en adéquation avec l'objet du détournement ? Il s'agirait de concevoir l'abus de confiance comme une infraction sanctionnant le seul fait, pour un détenteur précaire, de faire d'un bien sur lequel il n'a pas les pleins pouvoirs un usage autre que celui convenu, peu important alors que la précarité de la détention trouve sa source dans une mise en possession préalable (...)* ».

¹⁶³⁷ À rapp. F. ZENATI « L'immatériel et les choses », APD. 2000, t. 44, p. 79, spéc. p. 80 : où l'auteur estime que « *les sentiments humains (...) deviennent des biens* ».

¹⁶³⁸ B. de LAMY, obs. sous CA Toulouse, 3e ch. 26 avril 2001, D.2002, 1795.

L'idée n'a rien d'extravagant. Elle nous semble même aller de soi pour les proches collaborateurs de l'employeur, qui jouissent d'une réelle autonomie dans l'accomplissement de leur mission. Les formes de travail privilégiées en temps de crise sanitaire - le télétravail, en autres – qui impliquent souvent un moindre contrôle patronal sur l'emploi du temps du salarié, relèvent de la même logique.

573 – La « remise » de confiance opérée par le contrat de travail se conçoit, en effet, d'autant plus facilement que le salarié ne se trouve pas dans une relation d'étroite subordination avec l'employeur. Dans les arrêts caractérisant l'abus de confiance à partir du « temps de travail », les salariés concernés n'étaient pas de simples exécutants. Ils étaient, respectivement, « *prothésiste chef de groupe* »¹⁶³⁹, « *responsable d'agence* »¹⁶⁴⁰ ou encore « *dirigeant salarié* »¹⁶⁴¹. Ils occupaient, tous, des postes à responsabilités et disposaient d'une réelle « liberté dans l'organisation de leur travail »¹⁶⁴². Cette même liberté leur avait d'ailleurs permis de vaquer, anormalement, à leurs occupations personnelles pendant l'exécution du contrat¹⁶⁴³.

Cela pour dire que lorsque le salarié jouit, comme dans les espèces considérées, d'une réelle autonomie décisionnelle et organisationnelle dans l'exercice de ses fonctions, la confiance requise de l'employeur est telle que l'on peut, assez naturellement, parler d'une « remise » de confiance. Avec cette conséquence que, en utilisant son temps de travail à des fins autres que celle pour lesquelles il est rémunéré, le salarié en question ne détourne ni ce temps, qui n'est pas un bien, ni sa force de travail dont il propriétaire. Il porte atteinte à la confiance que lui avait préalablement et nécessairement « remis » l'employeur.

Dans cette configuration, ce n'est plus, comme à l'accoutumée, la remise d'un « bien » qui matérialise la confiance¹⁶⁴⁴, mais la remise de confiance qui matérialise le « bien ». La confiance s'auto-suffit, en somme. Elle dispense d'avoir à solliciter d'autres biens ou semblants de biens.

574 - On objectera que le « bien-confiance » dont nous parlons ne semble pas répondre à l'ensemble des conditions requises pour constituer un possible objet d'abus de confiance. La chambre criminelle de la Cour de cassation n'a-t-elle pas précisé, en particulier, dans un arrêt déjà évoqué du 16 novembre 2011, que le « *bien quelconque* » au sens de l'article 314-1 du Code pénal devait être « *susceptible d'appropriation* »¹⁶⁴⁵ ?

Si la formule restreint, à première vue, sensiblement le champ des « biens quelconques », Mme J. GALLOIS nous invite toutefois à en relativiser la portée. « *L'exigence d'appropriation, prévient-elle, traduit simplement la possibilité de détourner l'objet en question sans laquelle le délit ne peut être caractérisé* »¹⁶⁴⁶. Nous suivons l'auteure sur ce point.

5 – De même que la confiance peut faire l'objet d'une « remise » par l'employeur, de

¹⁶³⁹ Cass.crim., 19 juin 2013, préc.

¹⁶⁴⁰ Cass.crim., 3 mai 2018, préc.

¹⁶⁴¹ Cass.crim., 16 janv. 2019, préc.

¹⁶⁴² La formule est jurisprudentielle ; cf. Cass.soc., 3 nov. 2011, n° 10-18.036, *Bull.civ.* V, n° 247 : l'employeur ne peut utiliser un dispositif de géolocalisation pour contrôler la durée du travail « *lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail* ».

¹⁶⁴³ À comp. Cass.soc., 2 oct. 2001, *Nikon*, préc.

¹⁶⁴⁴ V. not. F. SAFI, « Les nouvelles frontières de l'abus de confiance », art. préc., spéc., p. 557, où l'auteur souligne que « *la confiance placée par la victime de l'abus de confiance en son auteur se matérialise par la remise d'un bien* ».

¹⁶⁴⁵ Cass.crim., 16 nov. 2011, préc.

¹⁶⁴⁶ J. GALLOIS, note sous Cass.crim., 19 juin 2013, préc.

même peut-elle être « détournée » par le salarié, qui en est le récipiendaire et le détenteur précaire.

§ 2 – Le « détournement » de la confiance par le salarié

575 - L'article 314-1 du Code pénal est très clair : « l'abus de confiance est le fait, pour une personne, de *détourner*, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque (...) »¹⁶⁴⁷. Le détournement constitue donc l'élément central de l'infraction. On constate cependant que la jurisprudence caractérisant l'abus de confiance à partir du « temps de travail » n'évoque pas cet élément. Elle énonce simplement, dans une formule désormais répandue, que « *constitue le délit d'abus de confiance l'utilisation, par des salariés, de leur temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles ils perçoivent une rémunération de leur employeur* »¹⁶⁴⁸.

Au mépris du texte, une nouvelle fois, la Cour de cassation se réfère à « *l'utilisation du temps de travail* », et non au « détournement du temps de travail »¹⁶⁴⁹. Elle méconnaît ainsi « *l'âme de l'abus de confiance* »¹⁶⁵⁰. Cette défaillance s'explique aisément : sans remise préalable, aucun détournement n'est possible...

Voilà une infraction caractérisée en l'absence de toutes ses conditions préalables et de son élément constitutif principal : le détournement. Cette inquiétante dérive jurisprudentielle ne peut satisfaire personne.

576 - Plutôt que de faire porter artificiellement le délit sur le « temps de travail », qui ne peut être détourné, faute de remise préalable, il serait plus approprié de se référer au « bien-confiance ». On sait, d'après l'article 314-1 précité, que le détournement peut être caractérisé lorsque le récipiendaire fait un usage du bien contraire à celui déterminé par les parties. On parle, dans ce cas, d'usage abusif ou de détournement d'affectation. « *Cette désaffectation, écrit M. E. DREYER, correspond au détournement au sens strict : le propriétaire s'aperçoit, pendant la mise à disposition (...), [que la chose] a été affectée à un usage différent de l'usage convenu* »¹⁶⁵¹.

À la lumière de ces observations, il nous apparaît que la confiance peut se prêter à un tel détournement. Lorsque l'employeur accorde, c'est-à-dire remet, en effet, par l'intermédiaire du contrat de travail, sa confiance au salarié, il y a tout lieu de penser que c'est à charge, pour ce dernier, comme l'exige le texte d'incrimination, « *d'en faire un usage déterminé* »¹⁶⁵². On ne remet jamais sa confiance pour qu'elle soit bafouée. De telle sorte que, en utilisant son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il est rémunéré, le salarié fait un usage abusif de la confiance de l'employeur. Il affecte cette confiance « *à une destination autre que celle prévue lors de la remise* »¹⁶⁵³. En un mot, il la « détourne » ...

577 - Par-delà le détournement d'affectation, la mauvaise utilisation du temps de travail par le salarié peut également s'analyser comme une dissipation du bien remis ; ce qui est une

¹⁶⁴⁷ C. pén. art. 314- 1 préc. (nous soulignons).

¹⁶⁴⁸ V. not. Cass.crim., 19 juin 2013 préc.

¹⁶⁴⁹ En ce sens, L. SAENKO, note sous Cass.crim., 19 juin 2013, spéc., n° 14.

¹⁶⁵⁰ Formule empruntée à A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, coll. Thémis, 2015, spéc., n° 782.

¹⁶⁵¹ E. DREYER, *Droit pénal spécial*, ouv. préc., spéc., n° 830.

¹⁶⁵² Cf. C. pén. art. 314-1 préc.

¹⁶⁵³ Selon la définition du « détournement » retenue par le professeur Vitu, cf. A. VITU, *Droit pénal spécial*, t. 2, Cujas, 1982, n° 2397.

autre forme de détournement¹⁶⁵⁴. Assurément, en agissant à des fins concurrentielles pendant l'exécution de son contrat, le salarié détruit la confiance de son employeur. Il commet un abus de confiance, et même, pourrions-nous dire, un *abusus* de confiance...

578 - L. SAENKO s'interroge au sujet de l'abus de confiance portant sur le « temps de travail » : « *Où est le bien (ou les fonds) détourné(s) par le salarié au préjudice de l'employeur ?* »¹⁶⁵⁵. L'auteur estime qu'« *il est difficile, voire impossible de répondre* »¹⁶⁵⁶. La réponse existe pourtant. Face à ce constat d'échec, pourquoi ne pas solliciter le « bien-confiance » ?

579 - Il y a une cinquantaine d'années R. SAVATIER écrivait, dans un tout autre registre, que « *le médecin remplaçant un confrère ne peut détourner dans l'avenir, sur sa tête, la confiance des clients que lui a très provisoirement confié le médecin remplacé* ». En poursuivant notre marche parallèle des idées¹⁶⁵⁷, nous dirions, aujourd'hui, qu'il en va de même pour le salarié, qui se voit remettre la confiance de l'employeur. Un « bien quelconque » au sens de l'article 314-1 du Code pénal, susceptible de « remise (juridique) » et de « détournement » ; un nouvel objet de propriété, si l'on ose dire, que l'infraction d'abus de confiance pourrait avoir pour fonction de protéger...

Sous-section 2 : La protection de la propriété de la confiance

580 - Les décisions faisant porter l'abus de confiance du salarié sur le « temps de travail » mal employé apparaissent d'autant plus incompréhensibles pour la doctrine que cette infraction, rangée au sein du Titre I du Livre III consacrée aux « appropriations frauduleuses », est censée protéger la propriété. « *Outre que cette jurisprudence est contraire à la lettre du texte, écrit Mme V. MALABAT, elle dénature également le délit d'abus de confiance en l'écartant de la protection de la propriété* »¹⁶⁵⁸. M. G. BEAUSSONIE tient à peu près le même discours. « *L'on ne semble plus bien savoir, note-t-il, si [l'infraction d'abus de confiance] garde vocation à préserver la propriété ou, plus largement, si elle doit désormais être perçue comme garantissant la confiance en général* »¹⁶⁵⁹. Pour M. N. BALAT et Mme F. SAFI, cela ne fait aucun doute. « *À force d'étendre le champ de l'abus de confiance, les juges en font une infraction qui protège la foi contractuelle et non plus la propriété* »¹⁶⁶⁰ ...

581 - Alors qu'il semblait acquis que l'infraction d'abus de confiance n'avait, en dépit de son nom, jamais eu pour fonction de protéger la confiance¹⁶⁶¹, voilà que les choses pourraient bien avoir évolué. « *La chambre criminelle en vient, nous dit-on, par son interprétation de l'article 314-1 du Code pénal, à protéger la confiance dominant la relation individuelle de*

¹⁶⁵⁴ À noter que l'article 408 de l'ancien Code pénal distinguait les termes de « détournement » et de « dissipation ». Dans un souci de simplification, l'article 314-1 du nouveau Code ne se réfère désormais qu'au « détournement » ; cf. sur ce point, J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 8^e éd., Cujas, 2020, n° 929.

¹⁶⁵⁵ L. SAENKO, obs. sous Cass.crim., 3 mai 2018, préc.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*

¹⁶⁵⁷ Cf. *supra*, n° 536.

¹⁶⁵⁸ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Coll. HyperCours, 9^e éd., 2020, n° 840, p. 522.

¹⁶⁵⁹ G. BEAUSSONIE, note sous Cass.crim., 16 nov. 2011, *D.* 2012, p. 137.

¹⁶⁶⁰ N. BALAT et F. SAFI, « La sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle : l'abus de confiance ? », *D.* 2016, p. 1409.

¹⁶⁶¹ C. SOUWEINE, « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier*, PUG, 1993, p. 303, n°3 ; contra., Y. MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance », *RSC.* 2006, p. 809.

travail (...). Clairement, il n'y alors plus de lien immédiat avec la propriété »¹⁶⁶². En réprimant dorénavant la trahison de la confiance accordée en lieu et place de la propriété, l'abus de confiance aurait changé sa « mécanique constitutive »¹⁶⁶³, sans que la cohérence y gagne.

« Appliquer la qualification d'abus de confiance au salarié qui consacre son temps de travail à autre chose qu'à l'exercice de sa mission de travail, souligne M. L. SAENKO, n'a pas grand sens, si ce n'est pas la référence à la trahison »¹⁶⁶⁴ ; mais on serait alors, déplore l'auteur, « bien loin du droit des biens »¹⁶⁶⁵...

582 - Qu'il nous soit permis d'avoir une vision quelque peu différente et moins éloigné du droit des biens qu'on le dit. Ce n'est pas parce que le délit d'abus de confiance réprime désormais, s'il ne l'a pas toujours fait¹⁶⁶⁶, la trahison de la confiance accordée, qu'il ne protège plus la propriété. Tout au contraire, dès lors que la confiance satisfait aux critères du « bien », elle devient un objet de propriété.

Il en résulte que, en utilisant abusivement son temps de travail, le salarié ne détourne pas seulement la « confiance » de l'employeur. Il porte aussi atteinte à la propriété de celle-ci. Une propriété certes élargie au « patrimoine », qui ne se limite pas au droit d'user, de jouir et de disposer, mais une propriété tout de même¹⁶⁶⁷.

583 - Pour les auteurs, l'évolution de la jurisprudence sur l'abus de confiance serait telle que le délit se transformerait, aujourd'hui, « en une sanction alternative de l'inexécution d'une obligation contractuelle »¹⁶⁶⁸. « En rognant une fois de plus sur les conditions préalables et les éléments constitutifs de l'abus de confiance, écrit M. J.- H. ROBERT, la chambre criminelle fait de sa répression la sanction de toute inexécution des obligations contractuelles, au point qu'on pourra lire l'article 1134 du Code civil (devenu art. 1103) : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, sous les peines de l'article 314-1 du Code pénal »¹⁶⁶⁹.

Il va de soi qu'en érigeant la confiance de l'employeur en possible objet de l'abus de confiance, nous n'encourageons pas un tel « détournement » de l'infraction¹⁶⁷⁰. L'abus de confiance ne saurait, en effet, quel que soit l'objet sur lequel il porte, servir à réprimer une simple erreur ou négligence du contractant. Il suppose toujours « une intention frauduleuse »¹⁶⁷¹. Ce qui implique de s'assurer que « l'auteur de l'infraction ait eu le désir de trahir la personne dont il a précisément reçu la confiance »¹⁶⁷². Si tel n'est pas le cas, la sanction

¹⁶⁶² Cf. « L'abus de confiance comme moyen de pénalisation de la relation de travail », *Dr. pénal* 2014, dossier 2, (étude par les étudiants du Master 2 pénal et sciences criminelles de l'université Toulouse 1 Capitole), spéc., n° 20.

¹⁶⁶³ *Ibid.*, spéc., n° 19.

¹⁶⁶⁴ L. SAENKO, obs. sous Crim. 3 mai 2018, préc.

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶⁶ En ce sens, v. Y. MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance », art. préc., spéc., n° 3 : pour qui le délit d'abus de confiance est, depuis ses origines, « un instrument de protection de la confiance, spécialement issue des relations économiques ».

¹⁶⁶⁷ À rapp. A. VITU, *Traité de droit criminel : droit pénal spécial*, Cujas, 1982, n° 2201 : affirmant que « c'est (...) dans le sens de patrimoine qu'il faut entendre l'expression "les propriétés", employée par le Code Pénal. La protection pénale n'est donc pas réservée à la propriété, au sens civiliste du terme, c'est-à-dire d'user, de jouir, ou de disposer d'une chose ; elle s'étend à tous les biens sur lesquels une personne possède des droits ».

¹⁶⁶⁸ N. BALAT et F. SAFI, « La sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle : l'abus de confiance ? », art. préc.

¹⁶⁶⁹ J.-H. ROBERT, « Le droit vit une époque formidable », *Dr. pénal* 2016. Repère 5.

¹⁶⁷⁰ À comp. V. MALABAT, « La sanction pénale du détournement de son temps de travail par un salarié : détournement de l'abus de confiance ? », *RDT*. 2013, p. 767.

¹⁶⁷¹ Cf. Solution constante depuis *Cass. crim.*, 4 avril 1924, *DH*. 1924, p. 371.

¹⁶⁷² C. SAMET, *La naissance de la notion d'abus de confiance dans le ressort du parlement de Paris au cours du XVIIIe siècle*, préf. Y. Bongert, Presse universitaire de France, 1989, p. 30.

doit être civile, et non pénale.

Pour reprendre une distinction mise en avant par M. A. CHIREZ¹⁶⁷³, on peut ainsi dire qu'il existe une différence entre la « confiance non honorée » et la « confiance abusée » au sens de l'article 314- 1 du Code pénal. Là où la première « *relève du seul droit des rapports privés* », la seconde, « *dépassant de très loin la seule inexécution du contrat, constitue une exploitation et un détournement de la foi d'un contractant* »¹⁶⁷⁴.

584 – Il ne fait aucun doute, en ce qui nous concerne, que le salarié, qui agit à des fins concurrentielles durant l'exécution de son contrat, comme dans les arrêts critiqués, détourne, sciemment, en connaissance de cause, la confiance de son employeur et commet, par cela même, un abus(us) de confiance.

Conclusion de la Section 2 :

585 - Force est de constater, en définitive, que ce que l'on ne parvient pas à expliquer par le « temps de travail » ou la « force de travail » devient nettement plus compréhensible avec la « confiance accordée » ...

Conclusion du Chapitre II :

586 - Que l'on adhère ou non à notre vision réifiée de la confiance, ce sentiment, une fois extériorisé par le contrat de travail, s'avère, en toute hypothèse, toujours plus patrimonial que le « temps de travail », qui n'a rien, mais alors absolument rien, pas même un iota de « bien ».

587 - « *Si l'étude isolée de chacun des arrêts de la Cour de cassation, relève Mme F. SAFI, conduit les auteurs à déplorer un élargissement du domaine de l'abus de confiance, une étude d'ensemble combinant les différentes solutions jurisprudentielles permet d'aboutir à un bilan bien plus inquiétant : désormais, plus rien ne reste de la structure principale de l'abus de confiance, tel qu'il est conçu et déterminé par la loi* »¹⁶⁷⁵ ...

Nul doute que l'appel au « bien-confiance » pourrait être un moyen de redonner un peu de cohérence et de sens à une jurisprudence à la dérive¹⁶⁷⁶.

¹⁶⁷³ A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th.préc., spéc., n° 421, p. 575.

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*, n°443, p. 600.

¹⁶⁷⁵ F. SAFI, « Les nouvelles frontières de l'abus de confiance », art. préc., spéc., p. 556.

¹⁶⁷⁶ Cf. H. MATSOPOULOU, « Abus de confiance : les “dérives jurisprudentielles” », *RSC*. 2013, p. 813.

Conclusion du Titre 2 :

588 - « *Au-delà d'effluves moraux indéniables, la confiance a aussi- et peut-être, surtout - une valeur économique* », souligne Mme M. CHAGNY¹⁶⁷⁷. Elle peut également « *faire l'objet d'un échange économique* », ajoute Mme J. ROCHFELD¹⁶⁷⁸ ...

589 - Dans la mesure où la confiance satisfait aux deux critères essentiels du « bien » que sont la valeur économique et l'aptitude à circuler, l'hypothèse du « bien-confiance » se devait d'être formulée, ne serait-ce que pour être discutée.

590 - Le doyen Savatier insistait sur la nécessité pour le « bien » des juristes de « *rejoindre aussi exactement que possible la "richesse" des économistes* »¹⁶⁷⁹. Le « bien-confiance » a le mérite d'harmoniser les discours. Il réussit l'alchimie dans ce cadre propice à son épanouissement qu'est la relation de travail.

591 - « *L'objet de l'abus de confiance serait-il "quelconque" ne peut pas pour autant être n'importe quoi* », prévient M. N. THOMASSIN¹⁶⁸⁰. Qu'on se le dise : contrairement au « temps de travail », le « bien-confiance » n'a rien d'insensé. Il peut être « remis » par l'employeur et « détourné » par le salarié. C'est, en tout cas, ce que nous soutenons et ce que nous nous sommes efforcés de démontrer ici.

Conclusion de la Partie II :

592 - Lorsqu'elle est porteuse d'une « espérance légitime », la confiance suscitée auprès du salarié permet d'ériger les « créances imparfaites » en « biens » protégés au titre de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 de la Conv. EDH. Elle assure ainsi une fonction patrimoniale dont les manifestations pourraient être nombreuses dans la relation de travail. On songe, en particulier, à l'indemnité de licenciement, qui cherche encore son fondement...

593 - La confiance accordée par l'employeur représente, quant à elle, une véritable valeur patrimoniale. Elle génère des profits, se transmet, et peut, à ce titre, s'analyser comme un « bien », avec les conséquences que cela implique en termes de « remise » et de « détournement » au sens de l'article 314- 1 du Code pénal.

¹⁶⁷⁷ M. CHAGNY, « La confiance dans les relations d'affaires », in *La Confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénabou et M. Chagny, Dalloz, 2008, pp. 35-36.

¹⁶⁷⁸ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, 2011, n° 18, p. 234.

¹⁶⁷⁹ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé*, Troisième série, Approfondissement d'un droit renouvelé, Dalloz, Paris 1959, p. 171.

¹⁶⁸⁰ N. THOMASSIN, « Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente) », *D.* 2012, p. 964.

Conclusion générale

594 - « *Le droit ne saisit pas le sentiment lui-même* »¹⁶⁸¹, écrivait le doyen G. CORNU. « *Si le sentiment reste sentiment, il échappe au droit* », poursuivait-il¹⁶⁸². La confiance légitime repose, quant à elle, sur des éléments objectifs, des actes, des paroles, etc. Elle sort de l'esprit humain, accède à la vie juridique et anime la relation de travail. Elle crée des obligations, sculpe des créances, souligne les abus et peut, lorsqu'elle est trompée, neutraliser des droits. Elle conforte ainsi ce que M. J. Van MEERBEECK a fort justement appelé « *la conception fiduciaire de la sécurité juridique* »¹⁶⁸³, conception dynamique, disait Demogue¹⁶⁸⁴ (4). Dans un monde qui bouge, dans une relation qui a vocation à s'étaler dans la durée, les droits et les obligations des parties ne peuvent pas être figées. Le contrat de travail s'écrit à mesure qu'il s'exécute et « *la confiance que l'homme met en ses semblables ou en ses supérieurs vient ainsi calmer, au fond de son cœur, l'inquiétude suscitée par le monde de l'inconnu des règles* »¹⁶⁸⁵.

595 - La confiance n'est pas simplement la face cachée du contrat de travail¹⁶⁸⁶ ou l'âme de celui-ci¹⁶⁸⁷. Elle est son carburant le plus pur, le plus juste, celui qui prévient les voltes-faces et rend le futur prévisible. Pour reprendre les mots de F. OST, « *c'est comme si soudain l'avenir prenait corps et qu'une consistance normative lui était attribuée sous la forme d'une anticipation confiante* »¹⁶⁸⁸.

596 - Si la confiance dirige la relation de travail et conditionne son maintien, elle fonde aussi, comme le répétait E. Lévy, la responsabilité. Celle du candidat à l'embauche, en particulier, celui qui ment sur son curriculum vitae, pratique inacceptable, au moins au-delà d'un certain point. L'article 1112-1 du Code civil, qui associe désormais l'obligation précontractuelle d'information à la notion de « confiance légitime » confirme, s'il en était besoin, que l'œuvre du juriste lyonnais était une œuvre d'avenir.

597 - À la fin de sa thèse, M. A. CHIREZ se demande si on ne s'achemine pas « *vers la reconnaissance d'un droit de faire confiance* »¹⁶⁸⁹. Nous dirions plutôt, quant à nous, vers *un droit au respect de la confiance légitime*. Ce que pourrait suggérer la prise en compte de cette « vieille notion neuve » par le droit de la responsabilité civile qui, on le sait, est un « *grand*

¹⁶⁸¹ G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 71, spéc., p. 80.

¹⁶⁸² *Ibid.*

¹⁶⁸³ J. van MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, préf. F. Ost, Limal-Bruxelles, Anthemis, Presses de l'Université Saint-Louis, 2014 ; pour application de cette conception dans les rapports de droit privé, v. du même auteur, « Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat », *RIEJ*, 2016, vol. 76, pp. 97-118, p. 97.

¹⁶⁸⁴ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du Droit privé*, Arthur Rousseau éd., Paris, 1911, p. 71 et s.

¹⁶⁸⁵ J. CARBONNIER, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit*, LGDJ, 1969, p. 112, spéc., p. 113.

¹⁶⁸⁶ J. van MEERBEECK, « Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat », art. préc.

¹⁶⁸⁷ À comp. G. Cornu, *RTD Civ.* 1963, p. 574.

¹⁶⁸⁸ F. OST, « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat*, Actes du colloque de Nantes, Association Henri Capitant, 1999, p. 137, spéc., p. 146.

¹⁶⁸⁹ A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. préc., n° 466, pp. 629-630.

accoucheur de droits subjectifs nouveaux »¹⁶⁹⁰. Tout comme le droit pénal¹⁶⁹¹, au sein duquel, nous l'avons constaté avec l'abus(us) de confiance du salarié, la notion sentimentale a également toute sa place.

598 - Au risque de participer un peu plus à la « *pulvérisation des droits subjectifs* »¹⁶⁹², l'écriture esquissée ici de ce *droit au respect de la confiance légitime* resterait à entreprendre ...

¹⁶⁹⁰ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La notoriété, Essai sur l'appropriation d'une valeur économique, par Claud-Alébric Maetz », *JCP G.* 2011, 469.

¹⁶⁹¹ En ce sens, v. J.-Ch. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *Droit pénal*, 2011, n° 9, étude 20, n° 1, soulignant que « *le droit pénal participe également de la création des droits subjectifs de manière comparable à la théorie de la responsabilité civile* ».

¹⁶⁹² Sur cette pulvérisation, v. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, Champs, 1996, pp. 121-126.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, manuels et traités (juridique et extrajuridiques)

- ANCEL (P.)**, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, coll. Séquences, 2018, p. 249.
- AUBRY (C.) et RAU (C.)**, *Droit civil français*, T.9, LGDJ, 5^{ème} éd., 1917.
- AUZERO (G.), BAUGARD (D.) et DOCKÈS (E.)**, *Droit du travail*, Dalloz, 34^{ème} éd., 2021.
- BERGEL (J.-L.), S. CIMAMONTI (S.), ROUX (J.-M) et TRANCHANT (L.)**, *Traité de droit civil - Les biens*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019.
- BRUN (A.) et GALLAND (H.)**, *Droit du travail*, t. 1, Sirey, 2^{ème} éd., 1978.
- CARBONNIER (J.)** :
- *Droit civil, Tome 4, Les Obligations*, PUF, 22^{ème} éd. (refondue), 2000.
 - *Droit civil, vol. II, Les biens, les obligations*, PUF, Quadrige, 2004.
 - *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, Champs, 1996, pp. 121-126.
- CHAPUS (R.)**, *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, coll. « Domat », 15^e éd., 2001.
- CHÉNEDEÉ (F.)**, *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations-innovations-perspectives*, Dalloz, 2^{ème} éd., nov. 2018.
- CICÉRON** :
- *De Off.*, I, VII, 23, trad., E Sommer, Paris, Hachette, 1877.
 - *De Off.*, I, 23, trad. M. Testard, Paris, Les Belles Lettres, 1965.
- CONTE (Ph.)**, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2019.
- CORNU (G.)** :
- *Droit civil - Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2005.
 - *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, PUF, coll. Quadrige, 12^{ème} éd., 2018.
- COULOMBEL (P.)**, *Introduction à l'étude du droit et de droit civil*, LGDJ, 1969.
- DEMOGUE (R.)** :
- *Les notions fondamentales du Droit privé*, Arthur Rousseau éd., Paris, 1911.
 - *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, Librairie Arthur Rousseau, 1923.
- DEROUSSIN (D.)**, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2^e éd., 2012.
- DISSAUX (N.) et Ch. JAMIN (Ch.)**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016.
- DREYER (E.)**, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020.
- DROSS (W.)**, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012.
- DURAND (P.)**, *Traité de Droit du Travail*, t. II, avec le concours de André VITU, Dalloz, Paris, 1950.
- DURKHEIM (E.)**, *Les règles de la méthode sociologique* (1894), rééd., Les Classiques des sciences sociales, 16^{ème} éd., 1967, p. 22.
- ESMEIN (P.)**, *Cours de droit civil approfondi*, Paris, Les cours de droit, 1957.
- FABRE-MAGNAN (M.)** :
- *Droit des obligations. I - Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 4^{ème} éd., 2016.
 - *Droit des obligations. I - Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 5^{ème} éd., 2019.

- *Droit des obligations. 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis droit, 4^{ème} éd., 2019.
 - *Droit des obligations. 2 - Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis droit, 5^{ème} éd., 2021.
- FAGES (B.)**, *Droit des obligations*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2018.
- FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.)**, *Droit du travail*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.)** :
- *Droit civil, Les obligations - 1. L'acte juridique*, Sirey, 16^{ème} éd., 2014.
 - *Droit civil, Les obligations - 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2011.
 - *Droit civil, Les obligations - 3. Le rapport juridique*, Sirey, 7^{ème} éd., 2011.
- FREYBURGER (G.)**, *Fides, Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, Les Belles Lettres, 2^e tirage, 2009.
- GAUDEMET (E.)**, *Théorie générale des obligations (1937)*, Dalloz, rééd. 2004.
- GAUDU (F.) et VATINET (R.)**, *Les contrats du travail. Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001.
- GAUDU (F.) et BERGERON-CANUT (F.)**, *Droit du travail*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2018.
- GIRARD (P.-F.)**, *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. présentée par J.-Ph. Lévy, Dalloz, 2003.
- GHESTIN (J.)** :
- *La formation du contrat*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1988.
 - *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993.
- GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.)**, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction général*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994.
- GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.)**, *La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013.
- GHESTIN (J.) et BARBIER (H.)**, avec le concours de J.-S. BERGÉ, *Introduction générale*, T. 1, LGDJ, 5^{ème} éd., 2018.
- GRIMALDI (G.)**, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, coll. Les intégrales, 2019.
- HANARD (G.)**, *Droit romain, t. 1, Notions de base*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1997.
- HAURIOU (M.)**, *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif (1899)*, Dalloz, 2012
AN, F17/24686, notes d'appréciation du 22 mai 1910.
- M. HUMBERT (M.) et D. KREMER (D.)**, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, 12^e éd., 2017.
- JEAMMAUD (A.), PÉLISSIER (J.) et SUPIOT (A.)**, *Droit du travail*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2008.
- JOSSERAND (L.)**, *Cours de droit positif français*, t. 1, Recueil Sirey, 3^{ème} éd., 1938.
- JOURDAIN (P.)**, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 7^{ème} éd., 2007.
- LEPAGE (A.) et MATSOPOULOU (H.)**, *Droit pénal spécial*, PUF, coll. Thémis, 2015.
- Le TOURNEAU (Ph.) et alii** :
- *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2018.
 - *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2019.
 - *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2020.
- LÉVY (E.)**, *Les fondements du droit*, Paris, Alcan, 1933.
- LÉVY (J. Ph.) et CASTALDO (A.)**, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010.
- LOKIEC (P.)** :
- *Droit du travail. T. 1 – Les relations individuelles de travail*, PUF, coll. Thémis droit, 2011.

- *Droit du travail*, PUF, coll. Thémis droit, 2019.
- LYON-CAEN (G.)**, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ, 1955.
- MALABAT (V.)**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Coll. HyperCours, 9^{ème} éd., 2020.
- MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.)** :
 - *Les obligations*, Defrénois, LGDJ, 5^{ème} éd., 2011.
 - *Les obligations*, Defrénois, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018.
 - *Les biens*, Defrénois, LGDJ, 6^{ème} éd., 2015.
- MALINVAUD (Ph.), MEKKI (M.) et SEUBE (J.-B.)**, *Droit des obligations*, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.)** :
 - *Droit civil. Les obligations : les sources*, t. 1, Sirey, 2^{ème} éd., 1988.
 - *Droit civil, Les obligations*, t. 2, 1^{er} vol., Sirey, 1962.
- MAZEAUD (A.)** :
 - *Droit du travail*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 9^{ème} éd., 2014.
 - *Droit du travail*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 10^{ème} éd., 2016.
- OST (F.)**, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 422.
- PLANIOL (M.)**, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1 (avec la collaboration de G. RIPERT), LGDJ, 11^{ème} éd., 1928.
- PESKINE (E.) et WOLMARK (C.)** :
 - *Droit du travail*, Dalloz, coll. HyperCours, 9^{ème} éd., 2014.
 - *Droit du travail*, Dalloz, coll. HyperCours, 11^{ème} éd., 2017.
 - *Droit du travail*, Dalloz, coll. HyperCours, 14^{ème} éd., 2021.
- POLYBE**, XXXVI, 4.2-3, trad. D. Roussel, Paris, Gallimard, 2005.
- PRADEL (J.) et DANTI-JUAN (M.)**, *Droit pénal spécial*, 8^{ème} éd., Cujas, 2020.
- ROCHFELD (J.)**, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, 2011.
- ROLAND (H.) et BOYER (L.)**, *Les adages du droit français*, L'Hermès, 2^{ème} éd., 1986.
- ROUBIER (P.)**, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 1951, rééd. Dalloz, 2005.
- SÉRIAUX (A.)** :
 - *Droit des obligations*, PUF, 1^{re} éd., 1992.
 - *Droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd., 1998.
- SUDRE (F.)**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15^{ème} éd., 2021.
- SUDRE (F.), MARGUÉNAUD (J.-P.), ANDIRANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.)**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, coll. Thémis droit, 4^{ème} éd., 2007.
- TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.) et CHÉNEDÉ (F.)**, *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2019.
- VINEY (G.)**, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1995.
- VINEY (G.) et JOURDAIN (P.)**, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006.
- VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.)** :
 - *Les conditions de la responsabilité*, LDGJ, 4^{ème} éd., 2013.
 - *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2017.
- VITU (A.)**, *Droit pénal spécial*, t. 2, Cujas, 1982.
- Von IHERING (R.)**, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, (trad. O. De. MEULENAERE), Paris, A. Marescq, 2^e éd., 1880, t. 1.

II. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies (juridiques et extrajuridiques)

- ALBARIAN (A.)**, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel*, préf. J. Mestre, Mare & Martin, 2012.
- AUBRY (H.)**, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, préf. A. Ghazi, PUAM, 2002.
- ARROW (K.)**, *Les limites de l'Organisation* (1974), trad. française par Tradecom, PUF, 1976.
- AUDIER (J.)**, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, th. dactyl., Aix-en-Provence, 1975.
- AUDIT (P.-E.)**, *La « naissance » des créances. Approche critique du conceptualisme juridique*, préf. D. Mazeaud, Dalloz, 2015.
- BADINTER (R.) et LYON-CAEN (A.)**, *Le travail et la loi*, Fayard, 2015.
- BAUGARD (D.)**, *La sanction de requalification en droit du travail*, préf. G. COUTURIER, IRJS, 2011.
- BAYET (J.)**, *Histoire politique et psychologique de la religion romaine*, Paris, Payot, 1973.
- BEAUSSONIE (G.)**, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal. Contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, préf. B. de Lamy, LGDJ, 2009.
- BERLIOZ (G.)**, *Le contrat d'adhésion*, préf. B. Goldman, LGDJ, 1973.
- BERLIOZ (P.)**, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2007.
- BLOCH (C.)**, *La cessation de l'illicite : Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, préf. R. Bout, avant-propos Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2008.
- BIGIAOUI (L.)**, *L'abus de droit en droit du travail*, th. Paris I, 2002.
- BODECHER (M.)**, *La perte de confiance et les mécanismes de rupture du contrat de travail*, th. Aix-en-Provence, 1986.
- BOISMAIN (C.)**, *Les contrats relationnels*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2005.
- P. BOUFFARTIGUE (P.)**, *Les cadres. Fin d'une figure sociale*, La dispute, 2001.
- BOURDIEU (P.)**, *Manet. Une révolution symbolique, Cours au Collège de France (1998-2000)* suivis d'un manuscrit inachevé de Pierre et Marie-Claire Bourdieu, Raison d'agir/ Seuil, 2013.
- BOYER (L.)**, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse dactyl., Toulouse, 1947.
- BRÉJON (J.)**, *Fraus legis*, Rennes, 1941, p. 29.
- CADIET (L.)**, *Le préjudice d'agrément*, th. dactyl., Poitiers, 1983.
- CALMES (S.)**, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, préf. D. Truchet, Dalloz, 2001.
- CARBONNIER (J.)**, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, 2006.
- CARVAL (S.)**, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1995.
- CASSIÈDE (M.)**, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, th. Bordeaux, 2018.
- CÉLICE (B.)**, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1968.
- CHABAS (J.)**, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Sirey, 1931.
- CHANOT-WALINE (M.)**, *La transmission des clientèles civiles*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1994.
- CHIREZ (A.)**, *De la confiance en droit contractuel*, th. dactyl., Nice, 1977.
- D'HAL.**, *Les Antiquités romaines*, II, 75, trad. par V. Fromentin et J. Schnäbele, Paris, Les Belles Lettres.
- DANIS-FATÔME (A.)**, *Apparence et contrat*, préf. G. Viney, LGDJ, 2001.

DIEUX (X.), *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, préf. M. Honatiau, av.-pr., P. van Ommeslaghe, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 1995.

DROZ (J.) dir., *Histoire du socialisme*, t. II : De 1875 à 1918, PUF, 1974.

DUMÉZIL (M.), *Mitra-Varuna. Essai sur deux représentations indo-européennes de la souveraineté*, Gallimard, 2^e éd., 1948.

DUPOUX (L.), *L'indemnité de licenciement*, th. dactyl., Rennes, 1942.

DURKHEIM (E.), *Lettres à Marcel Mauss*, présentées par Ph. Besnard et M. Fournier, PUF, 1998.

EDEL (V.), *La confiance en droit des contrats*, Montpellier, 2006.

EMERICH (Y.), *La propriété des créances*, préf. F. Zénati-Castaing, LGDJ, 2007.

ENCINAS de MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 1996.

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie* (1992), préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014.

FERENTINOU (A.), *Le principe de confiance légitime en droit de l'Union européenne*, th. Paris II, Panthéon-Assas, 2021.

FUKUYAMA (F.), *La confiance et la puissance : vertus sociales et prospérité économique* (1995), trad. P.-E. Dauzat, Plon, 1997.

GENICON (Th.), *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007.

GUERLIN (G.), *L'attente légitime du contractant*, th. dactyl., Université de Picardie, 2008.

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, 1985.

GASBAOUI (J.), *Normes comptables et droit privé. Analyse juridique des documents comptables*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2014.

GATTON (L.-K.), *Les clauses de variation du contrat de travail*, préf. P. Rodière, Dalloz, 2011.

GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. Lequette, Defrénois, 2007.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912.

HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, préf. Y. Lequette, éd. Panthéon-Assas, 2017.

HELLEGOUARC'H (J.), *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*, Paris, 2^e éd., 1972.

HERRERA (C. M.), *Droit et gauche. Pour une identification*, Les Presses de l'Université de Laval, 2003, spéc., pp. 65 à 71.

HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. MUIR WATT, PUF, 2001.

ILEVIA (V.), *L'exigence d'objectivité en droit du travail*, th. Université de Nanterre – Paris X, 2018.

IZORCHE (M.-L.), *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. Mestre, PUAM, coll. Droit des affaires, 1995.

JACQUES (P.), *Regards sur l'article 1135 du code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, 2005.

JEAN-BAPTISTE (W.), *L'espérance légitime*, préf. J.-P. Marguénaud, Fondation de Varenne, 2011.

JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie de l'abus des droits*, préf. D. Deroussin, Dalloz, 2^e éd., 2006 (1927).

KANT (E.), *Doctrine de la vertu*, I, II, 47.

LASALLE (R.), *Théorie systématique des droits acquis*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1904, t. II.

LAURENT (É.), *Économie de la confiance*, La Découverte, 2012.

Le BAYON (M.), *Notion et statut juridique des cadres de l'entreprise privée*, préf. H. Blaise, LGDJ, 1975.

LECLERCQ (P.), *Les clientèles attachées à la personne*, préf. P. Catala, LGDJ, 1965.

LECŒUR (Ch.), *La notion d'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, a-p. P.-H. Antonmattei et préf. M. Buy, PUAM, 2015.

LEFER (C.), *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, th. Paris II, Panthéon-Assas, 2016.

LÉONARD (Th.), *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, préf. de M. Coipel et de L. Cornelis, Larcier, Coll. de thèses, Bruxelles, 2005, p. 770.

LÉVY (E.), *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, sous la direction de Charles Massigli, (1896), rééd., Hachette Livre, BNF, 2018.

LÉVY (E.), *La vision socialiste du droit*, Giard, Paris, 1926, rééd. Hachette Livre, BNF, 2018.

LICARI (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. Cl. Witz, a-p. M. Martinkek, Paris, Litec, 2002.

LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005.

JAMIN (Ch.) et MAZEAUD (D.) dir., *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

MAETZ (C.-A.), *La notoriété : essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, préf. J. Mestre et D. Porrachia, PUAM, 2010.

MAGDELAIN (A.), *Les actions civiles*, Publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris, XI, 1954, p. 42.

MARTINON (A.), *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, préf. B. Teyssié, Dalloz, 2005.

MARZANO (M.), *Éloge de la confiance*, Fayard, coll. Pluriel, 2010.

MATHIEU-GÉNIAUT (Ch.), *La vie personnelle du salarié*, th. Lyon 2, 2004.

MEDAWAR (N.), *Le mandataire social-salarié*, th. Montesquieu Bordeaux IV, 2001

M. MILET, *Les professeurs de droit citoyens*, th. Paris II, 2000.

MORIN-GALVIN (A.), *La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Contribution au dialogue des juges en droit du travail*, préf. A. Mazeaud, LGDJ, 2013.

MOUTEL (B.), *L'“effet horizontal“ de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, th. Limoges, 2007 (disponible sur internet).

NAJJAR (I.), *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967.

NEAU-LEDUC (Ph.), *La réglementation de droit privé*, préf. Th. Revet, Paris, Litec, 1998.

NEVEU (V.), *La confiance organisationnelle : une approche en terme de contrat psychologique*, th. Paris I, 2004.

NOIROT (R.), *Les dates de naissance des créances*, th. Paris V, 2013.

PEYREFITTE (A.), *La société de confiance. Essai sur les origines et la nature du développement*, Odile Jacob, Paris, 1995.

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, 1989.

PUTMAN (E.), *La formation des créances*, th. Aix-Marseille, 1987.

RADÉ (Ch.), *Droit du travail et responsabilité civile*, préf. J. Hauser, LGDJ, 1997.

- RAY (J.-E.),** *La mobilité du salarié : mobilité géographique, professionnelle, réduction du salaire*, Liaisons Wolters Kluwer éd., coll. Droit vivant - Les essentiels, 2014.
- REJET (Th.),** *La force de travail. Étude juridique*, préf. F. Zenati, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1992.
- RIPERT (G.) :**
- *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946.
 - *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1948.
 - *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1955.
- ROULAND (N.),** *Pouvoir politique et dépendance personnelle dans l'Antiquité romaine. Genèse et rôle des rapports de clientèle*, Latomus, 1979.
- ROSA (F.),** *Les actes de réglementation privé*, th. dactyl., Paris I, 2011.
- ROSE (H.) et STRILLOU (Y.):**
- *Droit du licenciement des salariés protégés*, Economica, 5^{ème} éd., 2016.
 - *Droit du licenciement des salariés protégés*, Economica, 6^e éd., 2020.
- RIEG (A.),** *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961.
- SALEILLES (R.):**
- *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901.
 - *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1914.
- SAMET (C.),** *La naissance de la notion d'abus de confiance dans le ressort du parlement de Paris au cours du XVIII^e siècle*, préf. Y. Bongert, Presse universitaire de France, 1989.
- SAVATIER (J.),** *Étude juridique de la profession libérale*, th. dactyl., Poitiers, 1946.
- SAVATIER (R.),** *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé, Troisième série, Approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, Paris, 1959.
- SCHILLING (R.),** *La religion romaine de Vénus depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, De Broccart, 1982.
- SONET (A.),** *Le préavis en droit privé*, préf. F. Bussy, PUAM, 2003.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.),** *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. Bout, avant-propos A. Sériaux, LGDJ, 2000.
- SUPIOT (A.),** *Critique de droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2^e éd., 2007.
- TISSEYRE (S.),** *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2012.
- VALETTE (V.),** *La personne mise en cause en matière pénale*, préf. Ph. Conte, LGDJ, fond. Varenne, 2002.
- VALORY (S.),** *La potestativité dans les rapports contractuels*, préf. J. Mestre, PUAM, 1999.
- Van MEERBEECK (J.),** *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, préf. F. Ost, Limal-Bruxelles, Anthemis, Presses de l'Université Saint-Louis, 2014.
- ZÉNATI (F.),** *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse Lyon, 1981.

III. Études (JurisClassseurs et Répertoires)

AUBRÉE (Y.) :

- « Contrat de travail : existence – Formation – Formation du contrat de travail », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, janv. 2014 (actu. Mars 2020).
- « Période d’essai », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2019, (actu. sept. 2019).

AUZERO (G.) et FERRIER (N.), « Cumul d’un contrat de travail et d’un mandat social - Cumul au sein d’une même société », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, avril 2021.

AUBERT (J.-L.) et GAUDEMET (S.), « Engagement unilatéral de volonté », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2018.

CADIET (L.) et Le TOURNEAU (Ph.), « Abus de droit », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2015 (actu. mai 2017).

FABRE (A.), « Contrat de de travail à durée indéterminée : rupture - licenciement - motif personnel - motif personnel disciplinaire », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2020.

FERKANE (Y.), « Syndicats professionnels : droit syndical dans l’entreprise », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 2021.

FOURNIER (S.), « Abus de confiance », *J. Cl. Pénal des affaires*, Fasc. 10, mars 2015 (actu. janv. 2021).

HABLOT (C.), « Contrat de travail à durée déterminée - Rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, fév. 2022.

KELLER (M.) et LYON-CAEN (G.), « Sources du droit du travail - Les puissances infernales : les normes infralégales », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, janv. 1992, (actu. 2016).

Le TOURNEAU (Ph.), « Responsabilité : généralités », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2009 (actu. fév. 2020).

LIBCHABER (R.), « Biens - Présentation générale des biens », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2016 (actu. déc. 2019).

MARGUÉNAUD (J.-P.), « Conv. EDH, art. 8 : Vie privée », in *Répertoire de droit européen*, Dalloz, oct. 2017.

MAZEAUD (A.), « Droit d’expression des salariés - Expression hors de l’entreprise », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, avril 1989 (actu. nov. 2020).

MOULY (J.) et SAVATIER (J.), « Droit disciplinaire - Fautes disciplinaires », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, fév. 2019, (actu. juin 2021).

NADAL (S.), « Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective - Engagement de la négociation », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, oct. 2019 (actu. fév. 2020).

SÉRIAUX (A.) :

- « Patrimoine », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2016.
- « Propriété », in *Répertoire de droit immobilier*, Dalloz, 2016 (actu. 2021).

SUDRE (F.), « Conv. EDH. – Droits garantis. – Droit de propriété », *J. Cl. Europe Traité*, fasc. 6523, 1er déc. 2021.

PILLET (G.), « Pacte de préférence », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2016 (actu. janv. 2019).

ZATTARA-GROS (A.-F.), « Conv. EDH, protocole 1, art. 1 : droit de propriété - Contrôle des mesures privatives de propriété », in *Répertoire de droit immobilier*, Dalloz, oct. 2020.

IV. Articles (juridiques et extrajuridiques)

ADAM (M.), HEITZ (P.), ROBERT (S.) et alii., « L'abus de confiance comme moyen de pénalisation de la relation de travail », *Dr. pénal* 2014, dossier 2, (étude par les étudiants du Master 2 pénal et sciences criminelles de l'université Toulouse 1 Capitole).

ADAM (P.) :

- « Vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains », *RDT*. 2011, p. 116.
- « Sur la vie personnelle : cinquante ans après Despax », *RDT*. 2012, p.100.

ALEXANE (S.), « Le principe de protection de la confiance légitime peut-il se passer d'un préjudice ? », *Revue droit des affaires de l'Université Paris II Panthéon-Assas*, 2005, p. 249.

ALGAN (Y.), « Pour relancer la croissance, apprenons à nous faire confiance », in *Regards croisés sur l'économie*, 2011/2, pp. 9 à 24.

ALLIX (B.) « La liberté d'expression : un rempart au pouvoir de direction de l'employeur en cas de diffusion de propos abusifs à son endroit sur les réseaux sociaux ? », *BJT*. janv. 2021, p. 54.

ALLOUCHE (J.) et AMANN (B.) :

- « La confiance : Une explication des performances des entreprises familiales », *Économie et Société, série S.G.*, 1998, n° 8/9, pp.129-154.
- « Entreprise familiale : un État de l'art », *Finance Contrôle Stratégie*, vol. 3, n° 1, mars 2000, pp. 33 – 79.

ALMA-DELETTRE (S.), « Emploi et contrat, l'irrésistible ascension des techniques contractuelles au service de l'emploi », *LPA*. 1999, n° 158, p. 10.

ANCEL (P.) :

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999, p. 771.
- « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP. éd. E.*, 1999, suppl., n° 6, p. 30.
- « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », *Revue juridique Thémis*, 45-1, 5 mai 2011, p. 87.
- « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle », in *Mélanges D. Tricot*, Dalloz-Sirey/Litec, 2011, p. 61.

ANCEL (P.) et DIDRY (C.), « L'abus de droit, une notion sans histoire ? » in *L'abus de droit, comparaison franco-suisse*, P. Ancel, G. Aubert, et C. Chappuis (dir.), Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001, p. 51.

ANSELME-MARTIN (O.), « Le sentiment de confiance, cause génératrice et sustentatrice du contrat », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, X. HENRY (dir.), Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 26.

ANTIPPAS (J.) :

- « La bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintenir l'offre durant le délai indiqué », *RTD Civ.* 2013, p. 27.
- « L'engagement unilatéral dans les limbes du droit civil », *RDC*. 2018/2, p. 272.

ANTONMATTEI (P.-H.) :

- « Les cadres et les 35 heures : la règle de trois », *Dr. soc.* 1999, p. 996.
- « Le licenciement pour trouble objectif », *Dr. soc.* 2012, p. 10.

ARROW (K.), « The Economics of Moral Hazard: Further Comment », *American Economic Review*, n° 58, p. 537.

ASSAYAG (L.), « Penser la confiance avec Paul Ricœur », *Études Ricœuriennes*, vol. 7, 2016, n° 2, pp. 164 -186.

AUDINET (J.), « Une réforme imparfaite : la loi du 13 juillet 1973 sur le licenciement », *JCP G*. 1974, I, 2601.

AUDREN (F.), « Le droit au service de l'action : éléments pour une biographie intellectuelle d'Emmanuel Levy (1871-1944) » *Droit et Société*, 2004/1, pp.79 – 110.

AULIARD (C.), « Les deditiones, entre capitulations et négociations », Collection de l'Institut des Sciences et Techniques de l'Antiquité, 2005, p. 255 (numéro en Hommages à Monique Clavel-Levêque).

AYNÈS (L.) :

- « L'obligation de loyauté », APD. 2000, t. 44, p. 195.
- « Rapport de synthèse », in La date de formation des créances (Colloque), LPA 2004, n° 224, p. 61.

BAILLEUR (D.), « De l'espérance légitime d'obtenir un avantage à l'espérance légale de conserver un droit », *AJDA*. 2010, p. 1828.

BALAT (N.) et SAFI (F.), « La sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle : l'abus de confiance ? », *D.* 2016, p. 1409.

BARBIER (H.), « Le devoir de bonne foi du contractant peut-il infléchir ses droits fondamentaux ? », *RTD Civ.* 2022, p. 604.

BAUGARD (D.) :

- « La faute disciplinaire », *Cah. soc.* 2014, n° 269, p. 725.
- « Le développement de la précarité subordonné à la négociation collective », *Dr. ouv.* 2018, p. 1.

BAZIER (P.), « La renonciation à un droit et la *rechtsverwerking* en droit privé », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, P. Wéry (dir.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 135-198.

BEAUSSONIE (G.) :

- « La désubstantialisation de la notion de "bien" par la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*. 2010, n° 204, p. 4.
- « La pérennité de la protection pénale des biens incorporels », *D.* 2012, p. 137.
- « La dématérialisation de l'abus de confiance », *AJ Pénal* 2017, p. 215.

BELLINI (V.), « Deditio in fidem », *Revue historique de droit français et étranger*, 1964, Vol. 42, pp. 448-457.

BELLEY (J.-G.) :

- « Vous qui êtes un client juste et honnête... », in *La justice, l'obligation impossible*, sous la dir. de M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, éd. Autrement, série Morales, 1994, p. 112.
- "Contrat relationnel", in *McGill Companion to Law*, A. Popovici et L. Smith (dirs.), 2012, disponible en ligne à <https://www.mcgill.ca/companion/list/contrat-relationnel>.

BÉRAUD (J.-M.), « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. ouv.* 1997, p. 529.

BLAISE (H.), « La responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur », *RJS*. 2/96, p. 68.

BLANC-FILY (Ch.), « La notion conventionnelle d'espérance légitime : convergences et divergences entre appréhensions prétoriennes nationale et européenne », *RFDA*. 2015, p. 527.

BONNECHÈRE (M.), « Les résiliations sans motivation », *Dr. soc.* 2008, p. 933.

BONNETÊTE (M.-C.) :

- « Les problèmes posés par l'application de la loi du 13 juillet 1973 sur la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée : bilan des premières décisions », *JCP éd. C.I.*, 1974, II, 11439.
- « De la notion de faute à la notion de cause », *D.* 1974, chron., p. 191.

BOUFFARTIGUE (P.), « Les cadres : la déstabilisation d'un salariat de confiance », Document LEST, Séminaire, 99-1, 1999 ; disponible sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00007603/document>.

BOULANGER (J.), « Volonté réelle et volonté déclarée », in *Liber amicorum Baron Louis fredericq*, Gent, 1966, p. 199.

BOSSU (B.):

- « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire », *Dr. soc.* 1995, p. 26.
- « La confiance en droit du travail », in *La cause en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Paris, Panthéon-Assas, 2013, p. 215.
- « Loyauté et contrat de travail », in *Droit et loyauté*, F. Petit (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 115.

BOUILLOUX (A.), « Les interactions entre l'indemnisation de la privation d'emploi et la détermination des préjudices consécutifs à la rupture du contrat de travail », *Dr. soc.* 2017, p. 904.

BOYANCÉ (P.) :

- « Les Romains, peuple de la *fides* », Conférence prononcée à Toulon le 6 avril 1964, reproduit in *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, 1964, p. 419.
- « La main de Fides », in *Hommages à Jean bayet*, Latomus, Bruxelles-Berchem, 1964, p. 101.
- « “Fides romana“ et vie internationale », *Séance publique annuelle des cinq académies*, jeudi 25 oct. 1962, pp. 25-36 (reproduit dans les *Publications de l'École Française de Rome*, 1972, p. 105.

BOYER (L.), « Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contrats », *RTD. Civ.* 1949, pp. 1 et s.

BRUN (Ph.), « Loteries publicitaires trompeuses. La foire aux qualifications pour une introuvable sanction », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean-Calais Auloy*, Dalloz, 2004, p. 191.

BUGHIN (Ch.) et COLOT (O.), « La performance des PME familiales belges. Une étude empirique », *Revue française de gestion*, 2008/6, pp. 1-17.

CADIET (L.), « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, in *Journées R. Savatier*, PUF, 1998, p. 37.

CALAIS-AULOY (J.), « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 171.

CAMERLYNCK (G.-H.), « L'indemnité de licenciement », *JCP G.* 1957, I, 1391.

CAMPOY (E.) et NEVEU (V.), « Confiance et performance au travail. L'influence de la confiance sur l'implication et la citoyenneté du salarié », *Revue française de gestion*, 2007/6, p. 139.

CARBONNIER (J.) :

- « Sociologie et droit du contrat », in *Annales de la faculté de Droit de Toulouse*, tome VII, fasc. 1, 1958, p.112.
- « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit*, LGDJ, 1969, p. 112.
- « Introduction », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, PUF, 1986, p. 29.
- « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 7.

CASAUX-LABRUNÉE (L.), « Vie privée des salariés et vie de l'entreprise », *Dr.soc.* 2012, p. 331.

CASTALDO (A.), « L'histoire juridique de l'article 1781 du Code civil : “Le maître est cru sur son affirmation“ », *Revue historique de droit français et étranger*, 1977/2, pp. 211 à 237.

CATALA (P.), « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1964, p. 185.

CEDRAS (J.), « L'obligation de négociier », *RTD com.* 1985, p. 265.

CHAGNY (M.), « La confiance dans les relations d'affaires », in *La Confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, p. 35.

CHAGNY (Y.), « Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail ? », *RDT*. 2007, p. 216.

CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque du 14 mai 2001, organisé par le centre René Demogue de l'Université de Lille II, Ch JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, 2003, p. 97.

CHAMPAGNE de MABRIOLE (C.), **PRIM-ALLIAZ (I.)**, **SEVILLE (M.)** et **BELLIATO (I.)**, « La confiance, levier de l'engagement dans les PME à forte croissance », *Revue française de gestion*, FG 2012/5, p. 65.

CHELLE (D.) et **PRÉTOT (X.)**, « Licenciement du salarié protégé : nouveaux développements de la jurisprudence administrative », *RJS*. 7/92, p. 457.

CHÉNEDÉ (F.), « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles – 1 », *RDC*. 2011, p. 709.

CHIREZ (A.) :

- « La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », *D.* 1981, chron., p. 193.

- « Propriété de l'emploi, indemnisation et reclassement », *Dr. ouv.* 2005, p. 335.

COLLET-THIRY (N.), « Le plafonnement des indemnités prud'homales : analyse critique et perspectives de mise en échec », *JCP S.* n° 18-19, 8 Mai 2018, 1150,

CONDORELLI (L.), « Premier Protocole additionnel- Article 1^{er} », in *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, dir. L.-E. Petit, E. Decaux et P.-H. Imbert, *Economica*, 2^e éd., 1999, p. 971.

CORRIGNAN-CARSIN (D.) :

- « Loyauté et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de Henri Blaise*, *Economica*, 1995, p. 125.

- « La liberté de critique du salarié : de l'expression à la dénonciation », in *La liberté de critique*, D. Corrignan-Carsin (dir.), Litec, 2007, p. 49.

CORNELIS (L.), « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », in *La bonne foi*, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 19.

CORNU (G.), « Du sentiment en droit civil », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 71.

COUTURIER (G.) :

- « Le nouveau droit des licenciements est-il efficace ? », *Dr. soc.* 1978, p. 74.

- « Responsabilité civile et relations individuelles de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 407.

- « La faute lourde du salarié », *Dr. soc.* 1991, p. 105.

- « L'intérêt de l'entreprise », in *Écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 144.

DAUGAREILH (I.), « Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », *Dr. soc.* 1996, p. 138.

De CONINCK (B.), « Le droit commun de la rupture des négociations contractuelles », in *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, M. Fontaine (dir.), Bruylant- LGDJ, 2002, p. 21.

De FONTBRESSIN (P.), « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », in *Liber Amicorum M.-A. Eissen*, Bruylant-LGDJ, 1995, p. 157.

DELAUNAY (B.), **Ph. MARTIN (Ph.)** et **L. VALLÉE (L.)**, « Sécurité juridique, rétroactivité et garantie des droits », *Droit fiscal* n° 39, 24 Septembre 2015, 581.

DESHAYES (O.) :

« Le dommage précontractuel », *RTD. Com.* 2004, p. 187.

« Les sanctions de l'usage déloyale des prérogatives contractuelles », *RDC*. 2011, p. 726.

DESPAX (M.), « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP. G.* 1973, I, 1176.

DETRAZ (S.) et R. OLLARD (R.), « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance », *Dr. pén.* 2014, nov. 2014, étude 20, et déc. 2014, étude 22.

DOCKÈS (E.) :

- « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.* 1994, p. 227.
- « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc.* 1997, p. 140.
- « Notion de contrat de travail », *SSL.* 2011, suppl. n° 1494.
- « La liberté d'expression au travail », *Dr. ouv.* 2011, p. 53.

DOCKÈS (E.), D. MÉDA (D.), M.-L. MORIN (M.-L.), « Libérer les employeurs des contraintes » (regard critique), in *Réinventer le travail*, É. Fottorino (dir.), Le 1, hors-série, Les Indispensables, 2017, p. 72.

DOMINO (X.), et BRETONNEA (A.), « Souvent la loi varie...mais fol est-il vraiment qui s'y fie ? », *AJDA.* 2012, p. 1392.

DONDERO (B.), « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », *D.* 2012, p. 1686.

DROSS (W.), « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété », *RTD Civ.* 2015, p 27.

DUPICHOT (Ph.) :

- « Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit des contrats », *Droit et Patrimoine*, mai 2015, n° 247, p. 32.
- « Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », *Dr. & patr. mensuel*, 2015, n° 246, p. 20.

DUVAL (A.) et MINGAM (Ch.), « L'abus de droit, état du droit positif », *Rev. juridique de l'Ouest*, 1998, pp. 543 à 570.

EDELMAN (B.), « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme de marché », *D.* 2011, p. 897.

EI BOUDOUHI (S.), « L'espérance légitime dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : notion fourre-tout ou concept autonome ? », in *La protection des attentes légitimes en droit public : approche comparée en droit international, droit européen et droit interne*, S. Robert-Cuendet (dir.), Presses universitaires de Rennes, 2020, pp.89-106.

ESCANDE_VANIOL (M.-C.) :

- « Les éléments constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif extraprofessionnel », *RJS.* 7/93, Chron. 1.
- « La mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique : les écueils à éviter », *D.* 2009, p. 1799.

EISSEN (M.-A.), « La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », in *René Cassin Amicorum discipulorumque liber*, tome III, Protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées, Paris, Pedone, 1971, p. 151.

FABRE (A.) :

- « Le contentieux de la violation des engagements en matière d'emploi », in *Préjudice et indemnisation en droit social*, Actes du colloque du 13 mars 2015, Institut du travail de Bordeaux, *Dr. ouv.* 2015, p. 469.
- « La motivation du licenciement », *Dr. soc.* 2018, p. 4.

FABRE-MAGNAN (M.) :

- « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583.
- « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301.

- « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G.* 2016. 706.
- FAGES (B.)**, « Des motifs de débat », in *La motivation et le pouvoir contractuel, Débat, RDC* 2004/2, p. 563.
- FIORI (R.)**, « Fides et bona fides », *Revue historique de droit français et étranger*, oct.-déc.2009, n° 86, p. 465.
- FONTAINE (M.)**, « Portée et limites du principe de la convention-loi », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd., Jeune barreau, 1984, (164), n° 43.
- FOUCHET (J.)**, « L'espérance légitime dans le contentieux de l'urbanisme », *Construction - Urbanisme* n° 4, Avril 2015, étude 5.
- FOURNIER (S.)**, « Quel domaine pour l'abus de confiance ? », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacopelli (dir.), Dalloz, 2009, p. 113.
- FRANÇOIS (J.)**, « Les créances sont-elles des biens ? », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2009, p. 149.
- FRÉMAUX (S.) et P. PORCHER (P.)**, « L'incomplétude et l'incertitude dans la relation de travail », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2006, p. 43.
- FROBERT (L.)**, « Sociologie juridique et socialisme réformiste : note sur le projet d'Emmanuel Lévy (1870-1944), *Études Durkheimiennes*, New Series, vol. 3, 1997, pp. 27 - 41.
- FROUIN (Ch.)**, « Gérer l'usage d'internet et de l'ordinateur au travail », *Gaz. Pal.* 10 sept. 2011, n° 253, p. 27.
- FROUIN (J.-Y.)** :
 - « La protection des droits de la personne et des libertés du salarié », *CSBP.* avr. 1998, p. 123.
 - « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », *JCP S.* 2010, 1087.
 - « Le point sur la motivation de la lettre de licenciement », *RJS.* 7/1999, p. 543.
- GAUDU (F.)** :
 - « Fidélité et rupture », *Dr. soc.* 1991, p. 419.
 - « Le licenciement pour perte de confiance », *Dr. soc.* 1992, p. 32.
 - « Les notions d'emploi en droit », *Dr. soc.* 1996, p. 571.
 - « L'entreprise de tendance laïque », *Dr. soc.* 2011, p. 1186.
- GAUTIER (P.-Y.)**, « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation », in *La Confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, p. 115.
- GÉA (F.)**, « Regards sur les clauses d'indivisibilité », *Dr. soc.* 2013, p. 589.
- GENICON (Th.)**, « Contrat et protection de la confiance », *RDC.* 2013/1, p. 336
- GHESTIN (J.)** :
 - « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G.* 2007, I, 155.
 - « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP G.* 2011, 703.
- GINOSSAR (S.)**, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD Civ.*1962, p. 573.
- GIRARD de BARROS (F.)**, « Du dévoiement juridique de l'espérance légitime », *LexBase*, La lettre juridique n° 6000, du 5 fév. 2015.
- GRZEGORCZYK (Ch.)**, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », *APD.* 1979, t. 54, p. 259.
- GUIGUE (A.)**, « La créance virtuelle constitutive de bien au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : de l'espérance légitime au désespoir du créancier », *JCP Adm.* 2010, n° 39, pp. 14-17.

GURVITCH (G.), « Les fondements et l'évolution du droit d'après Emmanuel Lévy », *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, T. 1117, n° 1/2, 1934, pp. 104-138.

HAGE-CHAHINE (F.), « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD. civ.* 1982, p. 705.

HOUTCIEFF (D.), « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », *JCP G.* 16 nov. 2009, 463.

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.

ICARD (J.), « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », *JCP S.* 13 nov. 2014, 393.

IMBERT (J.), « “Fides” et “Nexum” », in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, 1953, Napoli, p. 339.

JAMIN (Ch.), « Typologie des théories juridiques de l'abus », *Rev. conc. consom.*, 1996, n° 92, p. 7.

JAVILLIER (J.-C.), « L'obligation de loyauté des cadres », *Dr. ouv.* 1977, p. 133.

JEAMMAUD (A.), « Consentir », in *La volonté du salarié*, T. Sachs (dir.), Dalloz, coll. Actes et commentaires, 2012, p. 66.

JEON (J. H.), « Un juriste socialiste oublié : Emmanuel Lévy (1871-1943) », *Jean Jaurès Cahiers trimestriels*, 2000, n° 156, p. 51.

JESTAZ (Ph.), « L'engagement par volonté unilatérale », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, 1994, Bruxelles, p. 7.

JONES (H.), « La bonne foi en droit romain », in *La bonne foi*, Cahier n° 10, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1998, p. 1.

JOURDAIN (P.) :

- « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^{ème} journées R. Savatier, PUF. 1998, p.65.
- « Les préjudices d'angoisse », *JCP G.* 2015, 739.

JUNG (P.), « La protection de la confiance en droit allemand des contrats », in *La confiance*, 11^e Journées bilatérales franco-allemande, Société de législation comparée, 2013, p. 31.

KACZMAREK (L.), « La preuve de l'engagement unilatéral ou le fait saisi par le droit », *LPA.* 12 nov. 2010, p. 10.

KOCHER (M.), « Responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur : la faute lourde, un habit devenu trop étroit ? », *RJS.* 3/2021, Chron. 1.

LAGARDE (X.) :

- « La nature juridique de la cause de licenciement », *JCP G.* 13 sept., 2000, 254.
- « Aspects civilistes des relations individuelles du travail », *RTD Civ.* 2002, p. 453.

LAITHIER (Y.-M.), « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003.

LAIDIÉ (Y.), « La perte de confiance peut-elle justifier la rupture des liens unissant un agent à son administration ? », *AJFP.* 2006, p. 94.

LAMBERT (E.), « Préface », in *La vision socialiste du droit d'E. Lévy.*

LAURENT (É.), « Le rôle de la confiance dans l'économie : du micro au macro, du court terme au long terme », *Économie et management*, juin 2012, p. 5.

LECOURT (B.), « Les loteries publicitaires : la déception a-t-elle un prix ? », *JCP G.*, 21 Juillet 1999, doctr. 155.

LEDUC (F.), « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », *RCA.* Mars 2010, dossier 3.

LEMOSSE (M.), « L'aspect primitif de la fides », in *Études romanistiques*, Annales de la Faculté de Droit et de Science politique, fasc. 26, 1990, p. 61 (texte tiré de *Studi in onore di Pietro de Francisci*, Milano, 1956, p. 39).

LETURMY (L.), « La responsabilité délictuelle du contactant », *RTD Civ.* 1998, p. 839.

LÉVY (É.) :

- « Responsabilité et contrat », *Rev. crit. de légis. et de jurispr.* 1899, p. 369.
- « Le droit repose sur des croyances (suite) », *Questions pratiques de la législation ouvrière et d'économie sociale* 1909, p. 256.
- « La confiance légitime », *RTD Civ.* 1910, p. 717.

LANCHOT (F.), « Management par la confiance : spécificité, fondements et défis », in *L'état du management 2018*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2018, pp. 65-74.

LOISEAU (G.) :

- « La discutable transmission de l'engagement par volonté unilatérale en droit du travail », *D.* 2006, p. 1867.
- « Contrats de confiance et contrats conclus *intuitu personae* », in *La Confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, p. 97.
- « La police des clauses contractuelles : le paradigme de la clause de mobilité », *JCP S.* 13 janv. 2009, 1013.
- « Focus sur la vie personnelle du salarié », *D.* 2009, p. 2393.

« La liberté d'expression des salariés », *RDT.* 2014, p. 396.

LOISEAU (G.) et MARTINON (A.), « La contrat de travail est-il encore un contrat d'adhésion ? », *Cah. soc.*, janv. 2018, p. 3.

LOKIEC (P.) :

- « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 321.
- « La mise en œuvre des clauses contractuelles. L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail », *D.* 2009, p. 1427.
- « Le licenciement pour insuffisance professionnelle », *Dr. soc.* 2014, p. 38.

LORENZ (E.), « Que savons-nous à propos de la confiance ? Un tour d'horizon des contributions récentes », in *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, V. Mangematin et Ch. Thuderoz (dir.), CNRS, 2004, p. 109 à 118.

LYON-CAEN (A.), « Préjudice », *RDT.* 2021, p. 145.

LYON-CAEN (G.) : « Débat autour de l'arrêt Nikon France », *SSL.* 2001, n° 1046.

LYON-CAEN (G.) et BONNETETE (M.-C.), « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc.* 1973, p. 493.

MAINGUY (D.), « Le contractant, personne de bonne foi ? », in *La réforme du droit des contrats et des obligations*, C. Albigès et E. Négron (dir.), PUM, 2015, p. 8.

MARGUÉNAUD (J.-P.), « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées nationales de l'Association Henri Capitant, t. 1, Lille, LGDJ, 1997, p. 45.

MARZANO (M.), « Qu'est-ce que la confiance ? », *Études*, 2010/1, p. 53-63, spéc., p. 60.

MASSON (Ph.), « Salariés de confiance : le retour ? », *Dr. ouv.* 2016, p. 745.

MATHIEU-GENIAU (Ch.), « L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », *Dr. soc.* 2006, p. 848.

MAUGÜÉ (Ch.) et SCHWARTZ (R.), « Conditions du licenciement d'un salarié protégé », *AJDA.* 1992, p. 339.

MAZEAUD (D.) :

- « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2000, p. 637.
- « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC.* 2006, p. 363.
- « La confiance légitime et l'estoppel : Rapport français », in *La confiance légitime et l'estoppel*, B. Fauvarque-Cosson (dir.), Société de législation comparée, 2007.

MEILLET (A.), « Credo et fides », in *Mémoires de la Société de Linguistique*, 1922, p. 215.

MEKKI (M.), « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. Pal.* 12 avr. 2016, n° 14, p. 15.

MELLERAY (F.), « La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Revue Droit et Société*, 2004-1, p. 143.

MEKKI (M.), « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la "haute définition" ! », *RDC*. 2019/2, p. 112.

MESTRE (J.), « L'influence de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur le Droit Français des Obligations », *European Review of Private Law*, 1994, p. 31.

MICHEL (B.), « Le licenciement pour soupçon en droit allemand », in *Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 403.

MIGNOT (M.), « La notion de bien, contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ*. 2006, p. 1805.

MOLFESSIS (N.), « La nature juridique des recommandations patronales », *RTD Civ.* 2000, p. 200.

MORVAN (P.), « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », *Conférence prononcée le 4 avr. 2006, Cycle Droit et technique de cassation 2005-2006, disponible sur https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf*.

MOULY (J.) :

- « 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.
- « À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement » ; *D.* 2008, p. 582.
- « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux », *Dr. soc.* 2017, p. 745.

MOUSSERON (J.-M.), « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 279.

MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), REVET (Th.), « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281

MOUSSERON (P.), « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité délictuelles », *RTD. Com.* 1998, p. 243.

MUIR-WATT (H.) :

- « "Du contrat relationnel". Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, Actes du colloque de Nantes, Association Henri Capitant, 1999, p. 169.
- « Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), Dalloz, 2003, p. 53.

MULLER (Y.), « La protection pénale de la relation de confiance », *RSC*. 2006, p. 809.

NAJJAR (I.), « La potestativité. Notes de lecture », *RTD Civ.* 2012, p. 601.

NEISS (Ph.), « Faut-il supprimer la période d'essai ? », *RDT*. 2010, p. 348.

NICOLAS (V.), « Précisions sur les clauses de durée minimum et maximum d'emploi », *D.* 1995, chron. p. 278.

NOGUÉRO (D.), « Le devenir de la période d'essai », *Dr. soc.* 2002, p. 589.

NUSSENBAUM (M.), « Juste valeurs et actifs incorporels », *Revue d'Economie Financière*, 2003, p. 76.

OLLARD (R.), « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », *Dr. pén.* 2012, étude 9.

OST (F.) :

- « À propos de l'intérêt », in F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, « Entre droit et non-droit : l'intérêt », Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 16.

- « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat*, Actes du colloque de Nantes, Association Henri Capitant, 1999 p. 147.

PAGNERRE (Y.) :

- « L'intérêt de l'entreprise en droit du travail », in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, B. Teyssié (dir.), Economica, 2011, p. 63.
- « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr.soc.* 2016, p. 727.
- « “Précisions“ sur la précision de la lettre de licenciement », *RJS.* 4/2018, p. 375.

PAOLI (J.), « Quelques observations sur la fides, l'imperium et leurs rapports », in *Mélanges August Simonius*, Basel, 1955, p. 264.

PARADEISE (C.) et P. PORCHER (P.), « Le contrat ou la confiance dans la relation salariale », disponible sur https://travail-emploi.gouv.fr/publications/Revue_Travail-et-Emploi/pdf/46_3080.pdf.

PASQUIER (Th.), « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *RDT.* 2018, p. 44.

PAULIAT (H.) et SAINT-JAMES (V.), « L'effet horizontal de la CEDH », in J.-P. Marguénaud (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La Documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2001, p. 77.

PÉLISSIER (J.) :

- « La suspension du contrat de travail », in *Études offertes à A. Brun*, 1974, p. 434.
- « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouv.* 1997, p. 496.

PETIT (F.) :

- « Sur les clauses de garantie d'emploi », *Dr. soc.* 2000, p. 80.
- « La discipline syndicale », *Dr.soc.* 2015, p. 442.

PICOD (Y.) et alii., « Concurrence interdite - concurrence déloyale et parasitisme - Centre de droit de la concurrence Yves Serra », *D.* 2013, p. 2812.

PIEDELIEVRE (A.), « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Mélanges M. de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 55.

PIEL (Ch.), « Les clientèles, entre sciences sociales et histoire. En guise d'introduction », *Hypothèses*, vol. 2, n° 1, 1999, p. 119.

PIGANIOL (A.), « Venire in fidem », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, IV (Mélanges de Visscher), Bruxelles, 1950, p. 339.

PIGNARRE (G.), « Grandeur sans faiblesse de l'engagement unilatéral en droit du travail », in *Mélanges R. Decottignies*, PUG, 2003, p. 283.

POMART-NOMDEDEO (C.), « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD. Civ.* 2010, p. 209.

POULAIN (G.), « La liberté de rupture en période d'essai », *Dr. soc.* 1980, p. 469.

POUSSON (A.), « Morale et droit du travail », in *La morale et le droit des affaires*, Actes du Colloque organisé à l'Université de Sciences sociales de Toulouse, Montchrestien, 1995, p. 53.

PRALUS-DUPUY (J.), « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », *RSC.* 1992, p. 229.

PRINGSHEIM (F.), « L'origine des contrats consensuels », *Revue historique de droit français et étranger*, 1954, p. 475.

PUIGELIER (C.), « Indépendance et dépendance des statuts de salarié et de mandataire social (un exemple de paradoxe logique) », *Dr. soc.* 1993, p. 837.

QUÉZEL-AMBRUNAS (Ch.), « L'acceptation européenne du “bien“ en mal de définition », *D.* 2010, p. 2024.

RADÉ (Ch.) :

- « Amour et travail : retour sur un drôle de ménage », *Dr. soc.* 2010, p. 35.
 - « L'entreprise et la vie privée du salarié », *Dr. soc.* 2021, p. 4.
- RAKOTOVAHINY (M.)**, « Juste motif de révocation et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Rev. sociétés* 2014, p. 152.
- RASSAT (M.-L.)**, « De l'objet de l'abus de confiance », *Droit pénal*, avril 2015, étude 10.
- RAY (J.-E.)** :
- « Fidélité et exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 1991, p. 376.
 - « Légaliser le télétravail : une bonne idée ? », *Dr. soc.* 2012, p. 44.
- RÉMY (P.)**, « Quelle signification donner au droit d'opposition du salarié au transfert de son contrat de travail ? Réflexions sur le droit français à partir du droit allemand », *Dr. soc.* 2004, p. 155.
- RÉMY (Ph.)** :
- « Critique du système français de la responsabilité », *Droit et cultures* 1996-3, p.31.
 - « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD. Civ.* 1997, p. 323.
 - « Contre toute instrumentalisation du droit d'ailleurs - d'où qu'elle vienne et dans quelque intérêt que ce soit », *RDT.* 2020, p. 701.
- REVET (Th.)** :
- « L'argent et la personne », *APD* 1998, t. 42, p. 43.
 - « Les nouveaux biens. Rapport général », in *La propriété, Travaux de l'Association Henri Capitant*, 2003, p. 271.
- REYGROBELLET (A.)**, obs. sous Cass.com., 3 mars 2015, *Rev. sociétés*, 2015, p. 518.
- REYNAUD (B.)**, « Les conditions de la confiance. Réflexions à partir du rapport salarial », *Revue économique*, 1998, p. 1455.
- RICHEVAUX (M.)**, « Délinquance extra-professionnelle du salarié et contrat de travail », *Dr. ouv.* 1995, p. 504.
- RIEG (A.)**, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIXe siècle », in *Le rôle de la volonté dans le droit*, *APD.* 1957, p. 125.
- RIPERT, (G.)**, « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *Rev. crit. de légis. et de jurispr.*, 1928, p. 21.
- ROBERT (J.-H.)**, « Le droit vit une époque formidable », *Dr. pénal* 2016. Repère 5.
- ROCHFELD (J.)**, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747.
- RODIÈRE (P.)**, « Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail ? », *RDT* 2007, p. 216.
- ROGER (M.)**, « Les effets de la délinquance du salarié sur son contrat de travail », *Dr. soc.* 1980, p.175.
- ROUAST (A.)**, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD Civ.* 1944, p. 1.
- ROUBIER (P.)**, « Emmanuel Lévy (1871-1944) », *Annales de L'Université de Lyon*, 1945, (Fascicule spécial), p. 61.
- ROUHETTE (G.)**, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Études R. Rodière*, 1981, Dalloz, p. 248.
- ROUSPIDE-KATCHADOURIAN (M.-N.)**, « La singularité de la réparation du préjudice lié à la rupture du contrat de travail », *JCP S.* 8 Avril 2015, 1121.
- ROUVIÈRE (F.)**, « Peut-on penser l'indemnisation par barème ? », *RDT.* 2021, p. 634.
- RUPELLAN (C.)**, « La perte de chance en droit privé », *RRJ.* 1999/3, p. 729
- SACHS (T.)**, « Rupture de l'essai et motif non inhérent à la personne du salarié : vers l'application du droit du licenciement ? », in *Variations sur la période d'essai*, *RDT.* 2008, p. 515 et s.
- SAFI (F.)**, « Les nouvelles frontières de l'abus de confiance », *Rev. pén.* 2014, p. 553.

SAINT-JOURS (Y.), « La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau », *D.* 1990, p. 113.
SAINT-PAU (J. Ch.), « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *Droit pénal*, 2011, n° 9, étude 20, n° 1.

SAMOY (I.) et STIJNS (S.); « La confiance légitime en droit des obligations », in *Les sources d'obligations extracontractuelles*, S. Stijns et P. Wéry (dir.), Bruges (éd.), la Charte, 2007, p. 47.

SARAMITO (F.), « Le licenciement des cadres », *Dr. ouv.* 1981, p. 163.

SAVATIER (J.) :

- « La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise », *Dr. soc.* 1986, p. 893.
- « Réflexions sur les indemnités de licenciement », *Dr. soc.* 1989, p. 125.
- « Les garanties contractuelles de stabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 1991, p. 413.
- « Le licenciement pour des faits susceptibles d'incrimination pénale », *Dr. soc.* 1991, p. 626.
- « La protection de la vie privée des salariés », *Dr. soc.*, 1992, p. 329.
- « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD Civ.* 1958, p. 331.

SAVAUX (É.), « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD. Civ.* 1999, p. 1.

SAVAUX (É.) et SCHÜTZ (R.-N.), « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz 2005, p. 271.

SCHMIDT (D.), « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », *D.* 2013, p. 446.

SCHMIDT (J.), « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD Civ.* 1974, p. 46.

SÉRIAUX (A.) :

- « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801.
- « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Economica, 1999, p. 7.

SERMET (L.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, Conseil de l'Europe, 1999, p. 7.

SILHOL (B.), « La propriété de l'emploi : genèse d'une notion doctrinale », *RDT.* 2012, p. 24.

SIMLER (Ph.), « Propos conclusifs », in *Les « nouveaux » biens. Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes ?*, L. LEVENEUR (dir.), Dalloz, 2020, p. 125.

SINAY (H.), « Le travail à l'essai », *Dr. soc.* 1963, p. 150.

SOLUS (H.), « Nécrologie. Georges Ripert (1880-1958) », *RIDC.* 1958, n° 4, p. 807.

SOURIOUX (J.-L.), « La croyance légitime », *JCP G.* 1982, I, 3058.

SOUWEINE (C.), « Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier*, PUG, 1993, p. 303.

STIJNS (S.), « La résilience de *Rechtsverwerking* », *J.T.*, 2018/26, n°6738, p. 582-587.

STOFFEL-MUNCK (Ph.) :

- « Le préjudice moral des personnes morales », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 959.
- « La notoriété, Essai sur l'appropriation d'une valeur économique, par Claud-Alébric Maetz », *JCP G.* 2011, 469.
- « Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens », *RDC.* 2018, hors-série, p. 52.

SUDRE (F.), « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1988, chron., XII, p. 71.

SUPIOT (A.) :

- « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990, p. 485.
- « Les salariés ne sont pas à vendre », *Dr. soc.* 2006, p. 264.

TALLON (D.), « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Puf, 1994, p. 429.

TEYSSIÉ (B.) :

- « Propos autour d'un projet d'autodafé », in *Faut-il brûler le Code du travail ?* Montpellier 25 avril 1986, *Dr. soc.*, 1986, p. 559.
- « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.* 2004, p. 1680.
- « Télétravail VS communauté de travail », *D.* 2022, p. 1518.

THOMASSIN (N.) :

« La date de naissance des créances contractuelles », *RTD Com.* 2007, p. 655.

« Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexions à partir de la jurisprudence récente) », *D.* 2012, p. 964.

TOURNAUX (S.), « Le déclin de la finalité de la période d'essai », *Dr. soc.* 2012, p. 788.

TOUZAIN (A.), « L'autonomie du droit pénal et le droit des biens », *Cahiers de droit de l'entreprise*, Juillet 2021, dossier 25.

TRÉBULLE (F.-G.), « Le contrôle de la direction salariée », *Bull. Joly.* juill. 2005, n° spéc., p. 68.

TRISSON-COLLARD (P.), « La contribution du droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral », *LPA.* 9 mars 2000, p. 4.

VACHET (G.), « Les accords atypiques », *Dr. soc.* 1990, p. 620.

Van GERVEN (W.), « Algemeen Deel », in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1973, n° 70, p. 191.

Van MEERBEECK (J.), « Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat », *RIEJ.* 2016, vol. 76, pp. 97-118, p. 97.

Van ZUYLEN (J.), « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », in *Annales de Droit de Louvain*, vol. 71, 2011, n° 3.

VÉRON (M.), « L'abus de confiance. Son extension dans l'espace et le temps », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, 2007, p. 1153.

VIALA (Y.), « Le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise en droit allemand », *Dr. soc.* 2005, p. 200.

VIGNAL (P.), « La loyauté dans la négociation collective : un horizon incertain », *Dr. ouv.* 2002, p. 521.

VILLEY (M.), « Essor et décadence du volontarisme juridique », *APD.* 1957, p. 87 (article reproduit in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1962, p. 271).

VINEY (G.), « La responsabilité contractuelle en question », in *Études offertes à J. Ghestin*, *Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ. 2001, p.921.

WAQUET (Ph.) :

- « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP.* 1994, n° 64, p. 289.
- « La vie personnelle du salarié », in *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 513.
- « La vie personnelle du salarié », *Dr. soc.* 2004, p. 23.
- « Le “trouble objectif dans l'entreprise“ : une notion à redéfinir », *RDT.* 2006, p. 304.
- « Trouble objectif : retour à la case “départ“ », *SSL.* 2007, n° 1310, p. 5.
- « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Dr. soc.* 2010, p. 14.

WÉRY (P.), « La Rechtsverwerking en tant qu'application particulière de l'abus de droit », *Rép.not.*, T. IV, *Les obligations*, Livre 1/2, *Les sources des obligations extracontractuelles et le régime général des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 845.

WICKER (G.) :

- « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557.

- « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », *D.* 2020, p. 1906.

WOLMARK (C.), « Réparer la perte d'emploi. À propos des indemnités de licenciement », *Dr. ouv.* 2015, p. 450.

ZENATI (F.) :

- « Clientèles : notion juridique et droit de présentation », *RTD civ.* 1994, p. 639.
- « L'immatériel et les choses », *APD.* 2000, t. 44, p. 79.

ZIMMERMANN (P.), « Le licenciement disciplinaire. Die Verhaltensbedingte Kündigung », in *La rupture du contrat de travail en droit français et allemand*, C. Marraud, F. Kessler et F. Géa (dir.); PUS, 2000.

V. Avis, conclusions, rapports, notes et observations

ADAM (P.) :

note sous CE. 15 déc. 2010, *RDT.* 2011, p. 116.

obs. sous Cass.soc., 16 déc. 2020, *RDT.* 2021, p. 186.

AMAUGER-LATTES (M.-C.), note sous Cass.soc., 27 juin 2002, *D.* 2002, p. 3115.

AMRANI-MEKKI (S.) et FAUVARQUE-COSSON (B.), note sous Cass.com., 10 juill. 2007, *D.* 2007, p. 2966.

ASQUINAZI-BAILLEUX (D.), note sous Cass. 2^e civ., 7 avril 2011, *JCP S.* 2011, 1338.

AUBERT-MONPEYSSEN (T.):

note sous Cass.soc., 30 mars 1999, *D.* 2000, jur. 97.

note sous Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, *RDT.* 2007, p. 527.

AUGUET (Y.), note sous Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, *D.* 2001, p. 2400.

AUZERO (G.) :

- note sous Cass.soc., 27 oct. 1998, *JCP E.*, 6 Mai 1999, p. 822.
- obs. sous Cass.com., 20 juin 2006, *Bull. Joly* 1^{er} févr. 2007, n° 2, p. 252.
- obs. sous Cass.soc., 12 juill. 2006, *RDT.* 2006, p. 311.
- note sous Cass.soc., 14 oct. 2008, *RDT.* 2008. 731.
- obs. sous Cass.soc., 15 déc. 2010, *RDT.* 2011, p.108.
- obs. sous Cass.soc., 3 mars 2015, *RDT.* 2015, p. 322.
- obs. sous Cass.soc., 11 janv. 2017, *RDT.* 2017, p. 196.

AYNÈS (L.), obs. sous Cass.com., 10 juill. 2007, *RDC.* 2007, p. 1107.

BAILLEUL (D.), note sous CEDH, 18 nov. 2010, *Richer et Le Ber c. France*, *JCP A.* 2011, comm. 2005.

BAUDUIN (B.) et DUBARRY (J.), note sous Cass.soc., 21 sept. 2017, *D.* 2017, p. 2289.

BEAUSSONIE (G.) :

- obs. sous Cass.crim., 16 nov. 2011, *D.* 2012, p. 137.
- note sous Cass.crim., 19 juin 2013, *D.* 2013, p. 1936.

BEIGNER (B.), note sous Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1994, *D.* 1995, p. 559.

BENTO de CARVALHO (L.) :

- note sous Cass.soc., 21 janv. 2015, *RDT.* 2015, p. 181.
- note sous Cass.soc., 21 sept. 2017, *RDT.* 2017, p. 715.
- note sous Cass.soc., 27 janv. 2021, *RDT.* 2021, p. 241.

BEZIZ (L.), note sous Cass.soc., 30 juin 2010, *SSL.* 2010, n° 1462, p. 12.

BINEAU (L.), obs. sous Cass.soc., 27 mars 2012, *LPA.* 10 sept. 2012, n° 181.

BLAISE (H.), note sous Cass. soc., 6 juill. 1961, *JCP G.* 1961, II, 12331.

BORGHETTI (J.-S.), note sous Cass.soc., 27 janv. 2021, *RDC.* juin 2021, p. 31.

BOSSU (B.):

- obs. sous Cass.soc., 5 juill. 2011, *JCP S.* 2011, 1501.

- note Cass.soc., 3 oct. 2007, *JCP S.* 2008, 1032.
 - note sous Cass.soc., 14 oct. 2008, *JCP S.* 23 déc. 2008, 1668.
 - note sous Cass.soc., 12 oct. 2012, *JCP S.* 2012, 24 janv. 2012, 1027.
- BOUDIAS (B.)**, obs. sous Cass.soc., 12 déc. 2003, *D.* 2004, p. 2462.
- BOUILLOUX (A.)**, note sous Cass.soc., 29 juin 1999 (4 arrêts), *D.* 2000, p. 79.
- BOULOC (B.) :**
- obs. sous Cass.crim., 14 nov. 2000, *RTD com.* 2001, p. 526.
 - note sous Cass.crim., 16 nov. 2011, *RTD com.* 2012, p. 203.
- BOULMIER (D.)**, obs. sous Cass.soc., 15 nov. 2007, *RDSS.* 2008, p. 185.
- BOUSEZ (F.) :**
- note sous Cass.soc., 15 déc. 2010, *JCP S.* 2011, 1282.
 - obs. sous CA Paris, pôle 6, ch. 5, 18 déc. 2014, *Cah. soc.* 2015, n° 272, p. 145.
- BREDIN (J.-D.)**, obs. sous Cass. ass.plén., 23 juin 1972, *RTD civ.* 1973, p.147.
- BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.)**, note sous Cass.soc., 27 nov. 1958, *JCP. G.* 1959, II, 11143.
- BUY (F.)**, note sous Cass.soc., 21 sept. 2017, *RLDC.* 1er nov. 2017, n° 153.
- CABRILLAC (M.) et PÉTEL (Ph.)**, note sous *Cass.com.*, 26 oct. 1999, *JCP G.* 2000, I, 233, n° 7.
- CANUT (F.)**, note sous Cass.soc., 21 mars 2012, *RDT.* 2012, p. 430.
- CAPITAINE (C.) et DARRET-COURGEON (I.)**, note sous Cass.1^{re} civ., 10 avr. 2013, *D.* 2013, p. 2050.
- CAPRIOLI (É.)**, note sous Cass.soc., 9 juill. 2008, *CCE.* nov. 2008, comm. 131.
- CASADO (A.)**, obs. sous Cass.crim., 3 mai 2018, *Cah. soc.* 2018, p. 353.
- CHAVENT-LECLÈRE (A.-S.)**, obs. sous Cass.crim., 30 juin 2021, *Procédures* n° 8-9, Août 2021, comm. 230.
- CHELLE (D.) et PRÉTOT (X.)**, obs. sous CE 1er avril 1992, *D.* 1994, Somm. p.242.
- CHEVALLIER (J.-Y.)**, obs. sous Cass.crim., 14 nov. 2000, *Rev. pénit.*, 2001, n° 2.
- CHIREZ (A.)**, obs. sous Cass.soc., 10 juill. 2002, *SSL.* 2002, n° 1085, p. 9.
- CLÉMENT (E.)**, note sous Cass.soc., 23 mars 2017, *RDT.* 2017, p. 495.
- CONTE (Ph.) :**
- note sous Cass.crim., 19 juin 2013, *Rev. pénit.* 2013, p. 650.
 - obs. sous Cass.crim., 3 mai 2018, *Dr. pén.* 2018, comm. 158.
 - obs. sous Cass.crim., 16 janv. 2019, *Dr. pén.* 2019, comm., n° 59.
 - obs. sous Cass.crim., 30 juin 2021, *Droit pénal*, novembre 2021, comm. 175.
- CORRIGNAN-CARSIN (D.) :**
- note sous Cass.ass.plén. 13 déc. 2002, *JCP G.* 2 avril 2003, II, 10057.
 - note sous Cass.soc., 12 déc. 2003, *JCP G.* 2004. II. 10025.
- COSTE (J.)**, obs. sous Cass.crim., 19 mai 2004, *AJ pénal* 2004, p. 286.
- COUTURIER (G.)**, obs. sous Cass.soc., 18 janv. 2011, *Dr.soc.* 2011, p. 372.
- DABOSVILLE (B.)**, note sous Cass.soc., 8 juill. 2020, *RDT.* 2020, p. 661.
- DAUXERRE (N.)**, obs. sous Cass.soc., 16 mai 2012, *JCP S.* 29 mai 2012, act. 26.
- De LAMY (B.) :**
- note sous Cass. 3e civ., 6 mars 1996, *D.* 1997, p. 167.
 - note sous Cass.crim., 14 nov. 2000, *D.* 2001, p. 1423.
 - obs. sous CA Toulouse, 3e ch. 26 avril 2001, *D.* 2002, p. 1795.
 - obs. sous Cass.crim., 19 mai 2004, *D.* 2004, p. 2748.
 - note sous Cass.crim., 22 sept. 2004, *D.* 2005, p. 411.
- DÉFOSSEZ (M.)**, note sous Cass.soc., 25 fév. 1992, *Expovit*, *D.* 1992, p. 390.
- DELMAS (B.)**, note sous Cass.soc., 27 janv. 2021, *Dr.soc.* 2021, p. 516.
- De QUÉNAUDON (R.)**, note sous Cass.soc., 29 juin 1999 (4 arrêts), *D.* 2000, p. 50.

DETRAZ (S.) :

- note sous Cass.crim., 5 oct. 2011, *Gaz. Pal.* 9 - 10 nov. 2011, p. 9.
- note sous Cass.crim., 19 juin 2013, *JCP G.*, 9 sept. 2013, n° 37, p. 933.
- obs. sous Cass.crim., 16 janv. 2019, *Gaz. Pal.* 7 mai 2019, p. 61.
- obs. sous Cass.crim., 30 juin 2021, *Gaz. pal.* 23 nov. 2021, p. 53.

DEUMIER (P.), obs. sous Cass.soc., 29 juin 1999 (4 arrêts), *JCP G.* 17 mai 2000, II, 10315.

DEZANDE (B.) et ROZEC (Ph.), note sous Cass.soc., 27 mars 2012, *JCP S.* 5 Juin 2012, 1245.

DONDERO (B.), obs. sous Cass. soc., 12 janv. 2012, *JCP E.* 16 fév. 2012, 1132.

DREYER (E.) :

- note sous Cass.1^{ère} civ., 13 juin 2006, *JCP G.* 27 Septembre 2006, II, 10157.
- note sous Cass.1^{ère} civ., 10 avr. 2013, *D.* 2014, p. 508.
- obs. sous Cass.crim., 19 juin 2013, *Gaz. Pal.* 15 oct. 2013, jurispr. p. 3249.

DUGRIP (O.), obs. sous CE, 1er avril 1992, *JCP E.*, 1993. I. 262.

DUMORTIER (G.), concl. sous CE, 15 déc. 2010, *RDT.* 2011, p. 99.

DUPLAT (J.) :

- concl. sous Cass.soc., 29 juin 1999 (4 arrêts), *Dr.soc.* 1999, p. 795.
- concl. sous Cass.soc., 20 novembre 2007, *Cofiroute, SSL.* 3 mars 2008, n° 1343.
- avis sous Cass.soc., 11 mai 2010, *Dr. soc.* 2010, p. 839.

DUQUESNE (F.), obs. sous Cass.crim., 19 juin 2013, *JCP S.*, 1er avril 2014, 1128. **ÉCOUTIN (H.)**, concl. sous Cass.soc., 28 avril 1988, Clavaud, *Dr. ouv.* 1988, p. 250.

ESCAUT (N.), concl. sous CE 19 nov. 2008, Société *Getecom, Dr. fisc.* 2009, n° 6, comm. 179.

ESMEIN (P.), note sous Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 1961, *D.* 1962, p. 146.

FAGES (B.), obs. sous Cass.com., 10 juill. 2007, *RTD Civ.* 2007, p. 773.

FLAMENT (L.), obs. sous CA Paris, 14 mars 2013, et CA Orléans, 29 janv. 2013, *Cah.soc.* 2013, n° 252.

FLAUSS (J.-F.), note sous TGI Rochefort-sur-Mer, 27 mars 1992, *D.* 1993. J.175.

FLORES (Ph.), note sous Cass.soc., 24 nov. 2010, *RDT.* 2011, p. 257.

FOREST (G.) :

- obs. sous Cass. 3^e civ., 7 mai 2008, *D.* 2008, p. 1480.
- obs. sous CEDH, 2e sect., 26 avr. 2011, *Di Marco c/ Italie, Dalloz actu.* 5 mai 2011.

FOURNIER (S.), note sous Cass.crim., 16 nov. 2011, *Rev. pénit.* 2012, p. 914.

FOUVET (F.), note sous Cass.soc., 28 nov. 2018, *RDT.* 2019, p. 725.

FRANCILLON (J.), note sous Cass.crim., 16 nov. 2011, *RSC.* 2012, p.169.

FUMENIER (P.), note sous CE 19 nov. 2008, Société *Getecom, Dr. fisc.* 2009, n° 6, comm. 179.

GARDIN (A.), note sous Cass.soc., 29 mai 2001, *D.* 2002, p. 921.

GAURIAU (B.), note sous Cass.soc., 15 juin 1999, *Dr.soc.*1999, p. 835.

GAUTIER (P.-Y.) :

- note sous Cass. soc., 16 févr. 1999, *RTD Civ.* 1999, p. 419.
- note sous Cass. soc., 2 oct. 2001, *D.* 2001, p. 3148.
- note sous Cass.com., 10 juill. 2007, *D.* 2007, p. 2844.

GÉNICON (Th.), note sous Cass.soc., 15 déc. 2010, *RDC.* 2011, p. 804.

GHESTIN (J.), obs. sous Cass.1^{re} civ., 30 sept. 2010 et Cass.soc., 24 nov. 2010, *JCP G.* 17 Janvier 2011, doct. 63.

GODON (L.), obs. sous Cass.soc., 31 mars 2010, *Rev. sociétés* 2011, p. 26.

HAUSER (J.), obs. sous Cass. 3e civ., 6 mars 1996, *RTD civ.* 1996, p. 580.

HAUTEFORT (M.), obs. sous Cass.soc., 29 nov. 1990, *SSL.*,1990, n° 532.

HEENEN (J.), note sous Cass. 1^{ère} ch., 17 mai 1990, *RCJB.* 1990, 595, n° 5.

HOSTIOU (R.), obs. sous CEDH, 2e sect., 26 avr. 2011, *Di Marco c/ Italie*, *RDI*. 2011, p. 387.

HOUTCIEFF (D.) :

- note sous Cass.com., 8 mars 2005, *RLDC*. 2005/8, p. 5.
- note sous Cass.com., 10 juill. 2007, *LPA*. 6 fév. 2008, n° 27, p. 6.
- obs. sous Cass.soc., 21 sept. 2017, *Gaz. Pal.* 9 janv. 2018, p. 29.
- obs. sous Cass.com., 4 sept. 2018, *Gaz. Pal.* 8 janv. 2019.
- **ICARD (J.)**, obs. sous Cass.soc., 28 sept. 2016, *Cah.soc.* 2017, n° 292, p. 23.

JAMIN (Ch.), obs. sous Cass. 3e civ., 6 mars 1996, *JCP G.* 1996, I, n° 3958.

JEAMMAUD (A.) et M. Le FRIANT (M.), note sous Cass.soc., 28 avril 1988, Clavaud, *Dr. ouv.* 1988, p. 250.

JEAN-BAPTISTE (W.), note sous Cass.soc., 24 nov. 2010, *Dr.soc.* 2011, p. 155.

JEANSEN (E.), note sous Cass.soc., 24 nov. 2010, *JCP S.* 15 fév. 2011, 1078.

JOLY (S.), note sous Cass.soc., 29 juin 1999 (4 arrêts), *LPA*. 10 mars 2000, p. 11.

JOURDAIN (P.) :

- obs. sous Cass 2^{ème} civ., 16 avril 1996, *RTD Civ.* 1996, p. 627.
- obs. sous Cass.soc., 4 déc. 2002, *RTD civ.* 2003, p. 711.
- obs. sous Cass.ass.plén., 13 déc. 2002, *D.* 2003, p. 231.
- note sous Cass. 2^{ème} civ., 20 juin 2004, *RTD civ.* 2004, p. 738.
- obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 11 oct. 2007, *RTD civ.* 2008, p. 111.
- obs. sous Cass.soc., 11 mai 2010, *RTD civ.* 2010, p. 564.

KESSLER (D.), concl. sous CE, 1er avril 1992, Sté Ladbroke Hôtels France, *Dr. soc.* 1992, p. 833.

KOCHER (M.), note sous Cass.soc., 15 avril 2015, *Rev trav.* 2015, p. 541.

LAITHIER (Y.-M.), obs. sous Cass. com., 18 janv. 2011, *RDC*. 2011/3, p. 789.

LANGLOIS (Ph.), obs. sous Cass. soc., 4 avril 1979, *D.* 1980, I. R., p. 25.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.), note sous Cass.crim., 16 nov. 2011, *AJ pénal* 2012, p. 16.

Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), note sous Cass.com., 10 juill. 2007, *RTD Com.* 2007, p. 786.

LÉNA (M.), obs. sous Cass.crim., 16 nov. 2011, *D.* 2012, p. 137.

LEPAGE (A.), note sous Cass.crim., 19 mai 2004, *CCE*. 2004, n° 12, p. 39.

LIBCHABER (R.), obs. sous Civ. 1^{re}, 16 mai 2006, *Deffrénois*, 2006. 1220.

LINDON (V.), note sous Cass.soc., 27 nov. 1958, *D.* 1959, p. 20.

LIENHARD (A.), note sous Cass.ch.mixt., 6 sept. 2002, *D.* 2002, p. 2531.

LOISEAU (G.) :

- note sous Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, *JCP E.* 2001, p. 419.
- note sous Cass.soc., 15 déc. 2010, *JCP G.* 2011. 952.
- note sous Cass.soc., 3 mai 2011, *D.* 2011, p. 1568.
- note sous Cass.soc., 12 sept. 2018, *JCP G.* 12 nov. 2018, 1182.
- note sous Cass.soc., 8 juill. 2020, *JCP S.* 15 sept. 2020, 3011.

LOKIEC (P.), note sous Cass.soc., 31 janv. 2012, *D.* 2012, p. 1167.

LOKIEC (P.) et PORTA (J.) :

- obs. sous Cass.soc., 12 sept. 2018, *D.* 2019, p. 963.
- obs. sous Cass.soc., 27 mars 2012, *D.* 2013, p. 1026.

LYON-CAEN (A.), obs. sous Cass.soc., 25 fév. 1992, *D.* 1992, *Somm.*, p. 294.

LYON-CAEN (A.) et PAPADIMITRIOU (C/), obs. sous Cass.soc., 7 déc. 1993, *D.* 1994, p. 309.

LYON-CAEN (G.), *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française, 1992, p. 149.

MAILLARD-PINON (S.), note sous Cass.soc., 12 oct. 2011, *RDT*. 2011, p. 698.

MALABAT (V.) :

- note sous Cass.crim., 20 oct. 2004, *Rev. pénit.* 2005, p. 239.
- note sous Cass.crim., 5 oct. 2011, *Rev. pénit.* 2011, p. 909.
- note sous Cass.crim., 19 juin 2013, *RDT* 2013, p. 767.

MALAURIE-VIGNAL (M.), obs. sous Cass.soc., 21 janv. 2015, *CCC*. Avril 2015, comm. 87.

MALFETTES (L.), note sous Cass.soc., 11 mai 2022, *Dalloz actu.*, 16 mai 2022.

MALLERAY (F.), note sous Cass.soc., 11 mai 2022, *AJDA* 2022, p. 1001.

MARGUÉNAUD (J.-P.) :

- obs. sous CEDH 20 nov. 1995, *Pressos Compania Naviera SA et autres c/ Belgique*, *RTD Civ.* 1996, p. 515.
- obs. sous CEDH 27 nov. 2007, *Mme Hamer c. Belgique*, *D.* 2008, p. 884.

MARGUÉNAUD (J.-P.) et MOULY (J.), note sous Cass.soc., 12 juill. 1999, *Spileers*, *D.* 1999, p. 645.

MATSOPOULOU (H.) :

- note sous Cass.crim., 19 juin 2013, *Rev. scien. crim.* 2013, p. 813.
- obs. sous Cass.crim., 3 mai 2018, *RSC.* 2019, p. 84.
- obs. sous Cass.crim., 16 janv. 2019, *RSC.* 2019, p. 84.

MAZEAUD (A.), note sous Cass.soc., 18 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 191.

MAZEAUD (D.) :

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 16 fév. 1999, *Defrénois*, 29 fév. 2000, p. 238.
- note sous Cass.ch.mixt., 6 sept. 2002, *D.* 2002, p. 2963.
- obs. sous Cass.com., 10 juill. 2007, *RDC.* 2007, p. 1110.
- note sous Cass.soc., 21 sept. 2017, *D.* 2017, p. 2007.

MENDOZA-CAMINADE (A.), note sous Cass.crim., 22 sept. 2004, *JCP G.* 2005. II. 10034.

MESTRE (J.) :

- obs. sous Cass.soc., 25 fév. 1992, *RTD Civ.* 1992, p. 760.
- obs. sous Riom, 3^e ch. 10 juin 1992, *RTD civ.* 1993, p. 343.

MESTRE (J.) et FAGES (B.) :

- obs. sous Cass.soc., 18 mai 1999, *RTD civ.* 2000, p. 326.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, *RTD civ.* 2001, p. 130.
- obs. sous Cass.soc., 23 mai 2000, *RTD Civ.* 2001, p. 137.
- obs. sous Cass.ch.mixt., 6 sept. 2002, *RTD civ.* 2003, p. 94.
- obs. sous Cass.soc., 8 mars 2005, *RTD Civ.* 2005, p. 391.

MILLET (J.-F.), obs. sous CAA, Nantes, 12 nov. 2004, *AJDA.* 2005, p. 893.

MOIZARD (N.), note sous Cass.soc., 29 sept. 2014, *RDT.* 2014, p. 762.

MOLFESSIS (N.), note sous Cass.soc., 29 juin 1999 (4 arrêts), *RTD Civ.* 2000, p. 20.

MONTREDON (J.-F.), obs. sous Cass. soc., 30 mars 1982, *JCP. éd., C.I.*, 1983, II, 14029.

MOULY (J.) :

- obs. sous CA Paris, 4 juin 1987, *D.* 1987, p. 610.
- note sous Cass.soc., 27 oct. 1998, *D.* 1999, p. 196.
- note sous Cass.soc., 30 mars 1999, *JCP G.* 2000, II, 10195.
- note sous Cass.soc., 25 avril, 1999 et 3 juill. 1990, *D.* 1991, J, 507.
- note sous Cass.soc., 23 fév. 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 576.
- note sous Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, *D.* 2007, p. 2137.
- note sous Cass.soc., 20 nov. 2007, *D.* 2008, p. 196.
- note sous Cass. 2^e civ., 11 oct. 2007, *D.* 2008, p. 582.
- note sous Cass.soc., 9 mars 2011, *JCP E.*, 26 mai 2011, 1422.
- note sous Cass.soc., 27 mars 2012, *Dr. soc.* 2012, p. 525.
- note sous Cass.soc., 16 mai 2012, *Dr.soc.* 2012, p. 742.

- note sous Cass.soc., 13 mars 2013, *Dr.soc.* 2013, p. 455.
- obs. sous Cass.soc., 12 fév. 2014, *Dr.soc.* 2014, p. 479.
- note sous Cass.soc., 9 juill. 2014, *Dr. soc.* 2014, p. 857.
- note sous Cass.soc., 21 janv. 2015, *Dr.soc.* 2015, p. 374.
- note sous Cass.soc., 25 nov. 2015, *Dr.soc.* 2016, p. 288.
- note sous Cass.soc., 8 févr. 2017, *Dr. soc.* 2017, p. 272.
- note sous Cass.soc., 5 juillet 2017, *Dr. soc.* 2017, p. 882.
- note sous Cass.soc., 28 nov. 2018, *Dr. soc.* 2019, p. 360.
- obs. sous Cass.soc., 8 juill. 2020, *Dr.soc.* 2020, p. 961.

NEAUDEDUC (Ch.), note sous Cass.soc., 31 janv. 2012, *RLDA.* 2012, n° 70.

N. NOTAT (N.) et SENARD (J.-D.), *L'entreprise, objet d'intérêt collectif, Rapport remis aux Ministres de la transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances du Travail*, 9 mars 2018, spéc., p. 20 (disponible sur https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2018/entreprise_objet_interet_collectif.pdf).

OLLARD (R.) :

- obs. sous Cass.crim., 19 juin 2013, *RDC.* 2013/4, p. 1479.
- obs. sous Cass.crim., 3 mai 2018, *RDC.* 2018, p. 397.

OTTENHOF (R.) :

- obs. sous Cass.crim., 14 nov. 2000, *RSC.* 2001, p. 385.
- obs. sous Cass.crim., 22 sept. 2004, *RSC.* 2005, p. 852.

PALLI (B.), note sous Cass.soc., 24 nov. 2010, *Dr. ouv.* 2011, p. 215.

PÉLISSIER (J.):

- note sous Cass.soc., 23 juin 1976, *Dr. soc.* 1977, p. 26.
- obs. sous Cass.soc., 30 mars 1982, *D.* 1983, I. R., p. 197.
- obs. sous Cass. soc., 29 nov. 1990, *D.*1990, *Juris.*, p. 190.
- note sous Cass.soc., 13 juin 2007, *RDT.* 2007, p. 579.

PENNEAU (A.), obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 fév. 2006, *D.* 2006, p. 1796.

PENNEAU (J.), obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, *D.* 2001. *Somm.*, p. 3081.

PERRIN (L.) :

- note sous Cass.soc., 14 oct. 2008, *D.* 2008. 2672.
- note sous Cass.soc., 24 nov. 2010, *D.* 2010, p. 2914.

PIC (P.), note sous cf. Cass.soc., 6 juill. 1931, *Dr. publ.* 1931, 1. 131.

PIGNARRE (G.), obs. sous CA. Paris 21^e ch. C 23 novembre 1990, *D.* 1992. 101.

PRADA-BORDENAVE (E.), concl. sous CE, 1^{er} avril 1992, *CJEG.* 2002, p. 370.

PRÉTOT (X.), obs. sous CE, 16 juin 1995, *AJDA.* 1995, p. 854.

PRZEMYSKI-ZAJAC (P.), obs. sous Cass.soc., 2 fév. 1994, *D.* 1995, p. 550.

PUIGELIER (C.) :

- note sous Cass.soc., 18 mai 1999, *JCP E.* 2000. 40.
- note sous Cass.soc., 15 déc. 2010, *JCP S.* 2011, 1104.

RADÉ (Ch.) :

- obs. sous Cass.soc., 23 fév. 2005, *RDC.* 2005, p. 761.
- note sous Cass. soc., 7 déc. 2005, *RDC.* 2006/2, p. 414.
- note sous Cass.soc., 21 sept. 2017, *Lexbase Hebdo*, éd. soc., n° 714, 5 oct. 2017.

Rapport remis au Président de la République, relatif à l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539/>.

RAKOTOVAHINY (M.), note sous Cass.soc., 16 mai 2018, *Rev. sociétés*, 2019, p.135.

RAY (J.-E.) :

obs. sous Cass.soc., 30 sept. 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 1094.

note sous Cass.soc., 12 juill. 1999, *Spilleers*, *Dr. soc.* 1999, p. 287.

RENEAUD (F.), note sous CE, 21 déc. 2001, *Dr. ouv.* 2002, p. 457.

REVET (Th.):

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, *RTD civ.* 2001, p. 167.
- obs. sous Cass.crim., 14 nov. 2000, *RTD civ.* 2001, p. 912.
- obs. sous Cass.crim., 22 sept. 2004, *RTD Civ.* 2005, p. 164.
- obs. sous CEDH, Grd. ch., 6. oct. 2005, *Maurice c. France*, *RTD Civ.* 2005, p. 798.
- note sous CEDH, 18 nov. 2010, *Richer et Le Ber c. France*, *RTD Civ.* 2011, p. 150.

REYNÈS (B.), note sous Cass.soc., 15 nov. 2007, *D.* 2008, p. 325.

ROBINNE (S.), obs. sous Cass.soc., 13 mars 2013, *D.* 2013, p. 2812.

ROCHFELD (J.), obs. sous CEDH, 18 nov. 2010, *Richer et Le Ber c. France*, *RDC.* 2012, p. 23.

ROYER (E.), note CE 19 nov. 2008, Société *Getecom*, *AJDA.* 2008, p. 2205.

ROY-LOUSTAUNAU (C.) :

- note sous Cass.soc., 27 oct. 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 293.
- obs. sous Cass.soc., 13 mars 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 1117.

SAENKO (L.) :

- note sous Cass.crim., 19 juin 2013, *Dr. soc.* 2013, p. 1008.
- obs. sous Cass.crim., 3 mai 2018, *RTD Com.* 2018, p. 498.
- obs. sous Cass.crim., 16 janv. 2019, *RTD Com.* 2020, p. 504.

SAINT-DIDIER (C.), obs. sous Cass.soc., 29 nov. 1990, *RRJ.* 1991-3, p. 867.

SALOMON (R.) :

- concl. sous Cass.crim., 3 mai 2018, *JCP S.* 12 juin 2018, 1198.
- obs. sous 16 janv. 2019, *JCP S.* 21 déc. 2021, 1326.
- obs. sous Cass.crim., 30 juin 2021, *JCP S.* 21 déc. 2021, 1326.

SAVATIER (J.) :

- note sous Cass.soc., 4 avril 1990, *Dr. soc.* 1990, p. 803.
- obs. sous Cass.soc., 4 fév. 1997, *Dr.soc.* 1997, p. 413.
- note sous Cass.soc., 6 mai 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 734.
- obs. sous Cass.soc., 16 juin 1998, *Dr.soc.* 1998, p. 1000.
- note sous Cass.soc., 18 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 102.
- note sous Cass.soc., 26 fév. 2003, *D.* 2003, p. 1077.
- note sous Cass.soc., 12 déc. 2003, *Dr. soc.* 2004, p. 550.

SAVATIER (R.), note sous Civ. 2^e, 13 mai 1955, *D.* 1956, p. 53.

SAVAUX (É.), note sous Cass.com., 10 juill. 2007, *Defrénois* 2007, art. 38667-81.

SERMET (L.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, Conseil de l'Europe, Dossier sur les droits de l'homme, n°11, disponible sur [https://www.echr.coe.int/librarydocs/dg2/hrfiles/dg2-fr-hrfiles-11\(1998\).pdf](https://www.echr.coe.int/librarydocs/dg2/hrfiles/dg2-fr-hrfiles-11(1998).pdf)

SERRA (Y.) :

- note sous Cass.soc., 17 fév. 1993, *D.* 1993, p. 347.
- note sous Cass.soc., 10 juillet 2002, *D.* 2002, p. 2491.

STOFFEL-MUNCK (Ph.):

- obs. sous Cass. 3^e civ., 5 nov. 2003, *RDC.* 2004, n° 3, p. 6.
- note sous Cass.com., 10 juill. 2007, *D.* 2007, p. 2839.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 11 oct. 2007, *JCP G.* 2008. I. 125.

SUDRE (F.), obs. sous CEDH, 29 nov. 1991, *Pine Valley Developpements c/ Irlande*, *RUDH.* 1992, p. 9.

TAQUET (F.), note sous Cass.soc., 12 mars 1991, *JCP E.* 1991, 176.

THOMASSIN (N.), note sous Cass.crim., 16 nov. 2011, *D.* 2012, p. 964.

TISSANDIER (H.), obs. sous Cass.soc., 6 janv. 2011, *RDT*. 2011, p. 388.

TOURNAFOND (O.), obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, *D.* 2002. Somm., p. 930.

TOURNAUX (S.), note sous Cass.soc., 8 févr. 2017, *RDT*. 2017, p. 198.

TRÉBULLE (F.G.), note sous CEDH, 18 nov. 2010, *Richer et Le Ber c. France*, *D.* 2011, p. 2694.

TRICOIT (J.-Ph.), note sous Cass.soc., 21 mars 2012, *JCP S.* 19 juin 2012, 1271.

TUNC (A.), note Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 1961, *RTD civ.* 1962, p. 307.

VACHET (G.), note sous Cass.soc., 15 nov. 2007, *JCP S.* 12 fév. 2008, 1102.

VAN TUONG (N.), note sous, *JCP G.* 1997, II, 22764.

VATINET (R.) :

- obs. sous Cass. soc., 20 janv. 1998, *Guermontprez*, *Dr.soc.* 1998, p. 297.
- note sous Cass.soc., 21 sept. 2017, *Dr.soc.* 2018, p. 170.

VÉRON (M.) :

- note sous Cass.crim., 14 nov. 2000, *Dr. pénal* 2001, comm. n° 28.
- obs. sous Cass.crim., 16 nov. 2011, *Dr. pénal* 2012, comm. n° 1.
- note sous Cass.crim., 19 juin 2013, *Dr. pénal* 2013, comm. n° 158.

VIALLA (F.), note sous Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, *JCP G.* 2001. II. 10452.

VINEY (G.), obs. sous Cass.soc., 25 nov. 2003, *JCP G.* 2004, I, 163.

WAQUET (Ph.) :

- note sous Cass. soc., 20 janv. 1998, *Guermontprez*, *JCP G.* 1998, II, 10027.
- obs. sous Cass.soc., 22 nov. 2006, *RDT*. 2007, p.102.

WILLMAN (Ch.), obs. sous Cass. ass.plén., 13 déc. 2002, *Dr.soc.* 2003, p. 439.

ZÉNATI (F.), obs. sous CEDH, 9 déc. 1994, *RTD Civ.* 1995, p. 652.

Index alphabétique

(Les numéros renvoient aux paragraphes. Développements en corps de texte et notes de bas de page)

Apparence :

- mandat apparent, 57
- application aux relations bilatérales, 465.

Abus de confiance :

- détournement du temps de travail, 553 et s.
- détournement de la confiance accordée, 550 et s.

Abus de droit :

- critère de la confiance légitime trompée : 138 et s.

Abus de droit à la vie personnelle :

- droit contrôlé, 373 et s .

Attente légitime :

- notion, 39
- distinction avec la confiance, 412

Bien :

- notion et critères, 520 et s.

Bonne foi :

- rapport avec la confiance, 39
- distinction avec l'intérêt de l'entreprise, 173

Clauses :

- de mobilité, 165 et s.
- de non-concurrence, 515.
- de renonciation, 195 et s.

Clientèle civile :

- cession, 536.

Confiance :

- notion, 40
- légitimité, 30

- valeur économique, 524 et s.

Contrat de travail :

- contrat d'adhésion, 36
- contrat relationnel, 37, 92

Créance :

- imperfection, 423
- propriété des créances, 438

Déclaration :

- confiance créée, 104 et s.

Délinquance du salarié :

- conséquences sur le contrat de travail, 336 et s.

Devoir :

- distinction avec l'obligation, 274

Domage :

- distinction avec le préjudice, 328

Droit potestatif :

- notion, 129 et s.
- régime, 211 et s.

Engagement unilatéral :

- force obligatoire, 106 et s.

Espérance légitime :

- notion, 421 et s.
- application dans la relation de travail, 451 et s.

Faute disciplinaire :

- périmètre, 373, 407.

Fides :

- La déesse Fides, 6 et s.
- La notion juridique, 10

Force obligatoire du contrat :

- fondement, 28

Garantie contractuelle d'emploi :

- nature de l'indemnité, 478

Indemnité de licenciement :

- fondement, 493

Information :

- obligation précontractuelle d'information, 90
- mentions mensongères sur le C.V., 84.

Intérêt de l'entreprise :

- distinction avec l'abus de droit, 173.

Lévy (E.) :

- biographie intellectuelle, 14
- théorie de la confiance légitime, 18

Liberté d'expression :

- Abus d'exercice, 367

Loteries publicitaires :

- fondement, 61

Loyauté :

- nature, 274 et s.

Mandat :

- social, 356
- syndical, 363

Offre de contrat de travail :

- rétractation, 51 et s.

Période d'essai :

- Abus de droit de résilier, 143.

Perte de confiance :

- Condition de légitimité, 300 et s.

Pourparlers d'embauche :

- force obligatoire, 46 et s.

Quasi-engagement :

- approche critique, 471

Rechtswerving :

- présentation, 222
- application en droit français, 225

Recommandation patronale :

- force obligatoire, 118

Sécurité juridique :

- conception fiduciaire, 594

Suspension du contrat :

- maintien de l'obligation de loyauté, 344.

Transfert d'entreprise :

- circulation de la confiance, 541 et s.

Usages :

- force obligatoire, 109.

Table des matières

Introduction.....	11
Première partie :	27
Le Lien	27
Titre 1 : La force obligatoire de la confiance créée.....	29
Chapitre 1 : La confiance créée avant le contrat de travail.....	29
Section 1 : La justification de la force obligatoire des mécanismes précontractuels.....	29
Sous-section 1 : Les pourparlers d'embauche.....	29
Sous-section 2 : L'offre de contrat de travail	32
§ 1 - La valeur de l'offre de contrat de travail	32
A. La socialisation de l'offre de contrat de travail.....	32
B. La civilisation de l'offre de contrat de travail	35
§ 2 - L'irrévocabilité de l'offre de contrat de travail.....	37
A. Le fondement de l'irrévocabilité de l'offre de contrat de travail	37
1. Les limites des justifications traditionnelles.....	37
a. La circularité de l'idée de faute commise	38
b. Les insuffisances de la volonté unilatérale	38
2. L'explication par la confiance créée.....	40
B. La révocation fautive de l'offre de contrat de travail	42
Section 2 : L'allègement de l'obligation de « se » renseigner	44
Sous-section 1 : L'impossibilité de se fier aux informations fournies par le salarié.....	44
§ 1 - La vérification nécessaire des informations fournies par le salarié.....	44
§ 2 - Les mensonges indifférents du salarié	45
Sous-section 2 : La possibilité de se fier aux informations fournies par le salarié.....	46
§ 1 - La légitimité de la confiance fondée sur les informations fournies.....	46
§ 2 - La dispense de vérification justifiée par la « confiance légitime »	50
Chapitre 2 : La confiance créée au cours de la relation de travail.....	52
Section 1 : Le fondement de l'effet obligatoire des déclarations patronales	52
Sous-section 1 : Les engagements unilatéraux de l'employeur.....	52
§ 1 – L'atonie de la volonté de l'employeur	52
§ 2 – L'autonomie de la confiance créée chez les salariés	54
Sous-section 2 : Les recommandations patronales	58
Section 2 : La régulation des droits potestatifs accordés par le contrat de travail.....	63
Sous-section 1 : L'abus des droits potestatifs caractérisé par la confiance légitime trompée	66

§ 1 - L'abus du droit de résilier librement le contrat au cours de l'essai	68
A. La substitution aux critères obscurs	68
B. La substitution aux critères inadaptés	69
1. La confiance légitime trompée substituée au critère « temps »	70
2. La confiance légitime trompée substituée au critère finaliste.....	71
a. La possible rupture de l'essai fondée sur les qualités humaines	72
b. La possible rupture de l'essai fondée sur un motif économique	73
§ 2 - L'abus du droit de mettre en œuvre la clause de mobilité géographique	75
A. L'exclusion du domaine de l'abus de droit.....	76
1. La mise en œuvre excessivement attentatoire au droit à une vie personnelle et familiale du salarié.....	76
2. La mise en œuvre non-conforme à l'intérêt de l'entreprise.....	78
3. La mise en œuvre exclusive de la bonne foi	80
B. Le recentrage du domaine de l'abus de droit	81
§ 3 - L'abus du droit de ne pas renouveler le contrat de travail à durée déterminée.....	83
§ 4 - L'abus du droit de renoncer à la clause de non-concurrence.....	85
A. Le contrôle insuffisant de l'incertitude	85
B. Le contrôle souhaitable de l'abusif.....	86
Sous-section 2 : L'efficacité des droits potestatifs subordonnée au respect de la confiance légitime.....	87
§ 1 - La neutralisation du droit potestatif exercé <i>perfidement</i>	88
A. L'inefficacité du droit potestatif.....	88
B. La sensibilité du droit potestatif	89
§ 2 - L'« auto-déchéance » du droit potestatif exercé <i>perfidement</i>	90
A. Une déchéance circonstanciée.....	91
B. Une <i>Rechtsverwerking</i> « à la française ».....	93
Ttitre 2 : La force libératoire de la confiance perdue.....	96
Chapitre 1 : La désagrégation du motif de perte de confiance.....	96
Section 1 : La fin annoncée du motif de perte de confiance.....	96
Sous-section 1 : L'exigence de la « cause réelle et sérieuse » du licenciement	96
Sous-section 2 : L'exigence d'imputabilité des éléments objectifs	98
Sous-section 3 : L'abandon partiel du motif de perte de confiance	100
§ 1 - La fin du motif « tout court » pour la Cour de cassation	100
§ 2 - La fin du motif « en soi » pour le Conseil d'État	101
A. Le temps de la consécration	101
B. Le temps des précisions.....	103

Section 2 : La dilution actuelle du motif de perte de confiance	107
Sous-section 1 : Le licenciement pour trouble objectif caractérisé	107
§ 1 - Les incertitudes du licenciement pour « trouble objectif caractérisé »	107
A. L'imprécision des éléments constitutifs du « trouble objectif caractérisé »	107
B. Les hésitations sur la nature du « trouble objectif caractérisé »	109
§ 2 – La disgrâce du trouble objectif caractérisé	110
Sous-section 2 : Le licenciement pour faute disciplinaire	111
§ 1 - Le fait tiré de la vie personnelle anormalement constitutif d'une faute disciplinaire	111
A. La fin de l'incompatibilité entre faute disciplinaire et vie personnelle	111
B. La critique de la compatibilité entre faute disciplinaire et vie personnelle	113
1. La possible confusion entre « obligation » et « devoir »	113
2. La confusion regrettable entre vie personnelle et vie professionnelle	115
§ 2 – Le rattachement malencontreux à « la vie professionnelle ».	116
A. L'alternative de la méthode du rattachement	116
B. L'exercice discutable du pouvoir disciplinaire en présence d'une simple subordination de « fait »	118
Chapitre 2 : La réhabilitation du motif de perte de confiance	121
Section 1 : La condition de légitimité de la perte de confiance	121
Sous-section 1 : Les modalités d'appréciation des éléments objectifs	121
§ 1 - Les variables	121
A. La pertinence des éléments objectifs	121
B. L'imputabilité des éléments objectifs	123
1. L'exigence d'imputabilité des éléments objectifs en droit positif	123
2. La possible dispense d'imputabilité des éléments objectifs en droit prospectif	125
§ 2 – Les constantes	128
A. Les éléments extérieurs au contrat de travail	128
B. Des éléments préjudiciables à l'entreprise	129
Sous-section 2 : Les sources de légitimation de la perte de confiance	131
§ 1 - La délinquance extraprofessionnelle	131
§ 2 - L'activité concurrentielle détachée de l'exécution du contrat	134
A. L'exercice d'une activité concurrente au cours d'une période de suspension du contrat de travail	135
B. La détention de parts sociales dans une société concurrente	136
§ 3 – Les fautes commises au cours de l'exercice d'un mandat	139
A. Les fautes commises au cours d'un mandat social	139

B. Les fautes commises au cours d'un mandat de représentant du personnel.....	141
§ 4 - L'abus du droit à la liberté d'expression commis hors de l'entreprise	144
§ 5 - L'abus de droit à la vie personnelle	147
Section 2 : Les effets de la perte légitime de confiance	153
Sous-section 1 : Une cause non fautive de licenciement	153
§ 1 - La motivation du licenciement.	153
§ 2 - Le droit à l'indemnité de licenciement	154
§ 3 - La question du préavis	155
Sous-section 2 : La possible mise en œuvre de la responsabilité délictuelle du salarié .	157
Deuxième partie :	164
Le Bien	164
Titre 1 : La fonction patrimoniale de la confiance suscitée	166
Chapitre 1 : L'identification de la notion d'« espérance légitime » dans la jurisprudence de la Cour EDH.....	169
Section 1 : Les conditions de l'« espérance légitime »	169
Sous-section 1 : La créance « imparfaite »	169
Sous-section 2 : La base de confiance suffisante	171
§ 1 - La base juridique de confiance suffisante	172
§ 2 - La base factuelle de confiance suffisante.....	174
Section 2 : Les effets de l' « espérance légitime ».....	175
Sous-section 1 : La consécration de la propriété des créances « imparfaites ».....	175
§ 1 - L'intégration d'une valeur patrimoniale <i>préexistante</i>	175
§ 2 - La conception extensive de la notion de « bien »	177
Sous-section 2 : L'obligation d'indemniser le créancier « imparfait »	179
Chapitre 2 : L'application de la notion d'« espérance légitime » dans la relation de travail	182
Section 1 : La privation des revenus illusoires	185
Sous-section 1 : Le fondement artificiel de la responsabilité civile de l'employeur.....	186
Sous-section 2 : Le fondement idoine de la « propriété » des salariés	188
§ 1 - L'« espérance légitime »de percevoir le revenu illusoire	188
§ 2 - Le droit à la valeur du revenu illusoire	190
Section 2 : La privation des revenus futurs.....	192
Sous-section 1 : L'indemnité pour violation de la garantie contractuelle de stabilité de l'emploi.....	193
§ 1 - L'indemnité forfaitaire exclusive de la responsabilité civile	194

§ 2 - L'indemnité forfaitaire compensant l'atteinte à la propriété des revenus futurs légitimement espérés	197
Sous-section 2 : L'indemnité de licenciement	200
§ 1 - L'abandon de la logique réparatrice	200
§ 2 – L'adoption de la logique « propriétaire »	203
A. L'objet de propriété en question	203
1. Le mythe de la « propriété de l'emploi »	203
2. Le parti pris de la propriété de la « valeur créée »	204
B. La propriété des revenus futurs légitimement espérés comme réponse	206
Titre 2 : La valeur patrimoniale de la confiance accordée	210
Chapitre 1 : La réification de la confiance en la personne du salarié	210
Section 1 : La valeur économique de la confiance accordée au salarié	211
Sous-section 1 : Une valeur économique certaine	212
Sous-section 2 : Une valeur économique singulière	214
Section 2 : L'aptitude à circuler de la confiance accordée au salarié	216
Sous-section 1 : Le paradigme des cessions de clientèles civiles	217
Sous-section 2 : Le report de confiance dans le transfert d'entreprise	219
Chapitre 2 : Le détournement de confiance au préjudice de l'employeur	222
Section 1 : Les doutes suscités par l'objet de l'abus de confiance du salarié	222
Sous-section 1 : Le non-sens du temps de travail	224
§ 1 - L'exclusion de la qualification de « bien »	224
§ 2 - L'absence de « remise » au salarié	225
Sous-section 2 : Le contresens de la force de travail	228
Section 2 : Les doutes levés sur l'objet de l'abus de confiance du salarié	230
Sous-section 1 : L'atteinte au « bien - confiance »	230
§ 1 - La « remise » de confiance par l'employeur	230
§ 2 – Le « détournement » de la confiance par le salarié	232
Sous-section 2 : La protection de la propriété de la confiance	233
Conclusion générale	237
Bibliographie	240
***	240
Index alphabétique	270

