

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 828



*Publication
bimensuelle*

*1^{er} octobre
2015*

Consultez sur www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation

The screenshot shows the homepage of the Cour de Cassation website. At the top, there is a navigation bar with the Cour de Cassation logo and menu items: COUR DE CASSATION, JURISPRUDENCE, PUBLICATIONS, ÉVÉNEMENTS, HAUTES JURIDICTIONS, and INFORMATIONS & SERVICES. Below the navigation bar, the main content area is divided into several sections:

- La Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français:** A section with a decorative image of the Cour de Cassation and a text block explaining its mission and the motto "Il y a pour toute la République une Cour de cassation".
- Derniers arrêts mis en ligne:** A list of recent judgments, including a communiqué on AZF and several arrêtés on criminal and labor law.
- Actualités:** A section with a red header containing news items like "Affaire AZF" and "Activité 2014 de la Cour".
- Questions prioritaires de constitutionnalité:** A section with a red header listing constitutional questions and QPCs.
- Informations et suivi d'un pourvoi:** A section with a pink header providing contact information and a "SUIVRE VOTRE AFFAIRE" button.
- Colloques à venir:** A section with a dark header listing upcoming colloquia.
- Liens professionnels:** A section with a red header listing professional links like "Experts judiciaires" and "Marchés publics".

At the bottom of the page, there is a footer with contact information, a search bar, and a copyright notice for the Cour de Cassation.



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

Communications

Jurisprudence

Doctrine

Remerciements

Les Rencontres de la chambre sociale ont pour ambition de permettre aux magistrats, qui forment la jurisprudence, et aux universitaires, qui la commentent et la critiquent, d'échanger sur quelques thèmes d'actualité. La réussite de ces Rencontres dépend directement de l'implication et de l'esprit d'ouverture manifesté à chaque édition par l'ensemble des participants. Qu'ils soient tous remerciés pour leur implication et leur investissement.

Un remerciement doit plus particulièrement être adressé aux magistrats qui, une fois de plus, ont permis, par leurs contributions, l'organisation matérielle de la journée et la retranscription des débats : Mmes et MM. Stéphanie Ala, Élise Barbé, Ludovic Belfanti, Catherine Corbel, Catherine Courcol-Bouchard, Alexandre David, Vivien David, Sophie Depelley, Laurence Duvallet, Sabine Mariette, Nathalie Sabotier, Françoise Salomon, Thierry Sihol.

Table des matières

	<i>Pages</i>
RENCONTRES DE LA CHAMBRE SOCIALE 2015	
Remerciements.....	3
Propos introductifs de M. Frouin, président de la chambre sociale	5
Matinée : Nouvelles sources	
La question prioritaire de constitutionnalité et le droit constitutionnel du travail	
- intervention de M. Dutheillet de Lamothe, membre honoraire du Conseil constitutionnel	7
- intervention de M. Philippe Flores, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation, et Mme Maud Vialettes, maître des requêtes, rapporteur public au Conseil d'État	12
- Intervention de M ^e Haas, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.....	22
- intervention de M. Radé, professeur à l'université de Bordeaux	28
- débats : MM. Frouin, Mathieu, Antonmattei, Mme Moreau, MM. Dutheillet de Lamothe, Huglo.....	37
Après-midi : Nouvelles ruptures	
Introduction par M. Couturier, professeur à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne	
Les ruptures contentieuses (prise d'acte et résiliation judiciaire)	
- intervention de Mme Goasguen, conseiller en service extraordinaire à la chambre sociale de la Cour de cassation	43
- intervention de M. Alexandre Fabre, professeur à l'université d'Artois, faculté de droit de Douai	48
- débats : MM. Couturier, Chollet, Mme Favennec, MM. Géa, Antonmattei	56
Les ruptures négociées (ruptures conventionnelles ou ruptures amiables)	
- intervention de Mme Ducloz, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation	59
- intervention de M. Césaró, professeur à l'université de Panthéon-Assas Paris 2	69
- débats : MM. Couturier, Ray, Fabre, Géa	77

Rencontres de la chambre sociale du 20 mars 2015

Nouvelles sources - Nouvelles ruptures

Propos introductifs de M. Frouin, président de la chambre sociale

Les Rencontres de la chambre sociale (cinquièmes du nom) ont été conçues comme un lieu de dialogue et d'échanges, d'abord avec la doctrine, mais le cercle s'élargit au fil du temps avec tous ceux qui souhaitent partager ce moment d'échanges et de réflexions : nos collègues et amis du Conseil d'État, la présidente et des membres de l'ordre des avocats aux Conseils, la direction générale du travail, en la personne de son directeur et de plusieurs de ses membres, le ministère de la justice, outre nos partenaires habituels : les membres du parquet général ainsi que les membres de la cellule sociale du service de documentation, d'études et de recherches (SDER).

Ces rencontres étant traditionnellement centrées, non sur un thème général décliné toute la journée comme peut l'être un colloque, mais plutôt sur des problématiques d'actualité qui peuvent avoir peu de liens entre elles, il n'y a guère eu d'hésitation sur le choix des problématiques à retenir cette année, tant elles ont paru s'imposer d'elles-mêmes.

C'est ainsi que l'après-midi sera consacré, sous la présidence du professeur Gérard Couturier, aux nouvelles ruptures : les ruptures dites contentieuses, d'abord, avec la prise d'acte et la résiliation judiciaire, les ruptures dites négociées, ensuite, avec la rupture conventionnelle et autres ruptures amiables :

- il a semblé en effet, sur le premier point, que l'évolution jurisprudentielle concernant la définition et l'appréciation du bien-fondé de la prise d'acte et de la résiliation judiciaire intervenue en 2014 n'a pas qu'un caractère technique, comme pourrait le laisser supposer le constat premier du sens de ces arrêts selon lequel la Cour de cassation a simplement modifié l'étendue de son contrôle sur l'appréciation par les juges du fond du bien-fondé de la prise d'acte. En réalité, quand on touche à l'étendue du contrôle de la Cour de cassation, on touche directement ou indirectement au fond du droit, et cette évolution de jurisprudence en est la parfaite illustration. Désormais, la prise d'acte de la rupture par le salarié aux torts de l'employeur ne peut plus être appréhendée juridiquement de la même façon : c'est pourquoi l'évolution intervenue est importante, c'est pourquoi elle est sujette à critiques, et a d'ailleurs été critiquée ;

- la rupture conventionnelle, et les ruptures négociées en général, imposaient également qu'on s'y arrête, et cela pour deux raisons.

La première, d'évidence : depuis 2013, compte tenu du temps nécessaire à la montée du contentieux jusqu'à la Cour de cassation, celle-ci est saisie de nombreuses questions la conduisant à exercer un contrôle sur l'application et l'interprétation des dispositions légales régissant ce nouveau mode de rupture. Il était donc naturel, normal, de faire le point à un moment ou à un autre sur l'état de la jurisprudence en la matière.

Mais une autre raison le justifiait : cette montée du contentieux afférent à la rupture conventionnelle, on s'y attendait ; un certain nombre des questions qui seraient posées, on les connaissait parce que la doctrine les avait débusquées pour la plupart. On était donc dans une situation finalement assez rare où il est possible de conduire une véritable politique jurisprudentielle. Il y a deux ans, lors de ces mêmes Rencontres, intervenant sur la technique de cassation, je m'étais demandé s'il peut y avoir une politique jurisprudentielle de la Cour de cassation, sauf à s'entendre sur ce que l'expression recouvre. On peut traduire cela par la volonté de donner ou d'imprimer un sens, une orientation, et de le transmettre aux juges du fond, mais en rapportant cette volonté à la mission qui est celle de la Cour de cassation, c'est-à-dire une mission régulatrice, d'unification du droit, qui inclut un certain pouvoir normatif. Ce qui pourrait conduire à donner une réponse négative à la question, c'est que la Cour de cassation ne se saisit pas elle-même et qu'elle est tributaire des questions de droit qui lui sont posées, lesquelles lui arrivent de manière un peu fortuite et aléatoire, ce qui ne facilite pas la mise en œuvre d'une véritable politique jurisprudentielle. Mais dans certaines circonstances, notamment en cas de loi nouvelle, toute une série de questions arrivent à la Cour dans un même trait de temps (ce fut le cas pour la loi du 20 août 2008) et il peut advenir (c'est le cas avec la rupture conventionnelle) que nombre des questions étaient prévisibles : on est donc dans une hypothèse dans laquelle la Cour peut conduire une politique jurisprudentielle au sens que nous avons indiqué. C'est notamment l'intérêt de la jurisprudence sur la rupture conventionnelle. Reste à déterminer si la politique conduite est pertinente, et ce sera l'objet des interventions et de la discussion de la seconde moitié de l'après-midi.

Tel sera donc le programme de l'après-midi, étant ici immédiatement ajouté que la journée sera clôturée comme les années précédentes par le rapport de synthèse de Jean-Marc Béraud.

Si les problématiques retenues l'après-midi de ces Rencontres se sont naturellement imposées, il en est de même de celle qui sera abordée ce matin sous l'intitulé de « nouvelles sources ».

Cinq ans, presque jour pour jour, après l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité dans notre organisation juridictionnelle, il est apparu comme allant de soi qu'il s'imposait de dresser une sorte de premier bilan, d'autant que le moment semblait favorable : après des débuts qu'il faut bien qualifier de tourmentés, à la Cour de cassation en tout cas, la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est entrée dans une phase de maturité, elle a trouvé sa place, son appréhension s'est régulée, de sorte qu'il paraissait intéressant de faire le point au travers de deux questionnements qui sont suggérés par l'intitulé retenu : « la question prioritaire de constitutionnalité et le droit constitutionnel du travail ».

Le premier questionnement concerne le (bon ou mauvais) fonctionnement de cette nouvelle voie de droit dans le paysage juridictionnel français. En d'autres termes, les pouvoirs publics ont institué un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, dont ils ont organisé les modalités en faisant notamment des deux juridictions suprêmes de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire un filtre, est-ce que l'application qui en est faite est satisfaisante, quelles critiques peuvent y être apportées, quelles améliorations pourraient être envisagées ?

Il ne nous appartient évidemment pas à ce stade de porter une quelconque appréciation, puisque ce sera l'objet des interventions et de la discussion que nous aurons. Mais il est possible de donner, en préalable et en toile de fond, quelques éléments statistiques qui nous ont été transmis par le service de documentation, d'études et de recherches juste avant cette journée et qui sont à jour au 13 mars :

La chambre sociale a été saisie de 121 QPC depuis le mois de septembre 2010 (c'est-à-dire depuis qu'elle est en charge des QPC en droit du travail), légèrement inférieure à la moyenne totale de l'ensemble des chambres civiles, qui est de 143, étant ici observé que la moyenne annuelle de saisine décroît pour les autres chambres civiles alors qu'elle est assez constante pour la chambre sociale.

Le nombre de QPC renvoyées au Conseil constitutionnel est de 29, ce qui représente un taux de 24 % des QPC examinées par la chambre sociale (6 par an), le taux de renvoi des autres chambres étant extrêmement variable, de sorte que la comparaison est délicate : disons que la chambre sociale est, de ce point de vue, dans la moyenne.

Enfin, sur les 29 renvois de la chambre sociale, le Conseil constitutionnel a prononcé 25 déclarations de conformité (86,2 %), 3 déclarations d'inconstitutionnalité (10,3 %) et 1 déclaration de conformité avec réserve d'interprétation (3,4 %).

L'autre questionnement qu'il nous faudra aborder au cours de cette matinée est celui suggéré par la deuxième partie de l'intitulé de cette matinée : « *la QPC et le droit constitutionnel du travail* ». C'est en réalité la question de l'incidence de cette nouvelle voie de droit sur le fond du droit proprement dit. En quoi la QPC participe-t-elle à la reconnaissance, l'émergence, le développement d'un véritable droit constitutionnel du travail ? Le temps n'est plus - mais il n'est pas si loin - où l'on pouvait s'interroger sur l'existence d'un droit constitutionnel du travail. L'auteur de ces lignes se souvient qu'intervenant en 1998 lors du soixantième anniversaire de la chambre sociale avec le professeur Mathieu sur le thème « le juge social et la Constitution », ils étaient l'un et l'autre confrontés à un problème de matière, si l'on peut dire - existe-t-il un droit constitutionnel du travail ? - tenant tout à la fois au principe de la loi écran et à la circonstance que certains des principes ou règles constitutionnels énoncés en termes généraux pouvaient sembler de contenu incertain, quand d'autres s'apparentaient plus à des objectifs que s'est imposée à elle-même la collectivité qu'à l'énoncé de droits subjectifs. Ces considérations sont aujourd'hui dépassées et il ne peut plus être discuté qu'il existe bien un droit constitutionnel du travail. Reste à déterminer, et ce sera l'objet des interventions et de notre discussion, dans quelle mesure le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité participe à son émergence.

Pour aborder ces questionnements, il nous a semblé que le plus simple et le plus opportun était de procéder à une sorte de regards croisés sur le sujet : celui du Conseil d'État et de la Cour de cassation ; celui des avocats aux Conseils ; celui de l'universitaire. Il nous aurait manqué celui du Conseil constitutionnel si M. le président Dutheillet de Lamothe n'avait accepté d'intervenir et d'intervenir en qualité d'ancien membre du Conseil constitutionnel.

Nouvelles sources

La question prioritaire de constitutionnalité et le droit constitutionnel du travail

Intervention de M. Olivier Dutheillet de Lamothe,
membre honoraire du Conseil constitutionnel

Je voudrais d'abord dire tout le plaisir qui est le mien de participer une nouvelle fois à ces Rencontres de la chambre sociale, instituées, je crois, par Mme Collomp, et qui sont devenues un rendez-vous incontournable du dialogue qu'entretiennent les magistrats de la chambre sociale et la doctrine travailliste.

J'y ai toujours participé avec beaucoup d'intérêt comme président de la section sociale du Conseil d'État. Je suis heureux de continuer à y participer comme avocat.

À vrai dire, c'est en tant qu'ancien membre du Conseil constitutionnel que je vais m'exprimer pour tenter d'ouvrir le débat sur la QPC en droit du travail.

J'entendrai le droit du travail au sens strict, c'est-à-dire que je ne traiterai que des décisions relatives à des QPC portant sur une disposition du code du travail.

Ainsi entendu, **le bilan quantitatif de la QPC en droit du travail** est, au 1^{er} janvier 2015, le suivant, sachant qu'aucune décision n'a été encore rendue en 2015 dans ce domaine :

- du 1^{er} mars 2010 au 1^{er} janvier 2015, 27 décisions rendues en matière de QPC ont concerné le droit du travail, sur un total de 381 décisions, soit 7 % des décisions ;
- 5 censures totales ont été prononcées, soit un taux de censure de 18,5 %, contre 28,6 % pour l'ensemble des décisions ;
- 1 décision de conformité avec réserves a été rendue, soit un taux de 3,7 %, contre un taux global de 12 % ;
- enfin, 21 décisions de conformité ont été rendues, soit un taux de 77 %, contre un taux global de 55 %.

Alors que la QPC a été globalement saluée par l'ensemble de la communauté juridique comme un progrès de notre État de droit, notamment en matière pénale et fiscale, la QPC en droit du travail fait l'objet des critiques convergentes des doctrines constitutionnelle et travailliste :

- en ce qui concerne la doctrine constitutionnelle, Valérie Bernaud, qui estimait déjà « *qu'on chercherait vainement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel une conception tant soit peu élaborée des relations dans l'entreprise, de la négociation collective, du droit à la santé et à la protection sociale ou de la solidarité* »¹, ajoute, dans un article récent « *que cette procédure - la QPC - a davantage contribué à brouiller les traits du droit constitutionnel du travail qu'à les simplifier* »² ;
- en ce qui concerne la doctrine travailliste, le professeur Radé, que nous entendrons dans un instant, déclare, dans un article récent sur « *QPC et droit du travail : bilan et perspectives* »³, que « *Quantitativement et qualitativement, le bilan est des plus modeste et décevant* ».

Dans ce débat, je ne peux apporter que le point de vue d'un ancien juge constitutionnel :

- un juge qui a participé activement à la mise en place de la QPC entre 2008 et 2010 : j'ai même rapporté le premier règlement intérieur du Conseil sur la QPC ;
- un juge, qui, pour sa plus grande frustration, a quitté le Conseil constitutionnel le 1^{er} mars 2010, c'est-à-dire le jour même de l'entrée en vigueur de la QPC, ce qui me fait dire que le Conseil a rendu plus de belles et de grandes décisions dans les neuf mois qui ont suivi mon départ que pendant les neuf années où j'ai eu l'honneur d'y siéger.

De ce point de vue, qui est en fait un point de vue technique, il me semble que :

- la QPC a permis, d'une part, comme c'était sa vocation, de réexaminer la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de législations importantes en droit du travail (1) ;
- qu'elle a offert, d'autre part, l'occasion au Conseil constitutionnel de préciser sa jurisprudence dans un double esprit de clarification et de cohérence (2).

1. La QPC a permis de réexaminer la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de législations importantes en droit du travail

1.1. C'était sa vocation

Toute l'idée de la QPC lors de la révision constitutionnelle de 2008 était, en effet, de permettre un réexamen des lois déjà votées et parfois anciennes au regard des nouvelles exigences de notre État de droit en matière de droits et de libertés.

¹ V. Bernaud et X. Prétot, « Droit constitutionnel social », *Juris-Classeur Adm.*, fasc. 1443, n° 11, 2012.

² V. Bernaud, « La QPC a-t-elle changé le visage du droit constitutionnel du travail ? », *Droit social* 2014, p. 317.

³ C. Radé, « QPC et droit du travail : bilan et perspectives », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 582, mercredi 10 septembre 2014.

Cette idée - on l'a un peu oublié aujourd'hui - n'allait pas de soi. Ainsi, le projet de loi constitutionnelle soumis au Conseil d'État ne prévoyait la possibilité de questions préjudicielles de constitutionnalité que pour les textes votés après 1958. C'est le Conseil d'État qui a convaincu le gouvernement qu'une telle option ferait perdre tout son intérêt à la réforme et serait, en outre, inapplicable dans l'hypothèse de textes qui, comme la loi sur la presse de 1881, ont été modifiés dans chacun de leurs alinéas à toutes les époques.

C'est donc d'abord au regard de cet objectif d'offrir aux citoyens la possibilité de remettre en cause des législations importantes et souvent anciennes qu'il faut d'abord apprécier le bilan de la QPC.

Or, force est de constater que, de ce point de vue, la QPC a permis, en droit du travail comme dans les autres domaines, de réexaminer à la fois des législations anciennes et récentes.

1.2. Des législations anciennes

J'en prendrai quatre exemples :

- le premier est l'article L. 3132-24 du code du travail, relatif aux dérogations préfectorales au repos dominical, qui est issu de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1906 établissant le repos hebdomadaire en faveur des employés et des ouvriers, aux termes duquel : « *L'arrêté préfectoral pourra être déféré au Conseil d'État, dans la quinzaine de sa notification aux intéressés.*

Le Conseil d'État statuera dans le mois qui suivra la date du recours, qui sera suspensif ».

D'abord codifiées en 1912 à l'article 37 du code du travail et de la prévoyance sociale, ces dispositions ont ensuite fait l'objet d'une nouvelle rédaction lors de leur recodification en 1973 à l'article L. 221-8 du code du travail : « *Les recours pour excès de pouvoir présentés devant les tribunaux administratifs contre les décisions prévues aux articles L. 221-6 et L. 221-7 ont un effet suspensif ».*

Le Conseil constitutionnel a jugé « *que le législateur a estimé que, si le repos simultané le dimanche de tous les salariés d'un établissement était préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de cet établissement, le préfet pouvait autoriser des dérogations temporaires au repos dominical selon des modalités limitativement énumérées ; qu'il résulte toutefois des dispositions contestées que tout recours formé contre un arrêté préfectoral autorisant une dérogation au repos dominical suspend de plein droit les effets de cette décision dès son dépôt par le requérant au greffe de la juridiction administrative ; que cette suspension se prolonge jusqu'à la décision de la juridiction administrative compétente alors que la dérogation est accordée pour une durée limitée ; que l'employeur ne dispose d'aucune voie de recours pour s'opposer à cet effet suspensif ; qu'aucune disposition législative ne garantit que la juridiction saisie statue dans un délai qui ne prive pas de tout effet utile l'autorisation accordée par le préfet ; que, compte tenu tant de l'effet et de la durée de la suspension que du caractère temporaire de l'autorisation accordée, les dispositions contestées méconnaissent les exigences constitutionnelles précitées » (décision n° 2014-374 QPC du 4 avril 2014) ;*

- le second est l'article L. 3132-29 du code du travail, qui trouve son origine dans l'article unique d'une loi du 29 décembre 1923, qui dispose : « *Lorsqu'un accord est intervenu entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs d'une profession et d'une zone géographique déterminées sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire est donné aux salariés, le préfet peut, par arrêté, sur la demande des syndicats intéressés, ordonner la fermeture au public des établissements de la profession ou de la zone géographique concernée pendant toute la durée de ce repos. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux activités dont les modalités de fonctionnement et de paiement sont automatisées ».*

Le Conseil constitutionnel a jugé « *qu'en permettant au préfet d'imposer un jour de fermeture hebdomadaire à tous les établissements exerçant une même profession dans une même zone géographique, l'article L. 3132-29 du code du travail vise à assurer l'égalité entre les établissements d'une même profession, quelle que soit leur taille, au regard du repos hebdomadaire ; que, dès lors, il répond à un motif d'intérêt général » (décision n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011) ;*

- le troisième est l'article L. 7112-3, issu d'une loi du 29 mars 1935, qui organise un régime spécial d'indemnisation de la rupture du contrat de travail pour les seuls journalistes professionnels.

Le Conseil a jugé que, « *par la loi du 29 mars 1935 susvisée, dont sont issues les dispositions contestées, le législateur a mis en place un régime spécifique pour les journalistes, qui, compte tenu de la nature particulière de leur travail, sont placés dans une situation différente de celle des autres salariés ; que les dispositions contestées, propres à l'indemnisation des journalistes professionnels salariés, visent à prendre en compte les conditions particulières dans lesquelles s'exerce leur profession ; que, par suite, il était loisible au législateur, sans méconnaître le principe d'égalité devant la loi, d'instaurer un mode de détermination de l'indemnité de rupture du contrat de travail applicable aux seuls journalistes, à l'exclusion des autres salariés » (décision n° 2012-243/244/245/246/QPC du 14 mai 2012) ;*

- le dernier exemple est celui des dispositions de l'article L. 1243-10 du code du travail, qui prévoit que l'indemnité de fin de contrat à durée déterminée n'est pas due pour les emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels il est d'usage constant de recourir aux CDD en vertu de l'article L. 1242, 3°, du code du travail.

Jusqu'à la loi n° 79-11 du 3 janvier 1979, ce type de contrat était peu réglementé et son recours reposait largement sur les usages, sous le contrôle du juge.

Le Conseil constitutionnel a admis la conformité de ces deux types de contrats au principe d'égalité devant la loi dès lors « *que, d'une part, le recours au contrat de travail à durée déterminée pour les emplois présentant un caractère par nature temporaire n'est possible que dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par convention ou accord collectif étendu, dans lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée ; que la décision de l'autorité administrative d'inscrire un secteur d'activité dans la liste des secteurs prévue par les dispositions contestées ou d'étendre une convention ou un accord collectif*

procédant à une telle inscription peut être contestée devant la juridiction compétente » et que, d'autre part, « en permettant le recours au contrat à durée déterminée pour des emplois « à caractère saisonnier » ou qui présentent un caractère « par nature temporaire », le législateur a établi une différence de traitement fondée sur une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi » (décision n° 2014-402 QPC du 13 juin 2014).

1.3. Des législations récentes

En effet, l'une des faiblesses du contrôle direct de la constitutionnalité des lois en vertu de l'article 61 de la Constitution est qu'en raison de son caractère politique, il peut très bien ne pas être exercé même s'il y a un problème constitutionnel.

La QPC permet ainsi aux forces sociales qui contestent une loi de pouvoir l'attaquer sur le plan constitutionnel.

- C'est ce qu'a fait FO contre la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail qui a défini de nouvelles règles de représentativité syndicale, dont elle craignait, d'ailleurs à tort, qu'elles la privent de sa représentativité au niveau national et interprofessionnel. Si cette loi avait été déferée par l'opposition au Conseil constitutionnel, seules ses dispositions relatives au temps de travail, très conflictuelles, avaient été attaquées, le reste étant, sur le plan politique, consensuel, puisque la réforme reposait sur un accord des partenaires sociaux.

Saisi d'un premier recours de FO contre l'article L. 2122-2, relatif à la représentativité des organisations catégorielles, le Conseil en a profité pour se prononcer sur l'ensemble de la loi en jugeant « *qu'il était loisible au législateur, pour fixer les conditions de mise en œuvre du droit des travailleurs de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, de définir des critères de représentativité des organisations syndicales ; que la disposition contestée tend à assurer que la négociation collective soit conduite par des organisations dont la représentativité est notamment fondée sur le résultat des élections professionnelles ; que le législateur a également entendu éviter la dispersion de la représentation syndicale ; que la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, prévue par le sixième alinéa du préambule de 1946, n'impose pas que tous les syndicats soient reconnus comme étant représentatifs indépendamment de leur audience ; qu'en fixant le seuil de cette audience à 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles quel que soit le nombre de votants, le législateur n'a pas méconnu les principes énoncés aux sixième et huitième alinéas du préambule de 1946* » (décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010), ce qui lui a permis de rejeter très facilement trois recours ultérieurs de la CFTC et de deux autres syndicats catégoriels (décision n° 2010-63/64/65 QPC du 1^{er} novembre 2010).

- C'est ce qu'a fait également un organisme de formation pour contester les dispositions du code du travail relatives au contrôle des organismes de formation par l'État, dans leur rédaction issue de la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle et au dialogue social.

Le Conseil a jugé, à cette occasion, sur ce sujet sensible, « *que les dispositions contestées de l'article L. 6362-5 précisent les modalités du contrôle des organismes prestataires d'activités de formation professionnelle continue par les agents de l'État ; que ce contrôle est destiné à vérifier que les sommes versées par les personnes publiques en faveur de la formation professionnelle ou par les employeurs au titre de leur obligation de contribuer au financement de la formation professionnelle continue sont affectées à cette seule fin ; que le législateur a ainsi poursuivi un but d'intérêt général ; que ni la liberté d'entreprendre ni aucune autre exigence constitutionnelle ne fait obstacle à ce que les organismes prestataires d'activités de formation professionnelle continue soient soumis à un contrôle par l'autorité administrative de leur activité et de leurs dépenses ; que, dès lors, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par les dispositions de l'article L. 6362-5 du code du travail n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* » (décision n° 2012-273 du 21 septembre 2012).

Au regard de ce bilan, la QPC me paraît donc avoir largement rempli la fonction pour laquelle elle a été créée, c'est-à-dire la possibilité de remettre en cause des législations anciennes : c'est également le cas dans les autres domaines sociaux, qu'il s'agisse de l'hospitalisation d'office des malades mentaux, de la loi de 1898 sur les accidents du travail ou de l'article L. 711-1 du code de la sécurité sociale.

2. Mais la QPC a aussi offert l'occasion au Conseil constitutionnel de préciser sa jurisprudence dans un double esprit de clarification et de cohérence

2.1. La QPC présente en effet, par rapport aux recours directs, trois avantages importants

- sa saisine ne présente pas un caractère politique et abstrait, mais un caractère pratique et concret : la loi est contestée non pas *a priori*, pour des motifs politiques en fonction de son application possible ou probable, mais par un citoyen à qui il en est fait application et qui conteste ses effets réels. Même si la QPC reste un contrôle abstrait en ce sens qu'elle ne porte que sur la disposition législative contestée, elle présente tous les avantages d'un contrôle concret et diffus par rapport à un contrôle abstrait et centralisé ;

- en deuxième lieu, la QPC fait intervenir des avocats, ce qui n'est pas le cas des recours directs. L'une des grandes frustrations du métier de juge constitutionnel, tel que je l'ai exercé, c'est la médiocrité des recours. Compte tenu du délai d'un mois, le pré-rapporteur suit généralement les débats parlementaires, qui sont souvent de qualité : des exceptions d'irrecevabilité sont présentées, sur la base d'un argumentaire constitutionnel souvent très travaillé. Et le recours lui-même est généralement rédigé par des apparatchiks des groupes politiques, plus ou moins contrôlés par le groupe. Le temps où Guy Carcassonne rédigeait les recours du groupe socialiste est révolu depuis longtemps. Deux des décisions de censure les plus retentissantes auxquelles j'ai participé - et que je ne peux évidemment pas citer - ont été rendues sur des recours rédigés par des professeurs de droit, dont Guy Carcassonne.

Sans vouloir plaider la cause de ma nouvelle profession, pour les avocats, la QPC est un marché à la fois nouveau et valorisant : ils s'y donnent à fond et rédigent des mémoires de beaucoup plus grande qualité qui facilitent la tâche du juge ;

- en troisième lieu, le Conseil dispose d'un délai de trois mois pour statuer, et non d'un mois, ce qui change tout. Il tient une audience publique. Il délibère sur l'affaire la semaine suivante et, contrairement aux décisions DC, il ne rend pas ses décisions sur le siège - discipline aussi terrifiante que redoutable - mais le lendemain, ce qui est une garantie essentielle de la qualité des décisions.

Ces conditions beaucoup plus favorables permettent au Conseil d'affiner, de clarifier, de rendre plus cohérente sa jurisprudence. Avec la QPC, le Conseil a acquis, beaucoup plus qu'avec les recours directs, la possibilité de définir une véritable politique jurisprudentielle.

2.2. J'en donnerai trois exemples

- Le premier est tiré de la jurisprudence sur le principe d'égalité, jurisprudence complexe et difficile.

Les QPC en droit du travail ont donné l'occasion au Conseil de rendre quelques-unes de ses décisions les plus intéressantes en ce qui concerne l'application du principe d'égalité.

Il a ainsi jugé, à propos de l'article L. 1233-61 du code du travail, qui prive les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté des conséquences relatives à la nullité de la procédure de licenciement en l'absence de plan de reclassement, « *qu'en retenant un critère d'ancienneté du salarié dans l'entreprise, le législateur s'est fondé sur un critère objectif et rationnel en lien direct avec l'objet de la loi ; qu'en fixant à deux ans la durée de l'ancienneté exigée, il a opéré une conciliation entre le droit d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre qui n'est pas manifestement déséquilibrée ; que, dès lors, il n'a méconnu ni le principe d'égalité devant la loi ni le cinquième alinéa du préambule de 1946* » (décision n° 2012-232 QPC du 13 avril 2012). Cette décision est d'autant plus intéressante que la solution n'était pas évidente et l'enjeu économique important.

Le Conseil constitutionnel a également jugé « *qu'en limitant les droits des salariés des entreprises visées à l'article L. 1235-10 du code du travail en cas de nullité de la procédure de licenciement du fait de l'absence de présentation aux représentants du personnel du plan de reclassement des salariés prévu à l'article L. 1233-61 du code du travail, lorsque ces entreprises sont en redressement ou en liquidation judiciaires, le législateur a entendu tenir compte de la situation économique particulière de ces entreprises en cessation des paiements ; qu'il a confié au tribunal de commerce le soin de constater cette situation, de prononcer l'ouverture des procédures de redressement et de liquidation judiciaires et d'autoriser les licenciements dans le cadre de celles-ci ; que le législateur s'est fondé sur un critère objectif et rationnel en lien direct avec l'objet des dispositions contestées ; qu'il n'a, dès lors, pas méconnu le principe d'égalité devant la loi* » (décision n° 2013-299 QPC du 28 mars 2013).

Le Conseil a également jugé que l'article L. 111-3 du code du travail, qui exclut du décompte des effectifs de l'entreprise les apprentis, les titulaires d'un contrat initiative-emploi, d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi et d'un contrat de professionnalisation, n'était pas contraire au principe d'égalité dès lors « *qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures destinées à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées ; que le législateur pouvait donc, en vue d'améliorer l'emploi des jeunes et des personnes en difficulté et leur faire acquérir une qualification professionnelle, autoriser des mesures propres à ces catégories de travailleurs ; que les différences de traitement qui peuvent en résulter entre catégories de travailleurs ou catégories d'entreprises répondent à ces fins d'intérêt général et ne sont pas, dès lors, contraires au principe d'égalité* » (décision n° 2011-122 QPC du 29 avril 2011) ;

- un deuxième exemple est tiré de la distinction très délicate entre les sanctions ayant le caractère d'une punition et les mesures qui n'ont pas ce caractère.

Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que le licenciement automatique d'un assistant maternel ou familial en cas de retrait de l'agrément prévu pour exercer cette profession, prévu par l'article L. 773-20 du code du travail, devenu l'article L. 423-8 du code de l'action sociale, ne saurait être regardé comme une sanction ayant le caractère d'une punition dès lors « *que le licenciement auquel est tenu de procéder l'employeur, en application de la disposition contestée, n'est qu'une conséquence directe du retrait d'agrément* » (décision n° 2011-119 QPC du 1^{er} avril 2011).

De même, le Conseil a jugé que l'indemnité de six mois de salaire due par l'employeur en cas de travail dissimulé en vertu de l'article L. 8233-1 du code du travail ne constituait pas une sanction ayant le caractère d'une punition dès lors « *que cette indemnité a pour objet d'assurer une réparation minimale du préjudice subi par le salarié du fait de la dissimulation du travail, qui conduit, faute de versement de cotisations sociales, à une perte de droits* » (décision n° 2011-111 QPC du 25 mars 2011) ;

- un dernier exemple est tiré de la jurisprudence relative au rôle de la négociation collective et à l'incompétence négative du législateur.

On sait qu'en vertu d'une jurisprudence constante depuis 1977, « *il est loisible au législateur de renvoyer au décret ou de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des normes qu'il édicte* » (décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007).

Le Conseil constitutionnel a précisé la portée de cette jurisprudence en censurant les dispositions du III de l'article 8 de la loi du 25 juin 2008, qui avait renvoyé pendant deux ans à un accord national interprofessionnel étendu la possibilité de confier à une branche dont l'activité est considérée comme la plus proche du portage salarial la mission d'organiser par accord de branche étendu le portage salarial. Le Conseil a censuré cette disposition en estimant que dès lors que le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes comportant, pour la personne

portée, le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage, il relève des obligations civiles et commerciales, et non du huitième alinéa du préambule de 1946 (décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014).

Dans une affaire très intéressante relative à l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise, qui renvoie à un décret en Conseil d'État la détermination des entreprises publiques soumises aux dispositions de l'ordonnance, le Conseil a, à la fois, reconnu la conformité à la Constitution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation qui estime qu'en vertu de l'article 7 de l'ordonnance, toutes les sociétés commerciales sont soumises à la participation obligatoire aux résultats de l'entreprise, même si leur capital est majoritairement détenu par des personnes publiques (Soc., 6 juin 2000, pourvoi n° 98-20.304, *Bull.* 2000, V, n° 216), et censuré d'office l'article 15 pour incompétence négative en estimant qu'en se bornant à renvoyer au décret le soin de désigner celles des entreprises publiques qui seraient soumises à ce régime, « le législateur s'est abstenu de définir le critère en fonction duquel les entreprises publiques sont soumises à cette obligation en ne se référant pas, par exemple, à un critère fondé sur l'origine du capital ou la nature de l'activité ; qu'il n'a pas encadré le renvoi au décret et a conféré au pouvoir réglementaire la compétence pour modifier le champ d'application de la loi » (décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013), ce qui constitue, me semble-t-il, un durcissement de sa jurisprudence.

Enfin le Conseil, qui ne contrôle pas l'omission législative, a fait un premier pas en ce sens en censurant le code du travail de la Nouvelle-Calédonie, qui soustrait les agents de droit privé des administrations publiques de ce territoire aux dispositions du code du travail relatives au droit d'expression, au droit syndical, aux institutions représentatives du personnel et aux salariés protégés, en relevant que « *ni ces dispositions ni aucune loi du pays de Nouvelle-Calédonie n'assurent la mise en œuvre, pour ces agents, de la liberté syndicale et du principe de participation des travailleurs ; que, par suite, les dispositions contestées portent une atteinte inconstitutionnelle aux exigences précitées du préambule de 1946 ; qu'elles doivent être déclarées contraires à la Constitution* » (décision n° 2011-205 QPC du 9 décembre 2011).

En conclusion, je voudrais insister sur le potentiel important de développement de la QPC en droit du travail. La QPC peut permettre aux entreprises comme aux syndicats de remettre en cause une législation qui est contraire à leurs intérêts ou gêne leur fonctionnement.

Il est très symbolique à mes yeux :

- que la première QPC en droit du travail ait été un recours de FO pour faire abroger la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale ;
- que la cinquième QPC ait été un recours de la société Chaud colatine et de la fédération de la boulangerie du Morbihan contre les arrêtés préfectoraux imposant la fermeture des boulangeries le dimanche ;
- que, récemment, la société Sephora ait attaqué à la fois la législation sur le travail de nuit et celle sur le travail le dimanche, avec, dans les deux cas face à elle, les huit fédérations syndicales du commerce.

J'ai toujours pensé que la QPC n'était pas un recours individuel mais un recours collectif, destiné à faire sauter une législation qui contrarie les intérêts ou heurte les valeurs d'un groupe social. Au pays de Montesquieu, où les révolutionnaires de 1790 avaient interdit aux juges d'interpréter la loi, un juge - le Conseil constitutionnel - peut aujourd'hui abroger une loi votée par le Parlement de la République, en disposant en outre d'une large liberté de manœuvre pour aménager dans le temps les effets de sa décision. C'est ce qui distingue la QPC à la française des exceptions d'inconstitutionnalité qui existent par exemple en Italie ou en Allemagne.

La QPC, qui n'a encore que cinq ans d'existence, ce qui est trop court à mes yeux pour porter un jugement définitif sur son bilan, a encore de beaux jours devant elle en droit du travail. Ce à quoi nous avons assisté jusqu'ici n'est, à mes yeux, pour reprendre le titre d'un des plus beaux romans de Romain Gary, que « *la promesse de l'aube* ».

M. Jean-Yves Frouin, président de la chambre sociale de la Cour de cassation :

Merci M. le président pour cet exposé très complet et très précis de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit du travail, mais aussi et surtout, et c'était l'objet de votre intervention, pour ce plaidoyer en faveur du caractère positif, selon vous, de la QPC. Vous avez parfaitement démontré comment, selon vous, la QPC complète opportunément le contrôle *a priori* de constitutionnalité en raison notamment de ses modalités pratiques d'utilisation et en quoi elle constitue un apport déterminant à la vérification de la constitutionnalité du droit positif.

Je donne immédiatement la parole à Mme Vialettes et M. Flores pour le deuxième regard de la matinée sur la QPC qui concerne les mêmes questions mais et aussi et surtout, je pense, le premier questionnement que j'avais évoqué tout à l'heure, à savoir comment ça marche concrètement, notamment le filtre du Conseil d'État et de la Cour de cassation. C'est une intervention en duo, mais je ne sais pas qui commence. Je donne la parole à tous les deux.

*Intervention commune de Philippe Flores,
conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation,
et Maud Vialettes, rapporteur public au Conseil d'État*

Le droit constitutionnel du travail connaît deux juges du filtre différents, le Conseil d'État et la Cour de cassation, et leurs décisions sont évidemment comparées ou confrontées avec soin, les questions posées étant proches et même parfois communes. L'expérience démontre toutefois que, de part et d'autre de la Seine, il n'est pas possible de comprendre les décisions rendues en matière de questions prioritaires de constitutionnalité en faisant abstraction de l'office, si particulier, du juge du filtre. Or, si les QPC font dialoguer les juges du filtre avec le Conseil constitutionnel, elles ont aussi, de façon plus souterraine mais tout aussi fondamentale, renforcé le dialogue des deux cours suprêmes :

- l'une et l'autre exercent en effet le même office de juge du filtre ;
- elles peuvent, dans ce cadre, être d'ailleurs saisies de mêmes questions¹ ou avoir à attendre la réponse à une QPC renvoyée par l'autre cour suprême avant de pouvoir trancher définitivement un litige² ;
- dans ce cadre, elles sont aussi susceptibles de juger de la constitutionnalité de l'interprétation de la loi donnée par une jurisprudence constante de l'autre ordre de juridiction ;
- enfin, elles sont *de facto* devenues l'une et l'autre des juges de la constitutionnalité de la loi, notamment lorsqu'elles estiment qu'il n'y a pas lieu de renvoyer une QPC parce que jugée non sérieuse.

L'ambition de cette contribution à quatre mains, administratives et judiciaires, est d'incarner ce dialogue invisible des juges du filtre, étant relevé que ce dialogue a toujours été, même avant la QPC, très riche en matière de droit du travail, où les compétences sont si imbriquées - il suffit de penser aux contentieux du licenciement des salariés protégés, de l'agrément ou de l'extension des accords et conventions collectives, aux questions de contrôle de conventionalité ou encore au licenciement économique.

Toutefois, avant d'entrer dans le vif du sujet, il est nécessaire d'apporter quelques éléments statistiques, car ils sont sans doute également riches de signification.

Pour ce qui concerne l'ordre administratif, depuis 2011, le nombre de QPC est relativement stable. Toutes matières confondues, il s'est ainsi élevé à 170 en 2014 (si l'on ne tient pas compte d'une quarantaine de QPC s'étant greffées sur les contentieux « *découpage cantonal* »), ce qui est, globalement, le « *rythme de croisière annuel* » ; sur ces 170, 25 % ont été transmises au Conseil constitutionnel, ce qui est également un taux très similaire d'une année sur l'autre. Au sein de cet ensemble, on ne peut pas dire que les QPC présentées sur des sujets « *travail/emploi/formation professionnelle* » (car c'est la catégorie statistique dont on dispose) aient été nombreuses : 2 seulement en 2014, 4 en 2013, 9 en 2012, 12 en 2011 et 4 en 2010, soit un peu plus d'une trentaine depuis le début de la QPC. En réalité, devant l'ordre administratif, la matière de prédilection des QPC a été, dès l'origine, la matière fiscale, et continue de l'être.

L'activité de la chambre sociale de la Cour de cassation est nettement plus importante en volume. Elle a traité, au 20 mars 2015, 121 QPC : 13 en 2010, 28 en 2011, 23 en 2012, 27 en 2013 et 28 en 2014. On le voit, les chiffres sont assez stables d'une année sur l'autre. Soulignons que 70 % environ des QPC sont formées à l'occasion d'un pourvoi en cassation.

29 QPC ont fait l'objet d'une transmission au Conseil constitutionnel : 5 en 2010, 7 en 2011, 6 en 2012, 6 en 2013 et 5 en 2014. Le nombre de renvois est également assez stable.

Le taux de renvoi au Conseil constitutionnel s'établit à environ 24 %, soit à un niveau finalement très proche de celui du Conseil d'État, alors même que le nombre de QPC examinées est nettement supérieur.

Sur les QPC renvoyées au Conseil constitutionnel, 3 ont donné lieu à une décision de non-conformité et 1 à une décision de conformité avec réserves³.

Une fois ces éléments statistiques posés, il faut s'attacher à un examen qualitatif des QPC depuis cinq ans pour apprécier les conditions dans lesquelles les deux cours suprêmes collaborent au contrôle de constitutionnalité (I) et incorporent celui-ci dans leur activité juridictionnelle (II), en examinant à la fois la question successivement du point de vue de la chambre sociale de la Cour de cassation et de celui du Conseil d'État.

I. - Collaboration au contrôle de constitutionnalité

L'exercice du filtre unit deux aspects, très différents et pourtant intimement liés, la vérification des conditions de recevabilité (A) et l'intensité du contrôle du sérieux de la QPC (C). Bien entendu, la question de la critique constitutionnelle de la jurisprudence fixée par ailleurs par les juges du filtre ne peut être éludée (B).

¹ CE, 4 mai 2011, M. Lliboutry, n° 346648, au *Lebon* ; *AJDA* 2011.927 ; *RTD eur.* 2013.855, obs. A Bouveresse ; *Soc.*, 24 mai 2011, QPC n° 11-40.007, diffusé, et Conseil constitutionnel, 22 juillet 2011, n° 2011-148/154 QPC, *AJDA* 2011.1526 ; *RDT* 2011.645, obs. M. Véricel ; *Constitutions* 2011.544, chron. C. Radé.

² CE, 30 décembre 2013, « Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie (CRPA) », n° 352668, au *Lebon*.

³ Sur la question de l'examen des QPC par la chambre sociale : Ph. Flores, « La chambre sociale et la question prioritaire de constitutionnalité : de la distorsion entre l'image doctrinale et la réalité juridictionnelle », *Droit social* 2014, p. 308.

A. - Les conditions de recevabilité

Si la majorité des refus de transmission au Conseil constitutionnel d'une QPC repose sur son absence de sérieux, un grand nombre d'entre elles ne franchissent même pas le stade des conditions de recevabilité. L'examen des conditions de recevabilité est au cœur même de l'exercice du filtre. Rappelons que la QPC est un incident de procédure élevé dans le cadre d'un litige et qu'elle a pour effet, sauf exception liée à des conditions de délais ou d'urgence, d'en suspendre le cours. Il faut prévenir deux risques majeurs :

- d'abord, l'exploitation de la QPC dans un but dilatoire. De surcroît, en matière prud'homale, la Cour européenne des droits de l'homme prescrit une célérité toute particulière⁴. Le rapport déposé par le président Lacabarats⁵ a confirmé la dégradation des délais de procédure en matière prud'homale et la nécessité corrélative de lutter contre tous les comportements qui permettent de différer de façon injustifiée la solution au litige ;

- ensuite, l'utilisation de la QPC de façon purement artificielle, alors qu'elle n'a finalement aucun lien avec le litige porté en justice. Ce risque est également pris en compte dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne.

La condition de l'applicabilité au litige est un moyen d'éviter ces écueils et son application est d'autant plus délicate que le Conseil constitutionnel en abandonne le contrôle au Conseil d'État et à la Cour de cassation⁶. Il est vrai qu'en réalité il s'agit là d'une question particulièrement technique, préalable à la question de droit constitutionnel, qui incombe naturellement au juge spécialiste de la matière. C'est ainsi que la QPC contestant la compétence du tribunal d'instance pour les litiges relatifs aux contrats d'engagement maritime conclus entre marins et armateurs au profit de celle des conseils de prud'hommes a été rejetée dès lors que les articles L. 5541-1 et L. 5542-48 du code des transports, visés par ces QPC, ne contiennent aucune règle de répartition de compétence entre conseil de prud'hommes et tribunal d'instance⁷. Soulignons en outre que cette compétence matérielle est fixée par un texte réglementaire, l'article R. 221-13 du code de l'organisation judiciaire. De la même façon, une QPC contestant un texte relatif au forfait en jours a été rejetée dans la mesure où le texte critiqué n'était pas applicable au litige, pour avoir été abrogé et remplacé par d'autres dispositions⁸. Rappelons à cet égard que le juge du filtre ne peut pas relever d'office une QPC⁹ et n'a donc pas le pouvoir de réorienter une QPC vers la bonne cible. Un sort identique a été réservé à la QPC critiquant l'article L. 423-33 du code de l'action sociale et des familles, relatif aux conditions dans lesquelles les assistants familiaux peuvent se séparer des mineurs qui leur sont confiés pour exercer leurs droits aux congés et repos hebdomadaires, dès lors que le litige portait, en réalité, sur l'application à la relation de travail de la convention nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951. Soulignons néanmoins que la chambre sociale fait une application modérée du défaut d'applicabilité au litige, puisque ceux-ci ne représentent que 4 % des rejets.

Dès lors que le texte critiqué est bien applicable, la chambre ne se livre pas à un pronostic sur les conséquences d'une éventuelle abrogation sur le sort du litige. On peut citer par exemple une QPC dans laquelle un maître de l'enseignement privé critiquait les dispositions de la loi Censi, qui avait supprimé les contrats de travail de droit privé dont bénéficiaient les maîtres contractuels et entraîné l'extinction, sans les remplacer, des droits conventionnels que des accords collectifs avaient pu leur reconnaître. La chambre sociale a retenu que la condition d'applicabilité au litige était remplie, alors même que l'application de la loi Censi, telle qu'elle résultait de la jurisprudence, était soit indifférente, soit peut-être le moyen le plus sûr pour le salarié d'obtenir le paiement des salaires réclamés¹⁰.

La vérification de l'applicabilité de la QPC au litige ou à la procédure s'inscrit dans un travail plus général de contextualisation de la QPC. Il est nécessaire de rechercher l'ensemble de l'environnement, textuel, jurisprudentiel et parfois même conventionnel, du texte contesté. Cette recherche suffit parfois pour conclure à l'absence de sérieux de la question. C'est le cas pour les QPC qui visent en réalité une disposition de nature réglementaire¹¹, qui critiquent une disposition législative se bornant à transposer en droit interne une directive européenne¹², qui, en réalité, ne font que contester une décision du juge du fond¹³, qui isolent volontairement un texte particulier du contexte légal alors que son application combinée avec d'autres textes rend vaine la critique formulée¹⁴, qui, au contraire, rapprochent de façon artificielle diverses dispositions législatives pour soutenir que leur combinaison révèle une inconstitutionnalité¹⁵.

De son côté, le Conseil d'État exerce son office de juge du filtre en ayant, également, à l'esprit le souci d'assurer l'efficacité du mécanisme des QPC, ce qui suppose, pour commencer, de veiller à ce qu'elles puissent utilement être présentées. Mais il y a des nuances, qui s'expliquent, pensons-nous, notamment par les particularités de l'office du juge administratif : le juge du filtre n'est pas un juge désincarné.

⁴ CEDH, 3^e section, 14 novembre 2000, n° 38437/97, Delgado c/France, D. 2001.2787, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

⁵ Rapport « L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle », dirigé par le président A. Lacabarats, juillet 2014.

⁶ Conseil constitutionnel, 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, AJDA 2010, 1051.

⁷ Soc., 3 juillet 2013, QPC n° 13-40.026.

⁸ Soc., 3 juillet 2013, QPC n° 13-40.026.

⁹ Ordonnance n° 58-1067 du 7 octobre 1958, article 23-5, alinéa premier.

¹⁰ Soc., 4 avril 2013, QPC n° 12-25.469, Bull. 2013, V, n° 96 ; AJDA 2013.715 ; Dr. Soc. 2013.576, chron. S. Tournaux ; *ibid.* 968, chron. G. Dumortier, C. Landais, P. Flores et Y. Struillou ; Soc., 11 décembre 2014, QPC n° 14-17.394, en cours de publication.

¹¹ Soc., 13 juillet 2012, QPC n° 12-40.049, Bull. 2012, V, n° 224 ; Dr. Soc. 2012.924, chron. G. Dumortier, C. Landais, P. Flores et Y. Struillou ; Soc., 11 décembre 2014, QPC n° 14-17.394, en cours de publication.

¹² Soc., 15 juin 2011, QPC n° 10-27.130 et 10-27.131 ; Soc., 11 octobre 2012, QPC n° 12-40.059, Bull. 2012, V, n° 261 ; Dr. Soc. 2013.362, chron. G. Dumortier, P. Flores, A. Lallet et Y. Struillou ; Constitutions 2013.73, obs. C. Radé et P. Gervier.

¹³ Soc., 31 mai 2011, pourvoi n° 11-13.256.

¹⁴ Soc., 25 janvier 2012, QPC n° 11-40.090, Bull. 2012, V, n° 28 ; on peut dans le même sens relever le rejet de la QPC qui critiquait l'article L. 423-24 du code de l'aide sociale et des familles alors que la rupture du contrat de travail est également régie par l'article 18 de la convention collective nationale étendue des assistants maternels des particuliers employeurs (Soc., 8 janvier 2015, QPC n° 14-18.930, en cours de publication).

¹⁵ Soc., 15 février 2011, QPC n° 10-40.063.

Le Conseil d'État, comme juge du filtre, s'attache, bien sûr, à vérifier la « *recevabilité* » de la QPC. De la même manière que la Cour de cassation, les QPC pointant des dispositions d'une ordonnance non ratifiée¹⁶ ou des dispositions ajoutées par décret à un texte de forme législative sur le fondement de l'article 37-2 de la Constitution¹⁷, ou encore des dispositions législatives qui ne sont pas encore entrées en vigueur¹⁸ sont insusceptibles de prospérer.

De même, la condition d'applicabilité au litige, par sa plasticité même, permet de lutter contre des QPC dépourvues de tout lien avec le litige, c'est-à-dire sans rapport aucun avec le litige. Cela peut être frustrant, mais la QPC étant un moyen, il faut qu'il puisse se greffer utilement sur le litige.

Le Conseil d'État a ainsi eu à connaître d'une QPC dont l'objet était d'éprouver la validité constitutionnelle de la jurisprudence de la chambre sociale sur le motif économique de licenciement tiré de la cessation d'activité d'une entreprise faisant partie d'un groupe « *coemployeur* » de ses salariés¹⁹. Mais il a relevé que les juges du fond ne s'étaient, en l'espèce, pas livrés à l'interprétation jurisprudentielle contestée de l'article L. 1233-3 du code du travail, le licenciement ayant été, en réalité, motivé par la fermeture d'un seul des sites d'activité de l'entreprise. Partant, le Conseil d'État a jugé qu'il n'y avait pas lieu de s'interroger sur le bien-fondé de cette QPC, aussi intéressante fût-elle²⁰.

Dans le même sens, il est désormais jugé que si une disposition législative peut être utilement contestée par la voie d'une QPC, en tant qu'elle exclut de son bénéfice une catégorie de personnes, il faut encore que celui qui présente la QPC soit victime de ce qu'il dénonce : une décision²¹ l'a ainsi opposé à une personne qui contestait au moyen d'une QPC que la loi ne prévoit pas que les instances de l'ordre des médecins puissent engager des poursuites disciplinaires à l'encontre d'un médecin exerçant des fonctions de contrôle, alors qu'au cas d'espèce, ce n'était pas un organe de l'ordre qui avait engagé l'instance et qui s'était vu opposer l'irrecevabilité de son recours.

Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne saurait y avoir de QPC dilatoires, artificielles, voire inutiles.

En effet, le juge administratif pouvant être saisi de recours contre toute circulaire, il est aisé d'introduire un recours tendant à l'annulation ou à l'abrogation d'une circulaire commentant de près ou de loin une loi ou les mesures prises pour son application, à la seule fin de pouvoir y greffer une QPC. Ainsi a été regardée comme recevable une QPC soulevée à l'appui d'un recours contre une instruction fiscale, alors même que l'inconstitutionnalité alléguée des dispositions dont elle prescrivait l'application était l'unique moyen soulevé par les requérants à l'encontre de cette instruction et que les litiges individuels relatifs à l'application de ces dispositions aux contribuables relevaient des tribunaux de l'ordre judiciaire.

De même, la question de savoir si la QPC pourra avoir un effet utile à la partie qui l'a posée, c'est-à-dire une quelconque incidence sur le litige, est indifférente. Le Conseil d'État a ainsi renvoyé au Conseil constitutionnel une QPC portant sur une disposition législative fixant la composition d'une juridiction d'aide sociale, quand bien même, dans le litige dont il était saisi, cette juridiction avait, en l'espèce, statué dans une composition qui la mettait à l'abri de toute critique au regard des principes constitutionnels invoqués²². Que le grief de constitutionnalité ne soit pas *in concreto* avéré ne fait ainsi pas obstacle, pour le juge administratif, à ce que la QPC soit renvoyée au Conseil constitutionnel. Et cela se comprend : la procédure de QPC s'inscrit dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité, qui est un contrôle objectif.

Contrôle objectif, mais qui, s'agissant des QPC, n'appréhende pas la loi de façon désincarnée, puisqu'il tient compte de l'interprétation qu'a pu en donner la jurisprudence. C'est la théorie du droit vivant.

B. - La question de la jurisprudence

La question de la place de la jurisprudence au sein du contrôle de constitutionnalité ne peut évidemment pas être éludée. La chambre sociale admet de façon classique qu'une QPC peut porter sur l'interprétation jurisprudentielle constante donnée à une disposition législative²³.

Pour qu'une telle QPC puisse être retenue, encore faut-il qu'elle critique effectivement la portée qui serait donnée à une disposition législative par une interprétation jurisprudentielle, ce qui n'est évidemment pas le cas lorsque la jurisprudence s'est bornée à faire l'application d'une disposition claire et non équivoque²⁴. En réalité, cette QPC cherchait, par une mise en cause de la jurisprudence, à contourner une précédente décision de conformité rendue par le Conseil constitutionnel, sans que puisse être retenu un changement des circonstances.

Il est également nécessaire de vérifier si la jurisprudence critiquée a une réelle valeur ajoutée par rapport à la disposition législative qui en est le support. Dans une espèce récente, la QPC critiquait la jurisprudence retenant, en matière de travail à temps partiel, l'impossibilité de conclure des avenants temporaires augmentant la durée du travail. Or, cette jurisprudence se borne à préciser qu'il n'est pas possible de déroger à des dispositions d'ordre public et à en déduire que les parties ne peuvent éluder les dispositions relatives aux conditions de fixation de la

¹⁶ CE, 11 mars 2011, Benzoni, n° 341658, au *Lebon* ; *AJDA* 2011.534.

¹⁷ CE, 1^{er} juillet 2011, Lignon, n° 348413, aux tables ; *AJDA* 2011.1356.

¹⁸ CE, 28 avril 2014, Issaev, n° 375709, aux tables.

¹⁹ Soc., 18 janvier 2011, Jungheinrich finances holding, pourvoi n° 09-69.199, *Bull.* 2011, V, n° 23 ; *D.* 2011.382 ; *Dr. Soc.* 2011.372, note G. Couturier.

²⁰ CE, 4^e sous-section jugeant seule, 23 décembre 2011, société NDL international et autres, n° 351175, concl. G. Dumortier ; CE, 4SSJS, 23 décembre 2011, société NDL international et autres, n° 351175, concl. G. Dumortier ; cf. *Droit social* 2012, l'actualité des QPC, p. 258.

²¹ CE, 13 janvier 2014, M. Pelluet, n° 372804, aux tables ; *AJDA* 2014.135.

²² CE, 19 mars 2012, Godard, n° 352843, aux tables.

²³ Par exemple : Soc., 28 novembre 2012, QPC n° 11-17.941, *Bull.* 2012, V, n° 308 ; Soc., 27 février 2013, QPC n° 12-40.100, ou Soc., 3 juillet 2014, QPC n° 14-40.026, *Bull.* 2014, V, n° 177.

²⁴ Soc., 3 juin 2014, QPC n° 13-25.938 et autres, *Bull.* 2014, V, n° 131.

durée du travail d'un salarié à temps partiel et aux majorations de salaire applicables en cas d'accomplissement d'heures complémentaires. Le juge n'a fait que traduire la conciliation voulue par le législateur entre, d'une part, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre, et, d'autre part, l'intérêt général et l'ordre public social²⁵.

La jurisprudence ne peut pas être contestée au motif qu'en exerçant son office, elle méconnaîtrait la séparation des pouvoirs ou le droit à un recours effectif²⁶. En effet, il incombe au juge d'appliquer la loi aux cas concrets, et il a alors l'obligation de donner l'interprétation nécessaire à la solution du litige.

Une décision a toutefois fait l'objet de critiques assez vives de la part de la doctrine : « [...] la question posée, sous couvert de critiquer les articles 1134 du code civil et L. 1121-1 du code du travail, porte exclusivement sur la règle jurisprudentielle, énoncée notamment au visa de ces textes, suivant laquelle les dispositions d'une clause de non-concurrence qui minorent la contrepartie financière en cas de rupture imputable au salarié sont réputées non écrites ; qu'il s'ensuit que la question est irrecevable »²⁷. On notera tout d'abord que cet arrêt, non publié, a été adopté en formation restreinte. Par ailleurs, ainsi que le soulignait le rapporteur, la jurisprudence contestée est rendue d'abord au visa, non d'une disposition législative, mais d'un principe, « le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle ». Les articles 1134 et L. 1121-1 du code du travail n'interviennent qu'en second lieu, après le terme « ensemble », qui révèle que ces deux textes sont mobilisés au titre du contexte légal²⁸. La précision de ce que la jurisprudence contestée fait application d'un principe, qui n'est pas soumis au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, aurait sûrement été de nature à dissiper certaines interrogations.

Il est également difficile d'accueillir les critiques d'une disposition législative qui relèvent l'absence de précision ou de clarté de la loi, alors que la jurisprudence a justement apporté les réponses à ces critiques. Dans une telle hypothèse, il n'est pas possible d'en rester à la lettre de la loi et balayer, dans le même temps, la disposition législative et toute la construction jurisprudentielle bâtie pour lui donner tout son sens. C'est par exemple le cas de la QPC qui critiquait l'emploi du terme « presque exclusivement » par l'article L. 7321-2 du code du travail, relatif à la définition du statut des gérants de succursales, qui bénéficient de certaines dispositions du code du travail, alors qu'une jurisprudence abondante et constante définit de façon précise ce que recouvre cette notion. L'interprétation donnée au texte a permis d'écarter les griefs au regard des objectifs à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi²⁹. Dans une telle hypothèse, une QPC pourrait peut-être critiquer l'interprétation donnée par la jurisprudence à la loi, mais pas le défaut de clarté ou de précision de cette même loi. Il n'est pas exclu qu'au travers de la contestation de l'absence de clarté de la loi, une partie cherche à abattre une jurisprudence dont le contenu ne souffre pas de critique au regard de la Constitution et qui, pour cette raison, ne peut pas être utilement la cible d'une QPC.

La jurisprudence n'est pas figée, et, à l'occasion d'une QPC, la chambre sociale peut la modifier. L'exemple le plus frappant résulte de l'application de l'article L. 2411-1 du code du travail, relatif à la protection de certains salariés titulaires de mandats de représentation. Dans un premier temps, la chambre sociale a transmis une QPC en relevant que « le moyen tiré d'une atteinte au principe d'égalité et à la liberté d'entreprendre présente un caractère sérieux en ce que les dispositions en cause ne prévoient pas, lorsque le salarié est investi d'un mandat extérieur à l'entreprise, l'obligation pour celui-ci d'en informer son employeur, de sorte que ce dernier se trouve exposé, en cas de rupture du contrat de travail de ce salarié intervenue en l'absence d'autorisation administrative, à des sanctions, notamment pénales »³⁰. Le Conseil constitutionnel a assorti la déclaration de conformité à la Constitution du 13^o de l'article L. 2411-1 du code du travail d'une réserve d'interprétation selon laquelle la protection assurée au salarié par les dispositions contestées découlant de l'exercice d'un mandat extérieur à l'entreprise ne saurait, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle, permettre au salarié protégé de se prévaloir d'une telle protection dès lors qu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement³¹. Cette affaire illustre également l'ampleur du dialogue des juges, puisque les commentaires au *Cahier de droit constitutionnel* relevaient que, dans son *Rapport annuel*, la Cour de cassation avait suggéré une réforme législative en ce sens³².

Cette réserve d'interprétation ne portait toutefois que sur l'article L. 2411-1, 13^o, du code du travail, concernant les membres du conseil ou administrateur d'une caisse de sécurité sociale mentionnés à l'article L. 231-11 du code de la sécurité sociale, mais la question se posait dans les mêmes termes pour tous les salariés protégés en raison de mandats extérieurs à l'entreprise et qui, de ce fait, pourraient être ignorés de l'employeur.

Bien entendu, la chambre sociale n'a guère tardé à être saisie d'une QPC concernant une autre catégorie de salarié titulaire d'un mandat extérieur à l'entreprise : les conseillers du salarié, inscrits sur une liste dressée par l'autorité administrative et chargés d'assister les salariés convoqués par leur employeur en vue d'un licenciement. Cette protection, prévue à l'article L. 2411-1, 16^o, du code du travail, n'était pas appréhendée par la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel. La chambre sociale avait donc le choix soit de renvoyer la QPC au

²⁵ Soc., 10 juillet 2014, QPC n° 14-40.024, *Bull.* 2014, V, n° 198.

²⁶ Soc., 10 juillet 2014, QPC n° 14-40.030, *Bull.* 2014, V, n° 197.

²⁷ Soc., 28 novembre 2012, QPC n° 11-17.941, *Bull.* 2012, V, n° 308 ; D. 2012.2899 ; *Dr. soc.* 2013.173, obs. J. Mouly ; *ibid.* 382, chron. G. Dumortier, P. Flores, A. Lallet et Y. Struillou.

²⁸ Soc., 8 avril 2010, pourvoi n° 08-43.056, *Bull.* 2010, V, n° 92 ; Soc., 25 janvier 2012, pourvoi n° 10-11.590, *Bull.* 2012, V, n° 20.

²⁹ Soc., 28 septembre 2010, QPC n° 10-40.027 et 10-40.028 ; Soc., 30 novembre 2010, QPC n° 10-14.175.

³⁰ Soc., 7 mars 2012, QPC n° 11-40.106, *Bull.* 2012, V, n° 90.

³¹ Conseil constitutionnel, 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC.

³² « Il a été suggéré dans le Rapport 2007 de modifier les dispositions de l'article L. 514-2 du code du travail (désormais L. 1442-19 dudit code) pour clarifier la durée de la protection du conseiller prud'hommes salarié et préciser les conséquences d'un licenciement prononcé en méconnaissance de son statut. Cette suggestion n'a pas été suivie d'effet. Elle apparaît d'autant plus nécessaire que, par trois arrêts rendus le 22 septembre 2010 (Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 08-45.227, *Bull.* 2010, V, n° 190, pourvoi n° 09-40.968, *Bull.* 2010, V, n° 191, et pourvoi n° 09-41.173, *Bull.* 2010, V, n° 192), la chambre sociale a jugé que la protection des conseillers prud'hommes court à compter de la proclamation des résultats des élections le lendemain du scrutin prévue à l'article D. 1441-162 du code du travail, indépendamment de la publication au recueil des actes administratifs de la préfecture du département prévue à l'article D. 1441-164 du code du travail. C'est pourquoi il serait des plus opportuns qu'il soit fait obligation au salarié élu d'informer son employeur de l'existence de son mandat, au plus tard au moment de l'entretien préalable, pour éviter à celui-ci de prononcer, en toute bonne foi, un licenciement en méconnaissance de son nouveau statut » (*Rapport annuel* 2010, p. 14).

Conseil constitutionnel pour qu'il rende une nouvelle décision de conformité avec réserve d'interprétation, soit se livrer elle-même à une interprétation évidente. Par arrêt du 14 septembre 2012³³, elle a fait le choix d'une application immédiate au litige et d'une bonne administration de la justice. Elle a donc modifié sa jurisprudence pour transposer à l'article L. 2411-16^o la réserve d'interprétation déjà formulée par le Conseil constitutionnel pour l'article L. 2411-13^o. La QPC qui a permis cette modification de jurisprudence a logiquement été rejetée, puisque son auteur a finalement obtenu satisfaction : « [...] *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que l'article L. 2411-1, 16^o, du code du travail et les articles L. 2411-3 et L. 2411-18 du même code doivent être interprétés en ce sens que le salarié protégé n'est pas en droit de se prévaloir de la protection résultant d'un mandat extérieur à l'entreprise lorsqu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement et qu'ainsi interprétés, le 16^o de l'article L. 2411-1 du code du travail et les articles L. 2411-3 et L. 2411-18 du même code ne sont pas contraires à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle* ».

Dès le début de la QPC, le Conseil d'État a admis d'examiner le caractère sérieux d'une QPC portant sur des dispositions législatives ayant déjà donné lieu à une interprétation de sa jurisprudence³⁴. Il a ensuite expressément jugé, alors que c'était contesté devant lui, que la circonstance que le Conseil d'État a, dans ses formations contentieuses, fixé sur certains points l'interprétation de la disposition en litige ne fait pas obstacle à ce qu'il statue sur le bien-fondé de la QPC soulevée, dès lors que c'est l'article 61-1 de la Constitution qui lui confie cet office³⁵. Il s'est ainsi placé sur un terrain un peu différent, se situant, en quelque sorte, encore plus en amont de celui retenu par la Cour de cassation dans son arrêt d'assemblée plénière³⁶ du 20 mai 2011, qui s'était fondée, pour écarter une objection similaire, sur l'existence d'une Cour de cassation unique pour toute la République.

La question se « corse » néanmoins lorsque les dispositions législatives ont été interprétées par d'autres juridictions que le Conseil d'État. L'exercice devient alors encore plus inconfortable, mais il n'y a pas de raison qu'il ne conduise au même résultat. C'est ainsi que Conseil d'État a, dans l'affaire Natixis³⁷, renvoyé une QPC qui posait la question, qui a été regardée comme nouvelle, de la constitutionnalité de l'application dans le temps, rétroactive, de la jurisprudence Frantour³⁸. On sait qu'il y avait été jugé que le dispositif de participation des salariés aux résultats de l'entreprise tel que réformé par l'ordonnance du 21 octobre 1986 devait s'appliquer aux entreprises commerciales, y compris, ce qui n'avait pas nécessairement été compris comme tel au départ, lorsque leur capital est majoritairement détenu par une personne publique. Par construction, une telle interprétation de la loi avait une portée rétroactive. Mais le Conseil constitutionnel n'a pas véritablement apporté de réponse à cette question de la rétroactivité de la jurisprudence, puisque sa décision est avant tout fondée sur un grief soulevé d'office, tiré de l'incompétence négative du législateur³⁹.

Mais si on poursuit la logique jusqu'au bout qui veut que c'est la loi telle qu'interprétée par le juge compétent qui est en cause dans les QPC, alors rien n'interdit non plus au juge du filtre, qui est aussi, est-il besoin de le rappeler, dans ses autres fonctions, le juge de droit commun de l'interprétation de la loi, la « *bouche de la loi* », de procéder, à cette occasion, à une interprétation neutralisante⁴⁰, ou à une interprétation complémentaire⁴¹, si, et seulement si - et c'est déterminant à notre sens -, de telles interprétations lui paraissent pouvoir être faites sous le sceau de l'évidence.

Cette question de l'évidence, qui est cardinale à l'office du juge du filtre, nous conduit à aborder la question de l'intensité du contrôle de constitutionnalité opéré par le juge du filtre, ce qui revient à s'interroger sur le tamis de son filtre.

C. - L'intensité du contrôle, ou le tamis du filtre

Plus délicat est l'examen du sérieux lorsqu'il implique de procéder à une appréciation de proportionnalité, dans la mesure où une loi peut légitimement porter atteinte à certains droits ou libertés, dès lors que des justifications suffisantes, puisées le plus souvent dans l'intérêt général, viennent soutenir les dispositions législatives contestées. En réalité, la chambre rejette les QPC lorsque la critique n'est manifestement pas fondée, notamment parce que la disposition législative critiquée au regard de certains principes constitutionnels est pleinement justifiée par une autre norme constitutionnelle. C'est ainsi que la chambre sociale a jugé que l'atteinte à la liberté contractuelle résultant des règles sur le repos dominical était justifiée par les principes de santé et de sécurité des travailleurs et la protection des liens familiaux⁴². La chambre sociale a également retenu que l'atteinte au principe d'égalité était justifiée par le principe fondamental reconnu par les lois de la République justifiant le maintien de dispositions particulières applicables dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle en matière de maintien de salaire en cas de suspension du contrat de travail pour une cause indépendante de la volonté du salarié⁴³.

La nature, obligatoire ou facultative, du dispositif critiqué et du choix opéré par les parties peut avoir une conséquence sur l'analyse du sérieux de la question. C'est ce qui a été retenu lors de l'examen de la QPC qui contestait l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, relatif à la situation des salariés exposés à

³³ Soc., 14 septembre 2012, QPC n° 11-28.269, *Bull.* 2012, V, n° 229 ; *Dr. Soc.* 2013.362, chron. G. Dumortier, P. Flores, A. Lallet et Y. Struillou.

³⁴ CE, 25 juin 2010, Mortagne, n° 326363, *Rec.*, p. 217 ; *AJDA* 2010.1355 ; CE, 16 juillet 2010, SCI La Saulaie, n° 334665, *Rec.*, p. 315.

³⁵ CE, 12 septembre 2011, Dion, n° 347444, aux tables.

³⁶ Assemblée plénière, 20 mai 2011, QPC n° 11-90.025, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén. n° 7.

³⁷ CE, 10 juin 2013, Société Natixis Asset Management, n° 366880, aux tables ; *AJDA* 2013.1252 ; *Dr. Soc.* 2013.968, chron. G. Dumortier, P. Flores, A. Lallet, M. Vialettes et Y. Struillou.

³⁸ Soc., 6 juin 2000, Hôtel Frantour Paris-Berthier, pourvoi n° 98-20.304, *Bull.* 2000, V, n° 216, *Dr. Soc.* 2000.1023, obs. J. Savatier ; V. aussi les arrêts des 29 juin 2011, pourvoi n° 09-72.281, et 8 novembre 2011, pourvoi n° 09-67.786.

³⁹ Conseil constitutionnel, 1^{er} août 2013, n° 2013-336.

⁴⁰ CE, 19 mai 2010, Théron, n° 331025, *Rec.*, p. 168.

⁴¹ CE, 14 septembre 2011, Pierre, n° 348394, au *Recueil* ; *AJDA* 2011.1764.

⁴² Soc., 5 juin 2013, QPC n° 12-27.478, *Bull.* 2013, V, n° 149.

⁴³ Soc., 10 juillet 2013, QPC n° 13-40.028, *Bull.* 2013, V, n° 184.

l'inhalation de poussières d'amiante et leur permettant de bénéficier d'un régime de préretraite spécifique au regard du principe d'égalité. Cette QPC a été rejetée car la situation du salarié procède du choix qu'il a fait de mettre en œuvre un dispositif légal facultatif destiné à la réparation forfaitaire d'un risque de préjudice qui ne pourrait donner lieu à réparation équivalente par la voie du droit commun⁴⁴.

C'est sûrement en matière d'application du principe d'égalité de traitement, un des griefs les plus souvent invoqués, que l'examen du sérieux de la question est le plus délicat. En effet, il est impensable de s'en tenir au simple constat de l'atteinte au principe d'égalité pour décider du renvoi ou non de la QPC, sauf à transmettre au Conseil constitutionnel l'écrasante majorité des QPC qui auraient franchi avec succès l'étape de la recevabilité. Il est donc nécessaire de poursuivre « *en aval* » l'analyse du sérieux de la QPC, d'abord, en vérifiant l'identité de situation, sans laquelle il ne saurait y avoir d'atteinte au principe d'égalité : c'était par exemple le cas pour des salariés à temps partiel dont la situation était comparée à celle des salariés à temps plein ou soumis à un forfait en jours⁴⁵. De plus, le travail de contextualisation décrit précédemment permet de relever l'existence de justifications aux atteintes au principe d'égalité. C'est ce qui avait été retenu, dans un premier temps, lors de l'examen d'une QPC portant sur le travail dominical : « *la question ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la disposition légale critiquée, qui a été adoptée par le législateur dans un but tant de préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs que de protection des liens familiaux, répond à des exigences constitutionnelles reconnues et garanties par les alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946 et n'a pas pour effet de porter à la liberté contractuelle une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ni ne méconnaît le principe d'égalité* »⁴⁶.

L'examen du sérieux de la QPC conduit naturellement la chambre sociale à exercer en quelque sorte un pré-contrôle de constitutionnalité, tout en préparant ensuite le travail du Conseil constitutionnel, qui pourra s'appuyer sur le rapport établi par le conseiller rapporteur pour apprécier la valeur des critiques émises et vérifier s'il existe ou non des justifications.

Toutefois, pour décider du sérieux d'une QPC, la chambre ne se livre pas à une évaluation des probabilités d'inconstitutionnalité. C'est pourquoi elle a renvoyé des QPC dont on pouvait raisonnablement penser, au vu de la jurisprudence habituelle du Conseil constitutionnel, que la disposition législative contestée serait déclarée conforme à la Constitution :

- l'institution de la journée de solidarité⁴⁷ ; soulignons à cet égard que, dans le même temps, le Conseil d'État a eu la même analyse que la Cour de cassation et renvoyé la même QPC au Conseil constitutionnel ;
- pour les maîtres de l'enseignement privé et l'application de la loi Censi⁴⁸.
- pour la différence de traitement en matière de droit à l'indemnité de précarité de salariés sous contrat de travail à durée déterminée⁴⁹.

En réalité, dans ces hypothèses, la question est de savoir si le législateur a effectivement agi ou non dans le cadre de sa marge de manœuvre. Une telle vérification va au-delà du rôle du juge du filtre et relève de la compétence ou de la responsabilité du Conseil constitutionnel.

La question du niveau de contrôle de constitutionnalité le plus approprié a probablement contribué au renvoi de certaines QPC en raison de leur poids « *politique* » ou de la vigueur des débats au sein de la société. C'est par exemple le cas pour la question du travail pénitentiaire⁵⁰. Dans une telle situation, la saisine du Conseil constitutionnel paraissait justifiée, la réponse à apporter relevant manifestement de sa responsabilité. À l'évidence, quelle que soit l'opinion que l'on peut avoir sur leur bien-fondé, l'examen de telles questions ne relève pas du juge du filtre.

C'est encore plus évident pour la question du travail dominical. Après plusieurs décisions de rejet en raison de l'absence de caractère sérieux de la QPC⁵¹, la chambre a finalement décidé du renvoi des QPC⁵². Bien évidemment, dans ces conditions, la chambre n'a pas motivé particulièrement sa décision de renvoi. Mais, après le rejet des QPC par le Conseil constitutionnel, il n'était plus possible de mêler de façon indistincte la dénonciation de la réglementation du travail dominical avec son application par l'autorité judiciaire pour concentrer les critiques sur cette dernière. La Cour de cassation a pu ensuite tirer les conséquences de la déclaration de conformité prise par le Conseil constitutionnel⁵³.

La chambre sociale prend également en compte l'émergence d'une question nouvelle ou les évolutions de la société pour décider du renvoi d'une QPC, comme ce fut le cas pour celle relative à l'utilisation de la messagerie électronique au sein de l'entreprise⁵⁴. Enfin, la chambre sociale a également renvoyé, au titre de la nouveauté, mais aussi en raison de son caractère particulièrement délicat, le contrôle d'une loi référendaire⁵⁵.

⁴⁴ Soc., 5 octobre 2011, QPC n° 11-40.052, *Bull.* 2001, V, n° 227.

⁴⁵ Soc., 10 juillet 2014, QPC n° 14-40.024, *Bull.* 2014, V, n° 198.

⁴⁶ Soc., 5 juin 2013, QPC n° 12-27.478, *Bull.* 2013, V, n° 149.

⁴⁷ Soc., 24 mai 2011, QPC n° 11-40.007.

⁴⁸ Soc., 4 avril 2013, QPC n° 12-25.469, *Bull.* 2013, V, n° 96 ; *Dr. soc.*, 2013.576, chron. S. Tournaux ; *ibid.*, 968, chron. G. Dumortier, P. Flores, A. Lallet, M. Vialettes et Y. Struillou – Conseil constitutionnel, 14 juin 2013, 2013-322 QPC ; *D.* 2013.1481 ; *Dr. soc.* 2013, chron. G. Dumortier, P. Flores, A. Lallet, M. Vialettes et Y. Struillou.

⁴⁹ Soc., 9 avril 2014, QPC n° 14-40.001, *Bull.* 2014, V, n° 103 ; *Dr. soc.* 2015.40, chron. G. Dumortier, A. Lallet, M. Vialettes et P. Flores – Soc., 9 avril 2014, QPC n° 14-40.009, *Bull.* 2014, V, n° 104 ; *Dr. soc.* 2015.40, chron. G. Dumortier, A. Lallet, M. Vialettes et P. Flores.

⁵⁰ Soc., 20 mars 2013, QPC n° 12-40.104 et 12-40.105, *Bull.* 2013, V, n° 77 et 78.

⁵¹ Soc., 12 janvier 2011, QPC n° 10-40.055 ; 5 juin 2013, QPC n° 12-27.478, *Bull.* 2013, V, n° 149.

⁵² Soc., 8 janvier 2014, QPC n° 13-24.851, *Bull.* 2014, V, n° 2 ; *Dr. soc.* 2015.40, chron. G. Dumortier, A. Lallet, M. Vialettes et P. Flores.

⁵³ Soc., 24 septembre 2014, QPC n° 13-24.851, *Bull.* 2014, V, n° 205.

⁵⁴ Soc., 11 juillet 2013, QPC n° 13-40.021, *Bull.* 2013, V, n° 194.

⁵⁵ Soc., 20 février 2014, QPC n° 13-20.702, *Bull.* 2014, V, n° 66.

La problématique est la même du côté du Palais-Royal : jusqu'où le juge du filtre peut contrôler la constitutionnalité de la loi ? C'est là une question délicate qui traduit l'équilibre recherché en permanence par le juge du filtre, qui doit, d'un côté, veiller à préserver le Conseil constitutionnel d'un afflux trop grand de QPC et, de l'autre, assurer l'efficacité du dispositif des QPC, dont la raison d'être est de contribuer à la sécurité juridique de notre dispositif normatif, en le purgeant des lois inconstitutionnelles mais aussi... en mettant fin à la critique de constitutionnalité des autres lois, par un brevet de constitutionnalité, que seul le Conseil constitutionnel peut décerner, par une décision revêtue d'une autorité de chose jugée absolue.

Lorsqu'on parcourt l'ensemble des décisions fichées au *Recueil Lebon* sur des QPC dépourvues de caractère sérieux, on se rend compte que, dans la plupart des cas, il s'est avéré, au terme de l'examen de la QPC, que les griefs présentés à l'appui de ces QPC manquaient en fait. Dans ces affaires en effet, la simple analyse de la loi ou du cadre juridique a permis, au stade du juge du filtre, de faire apparaître que les griefs étaient, en réalité, dépourvus de toute pertinence, notamment en raison de ce qu'ils portaient d'une prémisse erronée ou qu'ils manquaient leur cible.

Les hypothèses où le juge du filtre construit un raisonnement de constitutionnalité pour en déduire que la QPC ne soulève pas une question sérieuse sont, en réalité, beaucoup plus rares, sauf, peut-être lorsqu'est en cause le principe d'égalité, mais sans doute la raison en est que son maniement est particulièrement familier aux cours suprêmes : cela a été, par exemple, le cas de la disposition législative relative à l'allocation spécifique des travailleurs de l'amiante qui cessent de manière anticipée leur activité⁵⁶, et il est frappant de relever que, quelques mois plus tard, la démarche a été similaire à la chambre sociale de la Cour de cassation sur le même sujet⁵⁷.

Dans tous les autres cas, si la critique de constitutionnalité apparaît pouvoir être raisonnablement présentée, que le juge du filtre ait, ou non, le sentiment qu'elle est fondée, elle justifie, en principe, le renvoi. À ce titre, vient renforcer la nécessité d'un renvoi (cela ne joue toutefois pas dans le sens inverse) le fait que la QPC soulève, en elle-même, un sujet sérieux, par son caractère sensible, politique ou emblématique. C'est ainsi qu'une QPC portant sur la « *journée de solidarité* » a pu être renvoyée au Conseil constitutionnel, au demeurant, tant par le Conseil d'État que, quelques jours plus tard, par la Cour de cassation⁵⁸.

C'est sur ce point que nous souhaitons terminer notre examen de l'office du juge du filtre, avant d'examiner désormais la réception des décisions du Conseil constitutionnel, et notamment de ses décisions QPC, par les deux cours suprêmes.

II. - Incorporation du contrôle de constitutionnalité

Le rôle des cours suprêmes ne se limite évidemment pas à la seule transmission des QPC, puisqu'il leur incombe ensuite d'appliquer les décisions du Conseil constitutionnel aux litiges qui leurs sont soumis (A). Cette application peut susciter des questions d'articulation entre les divers contrôles de fondamentaliste (B).

A. - Application des décisions du Conseil constitutionnel

Une fois rendue la décision du Conseil constitutionnel, peut se poser la question de la portée et de l'interprétation de celle-ci. C'est par exemple la difficulté qui a été récemment soumise à la chambre sociale pour la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale. Ce texte prévoyait qu'un accord collectif pouvait imposer à toutes les entreprises entrant dans son champ d'application de souscrire à un régime complémentaire obligatoire auprès d'un organisme déterminé. Dans sa décision du 13 juin 2013⁵⁹, le Conseil constitutionnel avait modulé l'abrogation de cette disposition et décidé qu'elle ne s'appliquait pas aux contrats en cours lors de la publication de la décision. Puis, dans une décision rendue à la suite d'une QPC, le Conseil constitutionnel a précisé que de tels contrats n'étaient pas privés de fondement légal⁶⁰. Dans son arrêt du 11 février 2015, la chambre sociale a dû procéder à l'application de ces décisions du Conseil constitutionnel. Elle a retenu que « *les contrats en cours sont les actes ayant le caractère de conventions ou d'accords collectifs ayant procédé à la désignation d'organismes assureurs pour les besoins du fonctionnement des dispositifs de mutualisation que les partenaires sociaux ont entendu mettre en place, voire les actes contractuels signés par eux avec les organismes assureurs en vue de lier ces derniers et de préciser les stipulations du texte conventionnel de branche et ses modalités de mise en œuvre effective* »⁶¹. La chambre sociale a ainsi rejoint l'avis donné le 26 septembre 2013 par le Conseil d'État, solution qui permet de donner à la décision du Conseil constitutionnel la portée la plus utile, pour reprendre l'expression employée par le Conseil d'État.

Si la QPC a, sans doute, revitalisé l'usage judiciaire du droit constitutionnel, elle en a également banalisé la pratique. La chambre sociale ne se borne plus au simple examen des QPC qui lui sont transmises par les juridictions du fond ou qui sont formées à l'occasion d'un pourvoi, elle doit également assurer l'exécution et l'interprétation des décisions rendues par le Conseil constitutionnel à la suite du renvoi de certaines d'entre elles. Il ne fait guère de doute non plus que la pratique de la QPC exerce son influence sur le traitement des pourvois en cassation eux-mêmes. Ainsi, les arrêts rendus par la chambre en matière d'égalité de traitement le 27 janvier 2015 ont jugé que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères

⁵⁶ CE, 1^{er} juillet 2011, Société européenne des produits réfractaires, n° 345938 et 347420, aux tables ; *Dr. soc.* 2012.258, chron. G. Dumortier, C. Landais, M. Vialettes et Y. Struillou.

⁵⁷ Soc., 5 octobre 2011, QPC n° 11-40.052, *Bull.* 2011, V, n° 227.

⁵⁸ CE, 4 mai 2011, M. Lliboutry, n° 346648, aux tables ; Soc., 24 mai 2011, QPC n° 11-40.007, diffusé, et la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-148/154 QPC du 22 juillet 2011.

⁵⁹ Conseil constitutionnel, 13 juin 2013, n° 2013-672 DC.

⁶⁰ Conseil constitutionnel, 18 octobre 2013, n° 2013-349, QPC.

⁶¹ Soc., 11 février 2015, pourvoi n° 14-13.538, en cours de publication.

à toute considération de nature professionnelle⁶². Ces arrêts qui concilient le principe d'égalité de traitement, qui dérive du principe constitutionnel d'égalité devant la loi, avec le principe de participation illustrent l'extension du droit constitutionnel du travail.

Deux points peuvent être mis en lumière du côté du Conseil d'État. Tout d'abord, un point un peu paradoxal de prime abord et qui est spécifique au juge administratif. En matière de recours pour excès de pouvoir, les décisions QPC par lesquelles le Conseil constitutionnel déclare non conforme pour l'avenir une disposition législative, ce qui conduit à son abrogation, n'ont, par construction, aucun effet sur les litiges noués à l'encontre d'actes pris avant l'intervention de la décision du Conseil constitutionnel. En effet, la légalité de ces actes s'appréciant au regard de l'état du droit en vigueur au moment de leur édicition, une telle abrogation, postérieure, est de nul effet⁶³. Il ne peut donc en être autrement que pour autant que le Conseil constitutionnel donne à sa décision un effet rétroactif, ou que le Conseil d'État est saisi non d'une demande d'annulation d'un acte réglementaire, mais d'une demande d'annulation d'un refus d'abrogation avec conclusions accessoires à fins d'injonction. Ensuite, si dans la plupart des cas la portée qu'il convient de tirer des décisions du Conseil d'État ne fait pas de doute, comme, par exemple, lorsqu'il admet la conformité sous réserve d'une disposition législative, la réserve étant alors revêtue de l'autorité de la chose jugée, il y a des cas où cela ne va pas de soi. Les jurisprudences divergentes du Conseil d'État et de la Cour de cassation sur les dispositions législatives dites « anti-Perruche » en sont l'exemple malheureux⁶⁴. L'avis de l'assemblée générale du Conseil d'État du 26 septembre 2013, au rapport de la section sociale, en est tout autant emblématique.

Mais la véritable difficulté nous semble être l'articulation des contrôles de fondamentalité.

B. - Articulation des contrôles de fondamentalité

Le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité n'empêche pas l'irruption de problèmes d'articulation entre les divers contrôles de fondamentalité. Et même si certaines contestations relèvent de ce que l'on peut considérer comme des standards, protégés de la même façon, par la Constitution, le droit de l'Union ou la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, certaines différences persistent nettement.

Une procédure récente, qui a donné lieu à une QPC puis à un renvoi préjudiciel devant la CJUE, en donne un exemple saisissant. Dans le cadre de la contestation de la désignation d'un représentant de section syndicale, le tribunal d'instance de Marseille a, par jugement du 18 novembre 2010, ordonné la transmission d'une QPC contestant la constitutionnalité de l'article L. 1111-3 du code du travail au regard du principe d'égalité devant la loi de tous les citoyens, du droit pour tout homme de défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et d'adhérer au syndicat de son choix⁶⁵ et au droit pour tout travailleur de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises⁶⁶. Cette QPC a été transmise par la chambre sociale de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel⁶⁷. Par décision n° 2011-122 du 29 avril 2011, le Conseil constitutionnel a décidé que l'article L. 1111-3 du code du travail n'était contraire à aucun des textes invoqués et était conforme à la Constitution. Il a notamment relevé « *Considérant que l'article L. 1111-3 du code du travail exclut certaines catégories de salariés du décompte des effectifs de l'entreprise sauf pour l'application des dispositions légales relatives à la tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles ; que cette exclusion s'applique notamment au calcul des effectifs au regard des divers seuils fixés par le code du travail en vue d'assurer la représentation du personnel dans l'entreprise* » et que le législateur a entendu « *alléger les contraintes susceptibles de peser sur les entreprises afin de favoriser l'insertion ou le retour de ces personnes sur le marché du travail* ». Le Conseil constitutionnel en a déduit « *que la différence de traitement qui en résulte est en rapport direct avec l'objet de la loi* ». Il a également considéré « *que l'article L. 1111-3 du code du travail n'a pas de conséquences sur les droits et obligations des salariés en cause ; qu'il ne leur interdit pas, en particulier, d'être électeur ou éligible au sein des instances représentatives du personnel de l'entreprise dans laquelle ils travaillent ; que, par suite, il ne porte pas atteinte, en lui-même, au principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». À la suite de cette décision, le tribunal d'instance de Marseille a débouté l'employeur de sa demande en annulation de la désignation du représentant syndical au motif que l'article L. 1111-3 du code du travail était contraire au droit de l'Union en ce qu'il excluait certaines catégories de salariés du décompte des effectifs. Saisie d'un pourvoi en cassation contre ce jugement, la chambre sociale a décidé de poser à la CJUE une question préjudicielle⁶⁸, à laquelle il a été répondu le 15 janvier 2014⁶⁹ de la façon suivante : « *la directive 2002/14 ayant défini le cadre des personnes à prendre en considération lors de ce calcul, les États membres ne sauraient exclure dudit calcul une catégorie de personnes entrant initialement dans ce cadre. Ainsi, si ladite directive ne prescrit pas aux États membres la manière dont ceux-ci doivent tenir compte des travailleurs relevant de son champ d'application lors du calcul des seuils de travailleurs employés, elle prescrit néanmoins qu'il doit en tenir compte* ». La chambre sociale était donc confrontée à des réponses incompatibles. La solution adoptée résulte finalement de l'absence d'effet horizontal de la directive : « *l'application de l'article L. 1111-3 du code du travail, quoique incompatible avec le droit de l'Union, ne pouvait être écartée par le juge judiciaire dans un litige entre particuliers au titre de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et des articles 2 et 3, § 1, de la directive 2002/14/CE du*

⁶² Soc., 27 janvier 2015, pourvois n° 13-22.179, 13-25.437, 13-14.773 et 13-14.908, 13-22.509, en cours de publication.

⁶³ CE, 14 novembre 2012, Association France nature environnement réseau juridique, n° 340539, aux tables, concl. X. de Lesquen.

⁶⁴ CE, Assemblée, 13 mai 2011, concl. Mme Lazare, n° 329290 au Recueil ; 1^{er} Civ., 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-27.473, Bull. 2011, I, n° 216.

⁶⁵ Préambule de la Constitution de 1946, article 6.

⁶⁶ Préambule de la Constitution de 1946, article 8.

⁶⁷ Soc., 16 février 2011, QPC n° 10-40.062.

⁶⁸ Soc., 11 avril 2012, pourvoi n° 11-21.609, Bull. 2012, V, n° 122.

⁶⁹ CJUE, 15 janvier 2014, n° C-176/12.

Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002, et qu'il lui appartenait de vérifier si l'effectif de l'entreprise permettait la désignation d'un représentant de section syndicale en tenant compte des exclusions prévues par l'article L. 1111-3 ». Cette réponse, incontestable sur un plan juridique, n'en est pas moins extrêmement troublante.

Le forfait en jours offre quant à lui une illustration de la combinaison harmonieuse du droit constitutionnel et du droit de l'Union européenne. Comme chacun le sait, l'arrêt du 29 juin 2011⁷⁰ a permis d'écarter les critiques formées contre le dispositif légal du forfait en jours au regard de la Charte sociale européenne et de plusieurs décisions du comité européen des droits sociaux qui avaient relevé les insuffisances de la législation française pour assurer le respect du caractère raisonnable de la durée du travail des salariés concernés. La première étape de la réponse repose sur le droit constitutionnel : le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles. La chambre fait ainsi une référence explicite à la décision du Conseil constitutionnel qui, dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi du 2 août 2005⁷¹, avait validé la possibilité pour le législateur de déléguer aux partenaires sociaux la mise en place du forfait en jours. S'appuyant sur cette délégation, la chambre en a déduit que l'accord collectif devait contenir les garanties nécessaires à la validité du dispositif au regard des exigences, plus précises, du droit de l'Union européenne. C'est par une application combinée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et des principes d'interprétation du droit interne à la lumière du droit de l'Union que la chambre a comblé les trous du dispositif légal, avant de retenir sa conformité au droit communautaire.

Le caractère prioritaire de la QPC peut laisser en suspens des questions de droit européen. Ainsi, parallèlement à la QPC portant sur le travail dominical et le travail de nuit et transmise le 8 janvier 2014⁷², la chambre sociale était saisie d'une contestation de l'article L. 3132-24 du code du travail, prévoyant le caractère suspensif du recours exercé contre une décision administrative accordant une dérogation au principe du repos dominical, au regard de la notion de bien protégé au sens du premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel ayant déclaré l'article L. 3132-24 du code du travail contraire à la Constitution et abrogé celui-ci⁷³. La chambre sociale a naturellement tiré les conséquences de cette décision en annulant l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique⁷⁴. Pour autant, la décision de non-conformité à la Constitution étant fondée sur le principe des droits de la défense, la question, particulièrement délicate et intéressante, de savoir si une dérogation administrative au travail dominical peut constituer un bien au sens de la CEDH reste donc en suspens.

Le Conseil d'État est bien sûr, là encore, confronté à la même concurrence des sources de fondamentalité et au risque de divergence. Il a d'ailleurs très tôt donné le « *mode d'emploi* » : il a ainsi jugé dans sa décision d'assemblée du 13 mai 2011⁷⁵ qu'« *il appartient au juge du litige, s'il n'a pas fait droit à l'ensemble des conclusions du requérant en tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel, d'examiner, dans l'hypothèse où un moyen en ce sens est soulevé devant lui, s'il doit, pour statuer sur les conclusions qu'il n'a pas déjà accueillies, écarter la disposition législative en cause du fait de son incompatibilité avec une stipulation conventionnelle ou, le cas échéant, une règle du droit de l'Union européenne dont la méconnaissance n'aurait pas été préalablement sanctionnée* ». Mais, il n'y a pas eu - pour l'instant ! - de telle contradiction dans le cadre d'un même litige devant le juge administratif entre les exigences résultant des différentes normes fondamentales.

Il y a eu, en revanche, des réponses contradictoires dans le temps, à raison de litiges différents. Le Conseil d'État a eu, par exemple, à renvoyer des QPC au Conseil constitutionnel portant sur des dispositions législatives qu'il avait estimées, par le passé, à l'occasion d'autres litiges, conformes à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : c'est, par exemple, le cas de la composition des juridictions d'aide sociale au regard du principe d'impartialité⁷⁶, que le Conseil constitutionnel a, au demeurant, déclarée non conforme à la Constitution⁷⁷. Mais on peut le comprendre, car il y a, par construction, une différence de prisme entre le contrôle de constitutionnalité, qui est un contrôle abstrait, et le contrôle de conventionnalité, qui s'exerce concrètement à l'occasion d'un litige. C'est cette différence de prisme qui explique, pour l'essentiel, la différence de résultat, alors même que, du point de vue conventionnel comme constitutionnel, le principe d'impartialité ne recouvre pas nécessairement des exigences différentes.

Enfin, s'agissant du contentieux du droit du travail ou même du contentieux social, au sens large, mon expérience est plutôt que la difficulté, à l'heure actuelle, est de conjuguer les normes conventionnelles entre elles, et non les normes constitutionnelles et conventionnelles. On peut penser notamment à la réglementation du temps de travail et aux exigences découlant, d'une part, du droit de l'Union et, d'autre part, de la Charte sociale européenne. Le Conseil d'État vient à ce titre de rendre une décision sur le temps de repos des moniteurs de colonies de vacances, où étaient en cause deux directives sur le temps de travail et les contrats à durée déterminée et le fameux article 2 de la Charte sociale européenne⁷⁸.

Au total, il nous semble, et le panorama auquel nous venons de procéder nous paraît l'illustrer, que, passé le temps d'appropriation de la QPC par l'un et l'autre ordre de juridiction, on ne peut qu'être frappé par la réelle proximité qui existe désormais de leur traitement d'un côté et de l'autre de la Seine. On ne peut que s'en féliciter.

⁷⁰ Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181.

⁷¹ Conseil constitutionnel, 29 juillet 2005, n° 2005-523 DC, *JO*, 3 août 2005, p. 12664.

⁷² Soc., 8 janvier 2014, QPC n° 13-24.851, *Bull.* 2014, V, n° 2 ; *Dr. soc.* 2015.40, chron. G. Dumortier, A. Lallet, M. Vialettes et P. Flores.

⁷³ Conseil constitutionnel, 4 avril 2014, n° 2014-374 ; *Dr. soc.* 2015.40, chron. G. Dumortier, A. Lallet, M. Vialettes et P. Flores.

⁷⁴ Soc., 28 mai 2014, pourvoi n° 12-21.977, *Bull.* 2014, V, n° 130.

⁷⁵ CE, 13 mai 2011, Mme M'Rida, n° 316734, au *Recueil*.

⁷⁶ Auparavant : CE, assemblée du 6 décembre 2002, M. Trognon, n° 240028, *Rec.*, p. 427, concl. Pascale Fombeur ; CE, 19 mars 2012, Godard, n° 352843, aux tables.

⁷⁷ Conseil constitutionnel, 8 juin 2012, n° 2012-250, QPC.

⁷⁸ CE, 30 janvier 2015, Union syndicale Solidaires, n° 363520, aux tables, *Dr. soc.* 2015.355, étude M. Vialettes.

M. Jean-Yves Frouin, président de la chambre sociale de la Cour de cassation :

Merci pour ces deux interventions très complémentaires et qui ont balayé de manière très complète la façon dont chacune des juridictions appréhende la QPC.

D'abord, je me réjouis de voir que des membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation puissent ainsi intervenir en duo sur un thème commun ; c'est une situation assez banale, mais on ne l'aurait guère imaginé il y a trente ou quarante ans.

Ensuite, je constate, comme vous venez de le dire à l'instant, que les positions des juridictions suprêmes de l'ordre administratif et judiciaire sont finalement assez proches dans l'utilisation qu'elles font de cette nouvelle voie de droit.

Pour le surplus, je n'ai pas grand-chose à dire parce que vous imaginez bien que je suis en harmonie avec tout ce qui vient d'être dit, y compris... quand le conseiller Flores dit, à propos d'une décision, qu'elle n'a pas été publiée et qu'elle a été rendue par une formation restreinte, ce qui dissimule assez mal dans cette assemblée que c'est une décision au regard de laquelle on peut être éventuellement réservé !

Je vous propose de faire une pause de dix minutes de façon à laisser le plus de temps possible aux deux interventions suivantes et à la discussion.

Intervention de M^e Thomas Haas, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Introduction

D'un point de vue quantitatif, le bilan de la QPC en droit constitutionnel du travail est pour le moins modeste.

En amont, environ 150 QPC ont été soumises, après un premier filtre exercé par l'avocat aux Conseils dans le cadre d'un pourvoi ou par les juridictions du fond, au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. En aval, les déclarations de non-conformité se comptent encore sur les doigts d'une main.

Et encore, certaines de ces non-conformités, si elles affectent des dispositions de droit du travail, ne doivent rien au droit constitutionnel du travail. Je pense, par exemple, à la décision relative à l'effet suspensif du recours formé contre les dérogations préfectorales au travail dominical, qui a été jugé inconstitutionnel à raison de la méconnaissance du principe des droits de la défense et de son corollaire, le caractère juste et équitable de la procédure.

Sans nier ce qu'elle a de réducteur, cette approche purement quantitative semble toutefois pertinente pour mesurer l'impact de la QPC en droit du travail. En matière de santé publique, on mesure l'utilité d'un médicament à l'aune du « *service médical rendu* ». En matière de justice, il n'est pas absurde, pour apprécier l'intérêt d'une voie de droit nouvelle, de s'attacher au « *service judiciaire rendu* ». Or, de ce point de vue, alors que la QPC renchérit le coût de la procédure supporté par le justiciable, en rallonge la durée, alourdit le travail du juge, force est de constater qu'en matière sociale, son impact concret sur le droit positif a été des plus limités.

Quoi qu'il en soit, faut-il s'en plaindre ou s'inquiéter ?

C'est un constat réconfortant que, pour l'écrasante majorité d'entre elles, nos lois sociales aient été jugées conformes aux exigences constitutionnelles.

Sauf si les mailles du filet sont à ce point distendues que tout texte passe le cap...

Les chiffres invitent donc à se poser la question de la nature du contrôle exercé par le juge constitutionnel et, s'agissant des normes sociales, de la conception qu'il a de sa mission.

On a dit de la presse qu'elle était le chien de garde de la démocratie. Mon opinion est que, s'agissant du droit constitutionnel du travail, le juge constitutionnel se comporte comme le cerbère de la loi. Cerbère parce qu'il a trois têtes, Cerbère parce qu'il se révèle être le gardien de la loi autant que son contrôleur.

En somme, trois têtes pour une pensée unique.

Première partie : un juge constitutionnel à trois têtes

Les rôles respectifs du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation sont fixés par la Constitution et la loi organique : le premier est, en matière de contrôle de constitutionnalité, le juge du fond, les seconds, les juges du filtre.

a) Sur le Conseil constitutionnel, il y a, me semble-t-il, peu à dire (qui n'ait pas déjà été exposé par mes prédécesseurs).

Le Conseil constitutionnel conserve l'apanage de la déclaration d'inconstitutionnalité, mais aussi celui de donner à la loi un brevet de constitutionnalité, ce qui découle de sa faculté, que n'ont pas les juges du filtre, de soulever un moyen d'ordre public. Ainsi peut-il être saisi de la constitutionnalité d'une disposition législative dans sa plénitude, tandis que le juge du filtre est tenu par la question qui lui est soumise. Le Conseil constitutionnel a fait usage de cette faculté en relevant d'office le moyen tiré d'une incompétence négative du législateur portant atteinte à l'exercice de la liberté d'entreprendre pour censurer une disposition relative à l'intéressement et à la participation des salariés dans les entreprises publiques.

L'impact de la QPC sur le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel me semble avoir été relativement pauvre.

Sans doute, cela vous a été exposé, la QPC a-t-elle permis au Conseil constitutionnel de trancher quelques questions inédites qui ne lui avaient pas été posées dans le cadre d'un contrôle *a priori*.

En revanche, rien de bien novateur dans la méthode d'analyse mise en œuvre.

Cela n'est guère surprenant : l'instauration de la QPC est le fruit de lois de procédure, qui n'ont pas eu pour objet de modifier la substance du droit constitutionnel.

Néanmoins, la faculté d'exercer un contrôle *a posteriori* aurait pu modifier la donne en rendant plus concrète l'appréciation portée par le juge constitutionnel, en permettant à celui-ci d'utiliser le recul dont il dispose désormais pour se déterminer en fonction des effets économiques et sociaux de la loi déférée. Jusqu'à présent, en apparence tout du moins, la motivation des décisions du Conseil constitutionnel n'a absolument pas porté la trace d'une telle grille d'analyse : le contrôle reste objectivé et abstrait.

Quant au fond du droit, les décisions de QPC rendues en matières sociales n'ont pas, à ma connaissance, donné l'occasion au Conseil constitutionnel de dégager de nouvelles normes constitutionnelles. Notamment, et je le regrette car plus le temps passe moins l'événement devient probable, aucun principe fondamental reconnu par

les lois de la République n'est né de l'union de la QPC et du Conseil constitutionnel. En réalité, il n'y a eu aucun bouleversement dans la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel en matière de droit du travail. Mais j'y reviendrai.

b) Il y a bien plus à dire sur les juges du filtre.

Le Conseil d'État et la Cour de cassation n'ont pas attendu 2010 pour manier le droit constitutionnel du travail.

En 2001, notamment, la chambre sociale avait, au visa notamment de l'article 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et des articles 1, 5, 6, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, énoncé que « *le principe d'égalité, de valeur constitutionnelle, ne permet pas à un employeur de subventionner un syndicat représentatif et non un autre, selon qu'il a signé ou non une convention ou un accord collectif* ».

C'est également au regard du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 que la Cour de cassation avait apprécié la licéité de clauses d'exclusivité.

C'est au regard du, je cite, « *principe constitutionnel de la liberté du travail* » qu'elle avait énoncé que la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail n'est licite que dans la mesure où la restriction de liberté qu'elle entraîne est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

Quant au Conseil d'État, parmi de multiples exemples, il avait considéré, dans un arrêt de l'assemblée du contentieux du 16 décembre 2005, que « *le sixième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 implique, dès lors que n'y font obstacle aucun autre principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle, le droit, pour tout syndicat régulièrement constitué, de participer à des négociations collectives, sous réserve, le cas échéant, de conditions tenant à sa représentativité dans le champ de l'accord ou de la convention à négocier* ».

Il avait également, en 2005, en section, apprécié la légalité d'une ordonnance de l'article 38 de la Constitution relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises à l'aune du huitième alinéa du préambule de 1946.

Mais, évidemment, jusqu'en 2010, tant le Conseil d'État que le Conseil constitutionnel s'interdisaient de porter quelque appréciation que ce soit, positive ou négative, sur la constitutionnalité d'une loi.

Séparation des pouvoirs oblige, la question était étrangère à l'office du juge.

Depuis la QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation sont un rouage essentiel de la justice constitutionnelle, et la conception, me semble-t-il maximaliste, qu'ils ont eu de leur rôle en a fait, en matière de droit du travail tout du moins, des juges constitutionnels à part entière.

Tel est le cas lorsqu'ils décident, par une décision motivée, de ne pas renvoyer la question qui leur est soumise au motif qu'elle ne présente pas un caractère sérieux. Ils statuent alors sans recours et exposent les raisons pour lesquelles la disposition législative contestée n'encourt pas le grief allégué.

Mais, me direz-vous, sur quel élément m'appuie-je pour dire que les juges du filtre auraient eu une conception maximaliste de leur mission, qu'ils ont poussé leur contrôle jusqu'à l'extrême limite, si ce n'est au-delà, de ce que le législateur organique avait envisagé ?

Deux arguments apparaissent significatifs :

Le premier a trait à la rédaction des décisions de refus de transmission.

Rien ne semble distinguer leur motivation de celle qui serait adoptée si le juge du filtre était un juge du fond. Tant le Conseil d'État que la Cour de cassation exposent les raisons pour lesquelles la question n'est, à leurs yeux, pas sérieuse, mais ni l'un ni l'autre ne font apparaître, même par une clause de style, le caractère manifeste du mal-fondé du grief adressé à la disposition législative critiquée. Or c'est à cette seule condition qu'une question peut être regardée comme n'étant même pas sérieuse.

Comme je ne suis pas certain d'être tout à fait clair, je vais illustrer mon propos par deux exemples.

Le Conseil d'État, dans une décision de non-transmission du 12 mars 2014, a considéré « *qu'en permettant aux membres du comité d'entreprise de bénéficier de toutes les informations utiles à l'exercice de leur mandat et à leur participation à la gestion de l'entreprise, y compris de celles qui ont un caractère confidentiel et exigent, par suite, le respect d'une obligation de discrétion, le législateur a entendu assurer l'effectivité du droit de tout travailleur de participer à la gestion des entreprises, dont le huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 prévoit qu'il s'exerce par l'intermédiaire des délégués du travailleur ; qu'en conditionnant, par ailleurs, la possibilité de qualifier une information de confidentielle à la double exigence qu'elle revête effectivement un caractère confidentiel et qu'elle soit présentée comme telle par l'employeur, tout abus dans la qualification opérée par celui-ci étant susceptible d'être soumis au contrôle du juge judiciaire ou à l'appréciation de l'inspecteur du travail, sous le contrôle du juge administratif, en cas de demande par l'employeur d'une autorisation de licenciement d'un membre du comité d'entreprise pour violation de l'obligation de discrétion, le législateur n'a pas méconnu les principes de liberté syndicale et de participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise* ».

Ce n'est qu'au terme de cette longue démonstration qu'il en a déduit que la question ne présentait pas un caractère sérieux. Mais le Conseil constitutionnel, juge du fond, n'aurait pas rédigé sa décision différemment.

La chambre sociale était saisie d'une question mettant en cause le plafonnement de la garantie de l'AGS. Pour dénier à cette question un caractère sérieux, elle a retenu, en substance, que l'institution de cette limitation « *ne porte pas atteinte aux principes d'égalité et de responsabilité, ni au droit à un recours effectif ni au droit à l'emploi, dès lors que ce plafond de garantie procède d'un nécessaire équilibre entre les droits des assurés salariés et les charges supportées par les entreprises contribuant au financement de cette assurance, et que cette restriction ne crée pas une atteinte disproportionnée aux droits des salariés* ».

Là encore, rien, dans ce motif de rejet, dont il ressort que le juge du filtre s'est livré à un contrôle de proportionnalité des différents intérêts en présence, ne permet de comprendre en quoi la solution s'imposait manifestement.

En réalité, je n'ai trouvé qu'un contre-exemple, assez ancien et resté isolé : dans un arrêt du 11 juillet 2011, la chambre sociale, appelée à statuer sur la constitutionnalité, au regard du principe d'égalité, de l'absence de droit des fonctionnaires détachés à percevoir diverses indemnités au terme de leur détachement, avait énoncé que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors qu'il apparaît « à l'évidence » que la différence de traitement instituée par le législateur est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit, et notamment avec les droits et garanties institués au bénéfice du fonctionnaire placé en position de détachement.

Le deuxième élément qui révèle, à mon sens, que le juge du filtre se considère comme un juge constitutionnel à part entière est propre à la chambre sociale, il concerne sa politique de publication.

Depuis trois ans, la chambre sociale publie tous les arrêts qu'elle rend en matière de QPC. Cette pratique la distingue des autres chambres de la Cour de cassation et du Conseil d'État et pose la question de l'idée qu'elle se fait de son rôle.

On comprend, bien évidemment, tout l'intérêt que peut revêtir une publication lorsqu'elle porte sur des questions de recevabilité de la QPC ou sur les contours de la notion d'applicabilité au litige, sur laquelle le Conseil constitutionnel n'entend pas exercer de contrôle.

En revanche, l'intérêt doctrinal d'une publication est plus douteux lorsque l'apport de la décision consiste dans l'appréciation portée sur le caractère sérieux de la question posée.

En effet, de deux choses l'une.

Soit on est en présence d'une transmission, et il s'agit d'une décision purement préparatoire à la décision du Conseil constitutionnel. Le simple fait que celui-ci se prononce sur la question révélera (quasi-nécessairement compte tenu de l'acception donnée à la question nouvelle) qu'elle avait été jugée sérieuse en amont.

Soit on est en présence d'une décision de non-transmission. Mais, là encore, dire qu'une question n'est pas sérieuse, ce qui implique que la réponse qu'il convient de lui apporter s'impose, est-ce faire œuvre doctrinale ? Les arrêts de non-admission n'ont pas vocation à être publiés.

Ou seulement si on met plus de droit dans la réponse qu'il ne devrait y en avoir.

Ce rôle de filtre largement entendu pose difficulté car le juge du filtre est juge de la constitutionnalité de sa propre jurisprudence, dont il se sert pour écarter le moyen d'inconstitutionnalité à la faveur de l'interprétation qu'il en fait, ce qui n'est pas satisfaisant pour le justiciable.

La jurisprudence en donne de nombreux exemples :

D'abord, dans le cadre du contrôle du caractère sérieux du moyen, le juge du filtre fait usage de la technique de la réserve d'interprétation : c'est parce que la loi est interprétée telle qu'il interprète lui-même qu'elle est conforme à la Constitution (par ex. : Soc., 30 novembre 2010, QPC n° 10-14.175 ; Soc., 12 septembre 2013, QPC n° 13-12.200, *Bull.* 2013, V, n° 197).

Dans une décision de non-transmission du 10 juillet 2014 (QPC n° 14-40.030, *Bull.* 2014, V, n° 197), la chambre sociale a, après avoir rappelé la teneur de sa jurisprudence, précisé « que la portée ainsi donnée aux dispositions légales contestées ne fait que traduire la conciliation voulue par le législateur entre, d'une part, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre, et, d'autre part, l'intérêt général et l'ordre public social ».

Le Conseil d'État a fait de même dans une décision de non-transmission du 30 mai 2012 fichée au *Recueil*.

Ensuite, appelée à apprécier la constitutionnalité de sa propre jurisprudence au regard du principe de sécurité juridique, la chambre sociale, dans un arrêt du 23 septembre 2014 (QPC n° 14-40.031, *Bull.* 2014, V, n° 199), qualifie sa propre interprétation jurisprudentielle de « claire, intelligible et constante » pour en déduire qu'elle ne porte atteinte à aucune situation légalement acquise et considérer que la question qui lui est soumise n'est pas sérieuse.

Il est tout de même permis de se demander si le juge est en situation de porter une appréciation objective sur la valeur de sa propre jurisprudence. À cette interrogation, on pourra objecter que, dans un système de droit qui prohibe les arrêts de règlement et où il est souvent rappelé que nul n'a droit à une jurisprudence figée, le juge est confronté à sa jurisprudence à chaque fois qu'il lui est demandé de la changer. Mais, en l'occurrence, et à la différence de la situation où il connaît du litige en tant que juridiction suprême, le juge du filtre a le choix : il peut, plutôt que de clore le débat, renvoyer la question et laisser le Conseil constitutionnel dire tout le bien qu'il pense de sa jurisprudence.

Cela étant, la pratique de la Cour de cassation a été approuvée par le Conseil d'État lui-même dans une décision du 28 novembre 2013 (n° 364.093), non publiée mais non moins instructive.

Appelé à statuer sur la légalité de l'article R. 461-1 du code de l'organisation judiciaire, qui prévoit l'attribution d'une question prioritaire de constitutionnalité à la chambre de la Cour de cassation qui connaît des pourvois dans la matière considérée, le Conseil d'État a énoncé qu'aucune règle ni aucun principe ne fait obstacle à ce qu'une des chambres de la Cour de cassation ayant contribué à forger, sur certains points, l'interprétation à donner de dispositions législatives statue, en application de l'article 61-1 de la Constitution, sur le bien-fondé du renvoi au Conseil constitutionnel d'une question de constitutionnalité mettant en cause la portée effective que cette interprétation jurisprudentielle a conférée à une disposition législative.

Il en a déduit que la disposition réglementaire contestée devant lui ne pouvait être regardée comme méconnaissant le principe d'impartialité ou le droit - constitutionnel - à un recours effectif.

L'importance du rôle que se sont auto-attribués le Conseil d'État et la Cour de cassation en matière de droit constitutionnel du travail pourrait constituer une difficulté si elle conduisait à priver le Conseil constitutionnel de la possibilité de se prononcer sur la constitutionnalité de textes qu'il serait amené à censurer.

Il est délicat de spéculer sur ce qui aurait pu survenir si telle ou telle question avait franchi le barrage du juge du filtre.

Mais j'ai la conviction que le risque de contrariété d'analyse aurait été faible, tant nos trois juges constitutionnels apparaissent s'accorder sur la place que le constituant a entendu assigner au droit constitutionnel du travail dans notre ordre juridique et sur l'intensité du contrôle qu'il leur revient d'exercer sur l'action du législateur, bref tant ils apparaissent partager une approche commune, si ce n'est guidés par une pensée unique.

Deuxième partie : une pensée unique

a) La prévalence du législateur

Le droit constitutionnel du travail est souple. Les cinquième à huitième alinéas du préambule de 1946, qui en constituent le cœur, sont rédigés dans des termes qui n'en imposent pas une traduction concrète évidente. Le professeur Drago déduit « *leur faible invocabilité en contentieux constitutionnel* ».

Comme on le sait, les articles 5 à 8 du préambule instituent, au profit des travailleurs, des droits-créances dont il appartient au législateur de déterminer les conditions et les garanties de leur mise en œuvre, ainsi que l'avait énoncé le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 sur la loi de modernisation sociale.

Le Conseil constitutionnel n'a pas modifié sa jurisprudence avec l'instauration de la QPC ; il n'y avait, au demeurant, aucune raison qu'il le fasse.

Ainsi, dans une de ses toutes premières décisions de QPC portant sur la constitutionnalité de dispositions au regard du préambule de 1946, le Conseil constitutionnel a réaffirmé qu'il était « *loisible au législateur, pour fixer les conditions de mise en œuvre du droit des travailleurs de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, de définir des critères de représentativité des organisations syndicales* ».

Les coudées laissées au législateur sont parfois bien franches, si ce n'est pas bien lâches.

Ainsi, dans une décision du 4 février 2011, le Conseil constitutionnel a considéré qu'en fixant une règle générale selon laquelle, en principe, l'employeur peut mettre à la retraite tout salarié ayant atteint l'âge ouvrant droit au bénéfice d'une pension de retraite à taux plein, le législateur n'a fait qu'exercer la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour mettre en œuvre le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre.

Il est tout de même curieux que ce soit au nom du droit à l'emploi et en considération d'embauches hypothétiques qu'aient pu être justifiées des pertes d'emplois, celles-ci bien certaines pour les salariés seniors concernés.

Quoi qu'il en soit, cette prévalence du législateur apparaît, ou en tout cas m'apparaît, se justifier par la très forte légitimité démocratique du Parlement en la matière. En effet, les questions économiques et sociales occupent l'essentiel du débat politique lors des élections présidentielles et législatives.

Cela peut expliquer que le juge constitutionnel se montre, en droit du travail, moins hardi que dans d'autres matières, telles le droit pénal, le droit fiscal, la protection de la liberté individuelle et de la propriété, où la Constitution investit le juge, notamment judiciaire, d'une mission particulière.

La prévalence du législateur a ainsi pour corollaire la bienveillance du juge constitutionnel à l'égard des lois sociales.

b) La bienveillance du juge constitutionnel à l'égard de la loi

Elle s'exprime de deux façons : par une faible intensité du contrôle et par une volonté de justifier la loi par la combinaison, voire la conciliation, des normes sociales avec d'autres principes constitutionnels.

Le contrôle est limité à l'erreur manifeste d'appréciation, exercé dans les mêmes termes par les juges du filtre et le juge du fond, sans que la QPC ait eu un quelconque impact sur ce point.

Avant l'instauration de la QPC, le Conseil constitutionnel s'en tenait déjà à un contrôle restreint, en veillant que les dispositions législatives déferées ne révèlent pas de disproportion manifeste dans la mise en balance des normes en présence :

« *Considérant que le législateur a ainsi mis en œuvre, en les conciliant, les exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées ; que cette conciliation n'est entachée d'aucune erreur manifeste ; qu'en particulier, les mesures précédemment décrites ne portent pas à la liberté d'entreprendre une atteinte telle qu'elle en dénaturerait la portée* » (Conseil constitutionnel, 13 janvier 2000, n° 99-423 DC, considérant 31).

L'intensité du contrôle exercé n'a pas varié avec la QPC, le Conseil constitutionnel ayant rappelé, dans ce cadre procédural, qu'il ne dispose pas d'un « *pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, qu'il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* » (Conseil constitutionnel, 22 juillet 2011, n° 2011-148/154 QPC).

Pour ajouter, dans cette même décision « *qu'eu égard à la neutralité économique recherchée, il lui était loisible d'instituer, à la charge des employeurs, un impôt assis sur la masse salariale, sans y assujettir ni les retraités ni les personnes exerçant leur activité de façon indépendante qui n'emploient aucun salarié ; qu'en retenant l'avantage tiré de l'allongement de la durée légale du travail comme critère de la capacité contributive des contribuables, le législateur n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation* ».

La chambre sociale a, elle aussi, privilégié un contrôle de l'erreur manifeste. Ainsi, dans un arrêt du 5 juin 2013 (QPC n° 12-27.478, *Bull.* 2013, V, n° 149) portant sur la fixation du dimanche comme jour de repos hebdomadaire, elle a estimé que la question posée ne présentait pas un caractère sérieux dès lors que la disposition légale critiquée, qui a été adoptée par le législateur dans un but tant de préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs que de protection des liens familiaux, répond à des exigences constitutionnelles reconnues et garanties par les alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946 et « *n'a pas pour effet de porter à la liberté contractuelle une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ni ne méconnaît le principe d'égalité* ».

Par ailleurs, la conciliation privilégiée entre les différentes normes de valeur constitutionnelle d'égale valeur (liberté d'entreprendre, droit à la santé et au repos, etc.), sans que, là encore, l'introduction de la QPC ait modifié la méthode d'analyse du juge constitutionnel, tend à amoindrir l'impact du contrôle.

La jurisprudence fourmille d'exemples en ce sens.

Dans sa décision n° 2011-119 QPC du 1^{er} avril 2011, le Conseil constitutionnel a considéré qu'« *en prévoyant un agrément pour exercer la profession d'assistant maternel ou d'assistant familial, le législateur a entendu garantir « la sécurité, la santé et l'épanouissement des mineurs et majeurs de moins de vingt et un ans » ; que, ce faisant, il a opéré une conciliation entre le droit d'obtenir un emploi et les exigences constitutionnelles des dixième et onzième alinéas du préambule de 1946* ».

Dans sa décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, relative au travail dominical en Alsace-Moselle, il a considéré que la disposition législative en cause était justifiée par la conciliation de la liberté d'entreprendre avec le dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946.

Dans sa décision n° 2012-232 QPC du 13 avril 2012, relative à la conséquence de l'ancienneté dans l'entreprise sur la possibilité de se prévaloir de la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi, le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur, « *en fixant à deux ans la durée de l'ancienneté exigée, a opéré une conciliation entre le droit d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre qui n'est pas manifestement déséquilibrée* » et que, dès lors, il n'avait méconnu ni le principe d'égalité devant la loi ni le cinquième alinéa du préambule de 1946.

La chambre sociale de la Cour de cassation opère elle aussi une conciliation des normes en présence pour justifier la constitutionnalité de la loi.

Ainsi, par un arrêt du 9 octobre 2013 (QPC n° 13-40.052, *Bull.* 2013, V, n° 230) relatif à l'indemnisation des temps d'habillage, elle a énoncé que les dispositions contestées telles qu'elles sont interprétées par la Cour de cassation, non seulement règlent de façon différente des situations différentes, les salariés astreints au port d'une tenue de travail n'étant pas dans une situation comparable à celle des salariés qui ne sont pas soumis à cette contrainte vestimentaire, mais sont également justifiées « *au regard de l'objectif poursuivi d'équilibre entre les obligations des parties au contrat de travail* », auquel elle a ainsi attribué une valeur constitutionnelle.

Dans le même ordre d'idées, la chambre sociale a, par un arrêt du 10 avril 2014 (QPC n° 14-40.008, *Bull.* 2014, V, n° 106), retenu que l'obligation, pour les organisations syndicales ayant constitué une section syndicale dans les entreprises ou établissements d'au moins deux cents salariés mais de moins de mille salariés, de partager un local commun mis à leur disposition par l'employeur constitue « *un équilibre raisonnable entre le besoin, pour les organisations syndicales, de disposer d'un local syndical, et la charge économique imposée à l'employeur compte tenu de la taille de l'entreprise, sans que cet équilibre ne porte atteinte à la liberté syndicale reconnue par les alinéas 6 et 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* ».

Elle a également fait entrer dans le champ de la conciliation d'autres valeurs telles que « *l'intérêt général* » et « *l'ordre public social* », qu'elle a, dans une décision du 10 juillet 2014 (QPC n° 14-40.024, *Bull.* 2014, V, n° 198), conciliées avec la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre.

Conclusion

Si l'impact de la QPC sur le droit constitutionnel du travail a été limité, cela n'est cependant pas que le fait du juge constitutionnel, sur lequel l'éclairage a ici été porté.

C'est également, et surtout, le fait d'un législateur souvent timide. On a beaucoup entendu parler de la « *grande réforme du contrat de travail* » ou de la suspension des seuils sociaux. Si ces réformes devaient un jour prendre chair, il conviendra de surveiller avec attention la façon dont le juge constitutionnel se positionnera.

M. Jean-Yves Frouin, président de la chambre sociale de la Cour de cassation :

Merci maître Haas. Il était important et intéressant d'entendre et de connaître le point de vue de l'utilisateur, et, de ce point de vue-là, l'ordre du conseil des avocats était idéalement placé, même si par ailleurs vous avez peut-être un peu fissuré la belle harmonie qu'il y avait jusqu'à la pause, mais c'est dans l'ordre normal des choses. Peut-être que le professeur Radé va poursuivre dans ce sens.

Je n'ai aucune observation à faire puisque cela fera partie ensuite du débat.

Je voulais simplement dire ceci par rapport à ce que vous avez évoqué, sans nécessairement la critiquer d'ailleurs, sur la politique de publication de la chambre sociale. C'est vrai que le président Lacabarats, lorsqu'il est devenu président de la chambre sociale, a souhaité que tous les arrêts de la chambre en matière de QPC soient publiés. La raison en était exclusivement de donner de la visibilité et de la transparence à la pratique de la chambre sociale en matière de traitement des QPC. Par conséquent, c'était l'idée dominante et elle l'emportait, en quelque sorte, sur l'intérêt parfois très relatif de telle ou telle décision de QPC, mais il fallait absolument être transparent et mettre un terme à toutes les idées que l'on pouvait avoir éventuellement pour des raisons d'obscurité et d'absence de connaissance de la politique de la chambre en matière de QPC. Quand j'ai pris la présidence, je n'ai pas remis en cause cette idée et je ne l'envisage pas *a priori*, mais c'était ça la volonté. De la même manière que maintenant,

lorsque les QPC sont transmises au Conseil, les rapports sont transmis, ce qui paraît être dans l'ordre naturel, banal, légitime des choses. Il faut savoir qu'auparavant, nos rapports, qui sont très substantiels en matière de QPC, ne l'étaient pas, ce qui, quelque part, avait, peut-être, pour conséquence de handicaper le Conseil constitutionnel dans l'appréciation qu'il pouvait avoir des QPC qui lui étaient transmises.

Il nous reste à donner la parole à l'universitaire, au professeur Radé, qui s'intéresse à la QPC depuis le début, depuis son avènement ; il la suit de très près et, par conséquent, il sera intéressant de savoir s'il va briser complètement l'harmonie qui régnait jusqu'à présent.

Intervention de M. Christophe Radé, professeur à la faculté de droit de Bordeaux

L'application du mécanisme de la QPC au droit du travail a suscité, dans les mois qui ont précédé la date d'entrée en vigueur de la réforme au 1^{er} mars 2010, de nombreuses interrogations, voire des craintes sur le risque de déstabilisation du code du travail, dont des pans entiers auraient été menacés de ruine¹. Sur ce premier point, le bilan de cinq années de l'application de la procédure² rassurera ceux qui avaient pu formuler ces réserves car, tant sur le plan quantitatif que qualitatif, les résultats sont finalement modestes, le Conseil constitutionnel n'ayant pas modifié sa ligne de conduite (I).

La nouveauté, et le principal apport de la réforme, sont certainement à chercher ailleurs. En confiant à la Cour de cassation et au Conseil d'État le rôle de « *juge du filtre* »³, le constituant a enrichi leur fonction en les instituant « *juge de la loi* », fonction qu'ils exerçaient déjà dans le cadre du contrôle de conventionnalité, en consacrant leur rôle de *juge constitutionnel* chargé de la régulation de la procédure⁴ sur le modèle de la défunte chambre des requêtes⁵. Contrairement au Conseil constitutionnel lui-même, qui s'est refusé depuis 1975 à élargir son contrôle à la conventionnalité des lois votées par le Parlement, y compris après l'introduction de la procédure de QPC⁶, les cours suprêmes exercent aujourd'hui l'ensemble des contrôles de conformité de la loi aux droits fondamentaux, certes selon des modalités variables et sans véritable pouvoir d'abrogation, mais, s'agissant à tout le moins du contrôle de conventionnalité, en concurrence avec le Conseil constitutionnel, ce qui pourrait bien, à terme, menacer l'autorité même de la Constitution⁷. C'est dire si, au-delà du bilan d'une procédure de contrôle de la constitutionnalité des lois, c'est tout l'équilibre du système de protection des droits et libertés, singulièrement en droit du travail, qui se trouve mis en cause (II).

I. - La QPC et le renforcement du droit constitutionnel du travail

La QPC n'a joué qu'un rôle modeste ces cinq dernières années en droit du travail et le code du travail ressort (presque) indemne de l'épreuve (A). Il faut dire que le Conseil constitutionnel n'y a pas jugé nécessaire de redéfinir son rôle ni de modifier l'intensité de son contrôle sur les normes sociales (B).

A. - Un impact modeste sur le droit légal du travail

Un bilan quantitatif limité. En valeur absolue, le bilan de la QPC est relativement faible en droit du travail, si on veut bien le comparer à la matière fiscale ou procédurale⁸. On ne dénombre en effet que cinq censures en droit du travail, auxquelles il convient d'ajouter une réserve d'interprétation.

Ce bilan doit toutefois être ramené à l'activité du Conseil, pour la même période, en matière de contrôle initial de la loi, pour en mesurer l'importance relative. Ce dernier a effet rendu, en droit du travail, vingt-quatre décisions QPC depuis le 1^{er} mars 2010 (*soit environ 20 % de censures*). Or, pour la même période, on dénombre sept décisions DC⁹, dont une seule censure « *au fond* » (c'est-à-dire pour d'autres motifs que « *purement* » procéduraux)¹⁰, deux censures partielles, mais pour des raisons de pure procédure parlementaire¹¹, et une validation assortie d'une réserve¹².

Quantitativement, les trois quarts des décisions rendus par le Conseil en matière de droit du travail le sont donc dans le cadre de la procédure de QPC ; cette dernière aura au moins eu pour intérêt de nourrir la jurisprudence constitutionnelle sociale et de contribuer au mouvement de constitutionnalisation du droit du travail¹³.

¹ Notre étude « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit du travail : a-t-on ouvert la boîte de Pandore ? », *Dr. soc.* 2010, p. 873 ; V. Bernaud, « Question prioritaire de constitutionnalité et contentieux du travail - Mode d'emploi critique », *RJS* 2010, p. 339 ; J.-F. Akandji-Kombé, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social. Premier bilan et perspectives », *RDT* 2010, p. 628.

² Lire sur ce bilan le dossier publié dans *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* en avril 2015, notamment la contribution de Christine Maugüe, « La QPC : 5 ans déjà, et toujours aucune prescription en vue », p. 11-25.

³ P. Deumier, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *RTD civ.* 2010, p. 50 ; S.-J. Liéber et D. Botteghi, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA* 2010, p. 1355.

⁴ A. Lacabarats, « L'influence de la question prioritaire de constitutionnalité sur le droit social », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 1^{er} octobre 2014, n° 45, p. 51 : « *Et la Cour, lorsqu'elle dénie à une QPC tout caractère sérieux, opère parfois un véritable "jugement de constitutionnalité", avec des formulations qui pourraient se trouver dans des décisions du Conseil constitutionnel ou qui en sont directement inspirées* ». Lire également, dans le même sens, V. Bernaud, « L'application de la Constitution par le juge judiciaire... en droit social, 2000-2011 : analyse de l'évolution des arrêts de la chambre sociale rendus sur le fondement des alinéas 6, 7 et 8 du préambule de 1946 », dans *Le juge judiciaire et la Constitution*, sous la direction de A. Martinon et F. Petit, Dalloz, collection thèmes et commentaires, 2012, p. 113. Du même auteur, « La QPC a-t-elle changé le visage du droit constitutionnel du travail ? », *Dr. soc.* 2014, p. 317.

⁵ L'analogie avec la formation supprimée en 1947 était d'ailleurs à l'origine d'autant plus forte que la question de la transmission était traitée non pas par les chambres en charge du contentieux, mais par une formation *ad hoc*, rapidement débordée par le flux des questions. La procédure a été réformée par le décret n° 2010-1216 du 15 octobre 2010, qui a transféré la compétence aux chambres concernées.

⁶ Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

⁷ Compte tenu des obligations du juge français dans le concert européen. En ce sens, J. Mouly, « QPC et « QCC » en droit du travail : concurrence ou complémentarité ? », *Dr. soc.* 2013, p. 573.

⁸ Notre étude « QPC et droit du travail : bilan et perspectives », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 582 du 11 septembre 2014.

⁹ Décision n° 2011-629 DC du 12 mai 2011, Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (travail dissimulé) ; décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, Loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports : validation ; décision n° 2014-704 DC du 11 décembre 2014, Loi relative à la désignation des conseillers prud'hommes.

¹⁰ Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, Loi relative à la sécurisation de l'emploi.

¹¹ Décision n° 2013-665 DC du 28 février 2013, Loi portant création du contrat de génération (argument de pure procédure constitutionnelle) ; décision n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014, Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : deux dispositions censurées, mais pour des raisons purement procédurales, considérants 11 et 12.

¹² Décision n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012, Loi portant création des emplois d'avenir.

¹³ En ce sens, l'étude d'O. Duthaillet de Lamotte dans ce numéro.

L'intérêt limité des censures QPC au regard de l'objet des normes légales abrogées et des dispositions constitutionnelles mobilisées. L'examen des cinq censures constitutionnelles montre que les dispositions légales concernées ne sont pas nécessairement d'une importance première pour le droit du travail. La première, en date du 9 décembre 2011, concernait l'article Lp. 311-2 du code du travail de Nouvelle-Calédonie, qui excluait les personnels de l'État, des institutions de la Nouvelle-Calédonie, des provinces, des communes et des établissements publics administratifs du bénéfice des dispositions légales locales relatives au droit d'expression, à l'exercice du droit syndical, aux institutions représentatives du personnel et aux dispositions propres aux salariés protégés¹⁴.

La deuxième, en date du 1^{er} août 2013, concernait l'application aux personnes publiques des dispositions relatives à l'intéressement (premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986, relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés, devenu le premier alinéa de l'article L. 442-9 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004, de finances pour 2005) ; ces dispositions ont été censurées en raison d'une atteinte à la liberté d'entreprendre et du fait que les critères d'exclusion des personnes publiques n'avaient pas été définis de manière suffisamment précise par le législateur¹⁵. L'impact sur le droit positif a d'ailleurs été nul, dans la mesure où les dispositions abrogées, dans leur rédaction de l'époque, avaient déjà été modifiées entre-temps dans le sens voulu par le Conseil constitutionnel.

La troisième concernait l'article L. 3132-24 du code du travail, prévoyant le caractère suspensif des recours dirigés contre les arrêtés préfectoraux autorisant des dérogations temporaires à l'interdiction d'ouverture des magasins le dimanche, en raison d'une atteinte au principe d'égalité des armes¹⁶.

La quatrième concernait l'article L. 8271-13 du code du travail, dont les dispositions méconnaissaient les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 dans la mesure où elles ne prévoyaient aucune disposition permettant aux employeurs de contester la régularité des opérations de visite domiciliaire, de perquisition ou de saisie autorisées par le président du tribunal de grande instance ou son délégué¹⁷.

La cinquième concernait le III de l'article 8 de la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, qui avait confié aux partenaires sociaux le soin de fixer conventionnellement le régime du portage salarial sans garantir *a minima* les droits collectifs des salariés et les garanties de la liberté d'entreprendre¹⁸. Cette décision a eu un impact direct sur le droit positif en provoquant l'adoption de l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial¹⁹.

Il convient également d'ajouter à ces censures la réserve d'interprétation concernant la protection des salariés investis de mandats extérieurs à l'entreprise²⁰ et qui a eu un impact immédiat et concret en jurisprudence dans la mesure où la Cour de cassation a élargi la solution retenue, qui concernait le licenciement d'un administrateur de caisse de sécurité sociale, à tous les salariés placés dans la même situation (notamment au conseiller du salarié) et à tous les modes de rupture du contrat de travail (notamment à la mise à la retraite)²¹.

Peut être également rattachée à la sphère du droit du travail la décision ayant abrogé le délit de harcèlement sexuel du code pénal²² et qui a conduit à une modification des dispositions du code du travail en matière de harcèlement et de discrimination²³, ainsi que les décisions intervenues en matière de sécurité sociale qui ont garanti le droit à la réparation de l'intégralité des chefs de préjudice pour les victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles causés par une faute inexcusable²⁴, ainsi que, dans une moindre mesure, la décision relative à la cristallisation des pensions de retraite²⁵.

Bilan du bilan. Faut-il alors se réjouir, ou se plaindre, de ce bilan modeste en termes de censures ? On peut sans doute y voir la marque, finalement assez rassurante, que les autres moyens de protection des libertés et droits fondamentaux jouent efficacement leur rôle dans notre système juridique²⁶. Mais peut-être faut-il également y voir la preuve que la procédure de QPC n'est pas suffisamment efficace, notamment en raison du refus persistant du Conseil constitutionnel d'exercer, sur les questions civiles ou sociales, un contrôle plus approfondi ; mais, là

¹⁴ Décision n° 2011-205 QPC du 9 décembre 2011, Pateline F. [Nouvelle-Calédonie : rupture du contrat de travail d'un salarié protégé] ; *RFDA* 2012, p. 355-362, chron. L. Janicot et A. Roblot-Troizier ; *RFDC* 2012, p. 863-866, note C. David.

¹⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013 : *Lexbase hebdo édition sociale*, n° 538, du 5 septembre 2013, et la chron. ; *RTD civ.* 2014, p. 71, note P. Deumier ; *Dr. soc.* 2013, p. 968-977, note P. Florès ; *RFDA* 2013, p. 1255, note A. Roblot-Troizier.

¹⁶ Décision n° 2014-374 QPC du 4 avril 2014, Société Sephora (effet suspensif du recours contre les dérogations préfectorales au repos dominical) ; abrogation de l'article L. 3132-24 du code du travail : *Lexbase hebdo édition sociale*, n° 567, du 17 avril 2014, et la chron. ; *RLDA* 2014, n° 94, p. 48, note A. Donnette ; *CSBP* 2015, n° 263, p. 296, note J. Icard.

¹⁷ Décision n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014, M. Jacques J. (visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail).

¹⁸ Décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014, Confédération générale du travail Force ouvrière et autre (portage salarial).

¹⁹ C. Willmann, « Le portage salarial, ce mal aimé », *Dr. soc.* 2015, p. 416.

²⁰ Conseil constitutionnel, 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC, v. nos obs., « Le Conseil constitutionnel et les salariés mandatés extérieurs à l'entreprise : premier impact (limité) de la QPC sur le code du travail », *Lexbase Hebdo*, n° 488, édition sociale, du 7 juin 2012.

²¹ Soc., 14 septembre 2012, QPC n° 11-28.269, *Bull.* 2012, V, n° 229, et pourvoi n° 11-21.307, *Bull.* 2012, V, n° 230, et nos obs. dans *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 499, du 27 septembre 2012 ; *RDT* 2013, p. 48, obs. J.-M. Verdier ; dernièrement, Soc., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-16.498, F-D, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 571, du 22 mai 2014, note S. Tournaud ; Soc., 15 avril 2015, Fondation Léopold Bellan c/M. Jean-Marc Mazurier, pourvoi n° 13-25.283, *Bull.* 2015, V, en cours de publication, *Lexbase Hebdo édition sociale* du 7 mai 2015, et la chron. (la solution protège également le cessionnaire de bonne foi de l'entreprise).

²² Conseil constitutionnel, 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 485, du 17 mai 2012, et la chron.

²³ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel et circulaire DACG n° 2012-15 du 7 août 2012, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 496, du 6 septembre 2012, et le comm.

²⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, Epoux Lloret, *La lettre juridique Lexbase*, n° 401, du 1^{er} juillet 2010, et la chron.

²⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, Consorts Labane, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 397, du 3 juin 2010, chron. Ch. Willmann.

²⁶ Rôle du Conseil d'État en matière d'élaboration des projets de loi, travail en commission et en séance, contrôle initial exercé par le Conseil constitutionnel, contrôle de conventionnalité pouvant inciter le législateur à abroger des dispositions inconstitutionnelles, comme ce fut le cas avec le CNE en 2008, etc.

encore, faut-il s'en plaindre ou s'en réjouir, compte tenu de la composition actuelle du Conseil constitutionnel, dont la composition n'a pas varié depuis 1958, et singulièrement pas après l'introduction de la procédure de QPC en 2008 ?

B. - Un droit constitutionnel du travail en expansion

L'absence de questions « nouvelles ». La mise en œuvre de la procédure de QPC ne s'est traduite par aucune véritable innovation en droit constitutionnel du travail. Cette procédure a uniquement conduit le Conseil à dégager un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République, dans le cadre du régime du repos dominical applicable en Alsace-Moselle ; mais il s'agit là d'un principe non spécifique au droit du travail, le « *principe selon lequel, tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur* »²⁷.

La mise en œuvre de la procédure de QPC n'a pas non plus contribué à la découverte de questions « nouvelles », au sens où on l'entend dans le cadre de la procédure de la QPC²⁸, c'est-à-dire de dispositions constitutionnelles dont le Conseil n'aurait pas encore eu l'occasion de connaître, ce qui peut s'expliquer par la relative faiblesse des bases constitutionnelles du droit du travail et le caractère quasi-systématique de la saisine du Conseil lors de l'adoption des principales réformes depuis la loi Boulin de 1979²⁹. Le Conseil a simplement été saisi de la possibilité de contester la constitutionnalité des lois référendaires, mais là encore cette question n'est pas spécifique au droit du travail³⁰.

L'examen de questions inédites. Si le Conseil n'a donc pas eu à connaître de questions nouvelles *du point de vue constitutionnel*, il a dû prendre position sur des questions *nouvelles* au sens où on peut l'entendre sur le plan législatif, c'est-à-dire des questions qu'on qualifiera *d'inédites* car portant sur des dispositions du droit du travail qui ne lui avaient jamais été soumises encore³¹. Ce fut notamment le cas dans le domaine du droit syndical, dans le prolongement de la réforme de la démocratie sociale intervenue avec la loi du 20 août 2008³². Cette procédure a également permis au Conseil de statuer sur l'une des difficultés liées au statut des représentants du personnel, celle de la connaissance par l'employeur des mandats détenus en vertu de fonctions exercées en dehors de l'entreprise³³.

La confirmation du contrôle minimum en matière sociale. L'intensité du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les normes sociales n'a pas varié avec l'introduction de la procédure de QPC, le Conseil ayant toujours tendance à considérer que les questions qui lui sont posées sont plus politiques (*conflits d'intérêts*) que juridiques (*conflits de normes*), et donc à laisser au Parlement une large marge d'appréciation³⁴.

On observera d'ailleurs que les motifs de censure ont confirmé la jurisprudence existante antérieurement à 2010 et que la plupart d'entre elles ont sanctionné d'ailleurs non pas directement le non-respect de libertés ou de droits sociaux proprement dits, mais, à titre principal, d'autres règles constitutionnelles. C'est ainsi que le législateur a été censuré à trois reprises (*sur les cinq censures*) non pas en raison d'atteintes positives portées à des droits et libertés, mais au contraire pour ne les avoir pas suffisamment garantis, dans le cadre de la jurisprudence Kimberly Clark, qui sanctionne l'incompétence négative lorsqu'elle affecte l'exercice de droits ou de libertés que la Constitution garantit³⁵ ; il s'agit de l'abrogation de l'article Lp 311-2 du code du travail de Nouvelle-Calédonie, ce texte ne garantissant pas suffisamment la liberté syndicale et le principe de participation des travailleurs³⁶, des dispositions relatives à l'intéressement aux personnes publiques en raison de l'insuffisante précision des critères d'exclusion au regard de la liberté d'entreprendre³⁷ et de l'article L. 2261-19 du code du travail relatif au portage salarial, qui ne protégeait ni les droits collectifs des salariés portés ni la liberté d'entreprendre des employeurs exclus du champ d'application des dispositions conventionnelles³⁸.

Certaines censures sont également intervenues par application de principes non spécifiques au droit du travail, comme l'atteinte au principe de légalité s'agissant du harcèlement sexuel³⁹, de l'égalité des armes s'agissant

²⁷ Décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, Société SOMODIA : conformité à la Constitution de l'article L. 3134-11 du code du travail (droit local) : *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 453, du 15 septembre 2011, et les obs.

²⁸ Décision n° 2009-565 DC du 10 décembre 2009 (considérant 21).

²⁹ La datation de la première décision du Conseil intéressant le droit du travail est délicate. La première décision concernant le droit légal du travail remonte en effet à 1977 (décision n° 77-79 DC du 5 juillet 1977, Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale) et concernait déjà l'exclusion de certains jeunes travailleurs du décompte de l'effectif des entreprises. La première censure a été prononcée en 1979 à l'occasion de l'examen de la loi Boulin réformant les juridictions prud'homales (décision n° 78-101 DC du 17 janvier 1979, Loi portant modification des dispositions du titre premier du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes) : la censure fut fondée sur le fait que « *l'attribution de voix supplémentaires à des électeurs employeurs en fonction du nombre des salariés qu'ils occupent est contraire au principe d'égalité devant la loi ainsi qu'à la règle de l'égalité du suffrage* » (considérant 5). Sur ces premières décisions, G. Lyon-Caen, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », *D.* 1989, chron. 618.

³⁰ Soc., 20 février 2014, QPC n° 13-20.702, *Bull.* 2014, V, n° 66. Cette possibilité a été écartée car ces lois expriment la volonté souveraine du Peuple français.

³¹ C'est d'ailleurs l'un des critères de recevabilité des QPC, que les dispositions légales n'aient pas été validées par une précédente décision. Nous l'entendons toutefois ici au sens large, puisque nous ne visons pas que les dispositions déferées, mais, plus largement, les secteurs du droit du travail concernés par ces normes.

³² Notre chron. « Cour de cassation et conseil constitutionnel : la convergence, après la méfiance (à propos des décisions n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010 et n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010) », *Constitutions* 2011, p. 89.

³³ Conseil constitutionnel, 14 mai 2012, préc.

³⁴ Olivier Duthéillet de Lamothe, « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 1^{er} octobre 2014, n° 45, p. 7 : « 2. Le Conseil constitutionnel n'exerce qu'un contrôle restreint sur la mise en œuvre des droits-créances du préambule de 1946 ».

³⁵ Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, SNC Kimberly Clark.

³⁶ Décision n° 2011-205 QPC du 9 décembre 2011, préc., considérant 7.

³⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, préc.

³⁸ Décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014, CGT-FO et autre (portage salarial), *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 568, du 1^{er} mai 2014, et la chron.

³⁹ Conseil constitutionnel, 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC (n° Lexbase : A5658IKR), *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 485, du 17 mai 2012, et la chron.

du caractère suspensif des recours contre les arrêtés préfectoraux autorisant des dérogations temporaires à l'interdiction du travail dominical⁴⁰ ou de la garantie des droits s'agissant de la décision relative aux visites domiciliaires⁴¹.

Quant aux droits et libertés protégées, il s'est agi très souvent de la liberté d'entreprendre, et non des droits des salariés, ce qui finalement n'est pas une surprise dans la mesure où le droit du travail dans son entier vise à restreindre l'exercice de la liberté d'entreprendre ; rappelons que c'est la protection de la liberté d'entreprendre qui fut au cœur de la censure des règles relatives à l'intéressement et la participation aux entreprises publiques⁴², de l'abrogation de l'article L. 8271-13 du code du travail, relatif au portage salarial, aux côtés, il est vrai, des droits collectifs des travailleurs⁴³, ainsi que de la réserve d'interprétation concernant les mandats extérieurs⁴⁴.

Bilan. Sur le plan constitutionnel, la procédure de QPC a incontestablement accéléré le phénomène de constitutionnalisation du droit du travail et multiplié les occasions données au Conseil de confronter le droit positif légal aux normes constitutionnelles protégeant les droits et libertés des salariés et des employeurs, sans véritable bouleversement ni dans le droit constitutionnel, ni dans le droit légal. Reste que cette procédure pourrait bien produire des effets de système moins visibles, mais tout aussi importants sur le moyen et le long terme.

II. - L'émergence d'une jurisprudence constitutionnelle judiciaire

Quelques constats liminaires. La Cour de cassation n'a pas, bien entendu, attendu l'introduction de la procédure de QPC en 2010 pour s'intéresser à la Constitution et pour souligner la légitimité constitutionnelle des droits des travailleurs, singulièrement du droit de grève, lorsqu'il s'est agi d'en protéger l'exercice⁴⁵. Mais la nouveauté introduite par la réforme constitutionnelle de 2008 réside dans la fonction de l'argument constitutionnel, qui s'intègre directement dans le cadre d'un véritable contrôle de conformité pouvant conduire à l'éviction de la norme légale, les décisions rendues par la Cour étant, qu'il s'agisse de transmissions ou de refus, porteuses d'une signification constitutionnelle particulièrement intéressante à analyser.

L'observation de cinq années de décisions rendues par la chambre sociale de la Cour de cassation montre que cette dernière transmet environ le quart des questions qui lui sont soumises⁴⁶, étant observé que le Conseil constitutionnel censure environ 10 % des textes mis en cause. Cette approche quantitative n'est pas totalement pertinente, car la qualité des questions transmises est très variable et nombre de QPC ne devraient même pas être formulées tant elles semblent parfois purement dilatoires⁴⁷.

La politique de transmission, ou de non-transmission, de la Cour de cassation a donné lieu à de nombreux commentaires, singulièrement lors des premiers mois d'application de la procédure de QPC⁴⁸. Il semble aujourd'hui que la Haute juridiction ait manifesté son désir de faire vivre la procédure en transmettant les questions qui semblent les plus pertinentes, sans volonté, en tout cas affichée, d'opérer un précontrôle de constitutionnalité trop poussé⁴⁹.

Tentative de systématisation. Les analyses menées doivent distinguer selon qu'on observe les refus de transmission ou les transmissions, car la signification qu'on peut y voir est très différente. Lorsque la Cour refuse de transmettre, elle semble en effet préjuger de la constitutionnalité du texte et se substitue alors au Conseil constitutionnel (A). Lorsque la Cour transmet, il convient en revanche de s'interroger sur ses motivations et se demander si elle transmet parce qu'elle considère que le texte déféré mérite d'être censuré, ou simplement parce qu'elle souhaite que le Conseil prenne position sur une question sensible ; il conviendra alors de s'interroger sur l'influence de la Cour de cassation comme juge de l'inconstitutionnalité (B).

A. - La chambre sociale de la Cour de cassation, juge de la constitutionnalité

Refus de transmission liés à de pures questions de recevabilité. De nombreux refus de transmission sont liés à des questions de pure recevabilité et ne préjugent en rien de la constitutionnalité des dispositions légales contestées : il s'agit de questions visant des dispositions légales non susceptibles d'exercer une influence sur la solution du litige⁵⁰, déjà déclarées conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une précédente décision⁵¹, de questions portant sur un texte législatif procédant à un simple renvoi à des normes substantielles sans en viser ni en critiquer la teneur⁵², etc.

⁴⁰ Décision n° 2014-374 QPC du 4 avril 2014, Société Sephora (effet suspensif du recours contre les dérogations préfectorales au repos dominical) : abrogation de l'article L. 3132-24 du code du travail : *Lexbase hebdo édition sociale*, n° 567, du 17 avril 2014, et la chron. ; *FLDA* 2014, n° 94, p. 48, note A. Donnette ; *CSBP* 20154, n° 263, p. 296, note J. Icard.

⁴¹ Décision n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014, M. Jacques J. (visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail).

⁴² Conseil constitutionnel, décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, préc.

⁴³ Décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014, préc.

⁴⁴ Conseil constitutionnel, 14 mai 2012, préc., considérant 10 (la décision vise également la liberté contractuelle).

⁴⁵ Sur cette jurisprudence, T. Revet, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », dans *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. 53. O. Desaulnay, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2009, tome 84.

⁴⁶ Sur cette politique de transmission, l'étude de P. Florès et Maud Vialette.

⁴⁷ Notre chron. « QPC et licenciement des salariés dont l'entreprise est liquidée : *bis repetita* ! », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 526, du 1^{er} mai 2013. Egalement « QPC et droit du travail : trop, c'est trop ! », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 544, du 17 octobre 2013.

⁴⁸ Sur la critique de la critique, P. Florès, « La chambre sociale et la question prioritaire de constitutionnalité : de la distorsion entre l'image doctrinale et la réalité juridictionnelle », *Dr. soc.* 2014, p. 308, la doctrine étant accusée de souffrir d'hystérésis, de « *persistance rétinienne* ». Mais la critique est déjà, à l'heure où elle fut formulée, elle-même atteinte du mal qu'elle prétend dénoncer, dans la mesure où la doctrine en question a adressé à la Haute juridiction d'autres observations passées sous silence dans la réponse...

⁴⁹ En ce sens, l'étude du conseiller F. Florès dans *Dr. soc.* 2014, p. 308.

⁵⁰ Soc., 13 juin 2014, QPC n° 13-26.353, *Bull.* 2014, V, n° 147.

⁵¹ Soc., 12 juin 2014, QPC n° 14-40.018, *Bull.* 2014, V, n° 142.

⁵² Soc., 18 juin 2014, QPC n° 14-40.021, *Bull.* 2014, V, n° 149.

Dans toutes ces hypothèses où les QPC sont irrecevables en raison de carences dans l'élément *légal* de la QPC, la chambre est pleinement dans son office constitutionnel car, pour emprunter la terminologie du Conseil constitutionnel, ces questions *manquent en fait*. C'est également le cas lorsque la question repose sur une interprétation erronée de la norme déferée (*loi ou interprétation jurisprudentielle constante*) ; dans ce cas, il ne s'agit pas à proprement parler de *jurisprudence constitutionnelle* de la Cour, mais de jurisprudence *légale*⁵³. Ce fut notamment le cas d'une question fondée sur une interprétation erronée de la jurisprudence sur le coemploi dans les groupes⁵⁴, ou de la mobilisation du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques, lorsque les personnes dont on compare le traitement sont en réalité traitées par la loi de manière identique⁵⁵.

Refus de transmission de questions mettant en cause des règles purement jurisprudentielles. D'autres refus de transmission de QPC, fondés sur un argument d'irrecevabilité, semblent en revanche problématiques. Il s'agit de la position de la Cour de cassation s'agissant du sort qu'il convient de réserver aux questions portant « *exclusivement sur [une] règle jurisprudentielle* », qu'il s'agisse du régime des clauses du contrat de travail, pourtant rattaché aux articles 1134 du code civil et L. 1121-1 du code du travail⁵⁶, voire de principes fondamentaux du droit du travail sans base textuelle de rattachement, sous prétexte que les questions ne remettraient pas en cause des dispositions *légales*. Ces refus de transmission sont discutables car, en choisissant de déconnecter certains principes de dispositions légales⁵⁷, ou en les rattachant directement à des textes généraux, voire à des textes supranationaux, la Cour de cassation neutralise la possibilité de poser des QPC. Or, des principes importants, et potentiellement liberticides, ont été ces dernières années détachés de toute assise légale, qu'il s'agisse du principe selon lequel la responsabilité pécuniaire du salarié ne peut être recherchée qu'en cas de faute intentionnelle⁵⁸, l'obligation faite à l'employeur de rembourser les frais professionnels⁵⁹, voire l'obligation de sécurité, de l'employeur comme du salarié. Dans ces conditions, n'est-il pas extrêmement problématique que la Cour puisse se soustraire à la procédure de QPC en autonomisant ces principes, ou sous prétexte qu'il s'agirait d'applications « *purement jurisprudentielles* » de normes générales ? Ne faudrait-il pas leur reconnaître le statut de principe *législatif* au regard de la procédure de QPC pour permettre au Conseil de statuer sur leur constitutionnalité, et, le cas échéant, d'imposer d'autres solutions par le biais de réserves d'interprétation⁶⁰ ?

Blocage de questions mettant en cause l'interprétation jurisprudentielle constante d'une norme générale.

On sait aujourd'hui que la Cour de cassation a admis la recevabilité de questions portant sur son *interprétation jurisprudentielle constante* de la norme légale⁶¹. La chambre sociale n'a toutefois transmis effectivement aucune des questions qui lui ont été posées, ce qui n'est pas sans faire difficulté dans la mesure où la chambre se trouve être à la fois juge et partie⁶². S'il nous semble que la Cour de cassation est dans son rôle lorsqu'elle vérifie que l'interprétation que le demandeur fait d'une solution jurisprudentielle donnée est exacte⁶³, il est surprenant⁶⁴, au regard des règles du procès équitable⁶⁵, que la chambre qui a rendu la décision prenne position sur la justification

⁵³ Soc., 3 juillet 2014, QPC n° 14-40.027, *Bull.* 2014, V, n° 176 ; ainsi, si le salarié prétend qu'un texte le prive du droit au recours effectif et des droits de la défense, alors qu'il n'en est rien. La distinction entre ce qui relèverait du juge constitutionnel (le contrôle de constitutionnalité) et ce qui relève de l'office du juge de cassation (l'interprétation des normes déferées) est parfois délicate à opérer. Ainsi, lorsque le demandeur invoque une violation du principe constitutionnel d'égalité devant la loi, l'appréciation des différences de situation entre les destinataires de la norme relève-t-elle de l'un ou de l'autre ? *À priori*, il s'agit de juger de l'appréciation faite par le législateur des différences de situation, ce qui semble relever de la compétence du législateur, à moins bien entendu que le grief soit manifestement infondé. Dernièrement 2^e Civ., 12 février 2015, QPC n° 14-40.050, en cours de publication : la Cour refuse de transmettre une QPC relative au cumul entre le complément de libre choix d'activité et la pension d'invalidité, après avoir considéré que « *l'attribution d'un avantage d'invalidité est subordonnée à la réduction ou à la suppression de la capacité de gain* ».

⁵⁴ Soc., 16 novembre 2011, QPC n° 11-40.071, *Bull.* 2011, V, n° 268, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 464, du 1^{er} décembre 2011, et la chron.

⁵⁵ Dernièrement 2^e Civ., 5 mars 2015, QPC n° 14-40.055, en cours de publication : la Cour refuse de transmettre la QPC relative aux articles L. 131-6, alinéa premier, et L. 633-10 du code de la sécurité sociale : l'institution, pour l'ensemble des travailleurs non-salariés des professions artisanales et des professions industrielles et commerciales relevant des régimes d'assurance vieillesse de base et des régimes complémentaires d'assurance vieillesse et d'invalidité et décès, de cotisations minimales concourant à l'équilibre financier de ces régimes et ayant pour contrepartie l'ouverture de droits aux prestations servies par ces derniers, il ne saurait être sérieusement soutenu que les dispositions critiquées méconnaissent les exigences du principe de l'égalité devant les charges publiques.

⁵⁶ À propos du régime des clauses de non-concurrence : Soc., 28 novembre 2012, QPC n° 1117.941, *Bull.* 2012, V, n° 308, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 509, du 13 décembre 2012, et la chron.

⁵⁷ Également : « *Vu le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé* » (Soc., 9 décembre 2014, n° 13-21.766, en cours de publication, inspiré de « *Vu le principe selon lequel l'annulation d'un acte administratif implique que cet acte est réputé n'être jamais intervenu* » : Soc., 17 octobre 2012, pourvoi n° 11-18.599, *Bull.* 2012, V, n° 264). Il faut ajouter le principe « *à travail égal, salaire égal* » depuis 1996, le principe d'égalité de traitement depuis 2008, etc.

⁵⁸ Dernièrement Soc., 5 novembre 2014, pourvoi n° 13-20.423, inédit.

⁵⁹ « *Vu le principe selon lequel les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur* », dernièrement Soc., 6 novembre 2013, pourvoi n° 12-21.877, inédit.

⁶⁰ Cette technique est d'ailleurs la seule possible s'agissant de solutions jurisprudentielles particulières rattachées à des dispositions légales générales, car il n'est pas possible d'imaginer une abrogation pure et simple du texte déferé : en ce sens, nos obs. ss Conseil constitutionnel, 6 octobre 2010, *JCP* 2010, éd. G, p. 1145 (note avec A. Gouttenoire).

⁶¹ Dans le prolongement de Conseil constitutionnel, 6 octobre 2010, *JCP* 2010, éd. G, p. 1145 (note avec A. Gouttenoire). Pour une première application par la chambre sociale : Soc., 25 janvier 2012, QPC n° 11-40.088, *Bull.* 2012, V, n° 29, désignation des délégués syndicaux dans des établissements de moins de cinquante salariés au sein d'entreprises de plus de cinquante.

⁶² Par exemple, notre chron. « *Quand la Cour de cassation s'accorde un brevet de constitutionnalité (à propos du licenciement des salariés protégés pour motif économique)* », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 562, du 13 mars 2014. J. Mouly, *Dr. soc.* 2013, p. 573 ; Cass. QPC, 3 juillet 2014, préc.

⁶³ Portée erronée accordée par le justiciable à la jurisprudence (coemploi) : Soc., 16 novembre 2011, QPC n° 11-40.071, *Bull.* 2011, V, n° 268, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 464, du 1^{er} décembre 2011, notre étude « *L'interprétation des décisions QPC de la chambre sociale de la Cour de cassation* » ; Soc., 13 février 2012, QPC n° 11-21.946, *Bull.* 2012, V, n° 71, protection du conseiller du salarié intérimaire - codification à droit constant), voire qualification inexacte de la situation des justiciables au regard des qualifications constitutionnelles applicables (Soc., 27 juin 2013, QPC n° 12-29.347, *Bull.* 2013, V, n° 176).

⁶⁴ « *Sur le fond, la chambre sociale a jugé que sa jurisprudence était exempte de critique au regard des exigences constitutionnelles invoquées (principe d'égalité et séparation des pouvoirs). Elle considère, en effet, que relèvent de situations distinctes le licenciement sans autorisation administrative, le licenciement prononcé sur le fondement d'une autorisation annulée au motif que les conditions de fond exigées ne sont pas remplies et le licenciement intervenu après délivrance d'une autorisation entachée d'une illégalité externe* ». Lu dans « *L'actualité des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), Actualité du premier semestre 2012* », *Dr. soc.* 2012, p. 924, par G. Dumortier, C. Landais, P. Florès, et Y. Struillou.

⁶⁵ Et même si le Conseil d'État a validé cette pratique au regard des articles 6 (procès équitable) et 13 (recours effectif) de la Convention européenne des droits de l'homme : CE, référé, 6 décembre 2012, n° 364094.

constitutionnelle de sa propre jurisprudence⁶⁶, singulièrement lorsqu'est en cause le principe d'égalité devant la loi, où la chambre sociale n'hésite pas à affirmer que les situations dans lesquelles se trouvent les justiciables ne sont pas comparables, sans que le Conseil constitutionnel n'ait jamais eu à se prononcer sur le sujet⁶⁷. Ne pourrait-on pas attendre au moins, comme nous l'avions déjà souhaité lorsqu'il s'agit de prendre position sur la portée temporelle d'un revirement de jurisprudence⁶⁸, que la question soit tranchée en assemblée plénière⁶⁹ ?

Refus de transmission par application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La Cour semble également dans son rôle lorsque la question posée a été tranchée, dans des affaires comparables, par le Conseil constitutionnel et qu'elle prolonge ainsi sa jurisprudence, soit qu'il s'agisse d'identifier les droits et libertés constitutionnelles en cause⁷⁰, soit que le Conseil ait déjà statué dans une configuration de confrontation comparable ; dans de nombreuses hypothèses, il a d'ailleurs été observé que la Cour de cassation empruntait les éléments de langage du Conseil constitutionnel⁷¹.

Ces hypothèses sont aujourd'hui les plus fréquentes : tel a été le cas des différences de traitement justifiées par la prise en compte de l'ancienneté du salarié⁷² ou l'effectif de l'entreprise⁷³ et qui ont justifié des refus de transmission ultérieurs, notamment pour faire varier le montant de l'indemnité sanctionnant le défaut de cause réelle et sérieuse⁷⁴ ; de la justification des différences de traitement entre travailleurs à temps partiel et à temps complet⁷⁵, qui s'inscrit dans le prolongement d'une décision rendue par le Conseil en 1981⁷⁶ ; de la constitutionnalité du critère d'effectif conditionnant l'attribution d'un local syndical⁷⁷ et qui se trouve directement liée à la décision sur la liberté de communication syndicale⁷⁸ ; du rejet des QPC assimilant des indemnités forfaitaires à une « sanction ayant le caractère d'une punition »⁷⁹, dès lors que le Conseil constitutionnel a écarté cette analyse s'agissant de l'indemnité pour travail dissimulé⁸⁰ ; ou encore du refus de transmission d'une QPC portant sur le régime du repos dominical⁸¹ et repris des fondements constitutionnels dégagés par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2009⁸².

Dans toutes ces hypothèses, la Cour de cassation se fait l'interprète du Conseil constitutionnel. Reste qu'en bloquant ainsi les questions en raison de leur conformité à la jurisprudence du Conseil, la Cour de cassation prive ce dernier de l'occasion de faire évoluer sa jurisprudence, au-delà bien entendu de l'hypothèse d'un changement de circonstances rendant possible le réexamen d'une disposition validée par le passé. L'obstacle peut toutefois être levé dans le cadre du dialogue des juges, le Conseil pouvant faire passer le message de l'opportunité de faire évoluer sa jurisprudence et inciter ainsi la Cour de cassation, ou le Conseil d'État, à lui transmettre de nouvelles questions.

Refus de transmission de questions inédites. Dans un certain nombre d'hypothèses, la Cour de cassation construit sa propre jurisprudence constitutionnelle, en dehors de tout précédent issu de la jurisprudence sociale du Conseil constitutionnel, et refuse de transmettre des questions jugées non sérieuses dans des hypothèses

⁶⁶ Parfois pour des raisons procédurales : texte déjà validé (Soc., 3 juin 2014, QPC n° 13-25.938, *Bull.* 2014, V, n° 131), question mettant en cause la jurisprudence sans rattachement textuel (Soc., 3 juillet 2014, QPC n° 14-40.026, *Bull.* 2014, V, n° 177, jurisprudence constante de la Cour de cassation, en ce qu'elle limite le délai d'un an pour agir aux seules actions en nullité d'un PSE ; Soc., 28 novembre 2012, QPC n° 11-17.941, *Bull.* 2012, V, n° 308, régime de la clause de non-concurrence qui minore la contrepartie financière en cas de rupture imputable au salarié) : *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 509, du 13 décembre 2012 ; *Dr. soc.* 2013, p. 173, note J. Mouly ; *JCP* 2013, éd. G, p. 332, note B. Mathieu ; *RDJ* 2013, p. 269, note M. Scaglia ; *JCP* 2013, éd. S, n° 10, p. 25, note I. Beynax. N'ont ainsi pas été transmises : Soc., 11 juin 2012, QPC n° 12-40.024, *Bull.* 2012, V, n° 174, sort du licenciement lorsque l'autorisation administrative de licenciement est annulée pour un motif de légalité externe ; Soc., 20 février 2013, QPC n° 12-40.095, *Bull.* 2013, V, n° 48, régime indemnitaire de l'annulation du licenciement du salarié protégé prononcé sans autorisation administrative préalable : *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 520, du 21 mars 2013, et la chron. ; Soc., 27 juin 2013, QPC n° 12-29.347, *Bull.* 2013, V, n° 176, préjudice d'anxiété des victimes de l'amiante ; Soc., 20 février 2014, QPC n° 13-40.074, *Bull.* 2014, V, n° 65, salarié protégé dont le licenciement a été autorisé par l'administration du travail qui peut contester la validité du plan de sauvegarde de l'emploi devant la juridiction judiciaire et lui demander d'en tirer toutes les conséquences quant à la validité de son licenciement ; Soc., 23 septembre 2014, QPC n° 14-40.031, *Bull.* 2014, V, n° 199.

⁶⁷ Cette circonstance est d'ailleurs relevée dans le *Rapport* 2013 de la Cour de cassation, page 629, sans que ce fait ne soit particulièrement commenté... La méthode de filtrage a été explicitée par les magistrats de la Cour de cassation concernant les QPC formulées contre le régime des contrats d'usage : « Ces deux décisions de renvoi confirment la technique de filtrage du sérieux de la question exercé par la chambre sociale : elle a vérifié la réalité de la différence de traitement invoquée et que celle-ci n'était pas manifestement justifiée par une autre règle de portée constitutionnelle [...] La chambre sociale a, au contraire, laissé le soin au Conseil constitutionnel d'apprécier si le législateur avait effectivement agi dans le cadre de la marge de manœuvre qui est la sienne » (*Dr. soc.* 2014, p. 40 et s.).

⁶⁸ « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, chron. p. 988.

⁶⁹ Notre chron. « Quand la jurisprudence passe au travers des mailles de la QPC », jurisprudence, question prioritaire de constitutionnalité, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 509, du 13 décembre 2012.

⁷⁰ Ainsi, s'agissant de la valeur constitutionnelle du principe de faveur : Soc., 29 janvier 2014, QPC n° 13-40.067, *Bull.* 2014, V, n° 41, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 558, du 13 février 2014, et la chron.

⁷¹ En ce sens, le *Rapport* 2013 de la Cour de cassation, « L'ordre public », sp. p. 178.

⁷² Décision n° 2011-122 QPC du 29 avril 2011, Syndicat CGT et autre (calcul des effectifs de l'entreprise) ; décision n° 2012-232 QPC du 13 avril 2012, M. Raymond S. (ancienneté dans l'entreprise et conséquences de la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi).

⁷³ Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, cons. 28.

⁷⁴ Soc., 10 octobre 2014, QPC n° 14-40.037, *Bull.* 2014, V, n° 237.

⁷⁵ Soc., 10 juillet 2014, deux arrêts QPC, n° 14-40.024 et 14-40.030, *Bull.* 2014, V, n° 198 et 197.

⁷⁶ Décision n° 80-128 DC du 21 janvier 1981, Loi relative au travail à temps partiel, considérant 4.

⁷⁷ Soc., 10 avril 2014, QPC n° 14-40.008, *Bull.* 2014, V, n° 106.

⁷⁸ Décision n° 2013-345 QPC du 27 septembre 2013, Syndicat national Groupe Air France CFTC (communication syndicale par voie électronique dans l'entreprise), considérant 4, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 543, du 10 octobre 2013, et la chron.

⁷⁹ Soc., 10 juillet 2013, QPC n° 13-10.760, *Bull.* 2013, V, n° 186.

⁸⁰ Décision n° 2011-111 QPC du 25 mars 2011, Mme Selamet B. (indemnité légale pour travail dissimulé), considérant 4, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 437, du 28 avril 2011, chron. C. Willmann. Le Conseil constitutionnel a également écarté cette qualification s'agissant du retrait d'agrément de l'assistante maternelle : Conseil constitutionnel, 1^{er} avril 2011, n° 2011-119 QPC (licenciement des assistantes maternelles) : *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 437, du 28 avril 2011, et la chron. Sur l'analyse de cette notion, notre étude « Le Conseil constitutionnel, gardien de la liberté d'entreprendre (à propos de la décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, Loi visant à reconquérir l'économie réelle) », publiée dans *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 566, du 10 avril 2014.

⁸¹ Soc., 5 juin 2013, QPC n° 12-27.478, *Bull.* 2013, V, n° 147, 148 et 149, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 532, du 20 juin 2013, et la chron.

⁸² Conseil constitutionnel, 6 août 2009, n° 2009-588 DC : V. Bernaud, « Travail dominical : le Conseil constitutionnel sacrifie la protection du salarié sur l'autel de la consommation », *Dr. soc.* 2009, p. 1081 ; *RFJ* 2010, p. 373, note M. Guerrini ; *AJDA* 2009, p. 2120, note J. Wolkow.

de confrontations qui n'ont jamais été soumises à l'examen du Conseil. La Cour de cassation prive alors ce dernier de la possibilité d'étoffer sa jurisprudence et nous semble aller au-delà du rôle qui lui a été confié par le Constituant en 2008.

C'est ainsi qu'on peut regretter que la Cour n'ait pas transmis la QPC mettant en cause le plafonnement de garantie de l'AGS⁸³, même si la Cour s'est inscrite dans le prolongement de la jurisprudence constitutionnelle en matière de responsabilité et d'égalité devant les charges publiques. On aurait également pu souhaiter que la Haute juridiction transmette les questions portant sur les régimes protecteurs des représentants du personnel (*notamment le droit à réintégration après annulation de l'autorisation administrative de licenciement*), dont la Cour nous dit qu'ils « *répondent à des exigences constitutionnelles visant à assurer l'effectivité du droit syndical et du principe de participation, justifiant que les représentants du personnel bénéficient, dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, d'une protection exceptionnelle dont la mise en œuvre est entourée de garanties procédurales et de fond suffisantes* »⁸⁴. Une même remarque peut être formulée s'agissant de la question de la constitutionnalité des principes d'articulation de l'office du juge administratif et judiciaire, s'agissant du licenciement du salarié protégé et lui permettant de contester devant le juge judiciaire la légalité du plan de sauvegarde de l'emploi sur la base duquel il a été licencié⁸⁵. D'une manière générale, et s'agissant des limites apportées par le législateur à l'exercice du droit syndical et au principe de participation, la Cour de cassation s'est montrée audacieuse en n'hésitant pas à se prononcer sur la constitutionnalité de réformes récentes, alors que le Conseil constitutionnel n'avait pas encore eu l'occasion de se prononcer⁸⁶. Un dernier exemple peut être tiré du refus de transmission d'une QPC contestant la constitutionnalité du délai de carence imposé aux entreprises entre deux CDD, et dont la Cour a dit qu'il était « *destiné à garantir que le recours au contrat à durée déterminée n'a pas pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* » et qu'il ne portait donc pas une atteinte injustifiée à la liberté du travail⁸⁷.

B. - La chambre sociale de la Cour de cassation, antichambre du contrôle de constitutionnalité ?

Indices. Comme cela avait pu être observé s'agissant du contrôle initial de la loi par le Conseil constitutionnel, certaines saisines ont pu être réalisées non pas nécessairement pour censurer les textes déferés, mais pour permettre au Conseil d'en préciser les fondements⁸⁸. On peut estimer aujourd'hui que certaines transmissions répondent à une même attente, même si il est difficile, à la lecture des décisions de transmission, de déterminer, exception faite de la transmission (exceptionnelle) de questions nouvelles⁸⁹, si la Cour doute sérieusement de la constitutionnalité de la norme légale discutée, ou si elle souhaite une simple clarification de la jurisprudence constitutionnelle, comme ce fut le cas s'agissant du régime du travail de nuit⁹⁰.

L'hypothèse de l'influence. Dans la mesure où la Cour de cassation considère une question comme sérieuse, il est logique de se demander quelle influence le filtre peut exercer sur la décision du Conseil, étant entendu qu'à chaque fois que ce dernier censure une disposition légale par hypothèse, la Cour avait jugé la question posée sérieuse. L'hypothèse d'une éventuelle influence exercée par la chambre sociale de la Cour de cassation sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel pourrait sembler surprenante, dans la mesure où la Cour de cassation est soumise à l'autorité du Conseil constitutionnel et qu'elle devrait logiquement subir l'influence du Conseil, et non l'influencer. Il ne s'agit donc pas ici d'autorité institutionnelle, mais d'une influence de type *doctrinale*.

Il ne s'agit pas ici d'une hypothèse d'école. Ainsi, il a été rappelé par la Cour elle-même, dans son *Rapport 2012*, qu'elle avait, à plusieurs reprises dans le cadre de son rapport annuel, « *signalé une difficulté dans l'application du statut protecteur des salariés titulaires de mandats lorsque ces mandats sont exercés à l'extérieur de l'entreprise* »⁹¹. Dans le commentaire de cette décision dans *Droit social*, les magistrats sont même allés un peu plus loin et n'ont pas hésité à écrire que « *La dynamique induite par le recours à la QPC a donc permis non seulement de surmonter l'inertie du législateur, mais également d'ajuster le statut protecteur, par une interaction entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, au cas spécifique du salarié exerçant en dehors de l'entreprise des fonctions représentatives ou d'intérêt général* »⁹².

Déficit de motivation des décisions de transmission. L'examen des dernières transmissions depuis mi-2013⁹³ montre une réelle recherche de neutralité dans les motifs de transmission : ce fut le cas des QPC sur le travail

⁸³ Soc., 18 décembre 2014, QPC n° 14-40.043, en cours de publication, *Lexbase Hebdo édition sociale* n° 597 du 15 janvier 2015, et la chron.

⁸⁴ Soc., 18 novembre 2011, QPC n° 11-40.067, *Bull.* 2011, V, n° 272, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 464, du 1^{er} décembre 2011, et la chron.

⁸⁵ Soc., 20 février 2014, QPC n° 13-40.074, *Bull.* 2014, V, n° 65, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 562, du 13 mars 2014, et la chron.

⁸⁶ Faut-il rappeler également les premiers refus de transmission des questions mettant en cause les nouvelles règles de la démocratie sociale ? Il s'agit ici, plus récemment, de la condition d'ancienneté de deux ans pour autoriser un syndicat non représentatif non affilié à créer une section syndicale (article L. 2142-1 du code du travail) : Soc., 18 novembre 2011, préc.

⁸⁷ Soc., 11 juillet 2012, QPC n° 12-40.041, non publié, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 497, du 13 septembre 2012, et la chron.

⁸⁸ Cas de la saisine du Conseil constitutionnel dans le cadre de l'examen des lois bioéthique par Philippe Seguin, alors président de l'Assemblée nationale, en juillet 1994.

⁸⁹ Soc., 20 février 2014, QPC n° 13-20.702, *Bull.* 2014, V, n° 66, « *s'agissant de dispositions issues d'une loi référendaire, ce moyen soulève une question nouvelle* ».

⁹⁰ Soc., 8 janvier 2014, QPC n° 13-24.851, *Bull.* 2014, V, n° 1 et n° 2, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 555, du 23 janvier 2014, et la chron. ; Conseil constitutionnel, 4 avril 2014, n° 2014-373 QPC, et 2014-374 QPC. Dans leur commentaire publié dans *Droit social* (2015, p. 40), les magistrats judiciaires en charge de l'examen des QPC ont en effet écrit : « *Soulignons que la chambre sociale a transmis cette QPC en se bornant à retenir son caractère sérieux. L'absence de motivation spéciale sur ce point signifie sans doute que l'ampleur du débat portant sur le travail de nuit, tel qu'il était illustré dans le pourvoi en cassation qui lui était soumis, justifiait à ses yeux l'intervention du Conseil constitutionnel* ».

⁹¹ *Rapport 2012*, p. 433. Le rapport insiste d'ailleurs : « *C'est cette réserve d'interprétation, extrêmement proche des propositions que la Cour de cassation avait faites dans son Rapport annuel* », qui a entraîné la décision du Conseil.

⁹² G. Dumortier, P. Florès, A. Lallet et Y. Struillou, « *L'actualité des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) du second semestre 2012* », *Dr. soc.* 2013, p. 362.

⁹³ Certaines décisions antérieures soulignaient certains éléments pris en compte pour apprécier le caractère sérieux. Ainsi, s'agissant de la QPC mettant en cause l'article Lp 311-2 du code du travail de Nouvelle-Calédonie (Soc., 12 octobre 2011, préc.), et qui a d'ailleurs conduit à l'abrogation de ce texte (Conseil constitutionnel, décision n° 2011-205 QPC du 9 décembre 2011, préc.) ou de la décision mettant en cause la compétence de la commission arbitrale des journalistes : Soc., 9 mars 2012, QPC n° 11-40.109, *Bull.* 2012, V, n° 95.

des détenus⁹⁴, le régime des CDD⁹⁵, ou du régime du travail de nuit⁹⁶. Le Conseil d'État ne semble pas d'ailleurs motiver plus ses transmissions⁹⁷.

Cette neutralité est, nous semble-t-il, particulièrement regrettable dans la mesure où elle ne permet pas à la doctrine de participer au débat qui devrait avoir lieu, dans l'attente de la décision à venir du Conseil constitutionnel, sur la base des arguments dont la Cour de cassation pense qu'ils pourraient conduire à une censure. Certes, le Conseil constitutionnel et les parties au litige ont connaissance de ces arguments développés, notamment dans le rapport et l'avis ; mais il serait sans doute opportun, au moins dans les motifs de la décision de transmission, de souligner en quoi la question présente, du point de vue de la Cour, qui transmet, un caractère sérieux.

La recherche de facteurs d'influences. Plusieurs facteurs d'influence peuvent être envisagés. On pourrait ainsi se demander si la relative rareté des transmissions n'accentuerait pas l'importance du sérieux des questions⁹⁸. En transmettant peu, la chambre donnerait plus de crédit à ses transmissions.

D'autres pistes, sans doute plus concluantes, peuvent être explorées, notamment celle de l'imprégnation conventionnelle des questionnements constitutionnels. Dans un certain nombre d'hypothèses, en effet, la saisine du Conseil constitutionnel intervient à la fin d'un processus où les normes légales contestées sous l'angle constitutionnel l'ont d'abord été sous un autre angle, soit dans le cadre d'une question préjudicielle posée à la CJUE⁹⁹, soit dans le cadre d'une confrontation avec les traités de l'OIT, les dispositions de la Convention EDH ou celles de la Charte sociale de l'Union européenne, ou du Conseil de l'Europe. Cette succession des techniques de confrontation s'explique d'abord par le caractère tardif de l'introduction de la procédure de QPC ; c'est ainsi que, s'agissant de la mise en cause de la réforme de la démocratie sociale intervenue avec la loi du 20 août 2008, soit deux ans avant l'entrée en vigueur de la procédure de la QPC, ce sont d'abord des arguments conventionnels qui ont été mobilisés, et c'est la Cour de cassation qui, la première, a été conduite à statuer sur le respect par le législateur de la conformité aux droits fondamentaux des travailleurs¹⁰⁰. L'influence du débat sur la conventionnalité sera d'ailleurs d'autant plus grande qu'une juridiction internationale se sera déjà prononcée.

Le mélange des genres. Le fait que le juge judiciaire soit en même temps juge constitutionnel, juge communalitaire et juge européen n'est ici pas neutre, car ce dernier n'a d'autre choix que de promouvoir une interprétation uniforme des droits fondamentaux¹⁰¹. Or, cette interprétation uniforme des droits fondamentaux ne peut se comprendre qu'au travers de l'obligation faite au juge national de se conformer à l'autorité de la CJUE et, dans une certaine mesure, à celle de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰².

C'est ainsi aussi que la chambre sociale de la Cour de cassation a pu « sauver » la définition « *travailleuse* » du harcèlement sexuel en raison de l'interprétation retenue conformément aux précisions qui figurent dans la directive du 5 juillet 2006¹⁰³.

Dans cette confrontation du droit constitutionnel français avec le droit de l'Union européenne, et d'une manière générale avec le droit international, on connaît par avance le nom du vainqueur, désigné par l'article 55 de la Constitution : c'est toujours le droit international qui l'emportera, surtout lorsque le droit français aura été jugé contraire, et ce, même si le Conseil constitutionnel avait validé la loi française auparavant¹⁰⁴.

⁹⁴ Soc., 20 mars 2013, QPC n° 12-40.104, *Bull.* 2013, V, n° 77, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 522, du 4 avril 2013, et le comm.
⁹⁵ Soc., 9 avril 2014, QPC n° 14-40.001, *Bull.* 2014, V, n° 103 ; Soc., 9 avril 2014, QPC n° 14-40.009, *Bull.* 2014, V, n° 104.
⁹⁶ Soc., 8 janvier 2014, n° 13-24.851, QPC n° 13-24.851, *Bull.* 2014, V, n° 1 et n° 2, société Séphora, *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 555, du 23 janvier 2014, et la chron.
⁹⁷ Exemple de la transmission de la QPC sur le portage salarial, qui a abouti à la censure de l'article L. 2261-19 du code du travail : CE 1/6 SSR, 6 février 2014, n° 371062. Lire L. Casaux, « Le portage salarial devant le Conseil Constitutionnel », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 560, du 27 février 2014.
⁹⁸ Analyse d'A. Lacabarats, alors président de la chambre sociale de la Cour de cassation, « L'influence de la question prioritaire de constitutionnalité sur le droit social », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 1^{er} octobre 2014, n° 45, p. 51 : « Mais cette rareté n'était pas le signe d'une méconnaissance ou d'une désaffection de la Cour pour les dispositions constitutionnelles. Elle traduisait plutôt sa volonté d'en réserver l'usage à des hypothèses d'une importance particulière [...] ».
⁹⁹ Ainsi la question de la conformité du droit français au droit de l'Union en matière de repos dominical, qui a d'abord été réglée par la CJCE avant d'être soumise au contrôle de constitutionnalité.
¹⁰⁰ C'est ainsi qu'ont été remises en cause les nouvelles règles de la représentativité des syndicats après la loi du 10 août 2008, la Cour de cassation ayant d'abord affirmé leur conventionnalité (Soc., 14 avril 2010, *Dr. soc.* 2010, p. 647, chron. L. Pécaut-Rivolière), avant de transmettre, non sans s'y être dans un premier temps opposée (Conseil constitutionnel, 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, *Constitutions*, n° 3, juillet-septembre 2010, p. 413, et la chron.), les QPC au Conseil constitutionnel, qui a repris d'ailleurs les analyses retenues antérieurement par la Cour de cassation (notre étude 64 : « L'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008 : liberté, égalité, représentativité, ou la nouvelle devise de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2011, p. 1229). C'est ainsi que, dans sa décision en date du 15 décembre 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré comme conforme au principe d'égalité les dispositions de la réforme de la démocratie sociale intervenue en 2008 qui ont conféré aux syndicats catégoriels affiliés un régime dérogatoire pour la mesure de leur audience électorale, quelques semaines après le rejet d'une QPC par le Conseil qui portait sur le même principe, mais bien entendu autrement fondé (Soc., 14 décembre 2011, pourvoi n° 10-18.699, *Bull.* 2011, V, n° 301). S'agissant de la prise en compte du droit international, et singulièrement de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, dans le contentieux constitutionnel : Soc., 25 janvier 2012, QPC n° 12-40.090, *Bull.* 2012, V, n° 28.
¹⁰¹ Sur le concours des procédures, J. Mouly, *Dr. soc.* 2013.
¹⁰² Cette influence du droit international a été soulignée par Alain Lacabarats (article préc.) : « Parfois, la Cour de cassation peut aussi prendre des décisions différentes de celles du Conseil constitutionnel, au nom de normes internationales produisant un effet direct en France ». L'intéressé reconnaît toutefois qu'il s'agit essentiellement de modifier la portée d'une abrogation telle que voulue par le Conseil, et que la Cour de cassation modifie pour satisfaire aux exigences de la Convention EDH.
¹⁰³ Soc., 11 octobre 2012, QPC n° 12-40.059, *Bull.* 2012, V, n° 261. Le commentateur de la décision dans la revue *Droit social* regrette ce refus de transmission, qui n'a pas permis au Conseil de censurer également ces dispositions (G. Dumortier, P. Florès, A. Lallet et Y. Struillou, *Dr. soc.* 2013, p. 362 s. : « Pour autant, est-il vraiment satisfaisant que, in fine, le harcèlement sexuel fasse l'objet, dans le code du travail, d'une définition très en-deçà de celle retenue dans le code pénal. Certes, le législateur avait « la main » et il eût été de bonne administration d'harmoniser les définitions, mais, en décidant de ne pas renvoyer la QPC, la chambre sociale ne lui a-t-elle pas laissé la possibilité de ne pas le faire, laissant ainsi subsister dans le code du travail des dispositions dont la constitutionnalité est douteuse ? ». La question a été réglée par la loi de 2013, qui a introduit une définition uniforme dans le code pénal et le code du travail.
¹⁰⁴ On sait également que, même si le Conseil pourrait censurer une loi jugée conforme au droit de l'Union, les dispositions applicables, et les objectifs poursuivis par les différents contrôles, n'étant pas les mêmes, la conformité au droit de l'Union confère à la disposition législative une sorte de présomption de constitutionnalité, notamment lorsque les arguments mobilisés sont les mêmes, à tout le moins comparables. V. la question du repos hebdomadaire et la validation de l'article L. 3132-29 du code du travail (dérogation préfectorale), et la décision n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, Société Chaud colatine (arrêté de fermeture hebdomadaire de l'établissement) (*Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 426, du 3 février 2011) intervenue après un arrêt de la CJCE (CJCE, 28 février 1991, aff. C-312/89).

Une première illustration de ces phénomènes nous en est fournie par le sort réservé au contrat « *première embauche* ». Dans sa décision en date du 30 mars 2006, le Conseil constitutionnel avait en effet considéré que « *le législateur pouvait [...], compte tenu de la précarité de la situation des jeunes sur le marché du travail, et notamment des jeunes les moins qualifiés, créer un nouveau contrat de travail ayant pour objet de faciliter leur insertion professionnelle* »¹⁰⁵. On sait toutefois ce qu'il advint de ce contrat, qui fut remplacé très rapidement par un autre dispositif¹⁰⁶ et qui, en toute hypothèse, aurait fini, et pour les mêmes raisons, par subir les foudres de la Cour de cassation en raison de sa contrariété avec la Convention n° 158 de l'OIT¹⁰⁷.

Un autre exemple nous a été fourni, en dehors du droit du travail, par le traitement réservé par la Cour européenne des droits de l'homme à l'article L. 114-5, alinéa 4, du code de l'action sociale et des familles, jugé conforme au droit européen par le Conseil d'État avant d'être jugé contraire par la Cour européenne des droits de l'homme et d'être écarté, pour cette raison, par les juridictions internes, puis abrogé par le Conseil constitutionnel¹⁰⁸.

Conclusion. Les cinq premières années de la procédure de QPC en droit du travail n'ont pas bouleversé le code du travail, pour des raisons tenant à la qualité des normes en vigueur, mais aussi à la modestie du contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel. Reste à se demander si la situation actuelle du droit français, où coexistent des techniques très disparates de contrôle du respect par le législateur des droits et libertés des personnes, est viable, ou si une réforme plus ambitieuse ne pourrait pas être envisagée afin de simplifier la procédure. On pourrait alors imaginer une QPC élargie au contrôle de conventionnalité et qui aurait le mérite de centraliser le traitement des questions entre les mains du Conseil constitutionnel¹⁰⁹. Mais ce dernier est-il aujourd'hui en mesure d'exercer un tel contrôle élargi, sans une réforme en profondeur de sa composition et de sa procédure ? On peut malheureusement en douter.

¹⁰⁵ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances.

¹⁰⁶ Sur le dispositif du CPE, notre étude « Feu le contrat première embauche », *RDC* 2006, p. 768, s.

¹⁰⁷ Soc., 1^{er} juillet 2008, *RDT* 2008.504, avis J. Duplat.

¹⁰⁸ Sur l'histoire de ce texte (anti Perruche), notre étude : « Les évolutions de la législation et de la jurisprudence consécutives à l'arrêt Perruche », dans *La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades : 10 ans après*, Bruylant, coll. Centre de droit médical et biomédical, Bruxelles, 2013, p. 189204.

¹⁰⁹ Le Conseil constitutionnel lui-même pourrait d'ailleurs procéder à cette réforme en abandonnant sa jurisprudence « *IVG* » ...

Retranscription des débats de la matinée

Intervenants :

- Jean-Yves Frouin
- Bertrand Mathieu
- Paul-henri Antonmattei
- Marie-Ange Moreau
- Olivier Dutheillet de Lamothe
- Jean-Guy Huglo

M. Frouin, président de la chambre sociale de la Cour de cassation :

Merci M. le professeur de cette intervention qui nous pose finalement énormément de questions, dont certaines auxquelles je n'avais pas particulièrement pensé, alors qu'on pensait avoir fait le tour de la question. En particulier, lorsque que vous évoquez notamment le fait que certains des refus peuvent paraître légitimes mais figent la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en ce sens que nous nous faisons l'interprète de la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour ne pas transmettre, de telle sorte que nous avons le sentiment de faire notre travail en appliquant la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais peut-être parfois qu'elle peut être ancienne et qu'il serait intéressant de la faire évoluer. Je n'y avais pas pensé de cette manière-là, mais c'est très intéressant.

Vous évoquez par ailleurs, et là nous y pensons souvent, la question de la motivation. Notamment, vous nous demandez de motiver les arrêts de transmission, que nous ne motivons pratiquement pas, en constatant qu'on est en présence d'une question sérieuse, de sorte qu'une fois transmise, cela ne nous appartient plus. Mais effectivement, il pourrait être intéressant de dire pourquoi l'on transmet. C'est relativement difficile, puisqu'il y a deux solutions. Soit la transmission s'impose d'elle-même, comme le travail en prison, où il n'y a pas vraiment de difficulté, comment motiver l'évidence, en tous cas le caractère évidemment sérieux ? Soit il arrive que nous transmettions, alors que nous sommes convaincus de la conformité à la Constitution, mais que nous estimons que ce n'est pas à nous de le dire : c'est pareil, comment motiver alors que nous sommes intimement convaincus que la question n'a pas de caractère sérieux mais que nous estimons pour autant, en opportunité, qu'il faut la transmettre ? La question est intéressante, mais la solution n'est pas facile au niveau de la motivation.

Par contre, au niveau de la non-transmission, là peut-être pourrions-nous envisager, c'est vrai, de motiver davantage. Mais nous avons le sentiment de le faire, de la manière dont nous le faisons à la Cour de cassation... de manière, il est vrai, peut-être parfois laconique ou elliptique, mais dans l'application de notre technique de cassation.

Actuellement, je crois que M. le premier président va ouvrir prochainement un groupe de travail sur une éventuelle évolution de la motivation des arrêts. Je ne sais pas ce qu'il en ressortira ou s'il en adviendra quelque chose, mais c'est vrai que nous avons le sentiment de faire pour ces décisions de non-transmission comme nous le faisons pour les autres pourvois en matière de motivation.

Je poursuis, mais je termine immédiatement pour permettre à la salle de s'exprimer. Je dois dire, à titre personnel, et je n'engage pas la chambre, qu'en ce qui concerne les non-transmissions d'interprétation de la jurisprudence, sans rattachement textuel, je ne suis pas loin de penser que vous avez un peu raison parce qu'en réalité, aucune jurisprudence n'est complètement dépourvue de rattachement textuel, et surtout, cela a pour conséquence de faire qu'un certain nombre d'interprétations jurisprudentielles ne seront jamais transmises alors qu'éventuellement, leur constitutionnalité peut être douteuse ou au moins discutable.

Voilà ce que je pouvais dire à ce stade. Peut être que d'autres intervenants souhaiteront répondre. C'est aussi et principalement l'intérêt de ces rencontres que de permettre aux personnes de la salle soit de faire des observations sur ce qui a été dit, soit de poser des questions.

M. Mathieu, professeur :

Quelques observations d'un constitutionnaliste qui est très heureux que l'on discute de droit constitutionnel dans cette maison.

Je ne reviendrai pas sur la question de la jurisprudence de 2012. Cette jurisprudence posait un double problème. Le premier est qu'il ne faut pas oublier que la question prioritaire de constitutionnalité a pour objet de permettre à un justiciable de faire valoir les droits que lui reconnaît la Constitution et que l'on se trouvait dans une impasse. Le second est que la doctrine du droit vivant elle-même devait conduire à la transmission de la question dans cette hypothèse.

La deuxième observation que je voudrais faire porte sur un problème extrêmement délicat, celui de la frontière du contrôle de constitutionnalité qu'opère le juge de renvoi, c'est-à-dire la Cour de cassation. Il y a parfois une tentation de chercher le curseur lorsque la Cour de cassation mobilise un grand nombre de principes constitutionnels et exerce dans les faits un contrôle de proportionnalité avec un nombre considérable de références, ce qui tend à démontrer que le problème est complexe et ce qui conduit à se demander si le renvoi

n'aurait pas été justifié. En résumé, plus l'argumentation est développée dans les décisions de non-lieu à renvoi, plus l'on se dit que le renvoi aurait été justifié. Je comprends le souci d'une motivation plus développée, mais elle va inciter à considérer que la Cour de cassation aurait dû renvoyer dans certaines hypothèses.

Deux mots sur les revirements de jurisprudence. Je ne suis pas sûr que le revirement soit à rechercher en soi, ne serait-ce que pour la sécurité juridique. Mais il est certain qu'il y a un lien étroit entre le revirement de jurisprudence et la question prioritaire de constitutionnalité. Il y a plusieurs hypothèses. La première est celle dans laquelle la Cour de cassation modifie sa jurisprudence pour ne pas renvoyer. Dans ce cas-là, le système fonctionne bien. La règle constitutionnelle s'applique sans renvoi au Conseil constitutionnel. La deuxième hypothèse est celle dans laquelle une décision du Conseil constitutionnel peut figer la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle se produit lorsque le Conseil constitutionnel considère que la loi est conforme à la Constitution dans l'interprétation qu'en donne la Cour de cassation et que cette interprétation est la seule satisfaisant les exigences constitutionnelles. Dans ce cas, la Cour de cassation est dans une situation où elle pourrait ne pas pouvoir modifier sa jurisprudence. La troisième hypothèse de revirement, évoquée par Christophe Radé, est celle dans laquelle la Cour de cassation pourrait saisir le Conseil constitutionnel pour faire évoluer sa jurisprudence. La question peut se poser, notamment dans l'hypothèse d'un changement des circonstances de fait ou de droit, et le cas s'est produit en matière de garde à vue.

Autre remarque sur l'intelligibilité de la jurisprudence. Ne pas renvoyer une question portant sur l'interprétation de la loi dans une hypothèse où la loi est rendue intelligible par la jurisprudence pose problème au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle il n'appartient pas au législateur de renvoyer au juge des décisions qu'il appartient à lui seul de prendre.

Dernière observation, le Conseil constitutionnel n'est pas le juge de l'application de la loi. Il est le juge de la loi à l'occasion de son application, ce qui implique, d'une part, que son contrôle est un contrôle objectif de la loi, et, même s'il peut y avoir débat, je pense qu'il doit le rester, et que, d'autre part, le Conseil constitutionnel estime qu'il n'a pas la même compétence que le législateur et exerce donc un contrôle assez limité. Enfin, en matière de droit du travail, comme cela a été rappelé ce matin, nous sommes en face d'objectifs de valeur constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel se borne à vérifier que le législateur les a pris en compte. Il ne lui appartient pas de dire que ces objectifs pourraient être atteints d'une autre manière, notamment dans le domaine du droit au travail.

M. Antonmattei, professeur :

Même s'il n'y a pas une voix de l'université, je souscris très largement aux propos de Christophe Radé. Je voudrais faire quelques développements très brefs apportant un éclairage un peu différent.

Il y a quinze jours, à l'initiative de constitutionnalistes montpelliérains, se tenait un colloque « *cinq ans de QPC* » auquel participaient l'ancien président de la chambre commerciale et financière, des pénalistes et quelques travaillistes¹. La question posée lors de cette journée était la suivante : « *Est-ce que la QPC a changé votre vie ? En tant qu'universitaire, a-t-elle changé votre enseignement ? A-t-elle changé vos écrits ?* ». Nous avons tous répondu « *Oui !* ». Sans être devenus des obsédés de la QPC, nous pouvons dire que nous en parlons plus souvent. Et nous avons constaté la diffusion d'une culture QPC, notamment chez l'avocat de proximité, car c'est lui le prescripteur de la QPC. Au regard des objectifs poursuivis, c'est une satisfaction.

Ensuite, le bilan. Ceux qui ont voulu faire « sauter la banque » du droit du travail en ont été pour leurs frais. Et c'est tant mieux !!! Qu'aurions-nous dit si au bout de cinq ans d'application de la QPC, vingt, trente, quarante, cinquante dispositions du code du travail avaient été déclarées contraires à la Constitution ? Nous serions allés manifester devant l'Assemblée nationale et nous aurions dit aux députés : « *C'est inadmissible...* ». Ce n'est pas le résultat quantitatif qui est important, mais le fait que le dispositif puisse fonctionner. Et il a abouti, même si c'est seulement cinq fois. Cela donne de l'espoir et de la perspective. N'oublions pas l'objectif de la réforme, qui était de procéder à un « nettoyage » constitutionnel.

Je m'interroge d'un point de vue plus sociologique. Le législateur d'aujourd'hui, « *post QPC* », doit se dire : « *si je ne me fais pas bloquer en amont par mes opposants - car le Conseil constitutionnel est saisi pour des raisons d'ordre politique -, attention de ne pas me faire battre en aval, car l'humiliation sera forte* ». Nous devrions avoir cet effet prophylactique de la QPC.

Au risque de provoquer, je finirais par une proposition sur la composition du Conseil constitutionnel. La voici : le Président de la République désigne neuf personnes : trois personnalités issues de la Cour de cassation, trois personnalités issues du Conseil d'État, trois personnalités issues des facultés de droit. J'attends la liste...

Mme Moreau, professeur :

Je voudrais poser une question. Pouvons-nous continuer à expliquer, notamment à nos collègues étrangers, que le Conseil d'État et la Cour de cassation ont fait une évolution extraordinaire par rapport au principe de la primauté de l'ordre juridique communautaire et que, lorsqu'il s'agit des décisions du Conseil constitutionnel, le droit de l'Union européenne n'est pas pris en considération ? Certes, lors de journées comme celles-ci, on invoque beaucoup de raisons techniques, beaucoup de raisons juridiques pour expliquer et peut-être légitimer cette situation... N'est-il pas temps que ces rencontres servent à ce que les choses changent sur ce terrain ? Je crois que ce n'est plus possible qu'en France, une décision du Conseil constitutionnel dise qu'une disposition est conforme à la Constitution et que la Cour de justice de l'Union européenne intervienne ensuite pour dire cette

¹ Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 6 mars 2015, colloque « *5 ans de QPC, une révolution inachevée* ».

disposition contraire au droit communautaire. Je fais référence aux décisions relatives au mode de détermination des effectifs pour la mise en place d'institutions représentatives du personnel². Non, nous ne pouvons pas continuer comme cela.

M. Dutheillet de Lamothe, membre honoraire du Conseil constitutionnel :

J'ai scrupule à laisser dépourvue de toute réponse l'interpellation de Madame. Je peux le dire plus facilement que lorsque j'étais membre du Conseil constitutionnel, je suis hostile à la décision IVG³. Cela a été une erreur historique, stratégique, du Conseil constitutionnel. Je n'ai acquis cette conviction que lorsque j'ai lu l'admirable décision de la Cour constitutionnelle italienne, qui a jugé exactement l'inverse, dans exactement les mêmes circonstances. Comme vous le savez, la Constitution italienne a été révisée pour introduire une disposition équivalente à l'article 55 de la Constitution et, par deux arrêts de 2007⁴, la Cour constitutionnelle italienne, devant le risque de diffusion d'un contrôle de conventionnalité, a affirmé les principes suivants : la Constitution prévoit la primauté des traités par rapport aux lois, la question est donc d'ordre constitutionnel, la Cour constitutionnelle a le monopole pour en connaître. De plus, analysant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales comme une norme intercalée entre la Constitution et la loi (« *una norma interposta* »), la Cour constitutionnelle italienne s'est reconnue le pouvoir, dans l'hypothèse, impossible, inconcevable, mais que l'on ne peut pas totalement exclure, où la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme heurterait les valeurs fondamentales de l'ordre constitutionnel italien, d'écarter l'application de la jurisprudence de la CEDH.

La jurisprudence « IVG » fait partie de l'équilibre constitutionnel. Elle ne sera pas remise en cause, sauf révision constitutionnelle. Celle-ci a failli se produire : au sein du comité Balladur⁵, il y a eu, à un moment donné, une majorité pour confier au Conseil constitutionnel les deux contrôles. Une décision de 2004 « Economie numérique »⁶ a traduit une évolution, suggérée d'ailleurs par le professeur Mathieu dans un article, consistant à détacher le droit communautaire du droit international sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel applique deux notions : l'ordre international, régi par l'article 55 de la Constitution, et l'ordre communautaire, qui obéit aux règles de l'article 88-1. La décision « Economie numérique » est une décision équilibrée qui a fait l'objet d'un consensus parmi les membres du Conseil constitutionnel entre ceux qui étaient pour l'Union européenne et, grâce à la clause sur les normes fondamentales, ceux qui l'étaient moins. C'est une décision telle que équilibrée que la presse ne l'a pas tout de suite comprise. Il y a eu un titre du journal *Le Monde* qui était tout à fait faux sur le sens de cette décision. Selon une formule du regretté doyen Jean-Claude Colliard, « *chacun a mis quelque chose dans cette décision* ». Chacun y a vu ce qu'il voulait y voir. Cela a été une percée : il y a maintenant un contrôle de constitutionnalité des lois qui transposent directement une directive.

Je suis de ceux qui pensent qu'il est impossible d'affirmer qu'il y a une exigence constitutionnelle de transposition des directives, de refuser de contrôler les lois qui transposent directement les directives et de n'exercer aucun contrôle par rapport aux traités eux-mêmes. Intellectuellement, cette position n'est pas cohérente. Elle aboutit à donner plus d'influence au droit dérivé qu'au droit des traités. Jusqu'ici, le changement que vous appelez de vos vœux ne s'est pas produit, mais Rome ne s'est pas construite en un jour. C'est une petite bougie d'espoir dans la nuit que vous avez dénoncée.

M. Huglo, conseiller :

Pour poursuivre sur cet aspect d'influence du droit communautaire sur le contrôle de constitutionnalité, dans l'affaire des contrats aidés et de l'association de médiation sociale, lorsqu'elle a transmis au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité, notre chambre avait à l'esprit l'arrêt CGT de la CJUE⁷, rendu sur une question préjudicielle posée par le Conseil d'État et qui semblait conclure assez clairement à l'incompatibilité avec le droit communautaire de l'article L. 1111-3 du code du travail, relatif au mode de calcul des effectifs. Les membres de la chambre savaient que cette décision de la CJUE n'était pas ignorée du Conseil constitutionnel et ont été quelque peu déçus qu'il n'en tienne pas compte pour déclarer que cette disposition était conforme à la Constitution⁸. C'est ce qui explique la seconde question préjudicielle qui a été posée à la Cour de justice dans l'affaire Association de médiation sociale⁹, avec un succès mitigé.

Sur cet aspect, j'ai l'impression d'une petite difficulté sur l'irruption des droits sociaux fondamentaux, que ce soit en droit constitutionnel ou en droit européen. En effet, dans cette décision, la CJUE a répondu qu'elle n'excluait pas que certains articles de la Charte des droits fondamentaux puissent être d'effet direct, mais qu'en tout cas, l'article 27, sur le droit à l'information et à la consultation des travailleurs, ne l'était pas. La modestie du bilan de la QPC en droit du travail me paraît provenir de là. Elle n'est pas propre au droit constitutionnel français. Elle peut être constatée en droit européen, au niveau des droits fondamentaux.

Je voudrais faire une seconde observation, afin de tempérer votre enthousiasme *de lege ferenda* sur le fait de confier au Conseil constitutionnel également un contrôle de conventionnalité. Il s'agit pour le Conseil constitutionnel d'un terrain miné où il pourrait perdre une partie de son autorité. En effet, selon la jurisprudence affirmée par la Cour de justice de l'Union européenne pour d'autres systèmes étrangers, la décision de la Cour constitutionnelle nationale n'a pas d'influence sur le rôle du juge national compétent sur le fond du droit en ce qui

² Cour de justice de l'Union européenne, 18 janvier 2007, Confédération générale du travail e.a., C-385/05, *Rec.*, p. I611, et Conseil constitutionnel, décision n° 2011-122 QPC du 29 avril 2011, Syndicat CGT et autres.

³ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

⁴ Cour constitutionnelle italienne, arrêts n° 348 et n° 349 du 24 octobre 2007 - G.U. du 31 octobre 2007.

⁵ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, créé en 2007 par le Président de la République.

⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique.

⁷ Cour de justice de l'Union européenne, 18 janvier 2007, Confédération générale du travail e.a., C-385/05, *Rec.*, p. I611.

⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-122 QPC du 29 avril 2011, Syndicat CGT et autres.

⁹ Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre), 15 janvier 2014, Association de médiation sociale contre union locale des syndicats CGT et autres, affaire C-176/12.

concerne l'application du droit communautaire. Cela signifie que, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel déclare la loi inconstitutionnelle parce qu'elle n'est pas conforme au droit communautaire, il n'y a pas de difficulté. Mais, dans l'hypothèse inverse, si le Conseil constitutionnel dit que la loi est conforme à la Constitution parce qu'il n'y a pas de contrariété avec le droit communautaire, cette décision ne peut pas lier le juge national. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation adoptent une solution contraire ou posent une question préjudicielle à la Cour de justice, qui retient une interprétation contraire, la difficulté se pose. C'est la raison pour laquelle la proposition de fusionner le contrôle de conventionnalité et le contrôle constitutionnalité et de les confier au Conseil constitutionnel est à double tranchant. Le Conseil constitutionnel est conscient de ce danger. C'est la raison pour laquelle, s'il contrôle depuis 2004, dans le cadre du contrôle initial, la conformité de la loi de transposition à la directive, il s'est refusé à opérer un tel contrôle dans le cadre de la QPC.

M. Froin :

Je tiens à remercier chacun des intervenants pour leurs contributions de qualité.

Nouvelles ruptures

Introduction par M. Gérard Couturier,
professeur émérite de l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne

À ces rencontres où dialoguent magistrats et universitaires, il est bon que les uns et les autres viennent tels qu'ils sont, avec leurs propres préoccupations, leurs usages, leurs habitudes, leurs manières de faire et de dire. Or il se trouve que, dans les facultés de droit, traditionnellement, on aime beaucoup les introductions, ces longues et belles introductions qui doivent donner leurs dynamiques aux leçons d'agrégation. Il n'est naturellement pas question que je me risque ici à un tel exercice. En revanche, je voudrais esquisser dans ce propos liminaire les thèmes d'introduction que la tradition impose.

De beaux sujets

Dans une introduction digne de ce nom, il s'impose au premier chef de faire apparaître avec toute la perspicacité possible l'intérêt du (des) sujet(s). Me conformant à cette exigence, je soulignerai bien volontiers que nos sujets de cet après-midi - la prise d'acte de la rupture, la résiliation judiciaire, les ruptures conventionnelles et autres « ruptures amiables » - sont de « beaux sujets », avec ce que l'on met habituellement dans cette expression. Sont généralement considérés comme tels ceux qui donnent lieu à des discussions (les sujets débattus), qui impliquent un travail sur les concepts, qui font une large place au raisonnement. C'est bien le cas ici, n'en doutons pas.

En ce qui concerne la vigueur des controverses, je serais tenté de remettre en mémoire celle qui jadis avait porté sur la résiliation judiciaire du contrat de travail des salariés protégés. C'est l'une de ces discussions où ceux de ma génération ont découvert que le droit du travail était effectivement un « droit vivant ». Il faut dire que s'opposaient sur la question la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation et celle de la chambre criminelle. À cette opposition, une chambre mixte a dû mettre fin dans les fameux arrêts Perrier (ceux du 21 juin 1974). Elle y évoquait « une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit par suite à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens [que le licenciement] la résiliation du contrat de travail » de ces salariés protégés. La formule est restée ; elle est évocatrice des controverses qui ont porté dans le passé et qui se poursuivent encore sur les modes de rupture du contrat de travail.

En ce qui concerne l'approfondissement des concepts, les difficultés rencontrées à propos de certaines ruptures du contrat de travail en montrent bien la nécessité. Naguère, c'est à partir de la distinction de l'initiative de la rupture et de son imputabilité - distinction très fine, très pertinente, mais qui n'a jamais été précisément et complètement consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation - que l'on raisonnait. Cette distinction a été dépassée ou, du moins, renouvelée lorsque la prise d'acte de la rupture est apparue dans sa spécificité et qu'elle a pu donner lieu à la construction jurisprudentielle que l'on sait.

Maintenant, on pourrait dire que c'est le concept de faute grave qui est, en quelque sorte, redécouvert à propos de la justification de la prise d'acte (en même temps qu'à propos de celle de la résiliation judiciaire).

Des concepts de base sont ainsi mis à l'épreuve ; j'y vois le signe de ce que la mise en évidence des différents modes de rupture du contrat de travail, donc l'apparition de « nouvelles ruptures », procède largement du raisonnement juridique.

En définitive, il est assez apparent que les « beaux sujets » sont décidément ceux où la jurisprudence est le plus présente, où l'analyse de ses décisions et leur discussion donnent de la vie aux commentaires, donc notamment au dialogue entre les juges et les professeurs.

S'agissant de la prise d'acte, on peut dire que la jurisprudence est même omniprésente. C'est, à partir d'une pratique élémentaire - celle consistant, pour une partie au contrat de travail, à reprocher à l'autre de l'avoir rompu par son comportement, une construction que la jurisprudence édifie progressivement, après en avoir, non sans hésitations, établi elle-même les principes de base.

On pourrait opposer qu'au contraire, la rupture conventionnelle (« nouvelle rupture » s'il en est) est manifestement une création de la loi, une création récente, une invention législative, même si elle avait son origine dans un accord national interprofessionnel. Les promoteurs des réformes, qui se succèdent en la matière à un rythme accéléré, justifient les changements qu'ils prônent par la recherche de l'efficacité, et pourtant ces innovations se révèlent souvent inopérantes. L'avènement de la rupture conventionnelle lors de la réforme dite de « modernisation du marché du travail » (accord du 11 janvier et loi du 25 juin 2008), au contraire, constitue une innovation législative qui, manifestement, a changé bien des choses. On savait bien, toutefois, que la jurisprudence aurait à se prononcer sur ce que la loi n'avait pas dit relativement à ce nouveau mode de rupture, ou pas dit de façon suffisamment explicite. Par exemple que, sauf exception légale, toute rupture du contrat de travail d'un commun accord est soumise au régime de la rupture conventionnelle. C'est maintenant la chambre sociale de la Cour de cassation qui l'énonce dans son arrêt du 15 octobre 2014 : « *sauf dispositions légales contraires, la rupture du contrat de travail par accord des parties ne peut intervenir que dans les conditions prévues par l'article L. 1237-11 du code du travail* ». Ce qui a été présenté comme le « sacre de la rupture conventionnelle » constitue au moins l'une des décisions majeures dans une jurisprudence qui s'est considérablement développée depuis 2008. Même la rupture conventionnelle a déjà une histoire, où la jurisprudence est à l'œuvre...

Des belles histoires

En principe, une introduction comporte aussi un historique qui relate l'évolution que le sujet traité a connue dans le passé. Si « nouvelles » qu'elles soient, les ruptures du contrat de travail qui vont être évoquées cet après-midi

ont chacune une histoire. Il ne m'appartient pas ici de présenter méthodiquement ces « historiques ». Je voudrais seulement observer, de façon délibérément naïve, que ces différents sujets pourraient offrir l'occasion de raconter des (belles) histoires.

Une belle histoire, c'est d'abord une histoire mouvementée, au rythme de multiples péripéties.

Mouvementée comme l'a été, par exemple, l'histoire de la résiliation judiciaire appliquée aux salariés protégés, marquée par des flux et des reflux spectaculaires. Il avait été admis d'abord (dans le vieil arrêt Nicolas contre Michelin du 21 février 1952) que le juge pouvait prononcer la résolution du contrat de travail des représentants du personnel, alors même que leur licenciement était soumis à l'autorisation de l'inspecteur du travail. Cette résolution a été ensuite exclue par les arrêts Perrier de 1974, dont je rappelais les termes tout à l'heure. Mais elle a été admise à nouveau, depuis un arrêt de la chambre sociale du 16 mars 2005, du moins lorsque c'est le salarié protégé qui en fait la demande : « *si la procédure de licenciement du salarié représentant du personnel est d'ordre public, ce salarié ne peut être privé de la possibilité de poursuivre la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur en cas de manquement, par ce dernier, à ses obligations* ».

Avec des péripéties telles que celles qu'a connues, notamment, la querelle dite de « l'autolicensing ». Cette histoire-là avait commencé en septembre 2002 avec un arrêt Boyardville, auquel il a été reproché de permettre à un salarié d'obtenir, à l'encontre de l'employeur qu'il quittait, une condamnation analogue à celle du licenciement sans cause réelle et sérieuse, même si, en définitive, les griefs qu'il invoquait contre lui n'étaient pas fondés. Elle s'est poursuivie, aux rythmes des décisions de la chambre sociale et de leurs commentaires critiques, jusqu'aux arrêts du 25 juin 2003, arrêts fondateurs de la jurisprudence sur la prise d'acte. Je vois dans cette salle des narrateurs et aussi des acteurs de cette histoire - et même certains acteurs qui en ont été aussi les narrateurs.

Je serais tenter d'ajouter que, pour qu'une histoire soit vraiment belle, il faut qu'on y voit s'opposer des gentils et des méchants ; c'est cela qui en rend le déroulement passionnant.

Or, il y a au moins une opposition entre deux camps clairement confrontés qui s'observent sur le terrain des modes de rupture du contrat de travail : cet affrontement porte depuis toujours sur le principe même de la rupture du contrat de travail d'un commun accord. C'est l'un des clivages majeurs qui partage ceux qui s'occupent de droit du travail. Il oppose ceux qui croient en la rupture d'un commun accord en y voyant une manifestation élémentaire de la liberté contractuelle et ceux qui décidément n'y croient pas, étant convaincus que les parties ne seraient jamais vraiment d'accord sur la rupture. Pour ceux-là, la volonté de rompre le contrat est très généralement celle de l'employeur seul, tandis que le consentement du salarié ne porte que sur les modalités de la rupture.

Cette opposition n'est qu'imparfaitement dépassée par le droit positif et elle continue de mettre beaucoup de vigueur dans les débats qui portent sur la rupture conventionnelle ou sur les plans de départ volontaire. On en retrouvera probablement l'écho dans les présentations et débats qui vont suivre.

Je ne prolongerai pas l'exercice. J'ai fait semblant de reprendre les composantes traditionnelles d'une introduction, mais la finalité essentielle de l'introduction est d'attiser le désir de connaître la suite. C'est inutile ici : nous sommes suffisamment impatients, sur ces « nouvelles ruptures », de bénéficier des présentations croisées du magistrat et de l'universitaire qui font l'intérêt spécifique de ces rencontres.

Les ruptures contentieuses (prises d'acte de la rupture et de résiliation judiciaire)

Camille Goasgen,
conseiller en service extraordinaire

« Il y a bien des circonstances dans lesquelles l'employeur peut adopter une attitude qui va conduire le salarié à mettre fin, d'une manière ou d'une autre, au contrat de travail. Le cas le plus classique [...] est celui dans lequel l'employeur cherche à imposer au salarié une modification substantielle de son contrat. Mais il ne manque pas d'autres situations [...], soit que l'employeur ait commis une faute ou manqué à ses propres obligations (non-paiement du salaire [...], d'une manière telle que le salarié n'ait plus d'autre ressource que de se faire justice lui-même ».

Ainsi le professeur Blanc-Jouvan posait-il, en 1981, dans un article de la revue *Droit social*¹, l'une des problématiques ayant conduit la jurisprudence à ce qu'il appelait un « éclatement de la notion de licenciement » en dissociant l'initiative de la rupture de son imputabilité.

Décidément, rien ne change...

Mais à l'époque, cette distinction jouait surtout en faveur de l'employeur, dont il était admis qu'en maintes hypothèses, il puisse prendre l'initiative de la rupture sans que celle-ci lui soit imputable².

Décidément, tout change...

C'est qu'à la faveur d'évolutions jurisprudentielles convergentes, l'on a assisté à un **recentrage de la rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée sur le licenciement et la démission**, avec, d'un côté, une extension du champ du licenciement, devenu le **mode exclusif** de rupture à l'initiative de l'employeur, et, de l'autre, un **cantonement de la démission**, strictement conçue comme la manifestation d'une volonté claire et non équivoque de rompre le contrat de travail, laquelle ne peut se déduire d'un comportement du salarié (absence injustifiée, abandon de poste)³, pas plus qu'elle ne saurait s'accommoder de réserves. Sans oublier, enfin, la portée considérable donnée par l'arrêt Rogié à la **motivation de la lettre de licenciement**, dont l'absence ou l'imprécision prive le licenciement de cause réelle et sérieuse⁴.

C'est dans ce contexte de **prééminence du droit du licenciement** qu'il a été jugé que la résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse⁵ et que l'employeur s'est vu progressivement fermer la voie de la résiliation judiciaire puis celle de la prise d'acte aux torts du salarié⁶.

Au **souci de pragmatisme**, qui, selon notre auteur de 1981, « reposait moins sur une analyse approfondie des concepts que sur la volonté de répondre de la façon la plus adéquate aux besoins de la pratique », a succédé un **souci de rigueur** dominé par le binôme licenciement/démission et ne laissant que peu de place à la prise en compte de réalités plus complexes.

Jusqu'à ce que la mécanique s'emballa avec le célèbre et critiqué arrêt Mocka du 26 septembre 2002⁷, dit de « l'autolicensing », dont il résultait en substance qu'une démission motivée par des manquements de l'employeur est équivoque même si les griefs invoqués ne sont pas fondés et que, ne pouvant s'analyser en une démission, la rupture constitue un licenciement sans cause réelle et sérieuse, faute d'une lettre dûment motivée.

Le revirement ne s'est guère fait attendre puisque, par une série de décisions rendues le 25 juin 2003⁸, la Cour de cassation a consacré la **prise d'acte de la rupture par le salarié** comme un mode de rupture spécifique :

¹ « Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement » (*Dr. soc.*, 1981, p. 207).

² Soc., 4 janvier 1980, pourvoi n° 78-41.420, *Bull.* 1980, V, n° 10 : « Mais attendu, d'une part, que l'arrêt attaqué a constaté que X... était dans l'incapacité totale et définitive d'exercer une profession quelconque et par suite d'exécuter les obligations découlant de son contrat de travail, ce dont il résulte que la rupture de celui-ci [notifiée par l'employeur] n'était pas imputable à l'employeur [...] ».

³ Soc., 9 février 1989, pourvoi n° 86-40.939, *Bull.* 1989, V, n° 113 ; Soc., 30 mai 2000, pourvoi n° 98-40.265, *Bull.* 2000, V, n° 207 : « [...] alors qu'à défaut d'une démission de la salariée, il était impossible de lui imputer la responsabilité de la rupture du contrat de travail ».

⁴ Soc., 29 novembre 1990, pourvoi n° 88-44308, *Bull.* 1990, V, n° 598, *Dr. social* 1991, p. 99, note J. Savatier ; Soc., 30 avril 1997, pourvoi n° 94-42154, *Bull.* 1997, V, n° 150 : « Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la lettre de licenciement se bornait à faire état d'une baisse d'activité, ce qui ne constituait pas l'énoncé du motif exigé par la loi, a décidé, à bon droit, que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse ».

⁵ Soc., 20 janvier 1998, pourvoi n° 95-43.350, *Bull.* 1998, V, n° 21.

⁶ Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 98-46.411, *Bull.* 2001, V, n° 89 : « Attendu que l'employeur, qui dispose du droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée par la voie du licenciement, en respectant les garanties légales, n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire dudit contrat » ; Soc., 25 juin 2003, pourvoi n° 01-41.150, *Bull.* 2003, V, n° 208 : « [...] l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail ou qui le considère comme rompu du fait du salarié doit mettre en œuvre la procédure de licenciement ; qu'à défaut, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

⁷ Soc., 26 septembre 2002, pourvoi n° 00-41.823, *Bull.* 2002, V, n° 284 : « [...] une démission ne peut résulter que d'une manifestation non équivoque de volonté de la part du salarié, laquelle n'est pas caractérisée lorsque le salarié prend acte de la rupture de son contrat en reprochant à l'employeur de n'avoir pas respecté ses obligations contractuelles, même si, en définitive les griefs invoqués ne sont pas fondés » ; « D'où il suit [...] que M. Mocka n'avait pas manifesté une volonté non équivoque de démissionner, ce dont il résulte que la rupture de son contrat de travail [...] s'analyse en un licenciement qui, non motivé, est sans cause réelle et sérieuse ».

⁸ Soc., 25 juin 2003, pourvois n° 01-42.335 et n° 01-42.679, *Bull.* 2003, V, n° 209, et pourvoi n° 01-43.578, *Bull.* 2003, V, n° 203.

« [...] lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission »⁹.

Soucieuse de donner à la prise d'acte une identité (« cette rupture ») qui la distingue du licenciement (rupture à l'initiative de l'employeur) et surtout de la démission¹⁰ (acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail), la Cour de cassation n'a pas pour autant « *entendu créer [avec la résiliation judiciaire] de nouvelles catégories juridiques stricto sensu. Elle a veillé à rattacher ces modes alternatifs de rupture aux deux standards fondamentaux du droit du travail : licenciement et démission* »¹¹.

C'est ainsi que la prise d'acte de la rupture et la résiliation judiciaire se sont durablement installées dans le paysage de la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié et que la chambre sociale en a, par touches successives, précisé le régime.

Pour mémoire, il sera rappelé que si la prise d'acte de la rupture emporte la **cessation immédiate** du contrat de travail¹² et ne peut être rétractée¹³, la demande de résiliation judiciaire **laisse subsister le contrat de travail**, qui n'est résilié qu'à la date à laquelle le juge se prononce, dès lors qu'à cette date, le salarié est toujours au service de l'employeur¹⁴. De cette différence essentielle entre les deux modes de rupture, la chambre sociale a tiré une série de conséquences, notamment sur leur articulation avec d'autres modes de rupture¹⁵.

Distinctes dans leurs effets immédiats sur le contrat de travail, **résiliation judiciaire et prise d'acte s'unissent dans les causes de la rupture**¹⁶ et c'est précisément sur ces causes que s'est concentré l'essentiel d'un contentieux particulièrement nourri qui a conduit la chambre sociale à s'interroger sur **l'étendue de son contrôle** et sur **les contours de la notion de faute ou manquement de nature à justifier la prise d'acte ou la résiliation judiciaire du contrat** de travail aux torts de l'employeur.

Les arrêts des 26 mars et 12 juin 2014 lui ont donné l'occasion d'ajuster sa jurisprudence.

I. - Le manquement suffisamment grave pour justifier la rupture aux torts de l'employeur : une notion en quête d'identité

Un consensus jurisprudentiel et doctrinal s'est immédiatement installé autour de l'idée que les manquements à l'origine de la prise d'acte ou de l'action en résiliation judiciaire doivent être **suffisamment graves** pour justifier une rupture imputable à l'employeur¹⁷.

Il serait vain de dresser ici une liste des manquements ou fautes de l'employeur ayant été retenus comme répondant à cette exigence.

Qu'il s'agisse de manquements à ses **obligations nées du contrat** (paiement du salaire, fourniture du travail, modification unilatérale) ou à la **réglementation du travail entendue au sens le plus large du terme** (obligation de sécurité, repos hebdomadaire, heures supplémentaires...), il n'en est guère qui n'ait été soumis aux juges comme susceptible de justifier une prise d'acte ou une résiliation judiciaire¹⁸. Il était très régulièrement affirmé dans nos arrêts que l'existence et le degré de gravité des manquements reprochés à l'employeur relevaient de **l'appréciation souveraine des juges du fond**¹⁹, au risque d'ailleurs de solutions opposées dans des situations de fait très proches²⁰, mais, régulièrement, la Cour de cassation *reprenait la main* lorsqu'étaient en cause des **règles essentielles de droit du travail** résultant de la loi ou de la jurisprudence.

C'est ainsi qu'exerçant un contrôle dit **lourd**, elle a été conduite à dégager des hypothèses de manquements qui, par leur nature, leur gravité intrinsèque, justifiaient la rupture aux torts de l'employeur : modification unilatérale du contrat de travail et absence de fourniture du travail²¹, non-respect du minimum conventionnel²², atteinte à l'intégrité physique du salarié²³, manquement à l'obligation de sécurité de résultat²⁴.

⁹ G. Couturier et J.-E. Ray, « Autolicensing : dérives et revirement (à propos des arrêts des 25 juin et 8 juillet 2003) », *Dr. soc.* 2003, p. 817.

¹⁰ C'est bien ainsi que la doctrine l'a entendu : « *Les arrêts rendus le 25 juin 2003 consacrent un nouveau mode de rupture du contrat de travail qui, tout en entraînant, selon les circonstances, soit les effets d'une démission soit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne se confond ni avec l'un, ni avec l'autre* » (*Grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, éd. 2008).

¹¹ Agnès Martinel, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation, *Semaine sociale Lamy*, n° 1274.

¹² Soc., 20 janvier 2010, pourvoi n° 08-43.476, *Bull.* 2010, V, n° 17.

¹³ Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 12-15.974, *Bull.* 2013 V, n° 138.

¹⁴ Soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-24.951, *Bull.* 2014, V, n° 37 ; Soc., 11 janvier 2007, n° 05-40.626, *Bull.* 2007, V, n° 6.

¹⁵ Soc., 8 juin 2005, pourvoi n° 03-43.321, *Bull.* 2005, V, n° 194 : licenciement intervenant postérieurement à la prise d'acte ; Soc., 16 février 2005, pourvoi n° 02-46.649, *Bull.* 2005, V, n° 54, et Soc., 26 avril 2006, pourvoi n° 05-43.591, *Bull.* 2006, V, n° 147 : licenciement postérieur à l'introduction d'une demande en résiliation judiciaire du salarié.

¹⁶ Philippe Flores : « Prise d'acte et résiliation judiciaire du contrat de travail : les nouveaux atours de la jurisprudence », *Revue de droit du travail* 2014, p. 447.

¹⁷ Soc., 19 janvier 2005, pourvoi n° 03-45.018, *Bull.* 2005 V, n° 12 : « *qu'ayant ainsi retenu qu'en l'absence de faits suffisamment graves pour justifier la rupture aux torts de l'employeur, la prise d'acte du salarié avait les effets d'une démission, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* » ; J.-Y. Frouin, « La notion de faits justifiant la prise d'acte de la rupture par le salarié aux torts de l'employeur », *Les cahiers sociaux*, n° 253, juin 2013 ; Soc., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-46.278.

¹⁸ Pour de nombreux exemples tirés de la jurisprudence, voir J.-Y. Frouin, précité.

¹⁹ « *Mais attendu que c'est par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis que la cour d'appel a estimé que les griefs formulés par le salarié à l'encontre de son employeur à l'appui de sa prise d'acte étaient suffisamment graves pour justifier la rupture du contrat de travail* » (Soc., 4 février 2009, pourvoi n° 07-44.431 ; également : Soc., 16 novembre 2004, pourvoi n° 02-46.048, *Bull.* V, n° 287 ; Soc., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-46.278 ; Soc., 24 sept. 2008, pourvoi n° 07-41.328).

²⁰ Voir, sur le défaut de paiement des heures supplémentaires : Soc., 16 mars 2011, pourvoi n° 08-42.218 ; Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-13.959.

²¹ Soc., 5 mai 2010, pourvoi n° 07-45.409, *Bull.* 2010, V, n° 102 ; Soc., 4 février 2009, pourvoi n° 08-40.611 ; Soc., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-65.254, *Bull.* 2010, V, n° 252.

²² Soc., 26 octobre 2011, pourvoi n° 10-17.396.

²³ Soc., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-43.327, *Bull.* 2007, V, n° 177.

²⁴ Soc., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-41.519, *Bull.* 2009, V, n° 147.

Mais, comme l'a souligné Philippe Florès²⁵, « *malgré l'apparente simplicité de cette liste, l'objectif de prévisibilité et de sécurité n'était pas atteint* », ne serait-ce que « *parce que n'étant pas exhaustive, elle facilitait les discussions casuistiques, de sorte que chaque nouveau cas pouvait prêter à discussion et nécessiter la saisine de la Cour de cassation* ».

Cette question cruciale du contrôle de la Cour de cassation méritait une clarification²⁶.

Autre source de difficulté à l'origine de l'afflux des dossiers qui remontent jusqu'à la Haute juridiction, **l'imprécision de la notion de fait suffisamment grave** susceptible de justifier la prise d'acte ou la résiliation judiciaire, difficulté mise en évidence par la question de son articulation avec des solutions jurisprudentielles bien établies et les risques de contradiction qui en découlent, notamment en matière d'obligation de sécurité et de modification du contrat de travail²⁷.

Les affaires tranchées par les arrêts des 26 mars et 12 juin 2014 étaient à cet égard exemplaires.

II. - Le critère décisif de l'incidence du manquement sur la poursuite du contrat de travail

Les trois arrêts rendus le 26 mars 2014 concernaient respectivement une prise d'acte en raison de divers manquements allégués, parmi lesquels le défaut de visite médicale d'embauche et deux demandes en résiliation judiciaire fondées, l'une, sur l'absence de visite de reprise, l'autre, sur une suspension de fonctions sans fondement juridique.

Dans les deux litiges tranchés le 12 juin 2014, les salariés invoquaient, à l'appui de leur demande en résiliation judiciaire, la modification de leur rémunération.

Ces affaires ont pour dénominateur commun que **les faits reprochés à l'employeur se rapportaient tous, directement ou indirectement, à des manquements que notre jurisprudence a maintes fois eu l'occasion de considérer comme étant de nature à justifier la rupture aux torts de l'employeur : manquement à l'obligation de sécurité de résultat, à laquelle participe le respect des visites médicales obligatoires²⁸, manquement à l'obligation essentielle de fourniture du travail et modification unilatérale du contrat de travail²⁹.**

Or tous les salariés ont été déboutés de leurs demandes, les juges du fond retenant, en substance, l'ancienneté des manquements et leur non-réitération, un dysfonctionnement des services administratifs et la faiblesse de l'atteinte portée à la rémunération contractuelle, pour en conclure qu'aucun des faits invoqués ne faisait obstacle à la poursuite du contrat de travail.

Sur les cinq arrêts attaqués, seul a été censuré celui qui a refusé de voir dans la suspension de fonctions un manquement suffisamment grave pour justifier une résiliation : « *qu'en statuant ainsi alors qu'elle avait constaté que la mesure de suspension n'était fondée sur aucune disposition légale, ce dont il résultait que l'employeur avait commis un manquement rendant impossible la poursuite du contrat de travail, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé* » (Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-21.372, Bull. 2014, V, n° 86).

Tous les autres pourvois ont fait l'objet d'arrêts de rejet :

- « *la cour d'appel, qui a retenu que les manquements de l'employeur étaient pour la plupart anciens, faisant ainsi ressortir qu'ils n'avaient pas empêché la poursuite du contrat de travail, a légalement justifié sa décision* » (Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-23.634, Bull. 2014, V, n° 85) ;

- « *la cour d'appel, qui a relevé que l'absence de visite médicale de reprise procédait d'une erreur des services administratifs de l'employeur qui n'avait pas été commise lors des précédents arrêts de travail et qu'elle n'avait pas empêché la poursuite du contrat de travail pendant plusieurs mois, a légalement justifié sa décision* » (Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-35.040, Bull. 2014, V, n° 87) ;

- « *la cour d'appel, qui a constaté que la créance de salaire résultant de la modification unilatérale du contrat de travail représentait une faible partie de la rémunération, a pu décider que ce manquement de l'employeur n'empêchait pas la poursuite du contrat de travail* » (Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 12-29.063, Bull. 2014, V, n° 140) ;

- « *qu'ayant constaté que la modification appliquée n'avait pas exercé d'influence défavorable sur le montant de la rémunération perçue par le salarié pendant plusieurs années, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir qu'elle n'était pas de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail, n'encourt pas les griefs du moyen* » (Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-11.448, Bull. 2014, V, n° 139).

Les enseignements principaux à tirer de ces arrêts tiennent à la notion de manquement suffisamment grave pour justifier une prise d'acte ou une résiliation judiciaire aux torts de l'employeur et à la nature du contrôle que nous entendons exercer en la matière.

²⁵ « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire du contrat de travail : les nouveaux atours de la jurisprudence », *Revue de droit du travail* 2014, p. 447.

²⁶ J.-Y. Frouin, « La notion de faits justifiant la prise d'acte de la rupture par le salarié aux torts de l'employeur », *Les cahiers sociaux*, n° 253, juin 2013.

²⁷ Illustration : l'absence de visite de reprise constituant un manquement à l'obligation de sécurité de résultat, qui lui-même justifie la prise d'acte, l'absence de visite de reprise justifie la prise d'acte (Soc., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-41.519, Bull. 2009, V, n° 147).

²⁸ Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 05-41.555, Bull. 2006, V, n° 87 ; Soc., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-41.519, Bull. 2009, V, n° 147.

²⁹ Soc., 5 mai 2010, pourvoi n° 07-45.409, Bull. 2010, V, n° 102.

a) Un manquement empêchant la poursuite du contrat de travail

Pour reprendre les termes du doyen Pierre Bailly³⁰, ces arrêts doivent être appréhendés comme un ajustement de notre jurisprudence.

Comme il a été dit plus haut, s'il a été très vite acquis que les manquements à l'origine de la prise d'acte ou de l'action en résiliation judiciaire devaient être **suffisamment graves** pour justifier une rupture imputable à l'employeur, les incertitudes de notre jurisprudence tenaient pour beaucoup à **l'absence de critère de qualification de cette gravité**.

Déjà présent dans nombre de nos décisions³¹ et dans celles de la troisième chambre civile³², ce critère émerge nettement dans les arrêts du 26 mars et du 12 juin 2014 comme critère exclusif : il tient à l'incidence du manquement allégué sur la poursuite des relations contractuelles.

Le fait ou manquement suffisamment grave pour justifier la prise d'acte ou la résiliation judiciaire est celui qui empêche la poursuite du contrat de travail, dont la gravité est telle qu'il est de nature à rendre impossible pour le salarié la poursuite des relations contractuelles.

Pour autant, la qualification de manquement suffisamment grave ne saurait dépendre **exclusivement** de la célérité du salarié à réagir : là se situe la limite à son assimilation à la faute grave du salarié privative du préavis et de l'indemnité de licenciement. Si l'exécution du préavis ou le retard mis par l'employeur à engager la procédure de licenciement disqualifient immanquablement la faute grave, il n'est pas possible d'opposer au salarié sa capacité de résistance aux manquements dont il a été victime.

Cette problématique du temps qui peut s'écouler après le manquement incriminé³³ était au centre du dossier qui a donné lieu à l'arrêt sur la compatibilité d'une prise d'acte avec l'exécution d'un préavis. La Cour de cassation a répondu en rappelant que « *si la prise d'acte entraîne la cessation immédiate du contrat de travail, de sorte que le salarié n'est pas tenu d'exécuter un préavis, la circonstance que le salarié a spontanément accompli ou offert d'accomplir celui-ci est sans incidence sur l'appréciation de la gravité des manquements invoqués à l'appui de la prise d'acte* »³⁴.

Aussi bien est-ce **associé à d'autres éléments factuels**³⁵ que le **facteur temporel devrait intervenir dans l'appréciation de la gravité des manquements reprochés**.

b) L'unification du contrôle de la Cour de cassation

La nouvelle approche inaugurée avec les arrêts du 26 mars 2014 suppose la prise en compte d'éléments contextuels que les juges du fond sont les mieux à même d'apprécier. Aussi la Cour de cassation atténue-t-elle son contrôle pour ce qui constituait des causes automatiques d'imputabilité à l'employeur, jusqu'alors soumises à un contrôle « lourd ». Mais elle écarte tout pouvoir souverain des juges du fond au profit d'un **contrôle léger**³⁶, lequel se signale par la reprise dans l'arrêt des principaux éléments de faits au vu desquels la Cour de cassation décide de la solution à adopter.

Il s'agit en quelque sorte d'un contrôle **limité aux erreurs les plus manifestes d'appréciation**, la censure intervenant **faute pour les juges du fond d'avoir tiré les conséquences légales de leurs constatations**.

Cette nouvelle approche a fait l'objet de nombreux commentaires, plus ou moins critiques³⁷. Les arrêts rendus depuis lors ne témoignent pas d'un bouleversement dans l'analyse de la gravité des manquements telle qu'elle prévalait antérieurement³⁸.

Un arrêt du 11 mars 2015³⁹ en fournit une illustration : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que la salariée avait été victime d'un harcèlement moral et sexuel dans l'entreprise, la cour d'appel, à laquelle il appartenait dès lors d'apprécier si ce manquement avait empêché la poursuite du contrat de travail, a violé les textes susvisés* ».

III. - Le manquement suffisamment grave confronté au régime de la modification du contrat de travail

Les arrêts du 12 juin 2014 ont pu susciter de légitimes interrogations sur ce qu'ils laissent subsister du droit de la modification du contrat de travail.

³⁰ Dans une interview à la *Semaine sociale Lamy*, n° 1635, du 16 juin 2014.

³¹ Déjà Soc., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-43.719 « [...] la cour d'appel, qui a retenu à bon droit que le salarié ne pouvait être tenu de poursuivre l'exécution du contrat de travail dans ces conditions, a pu décider que la rupture du contrat de travail dont il avait pris l'initiative s'analysait en un licenciement » ; Soc., 30 mars 2010, pourvoi n° 08-44.236, *Bull.* 2010, V, n° 80 : « Attendu que la prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur qui empêche la poursuite du contrat de travail » ; Soc., 23 novembre 2010, pourvoi n° 09-42.748 ; Soc., 26 février 2013, pourvoi n° 11-23.329.

³² 3^e Civ., 29 avril 1987, pourvoi n° 84-17.021, *Bull.* 1987, III, n° 93.

³³ Frédéric Géa, « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire : vers une déconstruction de la jurisprudence ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1625, 7 avril 2014.

³⁴ Soc., 2 juin 2010, pourvoi n° 09-40.215, *Bull.* 2010, V, n° 128.

³⁵ Notamment si l'employeur a mis le temps écoulé pour régulariser la situation : « [...] la cour d'appel ne statue pas par des motifs inopérants en estimant que les manquements imputés par la salariée à l'employeur, dont elle a constaté l'entière régularisation au jour de la décision, n'étaient pas d'une gravité suffisante pour justifier la résiliation du contrat de travail » (Soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-24.951, *Bull.* 2014, V, n° 37).

³⁶ P. Flores, « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire du contrat de travail : les nouveaux atours de la jurisprudence », article précité.

³⁷ F. Géa, déjà cité ; J. Mouly, « La prise d'acte : un mode de rupture à préserver », *Dr. soc.* 2014 p. 821 ; A. Fabre, « Manquements contractuels de l'employeur : quelles alternatives à la rupture ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1640, 21 juillet 2014.

³⁸ Soc., 15 mai 2014, pourvoi n° 12-29.746 ; Soc., 14 mai 2014, pourvoi n° 13-10.913 ; Soc., 16 novembre 2014, pourvoi n° 13-22.686 ; Soc., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-12.472.

³⁹ Soc., 11 mars 2015, pourvoi n° 13-18.603, P + B ; pour dire la prise d'acte non justifiée, les juges du fond avaient retenu que l'employeur, dès qu'il avait eu connaissance des faits avérés de harcèlement, avait pris les mesures nécessaires pour les faire cesser, de sorte qu'il n'avait pas manqué à son obligation de sécurité.

Ne viennent-ils pas perturber l'ordonnancement d'une jurisprudence qui, depuis l'arrêt Raquin⁴⁰, veut qu'une modification du contrat de travail, quelle que soit son intensité et ses conséquences, préjudiciables ou non au salarié⁴¹, ne puisse lui être imposée, que son silence ne vaut pas acceptation et que le passage en force de l'employeur s'analyse en un licenciement⁴², nécessairement sans cause réelle et sérieuse faute d'une lettre de licenciement motivée ?

C'est ce qui avait, encore récemment, conduit la chambre sociale à affirmer qu'une cour d'appel qui constate que la rémunération contractuelle d'un salarié a été modifiée sans son accord doit en déduire que la prise d'acte est justifiée et la résiliation judiciaire fondée, peu important que le nouveau mode de rémunération soit plus avantageux⁴³.

Il est certain que les arrêts du 12 juin 2014 marquent un infléchissement de la jurisprudence puisque, dans les deux cas, l'employeur avait touché à la rémunération des salariés (réduction d'un taux de commissionnement et modification de la rémunération, constituée d'un fixe et d'un variable).

Mais la chambre sociale a considéré que les cours d'appel, qui, ayant, pour l'une, constaté que **la création de salaire résultant de la modification unilatérale du contrat de travail représentait une faible partie de la rémunération** et, pour l'autre, que **la modification n'avait pas exercé d'influence défavorable sur le montant de la rémunération perçue pendant plusieurs années**, avaient pu décider (avaient fait ressortir) que ces manquements n'empêchaient pas la poursuite du contrat de travail.

Outre la distinction désormais opérante entre la modification du contrat et la gravité du manquement, il faut y voir le **prolongement logique des arrêts du 26 mars 2014**, dont on a vu qu'ils instaurent un contrôle léger de la gravité du manquement : de leurs constatations, les juges ont pu déduire que les manquements de l'employeur à ses obligations contractuelles n'empêchaient pas la poursuite du contrat de travail.

Pour le reste, **l'essentiel du droit positif sur l'identification de la modification du contrat de travail et sur son régime est préservé** : celle-ci est constituée, quelle que soit son ampleur et ses conséquences, le fait de l'imposer au salarié, voire de passer outre son refus, constitue un manquement de l'employeur. Enfin, un licenciement fondé sur le seul refus d'une telle modification demeure sans cause réelle et sérieuse⁴⁴.

Mais, s'agissant **des conséquences que le salarié peut tirer du manquement ainsi constaté, les voies de la prise d'acte ou de l'action en résiliation judiciaire peuvent ne plus être appropriées**.

Un arrêt du 14 janvier 1988⁴⁵, qui fait partie des suites de la jurisprudence Raquin, énonce : « *Attendu que la modification qu'avait refusée la salariée ne pouvait résulter de la poursuite par elle du travail alors que c'était à l'employeur, ou de prendre la responsabilité d'une rupture, ou de rétablir l'intéressée dans ses droits* ».

Dans ces affaires, comme dans beaucoup d'autres, les juges ont privilégié le rétablissement du salarié dans ses droits⁴⁶.

Le caractère mécanique de l'équation jurisprudentielle : modification unilatérale du contrat de travail = résiliation judiciaire ou prise d'acte justifiée = licenciement sans cause réelle et sérieuse a bel et bien vécu.

Faut-il s'en offusquer ? D'aucuns ont parlé de « *retour à la case départ* ». Peut-être serait-il plus juste de parler d'un *retour aux sources* de ce qui a présidé à l'émergence de ces voies alternatives de rupture, à savoir permettre au salarié de sortir d'un contrat dont l'exécution devient impossible du fait des manquements de l'employeur et qui, pour reprendre la formule de professeur Blanc-Jouvan, « *n'a plus d'autre ressource que de se faire justice lui-même* » ?

⁴⁰ Soc., 8 octobre 1987, pourvoi n° 84-41.902, *Bull.* 1987, V, n° 541.

⁴¹ Soc., 28 janvier 1998, pourvoi n° 95-40.275, *Bull.* 1998, V, n° 40.

⁴² Soc., 4 janvier 1996, pourvoi n° 92-40.440, *Bull.* 1996, V, n° 2.

⁴³ Soc., 5 mai 2010, pourvoi n° 07-45.409, *Bull.* 2010, V, n° 102 (prise d'acte); Soc., 12 janvier 2011, pourvoi n° 09-71.366 (résiliation judiciaire).

⁴⁴ Soc., 27 février 2001, pourvoi n° 99-40.219, *Bull.* 2001, V, n° 60.

⁴⁵ Soc., 14 janvier 1988, pourvoi n° 85-43.742, *Bull.* 1988, V, n° 41.

⁴⁶ Conformément au droit commun de l'article 1184 du code civil.

Regard sur le « nouveau » régime de la prise d'acte et de la résiliation judiciaire

Alexandre Fabre,

professeur à l'université d'Artois, faculté de droit de Douai

« Il n'y a de nouveau que ce qui a vécu ». Cette formule, figurant en épigraphe de *Rétrospective*, une célèbre revue d'histoire de l'art et de la littérature parue au début du XX^e siècle, sied parfaitement à la prise d'acte et à la résiliation judiciaire. L'une et l'autre sont loin d'être des nouvelles venues en droit du travail. La première a éclos dans les années 1980, avant d'être pleinement consacrée en 2003¹ ; quant à la seconde, dont les racines remontent au code civil, elle a longtemps constitué la seule voie de rupture du contrat de travail pour inexécution. Pourtant, c'est bien un vent nouveau qui souffle depuis quelques mois sur ces deux modes de rupture. Et cette impression de nouveauté vient précisément du fait que leurs régimes jurisprudentiels ont vécu. Tout leur régime ? Non. La Cour de cassation n'est pas revenue sur les règles qui leur sont propres, comme l'absence de formalisme de la prise d'acte et la date d'effet de la résiliation judiciaire. Elle n'a pas modifié, non plus, leurs règles d'articulation, aussi bien entre elles qu'avec un licenciement postérieur ou une démission concomitante². Sont par ailleurs restées inchangées les conséquences indemnitaires qui leur sont attachées. La « nouveauté » ne concerne, en définitive, qu'un seul aspect de leur régime, et non des moindres : celui relatif à la justification de la rupture.

Du reste, ce n'est pas un hasard s'il s'agit d'une évolution conjointe. Même si la prise d'acte et la résiliation judiciaire répondent à des logiques différentes (la première emporte, on le sait, « *cessation immédiate* » du contrat de travail, tandis que la seconde est suspendue à une décision de justice)³, toutes deux appartiennent à la famille des *ruptures contentieuses pour inexécution*. Ruptures pour inexécution d'abord, parce que le salarié invoque un manquement de l'employeur à ses obligations pour rompre ou demander la rupture. Ruptures contentieuses ensuite, parce que, à un moment ou à un autre, c'est bien vers le juge que le salarié est contraint de se tourner pour faire sanctionner l'inexécution du contrat : soit *a posteriori*, lorsque la rupture est consommée (prise d'acte)⁴, soit *a priori*, lorsque la rupture est demandée (résiliation judiciaire).

Le changement date du printemps 2014. Par plusieurs décisions du 26 mars⁵, la Cour de cassation a opéré un tournant dans sa construction prétorienne en modifiant les conditions de justification et de contrôle de la résiliation judiciaire et de la prise d'acte⁶. Plus d'un an après, l'heure est venue de dresser un premier bilan : ces arrêts ont-ils simplement apporté des ajustements rendus nécessaires par une certaine évolution de la jurisprudence ou ont-ils introduit des changements plus profonds modifiant jusqu'à l'esprit de ces deux modes de rupture ? Ruptures renouvelées ou nouvelles ruptures ?

Répondre à cette interrogation suppose de soumettre la jurisprudence de la Cour de cassation à un examen critique : après avoir porté quelques *appréciations* sur le virage opéré (I), il conviendra de s'interroger sur les *alternatives* possibles (II).

I. - Appréciations

Quelles appréciations porter sur le nouveau régime de la prise d'acte et de la résiliation judiciaire ? Cela dépend en réalité de l'objet étudié. Car ce sont bien deux changements qui procèdent des arrêts du 26 mars 2014 et des suivants : le premier affectant la justification de la rupture (A), le second ayant trait au contrôle de la Cour de cassation (B).

A. - La justification de la rupture

Désormais, la condition de justification de la prise d'acte et de la résiliation judiciaire est ainsi libellée : il faut que l'employeur se soit rendu coupable de « *manquement(s) suffisamment grave(s) empêchant la poursuite du contrat de travail* »⁷. Disons-le d'emblée, la nouveauté ne réside pas dans l'exigence d'un « *manquement suffisamment grave* ».

¹ Soc., 25 juin 2003, pourvois n° 01-42.335 et n° 01-43.578, *Bull.* 2003, V, n° 209. Sur ces arrêts, v. G. Couturier et J.-E. Ray, « Autoliquidation : dérives et revirement (à propos des arrêts du 25 juin 2003 et 8 juillet 2003) », *Dr. soc.* 2003, p. 817 ; J.-Y. Frouin, « Rupture du contrat de travail : prise d'acte de l'employeur ou par le salarié », *RJS*, 8-9/03, p. 647 ; J. Péliissier, « La prise d'acte de rupture du contrat de travail par le salarié », *D.* 2003, p. 2397. Sur l'évolution du régime depuis lors, v. F. Géa, « La prise d'acte de la rupture, dynamique d'une construction jurisprudentielle », *RJS*, 8-9/2010, p. 559.

² Sur cette question tout particulièrement, v. G. Loiseau, « L'articulation des modes de rupture du contrat de travail », *Cahiers sociaux*, mai 2015, p. 296.

³ Sur les différences entre les différentes ruptures à l'initiative ou avec le concours du salarié, v. F. Géa, « Rompre. Réflexions sur la volonté du salarié de rompre son contrat », in *La volonté du salarié*, dir. T. Sachs, Dalloz 2012, p. 133.

⁴ En cela, la prise d'acte se rapproche de la résolution unilatérale pour inexécution consacrée par la première chambre civile à la fin des années 1990 (1^{re} Civ., 13 octobre 1998, pourvoi n° 96-21.485, *Bull.* 1998, I, n° 300 ; 1^{re} Civ., 20 février 2001, pourvoi n° 99-15.170, *Bull.* 2001, I, n° 40).

⁵ Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-23.634, *Bull.* 2014, V, n° 85 ; Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-21.372, *Bull.* 2014, V, n° 86 ; Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-35.040, *Bull.* 2014, V, n° 87. Sur ces arrêts, v. F. Géa, *SSL* 2014, n° 1625, p. 10 ; G. Auzero, *Lexbase Hebdo*, éd. soc., n° 567, du 17 avril 2014 ; A. Barège, *JCP* 2014, éd. S 1268.

⁶ Depuis, Ph. Florès, « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire du contrat de travail : les nouveaux atours de la jurisprudence », *RDT* 2014, p. 447 ; J. Mouly, « La prise d'acte : un mode de rupture à préserver », *Dr. soc.* 2014, p. 821 ; L. Driguez, « Une brèche dans le rempart contractuel de la rémunération des salariés », *D.* 2014, p. 1628.

⁷ V. par ex. Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-23.634, *Bull.* 2014, V, n° 85 ; Soc., 9 juillet 2014, pourvoi n° 13-11.756 ; Soc., 18 février 2015, pourvoi n° 13-21.804.

Cette condition est ancienne, tellement ancienne d'ailleurs qu'elle était présente dès la fin du XIX^e siècle dans la jurisprudence civile sur la résolution judiciaire. Ainsi, dans un arrêt du 2 avril 1891⁸, la Cour de cassation invitait déjà les juges du fond à vérifier si « *l'inexécution a assez d'importance pour entraîner la résolution du contrat* ». Au siècle suivant, l'exigence a muté : pour justifier la rupture, l'inexécution ne devait plus revêtir une certaine importance, mais être « *suffisamment grave* » ou d'une « *gravité suffisante* ». Mais, au fond, l'idée était la même : « *la bonne foi comme la sécurité des transactions postulent qu'un cocontractant ne puisse prendre prétexte de la moindre bavure dans l'exécution d'un contrat pour obtenir la résolution : il faut justifier d'une inexécution grave* »⁹. Cette condition fit tellement consensus qu'elle ne tarda pas à devenir le point de ralliement des jurisprudences civile, commerciale et sociale de la Cour de cassation¹⁰. Jusqu'aux arrêts du printemps 2014, les ruptures contentieuses pour inexécution étaient soumises à une exigence commune : quelles qu'elles soient (résolution judiciaire, résolution unilatérale et prise d'acte), toutes se retrouvaient derrière l'exigence d'un manquement suffisamment grave¹¹.

Or, c'est bien cette unité que sont venus briser les arrêts du 26 mars 2014. Alors que les autres chambres sont restées fidèles à la condition ancestrale liée à la gravité du manquement¹², la chambre sociale a fait le choix d'assortir cette condition d'un critère de finalité : il faut que le manquement soit suffisamment grave « *pour empêcher la poursuite du contrat de travail* »¹³.

Est-ce vraiment une nouveauté ? Cette précision n'était-elle pas formulée de façon elliptique dans les arrêts antérieurs ? Exiger un manquement suffisamment grave, n'était-ce pas sous-entendre qu'il devait l'être pour justifier la rupture du contrat ? Dès lors, en apportant cette précision, la Cour de cassation n'aurait rien fait d'autre que d'explicitier le critère d'appréciation de cette notion clef qu'est la gravité du manquement. Reste que la formule choisie n'est précisément pas celle que l'on trouvait antérieurement dans la jurisprudence sociale, ou encore aujourd'hui dans les jurisprudences civile et commerciale : la Cour ne dit pas que le manquement doit être suffisamment grave pour justifier la rupture¹⁴, mais qu'il doit l'être pour empêcher la poursuite du contrat.

Joue-t-on sur les mots ? Pas vraiment. Pour une partie de la doctrine¹⁵, cette formule aligne la compréhension du manquement de l'employeur sur la notion de faute grave du salarié¹⁶. Autrement dit, pour pouvoir justifier une prise d'acte ou une résiliation judiciaire, il faudrait pouvoir démontrer que l'employeur a commis une faute rendant « *impossible le maintien du salarié dans l'entreprise* »¹⁷. Ce parallèle obligerait donc le juge à suivre le même raisonnement dans les deux cas. Il lui faudrait tenir compte des mêmes indices, et tout particulièrement de celui lié à la vitesse de réaction du salarié, comme c'est le cas déjà lorsque c'est l'employeur qui invoque une faute grave. L'idée est apparemment pleine de bon sens : comment un salarié peut-il soutenir sérieusement que le manquement de l'employeur est de nature à empêcher la poursuite du contrat s'il a pris acte de la rupture ou demandé la résiliation judiciaire plusieurs mois après les faits ? Même interrogation dans l'hypothèse où, bien qu'ayant pris acte, le salarié accomplit ou propose d'accomplir un préavis - ce qu'il n'est évidemment pas tenu de faire.

Ces interrogations sont parfaitement légitimes et méritent à coup sûr d'être posées. Il n'est pas sûr cependant qu'elles exigent un détour par la notion de faute grave. En dehors de l'hypothèse du contrat à durée déterminée¹⁸, le parallèle nous semble plus perturbateur qu'autre chose. C'est qu'il n'y a rien de comparable entre la situation d'un employeur qui licencie pour faute grave et celle d'un salarié qui prend acte ou qui demande la résiliation judiciaire de son contrat. Par conséquent, il nous paraît indispensable de dissocier la notion de manquement suffisamment grave empêchant la poursuite du contrat de celle de faute grave du salarié.

En réalité, le critère nouvellement posé par la Cour de cassation évoque plutôt la cause sérieuse de licenciement. Pour reprendre la définition proposée par le ministre du travail en 1973, et en la transposant aux ruptures pour inexécution, il conviendrait de s'assurer que le manquement de l'employeur revêt « *une certaine gravité* [rendant] *impossible la continuation du travail* »¹⁹. En somme, exiger un manquement suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat fonde un contrôle de proportionnalité entre le manquement et la rupture : la seconde est-elle la sanction appropriée du premier ? La difficulté vient alors de ce que ce contrôle est susceptible de deux acceptions.

- Le juge doit-il vérifier que le manquement de l'employeur a **concrètement** empêché le salarié de poursuivre l'exécution du contrat, auquel cas il pourra prendre en compte certains indices, comme par exemple le temps de réaction du salarié ou le fait qu'il s'agisse d'un manquement isolé ;

- ou le juge doit-il se demander si le manquement de l'employeur était **de nature** à empêcher la poursuite du contrat, questionnement qui le conduira davantage à évaluer la gravité intrinsèque du manquement constaté ?

⁸ Civ., 14 avril 1891, DP 1891, 1, p. 329, note Planiol ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd., 2008, n° 179, p. 261.

⁹ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Lexisnexis, 12^e éd., n° 516.

¹⁰ La condition semble même avoir franchi les frontières des deux ordres de juridiction, comme en témoigne son application récente par le Conseil d'État : CE, 26 février 2014, requête n° 365546 (à propos de la rupture d'un marché public).

¹¹ Cette condition fait tellement consensus qu'elle figure en bonne place dans tous les projets de réforme des obligations (anciennement projet Catala, article 1158 ; projet de la chancellerie, article 165 ; actuel projet de réforme de droit des contrats, article 1224) et dans les codifications supranationales (PEDC article 9.301 ; Unidroit, article 7.3.1).

¹² 1^{re} Civ., 20 mars 2014, pourvoi n° 12-27.943 : « *manquement d'une gravité suffisante pour justifier la rupture* » ; 1^{re} Civ., 18 février 2015, pourvoi n° 14-50.053 : « *fautes [...] suffisamment graves pour justifier que le contrat fût résilié aux torts de [...]* » ; Com., 24 juin 2014, pourvoi n° 12-27.908 : « *manquement d'une gravité tel qu'il justifiait la résiliation unilatérale et immédiate du contrat* ».

¹³ Déjà en ce sens : Soc., 30 mars 2010, pourvoi n° 08-44.236, Bull. 2010, V, n° 80 ; Soc., 26 février 2013, pourvoi n° 11-23.329.

¹⁴ D'ailleurs, elle casse les cours d'appel raisonnant toujours ainsi : v. par ex. Soc., 20 janvier 2015, pourvoi n° 13-23.431.

¹⁵ F. Géa, préc ; G. Auzero, préc.

¹⁶ Le parallèle est d'autant plus envisageable qu'il a été appelé de leurs vœux par certains membres de la chambre sociale (v. not. J.-Y. Frouin, « La notion de "faits justifiant la prise d'acte de la rupture" par le salarié aux torts de l'employeur », *Cahiers sociaux* 2013, p. 244) qui le revendiquent, d'ailleurs, toujours comme tel (du même auteur, Entretien, *Cahiers sociaux*, mai 2015, p. 286). Pour un appel en ce sens, v. également J.-E. Ray, « Dix ans plus tard, que reste-t-il de l'auto-licenciement ? », *Cahiers sociaux* 2013, p. 228.

¹⁷ Pour reprendre l'actuelle définition de la faute grave du salarié (Soc., 27 septembre 2007, pourvoi n° 06-43.867, Bull. 2007, V, n° 146).

¹⁸ Sur cette question, v. not. D. Baugard, « La prise d'acte de la rupture du CDD », *Cahiers sociaux*, mai 2015, p. 292.

¹⁹ JO, débats AN, 30 mai 1973, p. 1699.

On le voit, la portée de cette nouvelle condition dépend beaucoup du pouvoir d'appréciation des juges et, dès lors, du contrôle qu'exerce, sur eux, la Cour de cassation. Or, sur ce point aussi un changement est intervenu.

B. - Le contrôle de la Cour de cassation

Jusqu'aux arrêts du printemps 2014, le contrôle de la Cour de cassation était dual. Pour reprendre les termes du professeur Christophe Radé, c'était une « *politique de tout ou rien* »²⁰. Tantôt, la Cour de cassation ne contrôlait pas le caractère suffisamment grave des manquements de l'employeur, laissant cette question au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Tantôt, au contraire, elle contrôlait cette notion de la façon la plus forte qui soit, comme en témoignaient les expressions « à bon droit », « exactement », « ce dont il résultait ».

La clé de répartition entre ces deux types de contrôle n'était cependant pas très claire. On comprenait seulement que, pour la Cour de cassation, certains manquements de l'employeur étaient suffisamment graves par nature pour justifier la rupture. Il en était notamment ainsi en cas de modification unilatérale de la rémunération²¹, de manquement à l'obligation de sécurité²², de faits de harcèlement ou d'atteinte à la dignité du salarié²³. En somme, la Cour de cassation voyait dans ces hypothèses des « *causes péremptoires de rupture* », selon une expression chère aux civilistes.

Avec le temps, la liste des manquements justifiant automatiquement la rupture s'est allongée, suscitant en réaction deux séries de critiques²⁴. D'une part, cette évolution passait pour être trop sévère à l'égard des employeurs. Dans les hypothèses relevées plus haut, leur condamnation était de principe, alors qu'elle pouvait être discutée au regard des circonstances de l'espèce : manquement isolé, modicité du préjudice... D'autre part, en posant de telles présomptions, la Cour de cassation était accusée de priver purement et simplement les juges du fond de leur pouvoir d'appréciation : dès lors que ceux-ci avaient constaté l'un des manquements présentant par nature une certaine gravité, ils n'avaient pas d'autre choix que de prononcer la rupture aux torts de l'employeur. Et s'ils ne tiraient pas cette conséquence, leur décision était immanquablement censurée pour violation de la loi.

Comment nier le fait que ces critiques ont pesé dans le changement d'orientation jurisprudentiel ? Il fallait desserrer l'étau et uniformiser le contrôle. C'est dans cette direction que la Cour de cassation s'est manifestement engagée en généralisant un contrôle « léger » sur la justification de la rupture. Telle est l'ambition affichée à l'époque par les magistrats eux-mêmes²⁵. Mais, plus d'un an après, quel bilan peut-on faire des arrêts rendus par la chambre sociale ? À l'issue d'un premier examen couvrant la période écoulée entre mars 2014 et mai 2015, quatre observations peuvent être faites.

Une très grande majorité de décisions inédites. À quelques exceptions près²⁶, et sauf publication dictée par un autre moyen, les arrêts concernant une prise d'acte ou une résiliation judiciaire ne sont en principe pas publiés. À première vue sans intérêt, ce constat livre toutefois une indication intéressante sur la manière dont la Cour de cassation conçoit aujourd'hui sa jurisprudence. Comme celle-ci a baissé l'intensité de son contrôle, la solution dépend désormais en grande partie du pouvoir d'appréciation des juges du fond. Cet élément plaide par voie de conséquence en faveur du renvoi des affaires devant une formation restreinte. La combinaison de ces deux facteurs (contrôle léger/formation restreinte) explique donc pourquoi les contentieux de la prise d'acte et de la résiliation judiciaire présentent moins de portée normative aux yeux de la Cour de cassation. Pourquoi publier des décisions qui dépendent pour l'essentiel des constatations faites par les juges du fond et qui ne forment en définitive aucune règle de principe ?

Un contrôle de motivation plus que de qualification. À la lecture des arrêts du 26 mars 2014 et des explications fournies ensuite par les magistrats²⁷, on s'attendait à ce que le contrôle de la Cour de cassation porte sur la qualification juridique du manquement de l'employeur. L'étude des décisions rendues jusque-là montre que ce contrôle est en partie éclipsé par un simple contrôle de motivation : les juges du fond ont-ils raisonné comme il se doit en vérifiant que le manquement de l'employeur était suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat ? De deux choses l'une. Soit cette recherche a été faite : la cour d'appel a fait ressortir que le manquement était suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat, auquel cas elle a légalement justifié sa solution²⁸. Soit la cour d'appel a omis de faire cette recherche, si bien que sa décision est censurée pour défaut de base légale²⁹.

L'abondance de ce contrôle de motivation n'est peut-être que transitoire. Il faut bien comprendre, en effet, que la plupart des affaires soumises à la Cour de cassation ces derniers mois ont été jugées sous l'empire de son ancienne jurisprudence. La chambre sociale doit donc faire preuve d'une certaine souplesse en contrôlant

²⁰ C. Radé, obs. sous Soc., 12 juin 2014, *Lexbase hebdo*, éd. soc., n° 576, du 26 juin 2014.

²¹ V. par ex. Soc., 5 mai 2010, pourvoi n° 07-45.409, *Bull.* 2010, V, n° 102 : « *alors qu'elle avait constaté que l'employeur avait, sans recueillir l'accord du salarié, modifié sa rémunération contractuelle, ce dont elle devait déduire que la prise d'acte de la rupture par le salarié était justifiée, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés* ».

²² V. par ex. Soc., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-41.519, *Bull.* 2009, V, n° 147 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'employeur avait connaissance de l'état de santé du salarié compte tenu des nombreux arrêts de travail pour maladie qu'il avait subis avant son départ en congé individuel de formation et à son retour ; qu'il avait dès lors l'obligation de faire passer au salarié un examen médical de reprise afin de s'assurer de sa capacité à reprendre son poste antérieur ou à donner une suite favorable à la mutation géographique qui lui était proposée, et qu'il ne pouvait, dans ces conditions, se prévaloir ni d'une réintégration effective du salarié dans son poste ni de son refus de la proposition de mutation, ce dont il se déduisait que la prise d'acte produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

²³ V. par ex. Soc., 7 février 2012, pourvoi n° 10-18.686, *Bull.* 2012, V, n° 58.

²⁴ V. not. en ce sens, J.-E. Ray, « Dix ans plus tard, que reste-t-il de l'auto-licenciement ? », *Cahiers sociaux* 2013, p. 228.

²⁵ P. Bailly, entretien, *SSL*, n° 1635, du 16 juin 2014.

²⁶ Outre les arrêts du 26 mars 2014, préc. ; Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-11.448, *Bull.* 2014, V, n° 139 ; Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 12-29.063, *Bull.* 2014, V, n° 140 ; Soc., 11 mars 2015, pourvoi n° 13-18.603.

²⁷ P. Bailly, entretien, *SSL*, n° 1635 du 16 juin 2014.

²⁸ V. par ex. Soc., 15 avril 2015, pourvoi n° 13-24.333 ; Soc., 21 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.963 ; Soc., 27 novembre 2014, pourvoi n° 13-18.716 ; Soc., 29 octobre 2014, pourvoi n° 13-17.773 ; Soc., 9 juillet 2014, pourvoi n° 13-11.756.

²⁹ V. par ex. Soc., 15 janvier 2015, pourvoi n° 13-17.374 ; Soc., 14 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.767 ; Soc., 10 décembre 2014, pourvoi n° 13-23.392.

moins la qualification juridique des faits (et pour cause : la notion servant de fondement à ce contrôle n'était pas formulée en ces termes au moment où les juges du fond ont statué) que la motivation de la solution (ressort-il de celle-ci un manquement suffisamment grave empêchant la poursuite du contrat de travail ?). Dans quelques mois, lorsque la nouvelle jurisprudence aura été assimilée par les cours d'appel, peut-être que le contrôle de la Cour de cassation sera d'une autre nature.

Un contrôle « léger » de qualification. De façon plus attendue, un certain nombre d'arrêts confirment que la Cour de cassation contrôle la qualification de « *manquement suffisamment grave empêchant la poursuite du contrat* ». Depuis mars 2014, elle exerce en la matière, on l'a dit, un contrôle dit « léger ». Il ne s'agit pas, comme avec le contrôle « lourd », de vérifier l'exacte adéquation entre les faits constatés et la notion de référence ; cette adéquation relève en principe du pouvoir d'appréciation des juges du fond, la Cour de cassation se contentant de vérifier la cohérence du raisonnement : compte tenu des faits constatés, la cour d'appel pouvait décider que la rupture était ou non justifiée. Dans ce cadre, la Cour de cassation peut toutefois être amenée à sanctionner les inadéquations flagrantes ou les erreurs manifestes. Pour reprendre la formule du conseiller Philippe Florès, le contrôle « léger » impose une censure lorsqu'il y a une « *rupture de logique* »³⁰ entre les constatations faites par les juges du fond et la conclusion qu'ils en tirent quant à l'imputabilité de la rupture. Autrement dit, au regard des faits constatés, les juges du fond ne pouvaient pas voir autre chose qu'un manquement suffisamment grave empêchant la poursuite du contrat de travail. Avec ce type de contrôle, il est clair que les décisions de la Cour n'ont pas la même valeur selon qu'elles sont de rejet ou de cassation. S'il est difficile de pouvoir tirer quelques enseignements des premières, les secondes présentent au contraire une certaine portée normative. La tentation est grande en effet d'y entrevoir des indications générales, dépassant de loin les circonstances de l'espèce. À cet égard, les arrêts de cassation rendus depuis mars 2014 fournissent deux enseignements.

Les constatations jugées inopérantes

Dans le cadre de ce contrôle, la chambre sociale est parfois conduite à juger inopérantes certaines constatations. D'une part, la Cour de cassation a réaffirmé que **l'exécution d'un préavis par le salarié**, ayant pris acte de la rupture était sans incidence sur la qualification du manquement de l'employeur³¹. Cette solution est ancienne³². Toutefois, elle aurait pu être remise en cause en application de la nouvelle condition posée. Puisque, désormais, le manquement de l'employeur doit être suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat de travail, il aurait pu être soutenu que cette condition fait défaut chaque fois que le salarié a accompli, ou s'est proposé d'accomplir, son préavis. La Cour de cassation en a décidé autrement. Selon elle, cet élément n'entre pas en ligne de compte au moment d'examiner la justification de la rupture. De sorte que la cour d'appel qui s'appuie sur ce fait pour écarter la demande du salarié est irrémédiablement censurée³³.

D'autre part, la Cour de cassation juge tout aussi inopérant le **silence gardé par le salarié**³⁴. Il en résulte que les juges du fond ne peuvent se fonder sur l'absence d'objection ou de protestation. Reste que la position de la Cour de cassation sur ce point n'est pas très claire. Dans d'autres décisions, il lui arrive parfois de valider des raisonnements s'appuyant sur l'existence ou l'absence de réaction de la part du salarié. Ainsi, elle a approuvé une cour d'appel d'avoir fait produire à une prise d'acte les effets d'une démission, dès lors que le salarié s'était « *visiblement accommodé* » des manquements de l'employeur pendant plusieurs années. À l'inverse, elle a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt d'appel ayant admis la justification d'une prise d'acte dans une affaire où le salarié avait appelé avec insistance son employeur à exécuter ses obligations³⁵. Ces deux solutions traduisent bien l'hésitation qui traverse aujourd'hui la chambre sociale à propos de la portée à attribuer à l'attitude du salarié. Selon les termes de son président, « *il est permis de se demander si l'écoulement d'un long temps entre [la date du manquement et celle de la prise d'acte ou de la demande de résiliation judiciaire] ne pourrait pas être de nature à disqualifier dans l'appréciation des juges du fond un fait ou un manquement d'une relative gravité et pouvant paraître comme tel de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail, en l'absence totale de réaction du salarié dans l'intervalle. Il faudra voir alors ce que décidera la Cour de cassation* »³⁶.

Les manquements retenus comme justification

De façon plus intéressante, c'est également dans le cadre de ce contrôle « léger » que la chambre sociale est parfois amenée à affirmer que certains manquements de l'employeur justifient une prise d'acte ou une résiliation judiciaire. La Cour de cassation en a décidé ainsi à propos de la suspension unilatérale du contrat de travail³⁷,

³⁰ Ph. Florès, préc., p. 449.

³¹ Soc., 9 juillet 2014, pourvoi n° 13-15.832 : « *si la prise d'acte entraîne la cessation immédiate du contrat de travail, de sorte que le salarié n'est pas tenu d'exécuter un préavis, la circonstance que l'intéressé a spontanément accompli en accord avec l'employeur, ou offert d'accomplir, celui-ci est sans incidence sur l'appréciation de la gravité des manquements invoqués à l'appui de la prise d'acte* ».

³² Soc., 2 juin 2010, pourvoi n° 09-40.215, *Bull.* 2010, V, n° 128.

³³ Soc., 9 juillet 2014, préc.

³⁴ Soc., 23 septembre 2014, pourvoi n° 13-14.898, la Cour de cassation reprochant à la cour d'appel de s'être fondée sur des « *motifs inopérants tirés du silence du salarié* ».

³⁵ Soc., 23 septembre 2014, pourvoi n° 12-24.967 (demandes insistantes aux fins de bénéficier d'une visite de reprise) ; Soc., 30 avril 2014, pourvoi n° 12-21.041, *Bull.* 2014, V, n° 110 (demande de respect de la durée contractuelle de travail, restée sans réponse).

³⁶ Entretien de J.-Y. Frouin, *Cahiers sociaux*, mai 2015, p. 286.

³⁷ Soc., 26 mars 2014 (n° 12-21.372, *Bull.* 2014, V, n° 86) à propos d'un salarié qui avait été suspendu de ses fonctions : « *ayant constaté que la mesure de suspension n'était fondée sur aucune disposition légale, ce dont il résultait que l'employeur avait commis un manquement rendant impossible la poursuite du contrat de travail, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé* ».

du coup de poing donné à un salarié³⁸ et du non-paiement des heures de délégation³⁹. Ces arrêts présentent souvent la même structure : il résulte des faits constatés que l'employeur a commis un manquement rendant impossible la poursuite du contrat, de sorte qu'en ne tirant pas les conséquences légales de ses constatations, la cour d'appel a violé la loi. Dans certains arrêts, il arrive que la Cour de cassation use de formules plus péremptoires, par exemple en affirmant que le fait constaté *était de nature* à empêcher la poursuite du contrat de travail⁴⁰ ou que la cour d'appel a **exactement déduit** que le manquement justifiait la rupture aux torts de l'employeur⁴¹. La portée de ces arrêts est difficile à cerner. D'un côté, l'on est enclin à ne pas prêter trop d'importance à ces affirmations, puisqu'elles sont fonction des constatations faites par les juges du fond. Mais, de l'autre, les formulations adoptées sont tellement générales (ce dont il résultait, était de nature, a exactement déduit) qu'il est tentant d'y voir de nouvelles présomptions de justification. En somme, alors que l'on croyait en avoir fini avec les causes automatiques de rupture, voilà que la Cour de cassation semble renouer discrètement avec cette pratique. Comme si l'instauration d'un contrôle léger ne parvenait pas à réfréner les ardeurs de certains magistrats à ressusciter un contrôle lourd...

Cette question mérite d'autant plus d'être posée que, dans les derniers mois, la Cour de cassation a censuré plusieurs décisions dans des affaires où la rupture pour inexécution était fondée soit sur la violation de l'obligation de sécurité⁴², soit sur une modification unilatérale du contrat⁴³. Une lecture rapide pourrait laisser penser que la Cour de cassation fait machine arrière en rétablissant des présomptions de justification dans ces hypothèses. Il n'en est rien. Dans ces affaires, les cours d'appel ont été censurées parce qu'elles n'avaient pas caractérisé le manquement de l'employeur (à l'obligation de sécurité ou à la force obligatoire du contrat). La Cour de cassation se garde bien d'affirmer, en revanche, que ce type de manquement, à le supposer établi, justifie par principe la rupture du contrat de travail. On en veut pour preuve qu'elle ne censure pas pour violation de la loi, mais pour défaut de base légale, en reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si le manquement empêchait la poursuite du contrat. À l'exception du petit nombre de situations évoquées plus haut, il ne semble donc pas y avoir de restauration de la jurisprudence antérieure.

Des risques de divergences de jurisprudence. On l'a dit, sauf constatation inopérante ou rupture de logique dans le raisonnement, c'est aux juges du fond qu'il revient en principe d'apprécier la justification de la prise d'acte et de la résiliation judiciaire. En fonction des circonstances de l'espèce, ces derniers peuvent donc considérer que le manquement reproché à l'employeur était suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat, ou estimer le contraire. Cette plus grande liberté d'appréciation laissée aux juges du fond risque, selon nous, de favoriser des divergences de jurisprudence. Quelques décisions permettent d'en mesurer déjà les effets sur certaines questions.

Ce constat peut être fait d'abord à propos du non-paiement des heures supplémentaires. Ainsi, si une cour d'appel a pu considérer que ce manquement empêchait la poursuite du contrat⁴⁴, une autre a pu estimer le contraire dans l'hypothèse où un employeur avait appliqué un forfait-jours illicite à un salarié⁴⁵. Pourtant, quelle différence existe-t-il fondamentalement entre ces deux situations ? Dans les deux cas, l'employeur viole le droit à rémunération des salariés. On pourrait même estimer que la seconde hypothèse appelle un raisonnement *a fortiori*. S'il est grave de ne pas payer les heures supplémentaires accomplies par le salarié, n'est-il pas plus grave encore de le soustraire illégalement et entièrement au régime de ces heures ?

Autre exemple, en cas de non-paiement de la rémunération ou de ses accessoires. Pour justifier ou non la rupture pour inexécution, il semble que les juges du fond cherchent à savoir si le manquement de l'employeur, et par conséquent le préjudice du salarié, étaient importants⁴⁶. Ainsi, dans un arrêt du 12 juin 2014, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir écarté une demande de résiliation judiciaire, au motif que, si l'employeur avait bien modifié unilatéralement les taux de commissionnement, le salarié avait perçu en définitive une rémunération supérieure à celle qu'il aurait obtenue en application des anciens taux. C'est là une différence fondamentale avec le droit de la modification. En la matière, la Cour de cassation fait preuve, on le sait, d'une grande intransigeance, puisqu'il est de jurisprudence constante que « *la rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié ni dans son montant, ni dans sa structure sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode de rémunération est sans effet sur le montant global de la rémunération du salarié* »⁴⁷. Si la modification de la rémunération contractuelle est totalement objective, il n'en est pas de même, semble-t-il, de la prise d'acte ou de la résiliation judiciaire fondées sur celle-ci. Seules les modifications unilatérales présentant une certaine importance seraient susceptibles de justifier le prononcé de la rupture aux torts de l'employeur.

³⁸ Soc., 25 juin 2014 (pourvoi n° 13-13.796), à propos d'un coup de poing au menton donné par l'employeur : « *alors que le manquement de l'employeur était de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes susvisés* ».

³⁹ Soc., 7 décembre 2014 (pourvoi n° 13-20.703), à propos du non-paiement des heures de délégation d'un représentant du personnel : « *ayant constaté que les heures de délégation du salarié n'avaient pas été payées pendant une période de cinq mois, ce dont il résultait que l'employeur avait commis un manquement rendant impossible la poursuite du contrat de travail, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ces constatations, a violé les textes susvisés* ».

⁴⁰ Soc., 25 juin 2014, préc.

⁴¹ Soc., 13 mai 2015, pourvoi n° 13-26.849 : « *après avoir constaté que l'employeur s'était abstenu de toute diligence pour assumer son obligation de fournir du travail à la salariée et exactement déduit que ce manquement justifiait le prononcé de la résiliation judiciaire du contrat de travail à la date du prononcé de la décision* ».

⁴² Soc., 15 janvier 2015, pourvoi n° 13-17.374 (à propos d'une agression sexuelle commise par un autre salarié) ; Soc., 11 mars 2015, pourvoi n° 13-18.603, en cours de publication (à propos de faits de harcèlement sexuel et moral).

⁴³ Soc., 14 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.767 (transformation unilatérale d'un horaire de jour en un horaire de nuit) ; Soc., 10 décembre 2014, pourvoi n° 13-23.392 (modification unilatérale du mode de rémunération).

⁴⁴ Soc., 27 novembre 2014, pourvoi n° 13-18.716.

⁴⁵ Soc., 21 janvier 2015, pourvoi n° 13-16.452.

⁴⁶ Sur cette tendance et ses implications, v. L. Gratton, « *Libres propos sur la prise d'acte* », *Cahiers sociaux*, mai 2015, p. 280.

⁴⁷ V. par ex. Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 09-69.175, *Bull.* 2011, V, n° 117.

Plusieurs autres décisions le confirment. Ainsi, le fait d'instituer « un système de prime et de commissionnement ni lisible ni fiable » a pu justifier une prise d'acte dans la mesure où « la part variable des revenus du salarié représentait une part importante de sa rémunération »⁴⁸. Un raisonnement similaire a été suivi dans une affaire où l'employeur n'avait pas fixé les objectifs de rémunération variable. Pour donner raison au salarié, la cour d'appel, approuvée en cela par la Cour de cassation, s'est fondée sur « l'importance des sommes en litige, la rémunération variable étant calculée sur la base de 60 % de la rémunération fixe »⁴⁹. Dans un autre arrêt encore, la prise d'acte d'un salarié a été jugée justifiée car l'employeur ne lui avait pas versé son salaire pendant deux mois et demi⁵⁰. Ces décisions soulèvent une question redoutable : à quel niveau situer l'importance du manquement ? Pour reprendre le dernier exemple, est-ce que la solution aurait été la même si le salarié avait pris acte de la rupture après seulement un mois de salaire impayé ? Et dans toutes les affaires où les salariés sont privés d'une partie de leur rémunération, à partir de quel montant le manquement devient-il intolérable ? Plusieurs centaines d'euros par mois ou seulement quelques dizaines ? En laissant un trop grand pouvoir d'appréciation aux juges du fond, le risque est grand que, d'une juridiction à l'autre, la violation du contrat ne soit pas considérée de la même manière. C'est pourtant ce risque qui avait conduit la Cour de cassation, en son temps, à abandonner la notion de « *modification substantielle* » du contrat de travail. Voilà que cette approche subjective et incertaine réapparaît au stade de la rupture pour inexécution !

Le régime antérieur de la prise d'acte et de la résiliation judiciaire était peut-être sévère pour l'employeur, mais il avait le mérite d'être prévisible⁵¹. C'était le cas précisément en matière de rémunération. Lorsque l'employeur modifiait unilatéralement le montant ou la structure de celle-ci⁵², ou ne fixait pas les objectifs nécessaires au calcul de la part variable⁵³, la Cour de cassation y voyait automatiquement des manquements justifiant la rupture. La nouvelle jurisprudence opère sans doute un rééquilibrage, que d'aucuns jugeront salutaire⁵⁴. Mais comment ne pas y voir surtout un transfert de risque ? Il faut le dire, l'insécurité a changé de camp, elle est désormais du côté du salarié, qui n'a plus aucune certitude sur les types d'inexécutions susceptibles de justifier une prise d'acte ou une résiliation judiciaire. Après tout, diront certains, cela est bien normal : puisque l'initiative de rompre est le fait du salarié, c'est logiquement sur lui que doit peser le risque de l'action⁵⁵.

Après ces quelques éléments d'appréciation, il convient maintenant d'examiner les alternatives possibles.

II. - Alternatives

Deux alternatives sont au cœur du régime actuel. Il y a celle qui s'impose dorénavant au salarié et celle que pourraient retenir un jour les juges de la Cour de cassation.

A. - Alternatives du salarié victime

Une formule pourrait résumer le virage jurisprudentiel opéré ces derniers mois : « *tous les manquements de l'employeur ne sont pas solubles dans la rupture* ». Seuls les plus graves, ceux empêchant la poursuite du contrat, pourraient justifier la rupture et l'imputer à l'employeur. Quant aux autres, ceux qui n'engagent pas le diagnostic vital du contrat, ils relèveraient d'un contentieux de l'inexécution qui ne demanderait qu'à se développer. Si l'on met de côté l'exception d'inexécution, dont l'opportunité est loin d'être évidente du côté du salarié⁵⁶, deux voies seraient envisageables : celles de l'exécution forcée et de la responsabilité contractuelle.

L'action en exécution forcée est connue des salariés qui souhaitent obtenir, éventuellement en référé et sous astreinte, le paiement des sommes d'argent dont ils ont été injustement privées : salaire, primes, heures supplémentaires, etc.⁵⁷ Elle est également possible lorsque le manquement de l'employeur porte sur des obligations de faire ou de ne pas faire. Car, même si la lettre de l'article 1142 du code civil ne prévoit que le versement, en pareils cas, de dommages-intérêts, le juge civil admet de plus en plus largement l'exécution forcée de ces obligations⁵⁸. Il faut juste que celle-ci ne se heurte pas à une impossibilité morale, matérielle ou juridique⁵⁹. Si, on le voit, l'action en exécution forcée est envisageable sur le plan technique, elle a néanmoins peu de chance de rencontrer un immense succès en droit du travail. La raison tient au fait que le salarié n'est pas un contractant comme les autres : étant placé dans un état de subordination vis-à-vis de l'employeur, on le voit mal attirer ce dernier devant le juge prud'homal pour faire respecter les stipulations contractuelles. Non pas que le lien de subordination le prive de ses droits de contractant et de celui, fondamental, d'agir en justice. Il faut d'ailleurs savoir gré à la Cour de cassation de protéger avec fermeté les actions en justice contre les mesures de

⁴⁸ Soc., 11 mars 2015, pourvoi n° 13-26.373.

⁴⁹ Soc., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-22.686.

⁵⁰ Soc., 18 mars 2015, pourvoi n° 13-28.331.

⁵¹ *Contra* Ph. Florès, préc., p. 448, pour qui la liste des cas de rupture automatique ne remplissait pas les objectifs de prévisibilité et de sécurité : d'une part, parce qu'elle n'était pas exhaustive, d'autre part, parce qu'il n'était pas toujours facile de savoir à quelles hypothèses renvoyaient les cas consacrés.

⁵² Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 09-69.175, *Bull.* 2011, V, n° 117 ; Soc., 5 mai 2010, pourvoi n° 0745.409, *Bull.* 2010, V, n° 102.

⁵³ Soc., 9 novembre 2011, pourvoi n° 10-11.658 : « *lorsque le contrat de travail prévoit que la rémunération variable dépend d'objectifs fixés annuellement par l'employeur, le défaut de fixation desdits objectifs constitue un manquement justifiant la résiliation judiciaire du contrat du travail aux torts de l'employeur* ».

⁵⁴ V. not. J.-E. Ray, « Une (re)légitimation nécessaire de la (vraie) prise d'acte », *Dr. soc.* 2014, p. 397.

⁵⁵ V. not. en ce sens Ph. Florès, préc. p. 450. L'idée fait d'ailleurs écho à l'expression « *risques et périls* » utilisée par la première chambre civile pour caractériser la rupture unilatérale pour inexécution (1^{er} Civ., 13 octobre 1998, préc.).

⁵⁶ Sur cette question, v. not. N. Collet-Thiry, « L'exception d'inexécution entre les mains du salarié », *Dr. ouv.* 2014, p. 565.

⁵⁷ Pour une illustration, fondée sur l'existence d'une obligation non sérieusement non contestable : Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-18.532.

⁵⁸ 3^e Civ., 11 mai 2005, pourvoi n° 03-21.136, *Bull.* 2005, III, n° 103, à propos de la condamnation à reconstruire un immeuble pour une insuffisance de 33 cm : « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à exécution de la convention lorsqu'elle est possible* ». V. également 1^{er} Civ., 16 janvier 2007, pourvoi n° 06-13.983, *Bull.* 2007, I, n° 19, à propos de la violation d'une obligation d'exclusivité.

⁵⁹ Article 1221 du projet de droit du contrat : « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature, sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* ».

répression⁶⁰. C'est juste qu'au-delà du lien de subordination juridique, le contrat de travail place le salarié dans un état de dépendance économique qui ne l'encourage guère à agir en justice contre son employeur, surtout dans le contexte actuel d'un chômage de masse. Ce n'est, d'ailleurs, pas un hasard si, en droit du travail, c'est après la rupture - ou à travers la rupture - que les problèmes d'exécution du contrat sont généralement posés. Cette idée - bien aidée, il est vrai, par le principe de l'unicité de l'instance - façonne le contentieux : quand elle n'est pas aussi contestée dans son principe, la rupture donne l'occasion au salarié de revenir sur tous les manquements dont l'employeur peut s'être rendu coupable en cours d'exécution. Pour ces raisons, aussi sociologiques que juridiques, la relation de travail ne paraît donc guère propice au développement de l'action en exécution forcée. Aussi séduisante peut-elle paraître techniquement, celle-ci n'a, au fond, rien de « naturelle » pour le salarié.

Qu'à cela ne tienne, ce dernier dispose d'une autre voie : plutôt que de demander l'exécution forcée du contrat, il peut attendre la rupture de celui-ci pour engager **la responsabilité contractuelle de l'employeur**. Cette voie est d'autant plus intéressante qu'elle présente une dimension « punitive », absente de la précédente⁶¹. À travers elle, le salarié peut en effet faire condamner l'employeur à des dommages-intérêts qui vont au-delà de la simple réparation par équivalent de l'inexécution du contrat. Ces dommages-intérêts « punitifs » sont d'ailleurs encouragés par le développement des préjudices dits nécessaires. L'expression vise les cas dans lesquels le préjudice du salarié découle automatiquement du manquement de l'employeur. Depuis quelques années, la Cour de cassation est ainsi encline à affirmer que la violation de telle règle ou l'inexécution de telle obligation « cause nécessairement un préjudice au salarié dont il appartient souverainement aux juges du fond d'apprécier le montant ». La formule, inaugurée à propos de la stipulation d'une clause de non-concurrence nulle⁶², ne cesse de se multiplier. Pour ne citer que des arrêts récents, elle a été appliquée en cas de délivrance tardive de l'attestation Pôle emploi⁶³, d'absence d'information sur la convention collective applicable⁶⁴, d'inaccomplissement des diligences nécessaires à la mise en place des institutions représentatives du personnel⁶⁵, d'absence d'information du salarié sur les critères appliqués pour son licenciement⁶⁶, de défaut de visite périodique⁶⁷ ou de visite de reprise⁶⁸ auprès de la médecine du travail, etc. Ces dommages-intérêts punitifs ne sont pas exclusifs d'une action en réparation. Ainsi, dans l'hypothèse où le manquement porte sur une obligation de payer une somme d'argent, l'employeur peut être condamné à verser des dommages-intérêts pour manquement à cette obligation en plus du rappel de salaires correspondant⁶⁹.

Même ainsi largement admise, la responsabilité contractuelle constitue-t-elle une alternative sérieuse à la rupture du contrat de travail pour inexécution ? Ces condamnations ne viendront-elles pas trop tard ? Éviteront-elles que naissent dans l'esprit de certains employeurs le sentiment qu'ils peuvent violer le contrat sans craindre de se voir imputer la responsabilité de la rupture ? C'est pourquoi il est permis de regretter le changement opéré ces derniers mois. La jurisprudence antérieure était sévère, mais cette sévérité n'était pas sans fondement : il s'agissait de protéger efficacement certaines valeurs : la force obligatoire du contrat, l'exigence de sécurité, la dignité du salarié. Chaque fois que l'employeur méconnaissait ces valeurs essentielles, la rupture du contrat de travail lui était par principe imputable.

La nouvelle jurisprudence rompt avec cette logique protectrice : désormais, et c'est dommage, la rupture du contrat n'est plus une menace crédible pour contraindre l'employeur à respecter le contrat. Il y avait pourtant une autre piste possible pour faire évoluer le régime de la prise d'acte et de la résiliation judiciaire.

B. - Alternatives au régime actuel⁷⁰

Depuis les arrêts du 25 juin 2003, les conséquences indemnitaires de la prise d'acte sont empruntées soit au régime de la démission, soit au régime du licenciement : si la prise d'acte est justifiée, elle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, parfois d'un licenciement nul ; si elle est injustifiée, elle produit alors les effets d'une démission. La démarche est sensiblement la même en matière de résiliation judiciaire, à la différence près que le rejet de la demande du salarié ne produit pas les effets d'une démission, mais la poursuite du contrat de travail.

À l'exception de cette différence, les conséquences indemnitaires de ces deux modes de rupture se rassemblent sur un point : leur rigidité. Le juge est « prisonnier de ce système binaire »⁷¹. S'il admet la rupture aux torts de l'employeur, et que la nullité n'est pas en jeu, il n'a quasiment aucune marge de manœuvre sur les conséquences à tirer : il doit condamner l'employeur à verser l'ensemble des indemnités dictées par le droit du licenciement : indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, indemnité compensatrice de préavis, indemnité de congés payés afférents⁷².

⁶⁰ V. not. Soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-11.740, *Bull.* 2013, V, n° 27 ; Soc., 9 octobre 2013, pourvoi n° 12-17.882, *Bull.* 2013, V, n° 226, Ph. Florès, « La soumission du pouvoir disciplinaire au principe d'égalité des armes », *Semaine sociale Lamy*, n° 1603, du 28 octobre 2013 ; L. Gratton et O. Leclerc, « Action en justice et mesures de rétorsion », *RDT* 2014, p. 321.

⁶¹ Demander l'exécution forcée en nature permet seulement de faire respecter les prévisions des parties. Il y avait inexécution, elle n'existe plus ; la force obligatoire du contrat est sauve. L'exécution forcée en nature ne permet pas en revanche de faire condamner l'auteur de l'inexécution, cette dimension étant l'apanage de la responsabilité contractuelle.

⁶² Soc., 11 janvier 2006, pourvoi n° 03-46.933, *Bull.* 2006 V, n° 8.

⁶³ Soc., 1^{er} avril 2015, pourvoi n° 14-12.246.

⁶⁴ Soc., 4 mars 2015, pourvoi n° 13-26.312.

⁶⁵ Soc., 20 janvier 2015, pourvoi n° 13-23.431.

⁶⁶ Soc., 3 décembre 2014, pourvoi n° 13-23.170.

⁶⁷ Soc., 12 février 2014, pourvoi n° 12-26.241.

⁶⁸ Soc., 15 octobre 2014, pourvoi n° 13-15.093.

⁶⁹ Soc., 5 novembre 2014, pourvoi n° 13-17.831.

⁷⁰ Cette proposition s'ajoute à celles formulées par les professeurs Mouly (préc.) et Gratton (préc.) consistant à analyser en un licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse la prise d'acte prononcée de bonne foi (J. Mouly) ou, à tout le moins, celle reposant sur des manquements établis de l'employeur (L. Gratton).

⁷¹ V. not. en ce sens, J. Mouly, préc.

⁷² La marge de manœuvre n'existe en réalité que dans la fixation de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse dans le respect du plancher des six derniers mois de salaires, quand il s'applique...

Or, on peut penser que le juge saisi d'une demande de résiliation judiciaire ou de prise d'acte prend en compte ces conséquences indemnitaires lorsqu'il apprécie la gravité des manquements de l'employeur : au-delà de la rupture (qui peut déjà être consommée en cas de prise d'acte), ne se demande-t-il pas à un moment si les manquements invoqués justifient une condamnation minimum de l'employeur à X mois de salaires ? Par une sorte d'effet reflex, il est probable que certains juges viennent à considérer, compte tenu des montants en jeu, que les manquements de l'employeur, bien que réels, ne sont pas suffisamment graves pour empêcher la poursuite du contrat.

D'où cette question : pourquoi avoir joué sur la condition de justification et non sur la variable de l'indemnisation ? Plutôt que de restreindre les conditions d'admission de la prise d'acte et de la résiliation judiciaire, la chambre sociale n'aurait-elle pas pu modifier les règles indemnitaires en renvoyant la réparation au droit commun de la responsabilité ?⁷³

Une telle déconnexion avec le droit du licenciement aurait, certes, quelques conséquences fâcheuses. En l'état, les salariés ne pourraient pas être indemnisés par Pôle emploi puisque, hors les cas de démission ou de rupture légitime⁷⁴, la prise d'acte et la résiliation judiciaire n'ouvrent pas droit à l'assurance chômage. Cette piste supposerait donc une intervention des partenaires sociaux pour faire de ces deux modes de rupture des causes autonomes d'indemnisation⁷⁵. En outre, il faut bien voir que la mise en œuvre des règles de droit commun de la responsabilité ne garantirait pas aux salariés le versement de dommages-intérêts d'un montant au moins équivalent aux indemnités dues en application du droit du licenciement. Il leur appartiendrait de prouver la réalité des préjudices subis résultant aussi bien de l'inexécution du contrat que de la perte d'emploi.

Mais c'est là aussi, sans doute, que se trouve la souplesse du dispositif. Le droit commun de la responsabilité n'établit pas forcément de correspondance entre la gravité de la faute et la réparation du préjudice. Une faute lourde peut théoriquement produire un préjudice de faible ampleur. Et l'inverse est possible. Si l'on transpose ce raisonnement, cela signifie que l'employeur peut se rendre coupable d'une faute suffisamment grave pour justifier la rupture du contrat (modification unilatérale, violation d'une obligation essentielle du contrat, atteinte à la dignité du salarié) sans causer les mêmes préjudices chez tous les salariés. Par exemple, certains salariés peuvent avoir retrouvé un emploi immédiatement après avoir pris acte, tandis que d'autres, ceux ayant eu à endurer des faits de harcèlement, peuvent être durablement éloignés de l'emploi en raison du traumatisme psychologique causé par cette précédente expérience. Dans les deux cas, les manquements sont identiquement graves du point de vue de la rupture, mais différemment préjudiciables selon les salariés.

Cette proposition mériterait probablement d'être affinée pour bien en cerner toutes les conséquences. Mais, au fond, ne se présente-t-elle pas comme la suite logique des choses : la prise d'acte et la résiliation judiciaire ont suffisamment vécu pour pouvoir battre de leurs propres ailes. Ce ne seront de « nouvelles » ruptures que si on coupe (enfin) le cordon qui les unit artificiellement à la démission et au licenciement.

⁷³ Déjà en ce sens, v. Ph. Waquet, « Cessons de parler de "prise d'acte" », *Dr. soc.* 2014, p. 97 : « Il est urgent de sortir du piège qui résulte d'une prise d'acte entraînant les sanctions propres au licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'inexécution des obligations de l'employeur peut justifier, le cas échéant, le prononcé d'une résiliation aux torts et griefs de cet employeur, les dommages-intérêts étant appréciés selon le préjudice subi ».

⁷⁴ Accord d'application n° 14 du 14 mai 2014 pris pour l'application du règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage.

⁷⁵ À titre d'exemple, l'on signalera que les partenaires sociaux ont modifié, par un avenant du 29 mai 2013, le règlement général annexé à la convention du 6 mai 2001 relative à l'indemnisation du chômage pour prévoir les conditions et modalités selon lesquelles les salariés bénéficiant d'une période de mobilité volontaire sécurisée peuvent être pris en charge par l'assurance chômage en cas de cessation de leur contrat de travail pendant cette période (article 6).

Retranscription des débats

Intervenants :

- Gérard Couturier
- Alain Chollet
- Françoise Favennec
- Frédéric Géa
- Paul-Henri Antonmattei

M. Couturier, professeur :

Je ferai deux observations :

La première est que je n'aurais pas cru qu'il était possible de traiter de la prise d'acte et de la résiliation judiciaire ensemble, en ayant une seule analyse et une seule discussion pour les deux. Mais évidemment, en focalisant sur ce dont vous avez parlé, et vous avez eu bien raison d'avoir focalisé là-dessus, à ce moment-là, c'est la même problématique.

Quant à cette problématique, s'il est vrai que ce qui se passe est important, ne faudrait-il pas y voir un pas de plus dans le sens de la force obligatoire du contrat ? D'où la conviction croissante qu'il ne faut pas prendre trop vite son parti de la rupture du contrat.

C'est ce qui s'est passé s'agissant de la modification du contrat, lorsqu'il a été jugé que la modification unilatérale n'est pas une rupture du contrat par l'employeur et qu'elle est inopérante puisque, l'employeur n'étant pas en droit de rompre le contrat, il ne peut pas non plus le modifier.

Ainsi, au lieu de considérer que, puisque l'employeur s'est mis à la faute, le contrat est rompu et qu'il ne reste plus qu'à régler les conséquences de la rupture, il est possible, au contraire, de penser que l'on pourrait ne pas prendre son parti de la rupture aussi facilement. En effet, si l'on fait prévaloir la force obligatoire du contrat, cela doit conduire à le faire respecter. La rupture ne devrait alors intervenir que lorsqu'il y aurait des raisons spécifiques. C'est peut-être cela qui est en train de se produire.

Cela dit, je crois assez au réalisme de vos dernières propositions.

M. Chollet, doyen de la chambre sociale :

Une observation préalable : en ce qui concerne la résiliation judiciaire et la prise d'acte, le moment d'appréciation n'est pas le même puisque, pour la résiliation, il peut être tenu compte de régularisations postérieures, alors que la prise d'acte s'apprécie à un moment T et seulement à ce moment.

Pour la question qui fait l'objet des débats, il est utile de donner des précisions sur les différents niveaux de contrôle opéré par la Cour de cassation.

Il faut mettre à part le contrôle de motivation, qui intervient si les motifs des juges du fond sont contradictoires ou reposent sur une simple affirmation. La Cour de cassation se contente alors de faire ce que l'on appelle du « disciplinaire ». Ces arrêts sont sans incidence sur la doctrine de la chambre par rapport à la question de fond.

Le contrôle pour manque de base légale est un contrôle intermédiaire entre le contrôle disciplinaire et celui de la violation de la loi. Les arrêts qui cassent à ce niveau n'engagent pas non plus la doctrine de la chambre, sauf en ce qu'ils rappellent la règle applicable. Ainsi, quand les juges n'ont pas recherché si le manquement invoqué empêche ou non la poursuite du contrat de travail, c'est dans son rôle traditionnel que la Cour de cassation leur demande de faire cette recherche qu'elle estime nécessaire au regard de la règle qu'elle a fixée.

L'arrêt du 9 juillet qui a été cité par le professeur Fabre ne me trouble pas. Dans cet arrêt, c'est finalement un juge qui a ajouté une condition supplémentaire à sa recherche. Il n'avait pas à se préoccuper du préavis, mais devait uniquement faire la recherche dont je viens de parler. Cela n'est pas le signe d'un flottement de la jurisprudence.

La difficulté qui peut apparaître, dès lors que la chambre a voulu passer à un contrôle léger uniforme, est dans la perception de ce contrôle à travers la rédaction des arrêts. En effet, les arrêts de rejet sont rédigés, si l'on prend la formule abrégée, de cette façon : « *attendu que, sous couvert de griefs non fondés de violation de la loi et de manque de base légale, le moyen ne tend qu'à contester l'appréciation souveraine des juges du fond dont ils ont pu déduire que...* ». Le « *a pu* » ou « *ont pu* » marque le contrôle léger opéré par la chambre. C'est là qu'elle fait apparaître que les juges du fond ont pu déduire leur conclusion, laquelle, en ce qui concerne la résiliation ou la prise d'acte, porte sur la possibilité ou non de poursuivre le contrat de travail. Au contraire, dans les arrêts de cassation, la formule employée, qui est « *n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations* », marque un contrôle lourd. Mais cette différence apparente de niveaux de contrôle ne résulte que d'une difficulté purement technique, propre à la technique de cassation, qui est traditionnelle. Il est en effet difficile de casser sans procéder autrement.

Pour expliquer la solution retenue dans les arrêts que vous avez appelés « *du printemps* », il faut d'abord relever qu'il y avait une difficulté à admettre qu'un manquement, par exemple une modification du contrat de travail qui porte sur plusieurs mois d'application mais seulement sur un euro, puisse entraîner automatiquement une résiliation ou une rupture.

C'est l'une des explications de l'évolution jurisprudentielle conduisant à plus de contrôle dans les domaines qui relevaient autrefois du pouvoir souverain des juges du fond et moins de contrôle dans les autres cas qui faisaient l'objet d'un contrôle lourd.

Il faut toutefois garder à l'idée que le contrôle va s'opérer différemment sur l'élément initial, c'est-à-dire sur le manquement. Par exemple, dans la cas d'une modification du contrat de travail, la Cour de cassation opère un contrôle lourd. De manière générale, dans toutes les chambres civiles de la Cour de cassation, la notion de faute fait l'objet d'un contrôle. En revanche, sur la gravité du manquement, c'est plutôt souverain. Dans le cas de la résiliation judiciaire et de la prise d'acte, il a été décidé d'un contrôle léger.

Globalement, à travers l'examen auquel a procédé le professeur Fabre, il apparaît que la nouvelle jurisprudence semble bien fonctionner. Seuls quelques arrêts lui ont semblé un peu différents, mais la ligne reste cohérente.

Il est vrai que tout ce qui est contrôlé fait l'objet d'un examen régulier de la jurisprudence. C'est aussi l'autre explication de cette évolution jurisprudentielle. En effet, au départ, il y avait une liste des manquements qui emportaient une automaticité de la sanction et chaque fois qu'un nouveau dossier se présentait avec des circonstances de fait assez proches, il fallait revenir en formation de section pour savoir s'il fallait encore étendre cette liste. Comme la liste s'étendait, et les exceptions à l'absence de contrôle étant de plus en plus nombreuses, il a fallu repositionner le contrôle, ce que la chambre a entrepris à la suite, notamment, d'un article de M. le président Frouin sur la question.

Cette voie médiane présente l'avantage d'un contrôle uniforme sur l'ensemble des notions. L'avenir nous dira si elle parviendra à se maintenir sans trop d'exceptions.

Comme cela a été relevé, ces affaires viennent en formation restreinte et les arrêts sont seulement diffusés, ce qui est normal : il n'y a pas besoin de les publier puisque la règle a été posée et que, finalement, il faut seulement procéder à des ajustements en fonction des nombreux éléments de fait relevés par les juges du fond.

Si deux affaires très proches en faits peuvent donner lieu à des solutions différentes, c'est en raison de ce que l'on appelle « la théorie du faisceau d'indices » : il existe un certain nombre d'éléments d'un côté et d'autres éléments de l'autre côté et, finalement, cela penche d'un côté. C'est parce qu'elle est dans une situation tellement proche du fait que la chambre, sauf à suivre les juges du fond dans les convolutions de leurs pensées, est obligée de contrôler *a minima*.

Cette jurisprudence pourrait, me semble-t-il, se rapprocher un peu du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation opéré par le Conseil d'État.

Mme Favennec, professeur :

Juste deux réactions aux propositions du professeur Fabre, qui sont très intéressantes.

Je ne pense pas qu'il y ait eu un accroissement de l'insécurité. Là où il y avait la notion de « suffisamment grave », qui n'était pas qualifiée et pour laquelle il n'y avait pas de critère, la Cour de cassation a donné quelques critères. On passe donc d'un système où il y avait peu d'éléments pour apprécier cette notion à un système où il y a un critère, avec lequel on est ou non d'accord, mais qui donne à mon point de vue plus de sécurité dans l'appréciation de cet élément.

Quant à la proposition de faire un régime complet de la prise d'acte, non seulement dans ses conditions mais dans son régime, dont les effets ne seraient plus les effets d'un licenciement ou d'une démission, qui font, c'est vrai, peser un risque lourd sur le salarié pour ce type de rupture, il me semble que cela va à contre-courant de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui, dans son arrêt du 15 octobre 2014, retient qu'il y a trois modes de rupture du contrat de travail : le licenciement, la démission et la rupture conventionnelle.

M. Géa, professeur :

On a fait allusion effectivement à l'auto-licenciement, c'est-à-dire 2002, l'arrêt Moka, qui n'était quand même pas conspué, certains auteurs l'ont défendu à l'époque et surtout il était passé inaperçu dans les premiers mois, il a fallu effectivement un premier papier de Jean-Emmanuel Ray quelque mois plus tard pour que cet arrêt soit identifié comme étant, peut-être, problématique, mais il arrivait dans le flot et dans la continuité de la jurisprudence à l'époque et il s'imbriquait très bien avec les orientations de la jurisprudence de l'époque. Il a fallu cette réaction. C'était celle de l'autolicenciement. Et en réalité, l'hypothèse qui a été construite, fabriquée dans la période récente, c'est une forme d'autolicenciement, consistant à dire que certains griefs, vous l'avez très bien souligné, par nature justifient la prise d'acte. C'est de cela qu'il est question, et c'est cela qui a été fondamentalement déstabilisé par les arrêts de mars et de juin 2014.

C'est-à-dire qu'il s'est agi de dire qu'en définitive, aucun manquement ne permet au salarié de savoir à l'avance que sa prise d'acte sera justifiée, donc produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. C'est à ce titre quand même que je rejoins tout à fait ce que dit Alexandre Fabre, qu'il s'est agi d'insécuriser fondamentalement ce mode de rupture en remettant effectivement cette question de la justification à l'appréciation souveraine des juges du fond. Un salarié ne peut pas dire effectivement qu'il y a une modification de tel ou tel élément qui serait constitutif d'une modification du contrat de travail et que par conséquent sa prise d'acte serait forcément justifiée. Cela, il ne peut plus le dire. Mais je me demande quand même si on ne fait pas payer ici, à la prise d'acte, ce qui, peut-être, peut être analysé comme des excès intervenus sur d'autres terrains, peut-être sur le terrain de la modification du contrat de travail. C'est, peut-être, la jurisprudence sur la modification du contrat de travail qui est allée trop loin et que l'on cherche à rattraper sur le terrain de la prise d'acte de la rupture, c'est-à-dire d'une responsabilité enclenchée sur le terrain de la rupture par le salarié, et lui seul. Je ressens comme cela en réalité tout particulièrement les arrêts de juin 2014. Mais, je pense que, néanmoins, la prise d'acte n'est pas le bon terrain pour corriger ces excès-là, le cas échéant.

La prise d'acte, qu'est-ce que c'est ? C'est une technique d'imputation. C'est un mécanisme d'imputation par la rupture et c'est une forme, je crois, de prix à payer, et cette technique d'imputation, elle reposait sur une question qui avait été réinscrite au cœur de ce mode de rupture, alors qu'elle était effectivement éludée dans les années qui avaient précédé en 2003, avant 2003, c'est la question de la justification. Tout reposait sur la question de la justification. Alors le constat que je tend à dresser, c'est que, sur le terrain de la prise d'acte de la rupture, on a bien un salarié qui a le pouvoir, le pouvoir de la volonté de rompre le contrat de travail. Sa volonté permet de rompre le contrat de travail. Pas question de volonté libre et non équivoque, on s'en moque complètement, on n'est pas sur le terrain de la démission, sa volonté rompt le contrat de travail, ce qui n'était pas le cas avant 2003, on ne savait pas très bien ce qui rompait le contrat de travail : est-ce que c'était le comportement de l'employeur ? On ne savait pas.

On sait depuis 2003 que c'est effectivement la volonté du salarié qui rompt. Simplement, cette volonté du salarié, elle ne caractérise une prise d'acte que parce qu'elle est liée justement à une imputation de la rupture à l'employeur. C'est sur ce terrain-là que, fondamentalement, la nouvelle orientation jurisprudentielle fragilise ce mode de rupture. On a fragilisé en réalité la question de la justification, cependant que, dans un même temps, on va y venir probablement après la pause, on encourage un mode de rupture, la rupture conventionnelle, où la question de la justification est, elle, complètement évacuée.

Alors voilà, mon trouble, c'est celui-ci, c'est cette mise en cohérence, c'est cette doctrine de la Cour de cassation, qui consiste à fragiliser la justification là où elle existait, sur un mode de rupture unilatéral, mais le mode de rupture unilatéral, c'est le modèle en droit du travail, et à favoriser, dans le même temps, une rupture d'un commun accord qui élude la question de la justification.

M. Couturier, professeur :

Nous n'allons pas avoir de pause, parce que nous n'avons pas le temps d'avoir une pause, peut-être que pour gagner du temps, on pourrait considérer qu'une intervention de Paul-Henri Antonmattei va nous détendre, et ensuite nous passons au deuxième thème.

M. Antonmattei, professeur :

Je crains d'abuser de mon temps de parole.

Y a-t-il un message, y a-t-il un bug ? Le message que j'ai vu est le suivant, et c'est un message d'équilibre : attention, la prise d'acte est un piège, mais elle peut être une opportunité.

L'opportunité, c'est les malins qui, le samedi soir, parce qu'ils ont trouvé un emploi chez un concurrent, dînent avec un professeur de droit ou un avocat et leur disent ceci :

- « *Je devrais démissionner* ».

- « *Tu es fou, qu'est-ce que tu vas démissionner ? Si on gratte un peu, il doit y avoir à racler. C'est-à-dire, ton employeur, sur un certain nombre d'éléments, ne doit pas être très nickel. Donc, on a inventé un truc, la prise d'acte. Ça peut être mécanique, tu prends acte et on va négocier derrière* ».

On me l'a raconté et j'y ai assisté.

Mais, évidemment, ça c'est marginal. Mais, on fait payer, aussi, ça.

Après, c'est surtout un piège. C'est surtout un piège pour le salarié. Car, qui peut connaître la subtilité de l'analyse jurisprudentielle et se retrouve fort démuni quand l'assurance chômage n'est pas là. Et, je suis tout à fait d'accord, on place à ce moment-là le conseil des prud'hommes dans un embarras parce que c'est quitte ou double, c'est pas tellement la limite, c'est pas tellement le montant de l'indemnisation, c'est le régime derrière avec les conséquences du régime, notamment sur Pôle emploi.

Donc, moi, le message que je vois, c'est un rééquilibrage. On rehausse un peu, mais pas tellement parce que, c'est ce que l'on voulait dire dès le départ, c'est ce que disait Gérard Couturier, le contrat ça reste quand même le contrat et ne prenez pas le risque d'utiliser cette voie. Pourquoi ? Parce qu'il y a un bug depuis le départ.

Un fauteuil pour deux. Et oui, résiliation judiciaire prise d'acte, un fauteuil pour deux. On n'aurait jamais dû créer, c'est pas un reproche que je fait à la chambre sociale, la prise d'acte, si la résiliation judiciaire avait apporté le résultat escompté. Et le résultat escompté, dans l'équilibre, il faut respecter le contrat et, en même temps, il ne faut pas qu'un salarié subisse une situation de manquement. C'est précisément l'avantage de la résiliation judiciaire. C'est le juge qui a, en main, la possibilité de dire : « *tu restes ou je dis que c'est fini et je fais payer* ». Sauf que les délais, évidemment, ne permettent pas au salarié d'attendre : là, la situation d'un point de vue sociétal est épouvantable.

Et alors, qu'est-ce que l'on avait proposé ? On avait dit : mais il suffit de réformer, de mettre un accélérateur dans la résiliation judiciaire et d'imposer directement le bureau de jugement avec un délai. Le comble, c'est que le législateur l'a fait en juillet pour la prise d'acte alors qu'il aurait dû le faire pour la résiliation judiciaire. Donc, de fait, la résiliation judiciaire est quasiment morte. Elle ne présente plus aucun intérêt, ni juridique, ni psychologique. Et donc la prise d'acte sort à ce moment-là vainqueur dans son combat avec la résiliation judiciaire. Je comprends d'autant mieux votre jurisprudence du 26 mars 2014 qui doit affirmer un équilibre pour éviter à ce moment-là au salarié un piège. Et donc, ce n'est pas une insécurité, moi je dis, c'est l'inverse. C'est que l'on dit au salarié : il ne faut pas que tu dégaines n'importe comment, parce que le piège va se refermer sur toi. Alors, un peu moins maintenant, peut-être avec le délai d'un mois, mais le vrai piège n'était pas dans le délai. C'est une jurisprudence aussi qui peut être analysée comme protectrice de l'emploi pour le salarié, mais à son détriment parce que l'on considère que, pour lui, ce n'était pas bon de perdre l'emploi. Vous l'avez dit, M. le doyen, on ne part pas parce qu'il y a un euro de différence, parce que, là, ça ne valait pas le coup de perdre un emploi pour un euro de différence. Mais, on ne sortira jamais de la casuistique. Je pense comme Françoise Favennec-Héry que cela confère quand même plus de sécurité juridique.

Les ruptures négociées (ruptures conventionnelles ou ruptures amiables)

Intervention de Fanélie Ducloz,
conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation

Il en est du droit de la rupture du contrat de travail d'un commun accord entre l'employeur et le salarié comme du Ciel dans le poème de Louis Aragon : il y a ceux qui y croient et ceux qui n'y croient pas.

Pour ceux qui y croient, le contrat de travail est avant tout un contrat, c'est-à-dire la rencontre de deux volontés, et, par l'effet du consensualisme, ce qui a été créé par la volonté de deux parties peut être défait par la volonté de ces deux mêmes parties.

Pour ceux qui n'y croient pas, les parties au contrat de travail sont des parties inégalitaires. Le salarié se trouve dans un lien de subordination à l'égard de son employeur et il est illusoire, dans ces conditions, de penser qu'un véritable accord puisse exister.

Il est cependant communément admis qu'il existe trois modes de rupture du contrat de travail : la rupture à l'initiative de l'employeur (le licenciement), la rupture à l'initiative du salarié (la démission et la création prétorienne de la prise d'acte) et la rupture d'un commun accord des parties.

Avant même l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, la chambre sociale de la Cour de cassation affirmait ainsi que « *le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission, mais encore du commun accord des parties* »¹.

Le code du travail faisait d'ailleurs lui-même référence à la rupture d'un commun accord du contrat de travail s'agissant du contrat de travail à durée déterminée.

La rupture du contrat de travail dans le cadre des anciennes conventions de conversion, de reclassement personnalisé, de congé mobilité ou de transition professionnelle était analysée comme une rupture d'un commun accord, même si, techniquement, il s'agissait plus d'une décision de rompre en deux temps.

En dehors de ces cas particuliers, le principe d'une rupture amiable du contrat de travail découlait des dispositions de l'article L. 1221-1 du code du travail, selon lesquelles « *Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun [...]* », c'est-à-dire celui des contrats.

La rupture amiable était cependant regardée avec suspicion, et ce, principalement pour trois séries de raison :

- tout d'abord, les parties à un contrat de travail étant dans un rapport inégalitaire et le salarié placé dans une situation d'infériorité, ce dernier ne pouvait pas donner un consentement libre et entier à la rupture ;
- ensuite, la crainte que la rupture amiable ne soit utilisée par l'employeur pour s'affranchir de règles impératives du droit du licenciement ;
- enfin, le fait que la rupture amiable pouvait être dangereuse pour le salarié, qui n'avait droit à aucune indemnité de chômage.

La chambre sociale de la Cour de cassation était en conséquence venue poser un cadre restrictif à ces ruptures amiables, en particulier en jugeant qu'elles ne pouvaient se concevoir qu'en l'absence de différend entre les parties², ce qui était de nature à en dissuader considérablement le nombre, tant il est rare que la rupture du contrat de travail, qui est bien souvent le constat d'un échec, ne s'inscrive pas dans un contexte plus ou moins conflictuel.

La possibilité d'une véritable volonté commune de rompre un contrat de travail et de régler les conséquences de la rupture, les partenaires sociaux et le législateur ont voulu y croire lorsque, dans le prolongement de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, est intervenue la loi du 25 juin 2008 instaurant comme nouveau mode de rupture du contrat de travail la rupture conventionnelle homologuée.

L'objectif clairement affiché de ce mode de rupture est, pour reprendre les termes de l'accord national interprofessionnel, de « *sécuriser les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir d'un commun accord des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie* »³.

Partant de l'idée communément admise que ce qui a été librement discuté et consenti est mieux accepté, la rupture conventionnelle homologuée devait participer d'une pacification et d'une déjudiciarisation de la rupture du contrat de travail.

Dans le cadre de ce nouveau mode de rupture du contrat de travail, les parties, après un ou plusieurs entretiens au cours desquels elles peuvent se faire assister, concluent une convention de rupture par laquelle elles fixent les conditions de la rupture, le montant de l'indemnité de rupture (qui ne peut cependant être inférieur au montant de l'indemnité légale de licenciement) et la date de la rupture.

Chacune des parties dispose, à compter de la signature de la convention de rupture, d'un délai de rétractation de quinze jours calendaires.

¹ Soc., 8 février 1989, *Bull.* 1989, V, n° 104 ; Soc., 21 janvier 2003, *Bull.* 2003, V, n° 11 ; Soc., 2 décembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 309.

² Soc., 11 février 2009, pourvoi n° 08-40,095, *Bull.* 2009, V, n° 43.

³ Article 12 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008.

Enfin, la convention doit être soit homologuée, soit, pour les salariés protégés, autorisée par l'administration.

C'est donc un subtil alliage qu'a prévu le législateur entre la liberté, dont la convention est l'expression et l'instrument, et la sécurité, qui passe par le délai de rétractation et l'intervention de l'administration, DIRECCTE ou inspecteur du travail.

Mais, au-delà du cadre posé par la loi, quel visage la pratique et la jurisprudence, en particulier celle de la chambre sociale de la Cour de cassation, allaient donner à ce mode de rupture du contrat de travail, qui a connu un succès croissant et au sujet duquel le ministre du travail indiquait le 2 septembre 2014, à une réponse à une question parlementaire, que « *Ni la modification au 1^{er} janvier 2013 des prélèvements sociaux dus par les employeurs sur les indemnités de rupture ni l'augmentation, dans le cadre de la nouvelle convention d'assurance chômage, du délai de carence pour percevoir les allocations n'ont pour objet de remettre en cause ce mode de rupture. Ces deux mesures, qui n'ont d'effet qu'au-delà d'un certain montant d'indemnité, visent seulement à mieux encadrer l'usage de ce dispositif* » ?⁴.

Après plus de deux ans de décisions rendues sur ce point par la chambre sociale de la Cour de cassation, il est possible de dire que celle-ci a eu pour souci, par une jurisprudence cohérente et stable, de ne pas encadrer à l'excès, au-delà de ce qu'imposait l'esprit et la lettre de la loi du 25 juin 2008, ce mode de rupture du contrat de travail.

Le paysage du droit de la rupture du contrat de travail s'est trouvé cependant profondément remanié et la rupture conventionnelle homologuée, qui répond à des règles procédurales particulières (III), est désormais le mode quasi-exclusif (I) et autonome (II) de rupture bilatérale du contrat de travail.

I. - La rupture conventionnelle homologuée, mode quasi-exclusif de rupture du contrat de travail d'un commun accord

L'une des questions majeures posées par l'instauration, par la loi du 25 juin 2008, de la rupture conventionnelle homologuée était de savoir si celle-ci allait être la seule façon, pour un employeur et un salarié, de rompre un contrat de travail à durée indéterminée, ou si, au contraire, ce mode de rupture allait s'intégrer dans un dispositif plus vaste au sein duquel perdurerait la rupture amiable telle que l'avait admise la jurisprudence sur le fondement des dispositions de l'article 1134 du code civil, auxquelles renvoyait l'article L. 1221-1 du code du travail.

La chambre sociale de la Cour vient de répondre à cette question dans un arrêt du 15 octobre 2014⁵, où elle affirme, de la manière la plus nette possible, que, sauf dispositions légales contraires, la rupture du contrat de travail par accord des parties ne peut intervenir que dans les conditions prévues par l'article L. 1237-11 du code du travail, relatif à la rupture conventionnelle.

La rupture conventionnelle homologuée devient ainsi, hors les cas où la loi en a spécifié autrement, le seul mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée par la volonté commune de l'employeur et du salarié.

La décision de la chambre sociale se fonde sur les dispositions des articles L. 1231-1 et L. 1237-11 du code du travail, qui, sauf à méconnaître la volonté du législateur, ne pouvaient mener à une autre position.

L'article L. 1231-1 du code du travail, inséré au sein du titre III, « *rupture du contrat de travail à durée indéterminée* », dispose en effet : « *Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord, dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre* ».

Or, il n'existe, sur la rupture d'un commun accord, au sein du titre III, qu'une section 3 comprise dans le chapitre VII, intitulée « *rupture conventionnelle* », qui précise les modalités de ce nouveau mode de rupture.

Il convient de relever que les dispositions de l'article L. 1221-1 du code du travail, prévoyant que « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* », sur lesquelles se fondaient pour partie les décisions admettant la rupture amiable du contrat de travail, relèvent d'un titre relatif à la formation et à l'exécution du contrat de travail, et non à la rupture. Elle ne sauraient, en application du principe *specialia generalibus derogant*, être invoquées en matière de rupture du contrat de travail d'un commun accord, qui est désormais régie par des textes spécifiques.

Admettre une autre solution que celle de l'exclusivité de la rupture conventionnelle issue de la loi du 25 juin 2008 aurait enfin permis aux parties de s'affranchir d'exigences qui ne peuvent être considérées que comme impératives parce qu'elles participent de l'encadrement de la liberté contractuelle et de la protection des parties, qu'il s'agisse de l'existence d'un délai de rétractation, de la nécessaire homologation par l'administration ou du fait que l'indemnité de rupture doive au moins être égale au montant de l'indemnité légale de licenciement.

La chambre sociale de la Cour de cassation a également, dans sa décision du 15 octobre 2014, précisé la sanction attachée à une rupture d'un commun accord du contrat de travail ne respectant pas les prescriptions des articles L. 1237-11 et suivants du code du travail. Celle-ci n'est pas nulle (la nullité, qui aurait pu être envisagée en ce que, les conditions prévues par la loi n'ayant pas été respectées, l'accord ne peut produire aucun effet, présente en effet l'inconvénient pratique de faire revivre le contrat de travail, qui est censé n'avoir jamais été rompu), mais s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En d'autres termes, même si la rupture du contrat de travail est la volonté commune du salarié et de l'employeur, il appartient à ce dernier de faire respecter les règles impératives des articles L. 1237-11 et suivants du code du travail, sous peine de supporter seul les conséquences d'une rupture irrégulière.

⁴ Assemblée nationale, question n° 55914, JOAN Q, 2 septembre 2014.

⁵ Soc., 15 octobre 2014, pourvoi n° 11-22.251, Bull. 2014, V, n° 241.

La chambre sociale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 15 octobre 2014, a réservé les hypothèses où la loi prévoit une rupture d'un commun accord du contrat de travail en dehors du cadre de la rupture conventionnelle homologuée.

Il s'agit des contrats à durée déterminée⁶ et des contrats d'apprentissage, pour lesquels, au-delà des deux premiers mois de l'apprentissage, « *la rupture du contrat ne peut intervenir que sur accord écrit signé des deux parties* »⁷.

La loi du 25 juin 2008 a en outre expressément prévu⁸ que les dispositions relatives à la rupture conventionnelle homologuée ne s'appliquent pas aux ruptures du contrat de travail résultant d'un accord de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi, que la chambre sociale analyse de longue date comme des ruptures amiables ou des ruptures d'un commun accord⁹.

La raison d'une telle exclusion est, ainsi que le rappelle la circulaire de la DGT du 17 mars 2009, que les accords de GPEC et les PSE sont déjà particulièrement encadrés¹⁰ pour assurer notamment l'intégrité du consentement du salarié, et qu'il n'a, dès lors, pas paru nécessaire de soumettre les ruptures d'un commun accord relevant de ce cadre au dispositif protecteur de la rupture conventionnelle.

L'exclusivité, en dehors de ces cas ainsi rappelés, de la rupture conventionnelle homologuée a jeté le trouble sur une pratique consistant, dans le cadre d'une mutation à l'intérieur d'un groupe ou d'un transfert conventionnel d'un contrat de travail, à conclure une convention tripartite entre le salarié, l'employeur initial et le nouvel employeur, mettant notamment fin au premier contrat de travail.

La chambre sociale de la Cour de cassation analysait en effet les stipulations de ces conventions tripartites mettant fin au premier contrat de travail comme une rupture d'un commun accord du contrat de travail¹¹.

Le fait que la rupture conventionnelle homologuée soit désormais le mode exclusif d'une rupture d'un commun accord du contrat de travail condamne-t-il une telle pratique ?

La chambre sociale de la Cour de cassation n'a, jusqu'alors, pas été saisie d'une telle question.

Il sera juste observé, à titre prospectif, que la solution dégagée par elle dans son arrêt du 15 octobre 2014 concernait l'hypothèse d'une rupture du contrat de travail avec perte définitive d'emploi et que l'on peut, à l'instar de certains auteurs¹², se demander si les dispositions de l'article L. 1231-1 du code du travail, selon lesquelles « *Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord, dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre* », ne concerneraient pas que strictement cette hypothèse de perte définitive d'emploi, et non celle d'une poursuite de l'emploi à des conditions identiques mais auprès d'un autre employeur.

Si la rupture conventionnelle homologuée est désormais le mode quasi-exclusif de rupture d'un commun accord du contrat de travail, elle n'empêche cependant pas les parties de faire suivre la convention de rupture d'une transaction, étant rappelé que la transaction n'est pas, en soi, un mode de rupture du contrat de travail, mais un mode de règlement amiable des conséquences de la rupture du contrat de travail.

La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi, dans un arrêt du 26 mars 2014¹³, admis la conclusion d'une transaction postérieurement à la signature d'une convention de rupture homologuée en la soumettant à deux conditions :

- la première est que la transaction doit intervenir postérieurement à l'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative ou, s'agissant d'un salarié bénéficiant d'une protection mentionnée aux articles L. 2411-1 et L. 2411-2 du code du travail, postérieurement à la notification aux parties de l'autorisation, par l'inspecteur du travail, de la rupture conventionnelle ;

- la seconde est que la transaction doit avoir pour objet de régler un différend relatif non pas à la rupture du contrat de travail, mais à son exécution sur des éléments non compris dans la convention de rupture.

La première restriction s'explique eu égard au principe affirmé de longue date par la chambre sociale de la Cour de cassation selon lequel le salarié ne peut transiger que s'il peut librement disposer de ses droits et qu'en conséquence, l'accord transactionnel n'est valable que s'il est conclu postérieurement à la rupture définitive du contrat de travail. Comme, en matière de rupture conventionnelle, son homologation ou son autorisation par l'administration sont l'une des conditions de sa validité, une condition fondamentale même au regard de l'intégrité du consentement en particulier du salarié, il était inévitable de dire qu'une transaction ne pouvait être conclue que postérieurement à celles-ci. Dire l'inverse aurait, en définitive, conduit à admettre que le salarié pouvait transiger sans être en mesure d'apprécier l'étendue de ses droits.

La seconde restriction se justifie, d'une part, par l'idée que la rupture conventionnelle suppose le plein accord des parties sur le fait de rompre le contrat de travail, ce qui exclut, sauf à voir reconnaître un vice du consentement,

⁶ Article L. 1243-1 du code du travail : « *Sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail* ».

⁷ Article L. 6222-18 du code du travail.

⁸ Article L. 1237-16 du code du travail.

⁹ V. Soc., 10 avril 1991, pourvoi n° 89-18.485, *Bull.* 1991, V, n° 179 ; Soc., 2 décembre 2003, pourvoi n° 01-46.540, *Bull.* 2003, V, n° 309.

¹⁰ Cet encadrement a d'ailleurs, s'agissant des PSE, été renforcé par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, qui subordonne le PSE à sa validation ou son homologation par l'autorité administrative.

¹¹ V. Notamment Soc., 31 mars 1998, pourvoi n° 96-43.016, *Bull.* 1998, V, n° 189 ; Soc., 6 mars 2001, pourvoi n° 00-41.367.

¹² A. Casado, C. Jacquet et P. Romatet, « Regards croisés sur les transferts conventionnels de contrats à l'aune de l'arrêt du 15 octobre 2014 », in *Semaine sociale Lamy*, 8 décembre 2014, n° 1655.

¹³ Pourvoi n° 12-21.136, *Bull.* 2014, V, n° 91.

toute transaction ultérieure sur ce point, d'autre part, au regard des dispositions de l'article L. 1237-14 du code du travail. Le législateur a en effet autorisé un recours juridictionnel exclusif devant la juridiction prud'homale pour tout litige relatif à la convention de rupture, l'homologation ou le refus d'homologation.

Or, eu égard à l'autorité de chose jugée qui s'attache à la transaction, permettre aux parties de transiger sur des éléments compris dans la convention de rupture leur aurait permis d'échapper à ces dispositions impératives.

II. - La rupture conventionnelle homologuée, mode autonome de rupture du contrat de travail d'un commun accord

L'une des premières manifestations d'autonomie de la rupture conventionnelle, au regard de ce qui était jugé antérieurement s'agissant de la rupture d'un commun accord, provient de la loi.

La loi du 25 juin 2008 a en effet expressément prévu que les salariés protégés peuvent conclure des conventions de rupture.

Aux termes de l'article L. 1237-15 du code du travail, les règles applicables à la rupture conventionnelle du salarié protégé dérogent aux règles relatives au salarié ordinaire en ce que la procédure d'homologation par l'autorité administrative est remplacée par celle d'autorisation de l'inspecteur du travail.

Le salarié protégé a en effet droit à une protection particulière en cas de licenciement, et c'est à cette protection particulière que renvoie l'article L. 1237-15 en visant « *les conditions prévues au chapitre premier du titre premier du livre IV, à la section 1 du chapitre premier et au chapitre II du titre II du livre IV de la deuxième partie* » (c'est-à-dire, pour la partie législative, les articles L. 2411-1 à L. 2411-22, L. 2421-1 à L. 2421-6 et L. 2422-1 à L. 2422-4 du code du travail, et, pour la partie réglementaire, les articles R. 2411-1, R. 2421-16 et R. 2422-1 du même code).

Dans une telle conception, le rôle de l'inspecteur du travail pour autoriser la rupture conventionnelle ne se limite pas à vérifier si les règles procédurales ayant conduit à la conclusion d'une convention de rupture ont été respectées, mais doit également contrôler le libre consentement du salarié.

C'est d'ailleurs ce que précise la circulaire de la DGT du 22 juillet 2008, qui, s'agissant de la rupture conventionnelle du contrat de travail des salariés protégés, dit : « *Dans l'exercice de sa compétence, appliquée à la rupture conventionnelle, l'inspecteur du travail [...] doit apprécier la liberté du consentement à partir des points de contrôle précédemment définis [...]. Il s'assurera donc de l'absence de toute pression de la part de l'employeur qui se rattacherait notamment à l'exercice du mandat du salarié : la décision autorisant la rupture conventionnelle devra toujours constater l'absence de lien avec le mandat* ».

La circulaire de la DGT du 17 mars 2009, en précisant que « *l'administration doit contrôler le libre consentement des parties en vérifiant s'il n'existe pas de dol, violence ou vices du consentement* », a d'ailleurs accentué l'intensité du contrôle exercé par l'inspecteur du travail.

Enfin, la décision de l'inspecteur du travail doit être précédée d'une enquête contradictoire dans les conditions prévues à l'article R. 2421-4 du code du travail, celle-ci supposant notamment l'audition personnelle et individuelle du salarié concerné.

L'autorisation administrative donnée par l'inspecteur du travail inclut donc bien la recherche du libre consentement du salarié protégé à la rupture conventionnelle.

C'est d'ailleurs ce qui explique que la chambre sociale de la Cour de cassation, confrontée à la question de savoir quel ordre juridictionnel était compétent pour connaître de la contestation d'une convention de rupture autorisée par l'inspecteur du travail, a, dans le droit fil de ce qui est jugé en matière de licenciement d'un salarié protégé¹⁴, dit, dans son arrêt du 26 mars 2014¹⁵, que le juge judiciaire ne peut, en l'état de l'autorisation administrative accordée à l'employeur et au salarié bénéficiant d'une protection mentionnée aux articles L. 2411-1 et L. 2411-2 du code du travail pour procéder à la rupture conventionnelle du contrat de travail qui les lie et sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier la validité de ladite rupture, y compris lorsque la contestation porte sur la validité du consentement du salarié.

Toute contestation d'une rupture conventionnelle autorisée par l'inspecteur du travail relève donc de la compétence des juridictions administratives, à la différence des ruptures conventionnelles homologuées par l'administration, pour lesquelles la loi du 25 juin 2008 a organisé, à l'article L. 1237-14 du code du travail, un bloc de compétence au profit des juridictions de l'ordre judiciaire.

La deuxième manifestation d'autonomie de la rupture conventionnelle homologuée est que celle-ci peut intervenir même s'il existe un différend entre les parties.

La chambre sociale de la Cour de cassation jugeait en effet, avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008, qu'une rupture d'un commun accord ne pouvait valablement intervenir qu'en l'absence de litige entre les parties¹⁶.

La doctrine était partagée sur le point de savoir si cette jurisprudence allait être maintenue dans le cadre de la rupture conventionnelle.

Certains affirmaient qu'« *il n'existe aucune différence de nature* » entre la rupture d'un commun accord et la rupture conventionnelle homologuée et qu'ainsi, « *les motifs qui ont conduit les magistrats de la Cour de cassation à adopter cette position lorsqu'il s'agit d'une rupture d'un commun accord semblent donc également*

¹⁴ V. Soc., 21 septembre 1993, pourvoi n° 90-46,083, *Bull.* 1993, V, n° 219.

¹⁵ Pourvoi n° 12-21,136, *Bull.* 2014, V, n° 91.

¹⁶ Soc., 31 mars 1998, pourvoi n° 96-43,016, *Bull.* 1998, V, n° 189 ; Soc., 6 mai 1998, pourvoi n° 96-40,610, *Bull.* 1998, V, n° 236 ; Soc., 26 octobre 1999, pourvoi n° 97-42,846, *Bull.* 1999, V, n° 411 ; Soc., 21 janvier 2003, pourvoi n° 00-43,568, *Bull.* 2003, V, n° 11 ; Soc., 11 février 2009, pourvoi n° 08-40,095, *Bull.* 2009, V, n° 43.

pertinents lorsqu'il s'agit d'une rupture conventionnelle »¹⁷, d'autres estimaient, au contraire, que la nouvelle rupture conventionnelle « *gomme d'un seul coup à peu près tous les obstacles* »¹⁸ résultant de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la rupture d'un commun accord.

La chambre sociale de la Cour de cassation a tranché cette question sous l'angle de l'autonomie de la rupture conventionnelle homologuée en affirmant, pour la première fois, dans un arrêt du 23 mai 2013¹⁹, que l'existence, au moment de sa conclusion, d'un différend entre les parties au contrat de travail n'affecte pas par elle-même la validité de la convention de rupture et que ce n'est que si le consentement des parties n'a pas été librement donné mais est vicié par un dol, une erreur ou des violences que l'acte pourra être annulé.

Si certains y ont vu l'expression d'une « *politique libérale* »²⁰ de la Cour de cassation, voire d'une « *volonté de ne pas entraver la marche triomphale de la rupture conventionnelle* »²¹, cette position repose pourtant sur une stricte application de la loi du 25 juin 2008.

Aucune disposition de cette loi ne conditionne en effet le recours à la rupture conventionnelle à l'absence de différend entre les parties.

Au contraire, le législateur a organisé le régime de la rupture conventionnelle en prévoyant des garanties destinées à assurer la liberté de consentement des parties (entretien entre l'employeur et le salarié au cours duquel ils peuvent se faire assister, faculté de rétractation pour chacune des parties et nécessaire homologation de la convention par l'administration, la circulaire de la DGT du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée donnant instruction à l'administration de vérifier que le consentement des parties est libre et que la rupture conventionnelle ne s'inscrit pas dans une démarche visant à contourner les procédures et garanties légales, notamment lorsqu'une procédure de licenciement est engagée).

Enfin, les dangers qui pouvaient exister pour le salarié dans le cadre d'une rupture d'un commun accord se dissipent, puisque le salarié qui signe une rupture conventionnelle a droit à une indemnité de rupture qui ne peut être inférieure à l'indemnité légale de licenciement et aux allocations de chômage. L'indemnité de rupture est d'ailleurs, depuis 2012, soumise au forfait de 20 % supporté par l'entreprise.

Juger l'inverse et affirmer qu'une convention de rupture ne pouvait être conclue qu'en l'absence de différend entre les parties aurait très clairement ajouté à la rupture conventionnelle une condition de validité que la loi ne prévoit pas, et méconnu la volonté du législateur d'institutionnaliser un mode autonome de rupture du contrat de travail destiné à la sécuriser et à éviter la multiplication des contentieux.

Comme la rupture du contrat de travail s'inscrit le plus souvent dans un cadre plus ou moins conflictuel, cela aurait conduit les praticiens, ainsi que le relevait l'avocat général dans son avis relatif à l'arrêt du 23 mai 2013, à continuer à adopter, pour une meilleure sécurité juridique, la voie du licenciement suivi d'une transaction portant sur les indemnités de rupture, ce qui aurait été pour le moins paradoxal eu égard aux objectifs du législateur en instituant la rupture conventionnelle homologuée.

La chambre sociale de la Cour de cassation a, depuis sa décision du 23 mai 2013, constamment réaffirmé sa position²².

Les conséquences d'une telle décision sur le plan procédural sont qu'il appartient à la partie qui demande la nullité de la convention de rupture d'établir que son consentement a été vicié.

La caractérisation d'un vice du consentement relève du pouvoir souverain des juges du fond.

C'est pourquoi la chambre sociale a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt ayant annulé une convention de rupture, la cour d'appel ayant souverainement estimé que la salariée était, au moment de sa signature, dans une situation de violence morale du fait du harcèlement moral dont elle était victime et des troubles psychologiques qui en étaient résultés²³.

Elle a également écarté le moyen tendant à remettre en cause l'appréciation de la cour d'appel selon laquelle aucune pression ou contrainte n'avait été exercée sur la salariée pour l'inciter à choisir la voie de la rupture conventionnelle²⁴.

Enfin, l'existence d'un vice du consentement supposant une appréciation de fait, ce moyen devra avoir été soulevé devant les juges du fond, à qui il ne pourra être reproché, à hauteur de cassation, de ne pas avoir procédé à une recherche sur ce point qui ne leur était pas demandée²⁵.

L'autonomie de la rupture conventionnelle homologuée par rapport à la rupture d'un commun accord intervenue avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008 s'illustre dans des domaines où le caractère impératif de certaines règles empêchait traditionnellement la rupture amiable du contrat de travail.

¹⁷ Professeurs Pelissier, Supiot et Jeammaud, Précis Dalloz, *Droit du travail*, 24^e édition, n° 430.

¹⁸ J.-Y. Frouin, « Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail », *La Semaine juridique, édition sociale*, n° 29, 15 Juillet 2008, 1407.

¹⁹ Pourvoi n° 12-13.865, *Bull.* 2013, V, n° 128.

²⁰ G. Loiseau, *JCP* 2014, éd. S, n° 1654.

²¹ Y. Leroy, *Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1617.

²² V. Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-15.208, *Bull.* 2013, V, n° 167 ; Soc., 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-19.268, *Bull.* 2013, V, n° 178 ; Soc., 15 janvier 2014, pourvoi n° 12-23.942, *Bull.* 2014, V, n° 19.

²³ Soc., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-22.332, *Bull.* 2013, V, n° 24.

²⁴ Arrêt du 3 juillet 2013 précité.

²⁵ Soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-25.951, *Bull.* 2014, V, n° 38.

La chambre sociale a eu ainsi à s'interroger sur la possibilité de conclure une rupture conventionnelle homologuée dans l'hypothèse, d'une part, d'un salarié qui avait, après un accident du travail, été déclaré apte avec réserves, d'autre part, d'un salarié dont le contrat de travail était suspendu à la suite d'un accident du travail²⁶.

Elle a eu également à dire si une salariée se trouvant dans la période de protection de quatre semaines suivant son congé maternité, prévue à l'article L. 1225-4 du code du travail, pouvait conclure une convention de rupture « nouvelle formule »²⁷.

S'agissant du salarié dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un accident du travail, il sera rappelé que l'article L. 1226-9 du code du travail interdit à l'employeur de rompre le contrat de travail, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie.

La chambre sociale de la Cour de cassation jugeait, au visa de cet article, qu'une rupture d'un commun accord conclue au cours de cette période de suspension du contrat de travail était frappée de nullité²⁸. En d'autres termes, elle estimait que les règles impératives restreignant la rupture du contrat de travail ne pouvaient être contournées par la volonté commune de l'employeur et du salarié. Une telle position illustrait la défiance de la Haute juridiction à l'égard d'un mode de rupture du contrat de travail reposant sur le seul droit commun des contrats, et dont on pouvait craindre que l'employeur en soit largement à l'origine.

La circulaire de la DGT du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée avait d'ailleurs intégré cette jurisprudence de la chambre sociale, puisqu'elle était d'avis de ne pas admettre la rupture conventionnelle dans tous les cas où des règles impératives encadraient de manière très stricte la rupture du contrat de travail, en particulier dans des hypothèses de suspension du contrat de travail pendant un congé maternité ou pendant un arrêt imputable à un accident du travail ou à une maladie professionnelle. La circulaire de la DGT du 17 mars 2009 soulignait à cet égard que « dans certaines hypothèses, le législateur a estimé que le salarié était placé dans une situation dont la particularité interdisait à l'employeur et au salarié de déroger et de renoncer par la voie d'un commun accord aux dispositions d'ordre public du code du travail ».

Rompant avec sa jurisprudence antérieure, la chambre sociale a affirmé de manière on ne peut plus nette dans son arrêt du 30 septembre 2014 que « sauf en cas de fraude ou de vice du consentement, non invoqués en l'espèce, une rupture conventionnelle peut être valablement conclue en application de l'article L. 1237-11 du code du travail au cours de la période de suspension consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle ».

Cette décision, bien qu'approuvée par certains²⁹, a fait l'objet de critiques d'une partie de la doctrine, reprochant en substance à la Haute juridiction de permettre aux parties d'éluder, par leur accord, l'application de dispositions d'ordre public relatives notamment aux accidents du travail et aux maladies professionnelles³⁰.

Il doit cependant être clairement affirmé que cette décision ne fait que respecter à la fois la lettre et l'esprit de la loi du 25 juin 2008, dont la Cour de cassation, gardienne de l'application de la loi, ne pouvait s'affranchir.

Ainsi qu'il a été dit, le législateur a institutionnalisé, le 25 juin 2008, en plus de la rupture à l'initiative de l'employeur et de celle à l'initiative du salarié, un mode autonome de rupture du contrat de travail qui est la rupture conventionnelle homologuée, dont il a organisé le régime.

La *summa divisio* du droit de la rupture du contrat de travail réside désormais dans la distinction entre les ruptures unilatérales, dont l'employeur ou le salarié sont à l'origine, et celles, bilatérales, résultant d'un accord de volontés.

Dans un tel schéma, les limitations posées par la loi aux ruptures unilatérales ne sauraient s'étendre aux ruptures bilatérales, faute d'une volonté du législateur en ce sens.

Or, les dispositions de l'article L. 1226-9 du code du travail³¹ sont parfaitement claires : elles ne visent que l'hypothèse d'une rupture du contrat de travail par le seul employeur. Le législateur n'a, en outre, procédé à aucun renvoi aux dispositions de l'article L. 1226-9 du code du travail lorsqu'il a institutionnalisé la rupture conventionnelle homologuée. Il ne peut donc qu'en être déduit qu'elles ne peuvent trouver application qu'en cas de rupture unilatérale du contrat de travail.

S'agissant de la femme bénéficiant d'une protection renforcée pendant et à l'issue de son congé maternité, la chambre sociale a jugé, dans son arrêt du 25 mars 2015, que « sauf en cas de fraude ou de vice du consentement, non invoqués en l'espèce, une **rupture conventionnelle** peut être valablement conclue en application de l'article L. 1237-11 du code du travail au cours des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles la salariée a droit au titre de son congé de maternité, ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes ».

Il sera observé que les dispositions protectrices de la femme en état de grossesse ou en congé de maternité, prévues aux articles L. 1225-4 et L. 1225-5 du code du travail, ne visent, elles aussi, que la rupture unilatérale du contrat de travail dont l'employeur est à l'origine, et qu'aucun renvoi n'est fait à ces dispositions par les textes du code du travail relatifs à la rupture conventionnelle.

²⁶ Soc., 28 mai 2014, pourvoi n° 12-28.082, *Bull.* 2014, V, n° 129; Soc., 30 septembre 2014, pourvoi n° 13-16.297, *Bull.* 2014, V, n° 219.

²⁷ Soc., 25 mars 2015, pourvoi n° 14-10.149, en cours de publication.

²⁸ V. Soc., 29 juin 1999, pourvoi n° 96-44.160, *Bull.* 1999, V, n° 304; Soc., 4 janvier 2000, pourvoi n° 97-44.566, *Bull.* 2000, V, n° 3.

²⁹ G. Loiseau *La Semaine juridique, édition sociale*, n° 1436; M. Hautefort, *Lamy social actualités*, octobre 2014, n° 294.

³⁰ V. notamment F. Champeaux, « La rupture conventionnelle élude des dispositions d'ordre public sur les AT/MP », *Semaine sociale Lamy*, n° 1647; Bernadette Lardy-Pélessier, *RDT*, novembre 2014, p. 684.

³¹ « Au cours des périodes de suspension du contrat de travail, l'employeur ne peut rompre ce dernier que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie ».

Enfin, s'il semble pour certains que la possibilité, pour une femme enceinte, en congé maternité ou se trouvant dans la période de protection de quatre semaines suivant son congé maternité, serait directement contraire à la directive n° 92/85/CEE du 19 octobre 1992, il sera également relevé que l'article 10 de cette directive ne prohibe que le licenciement, c'est-à-dire une rupture unilatérale du contrat de travail.

La chambre sociale de la Cour de cassation n'ignore cependant pas le risque que le mécanisme de la rupture conventionnelle puisse être utilisé par l'employeur uniquement pour lui permettre, en négociant avec un salarié qui subirait la rupture plutôt que de la vouloir ou d'y adhérer, de s'affranchir de certaines dispositions d'ordre public limitant sa faculté de rupture unilatérale.

Trois séries d'éléments permettent cependant de limiter considérablement ce risque :

- tout d'abord, les règles particulières de la rupture conventionnelle, qui tendent à préserver l'intérêt de chacune des parties et à s'assurer de l'intégrité de leur consentement (entretien, délai de rétractation de quinze jours et homologation) et qui s'appliquent nécessairement compte tenu du fait qu'il s'agit désormais, ainsi qu'il a été dit, du seul mode admis de rupture bilatérale du contrat de travail, sauf dispositions législatives contraires ;

- ensuite, le fait que le consentement de chacune des parties à la rupture doit être libre et que, s'il était établi un vice du consentement, la convention de rupture serait annulée ;

- enfin, la réserve faite par la Cour de cassation à la fraude.

S'il était établi que l'employeur n'avait eu recours à la rupture conventionnelle que pour s'affranchir des règles impératives lui interdisant de licencier le salarié, en d'autres termes, s'il n'avait voulu conclure une rupture conventionnelle qu'en raison par exemple de la maladie professionnelle du salarié ou de son état de grossesse, la fraude pourrait être retenue et la convention de rupture annulée.

Restera à la chambre sociale à prendre partie, à l'occasion d'un pourvoi qui ne s'est pas encore présenté, sur la possibilité de conclure une rupture conventionnelle dans le cas où le salarié a été déclaré inapte à l'emploi, que cette inaptitude soit ou non d'origine professionnelle.

Dans un tel cas de figure, l'employeur a, en application des dispositions des articles L. 1226-4 et L. 1226-11 du code du travail, l'obligation de reprendre le paiement des salaires à l'issue du mois suivant la seconde visite de reprise d'un salarié déclaré inapte à son poste de travail, à défaut de reclassement ou de licenciement.

La chambre sociale jugeait, avant la loi du 25 juin 2008, que ces dispositions excluaient la possibilité pour les parties de signer une rupture d'un commun accord du contrat de travail qui aurait pour effet d'éluider ces obligations³².

Compte tenu de ce qui vient d'être dit précédemment, la question pourrait se poser de savoir :

- d'une part si, en l'absence de vice du consentement ou de fraude, le salarié et l'employeur ne pourraient pas conclure une convention de rupture telle que prévue par la loi du 25 juin 2008 dans le mois suivant la seconde visite de reprise ;

- d'autre part si, à l'issue du mois suivant la seconde visite de reprise, et alors que l'employeur a repris le paiement des salaires, une convention de rupture ne pourrait pas également valablement être conclue dès lors qu'il n'est démontré ni vice du consentement ni fraude.

La Cour de cassation vient enfin de préciser comment ce mode autonome de rupture du contrat de travail qu'est la rupture conventionnelle homologuée pouvait s'articuler avec des procédures unilatérales de rupture.

Comme il a été dit précédemment, la rupture conventionnelle homologuée intervient le plus souvent dans un contexte de différends plus ou moins intenses entre l'employeur et le salarié.

Il n'est dès lors pas surprenant de voir se succéder des procédures de rupture unilatérale et des procédures de rupture conventionnelle.

La chambre sociale a eu à résoudre les questions suivantes :

- tout d'abord, l'employeur et le salarié peuvent-ils, après la notification du licenciement, conclure une convention de rupture ?

La Haute juridiction a répondu par l'affirmative³³, en considérant que lorsque le contrat de travail a été rompu par l'exercice par l'une ou l'autre des parties de son droit de résiliation unilatérale, la signature postérieure d'une rupture conventionnelle vaut renonciation commune à la rupture précédemment intervenue.

La généralité de cet attendu fait qu'il s'applique à tous les cas de rupture unilatérale : qu'il y ait eu notification d'un licenciement, démission ou prise d'acte de la rupture, l'employeur et le salarié peuvent toujours, postérieurement à ces actes, conclure une convention de rupture.

Il est en effet de jurisprudence constante que l'employeur peut renoncer au licenciement qu'il a notifié avec l'accord du salarié, qui doit être clair et non équivoque³⁴, et que le salarié peut également renoncer à invoquer un licenciement et consentir, sur la proposition de l'employeur, à la continuation du contrat de travail³⁵.

Or, les conditions auxquelles la rupture conventionnelle est soumise (nécessité d'un entretien, signature par chacune des parties d'une convention de rupture manifestant l'accord de celles-ci sur le fait que le contrat n'est pas déjà rompu en raison du licenciement ou de la démission ou de la prise d'acte, mais qu'il le sera à raison de la convention, faculté de rétractation, qui n'a, par définition, pas été exercée, et nécessaire homologation par

³² Soc., 12 février 2002, pourvoi n° 99-41.698, *Bull.* 2002, V, n° 66.

³³ Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-20.549, en cours de publication.

³⁴ Soc., 17 janvier 1990, pourvoi n° 87-40.666, *Bull.* 1990, V, n° 14 ; Soc., 12 mai 2004, pourvoi n° 02-41.173.

³⁵ Soc., 13 novembre 2001, pourvoi n° 99-43.016, *Bull.* 2001, V, n° 341.

l'administration à l'issue du délai de rétractation) font qu'implicitement peut-être, mais en tout cas nécessairement, tant l'employeur que le salarié ont donné leur accord clair et non équivoque à ce que le licenciement, la démission ou la prise d'acte soient rétractés ;

- ensuite, l'engagement d'un processus de rupture conventionnelle s'analyse-t-il en un renoncement implicite de l'employeur à exercer des poursuites disciplinaires ?

Cette question s'est posée dans l'hypothèse où un employeur avait engagé une procédure de licenciement disciplinaire à l'encontre du salarié, puis avait signé avec le salarié une convention de rupture.

Le salarié ayant usé de sa faculté de rétractation dans le délai de quinze jours, l'employeur avait repris la procédure disciplinaire en convoquant le salarié à un nouvel entretien préalable et en prononçant à son encontre un licenciement pour faute grave.

Le salarié contestait et le fait d'avoir été licencié pour un motif disciplinaire alors qu'un processus de rupture conventionnelle avait été engagé, et le fait que la faute grave ait été retenue comme cause du licenciement.

La chambre sociale a, dans un arrêt du 3 mars 2015³⁶, affirmé que « *la signature par les parties au contrat de travail d'une rupture conventionnelle après l'engagement d'une procédure disciplinaire de licenciement n'emportait pas renonciation par l'employeur à l'exercice de son pouvoir disciplinaire, et que s'il était usé, par le salarié, de son droit de rétractation, l'employeur était fondé à reprendre la procédure disciplinaire par la convocation du salarié à un nouvel entretien préalable dans le respect des dispositions de l'article L. 1332-4 du code du travail et à prononcer une sanction, y compris disciplinaire* ».

Même si cette décision ne vise que l'usage, par le salarié, de sa faculté de rétractation dans le délai de quinze jours, il semble que la généralité du premier attendu³⁷ permette de conclure que si le processus de rupture conventionnelle échoue soit du fait d'une rétractation du salarié, soit du fait d'une rétractation de l'employeur, soit encore du fait d'un refus d'homologation, l'employeur retrouve nécessairement l'exercice de son pouvoir disciplinaire.

Cette souplesse dans le procédé apparaît indiscutablement favorable au salarié : en figeant les choses et en empêchant l'employeur, en cas d'échec du processus de rupture conventionnelle, de pouvoir reprendre une procédure de licenciement disciplinaire, on aurait considérablement dissuadé celui-ci de s'engager dans une rupture bilatérale du contrat de travail, alors que celle-ci, ne tranchant en aucune manière la question de l'imputabilité de la rupture, peut être plus intéressante pour le salarié ;

- enfin, l'engagement d'un processus de rupture conventionnelle interrompt-il le délai de prescription pour engager des poursuites disciplinaires ?

La chambre sociale a, dans un arrêt du 3 mars 2015³⁸, clairement répondu par la négative : « *la signature, par les parties, d'une rupture conventionnelle ne constitue pas un acte interruptif de la prescription prévue par l'article L. 1332-4 du code du travail* ».

Autrement dit, si l'employeur, qui a fait le choix d'engager *ab initio* avec le salarié un processus de rupture conventionnelle, ne renonce pas pour autant à son pouvoir disciplinaire, c'est à la condition qu'il se situe, dans l'éventualité d'un exercice postérieur de son pouvoir disciplinaire, dans le délai de deux mois prévu à l'article L. 1332-4 du code du travail.

De la rédaction de cet article, et de notre jurisprudence actuelle en matière disciplinaire³⁹, il résulte que la prescription de deux mois des faits fautifs ne peut être interrompue que par l'engagement de poursuite disciplinaire ou de poursuite pénale.

La rupture conventionnelle homologuée, qui repose sur le nécessaire accord de volonté de l'employeur et du salarié pour rompre le contrat de travail, ne pouvait pas être assimilée à l'une des causes interruptives du délai de prescription prévu à l'article L. 1332-4 du code du travail.

III. - La rupture conventionnelle homologuée, un mode quasi-exclusif et autonome de rupture d'un commun accord du contrat de travail obéissant à des règles procédurales particulières

La chambre sociale de la Cour de cassation a été amenée à préciser la portée des règles procédurales en matière de rupture conventionnelle homologuée, et l'idée directrice de sa jurisprudence jusqu'alors peut être la suivante : en dehors de conditions particulières posées par la loi du 25 juin 2008, toute question relative au déroulé de la procédure ou aux mentions portées par les parties sur la convention de rupture ne doit être envisagée que sous l'angle du vice du consentement.

La remise au salarié d'un exemplaire de la convention de rupture signée est exigée à peine de nullité de la convention de rupture⁴⁰.

Bien que cette formalité ne soit pas expressément prévue par les dispositions du code du travail relatives à la rupture conventionnelle, elle découle cependant de l'article L. 1237-14 du code du travail, qui permet à chacune des parties de demander l'homologation de la rupture conventionnelle à l'administration en lui adressant, pour ce

³⁶ Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-15.551, en cours de publication.

³⁷ « *Mais attendu, d'abord, que la signature par les parties au contrat de travail d'une rupture conventionnelle, après l'engagement d'une procédure disciplinaire de licenciement, n'emporte pas renonciation par l'employeur à l'exercice de son pouvoir disciplinaire* ».

³⁸ Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-23.348, en cours de publication.

³⁹ Soc., 17 décembre 1987, pourvoi n° 86-42.040, *Bull.* 1987, V n° 741 ; Soc., 18 janvier 2011, pourvoi n° 09-43.079, *Bull.* 2001, V, n° 24.

⁴⁰ Soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-27.000, *Bull.* 2013, V, n° 29.

faire, un exemplaire de la convention signée. Admettre qu'un salarié puisse ne pas se voir remettre un exemplaire de la convention de rupture l'aurait en conséquence privé d'une possibilité que lui reconnaît la loi et qui est d'en demander l'homologation.

Enfin, le fait d'être en possession d'un exemplaire de la convention de rupture permet de garantir le libre consentement du salarié à la rupture et d'exercer, le cas échéant, en toute connaissance de cause, son droit de rétractation.

* En revanche, l'absence d'information du salarié sur la possibilité de se faire assister lors d'un entretien de rupture conventionnelle n'est susceptible d'entraîner la nullité de la convention de rupture que s'il est établi que cela a affecté la liberté de son consentement⁴¹.

Ces décisions ont pu surprendre, notamment au regard du droit du licenciement.

Pour certains auteurs, le dispositif de la rupture conventionnelle instaure en effet nécessairement une obligation d'information à la charge de l'employeur quant à la possibilité, pour le salarié, de se faire assister lors d'un entretien, ce afin de garantir l'intégrité de son consentement⁴².

Comme ils le soulignent cependant, cette obligation précontractuelle d'information n'est expressément prévue ni dans l'accord national interprofessionnel, ni dans le dispositif législatif. C'est la raison pour laquelle le formulaire de rupture conventionnelle élaboré par le ministère du travail, s'il indique à l'employeur qu'il doit rappeler au salarié la possibilité qui lui est ouverte de prendre les contacts nécessaires, notamment auprès du service public de l'emploi, afin de prendre sa décision en pleine connaissance de ses droits, n'indique pas que l'employeur est tenu d'informer le salarié de la possibilité de se faire assister.

Or, de manière générale, à défaut de sanction prévue par les textes, la Cour de cassation considère que le manquement à l'obligation d'information n'a pas pour effet d'entraîner l'annulation du contrat en dehors des conditions de droit commun⁴³, qui sont celles du dol, de l'erreur ou de la violence.

La chambre sociale n'a fait ici que se conformer aux dispositions de la loi du 25 juin 2008.

Instaurer, de manière prétorienne, une obligation d'information à la charge de l'employeur aurait en outre institué dans les faits une sorte de convocation à un entretien préalable à la rupture conventionnelle, seul moyen pour l'employeur de démontrer, en cas de litige ultérieur, qu'il a bien informé le salarié de la possibilité de se faire assister par la personne de son choix et qu'il lui a laissé un délai suffisant pour se faire conseiller utilement.

Une telle pratique serait contraire à la volonté des partenaires sociaux et du législateur, qui ont entendu prévoir un mode de rupture peu formaliste, et conduirait à une rigidification de la rupture conventionnelle telle qu'elle ne pourrait intervenir à l'initiative du salarié.

La possibilité de se faire assister à un entretien est effet prévue au profit tant du salarié que de l'employeur⁴⁴, compte tenu du caractère bilatéral du mécanisme de rupture conventionnelle, avec cette particularité cependant que l'employeur n'a le droit d'être assisté que si le salarié lui-même l'est. Or, on imagine mal un salarié adressant à son employeur une convocation à un entretien de rupture conventionnelle en l'informant de la possibilité qu'il a de s'y faire assister.

C'est le même raisonnement, à savoir ne pas rajouter au texte, qui a prévalu dans les décisions de la chambre sociale jugeant qu'aucun délai devant séparer l'entretien de la signature de la convention de rupture n'était instauré par la loi⁴⁵.

Le droit du licenciement connaît l'existence d'un tel délai⁴⁶.

Mais la rupture bilatérale du contrat de travail qu'est la rupture conventionnelle homologuée marque sur ce point également son autonomie, car force est de constater :

- que la loi du 25 juin 2008 ne prévoit aucun délai devant séparer l'entretien de la signature de la convention de rupture ;
- qu'instituer, de manière prétorienne, un délai « raisonnable » aurait, de toute évidence, ouvert grandes les portes de contentieux ultérieurs sur ce qu'est un tel délai, ce en opposition avec l'objectif recherché tant par les partenaires sociaux que par le législateur ;
- qu'enfin, la liberté du consentement du salarié paraît suffisamment garantie en amont par la possibilité de se faire assister à l'entretien, et en aval par la faculté de rétractation et par la procédure d'homologation.

La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que l'absence d'information du salarié sur la possibilité de prendre contact avec le service public de l'emploi en vue d'envisager la suite de son parcours professionnel ne pouvait entraîner la nullité de la convention de rupture que s'il était établi qu'elle avait vicié le consentement du salarié⁴⁷.

Cette possibilité avait été prévue à l'article 12 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 mais n'avait pas été reprise par la loi du 25 juin 2008, bien qu'elle figure dans le formulaire d'homologation des conventions.

⁴¹ Soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-27.594, *Bull.* 2014, V, n° 39 ; Soc., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-21.207.

⁴² G. Loiseau, « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Droit social*, p. 297 ; S. Chassagnard-Pinet et P.Y. Verkindt, « La rupture conventionnelle du contrat de travail », *La semaine juridique*, éd. S., n° 1365.

⁴³ V. notamment 1^{re} Civ., 31 octobre 2007, pourvoi n° 05-15.601, *Bull.* 2007, V, n° 342.

⁴⁴ Article L. 1237-12 du code du travail.

⁴⁵ Soc., 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-19.268, *Bull.* 2013, V, n° 178.

⁴⁶ Deux jours ouvrables doivent ainsi au moins séparer l'entretien préalable de l'envoi de la lettre recommandée avec accusé de réception notifiant le licenciement.

⁴⁷ Soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-25.951, *Bull.* 2014, V, n° 38.

Or, l'accord national interprofessionnel a été étendu par l'arrêté du 22 juillet 2008, qui en rend ses dispositions obligatoires « sous réserve de l'application des dispositions de la loi n° 2008/596 du 25 juin 2008 ». Il reste ainsi obligatoire pour tout ce qui n'est pas prévu par la loi du 25 juin 2008⁴⁸.

Si cette disposition conventionnelle doit s'appliquer en vertu du principe de faveur, il n'en demeure pas moins que, du fait que le législateur n'a pas cru devoir reprendre cette mesure et qu'elle n'est qu'un simple rappel que le service public de l'emploi peut être consulté, il semblait difficile d'en faire une garantie de fond.

Le non-respect de cette obligation d'information n'est donc susceptible d'entraîner la nullité de la convention de rupture que si elle a été de nature à empêcher le salarié de consentir en pleine connaissance de cause à la rupture de son contrat de travail.

La chambre sociale a enfin eu à statuer sur les stipulations portées sur la convention de rupture.

- L'erreur sur la date d'expiration portée sur la convention de rupture du délai de rétractation de quinze jours calendaires prévu à l'article L. 1237-13 du code du travail ne peut entraîner la nullité de la convention que s'il est établi qu'elle a pour effet de vicier le consentement de l'une des parties ou de la priver de la possibilité d'exercer son droit de rétractation⁴⁹.

Dans l'affaire dont était saisie la chambre sociale, le salarié était pleinement informé que le délai pour se rétracter était de quinze jours, puisqu'il était expressément mentionné sur le formulaire qui lui avait été remis. La simple erreur dans la date à laquelle ce délai expirait ne suffisait donc pas à vicier la convention de rupture à un point tel qu'il convenait d'en prononcer la nullité, puisqu'elle ne privait pas le salarié de pouvoir exercer sa faculté de rétractation dans le délai légal.

Par contre, en l'état d'une date erronée, il appartient au juge de veiller à ce que l'erreur n'a pas effectivement privé le salarié de l'exercice de son droit de rétractation. Comme, en l'espèce, la demande d'homologation avait bien été envoyée plus de quinze jours après la signature de la convention de rupture, tel n'était pas le cas.

Nul doute cependant que la réponse aurait été différente si la demande d'homologation avait été adressée avant l'expiration du délai de quinze jours prévu à l'article L. 1237-13 du code du travail. Dans une telle hypothèse, l'erreur de date aurait indubitablement privé l'une des parties de sa possibilité d'exercer sa faculté de rétractation jusqu'à l'issue du délai dont elle dispose de par la loi et aurait nécessairement entraîné la nullité de la convention de rupture.

- L'erreur sur le montant des indemnités ASSEDIC perçues par le salarié après la rupture conventionnelle n'est susceptible d'entraîner la nullité de la convention de rupture que s'il est démontré qu'elle a vicié le consentement du salarié⁵⁰.

- Enfin, la chambre sociale a eu à se pencher sur une convention de rupture fixant une indemnité de rupture dont le montant était inférieur à l'indemnité légale de licenciement à laquelle pouvait prétendre le salarié.

On peut s'étonner du fait qu'une telle convention ait pu être homologuée par l'administration, mais cela s'expliquait, dans les faits, parce que la reprise d'ancienneté du salarié ne figurait pas sur la convention soumise à l'appréciation de l'administration.

La Cour de cassation a précisé, dans son arrêt du 10 décembre 2014⁵¹, que même si le salarié n'avait pas demandé l'annulation de la rupture conventionnelle, il pouvait exiger le respect, par l'employeur, des dispositions de l'article L. 1237-13 du code du travail, relatives au montant minimal de l'indemnité spécifique d'une telle rupture.

Restera à la chambre sociale à préciser si la fixation d'une indemnité de rupture inférieure à l'indemnité légale de licenciement sera une cause automatique de la convention de rupture.

⁴⁸ La chambre sociale, dans un arrêt du 9 mars 2011, *Bull.* 2011, V, n° 70, avait d'ailleurs cassé un arrêt de cour d'appel au visa de l'article 12 de l'ANI, admettant par là même sa valeur juridique normative.

⁴⁹ Soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-24.539, *Bull.* 2014, V, n° 40.

⁵⁰ Soc., 5 novembre 2014, pourvoi n° 13-16.372.

⁵¹ Soc., 10 décembre 2014, pourvoi n° 13-22.134, en cours de publication.

La rupture négociée, distinctions et régimes

Intervention de M. Jean-François Cesaro,
professeur à l'université Panthéon-Assas, Paris 2

La rupture amiable est la convention par laquelle les parties à un contrat s'accordent pour révoquer un contrat les unissant.

De manière *a priori* surprenante, elle ne figure pas à l'article 1234 du code civil, qui énumère les neuf cas d'extinction des obligations. Ce choix peut être considéré comme justifié si l'on admet qu'il ne s'agit pas directement d'un mode d'extinction des obligations, mais d'un mode d'extinction du contrat.

De manière également *a priori* surprenante, la rupture amiable est visée à l'article 1134 du code civil, qui traite de l'effet obligatoire des conventions. Les codificateurs s'étaient inspirés de Domat, qui avait fait le choix de mentionner la rupture amiable dans un paragraphe intitulé « *Les conventions tiennent lieu de loix* »¹. Depuis, la convention de rupture amiable est présentée comme le corollaire de la force obligatoire des contrats. Celle-ci ne pouvant être absolue, le contrat peut cesser par les volontés concordantes des parties ou dans les cas et aux conditions prévues par la loi ou la jurisprudence². S'attache également à cette localisation une explication à mi-chemin entre droit positif et philosophie : lorsqu'on affirme que la convention de rupture est une des manifestations de la liberté contractuelle, les parties, libres de se lier, sont également libres de se délier.

L'admission en droit social de ce mode de rupture a suscité des réserves. En effet, le droit de la rupture amiable n'a pas toujours été très aisément observable. En témoigne le nombre relativement modeste d'études qui, avant une période relativement récente, s'y sont spécifiquement consacrées. Il a fallu attendre 1987 pour qu'une étude d'ensemble y soit consacrée par le professeur Vatinet³ et peu de travaux doctoraux en traitent spécifiquement⁴. Cette discrétion s'explique peut-être par le fait que pendant longtemps le contentieux de la rupture amiable a été plutôt rare, soit que ce mode de rupture ait été peu pratiqué, soit qu'il n'ait suscité que peu de litiges⁵.

Sa réapparition en droit du travail dans les années soixante-dix peut être lue à la lumière de l'encadrement croissant, dans cette même période, du droit du licenciement. La rupture amiable a pu, dans cette période particulière, être perçue comme une alternative.

Cela a donné lieu à des pratiques aux dénominations embarrassantes : « *licenciements négociés* », « *démissions acceptées* » ou encore des accords de rupture transactionnelle. Ces formules maladroites recouvraient probablement des réalités très disparates. Parfois elles étaient la conséquence de l'ignorance du régime juridique de la rupture amiable, qui appelait un travail de recherche que la pratique ne pouvait pas toujours faire. Parfois elles étaient le reflet de la volonté de contourner le droit du licenciement en imposant une rupture prétendument négociée. Or il est fort difficile, lors d'un litige judiciaire, de distinguer l'authentique rupture amiable de la manœuvre frauduleuse de contournement du droit du licenciement.

Pour cette dernière raison, la question de la licéité en droit social des ruptures conventionnelles s'est sérieusement posée⁶. La Cour de cassation a tranché ce débat en admettant la licéité de principe de ce mode de rupture⁷. Bien que cela fut discuté, le raisonnement qui pouvait justifier ce choix reposait sur la conjonction de deux textes : l'article L. 121-1 du code du travail posait de manière générale la soumission au droit commun du contrat de travail et l'article L. 122-4 du code du travail délimitait aux seules ruptures unilatérales ses règles d'ordre public.

Cependant, après l'avoir admise dans son principe, la chambre sociale lui a attaché un régime juridique particulier, destiné à parer le risque de fraude. Une telle entreprise était probablement fort délicate à conduire en l'état de pratiques discutables, d'une dispute doctrinale et d'une législation lacunaire.

Le résultat a fait l'objet, à la fin des années 2000, de critiques sur le terrain de la sécurité juridique, certains estimant que « *la libération de la croissance* » passait par la sécurisation de la rupture amiable. L'accord national interprofessionnel devait reprendre la même idée en stipulant, en préambule de son article 12, qu'il convenait, « *par la mise en place d'un cadre collectif, de sécuriser les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie* ». L'idée étant ensuite relayée par le législateur dans la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, insérée aux articles L. 1237-11 et suivants du code du travail.

Cette loi a reçu un accueil mitigé de la part de nombreux praticiens redoutant qu'elle soit l'objet d'interprétations créatives. Cependant, pour des motifs qui mériteraient une explication sociologique, beaucoup d'entreprises et de salariés y ont eu recours. On comptait en avril 2015 deux millions de ruptures conventionnelles demandées, dont 1,8 million ont été homologuées.

¹ *Les lois civiles*, partie 1, livre 1, titre 1, section 2, § 7.

² V. A. Siri, « *Le mutuu dissensus* », dir. R. Bout, dactyl., université d'Aix-Marseille en 2011, n° 78, p. 74.

³ R. Vatinet, « *Le mutuu dissensus* », *RTD civ.* 1987, p. 252.

⁴ A. Siri, « *Le mutuu dissensus* », dactyl., université d'Aix-Marseille, 2011 ; J. Decamps, « *Les modes amiables de rupture du contrat de travail* », 2014, dactyl., dir. F. Petit, université d'Avignon, 2014 ; C. Capmas-Benoist, « *Les conventions relatives à la résiliation du contrat de travail* », dactyl., dir. G. Couturier, université Panthéon-Sorbonne Paris I, 2003.

⁵ Faute d'une connaissance statistique, il est difficile de savoir si la pratique est paisible ou inexistante.

⁶ Sur cette controverse : J. Pélissier, « *Les départs négociés* », *Dr. soc.* 1981, p. 228 ; J. Pélissier, « *Observations à propos du licenciement individuel* », *Mélanges Camerlynck*, éd. Dalloz, 1977, p. 83 et s. ; J. Savatier, « *La résiliation amiable du contrat de travail* », *Dr. soc.* 1985, p. 693 et s. ; Ch. Radé, « *La résolution amiable du contrat de travail sur la sellette* », *D.* 2000, p. 265.

⁷ Soc., 23 novembre 1978, *Dr. soc.* 1981, p. 237.

Ce nouveau dispositif légal a suscité un regain d'intérêt pour la rupture amiable et appelé un exercice, assez traditionnel dans notre discipline, de délimitation (I). Une fois ses frontières tracées, de manière tout aussi peu surprenante, sa mise en œuvre a donné l'occasion à la chambre sociale de préciser un certain nombre de questions importantes (II).

I. - DÉLIMITATION

La question de la délimitation peut être présentée de deux manières : la première consiste à distinguer la convention de rupture amiable des autres modes d'extinction du contrat, c'est une question de séparation (A), la seconde consiste à déterminer si l'on peut, dans le champ de la rupture amiable, appliquer d'autres régimes juridiques, c'est une question de « *superposition* » (B).

A. - Séparation

Commune volonté extinctive. La première distinction, la plus évidente et la plus importante de notre droit de la rupture, est la *summa divisio* de la rupture reposant sur l'accord des parties (qui peut être un accord multilatéral, notamment en cas de coemploi) et les ruptures unilatérales, principalement les licenciements et démissions.

Dans un cas, il y a conjonction des volontés, dans l'autre, une des volontés qui n'emportera extinction valable du contrat qu'aux conditions légales.

La question est plus délicate avec les clauses contractuelles qui offrent aux parties la possibilité de se délier de leurs obligations contractuelles, telles que la clause de dédit, la clause de résiliation unilatérale ou la clause résolutoire. Dans ce cas, la distinction tient au fait que l'accord des volontés permet à l'une des parties, par décision unilatérale, de mettre fin au contrat. Il est différent de s'accorder pour éteindre le contrat et de s'accorder pour permettre à l'une ou l'autre des parties de le décider⁸.

Faut-il en déduire qu'une rupture amiable ne peut faire l'objet d'une clause du contrat de travail ? On peut imaginer que les parties s'accordent pour conclure un contrat et, dans le même temps, s'accordent pour y mettre immédiatement fin. L'acte meurt en naissant. On peut imaginer que cela présente, un jour, un intérêt, mais cela paraît pour l'heure fort théorique.

Les parties peuvent préciser dans l'acte qu'elles pourront rompre en s'accordant de nouveau. Il ne s'agit pas d'une convention de rupture, mais du rappel d'une possibilité prévue par la loi.

Si la clause a pour objet de contraindre les parties à passer par la rupture d'un commun accord, cette clause n'est pas une convention de rupture unilatérale, mais l'obligation de conclure une convention de rupture.

Les parties peuvent s'entendre pour différer la rupture à une date ultérieure, il s'agit alors non d'une rupture d'un commun accord, mais de la stipulation d'un terme (si sa réalisation est certaine) ou d'une condition résolutoire si l'événement mettant un terme au rapport contractuel est de réalisation incertaine. Il s'agit de modalités de l'obligation et non d'une convention de rupture.

Il est par ailleurs usuel d'affirmer que la convention de rupture amiable est nécessairement un acte juridique distinct et postérieur au contrat conclu. Ce point est d'une grande importance en droit du travail, où la « *renonciation* » à l'avance au droit du licenciement est prohibée⁹.

Absence de paiement. C'est une extinction du contrat sans paiement des obligations convenues : il n'y a pas épuisement de l'objet du contrat, pas d'exécution complète, pas de dation, pas de compensation.

Il n'y a pas davantage de renonciation du créancier à un avantage, il ne s'agit donc pas d'une remise de dette.

Transaction. L'objet et la finalité de la rupture conventionnelle constituent également un critère important de distinction : il s'agit d'organiser l'extinction d'un rapport contractuel. Faire disparaître un premier contrat et, le cas échéant, prévoir les relations post-contrat de travail.

Ce critère permet en principe de distinguer la rupture amiable de la transaction. Alors que cette dernière vise à prévenir ou à éteindre un litige, la rupture amiable vise essentiellement à éteindre un contrat. En pratique cependant, on peut vouloir faire les deux : éteindre à la fois un contrat et un litige. Dans ce cas, le critère de distinction aisé à formuler, mais difficile à pratiquer, tient à l'intention essentielle des parties, l'objet principal de leur acte. En pratique, si on laisse de côté le régime particulier de la transaction en droit du travail, il est concevable qu'une rupture amiable comporte une clause transactionnelle ou que, réciproquement, une transaction comporte, à titre de concessions réciproques, une rupture amiable.

Translation. Elle doit encore être distinguée de toutes les conventions qui ont pour objet la transmission d'un rapport contractuel. Cette question est cependant au cœur d'une controverse civiliste : peut-on transmettre un lien d'obligation ?

Une partie de la doctrine considère que l'obligation étant un lien entre deux personnes, elle est par nature intransmissible - si l'une des deux parties à l'obligation est changée, c'est l'obligation qui est éteinte : l'obligation est intransmissible parce qu'elle ne peut se reporter à l'identique sur la tête d'un tiers¹⁰. Peut-on alors céder la source de ce lien qui est le contrat ? La même doctrine considère que cela est impossible, car il est nécessaire d'obtenir le consentement du cédé. Pour cette raison, il n'y a pas de translation du rapport contractuel, mais création, par ce consentement, d'un nouveau rapport contractuel qui se superpose au précédent. La qualification de délégation étant proposée, le « *cédant/délégrant* » n'est délivré de ses obligations qu'en cas de stipulation

⁸ A. Siri, n° 371 et s.

⁹ Article L. 1231-4, ancien L. 122-14-7, alinéa 3, du code du travail.

¹⁰ Ghestin, *Traité de droit civil, le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n° 281, p. 295.

expresse en ce sens (délégation novatoire). Les conséquences pratiques d'une telle analyse sont importantes en droit du travail, car il faudrait considérer que, sauf stipulation explicite d'intention novatoire (délégation parfaite), l'employeur déléguant reste lié par le contrat de travail initial¹¹.

Un autre courant doctrinal considère que la cession de contrat peut avoir un effet translatif, l'exigence d'un accord du cédé n'étant nullement incompatible avec une opération ayant pour objet la transmission d'un rapport contractuel. Selon une partie de ces analyses, la cession de contrat est un accord entre les parties à un acte juridique par lequel elles transfèrent la qualité de partie à l'une d'elles¹².

Dans la pratique, on trouve diverses expressions susceptibles de recouvrir cette transmission du lien contractuel.

L'expression « *convention tripartite* » est parfois employée, mais il ne s'agit pas d'un acte nommé, en ce sens que le législateur n'a pas (encore) assigné un régime juridique particulier à cette formule.

On trouve encore des applications volontaires de la notion de transfert conventionnel de contrat. On sait en effet qu'avec l'accord de l'ensemble des parties concernées, des conventions peuvent faire une application volontaire de l'article L. 1224-1 du code du travail.

Certains accords collectifs de branche le prévoient expressément dans des secteurs où les entreprises peuvent se succéder sur des marchés (prestataires de gardiennage, de nettoyage). La réalisation de ces accords collectifs suppose l'accord des salariés concernés. En dehors du champ de ces accords collectifs, il est également possible aux parties de faire une application volontaire individuelle de cette disposition.

Les expressions « cession de contrat » et « novation » sont également employées.

La première formule pourrait devenir le support privilégié de transmission des rapports de travail en raison du projet de réforme du droit des obligations. L'article 1340, alinéa premier, du projet prévoit qu'un « *contractant peut, avec l'accord de son cocontractant, céder à un tiers sa qualité de partie au contrat* ». En ce cas, le cédant (en pratique, l'employeur) ne peut être libéré qu'avec l'accord du cédé (en pratique, le salarié) et uniquement pour l'avenir. À défaut de libération, il est « *simplement garant des dettes du cessionnaire* ». Il nous semble qu'avec cette formule, le législateur considère que la cession de contrat n'emporte pas d'extinction du contrat et règle la situation de celui qui cède sa qualité d'employeur.

Novation. La novation peut susciter davantage de réserves, car, en principe, elle ne concerne pas les contrats, mais les seules obligations qu'il comporte. Autrement dit, on pourrait considérer que la substitution d'une partie qui est à la fois débiteur et créancier n'est pas conforme aux prévisions du code civil et emporte, de surcroît, un changement tel de la relation contractuelle initiale qu'il convient de l'analyser en une rupture amiable suivie de la conclusion d'un contrat distinct.

Cette analyse peut cependant être discutée, car elle conduit à scinder en deux actes distincts ce qui constitue, dans l'intention des parties, un seul et même acte. Il y a dans l'idée de novation des obligations une indivisibilité entre l'extinction d'une obligation et la création d'une nouvelle obligation. Pour reprendre les termes du professeur Vatinet, « *La cause de la novation réside [...] dans la volonté de substitution d'une obligation à une autre - l'animus novandi -, alors que la cause du mutus dissensus est dans la volonté de rompre le contrat - appelons-la l'animus dissolvandi* »¹³. En étendant aux contrats ce propos visant les obligations, il n'est dès lors pas inconcevable de considérer, au nom de la liberté des conventions, qu'il soit possible de retenir une qualification autonome de novation lorsque l'objectif de l'acte consiste, en un seul mouvement, à opérer une extinction du contrat lié à la recréation d'un rapport contractuel. Il ne s'agirait ni d'une simple rupture amiable ni de la simple conclusion d'un contrat nouveau. En ce sens, la jurisprudence relative aux salariés qui deviennent mandataires sociaux est éclairante : le juge social y admet que les parties peuvent convenir de transformer leur relation sans que cela emporte application du régime de la rupture¹⁴.

La chambre sociale a admis qu'une novation par changement d'employeur soit possible, dans l'hypothèse où, dans un groupe de sociétés et sans formaliser une rupture, le salarié a conclu un contrat de travail avec une entreprise se substituant au contrat qui le liait à son premier employeur. Dans cette affaire tranchée par la chambre sociale le 4 février 2015¹⁵, un salarié est ainsi passé du service d'une société au service d'une autre qui l'a, deux ans plus tard, licencié pour motif économique. Il prétendait notamment que, la novation ne se présument pas, son premier contrat de travail n'avait pas été rompu. Son argumentation est rejetée au motif de principe que « *si l'intention de novar ne se présume pas, il n'est pas nécessaire qu'elle soit exprimée en termes formels dès lors qu'elle est certaine et résulte des faits de la cause* ». La Cour de cassation précise qu'en l'espèce, les juges du fond ont relevé que les parties avaient entendu substituer le nouveau contrat de travail à l'ancien et que l'exécution de ce nouveau contrat était incompatible avec la poursuite du contrat initial. La technique de la novation contractuelle, permettant un changement d'employeur, constitue donc une pratique contractuelle qui semble admise par le juge.

Rupture amiable ou homologuée. Si des distinctions sont nécessaires, d'autres au contraire doivent probablement être écartées. Après l'adoption des articles 1237-11 et suivants du code civil, on peut se demander s'il ne convient pas de distinguer entre la rupture amiable et la rupture conventionnelle. Autrement dit, il existerait

¹¹ Articles 1275 et 1276 du code du travail.

¹² V. Ch. Lachièze, « Cession de contrat, l'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », *D.* 2000, p. 184 ; Didier R. Martin, agrégé des facultés de droit, professeur émérite, « Consécration d'une figure : la stipulation de contrat pour autrui », *D.* 2008, p. 1954.

¹³ R. Vatinet, « *Le mutus dissensus* », *RTD civ.* 1987, p. 261.

¹⁴ V. not. Soc., 23 juin 2004, pourvoi n° 02-42.009 ; Soc., 9 mai 2012, pourvoi n° 11-23.299 (obligation faite au juge de rechercher s'il n'y a pas eu novation) ; Soc., 28 avril 2011, pourvoi n° 09-69.437 (« Contrat disparu ») ; Soc., 4 juin 2014, pourvoi n° 13-12.460 (la plupart des arrêts appliquent le droit du travail en l'absence de preuve suffisante d'une intention novatoire).

¹⁵ Pourvoi n° 13-26.718.

la rupture amiable, qui trouverait son fondement dans le code civil et à l'article L. 1221-1 du code du travail (en ce qu'il justifie l'application du droit commun au contrat de travail), et la rupture conventionnelle homologuée, qui serait une nouvelle forme de rupture.

Si des différences existent indéniablement, elles ne portent pas sur la nature de l'acte, mais sur son régime. Dans les deux cas, il s'agit d'une convention de rupture (un commun accord de rupture), mais l'une d'elle relève du droit commun des contrats, l'autre, du droit du travail. Il convient dès lors de dégager les conséquences de cette analyse.

B. - Superposition

Unité de nature, différence de régime. Si l'on admet que rupture amiable et rupture conventionnelle désignent un même type d'acte juridique, il convient de délimiter le champ d'application des deux régimes qui s'y appliquent.

La réponse qui résulte des textes est relativement simple. Le droit commun des obligations reste applicable au contrat de travail, mais il a une vocation subsidiaire par rapport au droit spécial et généralement d'ordre public du travail.

Or, l'article L. 1231-1 du code du travail dispose que la rupture d'un commun accord est régie par les dispositions « *du présent titre* », autrement dit par les articles 1237-11 et suivants. Le droit commun n'est donc d'aucune utilité : le régime juridique spécifique prévu par le code du travail est impérativement applicable.

Au demeurant, le législateur a expressément déterminé les cas dans lesquels le régime juridique nouveau n'avait pas à trouver application. En effet, il a spécialement écarté ce régime lors des ruptures décidées en application d'un PSE ou d'un accord de GPEC¹⁶. S'il a pris le soin d'énumérer les cas dans lesquels la rupture homologuée ne trouvait pas application, c'est qu'il estimait que dans tous les autres cas ce régime s'imposait. Cela ressort d'ailleurs clairement des travaux préparatoires. Ainsi, s'agissant de départs négociés dans un dispositif de GPEC, « ***il apparaît peu opportun d'imposer dans ce cas de figure le respect de la procédure*** » de rupture conventionnelle homologuée¹⁷.

Enfin, il peut paraître surprenant que le législateur prenne le soin de définir un régime juridique applicable aux ruptures d'un commun accord tout en laissant la liberté de s'en affranchir.

L'on pouvait s'opposer à cette interprétation en se fondant sur la rédaction de l'article 12 de l'accord, qui stipule que la rupture conventionnelle homologuée ne doit pas « *remettre en cause les modalités de rupture existantes du CDI* ». Le sens de cette formule n'est cependant guère évident et même à supposer que les partenaires sociaux aient souhaité préserver la rupture amiable, le législateur ne les a pas suivis, et il paraît difficile de considérer qu'il s'agit d'une stipulation conventionnelle plus favorable aux salariés s'imposant aux dispositions légales.

La chambre sociale ne surprend donc pas en décidant, dans un arrêt du 15 octobre 2014, que la rupture amiable doit suivre le régime de la rupture conventionnelle homologuée¹⁸.

Elle ne fait que tirer les conséquences de la lettre de la loi.

Mobilité externe ? Cette décision a soulevé une inquiétude chez les praticiens qui redoutent son application dans les cas de mobilité externe.

Ils se demandent quel sera le sort de ce qu'ils appellent « *des conventions tripartites* » ou des « *mobilités intra-groupe* ». Cependant, ces termes issus de la pratique ne renvoient à aucun régime juridique précis. Il est encore fait valoir qu'il conviendrait de distinguer les ruptures amiables suivies de la conclusion d'un nouveau contrat, qui devraient toujours relever du droit civil, et celles qui aboutissent purement et simplement au chômage. Ici encore, la préoccupation est compréhensible, mais elle ne repose pas vraiment sur un régime juridique défini.

Il convient probablement de procéder à des distinctions en fonction du but poursuivi par les parties.

1° Lorsque l'opération litigieuse consiste à opérer une substitution de la qualité d'employeur, qu'il s'agisse d'une convention *sui generis* ayant pour objet le transfert du rapport contractuel, d'une cession de contrat ou d'une application volontaire de l'article L. 1224-1 du code du travail, le droit de la rupture conventionnelle ne devrait pas trouver application puisqu'il n'y a pas de rupture du contrat de travail.

2° Lorsque l'opération prend la forme d'une succession d'actes distincts : d'abord la rupture d'un commun accord du contrat de travail avec l'ancien employeur, ensuite la conclusion d'un nouveau contrat. Dans ce cas (hors PSE et GPEC), le régime de la rupture conventionnelle homologuée s'appliquera. En effet, on est en présence de deux conventions séparées, et non d'une opération contractuelle globale. On ne peut raisonner autrement, sinon il faudrait écarter le régime de la rupture conventionnelle homologuée au seul motif qu'un salarié qui a négocié une rupture a pu, même fortuitement, ensuite retrouver un travail !

3° Restent les cas difficiles : ceux où les parties ont voulu conduire une opération globale de mobilité externe, mais ont fait le choix de rompre de manière amiable un premier contrat pour en conclure un second. À la différence du cas précédent, les parties considèrent qu'il n'existe qu'une seule opération, qui ne donne lieu que formellement à des actes juridiques distincts.

Un élément de réponse pourrait tenir à la divisibilité juridique de l'opération emportant extinction d'un rapport contractuel et établissement d'un nouveau.

¹⁶ Article L. 1237-16 du code du travail - il existe d'autres cas dans lesquels la convention de rupture n'est pas applicable : essai, CDD, convention de reclassement, congés de mobilité...

¹⁷ Rapp. Sénat n° 306, Pierre Bernard-Reymond, p. 32.

¹⁸ Pourvoi n° 11-22.251, *Bull.* 2014, V, n° 241.

Si les deux actes sont indivisibles dans l'intention des parties, on ne peut, sans les dénaturer, les ramener à un seul : l'extinction et la formation qui se succèdent ne constituent qu'une seule et même opération. C'est ici que l'on peut s'inspirer du raisonnement sur la novation de l'obligation : ce n'est pas simplement une extinction, c'est de manière insécable la reconstitution d'une obligation. L'objet de l'opération n'est pas seulement d'éteindre un contrat, mais aussi et de manière inséparable d'en créer un nouveau.

En revanche, si les deux actes sont séparables, il faudra en conclure que le régime de la convention de rupture homologuée s'impose.

Cette théorie présente le redoutable inconvénient de reposer sur la preuve d'une intention qui pourrait ne pas ressortir à l'évidence des faits¹⁹. Elle ne paraît cependant pas condamnée par la Cour de cassation, qui a pu admettre qu'une novation par changement d'employeur était possible²⁰.

Droit du licenciement. La question de la superposition des régimes se pose également au regard du droit du licenciement économique. En principe, en présence d'une authentique rupture amiable, le droit applicable à la rupture unilatérale ne trouve pas application.

Cependant, la chambre sociale a décidé que « lorsqu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités, les ruptures conventionnelles doivent être prises en compte pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi »²¹.

Dans cette affaire, l'entreprise procédait à des successions de petits licenciements, ce qui donnait le sentiment d'une fraude organisée pour contourner les prescriptions applicables aux grands licenciements.

Ce contexte ne suffit cependant pas à faire échapper la solution à la discussion.

La référence au droit de l'Union européenne, en particulier la directive n° 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998, ne permet pas d'apporter un fondement assuré à ce raisonnement dans la mesure où la CJUE n'a pas, à notre connaissance, été saisie de son applicabilité aux ruptures amiables et que, pour les licenciements au sens strict, elle a considéré que la notion de licenciement vise les ruptures sans le consentement du salarié²².

L'article 12 de l'accord national interprofessionnel, également visé dans cette décision, suscite également des incertitudes. Il y est stipulé qu'il faut mettre en place un cadre collectif de rupture amiable sans « porter atteinte aux procédures de licenciement déjà engagées par l'entreprise ». On peut comprendre que lorsqu'une procédure de licenciement est en cours, il est interdit d'y porter « atteinte » par des ruptures amiables. C'est peut-être l'interprétation retenue par la Cour de cassation qui correspond à la position des circulaires. Un arrêt non publié rendu le 18 décembre 2013²³ paraît l'attester. La Cour y décide en effet, pour refuser d'appliquer le régime du licenciement pour motif économique, que « si la rupture conventionnelle du contrat de travail de M. Y... était intervenue dans la période de trente jours au cours de laquelle les licenciements économiques ont été prononcés, les négociations avec ce salarié avaient été engagées [avant l'engagement de la procédure de licenciement] pour une cause étrangère à tout motif économique, et, d'autre part, que le transfert du contrat de travail d'un autre salarié était consécutif à la cession d'une partie du fonds de commerce, la cour d'appel, procédant à la recherche prétendument omise, a pu décider que ces départs étaient étrangers au processus de réduction d'effectifs pour motif économique ».

La formulation cependant peut aussi être comprise comme une prescription adressée au législateur lui demandant d'instituer un régime distinct du droit du licenciement pour motif économique. C'est d'ailleurs ainsi que ce dernier l'a finalement compris, le rapporteur à l'Assemblée nationale pouvant affirmer que « les règles relatives licenciements ne s'appliquent pas aux ruptures conventionnelles, comme l'ont souhaité les partenaires sociaux »²⁴. Il en a déduit la règle assez claire de l'article L. 1233-3, alinéa 2, aux termes duquel le chapitre relatif aux licenciements pour motif économique n'est pas applicable à la rupture amiable.

Au demeurant, cette solution n'impose nullement l'obligation d'incorporer nécessairement des ruptures amiables dans une procédure de licenciement pour motif économique. Il faut en effet constater que l'employeur a utilisé les ruptures amiables dans un processus de réduction des effectifs. En conséquence, elle ne s'applique pas lorsque la rupture amiable est négociée en amont d'un processus de licenciement économique et pour « une cause étrangère à tout motif économique ».

¹⁹ V. Notamment Soc., 31 mars 1998, pourvoi n° 96-43.016, *Bull.* 1998, V, n° 189, où l'enjeu portait sur l'applicabilité du droit du licenciement et où le juge estime qu'il y a « transfert » avec « rupture amiable ».

²⁰ V. *supra* et Soc., 4 février 2015, pourvoi n° 13-26.718.

²¹ Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-11.581, *Bull.* 2011, V, n° 70.

²² CJUE, 12 octobre 2004 : aff. C-55/02, Commission des Communautés européennes contre République portugaise, cons. 48 à 50 : « En harmonisant les règles applicables aux licenciements collectifs, le législateur communautaire a entendu, tout à la fois, assurer une protection comparable des droits des travailleurs dans les différents États membres et rapprocher les charges qu'entraînent ces règles de protection pour les entreprises de la Communauté (arrêt du 8 juin 1994, Commission/Royaume-Uni, C-383/92, Rec. p. I-2479, point 16). Dès lors, la notion de « licenciement », visée à l'article premier, paragraphe 1, sous a, de la directive ne peut pas être définie par un renvoi aux législations des États membres, mais a une portée communautaire. Ladite notion doit être interprétée en ce sens qu'elle englobe toute cessation du contrat de travail non voulue par le travailleur, et donc sans son consentement. Elle n'exige pas que les causes sous-jacentes correspondent à la volonté de l'employeur ». Cependant, l'arrêt ne portait pas sur les « licenciements par assimilation » de la directive. Sur ce point, les conclusions de l'avocat général paraissent admettre qu'une rupture négociée à l'initiative de l'employeur relèverait de cette notion, en particulier lorsque le travailleur est encouragé à donner son accord en échange d'avantages financiers (concl. av. général Tizzano, points 46 et 47).

²³ Pourvoi n° 12-23.134.

²⁴ Amendement n° 159 adopté lors de la séance du 16 avril. JOAN débats, 16 avril 2008, p. 1667. Dans le même sens au Sénat (P. Bernard Reymond, rapp. Sénat, n° 306, p. 34) : « l'Assemblée nationale a adopté un amendement de précision de la commission, qui indique que la procédure de licenciement économique s'applique seulement dans le cas où la rupture du contrat de travail est décidée à l'initiative de l'employeur. Elle ne s'applique donc pas dans l'hypothèse de la rupture conventionnelle, qui est, par construction, décidée d'un commun accord ».

II. - Régime

Le législateur n'a pas remis en question l'effet caractéristique et fondamental de la convention de rupture : celle-ci emporte toujours révocation de la convention. Il s'est attaché à définir le régime de négociation de celle-ci pour mieux garantir l'intégrité du consentement des parties. La jurisprudence a dû compléter ce régime de négociation en précisant les effets possibles de la convention.

A. - La formation de la convention

Intégrité du consentement. La jurisprudence, conformément au vœu du législateur et des partenaires sociaux, s'attache désormais à vérifier l'intégrité du consentement du salarié²⁵. Trois questions ont été réglées : le sort du manquement à certaines obligations précontractuelles d'information, la possibilité de rompre un contrat suspendu et, enfin, la possibilité de rompre un contrat déjà rompu par un acte unilatéral de volonté d'une des parties.

Manquements aux devoirs/obligations précontractuelles d'information. Un devoir précontractuel d'information s'impose à la partie qui a connaissance d'une information importante pour les intérêts de l'autre et que cette dernière peut légitimement ignorer. Ce devoir doit être apprécié en fonction, d'une part, de la difficulté d'accès pour chaque partie à l'information en cause et, d'autre part, au regard de l'intérêt de cette information.

L'ANI prévoyait un devoir d'informer le salarié sur le fait qu'il pouvait s'informer auprès des services de l'emploi sur les suites de son contrat. La position commune stipule en effet que la liberté du consentement des parties est garantie par « l'information du salarié de la possibilité qui lui est ouverte de prendre les contacts nécessaires, notamment auprès du service public de l'emploi, pour être en mesure d'envisager la suite de son parcours professionnel avant tout consentement » (article 12).

La question d'un manquement à l'information lors de la négociation et de sa sanction a été assez rapidement posée à la Cour de cassation. Cette dernière a estimé que, sauf vice du consentement, le fait de ne pas informer le salarié qu'il pouvait être assisté lors de la négociation de la convention n'était pas, en soi, une cause d'anéantissement de la convention²⁶. Elle a également décidé, le même jour, que le manquement à l'obligation conventionnelle (dont au demeurant il n'est pas dit que le débiteur soit l'employeur) ne remettait pas, en soi, en cause la rupture²⁷.

Ils peuvent en revanche justifier l'allocation de dommages-intérêts si un préjudice en est résulté.

Ces solutions méritent d'être rapprochées de l'article 1129, alinéa 2, du projet de réforme du droit des obligations. Cet article prévoit en effet que le manquement au devoir d'information « engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé ».

Suspensions. Cela a bouleversé une partie des solutions admises antérieurement. En effet, en cas de suspension du contrat de travail causée par la maladie ou la maternité, le droit de rupture d'un commun accord était paralysé. Ces solutions se justifiaient davantage par le souci de protection du consentement des salariés que par la lettre des textes applicables.

S'agissant de la maladie et des accidents professionnels, les articles L. 1226-9 et L. 1226-13 du code du travail, qui protègent le contrat, ne prohibent que les ruptures décidées par l'employeur, qui doit les motiver par une cause grave ou une impossibilité de maintenir le contrat, étrangère à la maladie ou à l'accident.

En matière de maternité, l'article L. 1225-4 du code du travail dispose « qu'aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constatée [...] ». Cet article, inséré dans une sous-section 1, intitulée « embauche, mutation et licenciement », s'applique à la rupture décidée par l'employeur. En ce sens, l'article L. 1225-5 du code du travail dispose que « le licenciement d'une salariée est annulé lorsque, dans un délai de quinze jours, l'intéressée envoie à son employeur, dans des conditions déterminées par voie réglementaire, un certificat médical justifiant qu'elle est enceinte ».

Dans ces deux hypothèses, il est tout à fait concevable, dès lors que cela peut correspondre au souhait du salarié, d'envisager une rupture conventionnelle. Il convient simplement de veiller à la protection du consentement du salarié. La Cour de cassation l'a admis en matière d'accidents professionnels. Elle a en effet décidé le 30 septembre 2014²⁸ que, sauf fraude ou vice du consentement (qui n'étaient pas invoqués dans l'espèce), une rupture conventionnelle peut être valablement conclue au cours de la période de suspension du contrat consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle.

En revanche, selon nous, l'inaptitude constatée ne paraît pas permettre une rupture d'un commun accord. En effet, l'employeur ne dispose en ce cas que d'une alternative, ne laissant guère de place au *mutuus dissensus*, entre reclassement et paiement du salaire²⁹. Est-il envisageable, cependant, de convenir d'une rupture lorsque, à l'issue du délai d'un mois, le salarié n'a été ni reclassé ni licencié ? Deux lectures des articles L. 1226-4 et L. 1226-11 du code du travail peuvent être envisagées.

²⁵ Soc., 12 février 2014, pourvoi n° 12-29.208 (« Mais attendu que la rupture conventionnelle ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties ; et attendu qu'après avoir relevé que l'employeur avait engagé une procédure de licenciement quelques semaines avant la signature de la convention de rupture, qu'il avait ensuite infligé à la salariée une sanction disciplinaire injustifiée et l'avait convoquée à un entretien destiné à déterminer les modalités de la rupture du contrat de travail qui n'avait duré qu'un quart d'heure et au cours duquel les parties n'avaient pas eu d'échange, la cour d'appel a souverainement estimé que le consentement de la salariée avait été vicié »).

²⁶ Soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-27.594, Bull. 2014, V, n° 39.

²⁷ Soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-27.594, Bull. 2014, V, n° 39.

²⁸ Soc., 30 septembre 2014, pourvoi n° 13-16.297, Bull. 2014, V, n° 219.

²⁹ Articles L. 1226-4 et L. 1226-11 du code du travail.

Selon une première lecture, on peut considérer que le législateur n'a posé une alternative entre reclassement et licenciement que pendant une période d'un mois. Après celle-ci, il a simplement imposé le paiement du salaire, sans directement prohiber la rupture conventionnelle. Nous ne sommes pas vraiment convaincus par cette interprétation.

À notre sens, en application de ces dispositions, l'alternative entre licenciement et reclassement s'impose tant dans le délai d'un mois qu'après celui-ci... La seule différence, c'est que s'il ne fait pas de choix à partir d'un mois, il doit, en plus, payer la rémunération du salarié inapte. Cette obligation constitue une sanction destinée à lui imposer un paiement.

Extinction antérieure du contrat de travail. Est-il possible de rompre un contrat déjà rompu par une décision antérieure ?

L'intuition commande d'apporter une réponse négative à cette question : on ne peut éteindre un contrat qui n'existe plus, la convention de rupture n'a plus d'objet et ne peut, pour cette raison, être valablement conclue³⁰.

Cependant, dès lors qu'il n'est pas interdit aux parties de renoncer *a posteriori* à une rupture unilatérale, il est tout à fait concevable d'incorporer cette dernière à une rupture amiable. Il faut alors admettre que la rupture amiable puisse avoir un double effet révocatoire. Celui-ci a un ordre précis d'exécution : révoquer une rupture amiable unilatérale, puis révoquer le contrat qui a, ainsi, repris vie. Il faut ajouter que cela emporte vraisemblablement modification de la date de la rupture. En effet, cette dernière « *ne peut intervenir qu'à partir du lendemain du jour de l'homologation* »³¹.

Une difficulté doit cependant être envisagée : si un licenciement est prononcé et que le salarié, après avoir accepté la rupture amiable, se rétracte, faut-il considérer que le licenciement antérieurement prononcé s'applique ? En pratique, en cas de rétractation, la convention de rupture ne se forme pas, l'acte emportant révocation du licenciement n'est pas formé, il doit donc continuer à produire ses effets juridiques.

Cependant, on envisage déjà les effets de la rupture...

B. - Les effets de la convention

Effet révocatoire. La convention de rupture amiable a un effet révocatoire dont la nature est sujette à discussion du contrat « *en sens inverse* » ou d'un effet révocatoire spécifique.

Il est cependant admis que le contrat qui en est l'objet est éteint, ainsi que les obligations qu'il a fait naître. La discussion continue cependant pour déterminer si cette convention a, naturellement, un effet rétroactif ou s'il faut une stipulation en ce sens pour produire un tel effet.

En droit social cependant, la question s'est posée de savoir si la convention pouvait avoir d'autres effets que la seule extinction du rapport de travail. La jurisprudence, ainsi qu'on vient de le voir, y a déjà répondu positivement s'agissant, au moins, de la révocation d'un acte antérieur de rupture unilatérale du contrat de travail. Reste la question de la possibilité d'un effet transactionnel incorporé à la rupture conventionnelle.

Transaction. Le droit positif de la transaction a été modifié par la rupture conventionnelle homologuée. Naguère, la rupture conventionnelle ne pouvait valablement être conclue en présence d'un différend entre les parties³² et la transaction devait nécessairement être postérieure à la rupture.

Présence d'un différend. La première solution pouvait s'expliquer par la nature distincte des actes : lorsque les parties souhaitent mettre fin à un litige, il ne peut s'agir d'une authentique rupture amiable, mais il s'agit d'une transaction. La transaction, ne pouvant valablement être négociée avant la rupture, était donc nécessairement illicite.

Cependant, la solution était trop radicale, car elle paraissait subordonner la validité de l'acte non à la volonté de transiger, mais à la seule existence d'un différend entre les parties.

La chambre sociale avait d'ailleurs pu, dans un arrêt isolé, mais significatif, admettre une rupture amiable dans le contexte d'un litige relatif à la rupture du contrat de travail (action en résiliation judiciaire) en constatant qu'elle résultait de pourparlers « *minutieux et précis* » et qu'elle avait été négociée par l'intermédiaire des avocats respectifs³³.

Une rupture amiable peut donc se concevoir dans un contexte litigieux³⁴ et être, le cas échéant, suivie d'une transaction pour régler les difficultés. On peut ajouter, même si cela ne rend pas compte du droit social positif (*v. infra*), qu'aucune disposition ne condamne directement une clause transactionnelle incorporée à titre accessoire dans une convention de rupture.

³⁰ En ce sens, A. Siri, p. 328. Cependant, les arrêts cités ne permettent pas en toute certitude de retenir la position que l'auteur retient : Soc., 15 mai 1968, *Bull.* 1968, V, n° 243 (en ce cas, c'est la qualification de la rupture qui est en cause) ; Soc., 21 juin 1995, pourvoi n° 91-45.806, *Bull.* 1995, V, n° 206 (requalification d'une rupture amiable postérieure en transaction, c'est probablement l'arrêt qui peut le mieux étayer la position de M. Siri) ; Soc., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-42.889, *JCP*, éd. S, 2010, 1203 (« elle avait relevé que la société avait procédé au licenciement de Mme X... et qu'il ne résultait pas de ses constatations que la salariée avait accepté, de façon non équivoque, sa rétractation par l'employeur, ce dont il se déduisait que son contrat de travail ayant déjà été rompu, aucune rupture amiable ne pouvait intervenir postérieurement »). En matière de démission : Soc., 19 mars 1980, pourvoi n° 78-40.916, *Bull.* 1980, V, n° 269 (requalification de la nature juridique et non-succession d'actes de rupture).

³¹ Article L. 1237-13 du code du travail.

³² Soc., 26 octobre 1999, *RJS* 1999, n° 1461 ; Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 06-41.850 ; Soc., 22 mars 2007, pourvoi n° 04-47.133 ; Soc., 31 octobre 2000, pourvoi n° 98-43.086, solution confirmée par la chambre sociale le 11 février 2009, *RJS* 2009, n° 322, *Dr. social* 2009, p. 560.

³³ Soc., 21 janvier 2003, pourvoi n° 00-43.568, *Bull.* 2003, V, n° 11, *RJS* 2003, n° 425. Le commentateur estime que « *toutefois, à partir du moment où les parties s'étaient mises d'accord pour négocier un protocole d'accord portant sur la rupture et sur ses conséquences, elles étaient ainsi sorties du cadre de la résiliation judiciaire. Le litige était donc clos. Dès lors, plus rien ne s'opposait à ce que les parties s'accordent pour régler les conditions et les conséquences financières du départ du salarié. Il ne s'agissait donc plus d'une transaction, en l'absence de tout litige, mais bien d'une rupture d'un commun accord dont la validité, sous réserve du consentement éclairé des parties, ne pouvait être contestée* » : *Dr. soc.* 2003.547, obs. G. Couturier.

³⁴ G. Auzero, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, *RDT* 2008, p. 522.

La Cour de cassation a très largement simplifié le débat en posant le principe selon lequel la seule existence d'un différend entre les parties ne suffit pas à remettre en question la qualification de rupture amiable³⁵. Cette solution nous paraît parfaitement justifiée. Théoriquement, elle n'interdit pas une requalification lorsque l'objectif poursuivi par les parties ne consiste pas à rompre le contrat, mais à mettre fin à un différend pour prévenir ou éteindre un litige.

Postériorité de la transaction. La règle selon laquelle la transaction doit être nécessairement postérieure à la rupture s'explique par la volonté de garantir l'intégrité du consentement du salarié.

La Cour de cassation paraît avoir maintenu cette solution en décidant, notamment dans un arrêt du 5 novembre 2014³⁶, que la rupture n'est valable que si « *elle intervient postérieurement à l'homologation administrative de la convention de rupture* ».

On peut observer que, dans cette affaire, il y avait d'un côté la rupture conventionnelle (signée le 31 octobre 1999) et, de manière séparée, une transaction (signée le 6 novembre 1999). Autrement dit, cette dernière n'avait probablement pas bénéficié des mesures protectrices prévues par les articles L. 1237-11 et suivants du code du travail. Elle avait en particulier vraisemblablement échappé à tout contrôle de l'administration. En irait-il différemment en présence d'une clause transactionnelle directement incorporée dans la convention de rupture et soumise au contrôle de l'administration ? *A priori*, cette solution paraît également exclue, la Cour de cassation ayant déclaré non écrite une clause de renonciation à tout recours prévue par une convention de rupture³⁷.

Cette solution est essentiellement fondée sur l'article L. 1237-14 du code du travail, donc probablement sur l'idée que le droit de recours au juge, prévu par ce texte, est d'ordre public et prive d'efficacité la clause transactionnelle³⁸. Elle en tire d'ailleurs les conséquences en admettant que tant le salarié que l'employeur peuvent s'en prévaloir³⁹. La Cour de cassation considère probablement que le contrôle de l'intégrité du consentement, qui est la pierre angulaire du nouveau dispositif, ne saurait être contourné par une transaction.

Cependant, faut-il nécessairement déduire d'une règle prévoyant un délai abrégé de recours la règle selon laquelle il serait interdit de transiger ? Si vraiment l'existence d'un recours juridictionnel devait conduire à prohiber la transaction, cela signifierait qu'elle ne serait jamais possible.

Restriction de l'objet de la transaction. Enfin, le dernier bouleversement porte sur la question de l'objet des transactions en présence d'une rupture conventionnelle. La chambre sociale décide en effet que la transaction n'est valable que si « *elle a pour objet de régler un différend relatif, non pas à la rupture du contrat, mais à son exécution sur des éléments non compris dans la convention de rupture* »⁴⁰.

On peut comprendre cette solution comme une garantie des règles d'ordre public entourant la rupture conventionnelle : le principe de respect de l'intégrité du consentement (article L. 1237-11 du code du travail), les règles particulières relatives à sa négociation (article L. 1237-12 du code du travail), les conditions de son homologation (article L. 1237-14 du code du travail) ou encore le montant minimal de l'indemnité de rupture (article L. 1237-13 du code du travail).

Cependant, on peut hésiter lorsqu'un différend relatif à l'exécution du contrat a « *contribué* » à la formation de la rupture. Ainsi, un désaccord sur le paiement des heures de travail peut parfaitement avoir « *facilité* » la conclusion de la rupture, mais se rapporter à l'exécution du contrat. En ce cas, l'existence du différend n'est que le contexte de négociation de la convention de rupture. Il en irait différemment en revanche si l'existence de ce différend avait altéré l'intégrité du consentement du salarié.

Cette limitation peut cependant être critiquée, car les règles encadrant le droit du licenciement ne paraissent pas moins d'ordre public que celles relatives à la rupture amiable. Pourquoi ne pourrait-on transiger sur un licenciement et ne pas transiger sur une rupture amiable, alors précisément que cette dernière fait l'objet de garanties administratives ? La réponse, du point de vue de la Cour, repose probablement sur les motifs déjà rencontrés : le contrôle du juge fait l'objet de dispositions particulières et permet la vérification de l'intégrité du consentement. Il est permis de ne pas souscrire entièrement à ce raisonnement et de suggérer une distinction selon que la transaction aura, ou non, fait l'objet d'une vérification par l'administration.

³⁵ Soc., 23 mai 2013, pourvoi n° 12-13.865, *Bull.* 2013, V, n° 128, *RJS* 7/13, n° 534 ; Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-15.208, *Bull.* 2013, V, n° 167, *RJS* 10/13, n° 674 ; Soc., 19 novembre 2014.

³⁶ Pourvoi n° 12-28.260 ; v. déjà Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-21.136, *Bull.* 2014, V, n° 91 (dans cette affaire également il s'agissait d'actes séparés).

³⁷ Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-15.208, *Bull.* 2013, V, n° 167, v. G. Auzero, *RDT* 2013, p. 555.

³⁸ En ce sens, G. Auzero, préc.

³⁹ Soc., 25 mars 2015, pourvoi n° 13-23.368, en cours de publication.

⁴⁰ Soc., 5 novembre 2014, pourvoi n° 12-28.260.

Retranscription des débats

Intervenants :

- Gérard Couturier
- Jean-Emmanuel Ray
- Alexandre Fabre
- Frédéric Géa

M. Couturier, professeur :

Je vois bien que la formule est manifestement empruntée à l'art lyrique, convient assez bien également aux Rencontres de droit du travail. J'ai apprécié cette formule. Le rôle du soprano correspondait à une présentation sereine et une solution acquise, que le baryton Martin présentait les zones d'ombres, les questions et les incertitudes. Je me demande quand même si ça n'a pas comme effet d'accentuer un peu le poids des incertitudes, d'exagérer un peu l'importance des incertitudes, en dépit de l'extrême clarté du propos de Mme Ducloz. Alors, en fonction de ça, je m'autoriserai juste sur un point à une petite prise de position en forme de pari. S'agissant des transferts, donc de ces changements d'employeurs liés à une mobilité externe ou une mobilité intra-groupe, je suis prêt à parier qu'on trouvera évidemment des instruments contractuels permettant de réaliser le changement d'employeur sans une rupture du contrat au sens de l'article L. 1131-1 du code du travail, c'est-à-dire sans une rupture du contrat impliquant le licenciement, la démission ou la rupture conventionnelle. Je ne sais pas comment on appellera ça, mais je crois qu'on trouvera les instruments contractuels en question et que, s'agissant particulièrement de la cession de contrat, non seulement la cession du contrat de travail dans l'avenir, on va trouver ça tout à fait normal. Mais, dans quelques temps, on ne comprendra même pas quel obstacle on voyait à cela tellement c'était l'enjeu. Je suis peut-être dans un antedestinisme primaire, mais, enfin, on ne verra même pas pourquoi on ne tenait pas compte de ces cessions de contrat. Je risque de perdre mes paris, mais je pense aussi qu'on peut avoir un peu confiance dans l'avenir sur ces difficultés-là. Y a-t-il donc maintenant quelques interventions sur notre deuxième volet de l'après-midi ?

M. Ray, professeur :

Je regardais, pas par inintérêt, mais parce que cette salle est magnifique, et ce qu'il y a au milieu de cette salle, c'est le terme *lex* et, là, il y a *jus*. Alors moi j'avoue que je partage absolument les exposés et les opinions qui ont été donnés et j'avoue que l'hypothèse inverse m'aurait, dans cette salle, choqué. Cette loi est issue d'un accord interprofessionnel, qui n'a pas été signé par tout le monde, mais qui fait consensus. Le législateur a ouvert une troisième voie dans le code du travail et je ne vois pas au nom de quoi la jurisprudence, et Dieu merci la jurisprudence ne l'a pas fait, l'aurait entravé. La politique jurisprudentielle est conforme à l'intention du législateur, ce qui m'apparaît, dans une démocratie, parfaitement régulier. Et je veux pour preuve que, sur la procédure, je ne vois pas au nom de quelle légitimité le juge aurait pu compliquer avec des lettres recommandées et votre exemple était extrêmement probant madame, et j'avoue que, quand on a évoqué l'hypothèse d'un litige antérieur, quand on est adolescent, à treize ans on se dit, on s'aime trop, on se quitte, à treize ans, oui, sur Facebook, par SMS. Mais diable, à partir de quand on va se séparer ? C'est qu'il y a un problème. Donc, vous l'avez remarquablement dit madame, c'est si la chambre sociale avait dit : « *y a un litige sur trois heures supplémentaires et ça perturbe la rupture conventionnelle* », il n'y aurait eu aucune rupture conventionnelle. Donc j'avoue que les débats qu'on a eus pendant un certain nombre d'années sur le fait « *est-ce qu'il faut résister à la rupture conventionnelle* » m'apparaît, sur le plan démocratique, démocratique, absolument contre-productif pour la chambre sociale et, sur le plan démocratique, très curieux. Alors évidemment, il y a toujours des exemples, mais je ne crois pas qu'un juriste doit faire une loi sur les exemples de dérapage manifeste. Évidemment, ce qui m'intéresserait de savoir, c'est : est-ce qu'il y a eu beaucoup de contentieux ? Je ne pense pas que les 30 000 personnes qui signent soient toutes des personnes qui n'aient qu'une envie, c'est de rester, et qu'on leur a mis un pistolet social ou autre sur la tempe. Bref, c'est vrai que c'est là le paradoxe, et je terminerai par là. C'est que pour des personnes qui sont spécialisées dans ce contentieux, de procédures compliquées, c'est vrai que ce consensus du début à la fin - accord national interprofessionnel, rupture conventionnelle - avait quelque chose de « *ET* » dans notre monde tiré entre le licenciement et la démission. La chambre sociale a fait le job et je l'en félicite.

M. Fabre, professeur :

Moi je voudrais juste revenir sur l'arrêt du 30 septembre 2014, qui a suscité beaucoup d'émotion chez une partie de la doctrine. Je ne reviendrai pas sur le fondement textuel, il est imparable. Évidemment, les textes qui interdisent la rupture du contrat de travail d'une femme enceinte, ou pendant un arrêt de travail lié à une maladie professionnelle ou un accident du travail, visent l'initiative de la rupture par l'employeur, donc c'est imparable, puisqu'ici, il n'y a pas initiative de la rupture par l'employeur. Finalement, c'est peut-être un arrêt qui interpelle, qui inviterait le législateur à revenir dessus ou qui, en tout cas, souligne les carences aussi, peut-être, de l'accord national interprofessionnel. Tout ce qui est négocié n'est pas forcément parfait. Peut-être que l'accord national interprofessionnel du 25 juin 2008 n'avait pas envisagé cette hypothèse, donc peut-être que cet arrêt a le mérite de souligner les carences d'un texte négocié ou les carences d'un texte légiféré par la suite. Ce qui est intéressant également dans cet arrêt, c'est que la Cour de cassation vise deux garde-fous : la fraude et les vices du consentement. Alors la fraude c'est très bien, encore faut-il pouvoir démontrer une intention frauduleuse, et ce n'est pas forcément évident pour le salarié de démontrer qu'on lui a proposé une rupture conventionnelle

avec comme perspective d'échapper aux textes qui justement organisent le licenciement. Alors les vices du consentement, c'est une espèce de nasse qui permet d'envisager toute une série d'hypothèses. Je n'ai pas le talent de Jean-François Césaro sur la maîtrise du droit civil, mais il me semble que les vices du consentement, c'est une théorie jurisprudentielle qui a été élaborée sur le modèle d'un contrat qui est un échange de valeur, qui porte sur une prestation, et je ne suis pas sûr que les vices du consentement soient tout à fait appropriés pour un acte extinctif. Moi je recherche l'erreur sur la qualité substantielle de la rupture conventionnelle. C'est quoi la qualité substantielle de la rupture conventionnelle ? Ensuite, le dol, ou la réticence dolosive, suppose souvent qu'il y ait une obligation ou un devoir précontractuel d'information, mais ce devoir précontractuel d'information, encore une fois, il porte sur la chose, la prestation qu'un professionnel connaît par rapport à un néophyte. Quel sera le devoir précontractuel d'information de l'employeur ici ? Il portera sur les droits qui sont ceux du salarié lorsqu'il est licencié ? Voilà, je m'interroge sur l'adéquation des vices du consentement. Il n'y a finalement que la violence qui semble parfaitement idéale et alors évidemment ça renvoie à quoi, une hypothèse sur mille. C'est peut-être ce que le projet d'ordonnance pourrait mettre en évidence, la violence économique, la vulnérabilité du contractant. Donc je suis assez circonspect. C'est pas que je ne crois pas à la rupture conventionnelle. C'est que je doute.

M. Géa, professeur :

Juste une observation très rapide. On s'aime, on se quitte disait Jean-Emmanuel Ray. Je crois que le droit du travail français contemporain aime de plus en plus les accords. Il les aime beaucoup. Il les aime sur le plan collectif, puisqu'il y a une vraie prévalence désormais qui se met en place des normes négociées, des accords collectifs par rapport aux décisions ou aux actes individuels de l'employeur. Je me souviens d'une communication de Laurence Pécaut-Rivolier, il y a à peu près un an, très intéressante, sur ce sujet, qui est un sujet qui intéresse de près la production de la chambre sociale depuis quelques temps. On s'aperçoit finalement qu'on a la même appétence pour l'accord sur le terrain interindividuel désormais, c'est-à-dire que manifestement, on tend plutôt à encourager les accords de rupture par rapport aux ruptures unilatérales telles qu'on les évoquait peut-être tout à l'heure. La seule chose sur laquelle je m'interroge, à vrai dire, c'est que quand on est sur le registre collectif, je comprends bien les raisons qui sous-tendent cette prévalence. Elles tiennent à une question essentielle, c'est celle de la légitimité. C'est la logique de la loi du 20 août 2008 qui a été mise en avant très clairement dans les arrêts du 27 janvier 2015. Il y a des raisons de penser, le cas échéant, que la norme négociée, que cet accord-là a une légitimité particulièrement forte. Je ne suis pas convaincu pour ma part qu'il y ait de telles raisons sur le plan interindividuel. Je ne suis pas convaincu pour ma part qu'il y ait des raisons de croire en cette fameuse procédure qui est censée encadrer en définitive la rupture conventionnelle. C'est ça qui pose véritablement problème. Quand on compare la jurisprudence sur les anciennes ruptures amiables et la jurisprudence sur la rupture conventionnelle, les écarts que l'on pointe n'ont qu'une explication théoriquement ; c'est l'existence d'une procédure instituée au bénéfice de la rupture conventionnelle. Est-ce qu'on peut avoir confiance aujourd'hui en cette procédure telle qu'elle est ? Est-ce que cette procédure en tant que telle est véritablement l'objet d'une attention particulière de la chambre sociale de la Cour de cassation ? Est-ce que véritablement on l'inscrit au cœur du processus ? Je n'en ai pas le sentiment, puisqu'on se centre sur la théorie des vices du consentement. Donc, j'ai un problème par rapport à ça. Il faudrait, pour qu'on ait confiance véritablement dans cet accord de rupture, que la procédure qui l'accompagne garantisse sa légitimité comme sur le registre collectif.

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Direction de l'information légale et administrative, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **154,70 €²**
- Abonnement annuel outre-mer : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (si déjà abonné à une autre édition) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2015, frais de port inclus.



191158280-001015

Imprimerie de la Direction de l'information
légale et administrative, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de
chambre à la Cour de cassation, directeur du
service de documentation, d'études et du rapport :
Jean-Paul Jean

Reproduction sans autorisation interdite -
Copyright Service de documentation et d'études
Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur
le site internet de la Cour de cassation :
<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix TTC : 9,30 €
ISSN 0750-3865



Diffusion
Direction de l'information
légale et administrative
Les éditions des *Journaux officiels*
tél. : 01 40 15 70 10
www.ladocumentationfrancaise.fr