

THESE DE DOCTORAT

**PREPAREE EN COTUTELLE DE THESE INTERNATIONALE AU CENTRE DE
RECHERCHES JURIDIQUES DE L'UNIVERSITE DE FRANCHE-COMTE ET A
L'UNIVERSITE DE NEUCHATEL**

Ecole doctorale n° 593

Ecole doctorale DGEP (Droit, Gestion, Economie, Politique)

Doctorat de droit privé et sciences criminelles

Par

Monsieur Alexandre SYLVANT

LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL EN SUISSE ET EN FRANCE

Approche de droit comparé

Thèse présentée et soutenue à Besançon, le 18 octobre 2024

Composition du Jury :

- M. Nicolas Moizard – Président du Jury – Rapporteur, professeur à l'Université de Strasbourg
- Mme Anne-Sylvie Dupont – Rapportrice, professeur à l'Université de Genève
- M. Jean-Philippe Dunand – Co-directeur, professeur à l'Université de Neuchâtel
- Mme Chantal Mathieu – Co-directrice, maître de conférences HDR à l'Université de Franche-Comté

L'université n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions mises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Ma reconnaissance va d'abord à madame Chantal MATHIEU, maître de conférences à l'Université de Franche-Comté, co-directrice de thèse, pour la confiance qu'elle m'a accordé dès les premiers temps de ce travail, pour ses précieux enseignements, et pour ses mots qui m'ont souvent permis d'éloigner les doutes.

Elle va ensuite à monsieur Jean-Philippe DUNAND, professeur à l'Université de Neuchâtel, co-directeur de thèse, pour son accueil toujours chaleureux, pour ses conseils avisés et pour toutes les clarifications dont j'ai pu bénéficier chaque fois que j'en ai eu besoin.

Je remercie par ailleurs tous les membres de ma famille, et l'ensemble de mes nombreux amis, pour leur soutien sans faille. Je pense particulièrement à mon épouse, Salomé, dont la patience est indéfectible, et à mes parents qui n'ont jamais cessé de croire en moi.

Je dédie enfin ce travail à ceux qui ont su me transmettre toutes les qualités dont j'avais besoin pour le terminer.

*A Marcel et Jean-Louis, des idées, ennemis,
Aux penseurs qu'ils étaient, et dont je suis le fruit.*

SOMMAIRE

Partie 1 – Etude comparée du cadre légal de la rupture du contrat de travail en Suisse et en France

Titre 1 – La rupture du contrat de travail en Suisse : liberté, réciprocité et extrajudiciarité

Chapitre 1 – La liberté relative de rompre le contrat de travail

Chapitre 2 – Une rupture entre les mains des parties au contrat

Titre 2 – La rupture du contrat de travail en France : un droit conditionné

Chapitre 1 – La rupture choix objectif

Chapitre 2 – La rupture choix subjectif

Partie 2 – Les juges suisse et français face au cadre légal de la rupture

Titre 1 – L'accès au juge de la rupture du contrat de travail

Chapitre 1 – L'accès au juge suisse du travail

Chapitre 2 – L'accès au juge français de la rupture du contrat de travail

Titre 2 – Les attributions des juges de la rupture du contrat de travail

Chapitre 1 – La fonction juridictionnelle des juges de la rupture du contrat de travail

Chapitre 2 – L'office jurisprudentiel des juges de la rupture du contrat de travail

INTRODUCTION GENERALE

*« Comparaison n'est pas raison, madame ;
On lit très-bien dans le fond de son âme,
On y voit clair ; Et si les passions
Portent en nous tant d'agitations
Fille de bien sait toujours dans sa tête
D'où vient le vent qui cause la tempête. »*

Voltaire, l'Enfant prodigue, 1736, tome 3, acte I, scène I

1. Comparaison n'est pas raison. Quel modèle social pour la France de demain ? Cette question est dans toutes les bouches et s'inscrit au cœur du débat démocratique hexagonal. Faut-il libérer le marché et laisser libre-cours aux volontés individuelles ? Faut-il à l'inverse renforcer l'Etat providence et garantir à chacun le soutien de la collectivité ? A l'heure où les enjeux politiques, économiques, sociaux, climatiques, semblent lancés dans une folle inflation, le Droit demeure l'outil de régulation principal des politiques publiques, et il serait faux de croire qu'il ne sert pas les orientations idéologiques de ceux qui le créent. Dans ce contexte, la comparaison est l'outil préféré de l'orateur qui tente de convaincre son auditoire que ses idées sont les plus opportunes. Il en appelle aux exemples extérieurs pour pointer les échecs ou les réussites intérieurs. Ce faisant, il fait souvent fi du contexte, et pour cause, celui-ci apparaît bien souvent comme le facteur qui décrédibiliserait toute son argumentation. Ainsi, Voltaire nous le rappelait dans une de ses œuvres majeures, comparaison n'est pas raison, et par une

adroite métaphore, il précisait que c'est affranchi des passions, qu'on trouve le chemin vers la vérité.

Est-ce à dire que la comparaison n'a pas d'intérêt ? La réponse, venant en introduction d'une thèse de droit comparé est évidemment négative. Au contraire, la comparaison reste une source inépuisable de connaissances et peut être riche d'apprentissages lorsqu'elle permet d'aborder des questions maintes fois posées sous un angle différent, d'observer les réponses alternatives à des problèmes communs, ou de transposer ses propres constructions dans un contexte nouveau.

Il s'agit surtout de se souvenir, en tout état de cause, qu'il serait fallacieux de tirer des conclusions hâtives à l'appui d'une comparaison trop peu approfondie, et que dans toute situation, une certaine mesure dans sa réflexion évitera les démonstrations biaisées.

2. Contexte social des pays comparés. Puisque la base de la comparaison de deux Etats apparaît bien souvent être celle d'un modèle économique, politique ou social, il convient, avant de se pencher précisément sur les droits du travail suisse et français, d'exposer succinctement les contextes dans lesquels ces droits sont appliqués. En effet, s'il est intéressant de comparer deux systèmes juridiques, il faut garder à l'esprit que les fondements sociaux, moraux, propres à chaque pays, rendent impossible une transposition parfaite des logiques juridiques. Le droit est l'expression de la souveraineté d'un Etat, et est en tant que tel exclusif à celui-ci¹. Le droit du travail, par sa vocation sociale et son « enracinement national », est peut-être d'ailleurs, hormis le droit public, la branche la plus marquante de la culture juridique d'un Etat². Aussi, il apparaît primordial de prendre conscience de l'appréhension du travail dans chaque pays comparé, avant d'entamer la comparaison de leur droit du travail respectif.

¹ Sur la question, voir A. SUPIOT, *Le droit du travail*, Paris, Presses universitaires de France, 7e éd., 2019, p. 19.

² *Ibid.*

3. Suisse : inspiration libérale et paix sociale. Sur le plan social, la Suisse est un pays d'inspiration libérale et consensuel qui a connu moins de phases interventionnistes que la France ou l'Allemagne. La liberté économique est d'ailleurs un principe constitutionnel³, et l'implication des acteurs privés dans les décisions politiques est presque systématique⁴. D'autre part, l'une des notions caractéristiques du système suisse est celle de paix sociale⁵. La recherche de consensus est présente au niveau des hautes instances étatiques, comme au niveau des entreprises du secteur privé. Elle est stipulée dans bon nombre des conventions collectives de travail suisses conclues depuis la première Guerre Mondiale⁶. En la matière, le code des obligations oblige d'ailleurs « *chaque partie [à maintenir] la paix du travail et, en particulier, [à s'abstenir] de tout moyen de combat quant aux matières réglées dans la convention* »⁷.

Cette particularité a un effet modérateur sur les partenaires sociaux signataires : très souvent, le patronat évite les licenciements de masse, et les syndicats ne recourent à la grève qu'en *ultima ratio*. La Constitution fédérale, en garantissant d'ailleurs la liberté syndicale, promeut ce principe :

Article 28 de la Constitution fédérale – Liberté syndicale :

« ¹ *Les travailleurs, les employeurs et leurs organisations ont le droit de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non.*

² *Les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation.*

³ Article 27 de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse.

⁴ D. SIDJANSKI, F. ESPOSITO, Suisse, Encyclopedia Universalis.

⁵ G. AUBERT, « L'entreprise et de droit du travail : l'exemple suisse », *Droit Soc. Dalloz*, 1 février 2005, vol. 2, p. 147 ; L. SCHÜTZ, D. TALERMAN, *Décrocher un emploi en Suisse construire son projet professionnel, réaliser son CV et réussir ses entretiens d'embauche*, Paris, Gualino-Lextenso éd., [2^e édition], 2011.

⁶ C. BETTEX, « Conciliation, médiation et arbitrage dans les CCT », in R. WYLER (dir.), *Panor. II En Droit Trav.*, Stämpfli, 2012.

⁷ *Ibid.* ; Article 357a du Code des obligations.

³ *La grève et le lock-out sont licites quand ils se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation.*

⁴ *La loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes. »*

Vu cette référence constitutionnelle, la paix sociale peut être définie, *a contrario*, comme la situation dans laquelle les partenaires sociaux ne se trouvent pas lorsqu'ils sont en situation de grève ou de lock-out⁸. La paix du travail doit ainsi être analysée comme un objectif à atteindre dans la poursuite des négociations sociales : quelles que soient ses prétentions, il faut les poursuivre par les moyens les plus pacifiques compte tenu des circonstances. Dès lors, si les moyens frontaux tels que la grève ou le lock-out sont autorisés, ce n'est qu'à condition qu'ils constituent l'ultime recours de ceux qui en ont l'initiative.

Sur ce point, il convient cependant de remarquer, d'une part, que la Suisse a vraisemblablement moins d'industrie de grande taille que la France ou l'Allemagne, ce qui limite la possibilité de grande crise sociale. D'autre part, bien que sa définition jurisprudentielle soit analogue à la définition qui lui est donnée en France, la grève est largement plus encadrée. Elle s'analyse comme « *le refus collectif de la prestation de travail due, dans le but d'obtenir des conditions de travail déterminées de la part d'un ou de plusieurs employeurs* »⁹. La Constitution fédérale ne soumet sa licéité qu'aux exigences qu'elle se rapporte d'une part aux conditions de travail, et qu'elle ne viole pas d'autre part une obligation de paix ou de recourir à une conciliation¹⁰. Toutefois, le Tribunal Fédéral a étendu ces exigences à quatre conditions cumulatives¹¹ : la grève doit se rapporter aux conditions de travail, elle doit être conforme aux obligations de maintenir

⁸ J.-P. DUNAND, K. LEMPEN, E. PERDAEMS, *Droit du travail*, Collection Neuchâteloise, Helbing Lichtenhahn, 2020, p. 341, n° 466.

⁹ TF, 28 juin 1999, ATF 125 III 277 ; A. WITZIG, *Droit du travail*, Schulthess, 2018, p. 673.

¹⁰ Article 28 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999.

¹¹ TF, 13 septembre 2005, 4C.422/2004 ; ATF 132 III 122.

la paix du travail ou de recourir à une conciliation, elle doit être appuyée par une organisation de travailleur, et elle doit respecter un principe de proportionnalité¹².

4. France : lutte des classes et acquis sociaux. En France, la grève est fondamentalement libre. C'est un droit collectif susceptible d'abus. Elle est qualifiée dès lors qu'elle entre dans les canons de la définition jurisprudentielle¹³ comme une « *cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles* », et demeure licite tant qu'elle n'est pas abusive¹⁴. La question sociale en France est de manière générale plus épineuse. Posée depuis le XIX^{ème} siècle sur fond de lutte des classes, elle s'inscrit aujourd'hui dans un contexte économique difficile. Le taux de chômage est deux fois plus important qu'en Suisse, et le salaire médian environ quatre fois moins important¹⁵. Il est d'ailleurs coutumier de dire au sein du mouvement syndical que « *tout se règle par l'épreuve de force* »¹⁶.

La seconde moitié du XX^{ème} siècle a été marquée en hexagone par un interventionnisme accru en matière sociale. Des leçons tirées des dérives politiques des périodes de guerre et d'avant-guerre, est ressortie l'idée « *qu'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale* »¹⁷. Celle-ci a servi de fondement aux politiques publiques qui ont permis des « acquis sociaux »¹⁸, c'est à dire des améliorations des droits, des libertés, et des conditions matérielles des travailleurs, ce parfois au prix de l'alourdissement des législations.

¹² L. LEHNER, « Conditions de licéité de la grève - portée et limites du principe de proportionnalité », in R. WYLER (dir.), *Panor. IV En Droit Trav.*, Stämpfli, 2023.

¹³ Cass. Soc., 18 janvier 1995 ; Cass. Soc., 13 novembre 1996.

¹⁴ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, Lefebvre Dalloz, 2024/2025, 37ème, 12 octobre 2023, p. 1959.

¹⁵ Source France : Insee ; source Suisse : OFS.

¹⁶ G. LYON-CAEN, « Préface », *Gd. Arrêts Droit Trav.*, Dalloz, 2003.

¹⁷ Préambule de la Constitution de l'OIT.

¹⁸ L'expression « acquis sociaux », lorsqu'il s'agit de mentionner les protections sociales françaises, rappelle les conditions dans lesquelles les droits collectifs ont été obtenus par les salariés. Encore une fois, le progrès social apparaît en France comme un combat ou « tout se règle par l'épreuve de force ».

Le XXI^{ème} siècle semble être *a contrario* celui d'une société française plus libérale. Les « freins à l'embauche » sont levés, les régimes de protection sociale sont privatisés ou rentabilisés, et l'accent est mis sur la négociation collective ou individuelle pour organiser les rapports sociaux. Cela étant, le nombre important – inégalé en Europe¹⁹ – de grèves répertoriées sur le territoire montre que la paix sociale n'est pas encore d'actualité. Les événements récents, tels que la « crise des Gilets Jaunes », ont d'autant montré que la crise sociale transcende largement les frontières des entreprises²⁰.

5. Droits du travail français et suisse. Respectivement construits dans ces contextes différents, les droits du travail français et suisse diffèrent dans leur essence même. Le premier crée un cadre légal dense, s'appropriant à peu près tous les faits juridiques envisageables dans un rapport de travail, dans le but sans doute de prévenir tout conflit. Le second est à l'inverse reconnu comme compromissoire et libéral ; le cadre est minimal, laissant une place prépondérante aux négociations collectives et individuelles. Les origines historiques de leurs constructions sont pourtant similaires.

6. Histoire du droit suisse du travail. En Suisse, comme dans la plupart des législations sociales européennes, le droit du travail s'est construit à la suite de la Révolution industrielle²¹. Les progrès technologiques, inhérents à cette période, créèrent un besoin de main d'œuvre ouvrière à grande échelle. La Confédération connut elle-aussi le mouvement inéluctable de paupérisation des travailleurs, et par voie de conséquence, le besoin de les protéger.

¹⁹ La fondation allemande Hans-Böckler a pu comptabiliser un nombre annuel moyen de 114 jours de grève pour 1000 salariés, contre 18 en Allemagne, et seulement 1 en Suisse : voir le graphique détaillé : <https://fr.statista.com/infographie/4953/nombre-de-jours-de-travail-perdus-pour-fait-de-greve-pour-1000-salaries-par-pays/>.

²⁰ A. SUPIOT, « Gilets jaunes : “Nos élites ont perdu conscience du modèle social français” », *Marianne*, décembre 2018, 07/12/2018.

²¹ A. WITZIG, *Droit du travail*, *op. cit.* note 9, p. 30.

Le régime juridique alors appliqué aux rapports de travail, celui du droit commun des contrats, se révéla particulièrement inadapté, puisque fondé sur une égalité formelle des cocontractants « bons pères de famille ». Comment imaginer néanmoins qu’un travailleur pauvre, socialement défavorisé, puisse peser dans une négociation face à un patron riche, instruit, et doté d’une autorité morale de fait ? Il était dès lors assez aisément pour ce dernier d’imposer les conditions qui lui étaient les plus favorables. Dans un contexte d’économie libérale, le besoin de faire fructifier au mieux ses entreprises aboutissait nécessairement à réduire les coûts de production, et donc à diminuer les salaires ouvriers et dégrader les conditions de travail²². La volonté de répondre à ce phénomène conduisit en conséquence la Suisse à construire un régime juridique à part entière, régulateur des rapports sociaux.

Les premières avancées se firent en matière de législation industrielle. Des lois cantonales spécifiques furent votées pour limiter le travail des enfants²³, réduire les temps de travail, protéger les ouvriers tout en préservant les intérêts des industriels employeurs. Le premier texte érigé à l’échelle fédérale fut la loi sur le travail dans les fabriques de 1877²⁴. La démocratie helvète est néanmoins toujours restée frileuse à l’idée de s’immiscer pleinement dans les rapports entre individus, qu’ils soient inégalitaires ou non.

La première réflexion globale sur un droit général du travail suisse intervint à la fin du XIX^{ème} siècle. L’un des principaux théoriciens fut Philipp Lotmar²⁵. Socialiste engagé d’inspiration marxiste, observateur du droit allemand²⁶, il estimait que l’Etat régional avait le devoir de rétablir un rapport d’égalité dans la relation capitaliste entre l’employeur et le travailleur. Il fallait donc d’après lui, d’une part, protéger juridiquement le prolétariat contre les risques courants du travail salarié : accidents, maladies, chômage. D’autre part, il considérait comme primordial d’assurer assez de droits au travailleur pour que celui-ci

²² G.-H. CAMERLYNCK, « Contrat de travail », *Traité Droit Trav.*, Paris, Dalloz, 1968, vol. Tome I, p. 12.

²³ Ordonnance du 7 novembre 1815 sur le travail des enfants dans les fabriques, Zurich.

²⁴ W.E. RAPPARD, *La Révolution industrielle et les origines de la protection légale en Suisse*, Le droit du travail en pratique, Schultess, mars 2008, vol. 27, p. 218.

²⁵ C.A. GASSER, « Philip Lotmar », in J.-L. DUC, *Trav. Droit*, Enseignement du troisième cycle de droit, 1994, vol. 14.

²⁶ P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Duncker & Humblot, 1902.

puisse peser individuellement ou collectivement dans une négociation avec son employeur.

Bon nombre de contradicteurs défendirent une tout autre vision. Avocat et rapporteur de la réforme du Code des obligations de 1911, Gabriel de Weiss, critiqua d'ailleurs non sans virulence les idées du théoricien, considérant qu'elles avaient pour objectif de créer une égalité artificielle, par la promotion d'un droit inégal. L'un de ses principaux arguments fut de souligner que la Suisse n'avait pas besoin d'un tel rééquilibrage puisque – sans nier l'existence d'inégalités propres à toute société – « l'organisation politique, les conditions sociales et économiques [n'avaient] pas créé entre employeur et employés le fossé profond qui [existait] ailleurs »²⁷. Cette réflexion est révélatrice de l'esprit du droit suisse. Déjà, le compromis et la paix sociale devaient être placés au cœur du rapport salarial.

Le nouveau Code des obligations de 1911 fut le premier recueil de texte fédéral suisse à consacrer dans une partie un droit spécifique applicable au travail salarié²⁸ (c'est d'ailleurs encore sous ce format que le Code des obligations encadre le rapport salarial, la Suisse n'ayant jamais fait le choix d'une codification indépendante²⁹). Certaines des revendications socialistes furent tout de même acceptées et intégrées dans la loi, marquant la volonté du patronat d'éviter le conflit en tenant compte des revendications prolétaires et des conditions de travail.

Cette philosophie a du reste perduré jusqu'à aujourd'hui. Il est erroné de penser, qu'en Suisse, le droit du travail ne s'entend que du seul rapport contractuel bilatéral entre prestation de travail et rémunération : « *les rapports de service ne représentent pas seulement un échange de prestations, [...] ils créent aussi un lien de communauté* ».³⁰

²⁷ G. DE WEISS, « Le contrat de travail dans le futur droit civil suisse », *Rev. Droit Suisse*, 1908, p. 617.

²⁸ Le code des obligations de 1885 ne traitait alors que du contrat de louage de services.

²⁹ M.A. MARTINEZ, « Le nouveau Code du travail français vu de l'étranger - approche comparative de la codification du droit du travail », *Sem. Soc. Lamy*, 20 décembre 2010, n° 1472.

³⁰ Message du conseil fédéral du 25 août 1967, FF 1967 II 353, à l'occasion de la dernière refonte du droit du travail ; A. WITZIG, *Droit du travail*, *op. cit.* note 9, p. 38.

Le droit du travail suisse s'est ensuite développé, au courant du XX^{ème} siècle, par l'adoption successive de bon nombre de lois, dont trois grandes qui en marquent sans doute la structure³¹ : la loi sur le droit collectif du travail du 28 septembre 1956³², la loi sur la législation industrielle du 13 mars 1964, dite Loi sur le travail, LTr³³, et la loi sur le contrat de travail du 25 juin 1971. Cette dernière a révisé la partie du Code des obligations qui a trait au contrat de travail.

7. Histoire du droit français du travail. Le droit du travail français prend lui-aussi source dans le contexte de la Révolution industrielle, alors que les rapports de travail n'étaient organisés que par le contrat de louage de service, lui-même régi par l'article 1780 du Code civil. Ce dernier disposait – et dispose encore – qu'on « *ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée* ». L'intervention législative, bien que précoce³⁴, fut cependant plus fastidieuse qu'en Suisse en raison sans doute d'une plus grande lenteur du développement industriel, elle-même due aux réticences des différents groupes sociaux de l'époque à voir un modèle agricole traditionnel disparaître³⁵. Les raisons pour lesquelles une législation du travail fut mise en place sont toutefois sensiblement analogues : protéger la masse ouvrière, nouvellement coalisée et donc dangereuse pour la stabilité du pays, contre les dérives de l'industrialisation.

Les véritables prises en compte des intérêts ouvriers par des protections légales intervinrent essentiellement sous la III^{ème} République (1870 – 1940). Ce fut par une loi du 27 décembre 1890 que naquirent les prémisses de la protection du salarié contre la perte de son emploi. De fait, certains employeurs choisissaient auparavant de congédier les

³¹ *Ibid.* p. 36.

³² Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956, RO 1956 1645.

³³ Abréviation introduite par le chapitre I de la loi fédérale du 21 décembre 2007.

³⁴ Certains estiment que le droit social est né de la loi réglementant le travail des enfants de 1841 ; voir à ce titre : M.-T. JOIN-LAMBERT, *Politiques sociales*, Presses de Sciences Po, 1997, p. 30.

³⁵ *Ibid.* p. 31 et s..

salariés sans préavis la veille de leur droit à bénéficier d'une pension de retraite³⁶. Il fut ajouté à l'article que « *le louage de service, fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes* » et que « *néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages et intérêts* ». Ainsi, étaient confondues les procédures de démission du salarié et de congédiement par l'employeur. Aussi, sans imposer une justification, l'abus était susceptible de faire l'objet d'un recours en justice. Un problème majeur demeurait néanmoins : la possibilité d'obtenir une indemnisation était subordonnée à la preuve de l'existence d'une faute. Cette disposition fut intégrée au nouveau-né Code du travail en décembre 1910, puis l'instauration d'un délai-congé y fut ajoutée en 1928, dont le non-respect pouvait lui-aussi conduire à l'octroi de dommages et intérêts.

Ce Code du travail n'est cependant pas construit comme le Code napoléonien, qui consacre le droit des obligations autour d'un acte juridique fondateur, mais plutôt comme une « sédimentation » des textes préexistants³⁷. C'est d'ailleurs sous cette forme que s'est développé le droit du travail par la suite : l'empilement de nouvelles normes au gré de l'évolution des rapports de force politiques et économiques. Jusque dans les années 1980, les vagues de réforme ont eu majoritairement pour vocation le renforcement des droits et protections du salarié. Mais la tendance s'est par la suite renversée au nom de la libéralisation du marché et de la lutte contre le chômage de masse. Hormis quelques avancées en faveur des salariés, notamment en matière de protection des droits fondamentaux, la nécessaire compétitivité économique des entreprises, dans un contexte économique international et globalisé, a commencé à prévaloir sur les protections sociales des salariés³⁸.

Désormais, « *il faut garantir la stabilité pour les entrepreneurs et les investisseurs, promouvoir la flexibilité et changer de business model pour se réadapter à l'environnement* ». Ces mots ont été prononcés par le Président de la République française

³⁶ N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, Paris, Presses universitaires de France, Que sais-je? n° 3450, 1999.

³⁷ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, op. cit. note 1, p. 15.

³⁸ A. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, 18 mars 2015.

Emmanuel Macron, lors du forum économique mondial à Davos (Suisse) le 24 janvier 2018, à propos des dernières réformes du droit du travail en France. Bien que s'inscrivant dans la ligne politique de la majorité démocratique, ils sont révélateurs de la profonde métamorphose que subit le modèle social depuis la fin du vingtième siècle. Les investisseurs étrangers, les entrepreneurs, les multinationales, doivent être attirés en France. Pour cela, ils ont besoin de sécurité économique et le déverrouillage des rapports du travail semble en être une composante essentielle.

8. Sources du droit du travail dans les deux pays comparés. Que ce soit en Suisse en France, les sources du droit sont similaires. L'un et l'autre des deux systèmes juridiques sont fondés sur la loi, au sens matériel du terme, composée de différentes normes formelles émanant de différents organes, lesquelles d'un point de vue didactique peuvent être hiérarchisées de manière pyramidale³⁹. La Suisse étant un régime fédéral, la compétence législative est globalement répartie entre la Confédération et les Cantons, bien que les communes soient, à moindre échelle, également sources de droit. A ces entités s'ajoutent les organisations internationales dont le pays fait partie, et dont émanent des règles que le droit suisse reconnaît comme supranationales. A l'inverse, la France est un Etat unitaire. Aussi, le droit est donc majoritairement national, et émane de quelques institutions qui doivent leurs compétences à la Constitution. Les traités et accords internationaux ont également une force normative qu'ils tirent de la même norme suprême.

9. Sources internationales du droit du travail communes. Sur le plan international, la Suisse et la France sont tous deux membres de l'organisation internationale du travail (OIT) et à ce titre signataires de bon nombre de conventions afférentes. Cela implique que les deux Etats sont engagés à respecter un certain nombre de règles, et notamment les normes fondamentales portant sur l'abolition effective du

³⁹ Pour la Suisse voir : Y. LE ROY, M.-B. SCHOENENBERGER, *Introduction générale au droit suisse*, Précis, Schulthess Editions Romandes / LGDJ, 2015, p. 79 ; F. TERRE, N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 14ème, septembre 2022, p. 395.

travail des enfants, du travail forcé, sur la non-discrimination dans l'emploi, la liberté d'association ou encore le droit à la négociation collective. Il est à noter toutefois, dans le cadre du projet présenté, que la Suisse n'est pas partie à la Convention n°158 qui fait état de norme à l'échelle internationale en matière de licenciement⁴⁰, quoi qu'elle soit peu ratifiée⁴¹.

Du reste, si de prime abord il peut être permis de s'interroger sur l'implication normative de l'OIT sur le droit interne suisse, l'étude approfondie des rapports entre l'instance internationale et la Confédération conduit à constater des influences probantes sur l'évolution du droit du travail, et même spécifiquement du droit de la rupture du contrat de travail⁴². C'est ainsi par exemple que des plaintes successives des instances syndicales devant le Comité de la liberté syndicale ont pu conduire des instances gouvernementales à mandater des chercheurs pour qu'ils s'intéressent à la protection accordée au représentants syndicaux⁴³, et à celle accordée aux travailleurs grévistes⁴⁴. De manière encore plus remarquable, il n'est pas exclu que ce soient les discussions soulevées lors des débats sur l'opportunité de ratifier ladite Convention n° 158 qui aient pu conduire la Suisse à réformer le Code des obligations en faveur d'une législation contre le licenciement abusif (articles 336 et suivants) à la fin des années 1990⁴⁵.

La France et la Suisse sont aussi membres du Conseil de l'Europe qui promeut certaines normes obligatoires en matière de législation sociale, notamment au travers de la

⁴⁰ Convention OIT concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, 22 juin 1982, n° 158.

⁴¹ La convention n° 158 compte au moment de la rédaction de ces lignes seulement 36 ratifications, pour 187 Etats membres de l'OIT.

⁴² J.-P. DUNAND, A. WITZIG, *La Suisse et l'Organisation internationale du travail - Fondamentaux et portée pratique*, Helbing Lichtenhahn, Collection neuchâteloise, 2022, p. 14.

⁴³ *Ibid.* ; J.-P. DUNAND et al., *Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, établie à la demande et sur mandat du SECO et de l'OFJ*, Etude, Berne, 2015.

⁴⁴ J.-P. DUNAND et al., *Etude sur la protection en cas de grève licite, établie à la demande et sur mandat du SECO et de l'OFJ*, Etude, Neuchâtel, Centre d'étude des relations de travail, 11 avril 2016.

⁴⁵ J.-P. DUNAND, A. WITZIG, *La Suisse et l'Organisation internationale du travail - Fondamentaux et portée pratique*, *op. cit.* note 40, p. 125.

Convention européenne des droits de l'Homme. Celle-ci notamment interdit l'esclavage et le travail forcé (article 4), promeut la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9), la liberté d'expression (article 10), et la liberté de réunion et d'association, dont la liberté syndicale est un corolaire (article 11). Elle interdit en outre la discrimination (article 14).

Si ces droits n'étaient pas *a priori* destinés à régir les rapports entre particuliers, et notamment les rapports entre parties à un contrat de travail⁴⁶, « l'interprétation dynamique »⁴⁷ des juges de la Cour européenne des droits de l'Homme a conduit indirectement à intégrer des prétentions nouvelles en leur sein.

La Suisse n'est en revanche pas partie à la Charte sociale européenne. Bien qu'ayant signé la première Charte sociale européenne de 1961, elle ne l'a pour autant jamais ratifiée. Elle n'a du reste pas signé la Charte sociale européenne révisée de 1996. Sur ce point cependant, la Cour européenne des droits de l'Homme n'hésite pas à invoquer certaines dispositions de la Charte sociale pour rendre certaines de ses décisions. De manière indirecte, ce texte est donc en mesure d'exercer une influence certaine sur la législation helvétique⁴⁸.

10. Place du juge dans les sources du droit. Le pouvoir de juger, confié dans la plupart des systèmes juridiques à un juge indépendant, peut être soumis à un large panel d'interrogations. Attribut du divin⁴⁹, il incarne la parole qui s'impose à l'Homme, mais

⁴⁶ V. BERSET BIRCHER, A. MEIER, « L'impact du droit international en droit suisse du travail », in R. WYLER (dir.), *Panor. III En Droit Trav. Recl. Détudes Réalis. Par Prat.*, Berne, 2017, p. 603.

⁴⁷ J.-P. DUNAND et al., *Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, établie à la demande et sur mandat du SECO et de l'OFJ*, op. cit. note 41, n° 239 ; A. STEFF, « La protection de l'accès au juge judiciaire par les normes fondamentales », *Ann. Droit*, PURH, 16 octobre 2017, n° 11, p. 233-253, § n° 10.

⁴⁸ J.-P. DUNAND et al., *Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, établie à la demande et sur mandat du SECO et de l'OFJ*, op. cit. note 41, n° 243.

⁴⁹ A. SUPIOT, *Homo juridicus essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2009, p. 54.

demeure intimement lié au cadre juridique dans lequel il s'exerce. En substance, il permet la « transformation du « droit » en « justice » »⁵⁰, et est par conséquent constamment voué à évoluer au gré des métamorphoses du Droit d'un pays.

En Suisse, le juge est, avec la coutume, pleinement reconnu comme source du droit⁵¹ :

Article 1^{er} alinéa 2 et 3 du code civil suisse :

«² À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

³ Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

Ainsi, le juge suisse dispose d'une place de choix. En droit des contrats par exemple, sa présence reste largement admise malgré les influences libérales du système juridique. Suivant l'adage *clausula rebus sic standibus*, il peut ainsi procéder à une modification des obligations des parties en cas de changement de circonstances, à la condition d'une part que celui-ci n'ait été ni prévisible, ni évitable, et qu'il « altère gravement l'équivalence des prestations », et d'autre part que le contrat n'ait pas été exécuté sans réserve⁵². Cette possibilité répond au principe de *pacta sunt servanda*, lorsqu'il s'agit de palier l'inexistence ou l'imprécision de la volonté des parties. Il doit déterminer les engagements réciproques de celles-ci, en discernant les attentes légitimes qu'elles pouvaient avoir du contrat.

La France, pour sa part, tout en confiant le soin au juge de veiller à la bonne application des règles issues des sources formelles du droit, ne lui reconnaît en aucun cas une place

⁵⁰ P. WAQUET, « Qu'est-ce que juger ? », *Droit Soc. Dalloz*, 10 novembre 2010, n° 12, p. 1015.

⁵¹ Pour un exposé plus détaillé des pouvoirs du juges suisse et de leurs implications en matière de rupture du contrat de travail : voir ci-après Partie 2 – Titre 2.

⁵² ATF 127 III 300/304 cons. 5b ; V. KOCHER, « L'intervention du juge dans le contrat », *Rev. Contrats Lextenso*, Revue des Contrats, 1 janvier 2013, n° 1, p. 235.

de créateur de droit. Aussi, la place de la jurisprudence dans l'ordre juridique français est source d'éternels débats⁵³.

11. Place du juge dans la rupture du contrat de travail. Cela étant, même sur le seul plan juridictionnel, la question de la place du juge dans l'étude de la rupture du contrat de travail peut paraître paradoxale. Un principe commun aux deux Etats veut qu'il ne puisse exister d'engagement perpétuel⁵⁴. Sur quels fondements, dès lors, une partie au contrat devrait répondre, devant un tiers, du bien-fondé de sa volonté de mettre fin à ses engagements ? La réponse réside dans la spécificité essentielle du droit du travail. Celui-ci étant destiné originellement à protéger une partie au contrat se trouvant dans un état de subordination, et donc dans un état de vulnérabilité, il est évident que le licenciement est une arme redoutable pour celui qui peut en user. Le contrôle des motifs ou des conditions de rupture du contrat de travail est donc intrinsèque à l'existence même d'un droit du travail protecteur du travailleur.

12. Désignation des juges en France et Suisse. Spécificité encore du droit suisse, les juges sont élus pour des durées déterminées, parmi des candidats proposés par les parties politiques⁵⁵. Cette originalité peut paraître pour l'observateur étranger surprenante, voire scandaleuse⁵⁶, eu égard à l'indépendance de la justice, mais elle s'inscrit dans un contexte démocratique également bien spécifique qui empêche de manière générale toute

⁵³ Pour un exposé plus détaillé des pouvoirs du juges français et de leurs implications en matière de rupture du contrat de travail, voir ci-après Partie 2 – Titre 2.

⁵⁴ J. CARBONNIER, *Les obligations*, Paris, Presses universitaires de France, Droit civil n° 4, 1996, § 314.

⁵⁵ F. BOHNET, *Professions d'avocat.e, de notaire et de juge*, Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn, Les abrégés n° 4, Les abrégés, sans date, p. 148 ; A. RUSSO, « La désignation des juges en France et en Suisse : deux mondes différents ? », in R. BAHAR, T. KADNER GRAZIANO (dir.), *Droit Comparé Droit Suisse*, Schulthess Editions romandes, 2018, p. 87 ;

⁵⁶ D. MARTY, « Tentatives de déstabilisation portées à l'image de la justice : que faire ? », *Justice*, avril 2006.

concentration des pouvoirs et limite donc indirectement les éventuelles dérives⁵⁷. En France, les juges de l'ordre judiciaire sont désignés suivant un processus « bureaucratique »⁵⁸, sur concours, puis formation en école. Ils bénéficient par la suite d'un avancement de carrière et d'une inamovibilité jusqu'à leur retraite.

13. Crise du juge en France. En France, la Justice institutionnelle est aujourd'hui la cible de nombreuses critiques, bien qu'elle n'ait paradoxalement jamais été autant sollicitée⁵⁹. Considérée inadaptée aux besoins de rapidité et de réactivité des acteurs économiques, elle est tenue pour complexe, lente et trop souvent injuste. Aussi, dans toutes les branches du droit sont promus des modes alternatifs de règlement des litiges – médiation, conciliation, arbitrage – dont la vertu commune est l'évitement du procès. Celui-ci est d'ailleurs régulièrement réformé, pour permettre son efficacité, non dans le résultat de la résolution, mais dans sa célérité. Ainsi le dispositif juridictionnel perd progressivement son monopole contentieux au profit de nouveaux dispositifs moins contraignants. La déconstruction de l'un sert la construction de l'autre. En outre, d'aucuns pourraient considérer qu'un système juridique ne saurait exister que par l'existence de règles propres, sans un juge, garant de l'application uniforme de la règle de droit⁶⁰. Le retrait sans substitution de cet organe de justice ne signerait donc pas la consécration d'un ordre juridique nouveau, mais la déconstruction de l'ordre juridique existant. Ce seraient alors les moyens de substitution qui marqueraient la construction d'un nouveau modèle de résolution des litiges, cette fois extrajuridique.

⁵⁷ A. RUSSO, *op. cit.*, *Le droit comparé et le droit suisse*, p. 101 ; P. MAHON et R. SCHALLER, « Le système de réélection des juges : évidence démocratique ou épée de Damoclès ? », *Justice - Justiz - Giust.*, janvier 2013, n° 12.

⁵⁸ A. RUSSO, « La désignation des juges en France et en Suisse : deux mondes différents ? », *op. cit.* note 53, p. 87 ; G. OBERTO, *Recrutement et formation des magistrats en Europe, Etude comparative*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003, p. 16 et 17.

⁵⁹ G. OBERTO, *Recrutement et formation des magistrats en Europe, Etude comparative*, *op. cit.* note 56

⁶⁰ S. ROMANO, *L'ordre juridique - Traduction française de la 2ème édition de l'"Ordinamento giuridico"*, Paris, Dalloz, Philosophie du droit n° 15, 1975, trad. L. FRANÇOIS, P. GOTHOT, p. 10.

Les juridictions sociales françaises n'échappent pas à ces conclusions, et semblent-être des boucs-émissaires bien désignés par les réformateurs du droit du travail. Ceci explique le progressif écartement du juge du litige dans le rapport de travail, qui transparaît dans pratiquement toutes les évolutions législatives de ces dernières années. Que ce soit par des limitations d'accès, par des limitations de l'objet de la saisine, par des limitations du pouvoir juridictionnel, ou encore par des créations juridiques permettant d'éviter purement et simplement les tribunaux, le travail (re)devient progressivement une affaire strictement privée et consensuelle.

Il est à noter que ce n'est pas, à proprement parlé, le juge qui fait l'objet d'attaque, mais plutôt l'office juridictionnel. Une multitude de moyens est utilisée, mais la finalité est unique. Qu'il s'agisse de promouvoir – voir d'imposer – un règlement amiable du conflit, ou de dénier d'intérêt le recours, ou encore de le complexifier pour en limiter l'usage, nul doute n'est permis quant à la volonté sous-jacente d'éloigner le pouvoir judiciaire de la question sociale. Le procès n'est donc plus celui de l'activité jurisprudentielle, mais celui de l'office du juge, au détriment peut-être d'un droit fondamental : celui de l'accès effectif au juge⁶¹.

14. Rupture du contrat de travail dans les pays comparés. Au-delà de la question de la place du juge dans les deux systèmes juridiques se pose d'abord fondamentalement la question de la rupture du contrat de travail. C'est en effet sans doute l'élément le plus marquant de la différence de pensée juridique en matière de droit du travail entre les deux Etats comparés.

En France, pour plus de 100 000 affaires nouvelles portées devant les conseils de prud'hommes, presque 90 000 sont liées à une contestation du motif de licenciement⁶². Le juriste en droit du travail ne saurait dès lors s'affranchir de l'étude de la rupture du contrat de travail. De manière générale l'appréhension juridique de la résiliation dépend de la personne qui en a l'initiative. En tout état de cause, il apparaît toutefois que le

⁶¹ A. LYON-CAEN, « Discrète juridiction », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, 1 avril 2019, vol. 4, p. 217.

⁶² Chiffres clés de la Justice 2022, p. 14.

principe réside dans la limitation de la rupture. A l'inverse du système helvète, la rupture n'est pas libre tant qu'elle n'est pas abusive, elle est restreinte à une obligation de justification. Aussi, elle doit pour être valable correspondre à l'un des modes de rupture prévus par le Code du travail (Titre Troisième du Code du travail – Art. L. 1231-1 et suivants).

Pour sa part, la rupture du contrat de travail en Suisse, qu'elle soit à l'initiative de l'employeur ou du travailleur, obéit à trois principes cardinaux : liberté, égalité, et extrajudiciarité⁶³.

Le premier principe découle naturellement de l'appréhension du travail par le droit helvète, le contrat de travail étant un contrat de droit privé soumis aux dispositions du code des obligations, il est consensuel. Chacune des parties est donc *a priori* libre de mettre un terme à son accord pour des raisons qui lui sont personnelles, ou même sans justification⁶⁴.

Le second principe marque aussi un certain particularisme puisque le droit de rupture libre est tout autant reconnu à l'employeur qu'au salarié. Chacun dispose en principe des mêmes possibilités. Certains congés abusifs ne sont cependant réprimés par le code des Obligations que lorsqu'ils sont à l'initiative de l'employeur. Il s'agit des congés donnés premièrement « en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale, [deuxièmement] pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation, [et troisièmement] sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs » (article 336, alinéa 2, a. à c. du code des obligations). De même, les congés considérés

⁶³ A. WITZIG, *Droit du travail*, op. cit. note 9, p. 219.

⁶⁴ B. HEINZER, R. WYLER, *Droit du travail*, Berne, Stämpfli, Précis de droit Stämpfli, 4e éd., 2019, p. 782 ; S. BRUN POGGI, « L'employeur privé doit-il entendre son employé avant de le licencier ? », *Panor. III En Droit Trav.*, Stämpfli Verlag AG, IDAT - Institut du droit des assurances et du travail n° 41, 2017, p. 443-461.

comme donnés en temps inopportun sont différents suivant s'ils sont à l'initiative de l'employeur (article 336c du code des obligations) ou du travailleur (article 336d du code des obligations).

Le troisième principe mérite d'être souligné en ce qu'il incarne une marque de différence profonde avec le droit de la rupture du contrat de travail français. L'extrajudiciarité de la rupture du contrat de travail implique que celle-ci ne peut intervenir qu'à l'occasion d'un fait juridique, ou d'un acte juridique. Il n'existe pas dans le code des Obligations suisse d'équivalent aux procédures françaises de résiliation judiciaire ou de prise d'acte de rupture. Le juge suisse ne semble donc pas habilité à rompre le contrat de travail. Ses prérogatives ne s'étendent pas au-delà du contrôle du respect du contrat, et du bienfondé de sa rupture. Elles sont tout de même assez puissantes pour lui permettre de modifier le contrat sur le principe de l'adaptation du contrat aux changements de circonstances⁶⁵.

15. Chômage de masse et rupture du contrat de travail. Lorsqu'il est question de politique de l'emploi, la corrélation entre le chômage de masse et la rupture du contrat de travail est aujourd'hui rapidement faite. La frilosité des entrepreneurs à embaucher, serait due à une peur de la rupture : des procédures trop lourdes dont le non-respect expose à des risques trop grands. Pourquoi recruter quelqu'un dont l'employeur ne pourra plus se défaire en cas de nécessité ? Pourtant, dans son rapport annuel « Perspectives de l'emploi » de 2013⁶⁶, l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), à l'appui d'études statistiques et empiriques à l'échelle internationale, pointe l'absence de lien entre le niveau de protection contre les licenciements et le taux de chômage propre à chaque pays. Cette corrélation s'inscrit toutefois dans un conflit séculaire entre l'idée d'un droit du travail protecteur du salarié, partie faible au contrat, et celle d'un droit du travail compétitif, qui répond aux exigences du marché économique.

Le courant réformateur du droit du travail que connaît la France ces dernières années a nettement choisi son orientation : celle de la flexibilité. Il faut débrider le droit du travail,

⁶⁵ Voir ci-dessus.

⁶⁶ Perspectives de l'emploi de l'OCDE, 16 juillet 2013, p. 67 et suivantes.

et notamment les protections salariales, pour libérer les entreprises. Ainsi sont par exemple promues de nouvelles dérogations possibles aux éléments contractuels, par le biais d'accords collectifs, alors même que ceux-ci sont traditionnellement destinés à n'offrir que des avantages par rapport aux lois ou au contrat⁶⁷.

Aussi, le juge est progressivement écarté de la relation de travail pour ne laisser place qu'à la négociation collective ou individuelle, quand ce ne sont pas ses prérogatives qui sont limitées pour ne pas entraver les décisions de l'employeur. Sur le plan spécifique de la rupture du contrat de travail, et notamment lorsque celle-ci est à l'initiative de l'employeur, les dernières réformes françaises ont porté de sérieux coups à la place que le juge peut occuper. A présent, un accord collectif peut l'empêcher d'effectuer un contrôle du sérieux et de la réalité d'un licenciement, son examen des difficultés économiques ayant fondé un licenciement est limité au territoire national, des barèmes indemnitaire le limitent dans son appréciation du préjudice... Autant de points qui seront développés ci-après.

16. Le « modèle » de la Suisse. Dans le débat médiatique français, le modèle social suisse est régulièrement montré comme exemple. Le lien entre son faible taux de chômage et le libéralisme de sa législation est rapidement fait pour tenter de prouver les vertus qu'aurait une refonte du modèle social français en faveur d'un tel système libéral⁶⁸. Toutefois, s'il est indéniablement vrai que le droit du travail suisse est textuellement plus « flexible », un examen plus approfondi révèle des spécificités notables, au regard de la

⁶⁷ J.-C. RENNWALD, « Droit du travail : un gouffre entre la Suisse et la France », *Le Temps*, 3 mars 2016.

⁶⁸ Voir à ce titre l'intervention de M. François Bayrou, politicien français, le 18 septembre 2013, dans l'émission Des Paroles et des Actes sur France 2 ou l'ancien candidat à l'élection présidentielle établissait une corrélation entre la taille réduite d'un « code du travail suisse » et le faible taux de chômage de la Confédération ; ou plus récemment le 17 octobre 2023 sur France Inter, ou Philippe Manière, lobbyiste, défend le modèle économique suisse en avançant que le temps de travail des salariés français est trop bas comparativement à leurs voisins transfrontaliers. Sur ce point cependant, les statistiques 2022 de l'OFS - Statistique du volume du travail (SVOLTA) montre que le total des actifs occupés (temps pleins et temps partiels) suisses travaillent 31 heures hebdomadaire, lorsque les statistiques 2022 de l'Insee donne une durée moyenne hebdomadaire de 36,2 heures pour les actifs français.

jurisprudence du Tribunal Fédéral ou des engagements internationaux de la Confédération. Le salarié comme partie faible au contrat n'est pas nié, et le droit du travail suisse n'est pas un droit de gestion comptable du personnel. Aussi, les rapports du travail sont marqués par des éléments moraux qui ne sont pas les mêmes qu'en France, et il s'avère que l'impératif maintien de la paix sociale transparaît souvent dans les choix de gestion des entreprises, sans qu'il soit nécessaire d'imposer formellement des conduites aux justiciables. Ainsi, les deux systèmes juridiques, voisins sur le plan géographique, demeurent tout de même profondément éloignés sur les plans juridique et idéologique. Sur la question de la rupture du contrat de travail, l'orientation est même radicalement différente. Cependant, malgré la remarquable stabilité des normes suisses en matière de rupture du contrat de travail⁶⁹, la question de la place du juge dans la rupture du contrat de travail n'est pas dénuée d'intérêt⁷⁰.

17. Ampleur de l'étude. Ce travail de recherche se consacre à l'étude de tous les modes de rupture du contrat de travail par acte juridique – que ce soit à l'initiative de l'employeur, à l'initiative du travailleur, ou conventionnels – sous le prisme des pouvoirs des juges compétents en cas de litige. Il a vocation à dresser une étude complète de la résiliation, et mettra ainsi en avant les différences élémentaires entre le système juridique suisse, et le système juridique français, à l'aune du point le plus antagonique des deux droits du travail. L'étude spécifique des pouvoirs du juge permettra d'aborder le thème de la rupture du contrat par une approche contentieuse, et de comparer les réponses que les deux systèmes juridiques ont adoptés, ou veulent adopter, aux litiges nés dans ce cadre.

Une telle recherche n'a à ce jour jamais été réalisée sous cet angle. Si madame Cécile DAVASSE-BONTE a pu comparer les conceptions civiliste et travailliste qui innervent le rôle du juge lorsqu'il est saisi d'une rupture du contrat, sa recherche s'est cantonnée à

⁶⁹ B. HEINZER, R. WYLER, *Droit du travail*, op. cit. note 62, p. 782.

⁷⁰ *Ibid.* p. 808; J.-P. DUNAND, « Liberté de licenciement en droit suisse: la règle devient-elle l'exception? », *Rev. Avocat*, septembre 2006, p. 319-322 ; F. AUBRY GIRARDIN, « Licenciement abusif et jurisprudence récente », *Sem. Judic. - Doctrine*, 2007, p. 51.

l'étude seule du droit français⁷¹. De la même manière, monsieur Damien CONDEMINE s'est concentré sur l'intervention du juge français dans la résiliation du contrat de travail, mais également dans l'exécution de celui-ci⁷². Des études de droit comparé existent tout de même en la matière, telles que les travaux de madame Michèle RABOTEAU-DUVAL⁷³, de madame Allison FIORENTINO⁷⁴, de madame Natacha HAUSER COSTA⁷⁵, ou encore de monsieur Wilfried SAMBA-SAMBELIGUE⁷⁶, mais aucun ne semble s'être intéressé à la voisine frontalière de la France.

18. Plan général. Ainsi, dans le but premier d'opérer une comparaison des deux systèmes juridiques, sous l'angle d'un des points névralgiques du droit du travail subordonné, la rupture du contrat de travail, il convient d'une part de procéder à une présentation exhaustive des cadres légaux suisse et français relatifs à cette problématique (**Partie 1**). Cela fait, la présente étude se tournera vers une partie consacrée au contentieux de la rupture du contrat de travail, et plus précisément à la présence du juge dans la résolution des conflits relatifs à la rupture du contrat de travail (**Partie 2**).

⁷¹ C. DAVASSE-BONTE, *Le rôle du juge dans la rupture du contrat : étude de droit civil et de droit du travail*, Thèse de doctorat, Toulouse 1, 2008.

⁷² D. CONDEMINE, *Les interventions du juge dans le contrat de travail*, Thèse de doctorat, Lyon 2, 2008.

⁷³ M. RABOTEAU-DUVAL, *Le droit des contrats de travail à durée déterminée en droit espagnol et en droit français : contribution à l'étude du droit social comparé*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille 3, 2004.

⁷⁴ A. FIORENTINO, *La rupture du contrat de travail en droit anglais : droit comparé anglais et français*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille 3, 2007.

⁷⁵ N. HAUSER COSTA, *La qualification de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée en droit comparé Franco-Italien*, Thèse de doctorat, Nancy 2, 2000.

⁷⁶ W. SAMBA-SAMBELIGUE, *La justification du licenciement économique en droit comparé de pays européens (France, Allemagne, Espagne, Grande-Bretagne)*, Thèse de doctorat, Université Pierre Mendès France (Grenoble), 2007.

Partie 1 – Etude comparée du cadre légal de la rupture du contrat de travail en Suisse et en France

19. Etudes des cadres légaux. Première étape au travail comparatif, l'étude du cadre légal, propre à chaque Etat, permet de prendre conscience des différences élémentaires entre les deux systèmes juridiques étudiés. Ces altérités justifieront d'ailleurs plus tard les appréhensions respectives de la fonction juridictionnelle dans la rupture du contrat de travail, mais elles permettent avant tout autre chose d'éloigner les *a priori* qu'on pourrait avoir sur les cadres légaux étudiés. Il s'agit ici d'établir un rapport exhaustif de la rupture du contrat de travail en Suisse et en France, afin d'établir ce qui fait les grandes lignes des deux systèmes.

20. Caractères des droits suisse et français de la rupture du contrat de travail. Cette démarche permet de comprendre d'une part en quoi le droit suisse de la rupture du contrat de travail incarne le caractère libéral du système juridique suisse dans son intégralité. Ainsi, lorsque les principes fondamentaux de liberté, de réciprocité et d'extrajudicarité de la rupture sont relevés, c'est bien le libéralisme économique tel qu'il est promu par la Constitution fédérale qui est mis en avant par le législateur confédéré. Elle révèle d'autre part comment le droit français s'est construit autour d'une volonté de restriction des possibilités de rupture du contrat de travail, notamment à l'initiative de l'employeur, démontrant une orientation inverse de celle sa voisine frontalière, vers un droit « conditionné ».

21. Plan. Cette première étude consistera donc d'abord dans la présentation du droit suisse de la rupture du contrat de travail, sous le prisme des trois principes fondamentaux qui le gouvernent : la liberté, la réciprocité, et l'extrajudicarité (Titre 1). Il conviendra ensuite de présenter le droit français de la rupture du contrat de travail, par une spécificité majeure : son caractère conditionné (Titre 2).

Titre 1 – La rupture du contrat de travail en Suisse : liberté, réciprocité et extrajudiciarité

22. Fondement du système juridique suisse : libéralisme économique. Le système suisse est fondamentalement marqué par une volonté de préservation de son économie libérale, d'ailleurs consacrée par la Constitution Fédérale⁷⁷ :

Article 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 – Liberté économique :

« ¹ *La liberté économique est garantie.*

² *Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. »*

23. Conception libérale du droit des obligations. Au demeurant, le droit des obligations semble incarner le domaine du droit dans lequel les idées libérales sont les plus probantes, puisqu'il repose en partie sur l'idée de liberté contractuelle qui, dans une conception classique et volontariste du contrat, postule que les parties à ce dernier sont égales et rationnelles⁷⁸. Partant de là, le droit des contrats suisse ne s'intéresse pas, *a priori*, à l'égalité réelle dans l'échange des prestations, mais seulement à la liberté de contracter, qui sous-entend une égalité subjective entre les parties au contrat, lesquels consentent librement aux prestations convenues⁷⁹.

⁷⁷ Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations du 9 mai 1984, 1984 II 596.

⁷⁸ J. BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, Stämpfli Verlag AG, 2021, p. 17 et s..

⁷⁹ P. PICHONNAZ, *Le centenaire du code des obligations - Un code toujours plus hors du code*, Helbing Lichtenhahn Verlag, RDS n° II, 2011, p. 179 et s..

24. Limites de la conception libérale du droit des obligations. Cette conception connaît cependant des limites critiques, notamment lorsqu'elle se confronte aux réalités sociales des différents rapports contractuels⁸⁰. Ne tenant pas compte des déséquilibres naturels propres à certains contrats, elle oublie que la liberté du contractant est toute relative lorsque celui-ci n'a pas les armes pour être force de négociation. Aussi, une conception plus matérielle de la liberté contractuelle a su voir le jour dans la Confédération, qui admet dès lors « *l'intervention du législateur ou du juge à l'aune de critères objectifs [...], afin de prévenir les abus et s'assurer que le contrat contribue effectivement à la réalisation des objectifs de justice, de liberté et d'utilité sociale* »⁸¹.

25. Droit suisse du travail – libéralisme et interventionnisme. En matière de libéralisme, le contrat de travail en Suisse ne fait pas exception. Cependant, eu égard à son caractère social, et bien qu'il obéisse formellement au droit général des obligations, son régime juridique connaît des aménagements spécifiques destinés à sécuriser les rapports entre cocontractants. Ainsi, lorsqu'il s'agit de mettre un terme au contrat de travail, les préceptes de la liberté contractuelle excluent en principe toute restriction, mais la poursuite d'un idéal de justice sociale justifie, même sobrement⁸², certaines interventions de la part du législateur fédéral.

26. Droit suisse du travail : liberté, réciprocité et extrajudiciarité. Dans cette logique, la liberté, la réciprocité et l'extrajudiciarité constituent naturellement les trois principes cardinaux qui gouvernent la question de la rupture du contrat de travail en

⁸⁰ J. BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, *op. cit.* note 76, p. 66.

⁸¹ *Ibid.* p. 110 ; V. MARNET, « La liberté contractuelle saisie par le droit de la concurrence », in M. BRAUN (dir.), *Actual. Droit Contrats - Contrat À Croisée Chemins*, Lausanne, 2008, p. 85 ; P. TERCIER, « La justice à tout prix ? », *RDS 2014 I*, 2014, p. 480.

⁸² J.-P. DUNAND, « La fin des rapports de travail », in A.-S. DUPONT, P. MAHON (dir.), *Fin Contrat Trav.*, Schulthess Editions romandes, CERT-Centre d'étude des relations du travail, 2021.

Suisse⁸³. Malgré les quelques tempéraments qui seront exposés ci-après, ils incarnent ainsi le libéralisme du système juridique suisse. Ils garantissent une présence très limitée des instances juridictionnelles dans les rapports de travail, tout en promouvant les valeurs de la liberté contractuelle.

27. Plan. Ainsi, le contrat de travail, tout en relevant d'un régime juridique particulier, reste fondamentalement attaché aux concepts propres au droit général des obligations. Il est donc communément admis que la rupture du contrat de travail – même si des tempéraments non négligeables doivent être soulignés – est fondamentalement libre (Chapitre 1), et n'appartient, équitablement, qu'aux deux parties à la convention. C'est d'ailleurs la raison première pour laquelle la question de la présence du juge dans la rupture du contrat de travail en Suisse ne trouve pas de réponse évidente (Chapitre 2).

⁸³ A. WITZIG, *Droit du travail*, *op. cit.* note 9, p. 219 ; Message du Conseil fédéral du 9 mai 1984, BBI 1984 II 596 : les trois principes étaient alors autrement nommés l'absence de forme, la liberté de résiliation et la parité.

28. Principe fondamental. Comme il l'a été démontré ci-dessus, la liberté de rompre le contrat de travail, en Suisse, constitue un principe fondamental issu du régime général des obligations. Cette liberté constitue le marqueur principal du droit de la rupture du contrat de travail, et s'inscrit comme la raison principale aux freins qui sont mis à la construction d'un régime plus restrictif. C'est par exemple à ce titre que le Conseil fédéral exclut la possibilité de ratifier la Convention n° 158 de l'OIT, justifiant l'existence d'un « clivage » entre son modèle et les dispositions qui y sont consignées⁸⁴.

29. Relativité du principe. Promue par le Code des obligations, cette liberté n'est pas pour autant absolue. Son régime juridique se voit en effet tempéré par différentes règles destinées à réguler les rapports sociaux, et empêcher les comportements dommageables pour l'une ou l'autre des parties au contrat. La résiliation n'est ainsi pas complètement dénuée d'exigences formelles, lesquelles peuvent varier suivant le moment auquel la manifestation de volonté de rompre intervient. S'agissant du motif de rupture, c'est dans la même logique qu'il constitue un objet d'étude, non pas comme en France parce que de sa réalité et de son sérieux dépend la validité de la résiliation, mais parce qu'il est susceptible de caractériser un abus de la part de celui qui rompt. Le juge suisse saisi du

⁸⁴ J.-P. DUNAND, A. WITZIG, *La Suisse et l'Organisation internationale du travail - Fondamentaux et portée pratique*, *op. cit.* note 40, p. 125 : citant un rapport du Conseil fédéral de mai 1983, in : FF 1983 II 1138, 1163 : « *Il ressort clairement de nos commentaires qu'à ce stade, nous ne sommes pas en mesure de ratifier la Convention no 158. Dans nos réponses à des interventions parlementaires, nous nous sommes déclarés disposés à chercher une solution à la question de savoir comment on pourrait élargir la protection des travailleurs contre le licenciement tout en préservant les intérêts légitimes des employeurs. A cet effet, une commission d'experts composée de représentants des organisations des employeurs et des travailleurs a été instituée. [...] Sans vouloir préjuger des travaux de ladite commission, de notre propre décision, des décisions du Parlement et enfin du peuple et des cantons, on peut d'ores et déjà constater qu'une réglementation de la protection contre le licenciement permettant de ratifier la Convention no 158 ne serait pas compatible avec notre système en vigueur. Pour ces raisons, nous renonçons à soumettre la Convention no 158 à votre approbation* ».

contentieux ne saurait ainsi s'affranchir de sonder les motivations profondes des protagonistes, s'il doit établir la raison de leur choix.

30. Plan. Dès lors, s'il convient d'utiliser en premier lieu le terme de liberté lorsqu'on s'intéresse à la rupture du contrat de travail en Suisse, une telle étude doit impérativement donner les nuances que le législateur lui a attachées. La présente étude présente donc en premier lieu la rupture du contrat de travail sous le prisme de sa caractéristique fondamentale, la liberté de rompre (Section 1). Elle s'intéresse, en second lieu, aux tempéraments qui en font une liberté relative (Section 2).

Section 1 – La liberté de rompre le contrat de travail

31. Liberté de rompre le contrat de travail à durée indéterminée. De principe, et comme il ne comprend pas de terme, le contrat de travail à durée indéterminée prend fin par la résiliation unilatérale de l'une ou l'autre des parties⁸⁵. La résiliation unilatérale constitue ainsi, aux yeux du législateur suisse, la fin ordinaire du contrat de travail, et, en tant que telle, ne saurait qu'être libre⁸⁶ :

Article 335 alinéa 1 du Code des obligations :

« ¹ *Le contrat de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties.* »

32. Présomption de licéité de la rupture sans motif. Partant de là, et en vertu de la liberté contractuelle, la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée sans motif

⁸⁵ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne, Stämpfli, 2022, p. 765 ; P. CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail: commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Schulthess, éditions romandes, 2009, p. 471 ; TF 4A_381/2011 du 24 octobre 2011, cons. 2.

⁸⁶ J.-P. DUNAND, K. LEMPEN, E. PERDAEMS, *Droit du travail*, op. cit. note 8, p. 273.

est donc présumée licite par le Tribunal fédéral⁸⁷. Cette présomption est lourde de conséquences pour le cocontractant qui s'estime lésé, puisque c'est à lui que reviendra la charge de démontrer que le comportement de son vis-à-vis est constitutif d'un abus de liberté. Ce fardeau s'avère nécessairement difficile à assumer lorsqu'il implique de sonder les raisons profondes d'une personne qui n'a pas besoin d'une motivation particulière pour rompre son contrat.

33. Fin du contrat à durée déterminée. Le contrat de travail à durée déterminée, qu'il découle de la loi, d'un accord, ou de sa propre nature⁸⁸, comprend un terme qui rend impossible une rupture ordinaire par résiliation unilatérale. La rupture extraordinaire pour justes motifs demeure pour sa part applicable. En application de l'article 334 du code des obligations, il prend fin par la survenance de son terme, sans qu'il soit nécessaire de formaliser la rupture⁸⁹ :

« Le contrat de durée déterminée prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé. »

34. Inapplicabilité des protections légales. Les protections légales prévues contre le congé abusif et le congé en temps inopportun ne sont, dès lors, pas applicables en la matière⁹⁰. Cependant, la rupture anticipée du contrat à durée déterminée n'est pas pour autant exclue de manière radicale, puisque deux hypothèses, d'ailleurs également applicables pour rompre le contrat à durée indéterminée, sont admises : la rupture par commun accord⁹¹, et la rupture unilatérale immédiate pour justes motifs.

⁸⁷ TF 4A_117_2007 du 13 septembre 2007, cons. 4.2.1 ; ATF 127 III 86, cons. 2a, voir JdT 2001 I 160, ou encore SJ 2001 I 320.

⁸⁸ J.-P. DUNAND, K. LEMPEN, E. PERDAEMS, *Droit du travail, op. cit.* note 8, n° 397, p. 270.

⁸⁹ ATF 128 III 212, cons. 3b ; TF, 18 septembre 2014, 4A_270/2014, cons. 4.4 ; *Ibid.*, p. 271.

⁹⁰ ATF 129 III 618, cons. 6.1.

⁹¹ TF, 15 mars 2005, 4C.397/2004, cons. 2.1 ; TF, 24 mai 2006, 4C.61/2006, cons. 3.1.

35. Plan. Si la rupture du contrat de travail en Suisse est libre, les circonstances qui l'entourent peuvent donc différer, tout comme les conséquences juridiques qui lui sont attachées. Il convient ainsi d'une part de s'intéresser à la résiliation « normale » du contrat de travail à durée indéterminée, libre, mais qui prévoit un délai de congé (I), et d'autre part à la résiliation immédiate, exceptionnelle puisque fondée sur des justes motifs, applicable à tout contrat qu'il soit à durée déterminée ou pas, qui permet à son initiateur de se soustraire de tout délai de congé (II).

I. La résiliation normale du contrat de travail à durée indéterminée

36. Prohibition générale des engagements perpétuels. Comme il l'a été démontré, le contrat de travail en Suisse, bien qu'étant l'objet d'un corpus juridique propre, n'est pas pour autant exclu des règles générales du droit des contrats. En tant que tel, il est consensuel, et ne saurait être perpétuel. Le Tribunal fédéral souligne d'ailleurs, à l'appui de l'obligation d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi de l'article 2 du code civil, qu'aucune « convention de nature purement obligatoire ne saurait être conclue ni maintenue "pour l'éternité" »⁹². Or, dans le respect de ce principe, et comme corolaire à la liberté de contracter, il apparaît naturel de reconnaître à chacune des parties la liberté de rompre unilatéralement le contrat de travail. Cette liberté est du reste remarquable tant quant aux conditions de fond de la rupture, que quant à ses exigences formelles.

37. Indifférence des motifs de rupture. Sur le fond, il est donc unanimement admis que chacune des parties est libre de mettre un terme à son accord pour des raisons qui lui sont propres, ou même sans justification⁹³, tant que l'exercice de ce droit n'est pas

⁹² ATF 113 II 209, cons. 4.

⁹³ C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, Lausanne, Réalités sociales, 4e éd., 2019, n° 17 ad art. 335 CO ; B. HEINZER, R. WYLER, *Droit du travail*, *op. cit.* note 62, p. 782 ; S. BRUN POGGI, « L'employeur privé doit-il entendre son employé avant de le licencier ? », *op.*

constitutif d'un abus. Peu importe, *a priori*, que la rupture du contrat de travail résulte d'un motif économique, c'est-à-dire lié à l'organisation de l'entreprise, ou d'un motif personnel, c'est-à-dire lié à la personne même du cocontractant.

38. Formalisme de la résiliation. Sur la forme, aucune règle spécifique à titre de validité de la rupture n'est imposée par la loi⁹⁴. Il n'y a pas de processus préalable à respecter. Si l'article 335 du code des obligations dispose que « *la partie qui donne le congé doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande* », aucune sanction n'est prévue en cas de manquement, et la résiliation produit tout de même tous ses effets⁹⁵. Le Tribunal fédéral ne se substitue pas au législateur, et, dans le meilleur des cas pour le demandeur, condamne au paiement des dépens de l'instance la partie manquante⁹⁶. La résiliation unilatérale constitue ainsi une simple déclaration de volonté, soumise à réception de son destinataire. Il s'agit d'un acte juridique formateur⁹⁷, unilatéral et irrévocabile⁹⁸. Elle n'a du reste même pas à être formulée dans un vocabulaire rigoureux, pour peu qu'elle soit sans équivoque, en ce sens qu'elle ne laisse aucun doute sur la

⁹⁴ *cit. note 62, p. 443-461 ; J.-P. DUNAND, K. LEMPEN, E. PERDAEMS, Droit du travail, op. cit. note 8, p. 280 ; ATF 125 III 70 ; ATF 131 III 535, cons. 4.1.*

⁹⁵ *J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), Commentaire du contrat de travail, op. cit. note 83, p. 767 ; C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, op. cit. note 91, n° 9 ad art. 335 CO.*

⁹⁶ *J.-P. DUNAND, « La fin des rapports de travail », op. cit. note 80 ; A. WITZIG, Droit du travail, op. cit. note 9, p. 265 ; ATF 121 III 60, cons. 3b et 3c. ; Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations du 9 mai 1984, p. 596 : BBI 1984 II 596*

⁹⁷ *ATF 121 III 60, cons. 3b ; J.-P. DUNAND, K. LEMPEN, E. PERDAEMS, Droit du travail, op. cit. note 8, p. 274 ; J.L. DUC, O. SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail : avec un aperçu du droit collectif et public du travail, 1998, n° 18 ad art. 335 CO.*

⁹⁸ *Sur une étude globale de l'acte juridique formateur, voir : G. VIONNET, L'exercice des droits formateurs, Schulthess Juristische Medien AG, Etudes, 2011.*

⁹⁹ *J.-P. DUNAND, K. LEMPEN, E. PERDAEMS, Droit du travail, op. cit. note 8, p. 273.*

volonté de son énonciateur de mettre un terme à la relation de travail à laquelle il est partie⁹⁹.

39. Point de divergence avec le système français. Il est ici le point de divergence le plus remarquable entre les législations suisse et française, en matière de rupture du contrat de travail. Comme il le sera détaillé ultérieurement, la rupture du contrat de travail en France obéit à un paradigme radicalement différent, notamment concernant les ruptures à l'initiative de l'employeur. Aucune liberté de rompre n'est réellement promue, et les différents modes de rupture sont quasiment tous encadrés par la loi, de sorte que la résiliation unilatérale du contrat de travail puisse n'être regardée que comme un ultime recours aux problèmes nés dans sa poursuite¹⁰⁰.

40. Sécurité juridique minimum : temporalité de la rupture. Cette résiliation ordinaire du contrat de travail confère tout de même une sécurité juridique minimum aux cocontractants, en ce qu'elle doit respecter une certaine temporalité. Ainsi, la rupture doit nécessairement, en dehors du temps d'essai et sauf stipulation contractuelle contraire, être donnée pour la fin d'un mois, et être assortie d'un délai de congé, dont la durée dépend de l'ancienneté du travailleur :

Article 335c du code des obligations :

«¹ Le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service, de trois mois ultérieurement.

«² Ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective ; des délais inférieurs à un mois ne peuvent toutefois être fixés que par convention collective et pour la première année de service. »

⁹⁹ O. SUBLIA, J.L. DUC, *Droit du travail, éléments de droit suisse*, Lausanne, Primus, B&T, 2010, p. 495.

¹⁰⁰ Voir ci-après Partie 1 – Titre 2.

41. Calcul de l'ancienneté. L'ancienneté du travailleur se calcule à compter du jour précis où le travail a commencé¹⁰¹, et jusqu'au moment où la résiliation est notifiée. Dans cet intervalle, tout le travail effectif qu'il a effectué pour le compte de son employeur doit être pris en compte, même si la relation s'est faite sous la forme de contrats en chaîne¹⁰². Dans le cas où plusieurs employeurs se sont succédé, notamment en raison d'un transfert d'entreprise, l'ancienneté se calcule à compter du premier jour de travail débuté auprès du premier employeur, jusqu'à la notification de la résiliation par le dernier employeur¹⁰³.

42. Délais de congé en temps d'essai. Sauf stipulation différente établie par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective, pendant le temps d'essai, lequel correspond en principe au premier mois d'exécution du contrat de travail, le délai de congé est réduit à sept jours :

Article 335b du code des obligations :

«¹ Pendant le temps d'essai, chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours ; est considéré comme temps d'essai le premier mois de travail.

² Des dispositions différentes peuvent être prévues par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective ; toutefois, le temps d'essai ne peut dépasser trois mois.

³ Lorsque, pendant le temps d'essai, le travail est interrompu par suite de maladie, d'accident ou d'accomplissement d'une obligation légale incombant au travailleur sans qu'il ait demandé de l'assumer, le temps d'essai est prolongé d'autant. »

¹⁰¹ A. WITZIG, *Droit du travail*, op. cit. note 9, p. 249.

¹⁰² C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 91, n° 1 ad art. 335c CO.

¹⁰³ *Ibid.*

43. Objectifs du temps d'essai. Cet aménagement légal du délai de congé en matière de temps d'essai va dans le sens de l'objectif premier d'une telle période : octroyer aux parties un temps d'observation des conditions d'exécution du contrat de travail avant qu'elles décident de s'engager durablement, et leur donner la possibilité de mettre prématulement et rapidement un terme à la relation en cas d'insatisfaction¹⁰⁴.

44. Validité du temps d'essai. L'objectif du temps d'essai constitue également une condition de sa validité, puisque la jurisprudence considère qu'il ne peut être mis en place qu'entre les parties qui « ne se connaissent pas », à défaut de quoi il serait dénué d'objet. Dans la même logique, un rapport de travail préalable au contrat de travail, comme un apprentissage, doit pour le Tribunal fédéral entrer en ligne de compte dans le calcul de la durée du temps d'essai¹⁰⁵. De manière étonnante, la mission de travail en intérim n'est, pour sa part, pas prise en compte dans ce calcul¹⁰⁶. Le Tribunal fédéral considère sur ce point que le statut d'un emploi en intérim est trop éloigné de celui d'un emploi de stable, et que, « *même si l'activité effectuée est identique, le contexte juridique dans lequel elle s'exerce, en particulier le rôle central joué par l'agence de placement, ne permet pas au travailleur et à l'entreprise utilisatrice d'éprouver leurs relations de confiance de la même façon qu'au moment où ils concluent un contrat de travail et qu'ils cherchent à nouer une relation juridique stable et durable entre eux.* »

¹⁰⁴ A. WITZIG, *Droit du travail*, *op. cit.* note 9, p. 247 ; TF, 7 janvier 2003, 4C_327/2002, ATF 129 III 124, cons. 3.1 : « Le temps d'essai doit fournir aux parties l'occasion de préparer l'établissement de rapports de travail destinés à durer, en leur permettant d'éprouver leurs relations de confiance, de déterminer si elles se conviennent mutuellement et de réfléchir avant de s'engager pour une plus longue période. Si les rapports contractuels qu'elles ont noués ne répondent pas à leur attente, les parties doivent pouvoir s'en libérer rapidement (cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, *Commentaire du contrat de travail*, 2e éd., Lausanne 1996, n. 1 ad art. 335b CO) » ; J.-P. DUNAND, K. LEMPEN, E. PERDAEMS, *Droit du travail*, *op. cit.* note 8, p. 267.

¹⁰⁵ TF, 8 octobre 1997, 4C_93/1997, cons. 3c ; TF, 18 mars 2003, 4C_284/2002, cons. 4.

¹⁰⁶ TF, 7 janvier 2003, 4C_327/2002, précité.

45. Prolongation du temps d'essai. L'alinéa 3 de l'article 335b du code du travail prévoit la possibilité, en cas d'interruption du travail pour cause de « maladie, d'accident ou d'accomplissement d'une obligation légale incombant au travailleur sans qu'il ait demandé de l'assumer », de prolonger le temps d'essai d'autant. Cette liste est absolument limitative, si bien que le prolongement de la durée d'essai n'est possible dans aucun autre cas¹⁰⁷.

46. Paritarisme des délais de congé. Les délais de congé font parties des normes paritaires¹⁰⁸ du droit du travail suisse, en ce sens qu'ils sont applicables tant pour les résiliations unilatérales à l'initiative de l'employeur que pour celles à l'initiative du travailleur. Une exception demeure sur ce point en matière de licenciement économique, puisque le législateur autorise alors une dérogation au paritarisme, en faveur du travailleur seulement, par accord, contrat-type ou convention collective :

Article 335a du code des obligations :

«¹ Les délais de congé doivent être identiques pour les deux parties ; si un accord prévoit des délais différents, le délai le plus long est applicable aux deux parties.

«² Lorsque l'employeur a manifesté son intention de résilier le contrat de travail ou qu'il l'a résilié pour des motifs d'ordre économique, des délais de congé plus courts peuvent toutefois être prévus en faveur du travailleur, par accord, contrat-type de travail ou convention collective. »

47. Relativité du paritarisme du délai de congé. Ce n'est cependant que sur la question de la durée du délai que le paritarisme s'impose, puisque les parties peuvent contractuellement prévoir des conditions potestatives qui ne donneraient qu'à un seul des

¹⁰⁷ ATF 136 III 562, cons. 3 ; J.-P. DUNAND, K. LEMPEN, E. PERDAEMS, *Droit du travail, op. cit.* note 8, p. 268.

¹⁰⁸ Sur le paritarisme du droit de la rupture du contrat de travail en Suisse, voir ci-après Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2.

cocontractants la possibilité de le déclencher¹⁰⁹. Elles pourraient également prévoir des conditions suspensives unilatérales qui entraveraient indirectement l'une des parties dans son droit au congé¹¹⁰. Dans tous les cas, les clauses seraient licites dès lors qu'elles ne confèrent pas le bénéfice d'un délai plus avantageux à l'une des parties, au détriment de l'autre.

48. Sanctions du non-respect des délais de congé. En cas de non-respect des délais de congé, le Tribunal fédéral considère que la résiliation ne peut produire des effets qu'au terme des délais juridiquement applicables¹¹¹. C'est-à-dire ceux prévus par la loi, ou aménagés contractuellement. L'employeur peut ainsi exiger du travailleur l'exécution de sa prestation de travail, faute de quoi il peut obtenir un dédommagement, et le travailleur peut exiger le versement de sa rémunération jusqu'au terme, sur le fondement de l'article 324 alinéa 1 du code des obligations :

«¹ Si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail. »

49. Dispense d'exécution du délai de congé. Si le délai de congé est en principe obligatoire dans toute résiliation « normale » du contrat de travail, l'employeur peut délivrer au salarié une dispense d'exécution. Le travailleur est libéré de son obligation de

¹⁰⁹ TF, 3 avril 2009, 4A_67/2009, JT 2010 I 97, com. R. WYLER : dans cette affaire, une travailleuse contestait vainement une clause du contrat de travail qui permettait à l'employeur de mettre un terme à la relation de travail moyennant un délai de six mois dans le cas où une cause de licenciement existait, ou de douze mois sans cause.

¹¹⁰ A. WITZIG, *Droit du travail, op. cit.* note 9, p. 244 ; Cour d'appel prud'homale de Genève, 17 mars 1988, SJ 1989 666, com. AUBERT : l'exemple pris est ici celui d'une clause de rémunération variable, qui forcerait indirectement le travailleur à patienter avant de donner son congé, afin de bénéficier de la clause, repoussant par là même le délai à patienter jusqu'à la fin du contrat.

¹¹¹ TF, 30 novembre 2010, 4A_463/2010, cons. 4 ; TF, 9 avril 2013, 4A_556/2012, cons. 4.3 ; TF, 2 février 2017, 4A_372/2016, cons. 5.1.1.

travailler¹¹². Il perçoit sa rémunération jusqu'au terme, mais n'est alors plus tenu d'exécuter sa prestation de travail pour l'employeur. Cette dispense est analysée comme une remise de dette de la part de l'employeur¹¹³, constituant par là un acte de disposition ne nécessitant pas d'acceptation de la part du travailleur pour être valable. Il est à noter que le contrat de travail perdure tout de même jusqu'à son terme, notamment eu égard à certaines obligations telles que l'obligation de fidélité¹¹⁴.

50. Principe d'imputation. Dans ce cas toutefois, en vertu d'un principe d'imputation qui trouve sa source dans l'article 324 alinéa 2 du code des obligations, le travailleur peut voir sa rémunération réduite des sommes qu'il épargne malgré son inactivité, qu'il perçoit par l'exécution d'un autre travail, ou encore des gains qu'il aurait potentiellement pu obtenir mais auxquels il a renoncé :

«² Le travailleur impute sur son salaire ce qu'il a épargné du fait de l'empêchement de travailler ou ce qu'il a gagné en exécutant un autre travail, ou le gain auquel il a intentionnellement renoncé. »

Ainsi, l'employeur qui libère son employé de son devoir de fournir une prestation de travail doit « *imputer sur le salaire qui lui est dû* [au salarié] *jusqu'à l'extinction des rapports contractuels le salaire qu'il* [le salarié] *a pu obtenir auprès d'un autre employeur* »¹¹⁵. Ce texte repose sur l'idée selon laquelle le travailleur ne doit pas s'enrichir au détriment de l'employeur en recevant un salaire de celui-ci sans lui fournir de contre-prestation et en acquérant simultanément un gain complémentaire issu d'une autre activité professionnelle¹¹⁶. Il y a là une récurrence du principe de l'article 44 du

¹¹² J.-P. DUNAND, K. LEMPEN, E. PERDAEMS, *Droit du travail*, op. cit. note 8, p. 276.

¹¹³ A. WITZIG, *Droit du travail*, op. cit. note 9, p. 252 ; TF, 25 mars 2002, 4C_312/2001, ATF 128 III 212, SJ 2002 I 581.

¹¹⁴ J.-P. DUNAND, K. LEMPEN, E. PERDAEMS, *Droit du travail*, op. cit. note 8, p. 276.

¹¹⁵ ATF 128 III 212 consid. 3 b.

¹¹⁶ TF, 4 février 2015, 4A_509/2014, cons. 4.1.

code des obligations, lequel dispose que « *le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur.* »

51. Délais de congé : point de rupture entre résiliation ordinaire et résiliation extraordinaire du contrat de travail. C'est relativement à ce droit au délai de congé que le principe de la résiliation « normale » du contrat de travail peut être supplanté par une autre rupture, cette fois-ci conditionnée, la résiliation pour juste motif. Il se peut en effet, lorsque le cocontractant trouve une cause admissible pour le faire, que la résiliation puisse produire immédiatement ses effets. La mesure est radicale, et les parties sont alors exemptées de l'exécution de tout préavis.

52. Abandon de poste. Le législateur suisse a par ailleurs prévu une disposition spécialement applicable en cas d'abandon injustifié de son emploi par le travailleur ou de non-entrée en service :

Article 337d du code des obligations :

« ¹ *Lorsque le travailleur n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs, l'employeur a droit à une indemnité égale au quart du salaire mensuel ; il a en outre droit à la réparation du dommage supplémentaire.*

² *Le juge peut réduire l'indemnité selon sa libre appréciation si l'employeur ne subit aucun dommage ou si le dommage est inférieur à l'indemnité prévue à l'alinéa précédent.*

³ *Si le droit à l'indemnité ne s'éteint pas par compensation, il doit, sous peine de péremption, être exercé par voie d'action en justice ou de poursuites dans les 30 jours à compter de la non-entrée en place ou de l'abandon de l'emploi. »*

II. Les justes motifs de rupture immédiate

53. Relativité historique du droit au délai de congé. C'est donc sous le prisme du droit de chacune des parties au délai de congé, que la résiliation unilatérale du contrat de travail peut passer d'une rupture « normale », à une rupture exceptionnelle, la rupture immédiate pour justes motifs. La notion de justes motifs, comme cause de rupture exceptionnelle et immédiate d'un contrat de durée, est reconnue à plusieurs reprises dans le code des obligations suisse. D'aucuns la considèrent, même en l'absence de disposition légale *ad hoc*¹¹⁷, comme un fondement généralement admis du désengagement d'une partie au contrat¹¹⁸.

S'agissant de la rupture immédiate du contrat du travail, la prise en compte des justes motifs est historique¹¹⁹. Il en était déjà question lorsque ce contrat ne portait que le nom de contrat de louage de service. L'article 9 de la loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 mars 1877 disposait alors que « *le contrat ne peut être résilié unilatéralement avant ce terme [de quatorze jours au moins], de la part du patron, que si l'ouvrier s'est montré incapable de faire le travail commencé ou s'il s'est rendu coupable d'une violation grave du règlement de la fabrique. Il ne peut être résilié par l'ouvrier que si le maître de fabrique ne remplit pas ses obligations envers lui, s'il le traite d'une manière contraire à la loi ou au contrat, ou s'il tolère de la part de quelque autre un traitement de ce genre.*

 »

La notion fut précisée par la suite dans l'ancien code des obligations de 1881, en son article 346 :

¹¹⁷ JdT 2005 I p. 284; ATF 128 III 428

¹¹⁸ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 993 ; M.-N. VENTURI-ZEN-RUFFINEN, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, Cour de justice, 2007, p. 1.

¹¹⁹ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 992.

« S'il y a de justes motifs, chacune des parties peut demander la résiliation du contrat avant le terme fixé.

Il appartient au juge d'apprécier s'il existe réellement de pareils motifs.

Si les motifs invoqués par l'une des parties consistent en l'inobservation par l'autre des clauses du contrat, celle-ci est tenue à la réparation complète du dommage. Au surplus, il appartient au juge de régler comme il l'entend, d'après les circonstances et l'usage des lieux, les conséquences pécuniaires de la résiliation anticipée du contrat. »

Il convient de remarquer que, déjà, le juge était placé au cœur même de l'appréhension juridique de la rupture du contrat de travail. C'est en effet sous son office qu'étaient placées la caractérisation du juste motif de résiliation, et la sanction, à la fois du responsable du fait qui justifie la rupture immédiate, dans la mesure où la rupture du contrat ne serait pas une sanction suffisante, et de la rupture immédiate, dans la mesure où le juste motif invoqué ne serait pas de nature à justifier celle-ci.

54. Justes motifs de résiliation immédiate du contrat de travail. Spécialement en matière de rupture du contrat du travail, l'existence de justes motifs de résiliation est aujourd'hui reconnue par l'article 337 du code des obligations :

« ¹ L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs ; la partie qui résilie immédiatement le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande.

² Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail.

³ *Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler. »*

55. Justes motifs : pouvoirs du juge. A la lecture de l'alinéa 3 de ce texte, il est à remarquer que c'est au juge qu'est directement confiée la tâche de qualifier le juste motif de résiliation immédiate. Ainsi, même si le législateur donne les canons généraux de la notion, il laisse en vérité au juge le soin de définir et d'appréhender le juste motif de résiliation immédiate, qui reste donc une notion juridiquement indéterminée, et libre d'interprétation¹²⁰. Ce précepte va du reste pleinement dans le sens des dispositions de l'article 4 du code civil qui veulent que « *le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs* ».

Cette fonction et la casuistique juridique qui en découle ont donné lieu à une large et foisonnante jurisprudence qui permet de déterminer avec plus de précision les situations dans lesquelles le contrat de travail peut être immédiatement résilié¹²¹.

56. Caractère impératif de la résiliation immédiate pour justes motifs. En application de l'article 361 du code des obligations, les dispositions des alinéas 1 et 2 de l'article 337 sont absolument impératives, en ce sens qu'il ne peut en aucun cas y être dérogé par accord, contrat-type ou convention collective¹²² :

« ¹ Il ne peut être dérogé aux dispositions ci-après par accord, contrat type de travail ou convention collective, ni au détriment de l'employeur ni au détriment du travailleur :

¹²⁰ *Ibid.* p. 1001 ; ATF 108 II 444, JdT 1983 I 219.

¹²¹ Voir ci-après Partie 2 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 1.

¹²² J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 1037.

[...]

- art. 337, al. 1 et 2 (*résiliation immédiate pour justes motifs*) ;
[...] »

Le législateur consacre de la sorte le droit de la résiliation immédiate pour juste motif comme un « pilier du droit du travail suisse »¹²³.

57. Justes motifs : cas non-limitatifs. Tout comme la notion d'abus, les justes motifs de rupture du contrat de travail sont fondés sur la notion de bonne foi contractuelle. Cette référence, non juridiquement déterminée, mène à considérer la liste des cas de résiliation immédiate pour juste motif comme étant non-limitative. La résiliation pour juste motif étant une cause d'extinction générale du contrat¹²⁴, presque tout événement¹²⁵, dès lors qu'il est d'une gravité comparable à celle des cas légaux et qu'il rendrait impossible le maintien de la relation de travail pour l'une des parties, pourrait constituer une cause de résiliation. C'est donc aux praticiens d'établir ce qui relève du juste motif de résiliation immédiate, sous le contrôle du juge.

58. Justes motifs de résiliation immédiate du contrat de travail : définition générale. De manière générale, le juste motif est compris comme celui qui a sérieusement atteint la confiance mutuelle propre à la relation contractuelle de travail, voir celui qui l'a irrémédiablement détruite¹²⁶. La poursuite des rapports entre les parties apparait alors

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ M.-N. VENTURI-ZEN-RUFFINEN, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, *op. cit.* note 116, p. 69 ; P. GAUCH, *System der Beendigung von Dauerverträgen*, thèse, Universitätsverlag, 1968, p. 64 et 237.

¹²⁵ La seule limite étant celle issue de l'alinéa n° 3 de l'article 337 du code des obligations : « *le juge [...] ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur ait été sans sa faute empêché de travailler* » : voir ci-avant n° 54.

¹²⁶ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 83, p. 1001.

« déraisonnable »¹²⁷, et ce même pour la durée d'un préavis ou l'attente du terme du contrat à durée déterminée. Il y a donc à la fois une approche objective du juste motif, dans l'appréciation de la gravité du fait reproché, et une approche subjective, dans l'appréciation de l'atteinte au lien de confiance entre les deux parties, ou de sa perte définitive.

59. Caractères du juste motif de résiliation immédiate. Le juste motif de résiliation immédiate est une cause de fin du contrat unilatérale¹²⁸, et indirecte¹²⁹. En ce sens, le fait générateur du juste motif ne met pas fin au contrat automatiquement, mais confère à l'une des parties la possibilité unilatérale de résilier. Aussi, seule la partie lésée peut se prévaloir d'un juste motif pour mettre un terme à la relation de travail, et elle ne peut le faire que de manière claire et non équivoque, inconditionnellement, et irrévocablement¹³⁰.

60. Justes motifs : droit de rompre. Il est permis de considérer que les justes motifs octroient à la partie concernée un *droit* de rompre unilatéralement et immédiatement le contrat de travail¹³¹. La reconnaissance de ce « droit formateur unilatéral »¹³² a pour effet, outre d'ouvrir la possibilité de résiliation du contrat, qu'il soit à durée déterminée ou

¹²⁷ La jurisprudence prête le terme allemand de « *unzumutbar* » à la poursuite de la relation contractuelle, qui se traduit littéralement par « *déraisonnable* », « *intolérable* » ou « *insupportable* » (source Deepl.com) : ATF 129 III 380, cons. 2 et 3.1 ; ATF 127 III 351, cons. 4a, JdT 2001 I 369.

¹²⁸ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 83, p. 994 : l'auteur parle de « droit formateur unilatéral, [...] qui confère à une partie la possibilité de modifier unilatéralement la situation juridique de l'autre partie », en ce sens, voir ATF 133 III 360, c. 8.1.1, SJ 2007 I 482.

¹²⁹ M.-N. VENTURI-ZEN-RUFFINEN, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, *op. cit.* note 116, p. 69.

¹³⁰ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 83, p. 994 ; voir également sur le régime prétorien du droit de la résiliation immédiate ci-après Partie 2 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 1.

¹³¹ M.-N. VENTURI-ZEN-RUFFINEN, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, *op. cit.* note 116, p. 72 ; Sur la distinction entre *droit* de résilier et *pouvoir* de résilier, voir F. WERRO, « La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier », *DC*, 1991, p. 55.

¹³² J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 83, p. 994.

indéterminée, d'exclure les possibilités d'indemnisation pour rupture de l'autre partie. Le travailleur qui voit son contrat de travail unilatéralement rompu par son employeur, immédiatement pour de justes motifs, ne peut donc prétendre à aucune réparation d'un quelconque préjudice lié à la perte de son emploi. L'exercice de ce droit est uniquement conditionné à la manifestation de volonté de la partie qui en a l'initiative, dès lors qu'elle parvient dans la sphère de réception de l'autre partie¹³³. Ce droit est donc univoque, inconditionnel, inaccessible et irrévocable dans son exercice¹³⁴.

61. Résiliation pour justes motifs : conséquences. Le législateur a prévu des conséquences spécifiques à la résiliation pour justes motifs lorsqu'elle résulte d'un manquement au contrat de l'une des parties. Dans ce cas, il semble que la mise à terme de la relation de travail sans préavis ne suffise pas et le cocontractant à l'initiative de la rupture peut, en plus, exiger de son débiteur une réparation intégrale du dommage qu'il a causé. Du reste, même si le motif de résiliation ne constitue pas littéralement un manquement aux obligations contractuelles, il est toujours envisageable d'obtenir du juge qu'il règle « *les conséquences pécuniaires de la résiliation immédiate en tenant compte de toutes les circonstances* », selon sa libre interprétation¹³⁵.

62. Absence de justes motifs : pouvoir de rompre. En l'absence de justes motifs, le code des obligations reconnaît toutefois, et de manière indirecte, un *pouvoir* de rompre unilatéralement et immédiatement le contrat de travail, entre les mains de l'employeur comme du travailleur¹³⁶. L'exercice de ce pouvoir doit alors nécessairement conduire à l'indemnisation de l'autre partie, par l'auteur de la rupture. Cette indemnisation diffère suivant la personne à l'origine de la résiliation immédiate :

¹³³ ATF 113 II 259, cons. 2a, JdT 1988 I 175.

¹³⁴ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 994 ; sur l'irrévocabilité de la résiliation immédiate, voir : ATF 128 III 129, cons. 2a, JdT 2003 I 10, SJ 2002 389.

¹³⁵ *Ibid.* p. 1047.

¹³⁶ M.-N. VENTURI-ZEN-RUFFINEN, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, op. cit. note 116, p. 75.

Article 337c du code des obligations :

« ¹ *Lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cassation du contrat conclu pour une durée déterminée.*

² *On impute sur ce montant ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé.*

³ *Le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances ; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. »*

Article 337d du code des obligations :

« ¹ *Lorsque le travailleur n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs, l'employeur a droit à une indemnité égale au quart du salaire mensuel ; il a en outre droit à la réparation du dommage supplémentaire.*

² *Le juge peut réduire l'indemnité selon sa libre appréciation si l'employeur ne subit aucun dommage ou si le dommage est inférieur à l'indemnité prévue à l'alinéa précédent.*

³ *Si le droit à l'indemnité ne s'éteint pas par compensation, il doit, sous peine de péremption, être exercé par voie d'action en justice ou de poursuites dans les 30 jours à compter de la non-entrée en place ou de l'abandon de l'emploi. »*

63. Conséquences de l'absence de justes motifs. En l'absence de justes motifs de résiliation immédiate, le législateur prévoit que le cocontractant lésé puisse être indemnisé.

Dans le cas où c'est le travailleur qui est à l'initiative de la résiliation, l'employeur a droit à « *une indemnité égale au quart du salaire mensuel ; il a en outre droit à la réparation du dommage supplémentaire* ». La détermination de cette indemnité reste toutefois entre les mains du juge, qui peut « *réduire l'indemnité selon sa libre appréciation si l'employeur ne subit aucun dommage ou si le dommage est inférieur à l'indemnité prévue à l'alinéa précédent* »¹³⁷.

Dans le cas où c'est l'employeur qui est à l'origine de la rupture, il est à l'inverse précisé que le travailleur pourra prétendre « *à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cassation (cessation) du contrat conclu pour une durée déterminée* ». Ce droit est toutefois limité par un principe d'imputation, au titre duquel la « libération durant le préavis non respecté ne doit pas devenir source d'enrichissement »¹³⁸. Ainsi, l'indemnité doit être minorée de ce que le travailleur a pu épargner, tirer d'un autre emploi, ou des sommes auxquelles il a intentionnellement renoncé. La charge de la preuve repose ici sur l'employeur. S'agissant des gains potentiels auxquels le travailleur aurait renoncé néanmoins, la seule démonstration de ce fait ne suffit pas, il doit encore démontrer que celui-ci l'a écarté intentionnellement¹³⁹, et de manière irraisonnable¹⁴⁰.

64. Autre cas de rupture immédiate. En dehors de l'existence de « justes motifs » de résiliation immédiate du contrat de travail, le législateur a prévu que le travailleur puisse mettre un terme à la relation de travail de manière immédiate, en cas d'insolvabilité

¹³⁷ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 1072.

¹³⁸ *Ibid.* p. 1065 ; ATF 128 III 271, cons. 4a/bb, in JdT 2003 I 606 (trad.) ; TF 4C.246/2005 du 12 octobre 2005, cons. 6.1.

¹³⁹ TF 4C.158/2002 du 20 août 2002, cons. 4.2.

¹⁴⁰ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 1066.

de son employeur. Les conséquences attachées à un tel acte sont les mêmes qu'en matière de résiliation pour justes motifs :

Article 337a du code des obligations :

« En cas d'insolabilité de l'employeur, le travailleur peut résilier immédiatement le contrat, si des sûretés ne lui sont pas fournies dans un délai convenable pour garantir ses préentions contractuelles. »

65. Effets de la résiliation immédiate. La résiliation immédiate met fin au contrat de travail *de facto* et *de jure*¹⁴¹. Avant que ce régime juridique ne connaisse une réforme en 1987, le législateur considérait que « le licenciement prononcé par l'employeur [devait mettre] fin aux rapports de service en fait mais non en droit »¹⁴². Cela permettait au travailleur licencié sans juste motif de prétendre aux contreparties du contrat de travail malgré la résiliation, et notamment de faire valoir son droit au salaire, même si le travail n'était plus effectué. Une partie de la doctrine voyait cependant là un non-sens, considérant qu'un droit au salaire ne pouvait exister sans rapport de travail. La réforme est revenue sur ce point en fixant une fin des rapports de travail en fait comme en droit, et en supprimant le droit au maintien du salaire au profit d'un droit de nature indemnitaire, équivalent à ce que le travailleur aurait perçu si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à l'expiration de la durée déterminée du contrat (article 337c alinéa 1 du code des obligations)¹⁴³. Quant au montant, la sanction est donc restée *a priori* la même, mais elle est a bien changé quant à sa nature.

¹⁴¹ *Ibid.* p. 1035

¹⁴² Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations du 25 août 1967, FF 1967 II 249, p. 399 ; ATF 103 II 274, cons. 2b : JdT 1978 I 94 : SJ 1978 423.

¹⁴³ Message concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations du 9 mai 1984, FF 1984 II 574, p. 635.

66. Propos conclusif. Ainsi, quelle que soit le mode unilatéral de rupture du contrat de travail, il est à remarquer que c'est sous le prisme de la liberté que le cadre juridique est organisé. Le cocontractant semble toujours à même de mettre un terme à sa relation de travail, et, contrairement au système français, l'existence d'une cause de rupture ne lui sert *a priori* qu'à déterminer les conditions matérielles de celle-ci, eu égard notamment à la mise en place d'un délai de congé. Pourtant, l'étude plus approfondie du droit de la rupture du contrat de travail en Suisse permet d'établir que les motivations des parties à l'initiative ne sont pas totalement occultées, en témoigne le régime juridique prêté à la rupture immédiate. Du reste, même lorsqu'il est question de résiliation ordinaire, la prohibition générale de l'abus de droit, appliquée spécialement à la rupture du contrat de travail, laisse entrevoir une brèche dans laquelle le juge peut s'engouffrer pour restreindre la liberté de rompre d'une partie défaillante.

Section 2 – Une liberté relativisée

67. Liberté de rompre le contrat de travail : principe. Comme démontré ci-avant, le régime juridique de la rupture du contrat de travail en Suisse est construit sur la base d'une liberté appartenant individuellement à chacune des parties : celle de mettre un terme à la relation de travail qui l'unit à l'autre. Cette liberté paraît naturelle dans un système libéral, qui promeut les préceptes de la liberté contractuelle dans toutes les branches du droit privé. C'est ainsi que les principes fondamentaux du droit des contrats privés, parmi lesquels la prohibition générale des engagements perpétuels fait figure de proue, font du contrat de travail un contrat comme les autres, que chacun des cocontractants peut résilier, plus ou moins sous conditions.

68. Liberté de rompre le contrat de travail : relativité. Toutefois, en vertu des mêmes principes fondamentaux du droit privé, la liberté de rompre le contrat ne saurait être absolue et ne connaître aucune limite. A défaut, l'engagement contractuel n'aurait

d'ailleurs que peu de valeur. Le droit de la rupture du contrat de travail n'est pas exempt de cet impératif, et la liberté de rompre le contrat de travail est bien relativisée par certaines constructions légales, qui, sur la base notamment de l'abus de droit, viennent restreindre les possibilités des parties. De la même manière, les enjeux économiques et sociaux qui entourent la relation de travail salarié donnent à la matière des spécificités que le droit ne peut occulter, c'est ainsi que des règles visant à conférer une meilleure durabilité au contrat ont pu être mises en place, là encore au détriment de la liberté de rompre.

69. Plan. Il est donc ici nécessaire de rappeler que, d'une part, le système juridique suisse promeut une prohibition générale de l'abus de droit, adapté aux spécificités du droit du travail, et que du motif de rupture peut dépendre l'application de certaines règles, comme c'est le cas en matière de résiliation immédiate. Le tout impose donc à celui qui rompt le contrat de réfléchir, *a minima*, à la raison de sa décision (I). D'autre part, certaines dispositions législatives ont fait naître des garanties supplémentaires, d'ordre formel, pour une meilleure stabilité du contrat de travail, comme l'exigence de donner le congé en temps opportuns. Il convient donc de se pencher sur la question des exigences formelles de la rupture du contrat de travail (II).

I. La question du motif de la rupture

70. Prohibition générale de l'abus de droit. Première limite de fond à la rupture, la prohibition générale de l'abus de droit assure la stabilité du contrat de travail en Suisse. Fondée sur l'article 2 du code civil, elle concerne tous les rapports suisses de droit privé :

« Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. »

71. Exigence de bonne foi – définition. Globalement, le droit civil suisse ne consacre pas de caractère absolu aux droits qu'il reconnaît à l'individu et limite l'exercice de ces droits, notamment par l'expression de devoirs généraux¹⁴⁴. Ces prohibitions sont d'origine légale et fixent de manière claire une borne morale aux droits civils : l'exigence de bonne foi. Cette dernière est définie *a contrario* par le code civil, et se reconnaît dans le comportement qui « *n'est pas incompatible avec l'attention que les circonstances permettent d'exiger* » de celui qui invoque son existence¹⁴⁵ :

Article 3 alinéa 2 du code civil :

« [...]

² Nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui. »

72. Exigence de bonne foi – Présomption. En vertu du même article 3 du code civil, la bonne foi est présumée, dès lors que le législateur en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit. C'est donc à celui qui invoque la mauvaise foi de son cocontractant de démontrer que le comportement de ce dernier est incompatible avec les exigences de bonne foi :

Article 3 alinéa 1 du code civil :

« *¹ La bonne foi est présumée, lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit. »*

¹⁴⁴ T. DE FELICE, *Institutions de la Suisse*, Paris, Didier Parution, 1995, p. 127 ; P. MONTAVON (dir.), *Abrogé de droit civil art. 1er à 640 CC/LPart/LPD/LN*, Genève/Zurich, Droit et Entreprises, 4ème, 2020, p. 23.

¹⁴⁵ P. MONTAVON (dir.), *Abrogé de droit civil art. 1er à 640 CC/LPart/LPD/LN*, op. cit. note 142, p. 23.

73. Prise en compte de l'abus dans la rupture du contrat de travail. La prise en compte de l'abus dans la rupture du contrat de travail en Suisse n'a pas été évidente. En témoigne certains travaux de recherche qui dénonçaient une quasi-absence de référence à l'article 2 du code civil dans les jugements relatifs à des ruptures du contrat de travail avant 1952¹⁴⁶. Cette disposition constituait pourtant un fondement théorique à la protection de la partie lésée par une dénonciation injuste ou immoderée du contrat de travail¹⁴⁷. Aujourd'hui, et depuis 1989¹⁴⁸, la notion d'abus a été concrétisée par le Code des obligations en son article 336, qui fixe une liste, non exhaustive¹⁴⁹, de huit différents cas de résiliation abusive :

«¹ *Le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie :*

- a. pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise ;*
- b. en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise ;*
- c. seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail ;*

¹⁴⁶ A. BILLETER, *La résiliation abusive du contrat de travail*, thèse, Université de Neuchâtel, 1952, p. 9 et s..

¹⁴⁷ C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 91, n° 1 ad art. 336 CO.

¹⁴⁸ Par une loi Fédérale du 18 mars 1988, le législateur consacrait de manière générale le principe de la résiliation abusive. Malgré les quelques réformes, la lettre de l'article 336 CO reste, dans ses fondements, la même ; J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 886.

¹⁴⁹ ATF 136 III 513, cons. 2.3, JdT 2011 II 215, SJ 2011 I 24 ; ATF 132 III 115, cons. 2.1, JdT 2006 I 152 (trad.) ; TF 4A_78/2018 du 10 octobre 2018, c. 3.1.1.

d. parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail ;

e. parce que l'autre partie accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombant sans qu'elle ait demandé de l'assumer.

² *Est également abusif le congé donné par l'employeur :*

a. en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale ;

b. pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation.

c. sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (art. 335f).

³ *Dans les cas prévus à l'al. 2, let. b, la protection du représentant des travailleurs dont le mandat a pris fin en raison d'un transfert des rapports de travail (art. 333) est maintenue jusqu'au moment où ce mandat aurait expiré si le transfert n'avait pas eu lieu. »*

74. Violation de la loi sur l'égalité¹⁵⁰ (article 336 al. 1 let. a et d). La loi sur l'égalité constitue la source initiale de l'interdiction du congé discriminatoire fondé sur le sexe, promu par ailleurs généralement par l'article 336, alinéa 1, lettre a, du code des obligations, et du congé représailles lié à une discrimination sexuelle, figurant là-encore généralement lettre d du même article. Ces deux congés abusifs sont à ce titre spécifiques¹⁵¹ puisque la loi sur l'égalité prévoit pour chacun un régime particulier.

¹⁵⁰ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (ab. Loi sur l'égalité ou LEg).

¹⁵¹ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 885.

La prohibition de la discrimination vise à éviter toute décision qui serait prise à l'encontre d'un travailleur en raison de son sexe, directement ou indirectement. En la matière, l'article 5 alinéa 2 de la Loi sur l'égalité prévoit en termes de sanction une indemnité spéciale :

«² Lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche ou la résiliation de rapports de travail régis par le code des obligations⁶, la personne lésée ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité par l'employeur. Celle-ci est fixée compte tenu de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire auquel la personne discriminée avait droit ou aurait vraisemblablement eu droit. »

Suivant l'article 10 de la Loi sur l'égalité, le congé représailles peut se définir comme la résiliation prise par l'employeur, à l'encontre du travailleur, qui «*fait suite à une réclamation adressée à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise, à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice* » (alinéa 1). La prohibition de ce congé vaut pour «*toute la durée des démarches effectuées au sein de l'entreprise, durant la procédure de conciliation et durant toute la durée du procès, de même que pendant le semestre qui suit la clôture des démarches ou de la procédure* » (alinéa 2). A l'inverse de tout autre congé abusif, celui-ci encourt l'annulation, sauf si le travailleur lésé préfère percevoir l'indemnité de l'article 336a du code des obligations.

75. Rupture pour fait de grève (article 336 al. 1 let. b). En vertu de l'article 336 alinéa 1 lettre b, l'employeur ne peut tirer de motif valable de résiliation du contrat dans l'exercice par le travailleur d'un droit constitutionnel. C'est le cas notamment du droit de grève, promu par l'article 18 de la Constitution fédérale. Dans un tel contentieux, il appartient au juge saisi par les parties d'établir la licéité de la grève, afin de déterminer si le travailleur peut bénéficier de la protection contre le congé abusif. Il doit donc s'assurer que le mouvement se rapporte bien aux conditions de travail, qu'il est conforme aux obligations de maintenir la paix du travail ou de recourir à une conciliation, qu'il est appuyé par une organisation de travailleur, et qu'il respecte un principe de

proportionnalité. Est-ce à dire que le juge de droit commun a le pouvoir d'autoriser ou non une grève ? La question prête à débat¹⁵². En tout cas, il semble admis qu'il puisse se prononcer *a posteriori* sur l'opportunité du mouvement dont se défend le travailleur licencié, afin de déceler, ou non, l'abus dans la décision de l'employeur.

76. Rupture afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques (article 336 al. 1 let. c). Il ne s'agit pas là de rendre abusif tout congé, puisqu'en soit, la mise à terme de la relation d'emploi empêche systématiquement la naissance de prétentions juridiques relevant du contrat de travail¹⁵³. Il s'agit en réalité de protéger le travailleur d'une « résiliation qui tend à le priver d'une prestation contractuelle particulière dont l'exécution est liée à un moment déterminé des rapports de travail »¹⁵⁴. Ainsi, l'employeur ne pourrait fonder une résiliation prise dans le seul but d'éviter le versement d'une prime ou d'un avantage. Pour être abusif, il faut néanmoins que le congé ait été donné seulement pour ce motif¹⁵⁵. Aussi, si la résiliation repose sur un motif non-abusif, et qu'elle a uniquement pour conséquence d'empêcher la naissance d'une prétention résultant du contrat de travail, le juge se refusera à sanctionner l'employeur.

77. Rupture en raison de l'accomplissement d'une obligation légale (article 336 al. 1 let. e). Le législateur a fixé comme abusif le congé qui serait donné par l'une des parties, au motif que l'autre « *accomplit un service obligatoire ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou parce qu'elle accomplit une obligation légale lui incombe sans qu'elle ait demandé de l'assumer* ». Est à ce titre abusive la résiliation donnée pour un motif tel que l'exercice d'une activité de tuteur, de curateur, de juré, de

¹⁵² L. LEHNER, « Conditions de licéité de la grève - portée et limites du principe de proportionnalité », *op. cit.* note 12 ; J.-P. DUNAND et al., *Etude sur la protection en cas de grève licite, établie à la demande et sur mandat du SECO et de l'OFJ*, *op. cit.* note 42, p. 58.

¹⁵³ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 83, p. 904

¹⁵⁴ B. HEINZER, R. WYLER, *Droit du travail*, *op. cit.* note 62, p. 795 ; TF 4C.388/2006 du 30 janvier 2007, cons. 3.1.

¹⁵⁵ TF 4A_78/2018 du 10 octobre 2018, cons. 3.1.1 ; et plus récemment : TF 4A_89/2021 du 30 avril 2021, cons. 3.1.

scrutateur, de pompier, de témoin dans une procédure judiciaire, ou en raison de l'exercice de certains mandats politiques obligatoires selon la législation cantonale¹⁵⁶. Sur le fondement de cette disposition, il est également abusif de résilier le contrat au motif d'un témoignage en justice.

78. Protection de la liberté syndicale (article 336 al. 2 let a). La liberté syndicale, garantie par l'article 28 de la Constitution fédérale, constitue une protection supplémentaire contre le congé au bénéfice du travailleur. Ce dernier est libre d'adhérer ou non à une organisation syndicale, et son choix ne peut en aucun fonder un motif de résiliation pour l'employeur¹⁵⁷. Il en va de même s'agissant de l'exercice, conforme au droit, d'une activité syndicale par un travailleur syndiqué¹⁵⁸. La conformité au droit s'entend ici comme la conformité aux dispositions du contrat, de la loi, de la convention collective ou du contrat-type¹⁵⁹.

79. Protection de la représentation salariale (article 336 al. 2 let. b). Suivant une logique analogue, le législateur protège les travailleurs en charge d'une représentation salariale. Est à ce titre abusif le « *congé donné pendant que l'employé, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission de l'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation* ». Le but est ici de garantir aux représentant élus une protection nécessaire à la poursuite de leur mission, sans qu'aucune pression ne puisse leur être imposée par l'employeur¹⁶⁰. Une nuance est ici de taille, ce n'est pas un motif qui est proscrit, mais un moment. En ce sens, même si l'employeur fonde la résiliation sur un motif réel autre que le mandat du travailleur, celle-ci sera tout de même abusive si elle est prononcée pendant la durée du

¹⁵⁶ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 909 ; B. HEINZER, R. WYLER, *Droit du travail*, op. cit. note 62, p. 799.

¹⁵⁷ TF 4A_485/2015 du 15 février 2016, cons. 3.1 ; TC/FR du 19 janvier 1998, cons. 4.

¹⁵⁸ TF 4A_485/2015 du 15 février 2016, cons. 3.1 ; TF 4A_169/2013 du 18 juin 2013, cons. 4.1.2.

¹⁵⁹ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 912 ; TF 4A_485/2015 du 15 février 2016, cons. 3.1 ; TF du 9 janvier 1995, cons. 5a/aa.

¹⁶⁰ TF 4D_14/2014 du 7 juillet 2014, cons. 4.1 ; TF 4C.459/1996 du 12 août 1997, cons. 2.

mandat¹⁶¹, sauf si l'employeur peut avancer un motif justifié. Le régime de la preuve est néanmoins inversé¹⁶², puisque c'est à ce dernier le cas échéant de démontrer l'existence d'un tel motif.

Le motif justifié est ici à distinguer du « juste motif » qui fonde une résiliation immédiate du contrat de travail. La notion est moins restrictive en ce qu'elle n'implique pas nécessairement qu'une résiliation immédiate soit prise¹⁶³. Le motif peut être inhérent ou non à la personne du travailleur, et n'est pas forcément fautif. Là-encore, le juge est maître de la reconnaissance du motif justifié.

80. Protection spécifique aux licenciements collectifs (article 336 al. 2 let. c). Au titre des articles 335d à 335g du code des obligations, l'employeur est tenu, lorsqu'il procède à un licenciement collectif, au respect d'une procédure. Il se doit notamment, dans un certain formalisme, de consulter les organes de représentation des travailleurs, ou à défaut les travailleurs directement :

Article 335f du code des obligations :

«¹ L'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif est tenu de consulter la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs.

² Il leur donne au moins la possibilité de formuler des propositions sur les moyens d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences.

¹⁶¹ TF 4C.459/1996 du 12 août 1997, cons. 2.

¹⁶² ATF 133 III 512, cons. 6.1, in JdT 2008 I 29 ; TF 4A_298/2015 du 13 avril 2016, cons. 3 ; TF 4C.459/1996 du 12 août 1997, cons. 2, in : JAR 1998, p. 199.

¹⁶³ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 915 ; B. HEINZER, R. WYLER, *Droit du travail*, op. cit. note 62, p. 801 ; TF 4A_387/2016 du 26 août 2016, cons. 5.5. ; CAPH/GE du 3 octobre 2007, cons. 3.4, in : JAR 2008, p. 409 ; TC/VD du 4 avril 1995, cons. 4b, in : JAR 1997, p. 172 ; CCC/NE du 28 janvier 1991, cons. 2b, in : RJD 1991, p. 46.

³ *Il est tenu de fournir à la représentation des travailleurs ou, à défaut, aux travailleurs tous les renseignements utiles à cet effet et de leur communiquer en tout cas par écrit :*

- a. les motifs du licenciement collectif ;*
- b. le nombre des travailleurs auxquels le congé doit être signifié ;*
- c. le nombre des travailleurs habituellement employés ;*
- d. la période pendant laquelle il est envisagé de donner les congés.*

⁴ *Il transmet à l'office cantonal du travail une copie de la communication prévue à l'al. 3. »*

Suivant l'article 336 alinéa 2 lettre b du code des obligations, le non-respect d'une seule de ces conditions suffit à rendre le congé donné au travailleur abusif¹⁶⁴.

81. Congé abusif et abus de droit. Le congé abusif de l'article 336 du code des obligations ne constitue pas seulement la consécration de la notion d'abus, puisqu'il se distingue de l'appréhension générale qui en est faite par l'article 2 alinéa 2 du code civil, notamment sur trois points¹⁶⁵ : d'abord, il ne semble pas nécessaire que l'abus soit manifeste pour être qualifié ; ensuite, l'institution d'une procédure spéciale prévue à l'article 336b conditionne la caractérisation du congé abusif ; enfin, la sanction du congé abusif reste indemnitaire, contrairement à l'abus de droit qui lui mène à l'annulation. Ces trois différences peuvent paraître minimes, elles sont pourtant fondamentales. Tout en laissant une plus grande marge de manœuvre aux praticiens pour reconnaître l'abus sur le fond, par la suppression du caractère manifeste, elles en limitent l'accès par la forme

¹⁶⁴ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 917 ; B. HEINZER, R. WYLER, *Droit du travail*, op. cit. note 62, p. 803 ; C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 91, p. 383 ; ATF 123 III 176, cons. 4, JdT 1998 I 14 (trad.) ; TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, cons. 4.1.

¹⁶⁵ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 886 ; C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 91, p. 376.

en ajoutant une condition d'opposition au congé par la partie lésée. Au surplus, la violation de la règle est sanctionnée de manière moins contraignante, ce qui marque là-encore la volonté du législateur d'entraver *a minima* la liberté des parties de se défaire de la relation contractuelle de travail.

82. Motif du congé et causalité entre motif et congé. Il convient de préciser ici que le congé ne peut être reconnu comme abusif que par le motif qui a conduit la partie à résilier le contrat de travail. Ainsi, il ne suffit pas que le motif existe réellement, il faut également qu'il soit la cause directe de la rupture du contrat de travail. Le Tribunal fédéral souligne ainsi que « les seuls éléments déterminants sont le motif du congé et la causalité entre ce motif et le congé lui-même : le congé ne peut et ne doit être considéré comme abusif que parce qu'il a été prononcé pour un motif qui n'est pas digne de protection »¹⁶⁶. La résiliation unilatérale ne peut donc pas être considérée comme abusive de sa seule existence. Constat qui renforce le principe selon lequel la résiliation unilatérale du contrat de travail est l'expression d'une liberté, et qui marque la différence élémentaire entre la résiliation abusive, et la résiliation donnée en temps inopportun.

83. Portée de la protection contre le congé abusif. Bien que le but de l'article 336 du code des obligations ait été de concrétiser la protection contre la perte d'emploi des travailleurs, il apparaît finalement que la réglementation spéciale du congé abusif soit plus restrictive pour la partie lésée¹⁶⁷. D'une part, si la liste n'est pas limitative, elle circonscrit la caractérisation de nouveaux abus à des cas de gravité similaire. A l'inverse, la réglementation générale de l'abus de droit est, elle, pleinement ouverte. D'autre part, alors que l'article 2 du code civil fixe le principe selon lequel tout acte reconnu comme

¹⁶⁶ Message concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, du 9 mai 1984, FF 1984 574-664, p. 622 ; J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 83, p. 888 ; O. SUBILIA, J.L. DUC, *Droit du travail, éléments de droit suisse*, *op. cit.* note 97, p. 550.

¹⁶⁷ C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 91, n° 1 ad art. 336 CO.

abusif doit être frappé de nullité, le congé abusif de l'article 336 du code des obligations, sauf en cas de congé-représailles lié à une discrimination sexuelle prévu par la loi sur l'égalité, ne risque pas l'annulation¹⁶⁸. La réintégration du travailleur est dès lors impossible. Ce dernier ne peut bénéficier que d'une indemnité en réparation du préjudice qu'il a subi et dont il peut justifier.

II. Les exigences formelles de la rupture

84. Relativité du caractère informel de la rupture. La rupture du contrat de travail est globalement informelle¹⁶⁹, mais certaines singularités peuvent être regardées comme autant d'éléments formels à respecter pour celui à l'initiative de la résiliation. Quoique rares, ces divers éléments formels propres à la rupture du contrat de travail peuvent être analysés comme d'autres limites à la liberté de rompre unilatéralement le contrat de travail de chacune des parties. Le droit suisse, au-delà de la question de l'abus qu'il pourrait commettre, n'autorise pas le cocontractant à résilier le contrat n'importe comment et quand bon lui semble.

85. Forme de la rupture : notification. La résiliation intervient dès lors qu'elle parvient dans la « sphère d'influence » du destinataire¹⁷⁰, de sorte que l'on peut légitimement considérer que ce dernier en ait pris connaissance. Si c'est à la personne qui est à l'initiative de la résiliation de prouver ce fait, elle est donc en mesure de signifier sa volonté par tout moyen, par écrit ou oralement.

¹⁶⁸ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 888.

¹⁶⁹ J.-P. DUNAND, K. LEMPEN, E. PERDAEMS, *Droit du travail*, op. cit. note 8, p. 273.

¹⁷⁰ *Ibid.* p. 274.

86. Bonne conduite dans la résiliation ordinaire du contrat de travail. Outre la quasi-absence de formalisme imposée lors d'une résiliation ordinaire du contrat de travail à durée indéterminée, une certaine conduite est attendue de la personne à l'initiative de la rupture. Aussi, le juge est libre de caractériser un abus dans la manière dont celui-ci exerce son droit, pour peu qu'il trouve dans son comportement une gravité similaire à celle des cas d'abus fixés par la loi¹⁷¹. Le comportement de la partie à l'initiative de la rupture peut donc, en lui-même, être constitutif d'un abus au sens de l'article 336 du code des obligations. Le Tribunal fédéral a ainsi pu admettre qu'en vertu des règles relatives à la protection de la personnalité (article 328 du code des obligations), des égards particuliers devaient être réservés aux personnes âgées avant de procéder à leur licenciement¹⁷².

87. Motivation du congé. Par ailleurs, il a été précisé précédemment que l'obligation de l'article 335 alinéa 2 du code des obligations, présente également en matière de résiliation immédiate pour juste motif à l'article 337 alinéa, qui impose à la partie qui donne le congé de motiver sa décision par écrit si l'autre lui demande, n'était pas contraignante puisque dénuée de sanction.

Pour cause, le but de cette obligation n'est en aucun cas de créer une cause de rupture à titre de validité, mais seulement d'éviter tout procès inutile¹⁷³, en permettant à la partie qui doute de la légalité de la résiliation qu'elle subit, de déterminer si l'abus pourrait être caractérisé, ou si le juste motif de rupture immédiate est avéré¹⁷⁴.

¹⁷¹ C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 91, n°s 13 et 16 ad art. 33 CO ; ATF 132 III 115 cons. 2.2 ; ATF 131 III 535, cons. 4.2.

¹⁷² TF, 4A_384/2014, 12 novembre 2014, N 67, 411 ; J.-P. DUNAND, K. LEMPEN, E. PERDAEMS, *Droit du travail*, *op. cit.* note 8, p. 274 ; ATF 132 III 115 = JdT 2006 I 152, cons. 2.2 ; S. BRUN POGGI, « L'employeur privé doit-il entendre son employé avant de le licencier ? », *op. cit.* note 62, p. 443-461 ; A. WITZIG, *Le droit des personnes âgées - Aspects de droit civil suisse et international*, Stämpfli Verlag AG, DPA - Le droit des personnes âgées, sans date, p. 205.

¹⁷³ ATF 121 III 60, cons. 3b.

¹⁷⁴ J.-P. DUNAND, « La fin des rapports de travail », *op. cit.* note 80.

L'étude casuistique de l'obligation de motivation laisse toutefois apparaître que le Tribunal fédéral reçoit négativement ce refus de motiver, et considère que cela peut conduire à des sanctions indirectes, notamment sur les dépens de l'instance¹⁷⁵, ou dans le cadre de l'appréciation des preuves ou du calcul de l'indemnisation¹⁷⁶. Aussi, l'attitude négative du réfractaire ne sera pas oublié par le juge lorsqu'il s'agira de se prononcer sur le caractère abusif du congé.

88. Moment de la rupture : évolutions des périodes de protection. Par ailleurs, la prise en compte d'une période de protection, pendant laquelle le contrat de travail ne doit pas être rompu unilatéralement, a été promue de manière générale à partir de 1972 dans le Code des obligations. Elle a fait depuis l'objet de réformes qui ont élargi son champ d'application¹⁷⁷. Elle est d'abord passée de disposition impérative à disposition relativement impérative. Ce qui a pour effet de la rendre dérogeable en faveur du salarié par la création de période de protection non prévues par le texte, l'élargissement des périodes ou encore l'application de la protection même au temps d'essai¹⁷⁸. Elle a vu ensuite ses périodes de protection s'allonger.

89. Moment de la rupture : protections contre le congé donné en temps inopportun. A présent, les protections contre les congés donnés en temps inopportun sont prévues par le Code des obligations aux articles 336c et 336d :

¹⁷⁵ TF, 1^{er} mars 2007, 4C.282/2006, consid. 4.3.

¹⁷⁶ A. WITZIG, *Droit du travail*, *op. cit.* note 9, p. 265 ; ATF 121 III 60, cons. 3b et 3c. ; Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations du 9 mai 1984, p. 596 : BBI 1984 II 596.

¹⁷⁷ Il existait avant 1972 des dispositions spécifiques qui garantissaient déjà un maintien du contrat de travail pendant certaines périodes. C'est le cas de la protection du travailleur accomplissant son service militaire, introduite par un arrêté extraordinaire du Conseil fédéral du 13 septembre 1940 ; J. DE GAUTARD, *La résiliation du contrat de travail en temps inopportun*, thèse, Université de Lausanne, 1982, p. 47 ; D. WEBER, *La protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun*, thèse, Université de Lausanne, 1992, p. 15 et s..

¹⁷⁸ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 83, p. 965.

Article 336c :

« ¹ *Après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat :*

- a. pendant que le travailleur accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou encore pendant les quatre semaines qui précédent et qui suivent ce service pour autant qu'il ait duré plus de onze jours ;*
- b. pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième an-née de service ;*
- c. pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement ;*
- d. pendant que le travailleur participe, avec l'accord de l'employeur, à un service d'aide à l'étranger ordonné par l'autorité fédérale.*

² *Le congé donné pendant une des périodes prévues à l'alinéa précédent est nul ; si le congé a été donné avant l'une de ces périodes et si le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période.*

³ *Lorsque les rapports de travail doivent cesser à un terme, tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'au prochain terme. »*

Article 336d :

« ¹ *Après le temps d'essai, le travailleur ne peut pas résilier le contrat si un supérieur dont il est en mesure d'assumer les fonctions ou l'employeur lui-même*

se trouve empêché pour les motifs indiqués à l'art. 336c, al. 1, let. a, et s'il incombe audit travailleur d'assurer le remplacement.

² *L'art. 336c, al. 2 et 3, est applicable par analogie. »*

Pour résumer, le but de ces dispositions est surtout d'assurer au travailleur une sécurité de l'emploi, sur des périodes durant lesquelles il lui serait foncièrement préjudiciable de perdre son travail¹⁷⁹. La parité partielle (336d du code des obligations) de la protection est surtout symbolique, puisqu'elle n'est vraisemblablement pas appliquée dans la pratique¹⁸⁰.

90. Double protection. La protection est double. Premièrement, le congé donné en temps inopportun doit être déclaré nul¹⁸¹. Deuxièmement, la période de protection est applicable même pendant le délai de congé de la rupture ordinaire et a pour effet de le prolonger d'une durée équivalente à la durée suspendue¹⁸².

¹⁷⁹ C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 91, n° 1 ad art. 336c CO.

¹⁸⁰ *Ibid.* n° 1 ad art. 336d CO.

¹⁸¹ Sur les conséquences de la sanction de nullité, voir ci-après Parie 2 – Titre 2 – Chapitre 1 – Section 1.

¹⁸² C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 91, n° 1 ad art. 336c CO.

91. Consensualisme de la rupture. Encore sous le joug du libéralisme économique et de la liberté contractuelle, le droit de la rupture du contrat de travail en Suisse est marqué par un consensualisme accru. Sur ce fondement, les parties ont en effet la maîtrise quasi-totale de leur relation, à tous les stades de vie du contrat, de sa formation à sa fin, indépendamment des sources extérieures du droit¹⁸³. En ce sens, en matière de rupture du contrat de travail, le principe veut que les parties soient individuellement libre de se défaire, unilatéralement, de la relation de travail¹⁸⁴.

92. Limites du consensualisme. Ce consensualisme trouve évidemment des limites, notamment s'agissant des normes législatives qui intéressent l'ordre public, et pour lesquelles les possibilités de dérogation sont restreintes, voire inenvisageables. Il est ici question des normes « absolument impératives », intransgressibles, et des normes « relativement impératives », intransgressibles au détriment du travailleur seulement¹⁸⁵. De manière générale, le déséquilibre inhérent à la relation de travail salariée oblige à tempérer la prévalence du consensualisme.

93. Egalité et extrajudiciarité de la rupture. Malgré tout, le consensualisme du contrat de travail reste le principe de référence, et donne source lorsqu'il est question de rupture, outre la liberté de rompre, à deux caractères prédominants dans la matière : l'égalité, et l'extrajudiciarité. Le premier s'illustre par une réciprocité des droits de chacune des parties dans les différents modes de résiliation, et le second suppose que la rupture du contrat de travail ne peut être que la conséquence d'un acte juridique, ou d'un fait juridique.

¹⁸³ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 83, p. 765 ;

¹⁸⁴ ATF 136 III 513, cons. 2.3 ; TF, 4A_117/2007 du 13 septembre 2007, cons. 4.2.1 ; ATF 127 III 86, cons. 2a in JdT 2001 I 160 et SJ 2001 I 320.

¹⁸⁵ A. WITZIG, *Droit du travail*, *op. cit.* note 9, p. 110.

94. Plan. Ainsi la rupture du contrat de travail n'appartient qu'aux parties au contrat, et ce le plus équitablement possible. Dans l'étude des principes cardinaux qui guident la rupture du contrat de travail en Suisse, il convient d'exposer d'abord la symétrie entre les droits de l'employeur et du travailleur, par l'analyse du principe de réciprocité des droits (I). Il est nécessaire ensuite de souligner le caractère extrajudiciaire de la rupture du contrat de travail, qui ne reconnaît, à personne d'autre qu'aux parties, le pouvoir de mettre un terme au contrat (II).

Section 1 – La réciprocité des droits

95. Egalitarisme du droit du travail suisse. Le droit suisse est historiquement marqué par une forte volonté égalitariste dans la reconnaissance de droits au profit des parties au contrat de travail. Sur les questions relatives à la rupture du contrat de travail, est donc promu un principe de parité pour garantir l'équité entre les différents intérêts, quelle que soit la situation conjoncturelle¹⁸⁶. Preuve de la force de ce principe, il n'est pas exclu qu'il puisse prendre le pas sur la liberté contractuelle¹⁸⁷. Aussi, chaque disposition qui ne revêt pas ce caractère paritaire doit être analysée comme une exception, justifiée par des motifs impérieux¹⁸⁸.

¹⁸⁶ C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 91, n° 1 ad art. 335 CO.

¹⁸⁷ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 83, p. 784 ; Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations du 9 mai 1984 (ci-après Message 1984), p. 620.

¹⁸⁸ Message 1984, *op. cit.*, p. 611 : BBI 1984 II 574.

96. Réciprocité du droit de rupture. L'article 335 du code des obligations, préliminaire à la législation portant sur la fin des rapports de travail, rappelle ainsi que le contrat à durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties¹⁸⁹. En vertu de l'article 335a, les délais de congés sont identiques quelle que soit la partie à l'initiative de la résiliation, et d'après l'article 335b, cette réciprocité se vérifie également pendant le temps d'essai :

Article 335 du code des obligations :

«¹ Le contrat de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties.

[...]»

Article 335a du code des obligations :

«¹ Les délais de congé doivent être identiques pour les deux parties ; si un accord prévoit des délais différents, le délai le plus long est applicable aux deux parties.

«² Lorsque l'employeur a manifesté son intention de résilier le contrat de travail ou qu'il l'a résilié pour des motifs d'ordre économique, des délais de congé plus courts peuvent toutefois être prévus en faveur du travailleur, par accord, contrat-type de travail ou convention collective. »

Article 335b du code des obligations :

«¹ Pendant le temps d'essai, chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours ; est considéré comme temps d'essai le premier mois de travail.

[...]»

¹⁸⁹ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 765.

Il convient de remarquer ici que l’alinéa 2 de l’article 335a du code des obligations marque une exception au principe de parité des délais de résiliation¹⁹⁰. Cette disposition permet en effet au travailleur qui fait l’objet d’un licenciement de se libérer plus rapidement de ses obligations, par exemple pour s’engager auprès d’un nouvel employeur.

97. Réciprocité des cas de rupture abusive. De même qu’en ce qui concerne la liberté de rompre le contrat, le paritarisme du droit de la rupture du contrat de travail est également notable s’agissant de la rupture abusive¹⁹¹. La réciprocité des cas légaux de rupture abusive n’est toutefois ici que relative puisqu’elle n’est systématique que pour les congés abusifs de l’article 336 al. 1 du code des obligations. Le caractère paritaire de ces derniers a en revanche pour effet de les rendre absolument impératifs, en application de l’article 361 du code des obligations, ce qui n’est pas sans conséquences. En effet, il est de ce fait communément admis que la liste des cas de rupture abusive paritaire ne saurait être complétée par des dispositions conventionnelles additionnelles qui auraient pour objet, ou pour effet, d’ajouter des cas de rupture abusive par le travailleur, ou d’en enlever¹⁹².

L’article 336 alinéa 2 du code des obligations prévoit pour sa part une liste de cas de congé abusif non-paritaires. La résiliation n’est ici réprimée par le code des obligations que lorsqu’elle est à l’initiative de l’employeur. Figurant dans les causes abusives de rupture énumérées à l’article 362 du code des obligations, celles-ci sont considérées, à l’inverse des ruptures abusives paritaires, comme relativement impératives. Il ne peut donc pas y être dérogé au détriment du travailleur. Est-ce à dire que des cas de licenciement abusif pourrait être ajouter par la voie contractuelle ou conventionnelle ? La

¹⁹⁰ *Ibid.* p. 786

¹⁹¹ O. SUBILIA, J.L. DUC, *Droit du travail, éléments de droit suisse*, *op. cit.* note 97, p. 550 ; J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 83, p. 895 ; Message 1984, p. 611.

¹⁹² J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 83, p. 886 ; B. HEINZER, R. WYLER, *Droit du travail*, *op. cit.* note 62, p. 785 ;

question reste ouverte et le Tribunal fédéral ne l'a jamais franchement tranché¹⁹³ mais ce raisonnement a ses défenseurs¹⁹⁴.

98. Non-paritarisme du congé donné en temps inopportun. La réciprocité trouve d'autre part une limite en ce qui concerne les congés considérés comme donnés en temps inopportun. Les ruptures prohibées, sous peine de nullité, sont dans ces cas différentes suivant si elles sont à l'initiative de l'employeur (article 336c du code des obligations) ou du travailleur (article 336d du code des obligations).

Ainsi, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail pendant que le salarié, astreint par la législation fédérale, effectue un service obligatoire – militaire ou dans la protection civile – ou un service civil, ou encore un service d'aide à l'étranger. Il ne peut pas non plus résilier le contrat d'une travailleuse pendant sa grossesse et seize semaines après l'accouchement. Le salarié en incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident non-imputable à la faute du travailleur dispose de la même protection.

Par ailleurs, le travailleur ne peut pas résilier le contrat de travail, s'il doit assumer les fonctions de son supérieur – ou de son employeur lui-même – étant empêché par un service obligatoire.

99. Caractère impératif du congé donné en temps inopportun. A l'instar des ruptures abusives non-paritaires, la protection contre les ruptures données en temps inopportun est semi-impérative. En ce sens, elle peut être étendue en faveur du travailleur, mais en aucun cas modifiée en sa défaveur¹⁹⁵.

¹⁹³ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 886 ; C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 91, n° 7 ad art. 336a CO ; TF 4A_316/2012 du 1^{er} novembre 2012, cons. 2.2 ; TF 4A_248/2010 du 12 juillet 2010, cons. 5 ; TF, 3 juillet 2012, 4A_92/2012, c. 6.5.

¹⁹⁴ B. HEINZER, R. WYLER, *Droit du travail*, op. cit. note 62, p. 785.

¹⁹⁵ A. WITZIG, *Droit du travail*, op. cit. note 9, p. 256 ; J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 965.

100. Parité, égalité et sécurité. C'est au nom de l'égalité des parties au contrat que la réciprocité des droits dans la rupture du contrat de travail est promue¹⁹⁶. Ce principe peut paraître original : le droit du travail suisse reconnaît tout de même l'opposition entre une partie faible et une partie forte au contrat¹⁹⁷, et fonde la création de sa législation sur la volonté de protéger les travailleurs, mis en danger par les besoins de rentabilité des entreprises¹⁹⁸. Ce paradoxe entre égalité des parties, et protection du salarié, illustre pourtant certainement l'équilibre trouvé par la Suisse entre libertés économiques, et sécurité de l'emploi.

Section 2 – L'extrajudicarité de la rupture du contrat de travail

101. Extrajudicarité de la rupture. Bien que le système juridique suisse, dans son ensemble, soit marqué par une présence non négligeable du juge, le droit de la rupture du contrat de travail demeure vraisemblablement et primitivement extrajudiciaire, en ce sens qu'il appartient, avant tout, aux parties au contrat. Il y a là une symétrie quasi parfaite avec le régime juridique prêté à la création du rapport contractuel de travail, qui repose essentiellement sur l'autonomie de la volonté, chère au droit privé suisse¹⁹⁹ : si les parties, seules, ont le pouvoir de s'engager librement et réciproquement par un contrat de travail, elles doivent disposer du même pouvoir pour, seules, s'en défaire, librement et réciproquement.

¹⁹⁶ A. WITZIG, *Droit du travail*, *op. cit.* note 9, p. 219.

¹⁹⁷ J.-P. DUNAND, K. LEMPEN, E. PERDAEMS, *Droit du travail*, *op. cit.* note 8, p. 4.

¹⁹⁸ G.-H. CAMERLYNCK, *Contrat de travail*, *op. cit.* note 22, p. 12.

¹⁹⁹ G. VIONNET, *L'exercice des droits formateurs*, *op. cit.* note 95, p. 23.

102. Rupture fait juridique – rupture acte juridique. La rupture du contrat de travail étant extrajudiciaire, elle ne peut finalement être la conséquence que d'un fait juridique, ou d'un acte juridique²⁰⁰. Du reste, quand elle résulte d'un acte juridique, celui-ci est soit bilatéral, dans le cas des ruptures d'un commun accord, soit unilatéral, dans le cas des résiliations.

103. Extrajudiciarité du contentieux. Par ailleurs, lorsque le contentieux surgit, le caractère extrajudiciaire de la rupture semble perdurer, et le recours à un juge ne constitue vraisemblablement pas la réponse systématique de la partie qui s'estime lésée. Le droit suisse admet tout à fait que les parties, déjà maîtres de leur relations contractuelles, restent maîtres de leurs litiges. Ainsi, que ce soit par la résiliation conventionnelle, ou la transaction, travailleurs et employeurs peuvent éviter purement et simplement le recours à la justice.

104. Plan. Ce caractère extrajudiciaire emporte deux conséquences sur le régime juridique de la rupture du contrat de travail. D'abord, les prérogatives du juge ne s'étendent pas au-delà du contrôle du respect des normes légales impératives, et donc du temps de la rupture et de l'absence d'abus. En substance, cela implique que la rupture du contrat de travail en elle-même est indépendante du juge (I). D'autre part, induite par la volonté omniprésente de paix sociale, l'extrajudiciarité transcende la vie professionnelle helvétique, et invite travailleurs et employeurs à éviter le contentieux (II).

²⁰⁰ A. WITZIG, *Droit du travail, op. cit.* note 9, p. 219.

I. Une rupture indépendante du juge

105. Présence du juge. Comme il le sera démontré par la suite²⁰¹, le juge suisse dispose de très larges pouvoirs dans l’appréciation du litige relatif à la rupture du contrat de travail. Cependant, son examen doit se limiter aux préjudices qui ressortent du litige, et en aucun cas il ne saurait être habilité à rompre, ou à empêcher de rompre, le contrat de travail. En réalité, l’étude des prérogatives du juge dans la rupture du contrat de travail en Suisse mène à constater une absence totale du juge *a priori*²⁰², celui-ci n’intervenant dans les litiges entre cocontractant qu’*a posteriori*.

106. Causes plurielles de fin du contrat de travail. La fin du contrat de travail en Suisse est présentée comme étant due soit à un fait juridique, soit à un acte juridique²⁰³. Dans la continuité du consensualisme qui imprègne le droit du travail helvétique, et du caractère éminemment *intuitu personae* du contrat de travail (à l’égard de la personne du travailleur), elle semble ainsi directement attachée à la personne même du cocontractant, travailleur ou employeur, indépendamment ou non de sa volonté. Sur ce point, la distinction entre fait juridique et acte juridique paraît cependant discutable et ne saurait constituer autre chose qu’une division didactique. Pour cause, si la mort du travailleur peut être classée à juste titre dans les faits juridique entraînant, par eux-mêmes, la fin du contrat de travail, il ne peut en être de même pour l’atteinte par le travailleur de l’âge de la retraite, dans la mesure où un acte de rupture reste exigé par la jurisprudence²⁰⁴, ou de la dissolution de l’employeur personne morale, puisque sauf disposition contractuelle

²⁰¹ Voir ci-après Partie 2 – Titre 1 – Chapitre 1.

²⁰² Y. KÜBRA DOGAN, « Dans l’hypothèse où aucune des parties ne résilie le contrat », *Modif. Contrat Trav.*, Schulthess Juristische Medien AG, DTP - Le droit du travail en pratique, 2005, p. 396.

²⁰³ A. WITZIG, *Droit du travail*, *op. cit.* note 9, p. 219.

²⁰⁴ J.-P. DUNAND, « La fin des rapports de travail », *op. cit.* note 80 ; TF, 8 octobre 2009, 4A_311/2009, cons. 3.3.

contraire²⁰⁵, ce n'est pas une cause automatique de fin de contrat²⁰⁶. Il conviendrait alors ici d'évoquer une rupture du contrat de travail issue d'un fait juridique, mais dans cette troisième catégorie, toutes les résiliations unilatérales pourraient trouver leur place. On pourra en effet toujours trouver un fait qui constitue l'origine de l'acte de rompre.

107. Rupture fait juridique : mort du travailleur. Véritable fait juridique responsable en lui-même de la rupture du contrat de travail, la mort du travailleur constitue la fin naturelle de la relation de travail, par la disparition de l'*intuitu personae*. Pour autant, le législateur attache des effets postérieurs au décès, puisque l'employeur n'est pas instantanément libéré de son obligation de payer le salaire. Il n'importe pas que le contrat eût été à durée déterminée ou indéterminée²⁰⁷, ni également qu'il eût dû être mis à terme avant que ne s'écoule le ou les mois pendant lesquels le salaire reste dû²⁰⁸. Cette obligation constitue ainsi un droit propre des survivants à l'encontre de l'employeur :

Article 338 alinéa 1 du code des obligations :

« ¹ *Le contrat prend fin au décès du travailleur.*

² *Toutefois, l'employeur doit payer le salaire, à partir du jour du décès, pour un mois encore et, si les rapports de travail ont duré plus de cinq ans, pour deux mois encore, si le travailleur laisse un conjoint, un partenaire enregistré ou des enfants mineurs ou, à défaut, d'autres personnes en faveur desquelles il remplissait une obligation d'entretien. »*

²⁰⁵ TF, 5 octobre 2006, 4C.239/2006, consid. 2.1 ; C. Bruchez, P. Mangold, J.C. Schwaab, *Commentaire du contrat de travail, op. cit.* note 91.

²⁰⁶ J.-P. DUNAND, « La fin des rapports de travail », *op. cit.* note 80.

²⁰⁷ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail, op. cit.* note 83, p. 1083.

²⁰⁸ *Ibid.*

108. Rupture fait juridique : mort de l'employeur personne physique. La mort de l'employeur peut également constituer un fait juridique cause de fin de contrat de travail, dans les limites de ce que prévoit le régime juridique propre au transfert d'entreprise, destiné à protéger les travailleurs contre la perte de leur emploi en cas, justement, de changement d'employeur. De manière générale, le décès de l'employeur n'entraîne donc pas directement la rupture du contrat de travail, sauf dans l'hypothèse où celui-ci est incarné par une personne physique, mais alors seulement si le contrat a été conclu *intuitu personae*.

Article 338a alinéa 2 du code des obligations :

«¹ A la mort de l'employeur, le contrat passe aux héritiers ; les dispositions relatives au transfert des rapports de travail en cas de transfert de l'entreprise sont applicables par analogie.

«² Le contrat conclu essentiellement en considération de la personne de l'employeur prend fin à son décès ; toutefois, le travailleur peut réclamer une indemnité équitable pour le dommage causé par l'extinction prématurée du contrat. »

109. Rupture fait juridique : la fin ordinaire du contrat à durée déterminée. A ceux-ci peut s'ajouter la fin ordinaire du contrat à durée déterminée, qui intervient par l'expiration de la durée contractuellement prévue, sans que soit nécessaire la déclaration de volonté de rupture d'une des deux parties.

110. Rupture acte juridique. L'acte juridique à l'origine de la rupture constitue, à l'inverse des faits juridiques, l'expression de l'autonomie de la volonté du cocontractant. Il doit en tant que tel réunir les éléments constitutifs de toute déclaration de volonté sujette

à réception pour être valable : capacité et consentement du déclarant, réception de la déclaration par le destinataire²⁰⁹.

111. Exclusion de la résiliation judiciaire. Est donc exclue, à l'inverse de ce qu'admet le système juridique français²¹⁰, la possibilité de demander au juge de prononcer une rupture de contrat de travail. La seule faculté dont celui-ci dispose est celle de constater la résiliation initiée par l'une ou l'autre des parties, et contrôler le bon respect des impératifs légaux relatifs au temps de la rupture et à l'absence d'abus²¹¹. En matière de rupture du contrat de travail, le juge suisse n'est donc présent qu'*a posteriori*.

112. Inutilité de la résiliation judiciaire. Cette dernière spécificité ne constitue toutefois pas une entrave aux droits des cocontractants. Dans l'hypothèse où l'inexécution contractuelle d'une des parties conduit l'autre à rompre le contrat, cette dernière peut faire valoir devant l'appareil judiciaire la réparation de son préjudice. C'est le cas notamment en cas de résiliation immédiate, lorsque la rupture est due à une violation du contrat : « *si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail* » (Art. 337b alinéa 1 du code des obligations).

Dans les autres cas de résiliation immédiate, le juge est encore compétent pour établir une réparation indemnitaire du préjudice subi par la partie à l'initiative de la rupture : « *dans les autres cas, le juge apprécie librement les conséquences pécuniaires de la résiliation immédiate en tenant compte de toutes les circonstances* » (Art. 337b alinéa 2 du code des obligations).

²⁰⁹ G. VIONNET, *L'exercice des droits formateurs*, op. cit. note 95 ; sur le formalisme de la résiliation : voir ci-avant, Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 1 – Section 2.

²¹⁰ Voir ci-après Partie 1 – Titre 2.

²¹¹ Voir ci-avant Partie 1 – Chapitre 1 – Section 2.

113. Possibilité de prise d'acte de rupture. Dans la même logique que la prise d'acte de rupture française, « aux torts exclusifs de l'employeur »²¹², la combinaison de ces articles fonde donc tout de même le tribunal à ordonner la réparation de l'ensemble des préjudices financiers qui sont dans un rapport de causalité adéquate avec la fin anticipée du contrat de travail²¹³. Si la rupture est à l'initiative du salarié, le Tribunal Fédéral considère que ce montant correspond à ce que celui-ci pourrait prétendre au titre de l'article 337c alinéas 1 et 2 du Code des obligations. Soit, comme en France, ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée²¹⁴.

II. L'évitement du contentieux

114. Paix sociale. Il est d'abord important de remarquer l'un des caractères les plus prédominants de l'organisation juridique et économique du travail en Suisse : la volonté de préserver, en toute circonstance, la paix sociale²¹⁵. La recherche de consensus est présente au niveau des hautes instances étatiques, comme au niveau des entreprises du secteur privé. Elle est mentionnée dans pratiquement toutes les conventions collectives de travail suisses édictée après la première Guerre Mondiale²¹⁶. En matière de convention collective de travail, le Code des obligations astreint d'ailleurs « *chaque partie [à maintenir] la paix du travail et, en particulier, [à s'abstenir] de tout moyen de combat*

²¹² Sur le sujet : voir ci-après Partie 1 – Titre 2.

²¹³ G. WERNER, « Commentaire de l'ATF 137 III 303, Ire Cour de droit civil, arrêt du 28 avril 2011 », *Rev. Droit Trav. Assur. Chôm.*, 2012, p. 25.

²¹⁴ ATF 133 III 657 cons. 3.2. p. 659.

²¹⁵ G. AUBERT, « L'entreprise et de droit du travail », *op. cit.* note 5, p. 147 ; L. SCHÜTZ, D. TALERMAN, *Décrocher un emploi en Suisse construire son projet professionnel, réaliser son CV et réussir ses entretiens d'embauche*, *op. cit.* note 5.

²¹⁶ C. BETTEX, « Conciliation, médiation et arbitrage dans les CCT », *op. cit.* note 6.

quant aux matières réglées dans la convention »²¹⁷. Cette particularité a un effet modérateur sur les partenaires sociaux signataires de ce type de convention, si bien que le conflit est généralement évité.

115. Alternatives à la résolution judiciaire du litige. Le procès civil n'est pas en Suisse le seul moyen de parvenir à la résolution d'un litige. Comme dans beaucoup de sociétés libérales, des alternatives sont promues afin d'éviter le recours à un juge étatique, qui peut être taxé de manque de souplesse ou d'efficacité²¹⁸. C'est le cas de l'arbitrage, qui consiste à confier à un spécialiste le soin de trancher les différends, ou de la médiation, laquelle permet à un tiers neutre, indépendant et impartial de tout mettre en œuvre pour rétablir le dialogue entre les parties, afin qu'elles parviennent d'elles-mêmes à un terrain d'entente.

116. Résiliation conventionnelle du contrat de travail. Par ailleurs, conflit au travail ne signifie pas systématiquement résiliation unilatérale, et contentieux judiciaire. En matière de rupture du contrat de travail, que celui-ci soit à durée déterminée ou indéterminée, il est possible pour les parties d'opter pour une résiliation conventionnelle de ce dernier, et de faire valoir leurs intérêts par la voie contractuelle. Il importe toutefois qu'elle n'ait pas pour but, ou pour objet, de contourner des dispositions légales impératives²¹⁹. En matière de contrat à durée indéterminée, l'accord de résiliation permet par exemple d'exclure l'application des délais de congé²²⁰. En matière de contrat à durée déterminée, il permet de rompre avant le terme prévu²²¹.

²¹⁷ *Ibid.* ; Article 357a du Code des obligations.

²¹⁸ F. BOHNET, *Procédure civile*, Helbing Lichtenhahn, Les abrégés, 2ème, 2014, p. 181.

²¹⁹ J.-P. DUNAND, « La fin des rapports de travail », *op. cit.* note 80; ATF 118 II 58, cons. 2a ; ATF 119 II 449, cons. 2a.

²²⁰ C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 91, n° 24 ad art. 335 CO.

²²¹ *Ibid.*

117. Conséquences de la résiliation conventionnelle du contrat de travail. En tout état de cause, le travailleur renonce, par son consentement à une telle convention, aux protections contre le congé abusif de l'article 336 du code des obligations. Raison pour laquelle le recours à la résiliation par accord mutuel est strictement encadré, notamment par rapport aux dispositions de l'article 341 du même code, qui interdit au travailleur de « *renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective* ».

118. Motivation de la résiliation conventionnelle du contrat de travail. Il est à noter ici que le Tribunal fédéral a de surcroît construit une riche jurisprudence sur la question, notamment en exigeant la preuve de l'existence d'un motif valable, justifiant la résiliation conventionnelle, et démontrant que le travailleur a un intérêt personnel raisonnable à consentir à la rupture dénuée de protection²²².

119. Transaction. Il est en outre possible, pour les parties au contrat de travail, de procéder à une transaction afin d'éviter le recours au contentieux judiciaires en présence de prétentions. Ce mode alternatif de règlement d'un différend n'empêche donc pas la naissance de nouvelles prétentions, à la différence fondamentale de la convention de résiliation²²³. Il implique seulement la renonciation à des prétentions existantes. Ainsi, si la convention n'écarte pas l'application de l'article 336 du code des obligations, elle doit être analysée comme une transaction, et pas comme une convention de résiliation²²⁴.

*

²²² *Ibid.* n° 27 ad art. 335 CO.

²²³ J.-P. DUNAND, « La fin des rapports de travail », *op. cit.* note 80.

²²⁴ TF 4A_13/2018 du 23 octobre 2018, c. 4.1.3 ; A. WITZIG, « Tentative de rationalisation de la transaction en droit du travail - Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_13/2018 », *NewsL. DroitDuTravailch*, décembre 2018.

Conclusion de titre

120. Droit suisse de la rupture : mythes et réalités. Le droit de la rupture du contrat en Suisse est-il ce droit libéral, vide de toute futile protection du salarié, et grandement favorable aux entreprises pourvoyeuses d'emploi dont certains en France vantent les mérites²²⁵ ?

Si le caractère libéral du droit suisse est indéniable, l'étude juridique approfondie du système permet plutôt de remarquer les subtilités d'un régime qui sait prendre en compte les intérêts d'une partie faible au contrat de travail, tout en préservant les préceptes de la liberté contractuelle qui autorisent le cocontractant à se défaire raisonnablement de ses engagements. Ainsi, si la liberté de rompre le contrat de travail reste la norme, tout reste une question de mesure, et le cocontractant à l'origine de la résiliation ne saurait en abuser sans engager une responsabilité indéfinie des conséquences de ses actes. De même, il est à remarquer le souci du législateur suisse quant à la temporalité de la rupture. Il existe d'une part un nombre notable de règles qui régissent le moment auquel l'acte de résiliation peut être pris, en période d'essai ou en temps normal, excluant les temps durant lesquels le contrat de travail doit impérativement être maintenu, afin de préserver le cocontractant des conséquences d'une fin de contrat qui seraient trop dommageables pour lui au vu de sa situation. D'autre part, la résiliation normale du contrat de travail comporte un délai-congé qui permet d'éviter les répercussions trop abruptes, notamment au bénéfice du travailleur et de sa rémunération. D'ailleurs, même lorsqu'au mépris de ce principe, le cocontractant est autorisé à rompre le contrat de manière immédiate, ce n'est cette fois-ci pas sans un motif qui confère à cette résiliation un caractère exceptionnel.

²²⁵ Voir ci-avant Introduction.

Au-delà de ces considérations de fond, le libéralisme du droit suisse de la rupture du contrat de travail s'exprime pleinement dans des caractéristiques bien particulières : la réciprocité et l'extrajudiciarité. Le législateur a de la sorte vraisemblablement veillé à ce que les parties au contrat de travail demeurent sur un pied d'égalité dans les droits à la résiliation, lesquelles appartiennent quasi symétriquement au travailleur et à l'employeur, comme dans la résolution des éventuels litiges, dans la mesure où le juge est appelé à intervenir que dans l'échec plein et entier des discussions entre parties au contrat, et donc pour pallier les limites de la paix sociale, laquelle doit être poursuivie par tout à chacun.

Il subsiste tout de même en droit suisse de la rupture du contrat de travail des spécificités qui paraissent inconcevables pour un juriste travailliste français. C'est le cas par exemple du mécanisme d'indemnisation de la résiliation immédiate sans justes motifs du travailleur, qui permet l'imputation de ce que celui-ci a épargné par suite de la cessation du contrat de travail et du revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou du revenu auquel il a intentionnellement renoncé.

Titre 2 – La rupture du contrat de travail en France : un droit conditionné

121. Liberté de rompre le contrat de travail. En France, se poser la question de la liberté de rompre le contrat de travail paraît plus délicat. Bien qu'il soit comme en Suisse reconnu un principe de prohibition des engagements perpétuels²²⁶, la volonté de protection de la stabilité du contrat de travail a conduit le législateur, dans la seconde moitié du vingtième siècle, à tempérer les possibilités de rupture jusqu'à limiter celles-ci à des exceptions au maintien de la relation de travail. Les préceptes historiques en la matière étaient pourtant bien proches de ceux qui prévalent chez sa voisine frontalière, lorsqu'imprégnés de la logique libérale du Code civil, ils portaient le sceau de la liberté et de la réciprocité²²⁷.

122. Droit social émancipé du droit des obligations. La construction d'un régime légal spécifique applicable à la rupture du contrat de travail a donc été au cœur de la construction d'un droit social émancipé du droit civil. Il s'agissait de se détacher de l'idée selon laquelle les individus sont libres et égaux, et protégés de l'aliénation par leur consentement ou leur capacité, pour admettre « *les liens de dépendance et d'appartenance à des collectivités* », et bâtir un « *droit commun des rapports de dépendance économique* »²²⁸, qui protège une partie faible insuffisamment armée pour garantir son intégrité²²⁹. Dès lors, sans renier sa qualité de droit à la faculté réservée aux cocontractants de mettre un terme au contrat, la liberté d'exercice de ce droit a été restreinte à des cas prédéfinis²³⁰, si bien qu'il apparaît opportun de parler désormais de droit conditionné.

²²⁶ J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.* note 52, § 314; pour la Suisse voir ATF 113 II 209.

²²⁷ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.* note 14, p. 535.

²²⁸ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, *op. cit.* note 1, p. 3.

²²⁹ P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, 2ème, 2022, p. 3 ; F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 6ème, 2018, p. 25.

²³⁰ P. LOKIEC, *Droit du travail*, *op. cit.* note 227, p. 239.

123. Rupture du contrat de travail : droit conditionné. La rupture du contrat de travail en France, lorsqu'elle n'est pas directement prohibée²³¹, ne peut, dans la plupart des cas, intervenir que sous conditions. C'est-à-dire dans le respect de modes prédéfinis de rupture, déterminés par la loi, chacun ayant son cadre juridique propre. Certains se prêtent dès lors à évoquer l'existence d'un régime légal autonome²³², lorsqu'il est question de droit de la rupture du contrat de travail, lequel serait guidé par un « principe de justification ». Aussi, les problèmes juridiques y afférent ne se résolvent, quasiment, que par l'application de règles spéciales, qui conditionnent la validité de l'acte de rupture.

124. Rupture du contrat de travail : principe d'indisponibilité. Ce régime autonome est d'ailleurs gouverné par un principe d'indisponibilité, en vertu de l'article L. 1231-4 du Code du travail :

« L'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le présent titre. »

Marque de la primauté de la loi sur la liberté contractuelle en la matière, ce principe conduit à refuser qu'un acte conclu entre le salarié et son employeur, faisant dépendre à l'avance, la nature et le régime de la rupture du contrat de travail, de la réalisation d'un événement futur et incertain relatif à son emploi, puisse être conclu²³³. Les parties ne peuvent organiser, librement et indépendamment du cadre légal, les modalités de rupture du contrat de travail qui les unit.

²³¹ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, op. cit. note 14, p. 639.

²³² C. RADE, « L'autonomie du droit du licenciement : Brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions », *Droit Soc. Dalloz*, 1 février 2000, vol. 2, p. 178.

²³³ Cass. Soc. 25 janv. 2012 : D. actu. 2 avril 2012, obs. PERRIN ; D. 2012. Actu. 368 ; RJS 2012. 280, n° 313 ; JCP S 2012. 1166, obs. DUMONT.

125. Rupture du contrat de travail : droit mouvant. Souvent jugé inadapté aux réalités économiques des entreprises, et aux besoins de liberté des employeurs dans la gestion de leur masse salariale, ce droit conditionné de la rupture du contrat de travail ne connaît que des réaménagements législatifs, au gré des évolutions politiques et économiques du pays. Ont ainsi pu naître ces dernières années diverses nouveautés – ruptures conventionnelles, ruptures conventionnelles collectives, licenciements dans le cadre d'accords négociés de performance collective – toutes allant dans le sens d'une libéralisation de la rupture du contrat de travail. Dès lors, s'il conserve son caractère conditionné, le droit de la rupture du contrat de travail admet de plus en plus de possibilités cloisonnées de rupture.

126. Rupture du contrat de travail : acte juridique. La rupture du contrat de travail en France intervient, comme en Suisse, des suites d'une large variété de circonstances. Qu'elle trouve son origine dans des faits générateurs externes ou internes à la relation de travail, ou même par la seule expression de la volonté de ses protagonistes, il semble cependant qu'elle doive quasi systématiquement être formalisée par un acte juridique. Ainsi, même en cas d'atteinte par le salarié de l'âge de sa retraite, la rupture du contrat advient par une mise à la retraite par l'employeur, ou un départ en retraite du salarié. En définitif la rupture du contrat de travail constitue presque toujours une manifestation de volonté, et donc un choix. Des exceptions demeurent néanmoins s'agissant de la fin du contrat à durée déterminée, de la force majeure, ou du décès du salarié, qui, bien que le législateur ne le prévoie pas expressément²³⁴, entraîne naturellement la fin du contrat de travail par la disparition de l'*intuitus personae*.

127. Distinction des différents modes de rupture. En tant que résultat d'une manifestation de volonté, la rupture du contrat de travail constitue donc un acte juridique. Dans cette logique, les différents modes de rupture peuvent être distingués suivant la

²³⁴ S. TOURNAUX, « La mort du salarié au regard des relations individuelles de travail », *Droit Soc.*, 1 novembre 2020, vol. 11, p. 904-910 ; M. PEANO, « L'*intuitus personae* dans le contrat de travail », *Droit Soc.*, 1 février 1995, vol. 2, p. 129-138.

personne, salarié et/ou employeur, qui en est à l'initiative, et suivant le type de contrat de travail qui en est l'objet, à durée déterminée ou indéterminée.

128. Rupture amiable du contrat de travail. Il est d'abord possible de rompre le contrat de travail par la conclusion d'une rupture amiable, librement consentie par les deux cocontractants, sans procédure particulière en ce qui concerne le contrat à durée déterminée, et suivant différentes procédures en matière de contrat à durée indéterminée.

129. Rupture du contrat à durée indéterminée. La rupture à l'initiative du salarié, en matière de contrat à durée indéterminée, hors période d'essai, peut intervenir sous la forme d'une démission, qui constitue la résiliation unilatérale de principe, mais aussi sous la forme d'un départ à la retraite, d'une prise d'acte de rupture ou d'une résiliation judiciaire. La rupture unilatérale par l'employeur, en matière de contrat à durée indéterminée, hors période d'essai, ne peut pour sa part intervenir que sous la forme d'un licenciement, ou d'une mise à la retraite. Ces cas de résiliations sont exclusivement prévus par le code du travail :

Article L. 1231-1 du code du travail :

« 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.

Ces dispositions ne sont pas applicables pendant la période d'essai. »

130. Rupture du contrat à durée déterminée. En matière de contrat à durée déterminée, là-aussi hors période d'essai, la rupture anticipée est cantonnée à des cas de figure très restrictifs, qui font office d'exceptions :

Article L. 1243-1 :

« *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.*

Lorsqu'il est conclu en application du 6° de l'article L. 1242-2²³⁵, le contrat de travail à durée déterminée peut, en outre, être rompu par l'une ou l'autre partie, pour un motif réel et sérieux, dix-huit mois après sa conclusion puis à la date anniversaire de sa conclusion. »

131. Licenciement – histoire. C'est en 1973 qu'est édictée une loi qui régit pour la première fois le droit du licenciement en France²³⁶. L'objectif est alors de créer un équilibre entre les intérêts de l'employeur et ceux du salarié. Dorénavant, l'employeur se voit obligé de suivre une procédure pour congédier ses salariés et sa décision doit impérativement être justifiée par « une cause réelle et sérieuse », c'est-à-dire une cause « *qui rend impossible sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement* »²³⁷. De choix discrétionnaire, susceptible d'abus, la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur devient acte « causé »²³⁸.

132. Licenciement – changement de paradigme. Un virage dans cette tendance a toutefois clairement été pris²³⁹. Sous l'impulsion majeure de la loi « El Khomri » du 15 aout 2016, et des ordonnances « Macron » de septembre 2017, le législateur a marqué en l'espace de quelques années sa volonté de libéralisation de la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Par là-même, c'est un retour vers un droit du travail affranchi des rééquilibrages sociaux qui est enclenché, dans un but non-dissimulé d'émancipation du contrat de travail de la sphère publique. Cette inclination n'a cependant pas encore

²³⁵ « *Recrutement d'ingénieurs et de cadres, au sens des conventions collectives, en vue de la réalisation d'un objet défini [...] »*

²³⁶ Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 Modification du code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée.

²³⁷ Journal officiel des débats à l'Assemblée nationale, 30 mai 1973, p. 1699, vol. 2.

²³⁸ A. JEAMMAUD, *Le licenciement*, Paris, France, Dalloz, 1993, p. 2.

²³⁹ F. GEA, « *Un changement de paradigme ?* », *Droit Soc. Dalloz*, décembre 2017, p. 997.

renversé cette singularité qui gouverne la rupture du contrat de travail : son caractère conditionné.

133. Plan. En ce sens, dans la plupart des cas de rupture reconnus par la loi, la décision de rupture ne peut valablement être prise que si elle est la conséquence (quasi) irrésistible d'un fait juridique. Celui-ci peut prendre la forme d'événements extérieures à la relation entre les deux parties, ou celle de considérations d'ordre personnel. La rupture constitue ainsi tant un choix objectif (Chapitre 1), tantôt un choix subjectif (Chapitre 2).

134. Prise en compte des éléments extérieurs à la relation de travail. Le droit du travail français est un droit pragmatique, qui cherche à concilier la vie économique des entreprises, et la vie sociale et familiale des travailleurs. Sa légitimité tient donc en partie dans sa capacité à prendre en compte des éléments extérieurs à la seule relation contractuelle entre l'employeur et le salarié²⁴⁰. Cette caractéristique se vérifie particulièrement en matière de rupture du contrat de travail. En effet, si celle-ci demeure conditionnée, elle admet largement que la situation économique de l'entreprise, ou la situation sociale du salarié, puissent légitimer une mise à terme du contrat de travail, pour peu que, notamment en matière de licenciement, cela constitue une voie inévitable.

135. Choix objectif de rupture. Qu'elle soit à l'initiative du salarié, ou à celle de l'employeur, il est donc des cas dans lesquels la rupture peut intervenir en raison de faits extérieurs à la relation entre les deux parties. Elle est alors la résultante d'un choix objectif, reposant sur un élément causal qualifié d'économique, par opposition à l'élément causal personnel. Le terme économique est ici à entendre dans un sens des plus larges, en ce qu'il se rapporte au contexte factuel d'exécution du contrat, plutôt qu'à l'exclusive relation juridique issue du contrat²⁴¹. C'est ce contexte qui conduit le cocontractant à mettre un terme à son engagement. L'employeur trouverait ainsi des raisons économiques dans la gestion comptable de son entreprise, tandis que le salarié les trouverait dans l'aménagement général de sa vie professionnelle.

136. Portée de la raison économique : résiliation par le salarié. L'existence d'une raison économique n'a toutefois pas systématiquement de conséquences sur

²⁴⁰ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, op. cit. note 1, p. 4.

²⁴¹ T. SACHS, *La raison économique en droit du travail : contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, thèse, Paris 10, 24 octobre 2009, p. 49 ; J.-P. LABORDE, « La considération du fait par le droit du travail », *Mélange En Honn. H Blaise*, Economica, 1995, p. 278.

l’appréhension légale de la rupture. Dans certains cas, notamment lorsque la décision émane du salarié dans le cadre d’une démission, le régime juridique est le même quelle que soit l’origine de son choix, objective ou non. A noter toutefois que la démission doit impérativement résulter de convenances personnelles du salarié²⁴², ce qui la rend éminemment subjective. Ainsi, l’étude de cette résiliation unilatérale de la part du salarié n’a pas vraiment d’intérêt ici.

137. Portée de la raison économique : résiliation par l’employeur. C’est à l’inverse principalement lorsque l’employeur engage une procédure de licenciement que la distinction est primordiale. Dans ce cas, s’il existe une raison économique à sa décision, il doit respecter les règles propres au licenciement pour motif économique. De même, les besoins auquel il fait face dans la gestion économique de son entreprise peuvent parfois le pousser à prendre des mesures en vue de diminuer sa masse salariale, autres que le licenciement pour motif économique.

138. Plan. Il convient de séparer ce qui relève de la qualification de la rupture, et ce qui relève de sa justification. Aussi, différents éléments tels que la personne qui en est à l’initiative ou les motivations qui ont menées à sa décision permettent de déterminer quel est le type de rupture auquel on est confronté. Par exemple, la rupture à l’initiative de l’employeur pour diminuer sa masse salariale en raison d’une perte de marché est un licenciement pour motif économique. Si cette rupture est motivée, elle n’est pas pour autant systématiquement justifiée²⁴³. L’étude présente donc d’abord la qualification de la rupture qui permet l’application d’un régime spécifique, puis sa justification qui permet de la considérer comme abusive ou non. Il s’agit ainsi de déterminer l’existence d’une raison économique de rupture (Section 1), puis d’apprécier la justification économique de cette rupture (Section 2).

²⁴² G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, op. cit. note 14, p. 542.

²⁴³ P. LOKIEC, *Droit du travail*, op. cit. note 227, p. 246.

Section 1 – L’existence d’une raison objective de rupture

139. Existence de la raison objective. L’existence d’une raison objective n’a pas les mêmes conséquences suivant la personne qui s’en prévaut pour rompre le contrat de travail. Dans le cas de l’employeur et de sa raison économique, sauf à recueillir une légitimité collective, ou l’assentiment du salarié, cela l’oblige quasi-systématiquement à respecter tout le processus propre au licenciement pour motif économique, destiné à protéger son cocontractant. Pour cause, les impacts sont socialement lourds pour le travailleur irréprochable qui perd son emploi²⁴⁴. Dans le cas du salarié, l’existence d’une raison objective, au sens général²⁴⁵, lui ouvre droit à certaines possibilités de rupture indépendantes de la démission, et lui permettent de s’affranchir des quelques obligations attachées à cette dernière. Dans les deux cas, certains modes légaux de rupture permettent désormais d’éviter les voies classiques de rupture unilatérale du contrat.

140. Intérêt de la cause qualificative. Il s’agit ici d’un problème de qualification de la rupture du contrat de travail, non de justification. Toujours dans l’idée que la rupture en France est un acte causé, les différentes raisons qui poussent le cocontractant à rompre ont un effet sur le régime légal applicable. Suivant la cause, l’appréhension juridique de l’acte et de son éventuelle justification peut ainsi varier. Aussi, même pour les ruptures qui n’ont, de prime abord, pas besoin de cause justificative, comme la démission, il demeure intéressant d’étudier leur cause qualificative.

141. Plan. En raison de son caractère prédominant, l’étude se consacre donc dans un premier temps à la raison objective de l’employeur de rompre le contrat de travail : la cause économique de licenciement (I), avant de présenter les autres ruptures objectives du contrat de travail (II).

²⁴⁴ *Ibid.* p. 260.

²⁴⁵ Voir ci-avant n° 135.

I. La cause économique de licenciement

142. Cause économique qualificative : définition du licenciement économique. Si la distinction entre cause économique qualificative et cause économique justificative n'est pas toujours évidente²⁴⁶, elle demeure primordiale pour déterminer le régime juridique applicable au licenciement opéré par l'employeur. Ainsi, la raison objective indépendante de la personne même du salarié constitue avant toute autre chose l'élément unique de définition du licenciement pour motif économique.

143. Taxinomie du licenciement économique. Par ailleurs, le licenciement pour motif économique qualifié, le régime juridique n'est pas encore figé. En effet, suivant l'ampleur de la décision patronale, en termes de nombre de salariés visés par la mesure, le licenciement va être différemment appréhendé. Se distinguent ici les licenciements pour motif économique individuels, et les licenciements collectifs. Parmi ces derniers, différentes catégories sont encore à relever : les « grands » licenciements collectifs, et les « petits »²⁴⁷.

144. Plan. La cause économique, lorsqu'elle est invoquée par l'employeur à l'appui de son projet de débauchage, sert donc déjà la qualification du licenciement pour motif économique (1). Du reste, l'ampleur de ce projet a également un effet sur le régime juridique du licenciement pour motif économique, puisqu'il influe sur la classification du licenciement (2).

²⁴⁶ J. PELISSIER, « la cause économique dans la loi votée le 19 décembre 2001 en dernière lecture à l'Assemblée nationale », *Dr. Ouvrier*, 2002, p. 145.

²⁴⁷ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, op. cit. note 14, p. 658.

1. La qualification du licenciement

145. Elément de qualification du licenciement : la cause économique. La cause économique, comme fondement d'une rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, est l'élément central qui mène à l'application d'un régime juridique, aujourd'hui autonome : celui du licenciement pour motif économique. Sa prise en compte en droit du travail français n'a pas été évidente, à l'époque où les grands débauchages du personnel dans les entreprises étaient considérés uniquement comme des additions de licenciements individuels. Dans une certaine analogie avec la Suisse, ils étaient régis à ce titre par le droit commun des contrats et jugés sur fond d'abus de droit²⁴⁸.

146. Reconnaissance historique de cause économique. La reconnaissance de la cause économique de licenciement, en distinction de la cause personnelle de licenciement, a été opérée par le Conseil d'Etat en 1946, à l'occasion de l'examen de la mise en application de l'Ordonnance du 24 mai 1945 relative au contrôle de l'emploi²⁴⁹. Celle-ci prévoyait l'exigence d'une autorisation administrative pour toute résiliation du contrat de travail. Le juge administratif a alors précisé que ces dispositions ne pouvaient s'appliquer qu'aux cas de licenciement pour motif économique, en raison de la finalité de l'ordonnance d'une part, et de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire en matière contractuelle d'autre part. La division est désormais plus clairement marquée dans le Code du travail qui sépare en deux chapitres distincts les licenciements pour motif personnel (Livre II, Titre III, Chapitre II) et les licenciements pour motif économique (Livre II, Titre III, Chapitre III).

147. Cause économique de licenciement : définition. Il a fallu dès lors déterminer ce qui devait être entendu comme « cause économique » de licenciement, en distinction de la « cause personnelle ». Pour cela, des éléments de qualification ont été dégagés, et les débats sont récurrents autour de la question de savoir ce qui peut être considéré comme

²⁴⁸ *Ibid.* p. 647.

²⁴⁹ Ordonnance n° 45-1030 du 24 mai 1945 relative au placement des travailleurs et au contrôle de l'emploi.

une « cause économique », et ce qui ne peut pas²⁵⁰. De manière générale, une définition légale figure à l'article L. 1233-3, alinéa 1^{er} du Code du travail :

« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail [...] »

148. Cause non-inhérente à la personne du salarié. La cause économique qualificative de licenciement s'entend donc d'abord comme celle qui n'est pas inhérente à la personnalité du travailleur. Cette définition négative a pour conséquence d'exclure du champ de la procédure de licenciement pour motif économique toutes les décisions patronales qui seraient fondées sur des motifs nés dans l'exercice du contrat de travail, tels que le défaut du salarié dans sa prestation, ou un comportement répréhensible de sa part. Cette qualification se fait par ailleurs indépendamment de la légitimation de la décision de licencier ; par exemple, le licenciement en vue seulement d'augmenter les profits d'une entreprise n'est pas forcément justifié par une cause économique réelle et sérieuse, mais il est économique.

149. Elément matériel de qualification. D'autre part, le Code du travail ajoute que ce motif non inhérent à la personne du salarié doit résulter d'une « *suppression ou*

²⁵⁰ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.* note 14, p. 651 ; A. PHILBERT, « Le droit prétorien du licenciement économique », *Droit Soc. Dalloz*, 1998, p. 35 ; J. PELISSIER, « La cause économique du licenciement », *Rev. Jurisprud. Soc.*, 1992, p. 527 ; J. PELISSIER, « la cause économique dans la loi votée le 19 décembre 2001 en dernière lecture à l'Assemblée nationale », *op. cit.* note 244, p. 145 ; D. BAUGARD, « La qualification de motif économique », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, 2009, p. 510 ; P. WAQUET, « La cause économique du licenciement », *Droit Soc. Dalloz*, 2000, p. 168 ; P. WAQUET, « Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale », *Droit Soc. Dalloz*, 2002, p. 265 ; J.-P. LABORDE, « La cause économique du licenciement », *Droit Soc. Dalloz*, 1992, p. 774 ; M. HENRY, « La notion de motif économique », *Droit Soc. Dalloz*, 1995, p. 551 ; S. FROSSARD, « Licenciement pour motif économique : notion », *Répert. Droit Trav.*, mars 2023.

transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail ». Il s'agit là d'un élément matériel de qualification²⁵¹. En ce sens, le motif de licenciement doit constituer la conséquence d'un fait objectif.

150. Conformité aux dispositions internationales. Cette considération est du reste conforme à la directive européenne n° 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres, relative aux licenciements collectifs, qui définit la cause économique comme le « *motif non inhérent à la personne des travailleurs* ». Ce positionnement, volontairement lacunaire, a le mérite de faciliter la mise en concordance des législations nationales de l'Union européenne sur la distinction fondamentale entre licenciements pour motifs économiques et licenciements pour motifs personnels.

Les dispositions de la convention n° 158 de l'OIT définissent pour leur part le licenciement pour motif économique comme celui qui est « *fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ». Là-encore, même si le texte conventionnel ne mentionne pas directement l'exclusion du motif inhérent à la personne du salarié, la qualification française de la cause qualificative de licenciement pour motif économique est conforme en ce qu'elle s'attache, de manière indirecte, au fait économique qui guide la vie de l'entreprise.

2. La classification des licenciements pour motif économique

151. Catégories de licenciements pour motif économique. Le licenciement pour motif économique, une fois qualifié, est ensuite classifié. Il est reconnu en effet différentes catégories, chacune étant régie par un fond commun, et des règles juridiques qui lui sont propres, déterminées en fonction de l'ampleur de la décision patronale. Ainsi, du nombre de salariés concernés par le licenciement pour motif économique va dépendre

²⁵¹ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, Dalloz, 11ème, 2016, p. 452.

l’application de dispositions spécifiques. Se distinguent alors les licenciements pour motif économique individuels, et les licenciements pour motif économique collectifs. Dans ces derniers se démarquent les « petits » licenciements collectifs, et les « grands ». Le petit licenciement collectif est celui qui touche deux à neuf salariés sur une période de trente jours, dès lors que le motif économique invoqué est commun à chaque rupture (Section 3 : « Licenciement de moins de dix salariés dans une même période de trente jours » - Articles L. 1233-8 à L. 1233-20 du Code du travail). Le « grand » est celui qui concerne dix salariés ou plus sur la même période (Section 4 : « Licenciement de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours » - Articles L. 1233-21 à L. 1233-57-8 du Code du travail).

152. Spécificité du « grand » licenciement collectif : seuils glissants. Dans ce dernier cas de figure, deux hypothèses ont été ajoutées aux articles L. 1233-26 et L. 1233-27 du Code du travail :

« Lorsqu'une entreprise ou un établissement employant habituellement au moins cinquante salariés a procédé pendant trois mois consécutifs à des licenciements économiques de plus de dix salariés au total, sans atteindre dix salariés dans une même période de trente jours, tout nouveau licenciement économique envisagé au cours des trois mois suivants est soumis aux dispositions du présent chapitre. »

« Lorsqu'une entreprise ou un établissement employant habituellement au moins cinquante salariés a procédé au cours d'une année civile à des licenciements pour motif économique de plus de dix-huit salariés au total, sans avoir été tenu de présenter de plan de sauvegarde de l'emploi en application de l'article L. 1233-26 ou de l'article L. 1233-28, tout nouveau licenciement économique envisagé au cours des trois premiers mois de l'année civile suivante est soumis aux dispositions du présent chapitre. »

Le Code du travail prévoit donc pour les entreprises de plus de cinquante salariés, que doivent être entendues comme parties d'un « grand » licenciement collectif, les ruptures successives sur trois mois consécutifs de plus de dix salariés au total, sans que soit atteinte

la limite des dix salariés licenciés dans une même période de trente jours, ainsi que les licenciements pour motif économique successifs d'au moins dix-huit salariés sur une durée totale d'une année civile.

153. Objectif des seuils glissants. Ces « seuils glissants »²⁵², clarifiés par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, permettent d'éviter tout risque de fraude de la part des grandes entreprises qui, pour éviter la procédure de grand licenciement collectif, et notamment l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, pourraient diluer de grands projets de débauchage dans le temps.

II. Les autres ruptures objectives

154. Les ruptures objectives indépendante du licenciement. En dehors de tout licenciement, la cause économique, en ce qu'elle se rapporte de manière générale à des circonstances objectives qui entourent la relation de travail, peut tout de même constituer l'origine d'une rupture du contrat de travail. Celle-ci peut relever de l'initiative unilatérale du salarié, ou de celle de l'employeur qui souhaite éviter la procédure de licenciement. Dans la plupart des cas, celui-ci doit tout de même trouver une légitimation à sa résiliation, dans le consentement du salarié ou celui des institutions représentatives du personnel.

155. Rupture pour cas de force majeur. Il est admis par ailleurs en droit français que le cas de force majeur, objectif par nature, puisse justifier une rupture du contrat de travail. Pour autant, considérer une telle rupture du contrat comme une rupture économique n'a

²⁵² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, JORF n° 0223 du 23 septembre 2017, Texte n° 32.

rien d'évident, notamment parce qu'on ne saurait admettre le fait économique comme un cas de force majeur, alors même que leurs caractéristiques peuvent être similaires.

156. Plan. L'étude des ruptures objectives, autres que le licenciement pour motif économique, passe donc d'abord par une présentation des autres ruptures unilatérales (1), avant de détailler les ruptures d'un commun accord (2).

1. Les ruptures unilatérales

157. Démission du salarié : difficultés de classification. La démission du salarié est une rupture du contrat de travail qui n'a pas besoin de justification pour être valable. En somme, le salarié est libre de mettre un terme à son contrat à durée indéterminée quand il le souhaite, moyennant le respect d'un délai de préavis, et sous réserve que son comportement ne soit pas abusif. Et encore, l'abus ne remet pas en cause la rupture du contrat, mais ouvre seulement le droit, pour l'employeur, à réparation de son éventuel préjudice. Dès lors, en termes de justification, la démission constitue une exception parmi les autres ruptures « causées ». Pourtant, s'agissant de la qualification de la rupture, il y a bien une cause qui mène à la démission, et qui fait d'elle un choix clair et non-équivoque. A défaut, la qualification de démission est d'ailleurs exclue par les juges. Ce caractère est à notre sens ce qui classe cette résiliation parmi les ruptures objectives : elle ne peut être décidée en considération du défaut de son cocontractant, faute de quoi elle serait équivoque, et donc disqualifiée.

158. Appréhension juridique de la démission. La démission n'est pas directement définie par le législateur²⁵³. Ce silence est néanmoins pallié par la Cour de cassation qui appréhende de manière constante cette rupture comme « un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non-équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de

²⁵³ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, op. cit. note 14, p. 541.

travail »²⁵⁴. Légalement, la démission du salarié n'est toutefois possible qu'en matière de contrat à durée indéterminée. Elle est prévue par les articles L. 1237-1 et suivants du Code du travail :

Article L. 1237-1 :

« En cas de démission, l'existence et la durée du préavis sont fixées par la loi, ou par convention ou accord collectif de travail.

En l'absence de dispositions légales, de convention ou accord collectif de travail relatifs au préavis, son existence et sa durée résultent des usages pratiqués dans la localité et dans la profession.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application du présent article. »

Article L. 1237-2 :

« La rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié ouvre droit, si elle est abusive, à des dommages et intérêts pour l'employeur.

En cas de litige, le juge se prononce conformément aux dispositions de l'article L. 1235-1.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application du présent article. »

Article L. 1237-3 :

« Lorsqu'un salarié ayant rompu abusivement un contrat de travail conclut un nouveau contrat de travail, le nouvel employeur est solidairement responsable du dommage causé à l'employeur précédent dans les cas suivants :

²⁵⁴ Cass. Soc., 9 mai 2007, n° 05-40.315, RJS 7/07, n° 923 ; RDT 2007, p. 591, obs. G. AUZERO.

1° S'il est démontré que le nouvel employeur est intervenu dans la rupture ;

2° Si le nouvel employeur a engagé un salarié qu'il savait déjà lié par un contrat de travail ;

3° Si le nouvel employeur a continué d'employer le salarié après avoir appris que ce dernier était encore lié à un autre employeur par un contrat de travail. Dans ce cas, sa responsabilité n'est pas engagée si, au moment où il a été averti, le contrat de travail abusivement rompu par le salarié était venu à expiration, soit s'il s'agit de contrats à durée déterminée par l'arrivée du terme, soit s'il s'agit de contrats à durée indéterminée par l'expiration du préavis ou si un délai de quinze jours s'était écoulé depuis la rupture du contrat. »

159. Caractères de la démission. Outre son caractère unilatéral et le fait qu'elle soit réservée au contrat à durée indéterminée, soulignons que la démission doit impérativement être dénuée d'équivocité²⁵⁵. Cela signifie que le salarié doit formuler de manière claire sa volonté de rompre, pour des convenances personnelles, même s'il n'a pas l'obligation de faire connaître celles-ci à son employeur²⁵⁶. Ainsi, la démission prise pour bénéficier de sa pension retraite doit être requalifiée par le juge en départ à la retraite, et celle prise en réponse à des fautes commises par l'employeur doit être requalifiée en prise d'acte de rupture²⁵⁷.

160. Liberté de démissionner. Le salarié est ainsi libre par la démission de mettre unilatéralement un terme au contrat de travail tant qu'il ne commet pas d'abus. Encore que celui-ci n'a pas pour conséquence d'annuler la rupture, mais seulement d'ouvrir un droit à la réparation au bénéfice de l'employeur lésé. Le salarié peut donc, sans qu'il y ait

²⁵⁵ Cass. Soc., 18 mai 2022, n° 20-15.113, RDT 2022. 637, chron. B. GENIAUT ; Cass. Soc., 5 juin 2019, n° 18-12.785 ;

²⁵⁶ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail, op. cit.* note 14, p. 542.

²⁵⁷ Voir ci-après n° 267 et s.

d'obstacle, mettre un terme au contrat en raison de circonstances extérieures à la relation de travail, économiques ou pas, tant que son comportement n'est pas abusif. Une pleine liberté de démissionner de son contrat, d'ordre public²⁵⁸, lui est ainsi reconnue.

161. Tempérament à la liberté de démissionner. Cette liberté est toutefois modérée, d'abord par l'impératif respect d'un préavis, qui limite les possibles excès du démissionnaire²⁵⁹, déterminé suivant les cas par la loi, l'accord collectif, ou encore les usages de la profession. En vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 1237-2 du code du travail, elle est ensuite limitée, comme en droit suisse, par l'abus. Sur ce point cependant, une condamnation du salarié à des dommages et intérêts reste exceptionnelle. Il est également possible de prévoir contractuellement des tempéraments, par exemple par la voie d'une clause de dédit-formation, qui permet à l'employeur de récupérer les frais de formation qu'il aurait engagé au bénéfice du salarié démissionnaire.

162. Démission et abandon de poste. Par une loi du 21 décembre 2022 sur le marché du travail²⁶⁰, le législateur a pris l'initiative de modifier le régime juridique de l'abandon de poste. Afin de pallier ce qui était considérée par certains comme une fraude aux allocations chômage²⁶¹, il a été ajouté un nouvel article dans le code du travail :

Article L. 1237-1-1 du code du travail :

« Le salarié qui a abandonné volontairement son poste et ne reprend pas le travail après avoir été mis en demeure de justifier son absence et de reprendre son poste, par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge,

²⁵⁸ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, op. cit. note 14, p. 543.

²⁵⁹ F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, op. cit. note 227, p. 514.

²⁶⁰ Loi n° 2022-1598 du 21 décembre 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi.

²⁶¹ J. MOULY, « Une innovation déroutante : la démission sans volonté de démissionner », *Droit Soc. Dalloz*, 1 février 2023, p. 158-162.

dans le délai fixé par l'employeur, est présumé avoir démissionné à l'expiration de ce délai.

Le salarié qui conteste la rupture de son contrat de travail sur le fondement de cette présomption peut saisir le conseil de prud'hommes. L'affaire est directement portée devant le bureau de jugement, qui se prononce sur la nature de la rupture et les conséquences associées. Il statue au fond dans un délai d'un mois à compter de sa saisine.

Le délai prévu au premier alinéa ne peut être inférieur à un minimum fixé par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine les modalités d'application du présent article. »

163. Abandon de poste : ancien régime. Avant cette loi, l'idée circulait que, le salarié démissionnaire ne pouvant bénéficier d'une indemnisation chômage car ne répondant pas au critère de la « perte involontaire de son emploi », il était préférable pour lui, et donc courant, de purement et simplement quitter son emploi pour bénéficier d'un licenciement de la part de son employeur²⁶². Ce préjugé²⁶³, ne reposant sur aucune donnée statistique fiable²⁶⁴, omettait le risque d'une telle pratique sur la situation économique et sociale du salarié. Celui-ci, dans l'attente que l'employeur veuille bien initier une procédure de licenciement disciplinaire ne lui garantissant ni indemnité légale de licenciement, ni indemnité compensatrice de préavis, ne pouvait même pas bénéficier de sa rémunération, au nom de l'exception d'inexécution²⁶⁵.

²⁶² Cass. Soc., 30 octobre 1996, n° 94-41.083, Bull. civ. V, n° 362, Dr. soc. 1997. 97, obs. H. BLAISE.

²⁶³ L. BENTO DE CARVALHO, « Démission sur un coup de texte », *Sem. Soc. Lamy*, 24 octobre 2022, vol. 2018, p. 5-8 ; J. MOULY, « Une innovation déroutante », *op. cit.* note 259, p. 158-162 ; C. RADE, « La peur de l'abandon », *Droit Soc. Dalloz*, 2022, p. 857.

²⁶⁴ Les tendances auraient d'ailleurs montré l'inverse : voir M. HAUTEFORT, « Licenciement pour abandon de poste : les tendances des Cours d'appel », *Jurisprud. Soc. Lamy*, 15 décembre 2017, vol. 443, p. 7-11.

²⁶⁵ Cass. Soc., 16 janvier 2008 n° 06-43.124, Bull. civ. V, n° 13.

164. Abandon de poste : nouveau régime. Désormais, le salarié en abandon de poste peut être présumé démissionnaire par son employeur²⁶⁶. Au regard de la définition de la démission adoptée de longue date par la jurisprudence, et notamment le caractère clair et non-équivoque exigé, cette considération paraît surprenante²⁶⁷, mais elle s'inscrit clairement dans la ligne directrice tenue depuis quelques années par le législateur de contournement de la procédure de licenciement²⁶⁸. Pour faire valoir cette présomption, l'employeur doit mettre en demeure le salarié de reprendre son travail « par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge ». Cette mise en demeure doit mentionner « le délai dans lequel le salarié doit reprendre son poste », et la « raison » de son absence²⁶⁹. Le délai ne peut être inférieur à quinze jours (article R. 1237-13, alinéa 3 du code du travail). Le salarié peut faire écarter la présomption dans sa réponse à la mise en demeure, s'il invoque un motif légitime. A défaut de motif légitime, ou de reprise de son travail, il sera considéré comme démissionnaire par son employeur, et par là-même, aux yeux de Pôle emploi.

165. Retraite du salarié. La retraite constitue un mode original de rupture du contrat de travail²⁷⁰. Le salarié dispose d'un droit de partir volontairement à la retraite, dès lors qu'il a atteint l'âge minimum pour bénéficier d'une pension de vieillesse, moyennant le respect d'un préavis. Il peut alors prétendre à une indemnité de départ à la retraite :

Article L. 1237-9 du Code du travail :

« Tout salarié quittant volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de vieillesse a droit à une indemnité de départ à la retraite.

²⁶⁶ Actualités, « Le décret sur la présomption de démission en cas d'abandon de poste est publié », *Sem. Soc. Lamy*, 24 avril 2023, vol. 2043, p. 2-3.

²⁶⁷ J. MOULY, « Une innovation déroutante », *op. cit.* note 259, p. 158-162.

²⁶⁸ I. MEFTAH, G. DUCHANGE, « La démission sans volonté de démissionner : quels effets aura cet Objet Juridique Non Identifié ? », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, 1 décembre 2022, vol. 12, p. 685-690.

²⁶⁹ Actualités, « Le décret sur la présomption de démission en cas d'abandon de poste est publié », *op. cit.* note 264, p. 2-3.

²⁷⁰ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.* note 14, p. 581.

Le taux de cette indemnité varie en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise. Ses modalités de calcul sont fonction de la rémunération brute dont il bénéficiait antérieurement. Ce taux et ces modalités de calcul sont déterminés par voie réglementaire. »

166. Départ à la retraite : décision claire et non-équivoque du salarié. Comme en matière de démission, la décision du salarié de quitter son emploi pour bénéficier de sa retraite doit être claire et non-équivoque²⁷¹. Aussi, si le salarié annonce partir en retraite en raison de manquements qu'il impute à son employeur, le juge doit requalifier l'initiative comme une prise d'acte, laquelle doit produire, si les faits sont avérés, les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse²⁷².

167. Mise à la retraite : décision unilatérale de l'employeur. L'employeur dispose de la possibilité de rompre le contrat de travail du salarié qui a atteint l'âge de bénéficier d'une pension de retraite à taux plein, sans autre justification²⁷³. Ce droit reste cependant limité puisqu'il ne peut pas l'imposer à un salarié qui est âgé de moins de 70 ans, et il ne peut pas mettre en retraite un salarié qui bénéficiait déjà de son taux plein au moment de son embauche²⁷⁴.

168. Appréhension légale de la rupture du CDD. En matière de CDD, les articles L. 1243-1 et suivants du Code du travail fixent les principes :

Article L. 1243-1 :

²⁷¹ *Ibid.* p. 588.

²⁷² Cass. Soc. 15 mai 2013, n° 11-26.784, Lexbase Hebdo, éd. Sociale, n° 529, note C. RADE.

²⁷³ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, op. cit. note 14, p. 583.

²⁷⁴ Cass. Soc., 29 juin 2011, n° 09-42.165.

« *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.*

Lorsqu'il est conclu en application du 6° de l'article L. 1242-2, le contrat de travail à durée déterminée peut, en outre, être rompu par l'une ou l'autre partie, pour un motif réel et sérieux, dix-huit mois après sa conclusion puis à la date anniversaire de sa conclusion. »

Article L. 1243-2 :

« *Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1243-1, le contrat de travail à durée déterminée peut être rompu avant l'échéance du terme à l'initiative du salarié, lorsque celui-ci justifie de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée.*

Sauf accord des parties, le salarié est alors tenu de respecter un préavis dont la durée est calculée à raison d'un jour par semaine compte tenu :

1° De la durée totale du contrat incluant, le cas échéant, son ou ses deux renouvellements, lorsque celui-ci comporte un terme précis ;

2° De la durée effectuée lorsque le contrat ne comporte pas un terme précis.

Le préavis ne peut excéder deux semaines.

Ces dispositions sont applicables aux contrats en cours. »

Article L. 1243-3 :

« *La rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qui intervient à l'initiative du salarié en dehors des cas prévus aux articles L. 1243-1 et L. 1243-2 ouvre droit pour l'employeur à des dommages et intérêts correspondant au préjudice subi. »*

169. Résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée. Salariés et employeurs ne peuvent donc rompre unilatéralement le contrat à durée déterminée qu'en cas de comportement fautif avéré de leur cocontractant, de force majeure, ou, dans le cas uniquement du salarié, s'il justifie de son embauche dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée. Outre la force majeure, pour laquelle l'étude est la même qu'en matière de contrat à durée indéterminée²⁷⁵, cette troisième possibilité peut s'analyser comme un motif objectif de rupture unilatérale dans la mesure où elle permet au travailleur d'assurer une meilleure stabilité à sa vie professionnelle. Aussi, comme l'employeur trouve des justifications à ses débauchages dans la gestion économique de son entreprise, le salarié pourrait trouver des raisons de quitter son travail dans la gestion de son emploi.

170. Contrat à durée déterminée conclu pour la réalisation d'un objet défini. Aussi, conformément à l'alinéa 2 de l'article L. 1243-1 du Code du travail, issu de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014, il est possible pour le salarié cadre ou ingénieur – ainsi que pour l'employeur – de mettre un terme à la relation de travail au dix-huitième mois suivant la conclusion d'un contrat signé en vue de la réalisation d'un objet défini, puis à la date d'anniversaire de cette conclusion. Par analogie avec le droit du licenciement, celui qui est à l'initiative de la rupture doit tout de même se fonder sur un motif réel et sérieux.

171. Cas de force majeure : appréhension générale. Il est admis par le droit français du travail que le contrat puisse être rompu en raison d'un cas de force majeure²⁷⁶. La notion est définie de manière générale par l'article 1218 et du Code civil :

²⁷⁵ Voir ci-dessous n° 172.

²⁷⁶ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, op. cit. note 14, p. 591 ; Lamy social, dir. A. DUPAY, Wolters Kluwer, 2021, n° 1009 (CDD), n° 3232 (CDI).

« Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. »

172. Force majeure et contrat à durée indéterminée. En matière de contrat à durée indéterminée, la force majeure comme mode de rupture original du contrat est mentionnée de manière indirecte aux articles L. 1234-12 et L. 1234-13 du Code du travail :

« La cessation de l'entreprise pour cas de force majeure libère l'employeur de l'obligation de respecter le préavis et de verser l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9. »

« Lorsque la rupture du contrat de travail à durée indéterminée résulte d'un sinistre relevant d'un cas de force majeure, le salarié a droit à une indemnité compensatrice d'un montant égal à celui qui aurait résulté de l'application des articles L. 1234-5, relatif à l'indemnité compensatrice de préavis, et L. 1234-9, relatif à l'indemnité de licenciement.

Cette indemnité est à la charge de l'employeur. »

173. Force majeure et contrat à durée déterminée. En matière de CDD, c'est l'article L. 1243-1 qui fait office de référence légale :

« 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. »

174. Caractères de la force majeure. La force majeure est définie en matière contractuelle comme l'obstacle insurmontable qui empêche l'exécution du contrat²⁷⁷. Elle ne peut être reconnue en tant que telle que si trois caractères peuvent lui être attribués : un caractère irrésistible, un caractère imprévisible, et un caractère extérieur. En ce sens, le cas de force majeure est un événement qui s'impose fortuitement aux cocontractants, indépendamment de leur volonté ou de leur comportement.

175. Force majeure : cause objective de rupture. La force majeure constitue indéniablement une cause objective de rupture du contrat de travail. Cependant, le code du travail faisant référence au cas de force majeure comme pouvant être source d'une fin de contrat, ne définit pas la notion. Faut-il retenir l'acception de droit commun, ou la spécificité du droit du travail oblige-t-elle à une appréhension différente ? Le choix appartient au juge, tout comme les déductions qu'il peut en tirer.

176. Force majeure : initiative de l'employeur. Une fois caractérisée, la force majeure a pour effet de dispenser l'employeur de toute formalité propre au licenciement. Il est ainsi libéré de l'obligation de respecter le préavis et de verser au salarié une indemnité de licenciement. Naturellement, la rupture n'est ici pas abusive, l'employeur n'a donc pas non plus à verser d'éventuelles indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. En matière de contrat à durée indéterminée cependant, si la rupture résulte d'un sinistre relevant d'un cas de force majeure, le salarié récupère ses droits à une indemnité compensatrice de préavis et indemnité de licenciement.

²⁷⁷ A. BENABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 2016, p. 279.

177. Force majeure : initiative du salarié. Que ce soit en matière de contrat à durée indéterminée ou de contrat à durée déterminée, il s'agit de reconnaître qu'un événement extérieur à la relation de travail puisse entraîner la fin inéluctable de celle-ci. Dans le contrat à durée indéterminée toutefois, la rupture étant libre pour le salarié, il s'avère que seul l'employeur a intérêt à invoquer la force majeure, afin notamment de lui permettre de s'affranchir de ses obligations relatives à la procédure de licenciement et à sa motivation.

2. Le commun accord et la négociation collective

178. Admissibilité de la rupture amiable. Les parties, se fondant sur des éléments objectifs extérieurs à leur relation, peuvent opter pour une rupture d'un commun accord pour mettre un terme à leur contrat de travail. Sans formalité particulière requise pour résilier un contrat à durée déterminée, pour peu que l'intégrité du consentement des cocontractants soit préservée, elle ne peut intervenir que suivant certaines formes lorsqu'il s'agit de rompre un contrat à durée indéterminée, en fonction de son caractère individuel ou collectif. En effet, dans une logique de rupture entre d'un côté le droit du licenciement pour motif économique et de l'autre un « droit de la restructuration »²⁷⁸, une place de plus en plus grande est laissée à la négociation collective pour permettre à l'employeur de réorganiser sa structure et réguler sa masse salariale, tout en réservant un certain pouvoir de résistance aux organisations syndicales.

179. Rupture amiable du contrat à durée déterminée. La rupture d'un commun accord du contrat à durée déterminée est prévue par l'article L. 1243-1 du Code du travail :

²⁷⁸ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail, op. cit.* note 249, p. 478.

« 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. »

180. Rupture amiable du contrat à durée indéterminée. S'agissant du contrat à durée indéterminée, depuis la réforme du droit du travail par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, quatre modes légaux distincts de rupture amiable peuvent être dénombrés : la rupture conventionnelle individuelle, la rupture conventionnelle collective, le congé de mobilité dans le cadre d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), et le contrat de sécurisation professionnelle (CSP) dans le cadre d'un licenciement pour motif économique. Un cinquième mode de rupture spécial, non amiable puisqu'affranchi de toute volonté de rompre de la part du salarié, est aussi à évoquer ici : le licenciement *sui generis* dans le cadre d'un accord de performance collective.

181. Rupture conventionnelle individuelle : appréhension légale. La rupture conventionnelle individuelle est organisée par les articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail :

« L'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie.

La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties.

Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat. Elle est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté du consentement des parties. »

182. Rupture conventionnelle individuelle : régime autonome. Il s'agit d'un dispositif spécial de rupture du contrat de travail. Introduit en 2008 par le législateur²⁷⁹, il est exclusif du licenciement et de la démission. Marque de la volonté de maintenir un contrôle public sur les rapports contractuels de travail, il a pour condition de validité une nécessaire homologation par l'autorité administrative.

183. Cause économique et rupture conventionnelle individuelle. S'agissant de savoir si la rupture conventionnelle peut avoir une cause économique, par exemple si l'employeur faisant face à des difficultés économiques l'utilise en vue de réduire ses effectifs, la Cour de cassation répond positivement. Elle exige toutefois que les ruptures conventionnelles prises dans un tel cadre soient comptabilisées 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 »²⁸⁰. Le but étant, tout en promouvant la rupture conventionnelle, d'empêcher l'employeur de contourner le droit du licenciement pour motif économique en s'émancipant des règles protectrices des salariés²⁸¹. Néanmoins, il faut pour ce faire impérativement qu'elles aient été homologuées par l'administration. A défaut, les ruptures conventionnelles n'étant pas effectives, la Cour de cassation écarte l'idée qu'elles puissent être prises en compte dans le calcul²⁸².

184. Autres ruptures amiables du contrat à durée indéterminée. Les ruptures conventionnelles collectives, les congés de mobilité dans le cadre des accords de gestion

²⁷⁹ Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail

²⁸⁰ Cass. Soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581, Bull. Civ. V, n° 70 « *Dentressangle* » ; D. 2011 886, obs. B. INES ; ibid. 2012. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; Dr. soc. 2011. 681, note G. LOISEAU ; RDT 2011. 226, rapp. J.-M. BERAUD ; ibid. 244, obs. F. GEA ;

²⁸¹ F. GEA, « Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, 2011, p. 244

²⁸² Cass. Soc., 29 octobre 2013, n° 12-15.382, Bull. Civ. V, n° 253 ; Cass. Soc., 29 octobre 2013, n° 12-27.393 à 12-27.396 ; Y. LEROY, « Ruptures conventionnelles non homologuées et droit du licenciement économique », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, 2013, p. 764.

prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), et le contrat de sécurisation professionnelle (CSP) permettent pour leur part de casser le contrat de travail d'un commun accord entre l'employeur et le salarié, dans un cadre systématiquement économique, puisque sans rapport avec la personne du salarié volontaire, mais suivant des critères de sélection objectifs, qui servent à déterminer les salariés pouvant être débauchés. Ces modes spécifiques de rupture ont en effet une cause économique par nature en ce qu'ils permettent aux employeurs de moduler leur masse salariale, sans s'encombrer des procédures de licenciement pour motif économique, et du risque indemnitaire en cas de fausse note.

185. Rupture conventionnelle collective : appréhension légale. La rupture conventionnelle collective permet aux partenaires sociaux, par un accord collectif, de s'entendre sur la mise en place de ruptures de contrat de travail d'un commun accord, indépendamment de tout licenciement et de toute démission²⁸³. Créée par les Ordonnances de 2017, elle est organisée par les articles L. 1237-19 et suivants du Code du travail :

Article L. 1237-19, alinéa 1 :

« Un accord collectif peut déterminer le contenu d'une rupture conventionnelle collective excluant tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois. »

186. Rupture conventionnelle collective : pouvoir de l'administration. Là encore, un large pouvoir de contrôle est réservé à l'administration puisque la prise d'effet de l'accord est conditionnée à sa validation par la Direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (DREETS) :

²⁸³ P. LOKIEC, « Rupture conventionnelle collective », *Répert. Droit Trav.*, Dalloz, février 2022.

Article L1237-19-3, alinéa 1 :

« L'accord collectif mentionné à l'article L. 1237-19 est transmis à l'autorité administrative pour validation. »

187. Rupture conventionnelle collective : fonctionnement. Globalement l'accord de rupture conventionnelle collective permet, à l'issu d'une négociation entre employeur et instances de représentation du personnel, d'organiser les modalités de départ volontaire d'une partie des salariés, déterminée en fonction de critères objectifs tels que l'ancienneté ou la qualification professionnelle, afin de répondre à des aspirations économiques déterminés. Une période est fixée, pendant laquelle les salariés peuvent manifester leur intention de quitter l'entreprise. Durant cette période, l'employeur ne peut procéder à des licenciements pour motif économique.

188. Congé de mobilité. Le but du congé de mobilité est « *de favoriser le retour à un emploi stable par des mesures d'accompagnement, des actions de formation et des périodes de travail* » (article L. 1237-18 du Code du travail). Il est mis en place dans le cadre du dispositif de GPEC, pour lequel une négociation est obligatoire au moins une fois tous les trois ans dans les entreprises et groupes d'entreprises d'au moins trois-cent salariés, ainsi que pour les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire²⁸⁴, comportant au moins un établissement ou une entreprise d'au moins cent cinquante salariés en France. A l'occasion des négociations, le congé de mobilité est

²⁸⁴ Article L. 2341-1 du Code du travail : « [...] on entend par entreprise de dimension communautaire l'entreprise ou l'organisme qui emploie au moins mille salariés dans les Etats membres de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen et qui comporte au moins un établissement employant au moins cent cinquante salariés dans au moins deux de ces Etats. »

Article L. 2341-2 : « [...] on entend par groupe d'entreprises de dimension communautaire, le groupe, au sens de l'article L. 2331-1, satisfaisant aux conditions d'effectifs et d'activité mentionnées à l'article L. 2341-1 et comportant au moins une entreprise employant au moins cent cinquante salariés dans au moins deux des Etats mentionnés à ce même article. »

organisé par accord collectif²⁸⁵. Indépendant de la procédure de licenciement pour motif économique, il s'agit d'une période de suspension du contrat à l'issue de laquelle le contrat est rompu d'un commun accord entre les parties :

Article L. 1233-80 du Code du travail :

« L'acceptation par le salarié de la proposition de congé de mobilité emporte rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties à l'issue du congé. »

189. Contrat de sécurisation professionnelle. Le contrat de sécurisation professionnelle (CSP) est défini par l'article L. 1233-65 du Code du travail :

« Le contrat de sécurisation professionnelle a pour objet l'organisation et le déroulement d'un parcours de retour à l'emploi, le cas échéant au moyen d'une reconversion ou d'une création ou reprise d'entreprise. »

Il est destiné au salarié dont le licenciement pour motif économique est envisagé, afin qu'il puisse bénéficier « *d'un accompagnement renforcé et personnalisé consistant en un ensemble de mesures favorisant un reclassement accéléré vers l'emploi durable* »²⁸⁶.

Seule l'entreprise de moins de 1000 salariés, à moins qu'elle ne soit en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, est tenue de proposer un CSP aux salariés menacés.

190. Contrat de sécurisation professionnelle : procédure. Une fois la proposition de CSP reçue, le salarié dispose d'un délai de vingt et un jours pour le refuser ou l'accepter.

²⁸⁵ Le congé de mobilité peut aussi, depuis la loi de ratification des ordonnances « Macron » de 2018, être mis en place à l'occasion d'un accord portant rupture conventionnelle collective : cf. : art. L. 1237-18 du Code du travail.

²⁸⁶ Article 1, alinéa 2 de la Convention Unédic du 26 janvier 2015 relative au contrat de sécurisation professionnelle.

Dans le premier cas, la procédure suit son cours et il s'expose au licenciement pour motif économique. Dans le second, le contrat de travail est rompu d'un commun accord à la date de fin du délai, et le CSP prend son relai.

191. Plan de départ volontaire. Le contrat de travail peut enfin être rompu d'un commun accord dans le cadre d'un plan de départ volontaire (PDV), lui-même inscrit dans un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) ou un accord collectif de réduction des effectifs. Sans réel fondement légal, la pratique n'a pour autant jamais été contredite par le législateur

192. Contournement des règles du licenciement. Afin que tous ces modes alternatifs de rupture du contrat de travail ne deviennent pas un moyen de contournement pur et simple de la procédure de licenciement pour motif économique, le législateur avait affirmé que les règles propres à cette dernière, dès lors qu'une cause économique pouvait être remarquée, devaient être appliquées à toutes suppression d'emploi, sans exclure celles issues d'un plan de départ volontaire, à la seule exception des ruptures conventionnelles :

Ancien article L. 1233-3, alinéa 2 du Code du travail :

« Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa. »

La réforme du droit du licenciement par les ordonnances Macron a toutefois pris le pas d'élargir le champ des exceptions, excluant également du champ d'application des règles de procédure du licenciement pour motif économique les ruptures d'un commun accord issues d'un accord collectif, c'est à dire les ruptures conventionnelles collectives, et les ruptures d'un commun accord dans le cadre du dispositif de GPEC :

Article L. 1233-3, dernier alinéa du Code du travail, en vigueur :

« Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées au présent article, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants et de la rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif visée aux articles L. 1237-17 et suivants. »

S'agissant des plans de départ volontaires, la jurisprudence a, pour sa part, estimé que certaines règles propres au licenciement pour motif économique devaient être exclues. C'est le cas notamment des règles de notification du licenciement²⁸⁷, celles relatives aux critères d'ordre des licenciements²⁸⁸, celles relatives à la cause économique²⁸⁹ ou encore de celles qui organisent l'obligation de reclassement qui incombe à l'employeur : en dehors du licenciement pour motif économique, ce dernier n'a que l'obligation de prévoir un plan de reclassement externe, et n'est donc pas tenu de rechercher les possibilités internes à l'entreprise de maintien dans l'emploi²⁹⁰. Cette solution ne vaut en revanche que pour les plans de départ volontaire dits « autonomes »²⁹¹ qui ne prévoient de réduction du personnel que par la voie du départ volontaire, sans mesures de licenciement, à l'inverse des plans de départ volontaire « mixtes ».

193. Accord de performance collective. Spécificité parmi d'autre des Ordonnances « Macron » du 22 septembre 2017, l'accord de performance collective constitue une autre alternative au licenciement pour motif économique, ouverte au bénéfice de l'employeur à l'article L. 2254-2 du Code du travail :

²⁸⁷ Cass. Soc., 2 novembre 2005, n° 02-44.721.

²⁸⁸ Cass. Soc., 12 juillet 2004, n° 02-19.175.

²⁸⁹ Cass. Soc., 8 février 2012, n° 10-27.176.

²⁹⁰ Cass. Soc., 26 octobre 2010, « *Renault* », n° 09-15.187, Bull. Civ. V, n° 64, Dr. Ouv. 2010, 148, obs. I. MEYRAT ; F. CHAMPEAUX, « Le sacre du PDV autonome », *Sem. Soc. Lamy*, 2 novembre 2010, vol. 1465, p. 6-7.

²⁹¹ Cass. Soc. 25 janvier 2012, n° 10-23.516, Bull Civ. V.

« *I. – Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi, un accord de performance collective peut :*

- aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;*
- aménager la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 dans le respect des salaires minima hiérarchiques mentionnés au 1° du I de l'article L. 2253-1 ;*
- déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.*

II. – L'accord définit dans son préambule ses objectifs et peut préciser :

1° Les modalités d'information des salariés sur son application et son suivi pendant toute sa durée, ainsi que, le cas échéant, l'examen de la situation des salariés au terme de l'accord ;

2° Les conditions dans lesquelles fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés pendant toute sa durée :

- les dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord ;*
- les mandataires sociaux et les actionnaires, dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance ;*

3° Les modalités selon lesquelles sont conciliées la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés ;

4° Les modalités d'accompagnement des salariés ainsi que l'abondement du compte personnel de formation au-delà du montant minimal défini au décret mentionné au VI du présent article.

Les dispositions des articles L. 3121-41, L. 3121-42, L. 3121-44 et L. 3121-47 s'appliquent si l'accord met en place ou modifie un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine.

Les articles L. 3121-53 à L. 3121-66 s'appliquent si l'accord met en place ou modifie un dispositif de forfait annuel, à l'exception de l'article L. 3121-55 et du 5° du I de l'article L. 3121-64 en cas de simple modification.

Lorsque l'accord modifie un dispositif de forfait annuel, l'acceptation de l'application de l'accord par le salarié conformément aux III et IV du présent article entraîne de plein droit l'application des stipulations de l'accord relatives au dispositif de forfait annuel.

III. – Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord.

IV. – Le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur à compter de la date à laquelle ce dernier a informé les salariés, par tout moyen conférant date certaine et précise, de l'existence et du contenu de l'accord, ainsi que du droit de chacun d'eux d'accepter ou de refuser l'application à son contrat de travail de cet accord.

V. – L'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié pour engager une procédure de licenciement. Ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse. Ce licenciement est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L. 1232-2 à L. 1232-14 ainsi qu'aux articles L. 1234-1 à L. 1234-11, L. 1234-14, L. 1234-18, L. 1234-19 et L. 1234-20.

VI. – Le salarié peut s'inscrire et être accompagné comme demandeur d'emploi à l'issue du licenciement et être indemnisé dans les conditions prévues par les accords mentionnés à l'article L. 5422-20. En l'absence des stipulations mentionnées au 4° du II du présent article, l'employeur abonde le compte personnel de formation du salarié dans des conditions et limites définies par décret. Cet abondement n'entre pas en compte dans les modes de calcul des droits

crédités chaque année sur le compte et du plafond mentionné à l'article L. 6323-11. »

194. But de l'accord de performance collective : modification du contrat. Héritier des accords de mobilité professionnelle ou géographique interne et des accords de maintien de l'emploi de la Loi du 14 juin 2013, ou encore des accords de préservation de l'emploi de la Loi « El Khomri » du 8 aout 2016²⁹², il est désormais l'outil unique de négociation collective destiné à « *répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » ou à « *préserver* » ou « *développer l'emploi* ». Comme ceux-ci, sa particularité tient dans la possibilité qu'il ouvre d'outrepasser les éléments contractuels tels que la rémunération, le temps de travail, la qualification professionnelle et le lieu de travail : le salarié reste en droit de refuser toute modification de son contrat mais son refus n'est pas sans conséquences.

195. Refus par le salarié de la modification de son contrat. Il y a tout de même une différence majeure entre l'accord de performance collective et ses prédecesseurs, s'agissant de cette possibilité de refus laissée au salarié. Si le texte de la loi ne lui nie pas, son opposition à la modification de son contrat de travail constitue un « motif spécifique » de rupture, et est donc à-même de justifier un licenciement *sui generis*, réel et sérieux, affranchi des règles de procédure du licenciement pour motif économique²⁹³.

Ce pas avait déjà été en partie pris par la Loi « El Khomri », qui avait reconnu l'existence d'une cause réelle et sérieuse préconstituée par le refus du salarié des modifications de

²⁹² E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, *op. cit.* note 249, p. 480.

²⁹³ Le doute est permis sur la question de savoir si ce dispositif est compatible avec le droit européen ou non, qui considère que la notion de licenciement « *englobe toute cessation du contrat de travail non voulue par le travailleur, et donc sans son consentement* » (CJUE 11 novembre 2015, Christian Pujante Rivera contre Gestora Clubs Dir SL, aff. C-422/14, pt 48) ; voir sur ce point N. MOIZARD, « Les accords sur l'emploi (version ordonnances Macron) sont-ils compatibles avec la directive “licenciements collectifs” ? », *Rev. Droit Trav.*, 1 février 2018, vol. 2, p. 128-131 ; L. DRIGUEZ, « Le droit français de la modification du contrat de travail pour motif économique bousculé par la CJUE (Quelques réflexions suscitées par deux arrêts du 21 sept. 2017) », *Droit Soc Dalloz.*, avril 2018, vol. 4, p. 356-363

son contrat de travail. Le licenciement en question devait toutefois respecter les obligations procédurales propres aux licenciements pour motif économique individuels.

Section 2 – La justification économique de la rupture

196. Justification de la rupture : fond et forme. Le mot « justifier » tire ses origines étymologiques des expressions latines « *justus* », qui signifie « juste », et « *facere* », qui signifie « faire ». En somme, justifier c'est faire qu'une chose soit juste, mettre hors d'inculpation une personne ou une action²⁹⁴. Il s'agit de donner une légitimité à la poursuite d'un ouvrage²⁹⁵. Or, le comportement légitime n'est pas seulement celui qui est guidé par un but louable, c'est aussi celui qui paraît juste dans sa mise en œuvre. Dès lors, on constate que la justification se trouve autant dans la « cause » juste, que dans le « procédé » juste, dans le « pourquoi », et dans le « comment ». Il y a dans cette idée l'expression d'une conception substantielle du droit processuel²⁹⁶, qui, au lieu d'opposer justification et procédure, les place dans un lien d'interdépendance, en ce sens que la procédure permet l'émergence de la justification²⁹⁷.

197. Justification et rupture du contrat de travail. Le droit français de la rupture du contrat de travail, en tant que droit conditionné, est dans son ensemble marqué par ce besoin de justification, et donc cette recherche de légitimité dans l'acte même de rompre.

²⁹⁴ Dictionnaire de la langue française par Emile Littré.

²⁹⁵ A. VILLEGER, « Pourquoi un droit du travail ? Libres propos sur la justification du point de vue des sciences de gestion (Seconde partie) », *Droit Soc. Dalloz*, 1 mai 2019, vol. 5, p. 344.

²⁹⁶ J.-F. PAULIN, « Licenciement pour motif économique : procédure », *Répert. Droit Trav.*, Dalloz, décembre 2023, n° 27.

²⁹⁷ E. LAFUMA, « Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail », Paris, France, LGDJ, 2008, n° 200 et s.

C'est toutefois en matière de licenciement que cette singularité est la plus probante. Protection du salarié oblige, l'acte unilatéral de rupture de la part de l'employeur ne peut être considéré comme légitime que s'il apparaît être l'inévitable solution qui s'offre à lui. En matière économique, il s'agit donc de déterminer les faits de l'entreprise qui peuvent conduire au renvoi d'un ou plusieurs salariés, et les formes à respecter pour garantir à ces derniers la protection optimum.

Pourtant, dans les conceptions classiques de droit privé, les « raisons d'agir » ne font pas l'objet d'un contrôle judiciaire²⁹⁸. Il apparaît alors que le droit français du travail, et plus particulièrement celui de la rupture du contrat de travail, s'est construit dans un sens inverse de celui du droit commun, en instaurant progressivement ce contrôle sur les choix de direction pris par les entreprises dans la gestion de leur personnel.

198. Origines de la justification : droit international. Cette construction tient sans doute son origine dans le droit international du travail qui, affranchi des concepts juridiques nationaux, s'est attaché à développer des normes destinées à la protection de individus, et plus spécifiquement des travailleurs. A ce titre, l'Organisation internationale du travail (OIT) s'est d'ailleurs affirmée comme source d'inspiration indéniable du droit du travail national français²⁹⁹. Dès 1963, par une recommandation n° 119, la conférence générale de l'organisation adoptait une position en ce sens en proposant « *qu'aucun licenciement ne devrait intervenir sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ». D'aucuns ont estimé que cette mesure consacrait de manière inédite un « principe fondamental de justification »³⁰⁰. Cette idée

²⁹⁸ F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, thèse, Paris, 2000, p. 97 et s..

²⁹⁹ J.-M. VERDIER, « L'apport des normes de l'OIT au droit du travail », *Etudes Offer. À M Gérarg Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 59 ; J.-M. VERDIER, « L'apport des normes de l'OIT au droit français du travail », *Rev. Int. Trav.*, 1993, vol. 132, n° 5-6, n°s 5-6 ; N. VATICOS, *Droit international du travail*, Dalloz, 2ème édition, 1963, n° 576.

³⁰⁰ International Labour Conference, « Protection contre le licenciement injustifié », dans *Protection contre le licenciement injustifié*, coll. Rapport III (Partie 4B), Genève, BIT, 1995.

sera par la suite reprise dans la Convention n° 158, et dans la recommandation n° 166 de l’OIT.

199. Origines de la justification : droit national. Sur le plan national, c'est la loi du 13 juillet 1973 qui a planté les graines d'un contrôle judiciaire de la justification, lequel s'est développé par la suite au gré des réformes. C'est d'ailleurs en discutant de cette évolution que certains se sont prêtés à évoquer l'idée que le licenciement était devenu un « droit causé »³⁰¹ : à partir de cet instant, « l'employeur ne peut plus rompre le contrat de travail pour n'importe quel motif ; il ne peut le dénoncer que s'il existe une cause réelle et sérieuse »³⁰².

Or, la loi de 1973 n'a pas seulement consacré la justification du licenciement, elle a aussi, par l'introduction d'une procédure préalable, intégré un cadre structurel qui conditionne la réalisation de cette justification³⁰³. Ainsi, l'employeur se voit contraint de respecter des formalités obligatoires, telles que l'organisation d'un entretien préalable, au cours duquel il doit exposer les raisons d'un éventuel débauchage, ou que l'envoi d'une lettre de licenciement pour acter la rupture, qui l'engage sur les raisons de son choix, et ce jusqu'au contentieux.

200. Plan. Le contrôle de la justification économique du licenciement est d'abord un contrôle des raisons de la décision de celui qui en a l'initiative : pourquoi doit-il y avoir rupture du contrat de travail ? En raison des libertés qui gouvernent les autres modes de rupture, cette question concerne surtout le licenciement. Il s'agit là d'apprécier si la résiliation du contrat de travail est raisonnablement l'inévitable option, le dernier recours, entre les mains de l'employeur. C'est donc une évaluation du « bien-fondé » de la rupture

³⁰¹ J. PELISSIER, *La réforme du licenciement*, Sirey, 1974, p. 1.

³⁰² *Ibid.* p. 83.

³⁰³ F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.* note 296, p. 115.

(I). Le contrôle est ensuite celui des formes dans le processus de rupture du contrat de travail. Il s'agit alors d'apprécier le « bien-faire » (II).

I. Le bien-fondé de la rupture

201. Bien-fondé de la rupture objective : exclusivité du licenciement. La question du bien-fondé de la rupture se pose exclusivement en matière de licenciement. Pour cause, les autres modes de rupture n'ont pas légalement besoin d'être justifiés pour être licite, soit parce qu'ils sont fondamentalement libres, comme la démission, soit parce qu'ils sont littéralement exclus du champ des règles de procédure propres au licenciement pour motif économique, telles les ruptures conventionnelles et les ruptures d'un commun accord issues d'un accord collectif ou dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC)³⁰⁴. S'agissant de la rupture dans le cadre d'un contrat de sécurisation professionnelle (CSP), les règles de justification sont les mêmes que celles propres au licenciement pour motif économique, puisque non concernée par ladite exclusion.

202. Appréhension historique du motif économique de licenciement. Le motif économique à même de justifier un licenciement a fait l'objet de plusieurs réformes depuis 1986 et la suppression définitive de l'autorisation administrative³⁰⁵. Avant cela, le législateur était resté silencieux sur l'appréhension de la notion, laissant à l'administration, et au demeurant son juge, le soin d'encadrer juridiquement la

³⁰⁴ Art. L. 1233-3 du code du travail, dernier alinéa.

³⁰⁵ Loi n° 86-797 du 3 juillet 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement et Loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement.

justification du licenciement « *fondé sur un motif économique d'ordre conjoncturel ou structurel* »³⁰⁶.

Une première définition légale a été donnée par la loi n° 89-549 du 2 août 1989 désignant le motif économique justifiant le licenciement comme celui « *résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* ». Deux éléments ont été dégagés de cette disposition : un élément matériel qui correspond à l'atteinte sur l'emploi du salarié menacé, et un fait générant qui correspond aux circonstances qui ont mené à cette atteinte³⁰⁷. Sans précision supplémentaire, et à la lecture de la lettre de l'article, il s'est avéré qu'aucune liste limitative des motifs admissibles ne pouvait être dressée, et qu'il appartenait donc vraisemblablement au juge de déterminer le cadre de la motivation du licenciement pour motif économique.

203. Définition actuelle du motif économique. Depuis la loi « Travail » du 8 août 2016, la définition du licenciement pour motif économique de l'article L. 1233-3 a été réécrite, laissant bien moins de place à une interprétation extensive de la justification :

« *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment :*

1° A des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation

³⁰⁶ Loi n° 75-5 du 3 janvier 1975 relative aux licenciements pour cause économique ; S. FROSSARD, *Licenciement pour motif économique : notion, op. cit. note 248, n° 4.*

³⁰⁷ P. WAQUET, « La cause économique du licenciement », *op. cit. note 248, p. 168.*

de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :

- a) Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ;*
- b) Deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ;*
- c) Trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ;*
- d) Quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus ;*

2° A des mutations technologiques ;

3° A une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;

4° A la cessation d'activité de l'entreprise.

La matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise.

Les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national, sauf fraude.

Pour l'application du présent article, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce.

Le secteur d'activité permettant d'apprécier la cause économique du licenciement est caractérisé, notamment, par la nature des produits biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, ainsi que les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché.

[...]»

204. Plan. Malgré ces changements, l'idée centrale demeure³⁰⁸ : le licenciement doit être « *justifié par une cause réelle et sérieuse* » (Article L. 1233-2 du Code du travail), et le motif économique réel et sérieux de licenciement est celui qui, en raison d'un fait économique génératrice (1), entraîne la disparition d'un emploi (2).

1. Le fait économique génératrice

205. Débats. La question des difficultés économiques susceptibles de fonder un licenciement pour motif économique fait régulièrement débat en France puisqu'elle est au cœur des dissonances entre ceux qui voudraient faire prévaloir les libertés économiques de l'employeur sur la sauvegarde des emplois des salariés, et ceux qui défendent la position inverse. Avant les réformes opérées en 2016, la Cour de cassation avait du reste formulé une jurisprudence suffisamment prolifique pour pouvoir encadrer

³⁰⁸ S. FROSSARD, *Licenciement pour motif économique : notion, op. cit.* note 248, n° 63.

les décisions de l'employeur et garantir un certain équilibre entre sa liberté et les droits des travailleurs³⁰⁹.

206. Faits économiques avant les réformes. En ce qui concerne les faits économiques susceptibles de justifier le licenciement pour motif économique, la Cour de cassation considérait tout d'abord, sur le fondement de l'adverbe « notamment » que comportait l'article L. 1233-3 du Code du travail – et que comportait déjà depuis les réformes de 1989³¹⁰ l'ancien article L. 321-1 – que les raisons qui expliquent la suppression ou la modification des emplois n'étaient pas limitatives. Elle admettait ainsi qu'étaient recevables comme cause originelle du licenciement la nécessaire sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise³¹¹, et la cessation d'activité. Cette dernière acception comprenait la fermeture totale de l'entreprise³¹², mais pas de l'établissement³¹³. En revanche, elle refusait de voir un motif réel et sérieux lorsque la fermeture de l'entreprise était objectivement due à la faute ou à la légèreté blâmable de l'employeur³¹⁴, avec même une interprétation extensive de cette notion d'employeur lorsque la fermeture était décidée au niveau du groupe dans le but d'améliorer sa rentabilité³¹⁵.

207. Faits économiques générateurs après les réformes. Depuis 2016, demeurent encore les deux motifs admissibles initiaux que sont les difficultés économiques et les mutations technologiques, et ont été ajoutées les deux créations jurisprudentielles que sont la nécessaire sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise et la cessation d'activité.

³⁰⁹ L. FIN-LANGER, « La rupture pour motif économique », *Droit Ouvrier*, 1 août 2017, vol. 829, p. 470.

³¹⁰ Loi n° 89-549 du 2 août 1989 modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion.

³¹¹ Cass. Soc. 5 avril 1995, n° 93-42.690, Bull. civ. V n° 123, Affaire Thomson Tubes ; Soc. 16 décembre 2008, n° 07-41.953, RDT 2009, p. 103.

³¹² Cass. Soc. 16 janvier 2001, n° 98-44.647, DS 2001, p. 413 ; sur l'insuffisance de la cessation partielle : Cass. soc. 23 mars 2017, n° 15-21.183.

³¹³ Cass. Soc. 10 octobre 2006, n° 04-43.453, JCP Social 2007, 1139.

³¹⁴ Cass. Soc. 14 décembre 2005, n° 03-44.380, JCP Social 2006, 1474.

³¹⁵ Cass. Soc. 1 février 2011, n° 10-30.045, JCP Social 2011, 1095, Affaire Goodyear ; obs. F-J. PANSIER, *Les Cahiers Sociaux*, 1^{er} avril 2011, n°229, p. 106.

Si l'adverbe « notamment » est toujours présent, c'est que la liste n'est toujours pas arrêtée de principe et les faits générateurs admissibles restent non limitatifs. A priori, ceux qui avaient été antérieurement reconnus par le juge suprême perdurent donc.

208. Difficultés économiques : avant réforme. Avant la réforme de 2016, le juge suprême exigeait que les difficultés économiques invoquées par l'employeur soient suffisamment graves pour le contraindre à licencier. Se fondant sur le texte qui prévoyait déjà comme faits économique admissibles les « *difficultés économiques* » et les « *mutations technologiques* », l'examen était effectué au cas par cas par le juge. Celui-ci avait par exemple accepté comme cause réelle et sérieuse la perte d'un client unique³¹⁶, mais refusé la recherche d'une économie³¹⁷, le ralentissement des ventes ou la perte d'un marché³¹⁸. A l'inverse, il admettait les « baisses importantes de chiffre d'affaires plusieurs années de suite »³¹⁹, les « difficultés économiques caractérisées par d'importantes pertes financières »³²⁰, ou la « perte d'exploitation importante »³²¹.

209. Difficultés économiques : après réforme. Depuis la réforme de 2016, la loi définit désormais précisément ce qui peut être entendu comme difficultés économique susceptible de justifier le licenciement pour motif économique³²². Des « *indicateurs économiques* » sont listés non-limitativement, et leur « *évolution significative* » signifie que l'employeur est en difficulté. Les indicateurs énumérés sont la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, les pertes d'exploitation, la dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation. Cette liste n'est pas exhaustive puisque le texte admet également « *tous les autres éléments de nature à justifier des difficultés économiques* ».

³¹⁶ Cass. Soc. 19 juillet 2000, n° 98-42.506, RJS 2000, p. 1064.

³¹⁷ Cass. Soc. 6 juillet 1999, n° 97-41.036, RJS 1999, p. 767.

³¹⁸ Cass. Soc. 10 octobre 2006, n° 04-43.453, Dr. Soc. 2007, p.112.

³¹⁹ Cass. Soc., 16 oct. 2001, n° 99-44.934.

³²⁰ Cass. Soc., 23 mars 2005, n° 03-41.354.

³²¹ Cass. Soc., 29 janv. 2008, n° 06-44.189.

³²²E. JEANSEN, « Les difficultés économiques justifiant un licenciement », *JCP Édition Soc. Anciennement Rev. Trav. Prot. Soc.*, 28 février 2017, vol. 8, p. 10-13, p. 1055.

210. Baisse du chiffre d'affaires. Le chiffre d'affaires constitue la somme des transactions opérées par l'entreprise avec des tiers, dans l'exercice de son activité au cours d'un exercice comptable³²³. C'est un indicateur relativement fiable de la santé financière de l'entreprise mais il peut aisément faire l'objet de manipulations. Dans son contrôle cependant, le juge peut pertinemment sanctionner les opérations frauduleuses qui consisteraient à orchestrer la baisse du chiffre d'affaires par l'employeur, pour réaliser des licenciements.

211. Baisse des commandes. En ce qui concerne la baisse des commandes, un premier problème peut être noté. Elle ne correspond pas à une difficulté économique actuelle et certaine, mais « future et non présente »³²⁴. Cela ressemble fort à une maladresse de la part du législateur dans la rédaction de la loi. D'autant que celui-ci a inscrit dans l'article L. 1233-4 du Code du travail comme justification admissible la perte de la compétitivité de l'entreprise. La baisse des commandes devrait plus logiquement intégrer cette catégorie. Une autre question peut être posée : est-ce le nombre de commandes ou la valeur de celles-ci qui doit être regardé par le juge ? Le nombre de commande a en effet un impact certain sur le besoin de main d'œuvre mais sa diminution peut être un choix économique de l'entreprise. Dans ce cas, elle ne relève aucunement de la difficulté économique. Le choix devrait donc se porter sur la valeur des commandes. Or, regarder la valeur des commandes revient à regarder le chiffre d'affaires. Si l'article L. 1233-3 dispose qu'un seul indicateur est suffisant, et que cela peut être l'un *ou* l'autre, le juge ne pourra en aucun cas exiger de l'employeur qu'il invoque les deux cumulativement.

212. Baisses du chiffre d'affaires et des commandes : critère temporel. En ce qui concerne le premier indicateur, celui de la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, la loi, se fondant sur critère temporel, donne une « pré-constitution »³²⁵ du motif. Le juge

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail, op. cit.* note 249, p. 455.

est forcé de reconnaître le fait économique générateur lorsque, comparée à l'exercice de l'année précédente, la durée du fléchissement est supérieure ou égale à un certain nombre de trimestres en fonction de la taille de l'entreprise : un pour les entreprises de moins de onze salariés, deux consécutifs pour les entreprises d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés, trois consécutifs pour les entreprises d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés, quatre consécutifs pour les entreprises de trois cents salariés et plus.

213. Autres indicateurs de difficultés économiques. La perte d'exploitation est la conséquence d'un résultat négatif d'exploitation de l'entreprise, calculé à partir de sa seule activité opérationnelle. Il n'est pas question ici de rentabilité, mais de résultat final négatif. La dégradation de la trésorerie correspond pour sa part à la difficulté pour l'actif disponible de couvrir le passif exigible. Enfin, l'excédent brut d'exploitation démontre la disponibilité financière que génère l'activité de l'entreprise. Elle révèle la capacité de l'entreprise à produire des ressources du seul fait de son activité. Une dégradation de celui-ci exprime par conséquent le manque de rentabilité de l'activité.

S'agissant des pertes d'exploitation, et de la dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, il a été affirmé que cet ajout confirmait des solutions jurisprudentielles antérieures³²⁶. En vérité, la Cour de cassation était mitigée sur ces questions. Elle n'a d'abord jamais accepté l'excédent brut d'exploitation comme difficulté exclusivement admissible. Ensuite, si parfois elle a pu accueillir positivement la dégradation de trésorerie³²⁷, ça n'a jamais été systématique³²⁸.

214. Liste non-exhaustive. L'article L. 1233-3 vise enfin comme indicateur des difficultés économiques « tout autre élément de nature justifier de ces difficultés ». La liste n'est ainsi pas limitative et cela signifie que les employeurs pourront se fonder sur

³²⁶ Rapp. AN, 7 avril 2016, n° 3675.

³²⁷ Cass. Soc., 3 février 2016, n° 14-23.638.

³²⁸ Cass. Soc., 12 mai 1998, n° 96-40.370, Bull. Civ. V, n° 245.

d'autres éléments pour justifier les ruptures de contrat, pour peu qu'ils soient réels et sérieux.

215. Gravité des difficultés économiques. Pour ce qui est de l'importance de la difficulté invoquée, exigée pour pouvoir justifier le licenciement, la loi nouvelle est là encore venue contrer la jurisprudence antérieure et forcer l'appréciation du juge. L'exigence de gravité suffisante est délaissée au profit du besoin d'évolution *significative* d'au moins un des indicateurs. Si les deux notions peuvent paraître similaire, une différence existe bel et bien. Lorsqu'il était question de gravité, le juge pouvait déterminer le péril qui menaçait la santé économique de l'employeur, afin de mesurer les conséquences néfastes qu'auraient eu un éventuel maintien du salarié licencié sur l'entreprise. Désormais qu'il est question d'évolution significative, la notion est objectivée. Peu importe le péril, la difficulté peut être caractérisée dès lors que l'indicateur paraît sérieux et durable³²⁹.

216. Mutations technologiques. La mutation technologique s'entend comme le changement, dans l'entreprise, « qui prend la forme d'une révolution des techniques ou des méthodes employées »³³⁰. Il s'agit là d'une révolution technologique qui transforme nécessairement l'emploi du salarié concerné par l'éventuel licenciement pour motif économique. Ce fait économique générateur figurait déjà dans l'ancienne rédaction de l'article L. 1233-3 du code du travail, et la Cour de cassation avait déjà eu de nombreuses

³²⁹ P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, LGDJ, Précis Domat, 3ème, 2023, p. 358 ; Cass. Soc., 1^{er} février 2023, n° 20.19-661, RJS 4/23, n° 203 ; JCP S 2023, 1067, note P. MORVAN ; BJT mars 2023, note S. RIANCHO : « au regard du caractère sérieux et durable de la dégradation de l'excédent brut d'exploitation, [...] cet indicateur avait subi une évolution significative » ; T. HOLLANDE, L. RICHARD, « Les indicateurs comptables ont-ils effacé le pouvoir d'appréciation du juge des difficultés économiques ? », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, 1 mai 2023, vol. 5, p. 304-310 ; B. VEYSSIERE, « Motif économique du licenciement et appréciation des difficultés économiques : caractérisation de la dégradation de l'EBE », *Gaz. Palais*, 19 septembre 2023, vol. 29, p. 67 ; E. MAUREL, « L'évolution significative de l'excédent brut d'exploitation ou sa diminution sérieuse et durable », *Dalloz Actual.*, 14 février 2023.

³³⁰ S. FROSSARD, *Licenciement pour motif économique : notion*, *op. cit.* note 248, n° 116 ; G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.* note 14, p. 811.

fois l'occasion de préciser son caractère autonome³³¹ et ce qui pouvait être entendu comme telle. Ainsi, peu importe que l'entreprise « *ne [connaisse] aucune difficulté économique [...] , l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise peut constituer une cause économique de suppression ou de transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail* »³³². Il en va d'ailleurs de même si l'employeur ne connaît aucune menace sur sa compétitivité : « *l'introduction d'une technologie informatique nouvelle comportant une incidence sur l'emploi constitue une cause économique de licenciement alors même que la compétitivité de l'entreprise ne serait pas menacée* »³³³. Il appartient de manière générale au juge du fond de statuer sur la réalité et le sérieux de la mutation technologique afin de déterminer l'impact réel des transformations sur l'emploi.

217. Nécessaire sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. Dans l'idée qu'il est parfois préférable d'anticiper des difficultés économiques avant qu'elles ne soient effectives, la Cour de cassation avait déjà eu à reconnaître que la réorganisation de l'entreprise, nécessaire à la sauvegarde d'une compétitivité, puisse justifier des licenciements pour motif économique. Les arrêts « Thomson Tubes » (Vidéocolor) et « TRW Répa » avaient été fondateurs sur la question en intégrant la notion de compétitivité³³⁴, mais avaient laissé quelques doutes sur la manière dont le juge pourrait apprécier cette notion³³⁵. Ces doutes avaient finalement été dissipés par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt « SAT », décidant qu'il n'appartenait pas au juge « *de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles* »,

³³¹ Cass. Soc., 29 mai 2002, n° 99-45.897.

³³² Cass. Soc., 2 juin 1993, n° 90-44.956, Bull. civ. V, n° 155 ; Dr. soc. 1993. 678 ; CSB n° 54, novembre 1993, p. 282, obs. A. PHILBERT.

³³³ Cass. Soc., 9 octobre 2002, n° 00-44.069.

³³⁴ S. FROSSARD, *Licenciement pour motif économique : notion, op. cit.* note 248, n° 90 et 121 : Cass. Soc., 5 avril 1995, n° 93-43.866 et 93-42.690, D. 1995. 503, note M. KELLER ; D. 1995. Somm. 367, obs. I. de LAUNAY-GALLOT ; Dr. soc. 1995. 487 ; et les commentaires de Ph. WAQUET, Dr. soc. Dalloz, 1995. 482, et G. LYON-CAEN, Dr. soc. Dalloz, 1995. 489 ; RJS 5/1995, n° 497.

³³⁵ B. BOUBLI, P. LOKIEC, « Quel contrôle judiciaire de la compétitivité de l'entreprise ? », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, 1 avril 2008, vol. 4, p. 218-223.

même si ce choix constituait le projet le plus lourd en termes de nombre de salariés licenciés³³⁶. Cette solution s'est inscrite dans une ligne jurisprudentielle claire et jamais remise en cause : le juge ne peut remettre en cause les choix économiques de l'employeur³³⁷. En somme, son contrôle se résume donc à vérifier objectivement que la situation économique de l'employeur sera compromise s'il ne procède pas à la réorganisation prévue³³⁸. Ce fait économique génératrice a depuis été intégrée dans la loi, sans autre précision, ce qui laisse à croire que les solutions jurisprudentielles restent de rigueur.

218. Cessation d'activité. La cessation d'activité a elle aussi été antérieurement reconnue par le juge avant d'être intégrée dans le texte de la loi³³⁹. L'employeur qui ferme définitivement son entreprise justifie naturellement le licenciement pour motif économique de ses salariés. La Cour de cassation exige toutefois que cette cessation d'activité soit complète, et définitive³⁴⁰. La cessation d'activité temporaire ne saurait ainsi justifier des licenciements. Elle ne peut par ailleurs en aucun cas être due à une légèreté blâmable de l'employeur³⁴¹.

219. Cadre d'appréciation du fait économique génératrice. L'article L. 1233-3 dispose depuis les ordonnances « Macron » que « les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe et, dans le

³³⁶ Ass. Plén., 8 décembre 2000, n° 97-44.219, Bull. AP, n° 11.

³³⁷ Cass. Soc., 3 octobre 2001, n° 00-15.267, D. 2002. Somm. 771, obs. J. PORTA ; Cass. Soc., 16 octobre 2001, n° 99-44.934 ; voir en ce sens : F. GEA, « Le contrôle judiciaire des choix de gestion de l'employeur : le sens des limites et les limites du sens », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, 1 octobre 2009, vol. 10, p. 584-588.

³³⁸ Cass. Soc., 11 janvier 2006, n° 05-40.977, « Pages Jaunes », Bull. Civ. V, n° 10 ; D. 2006, 1013, note J. PELISSIER ; Dr. Soc. 2006, p. 138-143, obs. J-E. RAY ; Grands arrêts, n° 116.

³³⁹ Cass. Soc., 16 janvier 2001, n° 98-44.647, Bull. Civ. V, n° 10, p. 7.

³⁴⁰ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail, op. cit.* note 14, p. 816 ; Cass. Soc., 9 mars 2004, n° 01-46.780, RJS 4/04, n° 667 ; Cass. Soc., 11 avril 2018, n° 16-27.891.

³⁴¹ Cass. Soc., 10 mai 2005, n° 03-40.620 ; Cass. Soc., 2 juin 2009, n° 08-41.747.

cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national, sauf fraude »³⁴². Cette rédaction répond à une demande ancienne de la part des employeurs : recentrer les rapports juridiques sur l'entreprise, et éviter de ce fait l'immixtion d'autres entités dans les appréciations.

220. Restriction du cadre d'appréciation. La jurisprudence avait pourtant souvent fait preuve d'une volonté inverse. Elle a ainsi créé différents mécanismes pour étendre, lorsqu'elle l'estimait nécessaire, son regard sur les pratiques de l'employeur. A ce titre, elle élargissait le périmètre d'appréciation du motif économique au secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise depuis 1995³⁴³. Ainsi, dans les cas où les licenciements étaient décidés sur le fondement de difficultés économiques de l'entreprise, le juge se permettait de regarder la situation économique du secteur d'activité du groupe, peu lui important si celui-ci était transfrontalier³⁴⁴. Dans un arrêt de 2016, la chambre sociale avait précisé sa position en expliquant que « *le périmètre du groupe à prendre en considération à cet effet est l'ensemble des entreprises unies par le contrôle et l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du Code du travail, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national* »³⁴⁵. D'aucuns ont estimé que cette pratique « *reposait sur une vision idéaliste* » et qu'elle n'avait pour effet que « *de dissuader les groupes étrangers d'investir et d'embaucher en France* »³⁴⁶. Comme l'a exprimé Laurent Pietraszewski, député à l'Assemblée nationale, dans son rapport portant sur la loi de ratification des Ordonnances de septembre 2017 : « *en entérinant la prise en compte d'un seul périmètre national des difficultés économiques, le texte souhaite contrecarrer une jurisprudence qui a conduit* »

³⁴² Article L. 1233-3 du Code du travail.

³⁴³ Cass. Soc., 5 avril 1995, n° 93-42.690 et Cass. Soc., 5 avril 1995, n° 93-43.866.

³⁴⁴ Cass. Soc., 12 juin 2001, n° 99-41.571, Bull. civ. V, n° 214.

³⁴⁵ Cass. Soc., 16 novembre 2016, n° 15-19.927 et n° 14-30.063 ; L'article L. 2331-1 du code du travail fixe les conditions de mise en place d'un comité de groupe.

³⁴⁶ P. THIEBART, B. ATTIAS, « La jurisprudence de la Cour de cassation sur les licenciements économiques survivra-t-elle aux Ordonnances Travail ? », *Jurisprud. Soc. Lamy*, 29 novembre 2017, vol. 442, p. 4-7.

*par le passé à priver des entreprises manifestement confrontées à des difficultés économiques de toute possibilité de réorganisation »*³⁴⁷.

2. La disparition de l'emploi

221. Élément matériel de justification. Pour qu'il y ait motif économique valable de licenciement, le législateur exige la reconnaissance, parmi trois propositions, d'un élément matériel de justification. Il peut s'agir d'une « *suppression* » d'emploi, d'une « *transformation* » d'emploi ou d'une « *modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail* ». Si ces trois causes sont *a priori* différentes, une étude approfondie peut conduire à y voir le même fond : la disparition de l'emploi.

222. Notion d'emploi. La notion « d'emploi » mérite une attention toute particulière, tant les discussions sont variées autour de l'acception qu'il convient d'en retenir³⁴⁸. Si elle désigne de prime abord, et par l'effet du contrat de travail, la « situation juridique, à raison de laquelle un salarié doit se tenir à la disposition d'un employeur, lequel doit lui fournir du travail »³⁴⁹, elle s'entend aussi plus globalement comme « la situation individuelle que procure un rapport de travail »³⁵⁰. L'emploi incarne alors la condition sociale du travailleur salarié, par opposition à celle de celui qui ne travaille pas³⁵¹. En ce

³⁴⁷ Rapp. AN n° 369, p. 348.

³⁴⁸ S. FROSSARD, *Licenciement pour motif économique : notion, op. cit.* note 248, n° 69 et s..

³⁴⁹ F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée : essai de théorie juridique*, thèse, Paris 1, 1986.

³⁵⁰ A. JEAMMAUD, « Le droit du travail en changement. Essai d'une mesure », *Droit Soc. Dalloz*, 1998, p. 211.

³⁵¹ J.-F. PAULIN, *La protection de l'emploi du salarié dans l'entreprise*, thèse, Lyon 2, 1998.

sens, en témoignent les textes législatifs ou scientifiques qui le mentionnent, l'emploi devient une notion « valise », laquelle pouvant traduire une multitude de « réalités »³⁵².

223. Différentes acceptations de l'emploi. Ainsi, en matière de rupture, l'emploi est tantôt le « poste singulier de travail »³⁵³ auquel le salarié est affecté, désignant l'ensemble de ses tâches individuelles et le but dans lesquels il les poursuit, tantôt une fonction générale, c'est-à-dire le statut du travailleur salarié – collectivement partagé avec ceux qui occupent les mêmes fonctions – comprenant alors le lien qui l'unit à l'employeur, et les droits et obligations qu'il acquiert par la conclusion du contrat de travail. Dans tous les cas, l'emploi semble être lié à la prestation de travail du salarié, sans être toujours entendu comme un objet du contrat de travail. Dès lors, se pose nécessairement la question de savoir ce qui est entendu par le législateur lorsqu'il fait référence à une « *suppression* » d'emploi ou une « *transformation* » d'emploi, et en quoi ces situations diffèrent d'une « *modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail* ».

224. Suppression d'emploi. Lorsqu'il est question de « *suppression* » de l'emploi, c'est semble-t-il dans une conception étendue du terme que le licenciement pour motif économique peut être justifié. Il apparaît a priori logique que l'employeur étant contraint de se priver d'une fonction au sein de son entreprise puisse mettre un terme au contrat de celui ou ceux qui en avaient la charge. Du reste, admettre que la notion d'emploi pourrait être ici perçue dans une acceptation plus réduite conduirait à accepter que la fonction qui était remplie par le salarié licencié perdure par l'embauche d'un nouvel employé. L'employeur aurait alors trouvé un élément matériel de justification dans la suppression d'un poste de travail, alors qu'il en crée un autre, identique ou presque, au bénéfice d'un

³⁵² F. GAUDU, « Les notions d'emploi en droit », *Droit Soc. Dalloz*, 1 juin 1996, vol. 6, p. 569-576 ; M. MORIN, L. MALLET, « La détermination de l'emploi occupé », *Droit Soc. Dalloz*, 1 juillet 1996, vol. 7-8, p. 660-669.

³⁵³ M. MORIN, L. MALLET, « La détermination de l'emploi occupé », *op. cit.* note 350, p. 660-669.

second travailleur, ce qui serait nécessairement contraire à l'idée qu'un fait économique le force à envisager des ruptures.

225. Transformation d'emploi. A propos de « *transformation* » de l'emploi, le problème est plus délicat. L'élément matériel de justification sera forcément différent si l'emploi est perçu comme seulement le poste de travail, ou au contraire comme une fonction générale. Dans le premier cas, la transformation de l'emploi serait en réalité soit une modification du contrat de travail, troisième élément matériel prévu par le texte, soit une modification des conditions de travail, laquelle, refusée par le salarié, peut fonder un licenciement disciplinaire (plus simple sur le plan formel et moins couteux pour l'entreprise). Dans le second cas, la transformation de l'emploi signifierait l'altération d'une fonction organisée dans l'entreprise, ce qui survient essentiellement lorsqu'il est question de mutations technologiques³⁵⁴. Or ici, les changements auraient nécessairement pour conséquence la fin de l'emploi tel qu'il était organisé par l'entreprise. Ainsi, « *transformation* » et « *suppression* » de l'emploi seraient les deux faces d'une même pièce : la « *disparition* » de l'emploi.

226. Modification d'un élément essentiel du contrat de travail. Pour certains auteurs³⁵⁵, la notion d'emploi peut aussi être entendue comme étant l'objet du contrat de travail, au travers notamment de la qualification professionnelle. En ce sens, opérer une modification d'un des éléments contractuels tel que la rémunération, la fonction, le lieu de travail ou le temps de travail, ce serait de toutes les façons porter atteinte à l'emploi du salarié, par une remise en cause de sa place au sein de l'entreprise. Le troisième élément matériel suggéré par le législateur serait donc lui-aussi l'expression d'une altération de l'emploi. Pourtant, à la différence des deux autres cas, ladite altération n'aurait pas besoin d'être réalisée, puisque c'est précisément le refus de modification du

³⁵⁴ P. LOKIEC, *Droit du travail*, *op. cit.* note 227, p. 263.

³⁵⁵ J.-F. PAULIN, *La protection de l'emploi du salarié dans l'entreprise*, *op. cit.* note 349, p. 211 ; S. Frossard, *Licenciement pour motif économique : notion*, *op. cit.* note 248, n° 71 ; M. MORIN, L. MALLET, « La détermination de l'emploi occupé », *op. cit.* note 350, p. 664.

contrat de travail, et non la modification elle-même, qui constitue le fondement de la décision de licencier.

227. Disparition de l'emploi. Ainsi, la distinction opérée par le législateur entre les différents éléments matériels de justification du licenciement pour motif économique est à relativiser. En effet, il semble, d'une certaine manière, que tous apparaissent finalement comme trois modalités différentes d'une même « disparition » de l'emploi³⁵⁶. Dans les cas de suppression d'emploi, la disparition est quantitative, et dans les deux autres cas, la disparition est qualitative. L'idée que les trois éléments matériels légaux soient les échos d'une seule et même voix peut être regardée comme l'expression d'une volonté, de la part du législateur, de prendre en compte toutes les acceptations du terme d'emploi lorsqu'il s'agit de justifier un licenciement. Ainsi, quelle que soit l'origine de la décision de rompre de l'employeur, et quelle que soit la définition qu'on donne au terme, le licenciement pour motif économique est celui qui conduit à la disparition de l'emploi.

II. Le bien-faire

228. Bien-faire : procédure de licenciement. En matière de licenciement, le concept du « bien-faire » renvoie au problème de la procédure. De manière générale, le terme de procédure comprend plusieurs sens : il s'agit tantôt des règles de forme à respecter pour formuler une prétention devant un juge, et tantôt simplement « la manière de procéder juridiquement »³⁵⁷. Dans le code du travail français, les références à la procédure sont nombreuses, et visent l'une ou l'autre de ces acceptations, mais lorsqu'il s'agit précisément de licenciement, le terme de procédure renvoie à une « procédure sans procès »³⁵⁸.

³⁵⁶ S. FROSSARD, *Licenciement pour motif économique : notion*, *op. cit.* note 248, n° 63.

³⁵⁷ J.-F. PAULIN, *Licenciement pour motif économique : procédure*, *op. cit.* note 294, n° 1.

³⁵⁸ S. GUINCHARD, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Précis Dalloz, 6ème édition, 2011, n° 582.

229. Cumul normatif de la procédure de licenciement. Les sources juridiques du droit de la procédure de licenciement pour motif économique sont multiples, si bien qu'un certain « cumul normatif » peut être souligné³⁵⁹. Ainsi, les dispositions internationales et européennes, notamment celles qui ont attrait aux règles de consultations des instances représentatives, se mêlent aujourd'hui aux normes nationales : législatives et jurisprudentielles.

230. Finalités de la procédure de licenciement pour motif économique. Le but premier de la procédure de licenciement pour motif économique est d'organiser le processus décisionnel de l'employeur, pour garantir la conformité de son choix aux règles de justification³⁶⁰. Les règles de procédure constituent ainsi avant tout autre chose une garantie, pour l'employeur qui sécurise sa décision, et pour le salarié qui est assuré de ne pas faire l'objet d'un licenciement irréfléchi.

231. Plan. Outre les exigences tenant à la motivation du licenciement pour motif économique, une série de règles de procédure sont donc à respecter. D'aucunes sont propres à tout licenciement, même non-économiques, Il s'agit d'obligations d'ordre général (1). D'autres s'appliquent exclusivement en la matière et sont propres au licenciement pour motif économique (2). Certaines enfin dépendent de la catégorie de licenciement pour motif économique (3), suivant le nombre de salariés visé par la mesure. Ces obligations, à charge de l'employeur, se distinguent par ailleurs suivant l'entité envers laquelle elles doivent être respectées : le salarié, les instances de représentation du personnel, ou encore l'administration.

³⁵⁹ J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, Paris, LGDJ, 7e édition, 3 novembre 1999, n° 240 s.

³⁶⁰ A. LYON-CAEN, « La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique », *Droit Ouvrier*, avril 2002, p. 161 ; J.-F. PAULIN, *Licenciement pour motif économique : procédure*, op. cit. note 294, n° 24.

1. Les obligations d'ordre général

232. Convocation à l'entretien préalable. Première étape qui introduit en principe le processus de licenciement, à l'exception des grands licenciements pour motif économique, l'employeur convoque à un entretien préalable, par lettre, le salarié dont l'emploi est menacé. L'objet de la lettre de convocation est de permettre au salarié de connaître la menace qui pèse sur son emploi, et de préparer les arguments qu'il va pouvoir opposer à l'employeur pour défendre sa situation. Pour ce faire, des mentions obligatoires doivent être inscrites dans la lettre de convocation :

Article R. 1232-1 du Code du travail :

« La lettre de convocation prévue à l'article L. 1232-2 indique l'objet de l'entretien entre le salarié et l'employeur

Elle précise la date, l'heure et le lieu de cet entretien

Elle rappelle que le salarié peut se faire assister pour cet entretien par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, en l'absence d'institutions représentatives dans l'entreprise, par un conseiller du salarié. »

233. Réalisation de l'entretien préalable. L'entretien préalable doit être organisé par l'employeur. Le régime juridique de cet entretien est construit suivant les principes du contradictoire³⁶¹, en témoigne les délais minimums entre les étapes, qui ont vocation à donner au salarié le temps d'organiser sa défense :

Article L. 1232-2 du code du travail :

³⁶¹ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, op. cit. note 249, p. 412 ; P. LOKIEC, *Droit du travail*, op. cit. note 227, p. 242.

« *L'employeur qui envisage de licencier un salarié le convoque, avant toute décision, à un entretien préalable.*

La convocation est effectuée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre indique l'objet de la convocation.

L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation. »

234. Règles générales de notification du licenciement. D'autre part, parmi les obligations communes à tout licenciement, figure une partie de celles relatives à la lettre de notification de rupture. Présentée parfois comme l'élément central de la procédure de licenciement³⁶², cette lettre matérialise le point de non-retour puisqu'elle détermine la date définitive de fin du contrat de travail, et sa réception marque donc le départ du délai-congé, à l'issu duquel le salarié sera sans emploi³⁶³. En définitif, la rupture est acquise au moment de cette notification³⁶⁴.

Article L. 1234-3 du Code du travail :

« *La date de présentation de la lettre recommandée notifiant le licenciement au salarié fixe le point de départ du préavis. »*

235. Obligations relatives à la lettre de licenciement. La lettre de licenciement doit, en principe, être envoyée au minimum deux jours ouvrables après l'entretien – sept pour les licenciements pour motif économique individuels et les petits licenciements collectifs – dans le but d'imposer un temps minimum de réflexion à l'employeur. Elle doit par ailleurs mentionner les motifs de la rupture du contrat de travail :

³⁶² E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, op. cit. note 249, p. 413.

³⁶³ P. LOKIEC, *Droit du travail*, op. cit. note 227, p. 242.

³⁶⁴ Lamy social, n° 2855.

Article L. 1232-6 du Code du travail :

« Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception.

Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur.

Elle ne peut être expédiée moins de deux jours ouvrables après la date prévue de l'entretien préalable au licenciement auquel le salarié a été convoqué.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application du présent article. Un arrêté du ministre chargé du travail fixe les modèles que l'employeur peut utiliser pour procéder à la notification du licenciement. »

236. Exigence de motivation dans la lettre de licenciement. Les ordonnances « Macron » de septembre 2017 ont apporté une évolution inédite à l'exigence de motivation de la lettre de licenciement, rompant avec presque vingt années de jurisprudence constante³⁶⁵. L'employeur dispose désormais de la possibilité de rectifier les motifs énoncés dans la lettre. De sa propre initiative ou sur demande du salarié, il peut ainsi, dans un délai de quinze jours suivant la notification du licenciement, préciser par une nouvelle lettre les motifs qu'il avait énoncés initialement :

Articles L. 1235-2 du Code du travail :

« Les motifs énoncés dans la lettre de licenciement prévue aux articles L. 1232-6, L. 1233-16 et L. 1233-42 peuvent, après la notification de celle-ci, être précisés par l'employeur, soit à son initiative soit à la demande du salarié, dans des délais et conditions fixés par décret en Conseil d'Etat.

La lettre de licenciement, précisée le cas échéant par l'employeur, fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement.

A défaut pour le salarié d'avoir formé auprès de l'employeur une demande en application de l'alinéa premier, l'irrégularité que constitue une insuffisance de

³⁶⁵ A. FABRE, « La motivation du licenciement », *Droit Soc. Dalloz*, 2018, p. 4.

motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire.

En l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, le préjudice résultant du vice de motivation de la lettre de rupture est réparé par l'indemnité allouée conformément aux dispositions de l'article L. 1235-3.

Lorsqu'une irrégularité a été commise au cours de la procédure, notamment si le licenciement d'un salarié intervient sans que la procédure requise aux articles L. 1232-2, L. 1232-3, L. 1232-4, L. 1233-11, L. 1233-12 et L. 1233-13 ait été observée ou sans que la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ait été respectée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire.»

Article R. 1232-13 :

« Dans les quinze jours suivant la notification du licenciement, le salarié peut, par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé, demander à l'employeur des précisions sur les motifs énoncés dans la lettre de licenciement.

L'employeur dispose d'un délai de quinze jours après la réception de la demande du salarié pour apporter des précisions s'il le souhaite. Il communique ces précisions au salarié par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé.

Dans un délai de quinze jours suivant la notification du licenciement et selon les mêmes formes, l'employeur peut, à son initiative, préciser les motifs du licenciement. »

237. Relativité de la possibilité de rectification. Les explications ne sont plus gravées dans le marbre, et la lettre de licenciement devient donc bien moins contraignante pour

son expéditeur. Il ne s'agit là toutefois et a priori que d'une possibilité de clarifier les éléments inscrits dans la première missive. En aucun cas l'employeur ne pourrait donc changer de motif ou en apporter de nouveaux, mais le litige s'annonçant, il pourra désamorcer les griefs qui lui seraient reprochés, et commencer la préparation de sa défense.

Malgré cet aménagement, accompagné d'ailleurs d'une atténuation considérable de la sanction assortie au non-respect de cette règle, la lettre de licenciement reste au cœur du contentieux puisqu'elle fixe les termes du litige. Cela signifie que les juges saisis d'une contestation du motif du licenciement doivent se référer aux motifs invoqués dans la lettre – le cas échéant dans la deuxième lettre précisée – pour se prononcer sur la réalité et le sérieux de la cause justificative. Ainsi, l'employeur ne peut invoquer de nouvelles raisons en cours d'instance. La distinction entre motivation et justification du licenciement est ici fondamentale. Si les deux notions sont encore interdépendantes, puisque l'absence de motivation entraîne l'absence de justification, il reste que cette interdépendance a été quelque peu entamée par la réforme de 2017³⁶⁶.

238. Délai-congé. A compter de la réception de la lettre de licenciement, la rupture est donc consommée. L'employeur n'a plus qu'à respecter une série de dernières formalités et obligations. Il doit d'abord garantir le droit du salarié licencié à un préavis, temps durant lequel le salarié continue de travailler et de percevoir sa rémunération³⁶⁷. La durée de délai-congé est déterminée par la loi, une convention collective, ou à défaut par les usages de la profession, mais dépend en principe de l'ancienneté. Des minimums sont toutefois fixés par la loi pour certains salariés : un mois pour ceux dont l'ancienneté dans l'entreprise est comprise entre six mois et moins de deux ans, deux mois pour ceux dont l'ancienneté est supérieure à deux ans (art. L. 1234-1 du Code du travail). L'employeur peut dispenser de travail le salarié licencié pendant le préavis. Ce dernier a alors droit à

³⁶⁶ A. FABRE, « La motivation du licenciement », *op. cit.* note 363, p. 4.

³⁶⁷ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, *op. cit.* note 249, p. 419.

une indemnité compensatrice égale au montant de la rémunération qu'il aurait perçu dans l'exercice de la profession durant le délai-congé (art. L. 1234-5 du Code du travail).

239. Indemnité légale de licenciement. L'employeur doit par ailleurs verser au salarié licencié une indemnité légale minimale de licenciement. Calculée là encore en fonction de l'ancienneté, l'indemnité est réservée aux salariés dont l'ancienneté est supérieure à huit mois. Elle est égale à un quart de mois de salaire brut par année pour les dix premières années d'ancienneté, additionnée d'un tiers de mois de salaire brut par année pour les années d'ancienneté à partir de dix ans. Ce montant minimal peut être valorisé par un accord collectif.

Article L. 1234-9 du Code du travail :

« Le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte 8 mois d'ancienneté ininterrompus au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement.

Les modalités de calcul de cette indemnité sont fonction de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail. Ce taux et ces modalités sont déterminés par voie réglementaire. »

Article R. 1234-2 du Code du travail :

« L'indemnité de licenciement ne peut être inférieure aux montants suivants :

1° Un quart de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à dix ans ;

2° Un tiers de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années à partir de dix ans. »

240. Délivrance des documents de fin de contrat. L'employeur doit enfin délivrer au salarié licencié, à l'issu de son préavis un certain nombre de documents : un certificat de

travail, une attestation pôle emploi, et un solde de tout compte à signer par le salarié, qui mentionne tous les versements dont bénéficie le salarié à l'occasion de la rupture du contrat de travail.

2. Les obligations propres au licenciement pour motif économique

241. Obligation de reclassement. Parmi les obligations communes à tout licenciement pour motif économique se trouve d'abord celle de reclassement³⁶⁸. L'employeur, lorsqu'il envisage un licenciement pour motif économique, collectif ou non, doit rechercher les possibilités de maintenir dans l'emploi les travailleurs menacés. Reconnu comme droit individuel des salariés, le reclassement est interne à l'entreprise ou externe.

242. Règle de bien-faire – sanction du bienfondé. La spécificité majeure de l'obligation de reclassement est qu'elle est sanctionnée comme un élément de justification du licenciement pour motif économique. Il s'agit ainsi d'une garantie de fond. En ce sens, ne saurait être justifié par une cause réelle et sérieuse le licenciement pour motif économique pris par l'employeur sans respecter son obligation³⁶⁹.

243. Obligation de moyen. L'obligation de reclassement est par ailleurs une obligation de moyen, pas de résultat. Ce qui importe, ce n'est pas que le salarié menacé soit reclassé, mais bien que l'employeur mette tous les moyens de prospection en œuvre pour y parvenir :

³⁶⁸ Cette obligation de reclassement diffère de celle prévue en matière de licenciement pour inaptitude constatée par le médecin du travail.

³⁶⁹ Cass. Soc., 17 mars 1999, n° 97-40.515, bull. civ. V. n° 127, p. 92 ; P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail, op. cit.* note 327, p. 428.

Article L. 1233-4 du code du travail :

« Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel.

Pour l'application du présent article, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce.

Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure.

L'employeur adresse de manière personnalisée les offres de reclassement à chaque salarié ou diffuse par tout moyen une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés, dans des conditions précisées par décret.

Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises. »

244. Ordre des licenciements. L'employeur est aussi tenu, sauf si tous les emplois d'une même catégorie sont supprimés³⁷⁰ ou si sont licenciés tous les salariés ayant refusé une proposition de modification de leurs contrats de travail³⁷¹, de respecter des critères d'ordre des licenciements. Cela signifie qu'il doit établir, dès que son projet de débauchage est envisagé, une série de critères objectifs permettant de désigner les salariés qui seront licenciés et ceux qui seront conservés :

³⁷⁰ Cass. Soc., 14 janvier 2003, n° 00-45.700.

³⁷¹ Cass. Soc. 27 mars 2012, n° 11-14.223.

Article L. 1233-5 du code du travail :

« Lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique et en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable, il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du comité social et économique.

Ces critères prennent notamment en compte :

- 1° Les charges de famille, en particulier celles des parents isolés ;*
- 2° L'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise ;*
- 3° La situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés ;*
- 4° Les qualités professionnelles appréciées par catégorie.*

L'employeur peut privilégier un de ces critères, à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères prévus au présent article.

Le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements peut être fixé par un accord collectif.

En l'absence d'un tel accord, ce périmètre ne peut être inférieur à celui de chaque zone d'emplois dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emplois.

Les conditions d'application de l'avant-dernier alinéa du présent article sont définies par décret. »

Article L. 1233-7 du code du travail :

« Lorsque l'employeur procède à un licenciement individuel pour motif économique, il prend en compte, dans le choix du salarié concerné, les critères prévus à l'article L. 1233-5. »

245. Priorité de réembauche. Les salariés, encore quel que soit le licenciement pour motif économique, ont droit à une priorité de réembauche : dans un délai d'une année à compter de la date de rupture du contrat de travail, l'employeur est tenu de proposer les postes nouvellement disponibles aux travailleurs, compatibles avec leur qualification ancienne ou nouvelle :

Article L. 1233-45 du code du travail :

« Le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauche durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat s'il en fait la demande au cours de ce même délai.

Dans ce cas, l'employeur informe le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification. En outre, l'employeur informe les représentants du personnel des postes disponibles.

Le salarié ayant acquis une nouvelle qualification bénéficie également de la priorité de réembauche au titre de celle-ci, s'il en informe l'employeur. »

3. Les obligations spécifiques aux différents licenciements pour motif économique

246. Information et consultation des instances représentatives. D'abord, dès lors que le licenciement envisagé, qu'il soit individuel ou collectif, petit ou grand, des règles d'information et de consultation des représentants du personnel doivent être respectées.

247. Consultation en matière de licenciement individuel. Dans le cadre d'un licenciement pour motif économique individuel, seule la question de l'ordre des licenciements prête à consultation des instances de représentation du personnel. En effet, les critères peuvent être définis par accord collectif, et à défaut doivent *a minima* être

discutés devant le comité social et économique (CSE), s'il existe. La mise en place d'un CSE n'est effectivement pas possible dans les entreprises de moins de onze salariés.

248. Consultation en matière de petit licenciement collectif. Dans les entreprises d'au moins onze salariés, l'employeur qui envisage un petit licenciement collectif doit impérativement s'entretenir avec le CSE.

Ce dernier a en effet vocation, d'une part au titre de sa compétence générale, à « *assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production, notamment au regard des conséquences environnementales de ces décisions*informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur : 1° Les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs [...] » (article L. 2312-8 du Code du travail).

Il est, d'autre part, consulté au titre d'une compétence spéciale en matière de licenciement pour motif économique :

Article L. 1233-8 du Code du travail :

« *L'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique de moins de dix salariés dans une même période de trente jours réunit et consulte le comité social et économique dans les entreprises d'au moins onze salariés, dans les conditions prévues par la présente sous-section.*

Le comité social et économique rend son avis dans un délai qui ne peut être supérieur, à compter de la date de la première réunion au cours de laquelle il est consulté, à un mois. En l'absence d'avis rendu dans ce délai, le comité social et économique est réputé avoir été consulté. »

249. Consultation en matière de grand licenciement collectif. Dans le cadre d'un grand licenciement collectif, la procédure d'information et de consultation des instances représentatives du personnel est plus complexe. En principe, le CSE doit être consulté deux fois, et sur divers points (il s'agit globalement des questions sur l'opportunité des licenciements et les mesures d'accompagnement).

Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les deux réunions ne doivent pas être séparées par plus de quatorze jours (article L. 1233-29 du Code du travail). Dans les plus grandes entreprises, les deux réunions doivent être espacées d'au moins quinze jours (article L. 1233-30 du Code du travail).

Le licenciement collectif peut par ailleurs prendre la voie d'une procédure négociée, ce qui permet de déroger aux principes évoqués (article L. 1233-21 du Code du travail), mais qui ne peut en aucun cas défaire le CSE de sa compétence générale (article L. 1233-23 du Code du travail). Dans cette situation, le comité est intégré dans le processus par un accord de méthode. Il est informé de la situation économique et financière de l'entreprise. Il peut proposer des alternatives au projet économique de l'employeur et requérir une réponse motivée à ses propositions. Il peut enfin recourir à une expertise.

250. Absence d'entretien préalable. Notons par ailleurs que la consultation systématique du CSE permet d'écartier la règle commune à tout licenciement selon laquelle les salariés menacés doivent bénéficier d'un entretien préalable. En effet, cette exception est prévue par la loi dans le cadre des grands licenciements collectifs si le comité existe (article L. 1233-38 du Code du travail).

251. Règles spéciales de notification du licenciement. Ensuite, la lettre de notification du licenciement connaît aussi certaines spécificités suivant le licenciement pour motif économique. Par exception au délai commun minimum de deux jours ouvrables à compter de l'entretien, et sauf si la rupture intervient dans le cadre d'une procédure collective (article L. 1233-59 du code du travail), la lettre de notification du licenciement dans les cas du licenciement pour motif économique individuel et du petit

licenciement collectif doit être envoyée après quinze jours ouvrables pour les cadres, sept jours pour les autres (article L. 1233-15 du Code du travail). Dans le cadre des grands licenciements collectifs, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, la lettre de notification ne peut être adressée avant l'expiration d'un délai minimum de trente jours, courant à compter de la notification du projet de licenciement à l'autorité administrative (article L. 1233-39 du Code du travail). Dans les entreprises de plus de cinquante salariés, sous peine de nullité, la notification se fait dans les mêmes formes, après décision par l'autorité administrative de validation du PSE négocié ou d'homologation du PSE unilatéral, ou après le délai à l'issu duquel le silence de l'administration vaut acceptation (article L. 1233-39, al. 5 et 6 du Code du travail). Outre ces règles spécifiques, les principes de droit commun relatifs au contenu de la lettre de licenciement s'appliquent.

252. Plan de sauvegarde de l'emploi. Enfin, la grande particularité de la procédure des grands licenciements collectifs dans les entreprises de cinquante salariés ou plus est sans aucun doute le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Obligatoirement mis en œuvre par l'employeur, sous peine de nullité des ruptures de contrat, son but est « d'éviter les licenciements » ou au moins d'en « éviter le nombre », tout en organisant le reclassement des salariés menacés³⁷² (article L. 1233-61 du Code du travail). Il s'agit globalement de limiter l'impact social du projet économique de l'employeur³⁷³. Une série de mesures à mettre en place est suggérée par le texte, telles que des actions en vue du reclassement des salariés, ou « favorisant la reprise de tout ou partie des activités en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements », ou encore des « créations d'activités nouvelles par l'entreprise », le tout illustrant l'idée que le licenciement pour motif économique doit impérativement être le dernier recours de l'employeur face à ses difficultés (article L. 1233-62 du Code du travail)³⁷⁴.

³⁷² Le reclassement organisé dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi est indépendant de l'obligation de reclassement pendante à tout licenciement pour motif économique.

³⁷³ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, op. cit. note 14, p. 742.

³⁷⁴ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, op. cit. note 249, p. 470.

253. Elaboration du PSE. L’élaboration du PSE peut être unilatérale ou négociée, et la procédure varie suivant la voie choisie. Quelle que soit celle-ci, les instances de représentation du personnel ont leur place en vertu de l’obligation d’information et de consultation qui incombe à l’employeur, mais l’intensité de leur participation à l’élaboration du plan va varier. Par ailleurs, l’administration du travail, incarnée aujourd’hui par les Directions régionales de l’économie, de l’emploi, du travail et des solidarités (DREETS), a sa place tout au long de l’élaboration du PSE.

Si l’employeur édicte seul le plan, il doit le soumettre à la discussion des représentants du personnel, respectant son obligation d’information et de consultation. S’il n’y a pas d’instance représentative du personnel, il affiche le PSE sur le lieu de travail. Il doit ensuite le transmettre à l’administration du travail, annexé des procès-verbaux des consultations collectives et des observations produites à cette occasion (article L. 1233-48 du Code du travail). À la suite de cela, il peut formuler sa proposition finale de PSE, qu’il transmet à l’autorité administrative pour homologation.

Si l’employeur choisit la voie de la négociation, le plan sera adopté dans le cadre d’un accord collectif spécial (articles L. 1233-24-1 à L. 1233-24-3 du Code du travail). L’administration du travail doit être informée des négociations en cours, et l’accord ne peut être conclu qu’à la majorité des voix exprimées en faveur des syndicats représentatifs. Une fois arrêté, le PSE est transmis à l’administration pour validation.

254. Validation et homologation du PSE. Les procédures de validation et d’homologation sont détaillées par les articles L. 1233-57-1 et suivants du Code du travail. Si elles ont des points communs, la différence majeure réside dans l’intensité du contrôle de l’administration. La procédure de validation est légère, en raison de la légitimité donnée à l’accord négocié³⁷⁵. Sous quinze jours à compter de la réception du document, l’administration contrôle les modalités de conclusion de l’accord collectif, s’assure que la consultation du CSE a été faite, et que les mesures obligatoires prévues

³⁷⁵ Il y a là une volonté affirmée du législateur de promouvoir la négociation collective, en interdisant l’immixtion d’un tiers sur les éléments de compromis acceptés par les parties.

par la loi sont bien inscrites dans le PSE. La procédure d'homologation est bien plus poussée. Dans un délai de vingt et un jours, l'administration opère, en plus d'une revue similaire à la procédure de validation, un véritable contrôle de la pertinence des mesures prises par l'employeur, au regard d'une série de critères tels que les moyens de l'entreprise, les mesures d'accompagnement au regard de l'importance du projet de débauchage ou les efforts de formation et d'adaptation.

255. Raison objective de rupture du contrat de travail. En dehors de la rupture « inévitable » que justifie l’élément causal objectif, le législateur français laisse aux cocontractants la possibilité d’initier une rupture de leur contrat en se fondant sur un élément causal subjectif. En ce sens, la cause ne se trouve plus dans des faits extérieurs à la relation de travail, mais bien dans l’exécution du contrat de travail par la personne, et donc dans les obligations respectives des cocontractants, voir dans la personne elle-même. C’est alors le défaut de l’un qui devient motif de résiliation de l’autre.

256. Rupture du contrat de travail : sanction de l’inexécution. Le contrat de travail est d’abord un contrat, qui en tant que tel oblige les parties à une série d’obligations, dont le non-respect doit être sanctionné. La défaillance peut prendre source dans l’inexécution totale ou partielle du contrat, mais aussi dans son exécution défectueuse, dans la qualité de la prestation ou dans les délais impartis³⁷⁶. Le Code civil reconnaît d’ailleurs en son article 1217 que « *La partie envers laquelle l’engagement n’a pas été exécuté, ou l’a été imparfaitement, peut : [...] - provoquer la résolution du contrat* ». Le contrat de travail ne fait donc pas exception, et si globalement le régime de sa rupture s’est considérablement éloigné des préceptes civilistes, les fondamentaux persistent.

257. Plan. Là encore, il convient d’abord de définir ce qui est entendu par le législateur comme une cause personnelle de rupture du contrat de travail, afin de qualifier chaque rupture et déterminer le régime juridique applicable aux différentes situations. Se pose ainsi la question de l’existence de la raison personnelle de rupture (Section 1). Cette qualification sert par ailleurs de socle à la justification de la rupture (Section 2). En effet, suivant le régime applicable à chaque mode de résiliation, les règles propres à la justification de la rupture peuvent différer.

³⁷⁶ A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.* note 275, p. 289.

Section 1 – L’existence de la raison personnelle de rupture

258. Diversité des causes subjectives de rupture. Les causes subjectives de rupture de rupture du contrat de travail sont nombreuses et variées. Pour autant, l’étude approfondie du domaine mène à constater que la cause subjective de rupture se trouve généralement dans le manquement du cocontractant à ses obligations contractuelles. Pour le salarié, puisque la rupture est libre, il n’est en revanche pas forcément nécessaire de reconnaître un tel défaut de l’employeur dans l’exercice de ses prestations, pour exiger la fin des rapports de travail. Les deux parties ne sont, là encore, pas placées sur un pied d’égalité.

259. Diversité des modes de rupture. A l’initiative de l’employeur, la rupture ne peut intervenir que sous la forme d’un licenciement pour motif personnel, lequel n’est constitué que par un défaut du salarié dans l’exercice de ses obligations professionnelles, ou éventuellement par une situation objective de trouble dans le fonctionnement de l’entreprise. Le défaut remarqué n’est toutefois pas forcément fautif, le travailleur peut parfois se trouver dans l’impossibilité de réaliser correctement sa prestation de travail. Pour ce qui est du salarié, ses motivations personnelles peuvent le pousser à librement démissionner, mais les manquements qu’il impute à son employeur ont pour conséquences de rendre sa résiliation équivoque, disqualifiant par là-même sa démission. C’est la raison pour laquelle une voie alternative lui permet d’imputer la responsabilité de la rupture à l’employeur. Cette voie, initialement jurisprudentielle, a été timidement reconnue par le législateur.

260. Qualification de la rupture. Il s’agit là-encore d’une question de qualification de la rupture du contrat de travail, et non de justification. L’intérêt d’une telle qualification réside dans le besoin de connaître les régimes juridiques applicables à chaque initiative de rupture, qu’elles soient prises par l’employeur ou par le salarié. Par ailleurs, comme

en matière de rupture objective³⁷⁷, qualification ne vaut pas justification. Les deux notions restent toutefois intimement liées, puisque c'est la juste qualification, qui permet de déterminer quelles seront les règles de justification.

261. Plan. En tout état de cause, la cause de rupture est teintée d'une subjectivité certaine puisqu'elle se trouve sur l'inexécution des obligations contractuelles par l'une ou l'autre des parties, ou leur mauvaise exécution. Le débiteur est ainsi mis à défaut par son créancier. Une distinction peut dès lors se faire entre le défaut volontaire (I), c'est-à-dire le comportement fautif de la personne, et le défaut involontaire (II), qui s'analyse comme une impossibilité pour celle-ci de respecter ses obligations contractuelles.

I. Le défaut volontaire

262. Existence d'une faute contractuelle ou disciplinaire. Sur le plan civil, la faute se rattache au manquement, par une partie, à ses obligations contractuelles³⁷⁸. Le contrat de travail étant source d'une quantité considérable d'obligations réciproques entre employeur et salarié, nombreuses sont les fautes qualifiables, même si les deux parties ne sont là encore – et historiquement d'ailleurs³⁷⁹ – pas traités de la même façon. Du reste, qualification de la faute n'entraîne pas systématiquement la fin du contrat puisque d'une part, la potentielle rupture de contrat comme conséquence de la faute dépend de la gravité de celle-ci, et d'autre part, le droit de résiliation n'appartient qu'à celui qui est porteur du préjudice.

263. Faute du salarié – faute de l'employeur. La notion de faute est donc appréhendée différemment suivant le cocontractant qui en est l'auteur. Lorsqu'elle est

³⁷⁷ Voir ci-avant n° 138.

³⁷⁸ A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.* note 275, p. 314.

³⁷⁹ Y. SAINT-JOURS, « La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau », *Recl. Dalloz*, 1990, p. 113.

commise par le salarié, elle est susceptible d'ouvrir la voie d'une procédure disciplinaire qui peut donner lieu à un licenciement pour faute, expression du pouvoir disciplinaire de l'employeur, distinct des autres licenciements pour motif personnel. Lorsque c'est ce dernier qui adopte un comportement fautif, le salarié n'est pas non plus démunis. Des solutions, initialement jurisprudentielles, désormais légales, lui permettent également de mettre un terme à la relation de travail sans en subir les conséquences dommageables : il s'agit de la prise d'acte de rupture et de la résiliation judiciaire.

264. Ruptures imputables à l'employeur. L'idée que l'employeur puisse être fautif envers les salariés dans la conduite de son entreprise, au point que cela puisse autoriser le salarié à rompre son contrat sans en supporter les conséquences néfastes, n'a jamais été une évidence³⁸⁰. Il a fallu en effet attendre le 25 juin 2003, pour que la Cour de cassation consacre la prise d'acte comme mode licite de rupture³⁸¹, pourtant refusée auparavant³⁸². La résiliation judiciaire à l'initiative du salarié n'avait pour sa part jamais été refusée, sur le fondement de l'ancien article 1184 du code civil³⁸³ :

« La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. »

³⁸⁰ Y. SAINT-JOURS, « La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau », *op. cit.* note 377, p. 113.

³⁸¹ Cass. Soc., 25 juin 2003, n° 01-42.679, Bull. Civ. V, n° 209, D. 2003, p. 2396, note J. PELISSIER.

³⁸² Cass. Soc., 26 septembre 2002, n° 00-41.823, Bull. Civ. V, n° 284.

³⁸³ F. GEA, « Résiliation judiciaire en droit du travail », *Répert. Droit Trav.*, Dalloz, novembre 2020, n° 45.

265. Source légale générale : la résolution judiciaire. La résolution judiciaire est de manière générale prévue par les articles 1224 et suivants du Code civil, et notamment à l'article 1227 qui dispose :

« *La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.* »

266. Consécration jurisprudentielle de la résiliation judiciaire. L'intérêt d'une telle résolution laissait cependant à désirer tant qu'elle n'avait que pour seules conséquences de rompre le contrat, ce qui pouvait être fait plus simplement par le salarié par la voie de la démission, et éventuellement d'octroyer des dommages et intérêts au salarié en réparation de son préjudice subi³⁸⁴, ce que n'empêchait pas la démission. C'est en 1998 que la Cour de cassation a reconnu la possibilité pour le salarié de demander une résiliation judiciaire de son contrat de travail et décidé de lui prêter les conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ouvrant la voie à de véritables opportunités pour les salariés victimes d'un comportement fautif de la part de leur employeur³⁸⁵.

267. Qualification de la prise d'acte. La prise d'acte est qualifiée dès lors que sont réunies deux composantes : la volonté du salarié de rompre le contrat d'une part, et la prétention d'en imputer la responsabilité à son employeur d'autre part³⁸⁶. Si l'une de ces deux composantes manque, il n'y pas lieu de reconnaître une prise d'acte. C'est ainsi que

³⁸⁴ *Ibid.* n° 121 ; CA Paris, 21e ch., 27 novembre 1996, A, SCP Mordohay-Huet c/ Munini, RJS 4/97, n° 405.

³⁸⁵ Cass. Soc., 20 janvier 1998, n° 95-43.350, Bull. civ. V, n° 21 « *Leudière* » ; D. 1998, p. 350, obs. C. RADE ; JCP 1998. II. 10081, note J. MOULY ; RJS 3/98, n° 286 ; CSB 1998, n° 98, A22, p. 85, obs. A. PHILBERT ; P.-H. ANTONMATTEI, TPS mars 1999. Com. 87. ; M. HAUTEFORT, « Quand résiliation judiciaire égale licenciement », *Jurisprud. Soc. Lamy*, 17 février 1998, vol. 8, p. 12 ; J. PELISSIER et al., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4ème, 2008, p. 407.

³⁸⁶ F. GEA, « Prise d'acte de la rupture », *Répert. Droit Trav.*, Dalloz, juillet 2019, n° 58.

la Cour de cassation a pu rejeter le pourvoi d'un salarié mis en retraite qui demandait une requalification de la rupture en prise d'acte³⁸⁷.

268. Légitimité légale de la prise d'acte et de la résiliation judiciaire. Le législateur n'a jamais pris le pas d'encadrer cette pratique des juges prud'homaux, mais lui a donné légitimité légale en 2014 par un article L. 1451-1 du Code du travail qui organise une procédure judiciaire adaptée à un tel contentieux :

« Lorsque le conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de qualification de la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié en raison de faits que celui-ci reproche à son employeur, l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement, qui statue au fond dans un délai d'un mois suivant sa saisine. »

269. Rupture du contrat à durée déterminée imputable à l'employeur. Le contrat à durée déterminée connaît lui-aussi ses modes de rupture spécifiques à l'initiative du salarié. D'abord, la résiliation judiciaire du contrat est possible suivant les mêmes conditions qu'en matière de contrat à durée indéterminée, en vertu des articles 1224 et suivants du Code civil. Ensuite, le salarié peut demander, en combinaison des articles L. 1243-1 et L. 1243-4 du Code du travail, sur le fondement d'une faute grave de son employeur, à ce que la rupture soit imputable à ce dernier :

« 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. »

« La rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qui intervient à l'initiative de l'employeur, en dehors des cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail, ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait

³⁸⁷ Cass. Soc., 1^{er} février 2012, n° 10-20.732, Dr. soc. 2012. 634, obs. F. GEA.

perçues jusqu'au terme du contrat, sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8. »

II. Le défaut involontaire

270. Existence du défaut non-fautif. Outre le champ du droit disciplinaire et des ruptures fautives en général, le contrat de travail peut être résilié en cas de défaut involontaire du cocontractant. La cause de rupture réside cette fois encore dans un manquement de la personne à ses obligations, mais dénué de toute volonté. Elle est constituée par l'impossibilité de la partie mise à défaut de réaliser ce qui est attendu du contrat.

271. Prééminence du défaut du salarié. Là encore, il n'y a pas vraiment de spécificités s'agissant de la rupture à l'initiative du salarié, puisqu'il est toujours libre de formuler sa démission, quelle que soit le motif. De surcroît, le législateur comme la jurisprudence semblent silencieux sur la question de savoir si une rupture fondée un tel motif pourrait être imputable à l'employeur. Sur la résiliation à l'initiative de l'employeur en revanche, la cause réelle et sérieuse de licenciement peut revêtir différentes formes et rien n'empêche de la reconnaître indépendamment de toute faute du salarié. La rupture du contrat n'est cette fois plus l'expression du pouvoir disciplinaire de l'employeur, mais celle, plus générale, de son pouvoir de direction.

272. Caractérisation du défaut non-fautif du salarié. La caractérisation du défaut non-fautif du salarié n'est pas évidente. En effet, ni le législateur, ni la jurisprudence, n'ont pris la peine d'établir une définition formelle du motif personnel de licenciement non-disciplinaire, si bien qu'en terme de qualification, c'est par un raisonnement *a*

contrario que celui-ci peut être relevé³⁸⁸. Le licenciement pour motif personnel non-fautif est ainsi celui qui n'est pas un licenciement pour motif économique, et qui n'est pas non plus un licenciement disciplinaire. Cela étant, bon nombre de faits juridiques peuvent entrer sous la qualification juridique du défaut non fautif, bien qu'ils ne soient pas réellement de même nature. De manière didactique, il convient de distinguer ce qui relève de l'impossibilité pour le salarié de réaliser sa prestation de travail, en raison de son incompétence ou de son inaptitude médicale, et la perturbation du fonctionnement de l'entreprise, en raison d'un fait extérieur à la relation contractuelle de travail.

273. Impossibilité de réaliser sa prestation de travail : incompétence. La première impossibilité pour le salarié de réaliser sa prestation de travail relève de son incompétence. Le salarié est ici manifestement incapable, inintentionnellement, de mettre en œuvre la prestation pour laquelle il s'est engagé contractuellement³⁸⁹. Cette incompétence est qualifiée d'insuffisance professionnelle lorsque le salarié se trouve dans « l'incapacité durable et objective – non fautive – à accomplir normalement et correctement sa prestation de travail »³⁹⁰.

274. Impossibilité de réaliser sa prestation de travail : inaptitude. La seconde impossibilité pour le salarié de réaliser sa prestation de travail relève de son inaptitude médicale. Sur la base d'un avis rendu par le médecin du travail, à l'issu d'un examen médical unique, il est dans cette situation constaté que le poste de travail du salarié ne peut être aménagé, adapté ou transformé, et que son état de santé justifie un changement de poste.

³⁸⁸ I. GALLOT, « La cause des licenciements non disciplinaires », *Droit Soc.*, septembre 1992, n° 09-10, p. 758 ; P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, *op. cit.* note 327, p. 342.

³⁸⁹ P. LOKIEC, « Le licenciement pour insuffisance professionnelle », *Droit Soc.*, 1 janvier 2014, vol. 1, p. 38-43 ; P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, *op. cit.* note 327, p. 342.

³⁹⁰ P. LOKIEC, « Le licenciement pour insuffisance professionnelle », *op. cit.* note 387, p. 38.

275. Perturbation du fonctionnement de l'entreprise : trouble objectif. Le fait génératrice de la cause de licenciement se trouve cette fois-ci dans un comportement du salarié extérieur à la relation de travail, lequel crée un trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise³⁹¹. La notion de trouble objectif constitue en ce sens la frontière entre protection de la vie personnelle du salarié et les intérêts de l'employeur³⁹². Ainsi, le principe de l'immunité du salarié en dehors de son temps et lieu de travail connaît une exception lorsque son comportement entraîne des répercussions sur l'entreprise³⁹³.

En effet, en principe, un fait relevant de la vie personnelle du salarié ne saurait justifier la résiliation du contrat de travail par l'employeur. Cette immunité³⁹⁴ trouve une limite lorsque le fonctionnement même de l'entreprise est affecté, de sorte que le maintien du salarié devient pour elle dommageable. Ce n'est pas ici le fait génératrice qui constitue la cause du licenciement, mais bien la conséquence qu'il a sur l'entreprise. Pour autant, le licenciement reste personnel³⁹⁵, et l'origine de la cause demeure dans une mise à défaut du salarié.

Des causes de différentes natures peuvent être liées au trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise. Il peut s'agir d'un fait purement extérieur, tel que la condamnation pénale du salarié³⁹⁶, ou son arrestation sur le lieu de travail pour des violence commise à

³⁹¹ Cass. Soc., 30 novembre 2005, n° 04-13.877 et n° 04-41.206, RJS février 2006, n° 176 ; JCP S 2006, 1240, note PIZZIO-DELAPORTE ; Cass. Soc., 16 septembre 2009, n° 08-41.837, RJS novembre 2009, n° 842 ; Cass. Soc., 13 avril 2023, n° 22-10.476, RJS juin 2023, n° 305 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Le licenciement pour trouble objectif », *Droit Soc.*, 1 janvier 2012, vol. 1, p. 10-13.

³⁹² P. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », *Droit Soc.*, 1 janvier 2003, vol. 01, p. 23-30.

³⁹³ P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, *op. cit.* note 327, p. 344.

³⁹⁴ C. MATHIEU-GENIAUT, « L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », *Droit Soc. Dalloz*, 1 octobre 2006, vol. 9/10, p. 848-856.

³⁹⁵ Cass. Ch. Mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, JCP G II, 10129, note G. LOISEAU ; JCP S 2007, 1538, note A. BAREGE et B. BOSSU.

³⁹⁶ Cass. Soc., 16 septembre 2012, n° 11-11.247, RSJ 12/12, n° 922 : la condamnation pénale du salarié peut par ailleurs faire l'objet d'une procédure disciplinaire si elle est délibérément cachée à l'employeur alors qu'elle est susceptible d'affecter la relation de travail : Cass. Soc., 29 septembre 2014, n° 13-13.661, et N. MOIZARD, « Licenciement disciplinaire pour dissimulation par le salarié de sa mise en examen », *Rev. Droit Trav.*, 1 décembre 2014, vol. 12, p. 762-763.

l'encontre de sa compagne, par ailleurs elle-même salariée de l'entreprise³⁹⁷. Il peut autrement s'agir d'un fait interne à l'entreprise mais qui ne concerne pas la relation de travail directement, comme la mésentente d'un salarié avec ses collègues³⁹⁸. De la même manière, il est admis qu'un salarié absent pour cause de maladie non-professionnelle puisse faire l'objet d'un licenciement pour le trouble que cela cause au fonctionnement normal de l'entreprise, pour peu que deux conditions cumulatives soient réunies, sous peine de nullité pour résiliation discriminatoire en raison de l'état de santé : l'absence ou les absences répétées perturbent le fonctionnement de l'entreprise, et cela rend nécessaire un remplacement définitif³⁹⁹.

Section 2 – La justification de la rupture

276. Justification des ruptures subjectives. Une fois la rupture qualifiée, elle doit pour être valable répondre aux exigences de justification. En matière de licenciement, ces exigences reposent, encore une fois, sur la notion de cause réelle et sérieuse, qui reste présente quelle que soit l'origine de la résiliation, disciplinaire ou non. En matière de rupture à l'initiative du salarié, le régime jurisprudentiel des résiliations unilatérales imputables à l'employeur semble aller dans le même sens en imposant au demandeur d'apporter des éléments probants et suffisamment sérieux pour qu'ils rendent impossible la continuité de la relation de travail. Dans les deux cas, il est à remarquer que la même logique demeure : la rupture du contrat de travail doit rester l'ultime option dans les mains des parties.

³⁹⁷ Cass. Soc., 9 juillet 2002, n° 00-45.068, RSJ 11/02, n° 1212.

³⁹⁸ Cass. Soc., 12 juin 2024, n° 22-12.416.

³⁹⁹ Cass. Soc., 16 juillet 1998, n° 97-43.484 ; Cass. Soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110 ; Cass. Soc., 5 mai 2009, n° 07-45.713.

277. Plan. Sur le même modèle donc que l'étude précédente sur la justification économique de la rupture du contrat de travail en droit français, et dès lors que la rupture « subjective » est qualifiée, il convient de distinguer le « bien-fondé » de la rupture (I) et le « bien-faire » (II).

I. Le bien-fondé

278. Exclusion des ruptures libres. Là-encore, force est de constater que certaines ruptures étant fondamentalement libres, il n'est nul besoin de les fonder sur un quelconque motif pour qu'elles soient valables. C'est le cas de la rupture conventionnelle, qui peut reposer indifféremment sur des éléments causals objectifs ou subjectifs, mais aussi de la démission. A propos de cette dernière néanmoins, l'étude du motif n'est pas inintéressante puisqu'il est envisageable que celui-ci rende la décision du salarié non-équivoque. En effet, la résiliation à l'initiative du salarié, imputables à l'employeur, ne peut être qualifiée de démission si les faits qu'il lui reproche sont graves et avérés. Dans ce cas, la démission doit être requalifiée en prise d'acte de rupture et doit produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

279. Plan. Il convient donc ici de s'intéresser dans un premier temps au licenciement pour motif personnel, et notamment à sa cause réelle et sérieuse (1). Dans un second temps, c'est la rupture à l'initiative du salarié qui sera évoquée, relativement à la question du défaut de l'employeur (2).

1. La cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif personnel

280. Cause personnelle de licenciement : définition. La cause personnelle de licenciement est définie indirectement et *a contrario* par le législateur, lorsqu'il définit le

motif économique de licenciement. Ainsi, le licenciement pour motif personnel est celui qui n'est pas un licenciement pour motif économique, c'est-à-dire celui qui repose sur un motif inhérent à la personne même du salarié. La convention n° 158 de l'OIT range dans cette catégorie tous les licenciements « *lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur* »⁴⁰⁰, mais la Cour de cassation précise pour sa part que la cause doit être imputable à la personne du salarié⁴⁰¹.

281. Source législative de la cause réelle et sérieuse. Au regard de la loi, le licenciement, quel qu'il soit, doit toujours reposer sur une cause réelle et sérieuse :

Article L. 1232-1 du Code du travail :

« [...]

[Le licenciement] est justifié par une cause réelle et sérieuse. »

282. Définition de la cause réelle et sérieuse. Le législateur n'apporte cependant aucune précision supplémentaire sur l'appréhension à retenir des deux adjectifs, réel et sérieux, mais dès 1973 et la création de la notion, il a été entendu que la cause réelle est celle qui est « objective », « existante » et « exacte », et que son caractère sérieux renvoie à une certaine gravité⁴⁰².

283. Objectivité de la cause de licenciement. Le caractère nécessairement objectif de la cause de licenciement oblige l'employeur à fonder sa décision sur des éléments concrets et indépendants de l'idée propre qu'il se fait du salarié. Il ne licencie pas en fonction de ses humeurs, ou en fonction des sentiments qu'il ressent à l'égard de son

⁴⁰⁰ Article 4 de la convention n° 158 sur le licenciement, OIT, 1982.

⁴⁰¹ Cass. Soc., 20 octobre 2015, n° 14-17.624, D. 2015. 2187.

⁴⁰² Journal officiel, débats de l'Assemblée nationale, 23 mai 1973, p. 1445, col. 2 ; A. FABRE, « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun », *Répert. Droit Trav.*, avril 2020, n° 141 et s..

subordonné⁴⁰³. Il doit ainsi impérativement s'appuyer sur des éléments matériellement vérifiables, ce qui explique par exemple que la Cour de cassation exclut comme motif valable la seule « perte de confiance »⁴⁰⁴, bien qu'elle admette que « la mésentente entre un salarié et tout ou partie du personnel [...] peut constituer une cause de licenciement [...] si elle repose objectivement sur des faits imputables au salarié concerné »⁴⁰⁵.

284. Existence de la cause de licenciement. Bien que ce caractère semble aller de soi, il apparaît opportun de noter que la cause de licenciement doit impérativement être existante. En ce sens, elle doit reposer sur des faits qui sont matériellement établis et vérifiables. L'employeur ne saurait ainsi résilier le contrat de travail en se fondant sur des soupçons ou des suppositions, sauf s'il peut caractériser un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise. Dans ce cas cependant, il doit prouver que le trouble existe réellement⁴⁰⁶.

285. Exactitude de la cause de licenciement. La cause de licenciement invoquée par l'employeur doit être réellement celle qui constitue l'origine de sa décision. Est dès lors nécessairement invalidé le licenciement pour motif économique qui cache, en réalité, un licenciement pour motif personnel⁴⁰⁷.

286. Cause disciplinaire de licenciement. En ce qui concerne précisément la cause disciplinaire de licenciement, il est à remarquer que la faute professionnelle n'est pas

⁴⁰³ *Ibid.*, n° 143 ; Journal officiel, débats de l'Assemblée nationale, 23 mai 1973, p. 1619.

⁴⁰⁴ Cass. Soc., 29 mai 2001, n° 98-46.341 ; Cass. Soc., 31 mars 2004, n° 02-40.993 ; Cass. Soc., 30 mars 2005, n° 03-41.380.

⁴⁰⁵ Cass. Soc., 27 novembre 2001, n° 99-45.163.

⁴⁰⁶ Cass. Soc., 17 avril 1991, n° 90-42.636.

⁴⁰⁷ Cass. Soc., 24 avril 1990, n° 88-43.555.

définie par la loi, qui encadre le pouvoir disciplinaire de l'employeur en évoquant la notion de sanction⁴⁰⁸ :

Article L. 1331-1 du Code du travail :

« Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. »

287. Pouvoirs du juge en matière de discipline. Le législateur laisse donc toute latitude à l'employeur de qualifier la faute⁴⁰⁹, puis au juge prud'homal⁴¹⁰, saisi d'un litige portant sur la discipline, de déterminer si la sanction est justifiée et donc de reconnaître ou non l'existence d'une faute selon ses propres critères :

Article L. 1333-1 du Code du travail :

« En cas de litige, le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction.

L'employeur fournit au conseil de prud'hommes les éléments retenus pour prendre la sanction.

Au vu de ces éléments et de ceux qui sont fournis par le salarié à l'appui de ses allégations, le conseil de prud'hommes forme sa conviction après avoir ordonné,

⁴⁰⁸ A. FABRE, *Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun*, op. cit. note 400, n° 26.

⁴⁰⁹ X. AUMERAN, « Les frontières du droit disciplinaire », *Bull. Trav.*, 1 mai 2022, vol. 5, p. 40-44.

⁴¹⁰ Voir ci-après Partie 2 – Titre 2 – Chapitre 2 – Section 1.

en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié. »

288. Faute civile et faute disciplinaire. Notons là que la qualification de la faute en droit du travail ne vaut pas nécessairement qualification de la faute civile, puisqu'elle n'entraîne pas forcément droit à réparation au profit du cocontractant⁴¹¹. A ce titre par exemple, la chambre sociale de la Cour de cassation considère de longue date que seule la faute lourde du salarié peut ouvrir droit à réparation du préjudice au bénéfice de l'employeur⁴¹². Cette position a pu toutefois être remise en cause, notamment par la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui par un arrêt de 2017 a accueilli favorablement la demande indemnitaire de l'employeur à l'égard d'un de ses salariés, lequel faisait l'objet des poursuites pénales pour des faits de harcèlement sexuel commis sur plusieurs collègues, en dehors de toute qualification de faute lourde au sens ou l'entend la chambre sociale⁴¹³.

289. Casuistique de la faute. Pourtant, la jurisprudence ne s'est jamais avancée jusqu'à définir précisément ce qui devait être entendu comme faute. La notion ne peut donc être appréhendée qu'au travers d'éléments de contours casuistiques, qui permettent au mieux de dégager des caractères essentiels de la faute disciplinaire.

290. Manquement aux obligations professionnelles. La faute est d'abord caractérisée par le manquement de la part du salarié à ses obligations professionnelles, que celles-ci soient tirées du contrat de travail ou du règlement intérieur. Il s'agit en ce sens d'une désobéissance du salarié envers l'employeur et l'expression du pouvoir de direction que

⁴¹¹ C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, thèse, L.G.D.J., 1997, n° 282 ;

⁴¹² Cass. Soc., 27 nov. 1958, D. 1959. 20, note R. LINDON ; Cass. Soc., 9 juin 1993, n° 89-41.476, Bull. civ. V, n° 161, D. 1994. 307, obs. I. VACARIE ; Cass. Soc., 6 mai 2009, n° 07-44.485, Bull. civ. V, n° 126, D. 2009. 1486 ; Dr. soc. 2009. 865, obs. C. RADE ; voir ci-après n° 296.

⁴¹³ Cass. Crim., 14 novembre 2017, n° 16-85.161 : P. ADAM, « De la responsabilité civile du salarié: à la recherche du préjudice et de la faute », *Droit Soc. Dalloz*, mai 2018, vol. 5, p. 465-470.

ce dernier tient du lien contractuel de subordination⁴¹⁴. Une obligation générale de loyauté pèse aussi sur le salarié, et rend fautif le comportement d'infidélité ou d'indiscrétion qu'il aurait envers son employeur⁴¹⁵.

291. Caractère volontaire de la faute. La faute se distingue ensuite par son caractère volontaire, ce qui évite que l'erreur simple soit injustement sanctionnée, et marque la différence fondamentale entre comportement fautif et insuffisance professionnelle. Cela ne disqualifie pas, pour autant, la procédure disciplinaire qui serait engagée contre le salarié manifestement imprudent, ou contre celui qui fait preuve d'une mauvaise volonté délibérée dans l'exercice de son travail.

292. Caractère professionnelle de la faute. La faute doit avoir un caractère professionnel, et ne peut donc trouver source dans la vie personnelle du salarié⁴¹⁶, laquelle n'est pas soumise au pouvoir disciplinaire de l'employeur. Ainsi, le retrait à un salarié de son permis de conduire, en raison d'infractions au code de la route commises en dehors de son travail, ne peut être reconnu comme une faute professionnelle justifiant son licenciement⁴¹⁷. Une limite à cette protection existe toutefois « *lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* »⁴¹⁸, et de manière générale lorsque le comportement du salarié entraîne un « trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise »⁴¹⁹. Il en va de même lorsque le motif tiré de la vie personnelle du salarié constitue une violation d'une obligation contractuelle, telle que l'obligation de loyauté.

⁴¹⁴ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, op. cit. note 249, p. 176.

⁴¹⁵ Lamy Social 2021, n° 1514.

⁴¹⁶ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, op. cit. note 14, p. 626.

⁴¹⁷ Cass. Soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464, RJS 7/11, n° 588

⁴¹⁸ Cass. Soc., 20 novembre 1991, n° 89-44.605, Bull. Civ. V, n° 512.

⁴¹⁹ Cass. Soc., 16 septembre 2009, n° 08-41.837.

293. Gravité de la faute. Sur la gravité de la faute, avant la Loi du 13 juillet 1973⁴²⁰, la jurisprudence refusait de reconnaître un abus de la part de l'employeur lorsqu'il licenciait un salarié pour une faute, dès lors qu'elle était qualifiée, qu'importe sa gravité. Cette appréhension fut toutefois jugée incompatible avec la loi nouvelle⁴²¹, qui exigeait que soit reconnu dans la cause de licenciement, en plus du caractère réel, un caractère sérieux. Dans cette logique, s'est construit un système de gradation de la faute, le haut de l'échelle étant plus à même de caractériser une cause sérieuse de licenciement.

La question s'est posée alors de savoir si la caractérisation d'une faute grave était nécessaire pour justifier un licenciement⁴²². A cette occasion, la Cour de cassation a pu reconnaître une faute sérieuse⁴²³, suffisamment grave pour fonder un licenciement, pas assez pour priver le salarié de son droit au préavis et à indemnité légale de licenciement.

Si les juges s'octroient un large pouvoir d'appréciation en la matière, la gradation de la faute appartient tout de même à l'employeur. En ce sens, le juge prud'homal peut sanctionner l'aggravation artificielle de la faute par l'employeur, mais ne peut pas aggraver lui-même la qualification retenue par l'employeur dans sa procédure disciplinaire⁴²⁴.

294. Gradations des fautes. La faute peut donc être légère, sérieuse, grave ou lourde. Suivant sa gradation, le juge admettra ou non, *in concreto*, la sanction qui lui est assortie. Ainsi, la faute légère ne peut en aucun cas constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. C'est à partir de la faute sérieuse que celui-ci sera admis. Dans ce cas, le salarié licencié bénéficie des règles procédurales disciplinaires, ainsi que de celles

⁴²⁰ Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 Modification du code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée.

⁴²¹ Cass. Soc., 5 janvier 1978, JS UIMM, n° 388, Dr. Ouv. 1982, p. 191 ; G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.* note 14, p. 624.

⁴²² J. PELISSIER, *Le nouveau droit du licenciement*, Paris, France, Éditions Sirey, 1977, p. 191 et s..

⁴²³ Cass. Soc., 10 juin 1976, Dr. Soc. 1977, p. 21, note J. PELISSIER ; Cass. Soc., 28 mars 1979, Dr. Ouv. 1982, p. 158.

⁴²⁴ Cass. Soc., 20 décembre 2017, n° 16-17.199, JCP S 2018, p. 1061, notes S. PONCET.

relatives au licenciement pour motif personnel. Il ne perd pas le bénéfice de l'indemnité de licenciement, et peut prétendre à son droit au préavis⁴²⁵.

295. Faute grave. La faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise⁴²⁶. Cette exception est primordiale puisqu'elle est la raison directe pour laquelle le salarié fautif ne peut dans ce cas bénéficier de son droit au préavis. Le salarié ne peut plus rester dans l'entreprise pendant le délai-congé, et ce n'est pas à l'employeur de supporter les conséquences pécuniaires de cette impossibilité en le dédommager par une indemnité compensatrice de préavis. Pour les mêmes raisons, le salarié perd son droit à indemnité légale de licenciement. La faute grave demeure une qualification fréquente bien qu'extrême⁴²⁷, et rien n'empêche qu'elle soit disqualifiée par le juge parce que l'employeur a tardé à engager la procédure disciplinaire⁴²⁸ ou a accepté l'exécution d'un préavis⁴²⁹, ce qui exclut forcément que le maintien du salarié dans l'entreprise était impossible.

La faute grave a aussi pour effet de faire tomber certaines protections. Elle permet par exemple de rompre unilatéralement un CDD sans attendre son terme, de licencier une femme enceinte ou une victime d'un accident du travail.

296. Faute lourde. La faute lourde incarne le sommet de l'échelle de gradation des fautes disciplinaires. Reconnue qu'à titre exceptionnelle, elle est caractérisée par une extraordinaire gravité d'une part, et traduit un comportement volontairement nuisible à l'entreprise d'autre part. Il ne suffit pas que l'employeur ait subi un préjudice, il faut nécessairement prouver l'existence d'une réelle intention de nuire de la part du salarié fautif. A titre d'exemple, le salarié qui détourne une somme d'argent considérable sur son

⁴²⁵ Cf. supra : Section 1 / II. / 2. / A. Les obligations communes à tout licenciement.

⁴²⁶ Cass. Soc., 27 septembre 2007, n° 06-43.867, Bull. Civ. V, n° 146.

⁴²⁷ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, *op. cit.* note 249, p. 439.

⁴²⁸ Cass. Soc., 22 octobre 1991, n° 90-40.077.

⁴²⁹ Cass. Soc., 12 juillet 2005, n° 03-41.536, Bull. Civ. V, n° 245. ; Cass. Soc., 5 décembre 2007, n° 06-41.313, Bull. Civ. V, n° 206.

compte bancaire est très certainement fautif, mais, si aucun doute n'est permis sur le fait qu'il serve son intérêt personnel, rien ne démontre qu'il a sciemment voulu porter atteinte à la santé financière de l'entreprise. La qualification de faute lourde doit donc être écartée⁴³⁰.

La faute lourde a d'autre part pour effet de faire tomber toutes les protections auxquelles peut normalement prétendre le salarié. Elle justifie par exemple le licenciement d'un gréviste, et saurait même empêcher la réintégration d'un représentant du personnel, préconisée par une loi d'amnistie⁴³¹. Elle permet en outre d'ouvrir un droit à la réparation de son préjudice au bénéfice de l'employeur à l'égard du salarié⁴³², et fait perdre au fautif le bénéfice de son droit à la portabilité de la mutuelle complémentaire (article L. 911-8 du code de la sécurité sociale).

297. Protections contre la faute. A priori, la faute disciplinaire est une violation de ses obligations par le salarié. Pour autant, toute désobéissance n'est pas forcément fautive, et certaines sont même protégées par la loi lorsqu'elles constituent l'expression d'une prérogative. C'est le cas de la grève, du témoignage contre son employeur pour discrimination, de l'absence due à l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur, du lancement d'alerte lorsque la procédure spécifique a été respectée, ou encore du refus en raison de son orientation sexuelle, d'une mutation géographique dans un Etat incriminant l'homosexualité :

⁴³⁰ Cass. Soc., 22 octobre 2015, n° 14-11.291, Bull. Civ. V, n° 838.

⁴³¹ Monsieur le Professeur Yves Saint-Jours notait à ce titre, non sans ironie, que « la faute lourde commise par les représentants du personnel est ainsi frappée du sceau de l'infamie dont le législateur ne peut totalement amnistier les effets contrairement aux crimes de guerre, aux actes de félonies commis envers l'Etat, voire aux trafics de fausses factures au profit de partis politiques » ; Y. Saint-Jours, « La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau », *op. cit.* note 377, p. 113 ; Cons. const., décis. n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, D. 1989, p. 269, note F. LUCHAIRE ; JCP 1989.II.21202, obs. J. PAILLET ; Dr. soc. 1988, p. 755, obs. X. PRETOT ; Cons. const., décis. n° 89-258 DC du 8 juillet 1989.

⁴³² Cass. Soc., 27 novembre 1958, n° 59-40.405, Bull., n° 1081 ; Cass. Soc., 21 octobre 2008, n° 07-40.809, Bull. Civ. V, n° 197 ; Dr. Ouv. 2009, p. 217, note C. MATHIEU-GENIAUT ; RDT 2009, p.112, note G. PIGNARRE.

Article L. 1132-2 du code du travail :

« Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice normal du droit de grève. »

Article L. 1132-3 :

« Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L. 1132-1 et L. 1132-2 ou pour les avoir relatés. »

Article L. 1132-3-1 :

« Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur. »

Article L. 1132-3-2 :

« Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 pour avoir refusé en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un Etat incriminant l'homosexualité. »

298. Droit de retrait du salarié. La loi prévoit aussi pour le salarié un droit de retrait en cas de danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, et ce retrait ne saurait être qualifié de fautif :

Article L. 4131-3 du Code du travail :

« Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux. »

299. Causes non-disciplinaires de licenciement. En dehors des causes disciplinaires, le licenciement pour motif personnel peut également être pris par l'employeur lorsqu'il est confronté à un salarié qui, sans volonté fautive déterminée de sa part, ne parvient pas respecter ses obligations professionnelles⁴³³. Ainsi ont pu être reconnus comme valables sous certaines conditions les licenciements pour insuffisance professionnelle, les licenciements pour insuffisance de résultat, les licenciements pour troubles objectif au fonctionnement de l'entreprise ou les licenciements pour inaptitude constatée par le médecin du travail.

300. Licenciement pour insuffisance professionnelle. L'insuffisance professionnelle est une cause de licenciement pour motif personnelle qui trouve son origine dans l'incompétence du salarié à son poste de travail. Cette carence qualitative⁴³⁴ du salarié est indépendante de toute volonté. En ce sens, elle doit impérativement être écartée de l'idée de tout comportement fautif de la part de l'intéressé⁴³⁵. Conformément à l'exigence de cause réelle et sérieuse de licenciement et à son contrôle, l'employeur n'est pas le seul juge de l'insuffisance professionnelle du salarié bien qu'il soit le seul à pouvoir la constater initialement. Cela signifie que, même s'il est à l'origine de la mesure de licenciement fondée sur ce motif, il doit se reposer sur des éléments objectifs et

⁴³³ Voir ci-avant n° 272.

⁴³⁴ A. FABRE, *Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun*, *op. cit.* note 400, n° 259 ; P. LOKIEC, « Le licenciement pour insuffisance professionnelle », *op. cit.* note 387, p. 38-43 ; S. RIOCHE, « Le licenciement pour insuffisance professionnelle », *Gaz. Palais*, 26 septembre 2023, vol. 30, p. 14.

⁴³⁵ Cass. Soc., 9 mai 2000, n° 97-45.163 ; Cass. Soc., 25 janvier 2006, n° 04-40.310.

matériellement vérifiables qui permettront, en cas de contentieux, au juge de statuer sur la réalité et le sérieux de la rupture.

301. Licenciement pour insuffisance de résultat. A l'inverse du licenciement pour insuffisance professionnelle, le licenciement pour insuffisance de résultat prend source dans une appréciation quantitative⁴³⁶ des performances du salarié. Cette cause de licenciement est toutefois acceptée restrictivement par la Cour de cassation, qui refuse que le juge puisse être lié par des clauses d'objectifs, ce qui aurait pour effet de le priver de son pouvoir d'appréciation du caractère réel et sérieux du motif de licenciement⁴³⁷. Les clauses résolutoires, qui auraient permis de préconstituer une cause de licenciement en cas de non-réalisation d'objectifs déterminés, ont d'ailleurs subi le même sort⁴³⁸. Il convient de souligner également que l'insuffisance de résultat de constitue pas une cause autonome de licenciement. Aussi, elle doit être rattachée à une autre cause de licenciement pour être entendable, telle qu'à une insuffisance professionnelle, ou un comportement fautif⁴³⁹.

L'insuffisance de résultat doit reposer sur des objectifs déterminés par l'employeur, en vertu du contrat ou simplement de son pouvoir de direction. Ces objectifs font l'objet d'un contrôle du juge en cas de contentieux, qui constate à titre de validité leur caractère réaliste, ou tout du moins réalisable⁴⁴⁰.

302. Licenciement pour troubles objectifs au fonctionnement de l'entreprise. En cas d'absences répétées ou prolongées du salarié, il est admis que l'employeur puisse

⁴³⁶ A. FABRE, *Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun*, op. cit. note 400, n° 259.

⁴³⁷ Cass. Soc., 3 février 1999, n° 97-40.606.

⁴³⁸ Cass. Soc., 14 novembre 2000, n° 98-42.371 ; Cass. Soc., 5 juin 2002, n° 00-42.037 ; Cass. Soc., 2 mars 2005, n° 02-46.534.

⁴³⁹ Cass. Soc., 3 avril 2001, n° 98-45.818 ; Cass. Soc., 11 juillet 2001, n° 99-42.927.

⁴⁴⁰ Cass. Soc., 18 janvier 2012, n° 10-19.569, Cass. Soc., 31 janvier 2018, n° 16-22.287 ; Cass. Soc., 16 mai 2018, n° 16-25.689.

prendre une mesure de licenciement, tant que celle-ci est fondée sur autre chose que l'état de santé du salarié. Dans ce dernier cas, le licenciement serait considéré comme discriminatoire, et donc nul. Ainsi, la Cour de cassation « *ne s'oppose pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement* »⁴⁴¹. Deux conditions doivent donc caractérisées. Premièrement, les absences doivent être la source d'une perturbation du fonctionnement de l'entreprise. Deuxièmement, cette perturbation doit rendre nécessaire une nouvelle embauche, en vue du remplacement définitif du salarié absent.

De manière générale, le licenciement pour trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise doit, pour être admis comme fondé sur une cause réelle et sérieuse, reposer sur des faits suffisamment graves. Le juge du fond doit prendre en considération tous les éléments factuels, tels que la nature des fonctions du salariés, la nature de l'activité de l'entreprise, et l'impact effectif et objectif du comportement dommageable à l'employeur. En ce sens, ont été admis par la Cour de cassation le licenciement d'un salarié condamné pénalement pour viol sur mineur⁴⁴², ou celui du salarié arrêté sur son lieu de travail en raison de son comportement à l'égard de sa concubine, elle-même salariée de l'entreprise⁴⁴³.

303. Licenciement pour inaptitude constatée par le médecin du travail. Dans le cas du licenciement pour inaptitude constatée par le médecin du travail, la cause personnelle de licenciement ne se trouve plus dans le trouble objectif que les absences du salarié causent à l'entreprise, bien que ce soit également son état de santé qui soit à l'origine du projet de rupture. Ici, c'est directement le lien entre l'affection du salarié et son poste de travail qui est en cause : l'intéressé n'est médicalement plus apte à réaliser sa prestation

⁴⁴¹ Cass. Soc., 16 juillet 1998, n° 97-43.484 ; Cass. Soc., 10 novembre 1998, n° 98-40.493 ; Cass. Soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110 ; Cass. Ass. Plén., 2 avril 2011, n° 09-43.334.

⁴⁴² Cass. Soc., 26 septembre 2012, n° 11-11.247, RJS décembre 2012, n° 922.

⁴⁴³ Cass. Soc., 9 juillet 2002, n° 00-45.068, RJS novembre 2002, n° 1212.

de travail. Pour le législateur, cette cause de licenciement peut être constituée dans trois cas. Soit l'employeur se trouve dans l'impossibilité de satisfaire à son obligation de reclassement du salarié, soit le salarié refuse les propositions de reclassement de l'employeur, soit le médecin conclut à une impossibilité de reclassement du salarié :

Article L. 1226-2-1, alinéa 2 du code du travail pour les inaptitudes d'origine non-professionnelle :

« [...]

L'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie soit de son impossibilité de proposer un emploi dans les conditions prévues à l'article L. 1226-2, soit du refus par le salarié de l'emploi proposé dans ces conditions, soit de la mention expresse dans l'avis du médecin du travail que tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi.

[...] »

Art. L. 1226-12 alinéa 2 pour les inaptitudes d'origine professionnelle :

« [...]

L'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie soit de son impossibilité de proposer un emploi dans les conditions prévues à l'article L. 1226-10, soit du refus par le salarié de l'emploi proposé dans ces conditions, soit de la mention expresse dans l'avis du médecin du travail que tout maintien du salarié dans l'emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'emploi

[...] »

Dans tous les cas, la seule mention de l'inaptitude dans la lettre de licenciement ne suffit pas pour justifier celui-ci. L'employeur doit impérativement détailler en quoi il se trouve dans l'impossibilité de reclasser le salarié⁴⁴⁴.

2. Le défaut de l'employeur

304. Causes d'imputabilité à l'employeur. Pour qu'une rupture soit imputable à l'employeur, la demande du salarié doit être due à des manquements de sa part suffisamment graves pour rendre impossible la poursuite du contrat de travail⁴⁴⁵. Par analogie avec le licenciement, les faits doivent être réels, et sérieux. Globalement, les fautes susceptibles de justifier l'imputabilité de la rupture à l'employeur sont soit des modifications contractuelles imposées au salarié malgré son refus, soit des violations d'obligations inhérentes au contrat de travail, soit encore des situations de harcèlement ou des transgressions de l'obligation de sécurité⁴⁴⁶.

305. Causes de rupture par le salarié du contrat à durée déterminée. En matière de contrat à durée déterminée, le raisonnement est identique. La Cour de cassation exige, par analogie avec la prise d'acte et de manière générale un comportement rendant impossible le maintien de la relation de travail. Le salarié qui poursuivrait la relation contractuelle plusieurs semaines après avoir constaté le comportement fautif ou abusif de son employeur ne pourrait, par exemple, s'en prévaloir pour mettre un terme à son contrat⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Cass. Soc., 9 avril 2008, n° 07-40.356.

⁴⁴⁵ F. GEA, *Prise d'acte de la rupture*, *op. cit.* note 384, n° 108 et s. ; F. GEA, *Résiliation judiciaire en droit du travail*, *op. cit.* note 381, n° 85 et s. ; pour la prise d'acte : Cass. Soc., 26 mars 2014, n° 12-23.634, n° 12-21.372 et n° 12-35.040 ; pour la résiliation judiciaire : Cass. Soc., 15 mars 2005, n° 03-42.070 ; Cass. Soc., 26 mars 2014, n° 12-21.372 ; Cass. Soc., 12 juin 2014, n° 13-11.448.

⁴⁴⁶ Lamy Social 2012, n° 2562.

⁴⁴⁷ Cass. Soc., 23 mai 1995, n° 93-43.403, RJS 1995. 503, n° 760.

Il ne s'agit toutefois pas à proprement parlé d'une prise d'acte de rupture, mais plutôt d'une rupture anticipée⁴⁴⁸. La nuance a son importance : la rupture anticipée du contrat par le salarié, même si elle est justifiée, reste de son initiative. Il ne peut donc obtenir que la réparation du préjudice subi, sans pouvoir invoquer les dispositions de l'article L. 1243-4 du code du travail, qui donneraient un plancher aux dommages et intérêts « *au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8* ».

II. Le bien-faire

306. Diversité des procédures de rupture. En ce qui concerne les ruptures du contrat de travail d'un commun accord, les règles procédurales ont déjà été présentées puisqu'elles sont identiques à celles qui encadrent les ruptures d'un commun accord reposant sur une cause objective. Il en va d'ailleurs de même pour la démission du salarié. S'agissant des ruptures à l'initiative du salarié, imputables à l'employeur, la loi ne prévoit rien en termes de processus, mais la Cour de cassation a pu déterminer certaines règles qui s'imposent aux cocontractants. S'agissant des licenciements pour motif personnel, la procédure à adopter répond majoritairement aux règles communes à tout licenciement, mais des spécificités propres à certaines causes sont à relever, notamment en matière disciplinaire ou d'inaptitude professionnelle.

307. Procédure de prise d'acte. C'est l'une de ses particularités : le régime juridique de la prise d'acte n'est assorti d'aucun formalisme particulier⁴⁴⁹. La rupture peut ainsi être donnée par écrit ou oralement, et peut même être « *valablement présentée par le conseil*

⁴⁴⁸ Cass. Soc., 3 juin 2020, n° 18-13.628, D. 2020, p.1233 ; J. MOULY, « La prise d'acte n'est pas applicable à la rupture du CDD », *Droit Soc. Dalloz*, 2020, n° 9, p. 760.

⁴⁴⁹ F. GEA, *Prise d'acte de la rupture*, *op. cit.* note 384, n° 62 ; Cass. Soc., 4 avril 2007, n° 05-42.847, RJS 6/07, n° 710.

d'un salarié au nom de celui-ci »⁴⁵⁰. Elle doit en revanche impérativement être directement signifiée à l'employeur⁴⁵¹, sans que le salarié n'ait l'obligation de lui préciser les raisons de sa décision⁴⁵², et sans obligation préalable de mise en demeure.

308. Procédure de résiliation judiciaire. La procédure de résiliation judiciaire est une procédure initiée directement devant le juge prud'homal. Elle constitue ainsi une prétention contentieuse qui obéit aux règles de la procédure prud'homale.

309. Règles communes à tous les licenciements. Dans le cas du licenciement pour motif personnel non disciplinaire, les premières règles légales à respecter tiennent à l'organisation de l'entretien préalable, à la notification de la rupture, à la poursuite du délai-congé et aux garanties indemnитaires au bénéfice du salarié. Toutes ces règles, communes à tout licenciement, ont été évoquées ci-avant⁴⁵³.

310. Règles spécifiques relatives au licenciement disciplinaire. Dans le cas de la rupture fautive, l'employeur qui initie une rupture unilatérale du contrat doit respecter un formalisme procédural spécifique, agrégation des règles propres à tous licenciements pour motif personnel, et le licenciement étant ici une sanction, de celles qui encadrent son pouvoir disciplinaire. Il est possible par ailleurs de prévoir une procédure disciplinaire particulière par voie d'accord collectif, à condition que les dispositions légales soient tout de même respectées par l'employeur⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ Cass. Soc., 4 avril 2007, op cit.

⁴⁵¹ Cass. Soc., 16 mai 2012, n° 10-15.238, Reau c/ Norbert Dentressangle (Sté), D. 2012. 1407 ; D. 2013. 1026, obs. P. LOKIEC et J. PORTA.

⁴⁵² Cass. Soc., 29 juin 2005, n° 03-42.804, Dépannage Côte d'Azur Transports (Sté) c/ Rosso, D. 2005. 2723, obs. E. CHEVRIER, note P. LOKIEC.

⁴⁵³ Voir ci-avant n° 231.

⁴⁵⁴ Cass. Soc., 20 octobre 1988, n° 85-44.501 et n° 85-44.502.

311. Etapes de la procédure disciplinaire. La procédure est enfermée dans un certain nombre d'échéances. D'abord, en vertu de l'article L. 1332-4 du Code du travail, les faits reprochés aux salariés ne peuvent entraîner l'ouverture de la procédure disciplinaire que dans un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance :

« Aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales. »

Ensuite, sur le fondement de l'article L. 1332-2 al. 4 du Code du travail, il ne peut s'écouler moins de deux jours et plus d'un mois entre l'entretien préalable et la notification de la sanction :

« La sanction ne peut intervenir moins de deux jours ouvrables, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien. Elle est motivée et notifiée à l'intéressé. »

312. Convocation à l'entretien disciplinaire. La convocation à l'entretien se fait par écrit, et mentionne son caractère disciplinaire et la possibilité pour le salarié d'être accompagné par un membre de l'entreprise :

Article L. 1332-2 du Code du travail :

« Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il convoque le salarié en lui précisant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié.

Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. »

Lors de cet entretien, l'employeur indique au salarié qu'un licenciement est envisagé, il en donne les motifs, et recueille les explications du salarié.

313. Mise à pied conservatoire. Lorsque la faute est grave ou lourde, puisque la présence du salarié n'est en principe plus possible, il est envisageable de procéder à une mise à pied conservatoire. Il ne s'agit pas d'une sanction à proprement parlé, mais d'une mesure de précaution en l'attente d'une décision ultérieure éventuelle de sanction. La mise à pied disciplinaire doit tout de même être justifiée par les circonstances et proportionnée⁴⁵⁵. Cette mise à pied dure le temps déterminé ou indéterminé de la procédure disciplinaire⁴⁵⁶. Pendant cette durée, le salarié ne touche pas sa rémunération. En revanche, s'il s'avère à terme que l'employeur ne retient pas la qualification de faute grave, il devra lui verser le dû⁴⁵⁷.

Article L. 1332-3 du Code du travail :

« Lorsque les faits reprochés au salarié ont rendu indispensable une mesure conservatoire de mise à pied à effet immédiat, aucune sanction définitive relative à ces faits ne peut être prise sans que la procédure prévue à l'article L. 1332-2 ait été respectée. »

314. Règles spécifiques au licenciement pour inaptitude. En matière d'inaptitude du salarié, des règles formelles particulières sont à respecter, qui visent notamment à la satisfaction par l'employeur de son obligation de reclassement. Dès que le salarié est déclaré inapte, que l'inaptitude soit d'origine professionnelle ou non, l'employeur devient

⁴⁵⁵ Cass. Soc., 9 mai 2012, n° 10-26.497.

⁴⁵⁶ Cass. Soc., 18 mars 2009, n° 07-44.185, Bull. Civ. V, n° 81 : auparavant, la mise à pied conservatoire devait nécessairement être à durée indéterminée, faute de quoi elle était analysée comme une sanction par les juges prud'homaux.

⁴⁵⁷ Cass. Soc., 5 juin 1996, n° 95-40.019.

débiteur de cette obligation. Il doit alors chercher de manière réelle et sérieuse un emploi adapté aux « *capacités* » du salarié, « *aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé* », en passant si besoin par « *la mise en œuvre de mesures telles que mutations, aménagements, adaptations ou transformations de postes existants ou aménagement du temps de travail* », tout en prenant « *en compte les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur les capacités du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise [ou] à bénéficier d'une formation le préparant à occuper un poste adapté* » (articles L. 1226-2 pour l'inaptitude d'origine non-professionnelle, L. 1226-10 pour l'inaptitude d'origine professionnelle)⁴⁵⁸. Il n'importe pas que les emplois disponibles soient à durée déterminée ou indéterminée, l'employeur doit les proposer s'ils correspondent aux préconisations légales et médicales⁴⁵⁹.

315. Indemnisation de l'inaptitude d'origine professionnelle. Lorsque l'inaptitude du salarié fait suite à une maladie professionnelle ou un accident du travail, l'intéressé licencié bénéficie d'une indemnisation de la perte de son emploi spécifique, composée d'une indemnité compensatrice de préavis (malgré l'absence de préavis), et d'une indemnité légale de licenciement doublée. Si toutefois l'employeur caractérise un abus de la part du salarié dans le refus des offres de reclassement, toutes ces indemnités peuvent être écartées.

Article L. 1226-14 du code du travail :

« *La rupture du contrat de travail dans les cas prévus au deuxième alinéa de l'article L. 1226-12 ouvre droit, pour le salarié, à une indemnité compensatrice d'un montant égal à celui de l'indemnité compensatrice de préavis prévue à l'article L. 1234-5 ainsi qu'à une indemnité spéciale de licenciement qui, sauf*

⁴⁵⁸ A. FABRE, *Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun*, op. cit. note 400, n° 283 et s..

⁴⁵⁹ Cass. Soc., 23 septembre 2009, n° 08-44.060 ; Cass. Soc., 10 février 2016, n° 14-14.156 ; Cass. Soc., 4 septembre 2019, n° 18-18.169.

dispositions conventionnelles plus favorables, est égale au double de l'indemnité prévue par l'article L. 1234-9.

Toutefois, ces indemnités ne sont pas dues par l'employeur qui établit que le refus par le salarié du reclassement qui lui est proposé est abusif.

[...]. »

*

Conclusion de titre

316. Droit français de la rupture : richesse ou imbroglio. Le droit de la rupture du contrat de travail constitue un pan entier du droit du travail français, et les normes qui y sont relatives sont tellement nombreuses que, dans toute situation, pour déterminer le régime juridique applicable, chaque détail de fait peut compter. Ainsi, la personne qui a l'initiative de la rupture, la manière dont elle procède, la raison pour laquelle elle rompt le contrat, les circonstances entourant cette raison, sont autant de points qui dans leurs nuances, vont entraîner des conséquences sur le droit applicable. Que l'on se prête à parler de richesse, lorsqu'on réalise notamment que cette profusion de règles est le résultat d'une longue construction législative destinée à réguler des rapports sociaux dans lesquels la paix n'a jamais été le maître mot, ou qu'on préfère évoquer un imbroglio, devant une inflation législative incontrôlée qui complexifie toujours plus les rapports contractuels et le contentieux, il est certain que le juriste ne manque jamais de matière pour nourrir sa curiosité.

Cela étant, malgré toutes les différentes formes que peut prendre la rupture du contrat de travail, des constantes peuvent être dégagées et permettent de déterminer, de manière générale, son appréhension par le droit français. C'est ainsi qu'il est remarqué que, malgré

la promotion d'une liberté contractuelle, le droit de rompre le contrat de travail semble quasi systématiquement conditionné, surtout lorsqu'il s'agit de résiliation à l'initiative de l'employeur. Ces conditions relèvent parfois du fond, quand elles ont trait à la raison qui pousse le cocontractant à rompre, parfois de la forme, quand elles se rapportent à la manière de rompre.

*

* * *

Conclusion de partie

317. Compte rendu de comparaison. Les cadres légaux de la rupture du contrat de travail suisse et français ayant été présentés, il a été rappelé que le droit du travail pouvait être l'une des branches les plus marquantes de la culture juridique d'un Etat⁴⁶⁰. Aussi, les choix opérés par les législateurs suisse et français dans l'histoire de la construction juridique du droit de la rupture du contrat de travail apparaissent comme des révélateurs de la société qu'ils régissent, l'une plus libérale que l'autre. Cette construction a donné lieu à des points communs, mais aussi à des points radicalement divergents.

Les droits suisse et français reconnaissent l'un et l'autre le déséquilibre inhérent à une relation de travail subordonné. Ce fait établi constitue dans les deux systèmes le fondement historique de la création d'un contrat particulier, le contrat de travail, lequel a

⁴⁶⁰ A. SUPIOT, *Le droit du travail*, op. cit. note 1, p. 19 ; voir ci-avant n° 2.

vocation à rééquilibrer les rapports sociaux et garantir une paix sociale. Relativement à la rupture du contrat de travail, l'idée commune aux deux droits comparés est de sanctionner les abus, afin de garantir une certaine stabilité de la relation de travail. Pour ce faire cependant, la Suisse a choisi de suivre une conception contractuelle classique, qui laisse libre cours à la volonté du cocontractant, tant qu'un abus n'est pas caractérisé, alors que la France a opté pour un régime particulier, en symétrie avec la particularité de la relation de travail, qui limite les possibilités de rupture à des cas prédéfinis par le législateur.

Ce faisant, chacun des deux systèmes juridiques a conservé la marque des conditions dans lesquelles ils ont été construits. Le droit suisse de la rupture du contrat de travail obéit ainsi fondamentalement à des considérations libérales, en ce qu'il promeut une égalité des cocontractants devant la loi, et ce caractère est limité par le législateur quand des intérêts légitimes sont à protéger, tel que le rééquilibrage du contrat de travail. Le droit français de la rupture du contrat de travail obéit pour sa part fondamentalement à des considérations sociales : il a vocation à d'abord protéger la partie faible au contrat, avant de satisfaire le besoin de liberté des employeurs.

Aussi, il est à noter que certaines spécificités du droit suisse, en plus d'être bien différentes de ce qui est de rigueur dans son pays, peuvent paraître inconcevables pour le juriste travailliste français. Comment imaginer qu'un employeur puisse demander l'annulation d'une rupture du contrat de travail à l'initiative du travailleur qui résilie le contrat de travail en temps inopportun ? De manière plus générale, comment admettre un principe de réciprocité dans un rapport dont le déséquilibre naturel est reconnu ? Il y a là une singularité des plus surprenantes pour celui qui évolue dans un système juridique qui conçoit en tout état de cause le travailleur salarié comme une victime potentielle du patronat.

L'une des raisons de cette singularité se trouve sans doute dans la place qui est laissée au juge dans le droit suisse, laquelle est prépondérante. Le juge suisse fait figure, à l'inverse du juge français et peut être finalement plus que le législateur helvétique, de poids dans le rééquilibrage des rapports sociaux.

Partie 2 – Les juges suisse et français face au cadre légal de la rupture

318. Résolution des litiges. L'étude comparative du droit mène à constater qu'il existe dans nos différentes sociétés plusieurs moyens de résoudre le conflit au travail⁴⁶¹, soit dans un cadre purement professionnel, comme c'est le cas aux Etats-Unis, soit devant un tribunal, lequel peut être de droit commun ou spécialisé, et de diverse composition, comme c'est le cas en Suisse et en France.

319. Juge et cadre légal. Nous l'avons vu, de l'un côté comme de l'autre de la frontière, le cadre légal de la rupture du contrat de travail s'est construit de manière radicalement opposée. Le droit français opte pour une restriction normative des possibilités de rupture, les faisant dépendre quasi systématiquement d'une cause, prévue par la loi. Le droit suisse penche lui pour une liberté de rompre, dont la limite réside dans la caractérisation de l'abus, peu normé comparativement à la cause française. Dès lors, si la mission fondamentale poursuivie par les juges suisse et français de la rupture du contrat de travail est sensiblement la même, la protection contre la rupture abusive, les moyens de forme et de fond accordés au juge pour l'exercer sont foncièrement différents.

320. Accès au juge. D'abord, il ne peut y avoir de résolution judiciaire du litige sans accès au juge. Sous l'impulsion du droit international et l'influence des droits et libertés fondamentaux, les deux pays ne se contentent pas de l'annoncer. Pour cause, le droit d'accès au juge ne peut avoir de sens que s'il est effectif, et cela nécessite, outre des principes communs à n'importe quel contentieux, la construction d'un régime propre, adapté aux spécificités de certains rapports juridiques particuliers, tels que le rapport de travail subordonné.

321. Attributions du juge : jugement et jurisprudence. Dans les deux systèmes juridiques étudiés, présenter au juge le litige qui oppose les justiciables ne suffit pas. Encore faut-il que le juge soit en mesure le trancher. Pour ce faire, il dispose de

⁴⁶¹ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, op. cit. note 14, p. 129.

prérogatives qui relèvent d'une part d'un pouvoir juridictionnel, qui regroupe tous les attributs lui permettant de juger, et d'autre part d'une fonction d'interprète de la loi, qui lui permet de déterminer le sens des règles qu'il compte appliquer. En ce sens, alors que le jugement constitue « *l'acte de volonté émanant du juge investi de cette fonction de juger et qui dit le droit pour un acte particulier* », la jurisprudence renvoie aux « *solutions généralement données par les tribunaux à des questions de droit* »⁴⁶². Sur ce point de convergence, les deux systèmes comparés diffèrent pourtant radicalement. La très ample latitude conférée au préteur suisse laisse supposer que la distinction entre fonction juridictionnelle et office jurisprudentiel est plus ténue qu'en France, où le juge paraît constraint par le législateur dans la conduite de sa mission.

322. Plan. Suivant ce raisonnement, la comparaison des juges suisse et français face au cadre légal de la rupture doit d'abord passer par une étude de l'accès au juge, afin de déterminer dans les deux pays comment le justiciable qui conteste une rupture du contrat de travail peut dans les formes obtenir justice (Titre 1), avant de s'intéresser aux attributions des juges de la rupture du contrat de travail, pour comprendre quelle est leur place dans la résolution du litige (Titre 2).

⁴⁶² J. HILAIRE, « Jugement et jurisprudence », *Arch. Philos. Droit*, 1994, n° 39, p. 180-191.

Titre 1 – L'accès au juge de la rupture du contrat de travail

324. Droit d'accès au juge. Le droit d'accès au juge peut être défini comme le droit, pour toute personne physique ou morale, d'accéder à la justice pour bénéficier d'un règlement juridictionnel de son différend. Sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'Homme⁴⁶³, il a progressivement été reconnu dans toutes les législations européennes comme condition d'exercice des droits reconnus aux justiciables, si bien qu'il apparaît compliqué de le détacher, aujourd'hui, du droit processuel interne de chaque Etat⁴⁶⁴.

325. Accès au juge et droit européen. L'accès au juge est en effet promu, de manière générale, par le droit du Conseil de l'Europe, et notamment dans la Convention européenne des droits de l'Homme, de rigueur dans les deux législations comparées :

Article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure

⁴⁶³ A. STEFF, « La protection de l'accès au juge judiciaire par les normes fondamentales », *Ann. Droit*, PURH, 16 octobre 2017, n° 11, p. 233-253 § n° 9.

⁴⁶⁴ P. MARTENS, « Les principes constitutionnels du procès dans la jurisprudence récente des juridictions constitutionnelles européennes », *Cah. Cons. Const.*, mai 2003, n° 14.

jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

C'est sur la base de cette disposition que la Cour européenne des droits de l'Homme a pu construire une jurisprudence contraignante à l'égard des Etats parties au Conseil, et ce dès 1975 avec l'arrêt Golder contre Royaume-Uni : « *on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1er décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge* »⁴⁶⁵.

326. Accès au juge et droit international. L'accès au juge de la rupture du contrat de travail est par ailleurs spécialement prévu par la réglementation de l'Organisation internationale du travail. La Convention n° 158, en son article 8, dispose ainsi s'agissant du licenciement :

« 1. Un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre. »

327. Applicabilité de la convention n° 158 dans les pays comparés. En France, la question de l'applicabilité des normes de l'OIT fait l'objet d'un débat aussi récurrent qu'historique⁴⁶⁶. Pourtant, la Cour de cassation a déjà conclu à l'applicabilité directe des

⁴⁶⁵ CEDH, 21 février 1975, n° 4451/70, affaire Golder c. Royaume-Uni.

⁴⁶⁶ A. JEAMMAUD, « Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail », *Dr. soc.* 1986, 1986, p. 399 ; P. AUVERGNON, « Crise et droit du travail: la France ne plane pas au-dessus des normes de l'OIT », in J.L. GIL Y GIL, *Las Reformas Laborales Frente Crisis Luz Los Estándares OIT Un Análisis Crít. Desde Las Perspect. Int. Nac. Comp.*, Juruá Editora, 2014, p. 269-285, p. 6.

dispositions, tout en conservant un pouvoir d'interprétation indépendant⁴⁶⁷. La Suisse, si elle reconnaît ce droit d'accès au juge au bénéfice du travailleur au sein de sa législation⁴⁶⁸, n'est pas tenue par cette disposition de droit international. Pour cause, la Confédération n'a jamais ratifié la convention n° 158⁴⁶⁹, qui contrevient à son droit du travail en ce qu'elle exige que la résiliation d'un contrat de travail ne puisse reposer que sur « *un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* » (article 4 de la Convention n° 158)⁴⁷⁰.

328. Accès au juge et droit de l'Union européenne. En Union européenne, le droit fondamental d'accès au juge est prévu par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui fixe le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial. Ainsi, même si les Etats membres de l'Union européenne, tels que la France, disposent de principe d'une autonomie dans leur organisation judiciaire, le droit communautaire leur impose de garantir aux justiciables un accès effectif au juge.

329. Accès au juge et droits internes. Au sein des législations internes suisse et française, l'accès effectif au juge est assuré à l'échelle constitutionnelle. En Suisse, trois articles successifs de la Constitution donnent les garanties minimales⁴⁷¹ :

Art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 :

« *Garanties générales de procédure*

⁴⁶⁷ Cass. Soc., 29 mars 2006, n° 04-46.499 ; P. LOKIEC, « L'applicabilité directe de la Convention n° 158 de l'OIT », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, 1 octobre 2006, vol. 4, p. 273-275.

⁴⁶⁸ F. BOHNET, *Procédure civile*, *op. cit.* note 216, p. 101.

⁴⁶⁹ S. BRUN POGGI, « L'employeur privé doit-il entendre son employé avant de le licencier ? », in R. WYLER (éd.), *Panorama III en droit du travail*, Recueil d'études réalisées par les praticiens, Berne 2017, p. 450.

⁴⁷⁰ J.-P. DUNAND, « Liberté de licenciement en droit suisse : la règle devient-elle l'exception ? », *op. cit.* note 68, p. 319-322, p. 319.

⁴⁷¹ ATF 138 III 471, cons. 6 ; F. BOHNET, *Procédure civile*, *op. cit.* note 216, p. 101.

¹ *Toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable.*

² *Les parties ont le droit d'être entendues.*

³ *Toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert. »*

Art. 29a :

« Garantie de l'accès au juge

Toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels. »

Art. 30 :

« Garanties de procédure judiciaire

¹ *Toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Les tribunaux d'exception sont interdits.*

² *La personne qui fait l'objet d'une action civile a droit à ce que sa cause soit portée devant le tribunal de son domicile. La loi peut prévoir un autre for.*

³ *L'audience et le prononcé du jugement sont publics. La loi peut prévoir des exceptions. »*

En France, si aucun article de la Constitution de 1958 ne dicte formellement de droit d'accès au juge, le droit à un recours juridictionnel effectif a progressivement été érigé au rang des normes à caractère constitutionnel par le Conseil constitutionnel, sur le

fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789⁴⁷² :

« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

330. Accès au juge et droit du travail. Eu égard à son histoire, le droit du travail est intimement lié à la question de l'accès au juge⁴⁷³. Pour certain, la naissance des procédures simplifiées est une conséquence même du déséquilibre inhérent à la relation de travail salariée, et du caractère éminemment professionnel de celle-ci⁴⁷⁴. C'est dans cette logique qu'en Suisse, la Loi sur les fabriques de 1877 fut révisée en 1918 pour prévoir en son article 29 que le jugement du contentieux résultant d'un contrat de travail devait émaner d'un juge spécialement compétent, à l'issu d'une « procédure orale et accélérée », sans représentations par des mandataires professionnels. En France, la construction des conseils de prud'hommes a vraisemblablement suivi la même logique⁴⁷⁵. Dans les deux pays, il s'agissait de réaliser que le travailleur, partie faible au contrat de travail, ne dispose pas des armes suffisantes pour accéder comme il se doit à la justice, et faire valoir ses droits face à un employeur qui lui, n'a pas besoin du pouvoir judiciaire pour le faire.

⁴⁷² DC, 21 janvier 1994, n° 93-335 ; DC, 9 avril 1996, n° 96-373 : « la loi ne saurait porter d'atteintes substantielles au droit des intéressés d'exercer un recours effectif devant une juridiction » ; W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE, « Le souci de l'effectivité du droit », *Recl. Dalloz*, 1996, p. 301, p. 301.

⁴⁷³ Et pas n'importe quel juge : Lénine préconisait ainsi en 1899 que le contentieux du travail ne pouvait se régler qu'entre les ouvriers et les patrons, sans avocats couteux ni juges fonctionnaires, et dans le cadre de procédures simples et rapides ; LENINE, « À propos des conseils de prud'hommes », *Droit Soc.*, 1 janvier 1998, vol. 1, p. 57-61.

⁴⁷⁴ M. HEINZMANN, *La procédure simplifiée*, Schulthess Juristische Medien AG, AISUF - Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg, 2018, p. 28 ; P. DIETSCHY-MARTENET, *Fors, frais et représentation dans le procès civil social*, in F. BOHNET, A.-S. DUPONT (dir.), *Le procès civil social*, Bâle, Neuchâtel, 2018, p. 3.

⁴⁷⁵ Voir ci-après n° 390.

331. Plan. Dans l'un et l'autre cas, l'accès au juge semble donc connaître la même origine, en ce sens que ce sont des paradigmes similaires qui ont conduit à sa promotion. Pourtant, le résultat actuel de cette promotion historique est bien différent, et alors que la France reste attachée à ses conseils de prud'hommes paritaires et indépendants, l'idée d'une juridiction spéciale paraît désormais désuète en Suisse. Il convient donc de s'intéresser dans un premier temps à l'expression du droit d'accès au juge tel qu'il est organisé en Suisse (Chapitre 1), avant de présenter son agencement en droit français (Chapitre 2).

332. Unification de la procédure civile. Par l'entrée en vigueur du Code de procédure civile au 1^{er} janvier 2011, la procédure civile a été unifiée dans toute la confédération suisse. Aussi, bon nombre de règles générales relatives à la compétence des tribunaux, à la forme des actes de procédure, aux moyens de preuve ou encore aux différentes procédures et aux voies de recours sont désormais les mêmes quel que soit le Canton dans lequel le litige est survenu⁴⁷⁶. Ces derniers ont toutefois conservé un domaine de compétence s'agissant de l'organisation judiciaire de leur territoire, si bien qu'ils peuvent instituer des tribunaux spécialement chargés des litiges relatifs au contrat de travail, au premier ou au second degré de juridiction⁴⁷⁷ :

Article 4 du Code de procédure civile :

« *Le droit cantonal détermine la compétence matérielle et fonctionnelle des tribunaux, sauf disposition contraire de la loi.*

Si la compétence à raison de la matière dépend de la valeur litigieuse, celle-ci est calculée selon la présente loi. »

333. Organisation judiciaire neuchâteloise. Pour prendre l'exemple du Canton de Neuchâtel, les litiges relatifs au contrat de travail, et donc qui concernent une rupture de contrat de travail, sont traités par le Tribunal civil (article 17a de la Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise du 27 janvier 2010), qui est incarné dans les sections civiles des tribunaux régionaux, au nombre de trois, situés à La-Chaux-de-Fonds, à Neuchâtel et à Boudry. L'appel est formé devant la Cour civile (article 40 de la même loi).

⁴⁷⁶ F. BOHNET, *Procédure civile*, *op. cit.* note 216, avant-propos.

⁴⁷⁷ M.-J.A. GALLEY, *Les juridictions du travail en Suisse*, Schulthess Juristische Medien AG, DTP - Le droit du travail en pratique, 2003, p. 15 ; C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 91, p. 597.

334. Organisation judiciaire vaudoise. Dans le Canton de Vaud, les tribunaux de prud'hommes sont au nombre de quatre (sans compter le Tribunal de prud'hommes de l'administration cantonale, compétent pour les contrats de droit public et les litiges relatifs à Loi sur l'égalité entre femmes et hommes). Ils sont institués en tant que chambre des tribunaux d'arrondissement (article 96 de la Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979), et sont compétents pour les litiges relatifs au contrat de travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30.000 francs suisses. Si la valeur litigieuse se situe entre 30.000 francs suisses et 100.000 francs suisses, c'est le Tribunal d'arrondissement qui est compétent, et au-delà de 100.000 francs suisses, la Chambre patrimoniale cantonale. Dans tous les cas, l'appel – ou le recours si la valeur litigieuse est inférieure à 10.000 francs suisses – contre la décision doit être formé devant le Tribunal cantonal.

335. Voies de recours. Le jugement relève d'une œuvre humaine, et peut en tant que telle être source d'erreur ou d'inexactitudes. Il est donc nécessairement perfectible. Le recours formulé contre ledit jugement est dès lors perçu en Suisse comme une voie qui permet, sous condition de recevabilité, de « parachever » l'action en Justice⁴⁷⁸. Le code de procédure civile suisse distingue trois différentes voies de recours : l'appel, le recours, et la demande en révision.

336. Plan. A l'échelle fédérale, il n'existe pour autant pas de procédure spéciale applicable au contentieux relatif au contrat de travail. Celui-ci est donc, de manière générale, soumis aux mêmes règles que tout autre procès civil. Dans le but cependant de garantir au travailleur, partie faible de la relation contractuelle, un accès privilégié à la justice⁴⁷⁹, certaines spécificités propres au caractère social⁴⁸⁰ de ces procédures ont été

⁴⁷⁸ F. BOHNET, *Procédure civile*, *op. cit.* note 216, p. 372.

⁴⁷⁹ *Ibid.* p. 597.

⁴⁸⁰ Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, pp. 6843, 6856, 6863 et 6953 ; M. HEINZMANN, *La procédure simplifiée*, *op. cit.* note 472, p. 347 ; P. DIETSCHY MARTENET,

intégrées dans la législation. C'est le cas notamment en matière de for, de représentation, de frais judiciaire et d'établissement des faits. Il convient donc d'abord de présenter le contentieux tel qu'il est pour tout procès civil (Section 1), avant de s'intéresser aux spécificités inhérentes au litige entourant le contrat de travail (Section 2).

Section 1 – Le contentieux de la rupture du contrat de travail : un litige comme les autres

337. Rupture du contrat de travail : contentieux ordinaire. Le droit du travail n'étant qu'une branche originale du droit des obligations, il apparaît logique que le contentieux de la rupture du contrat de travail soit, *a priori*, un contentieux contractuel comme les autres. En tant que tel, il est, de manière générale, judiciairement traité de la même façon que tout autre litige de droit civil, dans les formes ordinaires prescrites par le code de procédure civile. Se pencher sur l'accès au juge suisse de la rupture du contrat de travail, c'est donc d'abord se poser la question des règles générales de procédure applicables, afin de déterminer globalement qui peut agir, et comment.

338. Diversité des règles de procédure judiciaire. La procédure civile suisse connaît trois procédures principales judiciaires différentes : la procédure ordinaire, la procédure simplifiée, et la procédure sommaire⁴⁸¹. Si la première constitue la procédure régulière de droit commun, les deux autres ne sauraient être regardées comme des exceptions, dans la mesure où elles obéissent en partie aux mêmes règles. Leur particularité tient finalement seulement dans quelques aménagements. Ainsi, les dispositions qui s'appliquent à la procédure ordinaire s'appliquent aussi, par analogie, aux procédures simplifiées et sommaires, sauf dans les cas où le texte en dispose autrement :

« Procédure civile et droit du travail », *Procédures En Droit Trav.*, Schulthess Editions romandes, CERT-Centre d'étude des relations de travail, 2020, p. 1-30.

⁴⁸¹ F. BOHNET, *Procédure civile*, *op. cit.* note 216 p. 223 et s.

Article 219 du code de procédure civile :

« Les dispositions du présent titre s'appliquent à la procédure ordinaire et, par analogie, aux autres procédures, sauf disposition contraire de la loi. »

339. Procédure ordinaire. La procédure ordinaire correspond à la procédure de droit commun. Elle est organisée aux articles 219 et suivants du code de procédure civile. De manière générale, il s'agit d'une procédure majoritairement écrite, qui débute par un échange d'écritures entre les parties et repose sur la maxime des débats, laquelle veut en théorie que les faits soient apportés par les parties au litige dans le cadre d'un procès contradictoire. Le juge peut convoquer des audiences, dans le cadre des débats principaux, pour entendre les témoignages, les plaidoiries des avocats et les arguments des parties, avant de rendre sa décision. Il n'est possible à ce stade d'apporter des éléments nouveaux, de fait ou de preuve, qu'à la condition qu'ils soient postérieurs à l'échange d'écriture ou à la dernière audience d'instruction, ou, s'ils existaient avant cela, qu'à la condition qu'ils ne pouvaient être avancés antérieurement, malgré la bonne diligence de la partie qui les invoque.

340. Procédure simplifiée : caractéristiques. La procédure simplifiée a pour but, pour le justiciable, de simplifier l'accès à la justice⁴⁸². Elle se caractérise par son oralité et, sous l'influence de la maxime inquisitoire sociale, par le rôle prépondérant laissé au juge dans l'établissement des faits⁴⁸³. Si, en théorie, elle se veut plus rapide que la procédure ordinaire, il s'avère en pratique que sa durée est sensiblement similaire. La raison se trouve sans doute dans les droits procéduraux qui permettent aux parties d'être entendues en tout état de cause, et de la faculté qui leur est laissée d'apporter des éléments de preuve jusqu'aux délibérations⁴⁸⁴.

⁴⁸² M. HEINZMANN, *La procédure simplifiée*, op. cit. note 472, p. 348.

⁴⁸³ Sur les pouvoirs du juge suisse, voir ci-après n° 451.

⁴⁸⁴ M. HEINZMANN, *La procédure simplifiée*, op. cit. note 472, p. 349.

341. Procédure simplifiée : champ d'application. La procédure simplifiée s'applique aux affaires dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30.000 francs suisses, et, indépendamment de la valeur litigieuse, à toute une série de contentieux déterminée par le code de procédure civile :

Article 243 du code de procédure civile :

« ¹ *La procédure simplifiée s'applique aux affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30 000 francs.*

² *Elle s'applique quelle que soit la valeur litigieuse :*

- a. aux litiges relevant de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité ;*
- b. aux litiges portant sur de la violence, des menaces ou du harcèlement au sens de l'art. 28b CC ou aux décisions d'ordonner une surveillance électronique au sens de l'art. 28c CC ;*
- c. aux litiges portant sur des baux à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux et sur des baux à ferme agricoles en ce qui concerne la consignation du loyer ou du fermage, la protection contre les loyers ou les fermages abusifs, la protection contre les congés ou la prolongation du bail à loyer ou à ferme ;*
- d. aux litiges portant sur le droit d'accès aux données prévu par la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données ;*
- e. aux litiges relevant de la loi du 17 décembre 1993 sur la participation ;*
- f. aux litiges portant sur des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie.*

³ *La procédure simplifiée ne s'applique pas aux litiges pour lesquels sont compétents une instance cantonale unique au sens des art. 5 et 8 ou le tribunal de commerce au sens de l'art. 6. »*

342. Procédure simplifiée : origines. Si elle n'est plus propre au contentieux relatif au contrat de travail, la procédure simplifiée semble y trouver pourtant son origine historique. C'est en effet au sein des tribunaux spécialisés en droit du travail que l'idée de simplifier et d'accélérer la procédure aurait vu le jour et perduré jusqu'à aujourd'hui⁴⁸⁵. La procédure simplifiée est ainsi intimement liée à la volonté de création d'une justice sociale, nécessairement adaptée aux travailleurs les plus précaires.

343. Procédure sommaire : champ d'application. La procédure sommaire est pour sa part plus rare puisqu'elle ne s'applique que dans certains cas particuliers, déterminés aux articles 248 à 251a du code de procédure civile. En matière de contentieux relatif à une rupture du contrat de travail, la procédure sommaire pourrait être mise en action en vue de la désignation d'un expert chargé de calculer la participation ou la provision du travailleur (articles 322a, alinéa 2, et 322c, alinéa 2, du code des obligations), ou de la fixation d'un délai pour la garantie des prétentions découlant des rapports de travail (article 337a du code des obligations).

344. Procédure sommaire : spécificités. La procédure sommaire est introduite par requête au tribunal compétent (article 252 du code de procédure civile), accompagnée des titres qui font office de preuve (article 254 du code de procédure civile). Dans une logique de simplicité maximale et de rapidité, le juge saisi peut renoncer aux éventuels débats et statuer sur pièces (article 256 du code de procédure civile).

345. Conciliation préalable : obligation. Sauf en cas de procédure sommaire (les autres exceptions ne concernent pas le contentieux du contrat de travail), l'introduction de la procédure judiciaire au fond doit en principe obligatoirement être précédée d'une tentative de conciliation préalable devant une autorité compétente en la matière :

⁴⁸⁵ *Ibid.* p. 28.

Article 197 du code de procédure civile :

« La procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation. »

346. Conciliation préalable : définition. La conciliation préalable se définit en droit processuel suisse comme une phase du procès, dont le but est de parvenir, avec l'aide d'un tiers, au règlement amiable du litige⁴⁸⁶. Instituée par la loi, elle favorise la paix sociale, et présente un intérêt économique certain pour les parties, en termes de temps comme de charge financière. Outre la tentative préalable prévue par l'article 197 du code de procédure civile, la conciliation constitue par ailleurs une attribution générale du juge, qui, à n'importe quelle phase du procès, peut toujours inviter les parties dans cette voie, en vertu des pouvoirs qu'il tire de l'article 124 alinéa 3 du code de procédure civile.

347. Alternatives à la conciliation préalable. Les parties peuvent conjointement décider de renoncer à cette tentative de conciliation uniquement dans le cas où la valeur litigieuse dépasse les 100.000 francs suisses. A défaut, seul le demandeur peut renoncer dans les seuls cas où le domicile ou le siège du défendeur se trouve à l'étranger, le lieu de résidence du défendeur est inconnu, où dans les litiges relevant de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité. Les parties peuvent également choisir de remplacer la procédure de conciliation par une médiation (article 213 du code de procédure civile).

348. Conciliation préalable : organisation. Bien que l'autorité compétente en la matière soit déterminée et organisée par les Cantons, la conciliation préalable est strictement encadrée par le législateur fédéral. Elle est initiée par une requête de la part du demandeur (article 202 du code de procédure civile), et une audience non publique doit être tenue dans les deux mois (article 203), à laquelle les parties doivent comparaître personnellement (article 204). Le procédé ne peut se terminer positivement que par une transaction, un acquiescement ou un désistement d'action, lesquels porte autorité d'une

⁴⁸⁶ F. BOHNET, *Procédure civile*, op. cit. note 216, p. 235.

décision entrée en force (article 208). A défaut, l'autorité de conciliation signe l'échec au procès-verbal et délivre au demandeur une autorisation de procéder devant les juridictions compétentes. Ce dernier dispose d'un délai de trois mois pour porter l'action (article 209).

349. Pouvoirs exceptionnels de l'autorité de conciliation. Dans le cas où la valeur litigieuse ne dépasse pas 5.000 francs suisses, l'autorité de conciliation peut également faire aux parties une proposition de jugement, lesquelles disposent d'un délai de vingt jours pour s'y opposer (article 211 du code de procédure civile). Dans le cas où la valeur litigieuse ne dépasse pas 2.000 francs suisses, l'autorité de conciliation peut même, sur requête du demandeur, statuer au fond de l'affaire. La procédure est alors orale (article 212 du code de procédure civile).

350. Voies de recours. Le Code de procédure civile suisse prévoit la possibilité de faire appel du jugement de première instance, en contestation d'une violation du droit, ou d'une constatation inexacte des faits⁴⁸⁷. Là-encore, les Cantons restent compétents pour organiser sur le plan judiciaire les juridictions compétentes en la matière.

L'appel est en principe suspensif, et ne peut concerner de demandes nouvelles. L'instance d'appel peut confirmer la décision attaquée, statuer à nouveau, ou renvoyer les parties devant le juge de première instance si un élément essentiel de la demande n'a pas été jugé, ou si l'état de fait doit être complété sur des points essentiels.

⁴⁸⁷ L. JACQUEMOUD-ROSSARI, « Les voies de recours : l'appel et le recours limité au droit selon le CPC », in B. FOËX, N. JEANDIN (dir.), *Code Procédure Civ.*, Schulthess Editions romandes, Collection genevoise, 2011, p. 111-130

Section 2 – Le contentieux de la rupture du contrat de travail : des spécificités inhérentes à la matière

351. Raison d'être des aménagements de procédure. Dans un souci de protection du travailleur, qui n'a pas nécessairement les armes pour garantir ses intérêts devant les tribunaux⁴⁸⁸, certains aménagements ont été prévus dans les textes, si bien qu'il convient en Suisse d'évoquer l'existence d'un « procès civil social »⁴⁸⁹. Désormais intégrées dans leurs chapitres respectifs du Code de procédure civile, ces spécificités étaient auparavant proclamées par l'article 343 du Code des obligations en des termes succincts :

*« Les litiges relevant du contrat de travail seront portés, à choix, devant le *for* du domicile du défendeur ou du lieu de l'exploitation ou du ménage pour lequel le travailleur accomplit son travail.*

Les cantons sont tenus de soumettre à une procédure simple et rapide tous les litiges résultant du contrat de travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 20 000 francs ; le montant de la demande détermine la valeur litigieuse, sans égard aux conclusions reconventionnelles.

Dans les litiges au sens de l'alinéa précédent, les parties n'ont à supporter ni émoluments ni frais judiciaires ; toutefois, le juge peut infliger une amende à la partie téméraire et mettre à sa charge tout ou partie des émoluments et frais judiciaires.

Dans ces litiges, le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves.
»

⁴⁸⁸ C. BRUCHEZ, P. MANGOLD, J.C. SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 91, p. 597; P. DIETSCHY MARTELNET, « Fors, frais et représentation dans le procès civil social », in F. BOHNET, A.-S. DUPONT (dir.), *Procès Civ. Soc.*, Helbing Lichtenhahn, 2018, p. 3.

⁴⁸⁹ F. BOHNET, A.-S. DUPONT (dir.), *Le procès civil social*, op. cit. note 472

352. Objectifs des aménagements de procédure. Ces aménagements sont de divers ordres, mais ils servent un intérêt unique : offrir au justiciable un procès simple, rapide et accessible sur le plan économique⁴⁹⁰. Ils permettent pour certains de faciliter l'accès au juge. C'est le cas notamment des règles relatives aux fors, des dispositions propres à la représentation et de celles relatives aux frais judiciaires. Les autres concernent les attributions même du juge dans la procédure contentieuse et feront donc l'objet d'une étude ultérieure⁴⁹¹.

353. Plan. La question de l'accès au juge comprend celle de la compétence juridictionnelle. Il s'agit donc d'abord de déterminer auprès de quel juge le justiciable peut se rendre pour faire valoir ses préentions. Elle intègre ensuite celle de la place de celui-ci dans l'instance, et notamment celle du travailleur qui perd son emploi, qui doit être en mesure de se défendre malgré les difficultés inhérentes à sa position de partie faible au contrat de travail. Il convient donc d'abord d'étudier la question de la compétence juridictionnelle (I), avant de se pencher sur l'aide apportée au justiciable dans la poursuite de son action (II).

I. La compétence juridictionnelle

354. Compétence géographique. La compétence *ratione loci* des juges du contrat de travail est déterminée spécifiquement par l'article 34 du Code de procédure civile :

« ¹*Le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle est compétent pour statuer sur les actions relevant du droit du travail.*

⁴⁹⁰ M. HEINZMANN, *La procédure simplifiée*, op. cit. note 472, p. 347.

⁴⁹¹ Voir ci-après Partie 2 – Titre 2 - Chapitre 1.

²*Le tribunal du lieu de l'établissement commercial du bailleur de services ou de l'intermédiaire avec lequel le contrat a été conclu est également compétent pour statuer sur les actions de demandeurs d'emploi ou de travailleurs relevant de la loi du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services. »*

355. Caractère semi-impératif de la compétence géographique. En vertu de l'article 35 du même Code, cette compétence territoriale est semi-impérative. Le travailleur ne peut pas y renoncer par avance ou par acceptation tacite mais l'employeur, lui, le peut. En revanche, il est possible pour les parties au litige de conclure une prorogation de for après la naissance d'un différend, pour peu que les rapports de travail aient cessés depuis plus d'un mois lorsque le litige porte sur des créances protégées par l'article 341 du Code des obligations⁴⁹² :

Article 35 du Code de procédure civile :

« ¹Ne peuvent renoncer aux fors prévus aux art. 32 à 34 avant la naissance du litige ou par acceptation tacite :

[...]

d. les demandeurs d'emploi ou les travailleurs.

²*L'élection de for conclue après la naissance du différend est réservée. »*

356. Compétence matérielle. La question de la compétence *ratione materiae* n'est pas directement tranchée par le Code de procédure civile, puisque celui-ci autorise les

⁴⁹² L'article 341 du code des obligations dispose que « ¹ *Le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.*

² *Les dispositions générales en matière de prescription sont applicables aux créances découlant du contrat de travail » ;*

Cantons à instituer des tribunaux spécialisés en la matière, mais ne l'impose pas⁴⁹³. En tout état de cause, le juge de la rupture du contrat de travail est soit un juge spécifique, soit un juge chargé plus généralement des affaires civiles. De manière générale, les actions relevant des règles du droit du travail sont celles qui portent sur la conclusion, l'exécution ou la rupture d'un contrat de travail tel qu'il est défini par le code des obligations⁴⁹⁴.

357. Saisine d'office du juge sur les questions de compétence. Le juge doit réaliser l'examen de sa compétence d'office, avant l'examen des prétentions au fond :

Article 59 du code de procédure civile :

« *Principe*

¹ *Le tribunal n'entre en matière que sur les demandes et les requêtes qui satisfont aux conditions de recevabilité de l'action.*

² *Ces conditions sont notamment les suivantes :*

[...]

b. le tribunal est compétent à raison de la matière et du lieu ;

[...]. »

Article 60 :

« *Examen des conditions de recevabilité*

Le tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies. »

⁴⁹³ L'article 6 du Code de procédure civile impose aux Cantons d'instituer des juridictions compétentes pour statuer en instance cantonale unique sur diverses matières comme le droit de la propriété intellectuelle ou le droit des cartels.

⁴⁹⁴ ATF 137 III 311, cons. 5.2.2 ; TF 4A_220/2011, 5 septembre 2011, cons. 3.2.2 ; P. DIETSCHY MARTENET, « Fors, frais et représentation dans le procès civil social », *op. cit.* note 486, p. 9.

358. Incertitudes sur la compétence : faits doublement pertinents. Il est possible que la question de la compétence à raison du lieu ne trouve pas de réponse certaine. Il est possible également que la qualification de la matière litigieuse ne soit pas assez évidente pour que la compétence matérielle soit indubitablement déterminable. La compétence matérielle du juge nécessite la présence d'un contrat de travail. Mais qu'en est-il lorsqu'un doute subsiste sur l'existence d'un tel contrat ? Le droit suisse répond à la problématique par une théorie dite « des faits doublement pertinents »⁴⁹⁵. A l'inverse du fait « simple », lequel n'est déterminant que pour la compétence du juge, le fait « doublement pertinent » sert à la fois la détermination de la compétence juridictionnelle, et la résolution du litige au fond⁴⁹⁶. L'existence d'un contrat de travail constitue ainsi un exemple de fait « doublement pertinent », puisque, d'une part, il agit sur la détermination du juge compétent, et d'autre part, sa remise en cause constitue une question de fond.

359. Prise en compte des faits de double pertinence. En présence d'un fait « doublement pertinent », il est admis que le juge puisse relever sa compétence d'entrée de cause, en se fondant uniquement sur les allégations et pièces de la partie demanderesse, et ce malgré les éventuelles contestations du défendeur, lesquelles seront étudiées au moment de l'examen du fond par le juge⁴⁹⁷. L'administration de la preuve se faisant à cette occasion, le constat de sa compétence par le juge se fonde alors uniquement sur la « vraisemblance »⁴⁹⁸ des conclusions du demandeur sur la question, au détriment d'un régime probatoire plus strict.

⁴⁹⁵ A. WITZIG, *Droit du travail*, *op. cit.* note 9, p. 689.

⁴⁹⁶ TF, 22 novembre 2010, 4A_461/2010, ATF 137 III 32, cons. 2 ; TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.1.

⁴⁹⁷ TF, 31 août 2010, 4A_293/2010, ATF 136 III 486, cons. 4 ; TF, 7 mars 2012, 4A_630/2011, cons. 2.2 ; TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.1.2.

⁴⁹⁸ TF, 9 octobre 2017, 8C_755/2016, cons. 2.1.

360. Faits doublement pertinents et abus de droit. La théorie des faits doublement pertinents trouve une exception dans l'abus de droit⁴⁹⁹, lorsque les conclusions du demandeur ont véritablement pour but de tromper le juge et de déguiser la nature véritable de la relation contractuelle litigieuse. Dans pareille situation, le juge doit protéger le défendeur contre la tentative abusive et déclarer purement et simplement son incompétence.

361. Théorie des faits doublement pertinents : critiques. Si elle demeure appliquée en pratique, la théorie des faits de double pertinence n'est pas exempte de critiques doctrinales⁵⁰⁰, eu égard notamment à un défaut non-négligeable qu'elle présente. Il arrive que le juge, en présence d'un fait doublement pertinent, se soit saisi du litige, mais ne soit finalement pas matériellement compétent pour en connaître. Dans cette situation, le Tribunal fédéral exige que le litige soit tout de même résolu au fond, sans que le juge puisse déclarer *a posteriori* son incompétence⁵⁰¹. Le jugement est alors frappé de l'autorité de la chose jugée et ne peut plus être porté devant un autre tribunal, fusse-t-il véritablement matériellement compétent.

II. L'aide au justiciable dans la poursuite de son action

362. Accessibilité générale à la justice. Pour favoriser le justiciable, et plus particulièrement le salarié, partie faible au contrat, dans la poursuite de son action judiciaire, le législateur fédéral a prévu des aménagements destinés à rééquilibrer les rapports litigieux. Le travailleur qui conteste les conditions de la rupture de son contrat de travail peut ainsi se faire aider par les organisations professionnelles, sans

⁴⁹⁹ TF, 10 décembre 2014, 4A_28/2014, cons. 4.2.2 ; TF, 25 juin 2015, 4A_703/2014, ATF 141 III 294, cons. 5.3.

⁵⁰⁰ A. BUCHER, « Vers l'implosion de la théorie des faits doublement pertinents », *Sem. Judic.*, 2015, n° II, p. 72.

⁵⁰¹ TF, 26 juin 2015, 4A_73/2015, cons. 4.2.

systématiquement débourser des frais judiciaires qui seraient nécessairement plus impactant pour lui que pour son employeur qui détient la plupart du temps la puissance financière. Réciprocité oblige, ce dernier bénéficie pour autant des mêmes aménagements.

363. Représentation en justice. Afin de faciliter la poursuite de son action judiciaire, ou la défense de ses intérêts, le justiciable a ainsi la possibilité de se faire assister, outre d'un avocat, d'un représentant professionnel dans les procédures sommaires, ou dans toutes procédures relatives à un contrat de travail, lorsque le Canton l'autorise, d'un mandataire professionnellement qualifié, lequel est en principe un membre d'une association de défense des travailleurs ou employeurs⁵⁰² :

Article 68 du code de procédure civile :

« Représentation conventionnelle

¹ Toute personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès.

² Sont autorisés à représenter les parties à titre professionnel :

a. dans toutes les procédures, les avocats autorisés à pratiquer la représentation en justice devant les tribunaux suisses en vertu de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats ;

b. devant l'autorité de conciliation, dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée et dans les affaires soumises à la procédure sommaire, les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés, si le droit cantonal le prévoit ;

c. dans les affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'art. 251, les représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP ;

⁵⁰² P. DIETSCHY MARTENET, « Fors, frais et représentation dans le procès civil social », *op. cit.* note 486, p. 26.

d. devant les juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail, les mandataires professionnellement qualifiés, si le droit cantonal le prévoit. »

364. Habilitations des associations professionnelles. Les associations professionnelles sont également habilitées par le code de procédure civile à agir en justice, en leur nom propre, lorsqu'elles veulent faire interdire, faire cesser ou faire constater le caractère illicite d'une atteinte à la personnalité d'un membre de leur groupe :

Article 89 du code de procédure civile :

« Action des organisations

¹ Les associations et les autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe.

² Elles peuvent requérir du juge :

a. d'interdire une atteinte illicite si elle est imminente ;
b. de la faire cesser si elle dure encore ;
c. d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste. »

365. Exemption des frais judiciaires. Pour les mêmes raisons⁵⁰³, lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 30,000 francs suisses, le législateur a prévu une exemption de frais judiciaires. Dans ce cas, l'administration judiciaire ne perçoit donc pas de frais, dans le cadre des procédures au fond :

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 14.

Article 114 du code de procédure civile :

« *Procédure au fond*

Il n'est pas perçu de frais judiciaires dans la procédure au fond pour :

[...]

c. les litiges portant sur un contrat de travail ou relevant de la loi du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services, lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 30 000 francs ;

[...] »

366. Limites à la gratuité. La gratuité de la procédure connaît tout de même des limites⁵⁰⁴, dans la mesure où elle ne concerne exclusivement que les frais judiciaires. Le juge peut ainsi prononcer la condamnation d'une partie à régler les dépens de l'autre.

367. Exemption des frais en matière de conciliation. Il en est de même en matière de frais judiciaires dans le cadre des procédures de conciliation judiciaire :

Article 113 du code de procédure civile :

« *Procédure de conciliation*

¹ Il n'est pas alloué de dépens en procédure de conciliation. L'indemnisation par le canton du conseil juridique commis d'office est réservée.

² Il n'est pas perçu de frais judiciaires pour :

[...]

⁵⁰⁴ M. HEINZMANN, *La procédure simplifiée*, op. cit. note 472, p. 349.

d. les litiges portant sur un contrat de travail ou relevant de la loi du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services, lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 30 000 francs ;

[...] »

Il est à noter que cette règle n'est pas absolument impérative puisqu'elle fixe un montant plancher pouvant être réhaussé par les Cantons :

Article 116 du code de procédure civile :

« Dispenses de frais prévues par le droit cantonal

¹ Les cantons peuvent prévoir des dispenses de frais plus larges.

² Les dispenses de frais que le canton prévoit pour lui-même, ses communes et d'autres corporations de droit cantonal valent également pour la Confédération. »

De même, s'il établit la mauvaise foi du demandeur, le juge est en mesure de le condamner à payer des frais judiciaires malgré la gratuité prévue en raison de la valeur litigieuse :

Article 115 du code de procédure civile :

« Obligation de supporter les frais

¹ Les frais judiciaires peuvent, même dans les procédures gratuites, être mis à la charge de la partie qui a procédé de façon téméraire ou de mauvaise foi. »

368. Calcul de la valeur litigieuse. La valeur litigieuse se calcule au regard des sommes requises par le demandeur dans ses conclusions principales, au moment du premier dépôt de celles-ci :

Article 91 al. 1 du code de procédure civile :

« *Principe*

¹ La valeur du litige est déterminée par les conclusions. Les intérêts et les frais de la procédure en cours ou d'une éventuelle publication de la décision et, le cas échéant, la valeur résultant des conclusions subsidiaires ne sont pas pris en compte. »

Lorsqu'il est question de prétentions salariales, comme c'est généralement le cas dans les contentieux afférents à la rupture d'un contrat de travail, la valeur litigieuse se calcule avec les montants bruts⁵⁰⁵.

369. Valeur litigieuse indéterminable. Lorsque la valeur litigieuse n'est pas déterminable, c'est aux parties de s'entendre sur la question, et, à défaut d'entente, au juge de trancher :

Article 91 al. 2 du code de procédure civile :

« *² Lorsque l'action ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent déterminée, le tribunal détermine la valeur litigieuse si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur ce point ou si la valeur qu'elles avancent est manifestement erronée. »*

370. Réciprocité des règles procédurales. Là encore, il convient de remarquer la réciprocité des règles entre les parties au contrat de travail. Il est en effet à noter que l'employeur bénéficie de ces aménagements au même titre que le travailleur, même si c'est, semble-t-il, ce dernier qui a vocation à être protégé par de telles mesures.

⁵⁰⁵ A. WITZIG, *Droit du travail, op. cit.* note 9, p. 703.

372. Accès au juge : droit fondamental. Le droit d'accès au juge est en France fondamental. Composante du droit au procès équitable de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, il confère à tout justiciable « *le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ».

373. Effectivité du droit d'accès au juge. Pour être effectif, il est nécessaire que le droit d'accès au juge soit aménagé, tenant compte des spécificités de chaque matière. Le contentieux en droit du travail français porte ainsi des particularités d'ordre social qui ont conduit à la construction d'une instance juridictionnelle spéciale : le Conseil de prud'hommes. Pourtant, certains principes tout autant fondamentaux, tels que celui de la séparation des pouvoirs, nécessitent que des réserves de compétence perdurent au profit d'autres tribunaux, comme les juridictions administratives, judiciaires ou pénales.

374. Plan. Si certains plaident, en vain, pour l'unification du contentieux des relations de travail⁵⁰⁶, le litige né de la rupture du contrat de travail peut comprendre différents objets qui relèvent donc de la compétence *ratione materiae* respective de différents juges (Section 1). Pour autant, la juridiction en charge de déterminer si la rupture du contrat de travail n'est pas abusive demeure le conseil de prud'hommes (Section 2).

⁵⁰⁶ P. LOKIEC, *Droit du travail*, op. cit. note 227, p. 53 ; F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, op. cit. note 227, p. 52 ; P. LAROQUE, « Contentieux social et juridiction sociale », *Droit Soc. Dalloz*, 1954, p. 271.

Section 1 – Un contentieux pluriel

375. Pluralité de juges. Le contentieux du droit du travail est dispersé entre les juridictions administratives, répressives, commerciales et civiles. Il ne connaît donc pas qu'un seul juge⁵⁰⁷. Il en va de même spécifiquement en matière de rupture du contrat de travail : suivant les modes de rupture, le salarié débauché, et donc les procédures contentieuses engagées, différentes juridictions peuvent être appelées à statuer. Il est ainsi envisageable qu'un acte unique, tel que le licenciement d'un salarié protégé, puisse faire l'objet d'un triple contentieux : prud'homal s'agissant d'un conflit sur la réalité et le sérieux de la cause, administratif en cas de recours contre une autorisation de licenciement délivré par l'administration, et pénal lorsqu'il est question d'un délit d'entrave aux fonctions de représentation d'un salarié.

376. Plan. Partant de là, il apparaît opportun de délimiter le domaine de compétence de chaque ordre juridictionnel, afin de préciser, quand il est question de rupture du contrat de travail, les éléments d'orientation vers l'un ou l'autre juge, et comprendre les raisons de leurs attributions. Sans revenir sur le domaine des conseils de prud'homme, qui fait l'objet d'une étude à part-entière, seront ici étudiés le contentieux répressif (I), et le contentieux public (II).

I. Le contentieux pénal dans la rupture du contrat de travail

377. Infraction pénale et rupture du contrat de travail. Il peut arriver que le litige attaché à la rupture du contrat de travail se teinte d'un élément pénal d'ordre général, et entre donc sous le joug de deux cadres juridiques. Il en va ainsi lorsqu'un salarié se rend coupable de n'importe quelle infraction réprimée par le code pénal, et fait en conséquence

⁵⁰⁷ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, op. cit. note 14, p. 119.

l'objet d'une procédure disciplinaire, organisée par les articles L. 1332-1 et suivants du Code du travail. Il en va de même lorsque sont violées des dispositions du droit de la rupture du contrat de travail auxquelles le législateur a donné une dimension répressive. Le contentieux pénal susceptible de naître dans le cadre d'une rupture du contrat de travail connaît donc une multitude de causes, qui prennent source dans différents domaines du droit⁵⁰⁸.

378. Droit pénal du travail. Chaque infraction réprimée par le code pénal pourrait donc être intégrée dans un litige concernant la rupture du contrat de travail. Le code du travail connaît toutefois un volet pénal, comprenant notamment des dispositions spécifiques à la rupture du contrat de travail, aux articles L. 1238-1 à L. 1238-5 :

Article L. 1238-1 :

« Le fait de porter ou de tenter de porter atteinte à l'exercice régulier des fonctions de conseiller du salarié, notamment par la méconnaissance des articles L. 1232-8 à L. 1232-12 et L. 1232-14, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros. »

Au titre de cette disposition, l'employeur est tenu de manière générale de ne pas entraver la fonction du conseiller du salarié, chargé de l'assister lors de l'entretien préalable au licenciement dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel. Il doit ainsi garantir au conseiller un temps nécessaire à l'exercice de sa mission (article L. 1232-8 du code du travail), lequel doit être assimilé à du temps de travail effectif (article L. 1232-9), et indemnisé le cas échéant (articles L. 1232-10 et L. 1232-11). Il doit en outre lui permettre d'être absent pour les besoins de sa formation (article L. 1232-12), et ne peut en aucun fonder une rupture du contrat de travail sur l'exercice par le salarié de sa mission (article L. 1232-14).

⁵⁰⁸ A. CERF-HOLLENDER, « Droit pénal du travail », *Rep. trav. Dalloz*, octobre 2018, n° 4 et s..

Article L. 1238-2 :

« Le fait de procéder à un licenciement sans accomplir les consultations du comité social et économique prévues aux articles L. 1233-29, L. 1233-30, L. 1233-34 et L. 1233-35, est puni d'une amende de 3 750 euros, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction. »

Article L. 1238-3 :

« Le fait de ne pas respecter le délai d'envoi des lettres de licenciement prévu à l'article L. 1233-39 est puni d'une amende de 3 750 euros, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction. »

Article L. 1238-4 :

« Le fait de procéder à un licenciement sans le notifier à l'autorité administrative dans les conditions prévues à l'article L. 1233-46 est puni d'une amende de 3 750 euros, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction. »

Cette disposition concerne les procédures de grand licenciement pour motif économique collectifs.

Article L. 1238-5 :

« En cas de redressement ou de liquidation judiciaire, le fait pour l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur de ne pas respecter les dispositions des articles L. 1233-58 et L. 1233-60 est puni d'une amende de 3 750 euros, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction. »

379. Poursuites civiles et poursuites pénales. Contrairement à l'adage selon lequel « le criminel tient le civil en l'état », il est possible depuis une loi du 5 mars 2007 d'engager des poursuites civiles en parallèle de poursuites pénales, à la condition qu'elles ne concernent pas un dommage directement causé par l'infraction supposée⁵⁰⁹. Un autre adage demeure en revanche pleinement applicable : *res judicata pro veritate habetur*. La chose jugée est tenue pour être la vérité. Aussi, les juridictions civiles, saisies d'un litige dont le volet pénal a été jugé par les juridictions répressives, ne peuvent revenir sur la reconnaissance des faits, leur qualification juridique, et la culpabilité de leurs auteurs⁵¹⁰.

II. Le contentieux administratif dans la rupture du contrat de travail

380. Contentieux administratif. Le contentieux administratif connaît différents recours qui selon les cas, ne confèrent pas les mêmes attributions au juge saisi du litige : le recours pour excès de pouvoir, le recours en plein contentieux, le recours en interprétation, et enfin le contentieux de la répression.

Le premier a pour objet la contestation de la légalité d'une décision administrative, sur fond d'incompétence, de détournement de la loi, de violation de la loi ou encore de vice de forme. Il est ici demandé l'annulation de l'acte litigieux. Dans le second cas, il s'agit, en raison des mêmes reproches faits à la décision administrative, de demander au juge la prise d'une nouvelle décision qui remplacera celle qui fait l'objet du recours. Le recours en interprétation sert pour sa part à faire reconnaître l'inapplicabilité d'une décision en raison d'une illégalité ou d'un défaut de portée, tandis que le contentieux répressif

⁵⁰⁹ M. D'ALLENDE, « Les incidences de la loi du 5 mars 2007 tendant à l'équilibre de la procédure pénale en matière prud'homale », *JCP S*, 20 novembre 2007, n° 47, p. 1873.

⁵¹⁰ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.* note 14, p. 122 ; A. COURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, Lexis Nexis, 5ème, 2012, p. 161.

administratif vise à sanctionner une décision administrative répréhensible sur le fondement d'une disposition légale.

381. Partage du contentieux relatif à la rupture du contrat de travail. Le litige qui a trait à la rupture du contrat de travail est historiquement marqué par un partage entre autorité judiciaire et autorité administrative, la part du lion revenant tantôt à l'une, tantôt à l'autre⁵¹¹.

La raison de ce partage se trouve dans le fait que droit de la rupture du contrat de travail – comme d'ailleurs le droit du travail français dans son intégralité – est marqué par la présence ponctuelle mais fréquente de l'autorité publique, qui poursuit ainsi sa politique de l'emploi. Aussi, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, les recours exercés contre les décisions de l'administration doivent être jugés par les juridictions administratives, assujetties au Conseil d'Etat. Hormis quelques exceptions, il est donc possible que le litige né dans le cadre d'une rupture du contrat de travail puisse être porté devant le juge public.

382. Présence du juge administratif dans le licenciement collectif. Ainsi, lorsqu'il y a litige sur l'homologation ou la validation d'un plan de sauvegarde de l'emploi, c'est à ce titre que sont reconnues compétentes les juridictions administratives. Dans un souci d'unification du contentieux, le législateur a étendu cette compétence à tout litige relatif PSE :

Article L. 1235-7-1 du Code du travail :

« L'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire

⁵¹¹ P. QUINQUETON, « Petite histoire du “contrôle de l'emploi” », *SSL*, 2013, n° 1592, p. 74.

l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4.

Ces litiges relèvent de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux. »

383. Partage en matière de reclassement. Les questions relatives au reclassement individuel des salariés demeurent sous le ressort du juge prud'homal⁵¹². Cela n'empêche toutefois pas le juge administratif de porter un regard sur le plan de reclassement, dans le cadre de son contrôle du contenu du PSE, nécessaire pour déterminer l'opportunité de la décision d'homologation ou de validation prise par l'administration. Le Conseil d'Etat exige ainsi que toutes les mesures intégrées dans le plan doivent être précises et concrètes, et en aucun cas abstraites⁵¹³. Le juge prud'homal est d'ailleurs tenu aux conclusions du juge administratif s'agissant de la conformité du PSE⁵¹⁴.

384. Licenciement d'un salarié protégé. Il en va par ailleurs de même lorsqu'il est question du licenciement d'un salarié protégé. La procédure prévue à cette effet, reconnue d'ordre public absolu⁵¹⁵, oblige en effet l'employeur à demander une autorisation administrative auprès des services de l'inspection du travail.

⁵¹² Cass. Soc., 21 novembre 2018, n° 17-16.766 et 17-16.767, bull. civ. V ; S. RANC, « L'obligation de reclassement au prisme de la répartition de compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire », *RDT*, 2019, p. 41 ; M. GALY, « Le contentieux des licenciements économiques collectifs : une nouvelle illustration de la complexité juridictionnelle en droit du travail », *Droit Soc. Dalloz*, 2019, p. 353.

⁵¹³ CE 22 juill. 2015, n° 383481, *Calaire Chimie*, Rec. Lebon ; AJDA 2015, n° 1444 ; *ibid.* n° 1632, chron. J. LESSI et L. DUTHEILLET DE LAMOTHE ; *ibid.* 2016, N° 1866, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; Rec. Dalloz, 2016, n° 807, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; RDT 2015, p. 514, concl. G. DUMORTIER ; *ibid.* p. 528, étude F. GEA.

⁵¹⁴ S. RANC, « L'obligation de reclassement au prisme de la répartition de compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire », *op. cit.* note 510, p. 41 ; M. GALY, « Le contentieux des licenciements économiques collectifs : une nouvelle illustration de la complexité juridictionnelle en droit du travail », *op. cit.* note 510, p. 353.

⁵¹⁵ Cass. Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225, Bull. civ. ch. mixte n° 2, arrêt « Perrier ».

L'article L. 2411-1 du Code du travail énumère les salariés qui sont concernés par cette protection :

« Bénéficie de la protection contre le licenciement prévue par le présent chapitre, y compris lors d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, le salarié investi de l'un des mandats suivants :

1° Délégué syndical ;

2° Membre élu à la délégation du personnel du comité social et économique ;

3° Représentant syndical au comité social et économique ;

4° Représentant de proximité ;

5° Membre de la délégation du personnel du comité social et économique interentreprises ;

6° Membre du groupe spécial de négociation et membre du comité d'entreprise européen ;

7° Membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société européenne ;

7° bis Membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société coopérative européenne ;

7° ter Membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société issue de la fusion transfrontalière ;

8° Représentant du personnel d'une entreprise extérieure, désigné à la commission santé, sécurité et conditions de travail d'un établissement comprenant au moins une installation classée figurant sur la liste prévue à l'article L. 515-36 du code de l'environnement ou mentionnée à l'article L. 211-2 du code minier ;

9° Membre d'une commission paritaire d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture prévue à l'article L. 717-7 du code rural et de la pêche maritime ;

10° Salarié mandaté, dans les conditions prévues aux articles L. 2232-23-1 et L. 2232-26, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ;

11° Représentant des salariés mentionné à l'article L. 662-4 du code de commerce ;

12° Représentant des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises du secteur public, des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions ;

13° Membre du conseil ou administrateur d'une caisse de sécurité sociale mentionné à l'article L. 231-11 du code de la sécurité sociale ;

14° Membre du conseil d'administration d'une mutuelle, union ou fédération mentionné à l'article L. 114-24 du code de la mutualité ;

15° Représentant des salariés dans une chambre d'agriculture, mentionné à l'article L. 515-1 du code rural et de la pêche maritime ;

16° Conseiller du salarié inscrit sur une liste dressée par l'autorité administrative et chargé d'assister les salariés convoqués par leur employeur en vue d'un licenciement ;

17° Conseiller prud'homme ;

18° Assesseur maritime, mentionné à l'article 7 de la loi du 17 décembre 1926 relative à la répression en matière maritime ;

19° Défenseur syndical mentionné à l'article L. 1453-4 ;

20° Membre de la commission mentionnée à l'article L. 23-111-1. »

385. Portée de la protection. Toutes les ruptures à l'initiative de l'employeur, ou plus généralement dans lesquelles il manifeste sa volonté de rompre, sont concernées par ces restrictions, et ce même si la situation relève d'un cas de force majeur. Ainsi, qu'il s'agisse d'un licenciement pour quelque motif que ce soit, d'une rupture anticipée d'un contrat de durée, d'une rupture en période d'essai, ou d'une rupture d'un commun accord, l'inspection du travail aura le pouvoir d'empêcher la résiliation. D'ailleurs, même lorsque

le contrat à durée déterminée du salarié protégé arrive à terme, l'administration est saisie afin de vérifier que celui-ci ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire (article L. 2421-8 du Code du travail), en étant par exemple le seul travailleur à ne pas voir son contrat renouvelé en raison de son mandat de représentation. Toutefois, lorsqu'il est question de rupture de contrat à durée déterminée ou de contrat de durée, ou encore lorsque la rupture intervient dans le cadre d'un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, la liste des salariés protégés est identique, à quelques exceptions près (articles L. 2412-1, L. 2413-1 et L. 2414-1 du Code du travail).

386. Procédure de demande d'autorisation de licenciement. La procédure de demande d'autorisation administrative est stricte. S'il est possible avant cela et en matière disciplinaire, de mettre en place une mise à pied conservatoire, la procédure doit d'abord commencer par un entretien avec le salarié concerné, ce quel que soit le mode de rupture envisagé. A ce titre, l'exception prévue pour les grands licenciements collectifs de l'article L. 1233-38 du Code du travail ne s'applique pas. L'entretien est tenu en vue d'exposer au salarié menacé les motifs de rupture, et de recueillir ses explications ou argumentations.

En second lieu, mais uniquement pour le membre élu de la délégation du personnel au comité social et économique⁵¹⁶, le représentant syndical au même comité ou le représentant de proximité, l'employeur doit impérativement recueillir l'avis du comité dans son ensemble avant de formuler sa demande d'autorisation aux services compétents de l'administration. Le défaut de consultation dans ce cas vici la procédure et empêche donc l'éventuelle rupture.

⁵¹⁶ « Le comité social et économique (CSE) est l'instance de représentation du personnel dans l'entreprise. Il doit être mis en place dans les entreprises de plus de 11 salariés. Les membres du CSE sont élus par les salariés de l'entreprise pour une durée maximale de 4 ans. Les compétences, la composition et le fonctionnement du CSE varient selon la taille de l'entreprise. » Direction de l'information légale et administrative du cabinet de la première ministre : service-public.fr.

En dernier lieu, l'employeur doit formuler sa demande d'autorisation auprès de l'inspection du travail, qui donne sa réponse dans un délai de deux mois. Cette réponse est créatrice de droit : elle peut donc faire l'objet d'un recours administratif. L'absence de réponse vaut rejet de la demande.

387. Contestation de la décision administrative : recours hiérarchique. En matière d'autorisation de licenciement ou de refus de licenciement, l'administré qui s'oppose à la décision – l'employeur lorsqu'il fait face à un refus de licencier ; le salarié lorsqu'il fait l'objet d'une autorisation de licencier – peut, avant tout recours juridictionnel, formé un recours hiérarchique devant le ministre chargé du travail, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de l'inspecteur (article R. 2422-1 du Code du travail). A noter que ce délai n'est opposable à l'administré que s'il a été mentionné expressément dans la réponse de l'inspection du travail, ou dans l'accusé de réception de la demande en cas de rejet tacite⁵¹⁷.

Le recours hiérarchique peut également être exercé par une organisation syndicale qui agit en défense des intérêts de son salarié représentant, à la condition que ce dernier lui ait donné mandat pour le faire.

Ce recours n'a aucun effet suspensif, et l'absence de réponse du ministre dans un délai de quatre mois vaut rejet. S'il est admis, la décision de l'inspection est annulée, et le ministre se prononce lui-même sur la demande d'autorisation de licenciement.

388. Contestation de la décision administrative : recours juridictionnel. A l'issu du recours hiérarchique, il demeure pour le justiciable la voie du recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative. Celui-ci peut attaquer la décision de l'inspection du travail, ou, dans le cas où il a exercé un recours hiérarchique, celle du ministre. A noter que, si celle-ci est un rejet, le recours administratif doit également porter sur la première décision, émanant de l'inspection du travail, laquelle étant encore de rigueur.

⁵¹⁷ CE, 7 décembre 2015, n° 387872.

Le juge administratif, sous l'autorité suprême du Conseil d'Etat, vérifie l'absence de détournement de pouvoir, d'erreur de droit, ou d'erreur de fait de la part de l'inspection du travail ou du ministre. Il contrôle par ailleurs la matérialité des faits justificatifs de rupture du contrat de travail, et s'assure de la gravité suffisante.

389. Cas particulier de la rupture conventionnelle. Il demeure une exception dans laquelle le litige ne sera pas porté devant les juridictions publiques, malgré l'existence d'un conflit portant sur une décision administrative. C'est le cas en matière de rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée, qui nécessite une homologation de la part des services de l'inspection du travail, mais pour laquelle le contentieux relève de la compétence matérielle du juge prud'homal. Il n'est en revanche question ici que de la rupture conventionnelle du salarié non-représentant du personnel, puisque celle du salarié protégé doit faire l'objet, en plus, d'une autorisation administrative non couverte par l'exception en question.

Section 2 – Le conseil de prud'hommes

390. Conseils de prud'hommes : origines. Les conseils de prud'hommes sont une institution originale, populaire et paritaire⁵¹⁸. Créé par une loi postrévolutionnaire du 18 mars 1806, le premier « Conseil de prud'hommes » comme juridiction professionnelle voit le jour à Lyon. Dans une logique libérale et corporatiste⁵¹⁹, il se compose alors majoritairement de fabricants, et sa fonction est de concilier les ouvriers et leurs patrons.

⁵¹⁸ P. CAM, *Les prud'hommes juges ou arbitres ? Les fonctions sociales de la justice du travail*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1981 ; B. BOUBLI, *Les prud'hommes*, PUF, 1984.

⁵¹⁹ L. WILLEMEZ, « Des juges non professionnels aux frontières du champ juridique : assesseurs des pôles sociaux et conseillers prud'hommes entre légitimité juridique et légitimité sociale », *Droit Soc.*, juillet 2023, vol. 7/8, p. 158.

Sa compétence ne porte encore vraisemblablement que sur des questions disciplinaires, et son fonctionnement reste bien éloigné de celui des instances judiciaires⁵²⁰.

Par décret du 27 mai 1848, l'institution se développe sur le territoire et voit ses attributions s'élargir considérablement. Sa compétence s'étend au-delà des questions de discipline et sa mission devient, outre celle de concilier les parties au contrat de travail, celle d'une véritable juridiction : trancher au fond les litiges relatifs à l'exécution du travail subordonné. Tous les professionnels, y compris les ouvriers, deviennent éligibles et électeurs. L'indépendance de la juridiction vis-à-vis des instances étatiques reste toutefois illusoire⁵²¹ puisque les présidents et vice-présidents de chaque ressort sont nommés par le pouvoir exécutif, en application d'une loi du 1^{er} juillet 1853. Les conseils de prud'hommes gagnent finalement en autonomie au rythme auquel l'action syndicale s'affirme, et s'affranchissent du pouvoir exécutif par une loi du 7 février 1880. La construction institutionnelle continue jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, la juridiction prud'homale prend sa forme paritaire, quasi actuelle, et est intégrée véritablement au système judiciaire par les lois du 15 juillet 1905 et du 27 mars 1907. Dans la logique du mouvement ouvrier, ceux-ci constituent alors l'étandard de l'émancipation des professionnels vis-à-vis de l'Etat, et par la même une conquête de liberté de la classe ouvrière à l'égard de la classe dominante patronale⁵²².

391. Conseils de prud'hommes : développement historique. Au long du XX^{ème} siècle, la compétence matérielle s'élargie et le recours à la juridiction prud'homale se généralise de plus en plus. Les affaires qu'elle connaît se multiplient jusqu'à l'inflation, donnant de moins en moins lieu à conciliation entre les parties. Parallèlement, cet accroissement d'activité crée des ruptures de plus en plus marquantes : d'égalité entre les

⁵²⁰ L. GUERLAIN, « Contribution à l'histoire de la justice du travail au XIX^e siècle. À propos des débuts du Conseil des prud'hommes de Bordeaux (1849-1900) », *Terre à L'usine Hommes Droit - Mélanges Offer. À Gérard Aubin*, Talence, PUB, 2014, p. 17-56 ; M. KIEFFER, « La législation prud'homale de 1806 à 1907 », *Mouv. Soc.*, 1987, n° 141, p. 9-23.

⁵²¹ M. DAVID, « Evolution historique des Conseils de Prud'hommes en France », *Droit Soc. Dalloz*, 1974, n° spécial, p. 3 et s.

⁵²² LENINE, « À propos des conseils de prud'hommes », *op. cit.* note 471, p. 57-61.

justiciables d'abord puisque toutes les provinces ne bénéficient pas encore d'un conseil de prud'hommes territorialement compétent, de confiance ensuite puisqu'en fonction du tribunal saisi, la solution juridique peut changer du tout au tout, leur compétence matérielle respective dépendant des décrets d'institution spécifiques à chaque cour de céans⁵²³. Le contentieux du travail s'enfonce alors dans une crise de légitimité durable.

392. Conseils de prud'hommes : réformes. C'est dans ce contexte qu'un grand mouvement de réforme des juridictions prud'homales se met en place, en 1979⁵²⁴, puis en 1982⁵²⁵. Les conseils de prud'hommes deviennent des juridictions de droit commun, organisées par le Code du travail en cinq sections : industrie, commerce, agriculture, activités diverses et encadrement. L'objectif premier est alors de rationaliser le contentieux prud'homal, par une extension de sa compétence et une uniformisation de son fonctionnement⁵²⁶. Cette rationalisation conduit surtout à une judiciarisation du conseil de prud'hommes⁵²⁷, qui adopte un fonctionnement analogue à celui des instances judiciaires, et se plie aux exigences de la procédure civile de droit commun. L'écrit prend une place prépondérante à celle de l'oral, les avocats remplacent progressivement les défenseurs syndicaux. Malgré tout, une certaine ambivalence persiste dans les conseils de prud'hommes. Ils restent gouvernés par des conseillers non-magistrats de profession, qui bénéficient d'une triple légitimité – professionnelle, syndicale et judiciaire⁵²⁸ – si bien

⁵²³ J.-P. BONAFE-SCHMITT, « Les prud'hommes : du conseil de discipline à la juridiction de droit commun du travail », *Mouv. Soc.*, 1987, n° 141, p. 121-148 ; G. LYON-CAEN, « A propos de la réorganisation des juridictions sociales », *Recl. Dalloz Sirey*, 1969, vol. 5ème cahier, p. 5.

⁵²⁴ Loi n° 79-44 du 18 janvier 1979 portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes.

⁵²⁵ Loi n° 86-1319 du 30 décembre 1986 relative au conseil de prud'hommes.

⁵²⁶ J.-P. BONAFE-SCHMITT, « Les prud'hommes : du conseil de discipline à la juridiction de droit commun du travail », *op. cit.* note 518, p. 124.

⁵²⁷ L. GUERLAIN, « Contribution à l'histoire de la justice du travail au XIXe siècle. À propos des débuts du Conseil des prud'hommes de Bordeaux (1849-1900) », *op. cit.* note 518, p. 17-56.

⁵²⁸ L. WILLEMEZ, « Des juges non professionnels aux frontières du champ juridique : assesseurs des pôles sociaux et conseillers prud'hommes entre légitimité juridique et légitimité sociale », *op. cit.* note 517, p. 162. : l'auteur détaille bien l'existence de cette triple légitimité, professionnelle d'abord parce que les

que la question de savoir s'ils doivent être regardés comme des juges ou des arbitres se posent encore⁵²⁹.

393. Crise de légitimité des conseils de prud'hommes. Le début des années 2000 marque le début d'une nouvelle crise de légitimité pour les conseils de prud'hommes. Alors que la « compétitivité des entreprises » devient l'aspiration majeure des politiques économiques et sociales, leur fonctionnement jugé encore une fois lent et archaïque les met en désaveu⁵³⁰. Ils sont alors perçus comme l'un des freins principaux à la libre concurrence et au développement des politiques de l'emploi, augmentant par leur office le coût global du travail à la charge des entreprises.

394. Refonte actuelle des conseils de prud'hommes. Dans le but de moderniser à nouveau la juridiction prud'homale, une refonte progressive est désormais initiée. Afin de diminuer les coûts de l'organisation fonctionnelle, et en raison de la baisse constante de la participation⁵³¹, l'élection des conseillers prud'homaux est remplacée par une désignation au sein de leur organisation syndicale ou patronale respective dès 2014⁵³². Dans le même temps est publié le rapport Lacabarats⁵³³, qui pointe l'accroissement exponentiel des délais de procédure prud'homales des dernières années, au titre duquel l'Etat a été sanctionné plus d'une centaine de fois pour dénis de justice devant les juridictions européennes. Il souligne encore une fois la déconnexion trop récurrente des décisions de première instance avec le droit applicable – expliquée sans doute par le

conseillers prud'homaux sont avant tout des gens de métier, syndicale ensuite parce qu'ils sont issus d'une élection en tant que représentants de leur collège, judiciaire enfin parce qu'ils sont intégrés dans l'ordre judiciaire et chargés de rendre la justice au nom du peuple français.

⁵²⁹ P. CAM, *Les prud'hommes juges ou arbitres ? Les fonctions sociales de la justice du travail*, op. cit. note 516 ; C. LEMERCIER, « Comment peut-on être prud'homme ? », Editions du croquant, 2008, p. 27.

⁵³⁰ L. WILLEMEZ, « Les conseils de prud'hommes entre activité judiciaire et logiques syndicales. Histoire et sociologie d'une juridiction non-professionnelle (1806-2014) », *Cah. Justice*, 2015, vol. 2, n° 2, p. 167.

⁵³¹ Etude d'impact du projet de loi relatif à la désignation des conseillers prud'hommes, 21 janvier 2014.

⁵³² Loi n° 2014-1528 du 18 décembre 2014 relative à la désignation des conseillers prud'hommes.

⁵³³ A. LACABARATS, *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI^{ème} siècle*, Rapport à madame la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, juillet 2014.

manque de professionnalisation des conseillers prud’homaux – et reprend les conclusions du rapport Marshall rendu une année plus tôt⁵³⁴ qui préconisait la création d’un tribunal social, attaché directement aux tribunaux de l’ordre judiciaire, et composé en échevinage ; l’idée générale étant de judiciariser le contentieux social et de parfaire les raisonnements juridiques des résolutions de litige. A ce propos, d’aucuns se prêtent d’ailleurs à évoquer une « *judiciarisation* » continue dans l’évolution institutionnelle des conseils de prud’hommes⁵³⁵, qui témoigne d’une volonté de garder le contentieux social sous contrôle étatique⁵³⁶.

395. Nouvelle procédure prud’homale. La procédure devant les conseils de prud’hommes a finalement été réformée par une loi du 6 aout 2015⁵³⁷, dite loi « Macron », et par les décrets d’application qui l’ont suivie⁵³⁸. Les mesures prises ont globalement eu pour ambition de réduire les délais de procédure devant les juridictions prud’homales, et d’organiser des voies alternatives à la résolution juridictionnelle des litiges.

396. Composition des conseils de prud’hommes. Le conseil de prud’hommes est une juridiction paritaire composée, quelle que soit la formation, d’un nombre égal de salariés et d’employeurs. Depuis 2017, l’élection de ces conseillers prud’homaux a été abandonnée, en raison d’une baisse inéluctable du taux de participation des électeurs⁵³⁹, au profit d’une nomination conjointe par le ministre de la Justice et le ministre du travail, sur proposition des organisations patronales et syndicales.

⁵³⁴ D. MARSHALL, *Les juridictions du XXIe siècle : une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s’adapte à l’attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, Rapport à madame la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, décembre 2013.

⁵³⁵ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, op. cit. note 14, p. 129.

⁵³⁶ P. CAM, *Les prud’hommes juges ou arbitres ? Les fonctions sociales de la justice du travail*, op. cit. note 516, p. 61.

⁵³⁷ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques.

⁵³⁸ Décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 et décret 2017-1008 du 10 mai 2017.

⁵³⁹ P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, op. cit. note 327, p. 88.

397. Compétences des conseils de prud'hommes. Présent dans le ressort de chaque Tribunal judiciaire, il est compétent pour traiter les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail de droit privé, entre les cocontractants :

Article L. 1411-1 du Code du travail :

« Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient.

Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti. »

Même si des exceptions subsistent au profit des ordres administratif et répressif, les conflits qui entourent la rupture du contrat de travail relèvent donc de principe de la compétence du Conseil de prud'hommes.

398. Plan. Les conseils de prud'hommes ne sont par ailleurs pas les seuls juges de la rupture du contrat de travail, dans la mesure où leurs décisions sont susceptibles d'appel devant les juridictions du second degré de droit commun, lesquelles répondent de leurs arrêts devant la juridiction suprême de l'ordre judiciaire : la Cour de cassation. Il convient donc d'exposer dans un premier temps les rouages du recours devant le conseil de prud'hommes (I), avant de s'intéresser, dans un second temps, au recours contre la décision rendue par celui-ci (II).

I. Le recours au conseil de prud'hommes

399. Saisine du conseil des prud'hommes. La saisine du conseil de prud'hommes est ouverte au salarié comme à l'employeur. En pratique cependant, ce sont très majoritairement les salariés qui forment les recours. La raison de ce fait est logique, l'employeur bénéficie d'un *privilège du préalable*⁵⁴⁰ : son pouvoir disciplinaire et l'ascendance économique et financière qu'il détient naturellement sur son salarié lui permettent de se rendre justice à lui-même sans avoir besoin d'une autorité judiciaire pour l'aider⁵⁴¹. Il peut ainsi sanctionner le salarié qui ne respecte pas ses engagements contractuels ou dissuader celui-ci d'agir à l'encontre de ses intérêts. Aussi, l'employeur se trouve quasi systématiquement dans la position de défendeur au procès, lequel étant initié à la suite d'un acte qu'il a pris.

Ce privilège naturel constitue une barrière au droit d'accès à la justice des salariés, pour qui les enjeux d'un procès prud'homal sont beaucoup plus conséquents. D'un côté le juge peut constituer leur seule chance d'obtenir justice, de l'autre l'engagement de poursuites à l'encontre de leur employeur peut menacer directement leur emploi. Ce dilemme justifie exceptionnellement qu'une tierce personne soit autorisée à agir en substitution du travailleur lésé, mais explique que le conseil de prud'hommes soit quasi systématiquement saisi à l'issu d'une rupture de contrat de travail, et non à l'occasion de son exécution⁵⁴².

400. Plan. L'office prud'homal est historiquement guidé par une maxime latine, gravée sur la médaille arborée par ses conseillers prud'homaux : « *servat et conciliat* ». Servir et

⁵⁴⁰ L'expression « privilège du préalable », reprise du droit administratif et attribuée à Serge HAURIOU (note s/ CE, 27 février 1903, OLIVIER et ZIMMERMANN, S. 1905. 3. 17), visait initialement une attribution de la puissance publique : « *l'administration est en partie son propre juge, en ce sens qu'elle remplace par des décisions exécutoires les jugements qu'un particulier serait obligé de demander* ».

⁵⁴¹ A. SUPIOT, « L'impossible réforme des juridictions sociales », *Rev. Fr. Aff. Soc.*, 1993, n° 1, p. 97; G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.* note 14, p. 130.

⁵⁴² A. SUPIOT, « L'impossible réforme des juridictions sociales », *op. cit.* note 539, p. 100.

concilier composent ainsi la mission première et fondamentale des conseils de prud'hommes. Aussi, la procédure prud'homale est fondée sur une approche compromissoire qui invite les parties au litige à passer par une phase obligatoire de conciliation et d'orientation (1), avant de présenter leurs prétentions dans une phase de procès (2).

1. La conciliation et l'orientation

401. Conciliation : fonction historique des conseils de prud'hommes. Dans la logique historique de leur création, la fonction première des conseils de prud'hommes est celle de conciliation⁵⁴³. L'idée initiale étant de régler les conflits professionnels, entre professionnels, le contentieux prud'homal invite donc les justiciables à préalablement discuter devant les conseillers de leurs prétentions, afin de trouver, ensemble, une solution à leur litige. Ainsi, en 1811, pour 1000 affaires enregistrées, 747 trouvaient issue dans la conciliation⁵⁴⁴.

402. Désaveu progressif de la conciliation. Cette logique s'est toutefois progressivement effacée⁵⁴⁵, et la conciliation préalable est devenue, dans beaucoup de cas, qu'une simple étape formelle à passer avant de pouvoir présenter ses demandes aux conseillers prud'homaux dans leur formation de jugement⁵⁴⁶. Ainsi, en 1980, seulement 105 litiges étaient conciliés pour 1000 affaires enregistrées⁵⁴⁷, et en 2017, ce chiffre tombait à 57⁵⁴⁸. Ce désaveu de la conciliation peut être due à divers facteurs, parmi

⁵⁴³ M. KELLER, « Le départage devant les conseils de prud'hommes », *Droit Soc. Dalloz*, février 1993, n° 2, p. 165.

⁵⁴⁴ Tableau n° 2, p. 8, in : A. COTTEREAU, « Cent quatre-vingts années d'activité prud'homale », *Mouv. Soc.*, 1987, n° 141, p. 3-8.

⁵⁴⁵ A. SUPIOT, « Déclin de la conciliation prud'homale », *Droit Soc.*, 1985, p. 225

⁵⁴⁶ D. BAUGARD, « La « nouvelle » conciliation », *Droit Soc.*, juillet 2017, n° n° 7-8, p. 599-604.

⁵⁴⁷ M. KELLER, « Le départage devant les conseils de prud'hommes », *op. cit.* note 541, p. 165.

⁵⁴⁸ Ministère de la justice, Chiffres clés de la justice, édition 2017.

lesquels sont à cités la profusion des règles de fond ou l'évolution des règles de procédure qui relègue le bureau de conciliation à un rôle de « juge du provisoire »⁵⁴⁹.

403. Réforme de la conciliation. Avec la réforme de la procédure prud'homal par la loi Macron de 2015, les bureaux de conciliation sont devenus les bureaux de conciliation et d'orientation.

Ceux-ci, à l'issu de l'audience initiale du procès prud'homal, ont désormais la charge de concilier, de mettre en état, d'instruire et d'orienter les dossiers. Cette dernière mission consiste, suivant les cas⁵⁵⁰, à aiguiller le litige vers la formation « traditionnelle » du conseil de prud'hommes, la formation réduite, ou la formation en échevinage. Le bureau peut même nommer un médiateur privé, ou en tout cas imposer aux parties d'en rencontrer un pour information (article R. 1471-2 du code du travail).

404. Composition du bureau de conciliation et d'orientation. Le bureau de conciliation et d'orientation est composé d'un conseiller prud'hommal employeur et d'un conseiller prud'hommal salarié (article L. 1423-13 du code du travail). Un roulement entre les membres de la juridiction est organisé par règlement intérieur, bien qu'il soit possible d'affecter certains conseillers par priorité, notamment ceux qui se spécialisent dans la conciliation (article R. 1454-7 du code du travail). La présidence du bureau est elle-aussi alternée entre conseillers.

405. Attributions du bureau de conciliation et d'orientation. Le bureau dispose des prétentions et pièces des parties en amont, afin de préparer la séance orale, et d'assurer

⁵⁴⁹ J.-P. BONAFE-SCHMITT, « Les prud'hommes : du conseil de discipline à la juridiction de droit commun du travail », *op. cit.* note 518, p. 127 ; A. SUPIOT, « Déclin de la conciliation prud'homale », *op. cit.* note 540, p. 225.

⁵⁵⁰ La question est ici posée de savoir si cette inégalité des justiciables dans le traitement de leur dossier leur offre des garanties égales : C. VIGNEAU, « Les formations de jugement du Conseil de prud'hommes », *Droit Ouvrier*, 2018, n° 843.

une mise en état de l'affaire. Le principe du contradictoire doit donc être respecté dès cette phase de la procédure, et un report peut être envisager, à ce titre, si l'une des parties demande à produire, ou produit des pièces complémentaires.

406. Pouvoir exceptionnel du bureau de conciliation et d'orientation. Par souci d'accélération de la procédure prud'homale, au risque pour certains de favoriser une « *justice expéditive* »⁵⁵¹, le bureau a été autorisé par le législateur à trancher le litige au fond⁵⁵². C'est le cas lorsque l'une des parties ne comparaît pas, personnellement ou par représentation, sans motif légitime (article L. 1454-1-3 du code du travail).

407. Contournement du bureau de conciliation et d'orientation. Il est possible également de contourner le bureau de conciliation et d'orientation, dans certaines situations prédefinies, en raison de l'urgence qu'elles peuvent susciter pour les parties. C'est le cas notamment lorsque le conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de qualification de la rupture du contrat de travail, à l'initiative du salarié, en raison de faits que celui-ci reproche à son employeur. C'est-à-dire en cas de prise d'acte de rupture. L'affaire est dans cette situation directement portée devant le bureau de jugement, qui statue au fond dans un délai d'un mois suivant sa saisine (article L. 1451-1 du code du travail).

408. Transaction. Une spécificité légale concernant le contentieux du licenciement prévoit qu'un accord puisse être trouvé par les parties, sur éventuelle proposition du bureau de conciliation et d'orientation, au terme duquel l'employeur verse au salarié une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret⁵⁵³ en fonction de l'ancienneté du salarié. Un procès-verbal constate l'accord et vaut renonciation des

⁵⁵¹ A. BUGADA, « État des lieux des réformes de la justice prud'homale et questions d'actualités », *JCP Soc.*, 2017, n° 34, p. 1283.

⁵⁵² C. VIGNEAU, « Les formations de jugement du Conseil de prud'hommes », *op. cit.* note 548.

⁵⁵³ L'actuel barème est fixé à l'article D. 1235-21 du code du travail.

parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail (article L. 1235-1 al. 1 et 2 du code du travail).

409. Actualité de la conciliation. Les réformes n’ont vraisemblablement pas eu l’effet escompté, et la conciliation demeure une exceptionnelle voie de sortie du litige. Ainsi, un rapport sénatorial récent⁵⁵⁴ a pu souligner que seulement 8 % des affaires en 2018 trouvaient une issue devant le bureau de conciliation et d’orientation. Il semblerait que la priorité donnée à la conciliation dans la procédure prud’homale ne soit plus adaptée au contentieux qui touche le contrat de travail, lequel s’inscrit dans des rapports de plus en plus conflictuels qui écartent l’idée d’une discussion amiable.

2. Le jugement

410. Deuxième phase : convocation devant le bureau de jugement. A l’issu de la phase initiale de conciliation, ou dans le cas où la spécificité du litige a conduit à court-circuiter celle-ci, les parties sont convoquées devant le bureau de jugement du conseil de prud’hommes.

411. Mise en état de l’affaire. Dans le cas où la mise en état assurée par le bureau de conciliation et d’orientation est incomplète, par exemple si de nouveaux faits sont intervenus en cours d’instance, ou lorsque le litige est porté directement devant le bureau de jugement, celui-ci assure la mise en état de l’affaire (article L. 1454-1-2 du code du travail). Il dispose à ce titre de toutes les prérogatives nécessaires à cet office. Il peut délivrer un calendrier des communications, destiné à fixer des délais aux parties. Si ce calendrier n’est pas respecté, les conseillers peuvent décider de tout de même juger

⁵⁵⁴ A. CANAYER et al., *Rapport d’information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d’administration générale sur la justice prud’homale*, n° 653, Sénat, 10 juillet 2019.

l'affaire ou la radier, le tout en l'absence des pièces, ou en écartant celles qui seraient hors délai sans motif légitime. Dans la pratique⁵⁵⁵, les échéances fixées par le bureau sont fréquemment outrepassées. Dans un souci pragmatique toutefois, les conseillers prud'homaux acceptent régulièrement les pièces et conclusions hors délai, tant que le principe du contradictoire est respecté. La loi n° 2016-1088 du 8 aout 2016 a donné la faculté au bureau de jugement de prononcer une ordonnance de clôture (article L. 1454-1-2 du code du travail). A l'issu de cette ordonnance, aucune pièce ou conclusion ne peut être déposée, à peine d'irrecevabilité relevé d'office.

412. Sections des conseils de prud'hommes. La phase de jugement se déroule, suivant le secteur d'activité dans lequel est né le litige, devant l'une des sections du conseil de prud'hommes : encadrement, industrie, commerce, agriculture, ou activités diverses. Chaque section peut être divisée en chambres.

413. Formations du bureau de jugement. Le bureau de jugement officie suivant trois différentes formations : la formation de droit commun, la formation restreinte et la formation de départage.

La formation de droit commun est composée de deux conseillers salariés et de deux conseillers employeurs. La présidence de l'audience est assurée à tour de rôle par le président et le vice-président de la section, ou le cas échéant de la chambre, garantissant là encore le paritarisme entre employeurs et salariés.

La formation restreinte est composée d'un conseiller salarié et d'un conseiller employeur. Elle a vocation à écourter les délais de procédure et simplifier les débats dans des contentieux déterminés. Elle a compétence pour traiter des litiges concernant les licenciements ou les résiliations judiciaires, si les parties s'accordent en ce sens (Article L. 1454-1-1 du code du travail).

⁵⁵⁵ A. BITTON, *Le procès au conseil de prud'hommes*, Lextenso, LGDJ, 2018, p. 70.

La formation de départage est saisie en cas de partage des voix sur un ou plusieurs chefs de demande. Les conseillers statuant, en formation de droit commun ou en formation restreinte, en nombre pair, il arrive fréquemment qu'un blocage survienne au moment de la prise de décision. L'affaire est alors renvoyée à une audience ultérieure, en théorie dans un délai d'un mois⁵⁵⁶, devant un juge du tribunal judiciaire, faisant fonction de juge départiteur, pouvant être assisté des mêmes conseillers prud'homaux.

414. Paritarisme et échevinage. Le paritarisme n'est pas l'échevinage, et c'est une particularité notoire du système prud'homal français⁵⁵⁷. Le départage apparaît comme étant le compromis trouvé entre le paritarisme et l'échevinage par le législateur au début du XX^{ème} siècle⁵⁵⁸. Le règlement du contentieux appartient d'abord aux partenaires sociaux, mais le juge professionnel conserve une présence résiduelle pour garantir aux justiciables une résolution objective de leur litige.

415. Oralité de la procédure prud'homale. La procédure devant le bureau de jugement est orale (article R. 1453-3 du code du travail), mais certains aménagements de forme et de procédure la rapprochent d'une procédure écrite. Aussi, depuis un décret du 20 mai 2016⁵⁵⁹, « les parties peuvent se référer aux prétentions et aux moyens qu'elles auraient formulés par écrit. Les observations des parties et leurs prétentions lorsqu'elles ne sont pas tenues de les formuler par écrit sont notées au dossier ou consignées au procès-verbal » (article R. 1453-4 du code du travail).

De même, « lorsque toutes les parties comparantes formulent leurs prétentions par écrit et sont assistées ou représentées par un avocat, elles sont tenues, dans leurs conclusions, de formuler expressément les prétentions ainsi que les moyens en fait et en droit sur

⁵⁵⁶ En pratique toutefois, il apparaît qu'en raison de l'engorgement des conseils de prud'hommes les délais de convocation à l'audience peuvent s'étendre de manière exponentielle ; ainsi, à Paris, ces délais peuvent être de vingt-quatre mois, *Ibid.* p. 73.

⁵⁵⁷ M. KELLER, « Le départage devant les conseils de prud'hommes », *op. cit.* note 541, p. 165.

⁵⁵⁸ Lois des 15 juillet 1905 et 25 mars 1907.

⁵⁵⁹ Article 11 du décret n° 2016-660 du 20 mai 2016.

lesquels chacune de ces prétentions est fondée avec indication pour chaque prétention des pièces invoquées. Un bordereau énumérant les pièces justifiant ces prétentions est annexé aux conclusions. Les prétentions sont récapitulées sous forme de dispositif. Le bureau de jugement ou la formation de référé ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif. Les parties doivent reprendre dans leurs dernières conclusions les prétentions et moyens présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures. A défaut, elles sont réputées les avoir abandonnés et il n'est statué que sur les dernières conclusions communiquées. » (Article R. 1453-5 du code du travail).

416. Déroulé de l'audience prud'homale. L'audience débute d'abord par un appel des causes, à l'occasion duquel le bureau s'assure que les affaires sont en état d'être jugées. A cette occasion sont écartées les pièces et demandes tardives sans motif légitime. Le bureau de jugement statue ensuite sur les demandes de renvoi, de radiation, de caducité ou de désistement. Il procède encore à l'audition des plaidoiries, puis se réserve la possibilité de poser des questions et demander des précisions. A l'issu de l'audience, le président prononce la clôture de l'audience et récupère auprès des parties les dossiers de plaidoirie, constitué des dernières conclusions, du bordereau de pièces, des pièces qui y sont visées, et des jurisprudences invoquées. Pour finir, la clôture des débats est prononcée. Le bureau prononce sa décision ou met l'affaire en délibéré et indique aux parties la date à laquelle le jugement sera rendu.

II. Le recours contre la décision prud'homale

417. Fin du paritarisme. Se dévoile ici une autre spécificité du contentieux juridictionnel de la rupture du contrat de travail en France. Alors que les premiers juges à être saisis du litige se trouvent être des représentants salariés et employeurs, en la personne des conseillers prud'homaux, le recours contre leurs décisions s'opère devant les chambres sociales des cours d'appel, composées exclusivement de magistrats

professionnels, puis devant la chambre sociale de la Cour de cassation, pareillement composée.

Cette organisation constitue une manifestation de cette volonté historique – et toujours actuelle – du législateur de garder le contentieux du travail sous le joug de l'appareil judiciaire étatique, dans le respect d'une certaine hiérarchie juridique⁵⁶⁰.

418. Voies alternatives de recours. Par ailleurs, l'appel et le pourvoi en cassation ne sont pas les seuls recours ouverts au justiciable pour remettre en cause la chose jugée par le conseil de prud'hommes. La procédure civile connaît une autre voie ordinaire, celle de l'opposition, et deux voies extraordinaires, la tierce-opposition et le recours en révision. Aussi, l'internationalisation du droit a permis l'institutionnalisation de nouvelles juridictions qui peuvent être exceptionnellement saisies de problèmes juridiques nés dans le cadre des procédures prud'homales : c'est le cas notamment de la Cour européenne des Droits de l'Homme, et de la Cour de justice de l'Union européenne.

419. Plan. Il convient donc de s'intéresser dans un premier temps aux voies de recours ordinaires (1), dont la principale branche est la procédure d'appel du jugement prud'homal, avant d'étudier les voies de recours extraordinaires (2).

1. Les voies de recours ordinaires contre le jugement du conseil de prud'hommes

420. Voies de recours ordinaires. La procédure prud'homale connaît deux voies de recours ordinaires contre la décision du conseil de prud'hommes. La première est d'ordre général puisqu'il s'agit du recours de droit commun : l'appel. La deuxième demeure exceptionnelle puisqu'elle concerne une situation procédurale particulière : l'opposition.

⁵⁶⁰ Voir ci-avant n° 390 et s. ; P. CAM, *Les prud'hommes juges ou arbitres ? Les fonctions sociales de la justice du travail*, op. cit. note 516, p. 61.

421. Principe de double degré de juridiction. En vertu du principe de double degré de juridiction (article 543 du code de procédure civile), toute décision de justice est susceptible d'appel devant les cours d'appel. Dès lors qu'une demande, en tout ou partie, est tranchée par jugement, qu'une mesure d'instruction ou provisoire est prononcée, qu'une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident met fin à l'instance, un appel peut être interjeté. La décision du conseil de prud'hommes statuant sur sa compétence est aussi susceptible d'appel immédiat. Dans cette dernière hypothèse, l'appelant est tenu de respecter la procédure spéciale d'urgence d'assignation à jour fixe des articles 840 à 844 du code de procédure civile.

422. Exception au principe de double degré de juridiction. Le conseil de prud'hommes statue toutefois en dernier ressort lorsque la valeur totale des prétentions de chacune des parties ne dépasse le taux de compétence fixé par décret à 5000 euros (Décret n° 2020-1066 du 17 août 2020), et lorsque la demande tend à la remise, même sous astreinte, de certificats de travail, de bulletins de paie ou de toute pièce que l'employeur est tenu de délivrer, à moins que le jugement ne soit en premier ressort en raison du montant des autres demandes (article R 1462-1 du code du travail). Si le montant de la demande est indéterminable, le jugement n'est pas considéré comme étant donné en dernier ressort.⁵⁶¹

423. Délais d'appel. La procédure d'appel est enclenchée par une déclaration d'appel déposée dans un délai d'un mois s'agissant des jugements, quinze jours s'agissant des ordonnances de référé, à compter de la notification du jugement prud'homal, au greffe de la chambre sociale du ressort territorial compétent.

⁵⁶¹ Cass. Soc., 28 novembre 2006, n° 05-41001.

424. Effet suspensif de l'appel. Sauf si le jugement est frappé d'une exécution provisoire, l'appel comporte d'abord un effet suspensif. Les parties ne sont donc pas tenues d'exécuter les mesures prescrites par le conseil de prud'hommes.

425. Effet dévolutif de l'appel. L'appel comporte ensuite un effet dévolutif. Le conseil de prud'hommes est donc dessaisi de l'affaire qui n'est remise en cause plus que devant la cour d'appel saisie (article 561 du code de procédure civile). L'effet dévolutif ne touche toutefois que les chefs de jugement critiqués expressément dans la déclaration d'appel. Il touche en revanche tous les chefs lorsque cette dernière tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible. Les chefs qui ne sont pas visés dans la déclaration d'appel deviennent définitifs et portent l'autorité de la chose jugée.

Dans les cas où le conseil de prud'hommes se déclare en départage, il est tout de même possible pour les parties d'interjeter appel. La déclaration peut concerner les chefs non renvoyés en départage, auquel cas la cour d'appel n'est saisie que pour ces points, et les autres demeurent du ressort du juge départiteur. L'appelant peut aussi interjeter un appel total, touchant les demandes renvoyées en départage, alors même qu'elles n'ont pas fait l'objet d'un jugement. La cour d'appel est alors tenue de trancher ces points⁵⁶².

426. Demandes nouvelles en appel. Depuis le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016, le principe d'unicité de l'instance qui permettait aux parties de présenter des demandes nouvelles devant la cour d'appel a été abrogé. Dès lors, il n'est plus possible de formuler, dans sa déclaration d'appel, des demandes qui n'ont pas été présentées en première instance, sauf à démontrer qu'en cas d'intervention d'un tiers ou en cas de survenance ou de révélation d'un fait, les prétentions nouvelles « tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent » (article 565 du code de procédure civile), pour peu que ces demandes ne soient que « l'accessoire, la conséquence, ou le complément nécessaire » des demandes initiales (article 566 du code de procédure civile). Il est finalement devenu impératif d'établir un lien de connexité

⁵⁶² Cass. Soc., 11 octobre 2006, n° 04-47.518.

entre les demandes portées au second degré de juridiction et celles qui étaient présentées au premier. La Cour de cassation semble se refuser toutefois à faire preuve d'une rigidité excessive dans l'application de cette règle⁵⁶³. Une demande peut ainsi être considérée comme recevable bien que son fondement juridique ait changé, pour peu la fin retenue par le juge soit la même⁵⁶⁴.

427. Opposition au jugement. L'autre voie de recours ordinaire, l'opposition au jugement, demeure assez rare en matière prud'homale. Pour cause, elle n'est ouverte qu'à la partie défaillante, lorsque le jugement a été rendu par défaut – c'est-à-dire hors la présence du défendeur – et en dernier ressort. L'objectif de l'opposition est de faire rétracter, par le même juge, le jugement rendu, en vertu du principe du contradictoire. Tous les points de fait et de droit doivent donc être à nouveau soulevés à l'instance et un nouveau jugement, cette fois-ci contradictoire, est prononcé.

2. Les voies de recours extraordinaires

428. Diversité des voies de recours extraordinaires. En dehors des voies de recours ordinaires, sont organisées des voies supplémentaires, extraordinaires, qui répondent à des objectifs autres que seulement celui d'assurer un double degré de juridiction au justiciable ou le respect du contradictoire. La procédure prud'homale connaît ainsi la tierce opposition, le recours en révision, et le pourvoi en cassation.

429. Tierce-opposition. La tierce opposition est ouverte au tiers qui n'a pas été partie à l'instance, ni représentée, mais qui justifie d'un intérêt à remettre en cause un ou

⁵⁶³ Cass. Soc., 1^{er} décembre 2021, n° 20.13-339, RDT 2022, p. 55, obs. F. GUIOMARD.

⁵⁶⁴ Cass. Soc., 13 mars 2024, n° 21-25.827, bull. civ. V ; F. GUIOMARD, « Demandes nouvelles en appel : la confirmation d'une démarche compréhensive de la Chambre sociale », *Rev. Droit Trav.*, mai 2024, vol. 5, p. 347-351

plusieurs points qui ont été jugés à l'occasion du procès. L'objectif pour l'opposant est de faire rétracter ou réformer la décision, sur les chefs de jugement qui lui font grief.

430. Recevabilité de la tierce-opposition. Le recours en tierce opposition est ouvert à titre principal pendant trente ans à compter du jugement, sauf si une disposition légale en dispose autrement, et sans limitation de temps s'il est formé à titre incident, à l'occasion d'une autre instance dans laquelle le jugement est produit à l'encontre de l'opposant (article 586 du code de procédure civile). Le recours à titre principal doit être porté devant la juridiction dont émane la décision, et le recours incident est tranché par le juge qui en est saisi, à la condition que celui-ci soit de degré supérieur, ou égal dans le cas où aucune règle de compétence d'ordre public n'y fait obstacle.

431. Effets de la tierce-opposition. La spécificité majeure de la tierce opposition se trouve dans le cas où elle est favorablement accueillie : le jugement attaqué n'est alors rétracté ou réformé que sur les chefs préjudiciables au tiers opposant. Le jugement primitif conserve donc tous ses effets entre les parties, et ce même sur les chefs annulés.

432. Recours en révision. Le recours en révision sert pour la personne qui a été partie à l'instance, ou représentée, à faire rétracter un jugement qui est pourtant passé en force de chose jugée. L'objectif de ce recours est de permettre à la partie, dont la cause aurait été discréditée à tort en raison d'éléments indépendants de sa volonté, d'obtenir justice.

L'article 595 du code de procédure civile donne ainsi une liste limitative des cas dans lesquels ce recours peut être admis :

- « 1. *S'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue ;*
- 2. *Si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie ;*

3. S'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement ;

4. S'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement.

Dans tous ces cas, le recours n'est recevable que si son auteur n'a pu, sans faute de sa part, faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée. »

433. Recevabilité du recours en révision. Le recours en révision est ouvert dans un délai de deux mois à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision qu'elle invoque (article 596 du code de procédure civile). Il se fait par citation de l'autre partie devant la juridiction qui a rendu le jugement attaqué, et peut ne concerner qu'une partie des chefs de jugement prononcé.

434. Pourvoi en cassation. Le pourvoi en cassation est formé contre le jugement rendu en dernier ressort ou l'arrêt d'appel devant la juridiction suprême de l'ordre judiciaire français : la Cour de cassation. L'objectif de la Haute Juridiction est d'unifier et de contrôler l'interprétation des lois afin de garantir aux justiciables une égalité de traitement devant les juges. En matière prud'homale, lorsque les moyens ont trait au litige portant sur le contrat de travail, c'est la chambre sociale qui est saisie du contentieux. Dans certains cas, le problème peut être porté devant l'assemblée plénière.

435. Recevabilité du pourvoi en cassation. Le délai de pourvoi est de deux mois à compter de la notification de la décision attaquée. La partie qui le forme ne peut invoquer de moyens nouveaux à l'appui de ses prétentions, sauf s'ils constituent des moyens de pur droit, ou des moyens nés de la décision attaquée. Son pourvoi tend à démontrer que les juges du fond ont violé la règle de droit telle qu'elle doit être normalement interprétée.

436. Effets de l'arrêt de la Cour de cassation. Les juges de cassation saisis du pourvoi peuvent rejeter celui-ci, ou l'accueillir favorablement et casser et annuler la décision qui en est l'objet. Ils prononcent dans ce cas un renvoi devant les juridictions du fond, qui statueront à nouveau sur les demandes des parties.

*

Conclusion de titre

437. Compte rendu de comparaison. Dans l'un et l'autre des cas comparés, le juge occupe une place de choix dans la résolution des litiges. Même en droit suisse de la rupture du contrat de travail, qui promeut pourtant un principe d'extrajudicierité, l'accès au juge est adapté. Encore une fois, il est à remarquer que les deux systèmes juridiques ont su prendre en compte les spécificités de la relation de travail subordonnée pour favoriser, notamment au bénéfice du salarié, un accès privilégié à la justice, pour parvenir jusqu'à la création d'un « procès civil social »⁵⁶⁵.

Dans les deux cas, la construction d'un accès adapté au juge est fondée sur les mêmes constats. D'abord, il est préférable d'éviter la procédure judiciaire et de régler amiablement le contentieux. C'est la vocation primaire des conseils de prud'hommes français, qui organisent historiquement et en premier lieu une tentative de conciliation entre les parties. C'est le sens également de l'obligation quasi-systématique suisse de passer par une phase de conciliation avant tout procès⁵⁶⁶. De la sorte, les deux pays s'appuient sur l'idée que les rapports de travail se construisent dans le compromis entre

⁵⁶⁵ Voir ci-avant n° 351.

⁵⁶⁶ Voir ci-avant n° 3455.

patronat et salariat, et pas seulement dans la négociation des conditions de travail. Ensuite, en cas d'échec de la conciliation, les règles de compétence et d'organisation judiciaire doivent être adaptées afin de permettre au travailleur de recourir à la justice, même lorsqu'il ne dispose pas d'amples moyens.

Malgré tout, des différences organisationnelles perdurent. Sur le plan de la compétence matérielle par exemple, la Confédération ne prévoit pas de juge spécifique comme le fait la France, même si certains Cantons ont opté pour cette forme. A l'inverse, le public ne s'ingérant pas dans les rapports contractuels de droit privé suisse, il n'y a pas de raison de recourir à un tribunal administratif pour gérer une partie du contentieux comme ce peut être le cas en France.

En toute hypothèse, les deux pays s'entendent également pour constater qu'un accès adapté au juge, qu'il soit spécialisé ou non, n'est pas suffisant dans la poursuite d'une justice sociale adaptée aux enjeux du travail subordonné, raison pour laquelle les attributions du juge méritent une étude à part entière.

Titre 2 – Les attributions des juges de la rupture du contrat de travail

438. Fonction juridictionnelle – office jurisprudentiel. Dans ces deux systèmes juridiques qui placent hiérarchiquement la loi au-dessus du pouvoir des juges, la distinction sémantique entre fonction juridictionnelle et office jurisprudentiel prend tout son sens⁵⁶⁷. D'un côté, la fonction juridictionnelle est celle qui permet au tribunal saisi d'un litige de le trancher suivant la loi. De l'autre, l'office jurisprudentiel est celui qui intime le juge à poursuivre une œuvre de justice indépendamment de la loi, dans le silence ou les lacunes de celle-ci. Le tout révèle la place laissée au juge dans la Justice du pays.

439. Juge et rupture du contrat de travail en Suisse. Suivant ces attributions, la présence du juge est, de manière générale, prépondérante en Suisse. S'agissant de sa fonction juridictionnelle, le droit d'accès au juge garantie à ce dernier une place de choix dans la résolution des litiges. S'agissant de l'office jurisprudentiel, dans les nombreux silences et réserves d'interprétation cédés par le législateur, il apparaît comme étant l'une des principales sources de droit du système juridique. En matière de droit du travail, et spécifiquement s'agissant de la rupture du contrat de travail, il apparaît ainsi comme étant la personne la plus à-même de résoudre les conflits. De fait, il bénéficie d'attributions juridictionnelles étendues et sa capacité à faire jurisprudence lui laisse la possibilité d'être créateur d'un droit équilibré entre les intérêts des employeurs et des salariés.

440. Juge et rupture du contrat de travail en France. Pour sa part, bien que marqué par une prééminence légale, et laissant bien moins de place aux interprétations diverses, le droit de la rupture du contrat de travail en France nécessite, lui aussi, la présence d'un juge. Il sert en effet dans tous les cas à faire appliquer la loi, et certaines fois à pallier ses silences, usant des pouvoirs qui lui sont conférés par celle-ci. Ses pouvoirs sont ainsi

⁵⁶⁷ E. SERVERIN, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Droit Société*, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1993, vol. 25, n° 1, p. 339-349.

encadrés de sorte qu'il puisse remplir sa fonction juridictionnelle : la résolution du litige. Il demeure de la sorte le garant de l'accès au droit des justiciables, condition de l'effectivité du droit. Sur sa capacité à être créateur de droit cependant, aucune évidence ne peut être constatée, déjà parce que la présence de la jurisprudence dans les sources du droit français est contestable, ensuite parce que le législateur français semble, ces derniers temps, rappeler qu'il est seul compétent pour édicter la norme applicable.

441. Plan. L'étude comparée de la place des juges suisse et français dans la rupture du contrat de travail doit donc, dans un premier temps, s'intéresser à leur fonction juridictionnelle respective (Chapitre 1), ce afin de déterminer l'étendue de leurs pouvoirs dans la résolution du litige. Elle porte dans un second temps sur leur capacité à être créateur de droit, c'est-à-dire à leur office jurisprudentiel (Chapitre 2).

Chapitre 1 – La fonction juridictionnelle des juges de la rupture du contrat de travail

442. Fonction juridictionnelle des juges. Lorsqu'il est question de la fonction juridictionnelle, par opposition à l'office jurisprudentiel, il est question des attributions des juges, confiées par le législateur, dans la poursuite de leur mission de résolution des litiges qui leurs sont présentés. Cette *jurisdictio*, dans deux pays légalistes comme la Suisse et la France, consiste dans la mise en application formelle du droit, tel qu'il est issu de la loi.

443. Conduite du litige et résolution du litige constituent les deux aspirations de la fonction juridictionnelle. Les juges sont ainsi garants de la procédure et de l'organisation globale du contentieux d'une part, et sur eux reposent la charge de mettre un terme aux litiges qui leur sont présentés. Ils fixent des délais, ils reçoivent les preuves, ils entendent les argumentations juridiques et ils tranchent, au besoin par la mise en œuvre de sanctions.

444. Plan. Partant de là, les fonctions juridictionnelles respectives des juges suisse et français semblent similaires. Pourtant, l'étude approfondie de chacune mène à des spécificités inhérentes au système juridique dans lequel elles évoluent. Aussi, il convient de les présenter successivement : les pouvoirs juridictionnels du juge suisse du travail d'abord (Section 1), et les pouvoirs juridictionnels du juge français ensuite (Section 2).

Section 1 – Les pouvoirs juridictionnels du juge suisse du travail

445. Multitude des juges de la rupture du contrat de travail. Tel qu'il l'a été présenté, le juge suisse de la rupture du contrat de travail est multiple. Il peut différer suivant la « gravité » du contentieux, l'origine géographique du litige ou, évidemment, le degré de juridiction auquel est porté le recours en justice. Pourtant, quel qu'il soit, excepté s'agissant du Tribunal fédéral qui normalement ne revient pas sur les faits, sauf erreur grossière de la part des juges du fond, ses pouvoirs d'appréciation sont similaires, puisqu'organisés au niveau de la Confédération. Il en va d'ailleurs de même pour ses pouvoirs de sanction, qui relèvent, en contentieux du travail, des dispositions législatives du code des obligations.

446. Grands principes de la procédure. Avant l'entrée en vigueur du code de procédure civile fédérale au 1^{er} janvier 2011, les règles de procédure ne dépendaient que des Cantons, et le morcellement occasionné rendait difficile une appréhension globale des attributions juridictionnelles du juge suisse⁵⁶⁸. Pour autant, des grands principes de la procédure existaient. Ils sont désormais inscrits dans le texte fédéral et s'appliquent en tout état de cause :

Article 52 du code de procédure civile :

« *Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi.* »

Article 53 :

« ¹ *Les parties ont le droit d'être entendues.*

⁵⁶⁸ V. PERROUD, « Les maximes de procédure en droit du travail », *Panor. II En Droit Trav.*, Stämpfli, 2012.

² *Elles ont notamment le droit de consulter le dossier et de s'en faire délivrer copie pour autant qu'aucun intérêt prépondérant public ou privé ne s'y oppose. »*

Article 54 :

« ¹ Les débats et une éventuelle communication orale du jugement sont publics. Les décisions doivent être accessibles au public.

² Le droit cantonal détermine si les délibérations sont publiques.

³ Le huis clos total ou partiel peut être ordonné lorsque l'intérêt public ou un intérêt digne de protection de l'un des participants à la procédure l'exige.

⁴ Les procédures relevant du droit de la famille ne sont pas publiques. »

447. Missions du juge de la rupture du contrat de travail. Pour le juge suisse en charge du contentieux relatif à la rupture d'un contrat de travail, le contrôle du respect de la loi est avant tout un contrôle général des conditions de la rupture. Pour cause, le rôle du préteur est de déterminer si la partie au contrat de travail, dans l'exercice de sa liberté de rompre, n'a pas commis d'abus de droit, de violation directe des dispositions légales, ou d'irrégularité formelle qui invaliderait son comportement.

448. Attributions du juge de la rupture du contrat de travail. Le juge suisse dispose pour ce faire d'un panel d'attributions qui lui permettent, sur le fondement des allégations, conclusions et pièces des parties, d'établir une vérité, à laquelle il donnera une qualification juridique. Ces attributions sont organisées sous forme de différentes maximes procédurales, qui lient le juge et les parties sur la manière dont les preuves peuvent être reçues à l'instance, et dont l'objet du litige est déterminé. Une fois les faits établis, le juge doit ensuite leur prêter les justes qualifications juridiques, afin de tirer les conséquences adéquates d'un éventuel comportement répréhensible de la part des parties en termes de sanction.

449. Plan. Dans cette logique, l'étude de la fonction juridictionnelle du juge suisse de la rupture du contrat de travail se concentre d'abord sur son pouvoir de contrôle des conditions de rupture du contrat de travail (I), et ensuite sur son pouvoir de sanction des manquements au droit (II).

I. Le contrôle des conditions de la rupture

450. Diversité des « maximes ». Il ne faut pas confondre en droit processuel suisse, les maximes relatives à l'établissement des faits, telles que la maxime des débats et la maxime inquisitoire, et les maximes relatives à l'établissement de l'objet du litige, telles que la maxime de disposition et la maxime d'office⁵⁶⁹. L'arrêt 4A_36/2017 du Tribunal fédéral du 2 mars 2017 a su mettre en évidence cette distinction élémentaire à propos d'un contrat de bail, soumis, comme le litige portant sur un contrat de travail, à la maxime inquisitoire sociale. Tandis que les premières portent sur la question de savoir qui, du tribunal ou des parties, est chargé d'alléguer et de fournir les preuves des faits, les secondes abordent la question de savoir qui, entre les deux mêmes protagonistes, est en mesure de déterminer l'étendue des prétentions sur lesquelles le juge doit se prononcer.

451. Maximes relatives à l'établissement des faits. S'agissant de l'établissement des faits, la maxime des débats fait peser la charge sur les parties au litige, alors que la maxime inquisitoire "pure", la fait peser sur le tribunal. Le juge saisi d'une rupture du contrat de travail est pour sa part tenu d'établir les faits qui ont conduit au litige, suivant une maxime bien spécifique à la matière, la maxime inquisitoire sociale, qui lui permet d'établir les faits d'office :

⁵⁶⁹ F. BOHNET, P. JEANNIN, A ne pas confondre : maxime inquisitoire et maxime d'office, arrêt 4A_36/2017, Newsletter Bail.ch, avril 2017 ; *Ibid.*

Article 247 du code de procédure civile :

« *1 Le tribunal amène les parties, par des questions appropriées, à compléter les allégations insuffisantes et à désigner les moyens de preuve.*

2 Le tribunal établit les faits d'office :

a. dans les affaires visées à l'art. 243, al. 2 »

b. lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30 000 francs :

1. dans les autres litiges portant sur des baux à loyer et à ferme d'habitations et de locaux commerciaux et sur des baux à ferme agricoles,

2. dans les autres litiges portant sur un contrat de travail. »

452. Définition de la maxime inquisitoire sociale. En vertu de la maxime inquisitoire sociale, le juge a donc la faculté, en plus de prendre en compte les allégations et moyens des parties, d'établir les faits d'office dans tous les litiges portant sur un contrat de travail lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30.000 francs suisse. En d'autres termes, cela signifie qu'il est autorisé, dans le cadre d'une procédure judiciaire simplifiée, à user d'un pouvoir inquisitoire. La responsabilité de l'établissement des faits est en réalité partagée, puisque le juge de première instance n'est pas tenu d'instruire d'office le litige lorsqu'un plaigneur renonce à expliquer sa position, mais il doit interroger les parties, et les informer de leur devoir de collaborer à l'instruction par la fourniture de preuves. Si des motifs objectifs le poussent à soupçonner que les allégations et les offres de preuves d'une partie sont insuffisantes, le juge doit alors inviter cette partie à compléter ses moyens⁵⁷⁰.

453. Objectifs de la maxime inquisitoire sociale. Toujours dans la même logique de rééquilibrage des rapports sociaux⁵⁷¹, la maxime inquisitoire sociale a pour but de

⁵⁷⁰ ATF 141 III 569, cons. 2.3.1 et 2.3.2.

⁵⁷¹ F. BOHNET, Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social, in F. BOHNET, A.-S. DUPONT (dir.), *Le procès civil social*, Helbing Lichtenhahn, 2018, p. 49.

protéger la partie économiquement plus faible⁵⁷², d'alléger la charge processuelle pour les justiciables qui agissent sans l'aide d'un avocat⁵⁷³, et d'accélérer la procédure⁵⁷⁴.

454. Maxime des débats. La maxime inquisitoire sociale n'est pas applicable dans les litiges de droit du travail dont la valeur litigieuse dépasse les 30.000 francs suisses. C'est donc, dans le cadre de la procédure judiciaire ordinaire, la maxime des débats qui doit être appliquée. Les parties ont dès lors la charge d'établir, seules, les faits sur lesquels elles allèguent leurs prétentions. La répartition de cette charge est strictement encadrée par les juges, et trois fardeaux peuvent être distingués⁵⁷⁵ : le fardeau de l'allégation, par lequel le demandeur présente les faits dans leurs principaux contours, le fardeau de la contestation, par lequel le défendeur les conteste, et le fardeau de la motivation, par lequel le demandeur rapporte les faits de manière précise et détaillée, de sorte qu'ils puissent faire l'objet d'une contradiction probatoire suite aux contestations du défendeur⁵⁷⁶. En tant « qu'incombances procédurales », si la partie ne respecte pas son fardeau, le fait, suivant le cas, n'est pas pris en compte par le juge⁵⁷⁷, ou est opposable à celui qui le conteste⁵⁷⁸, ce quand bien même il sert de fondement principal d'une prétention.

455. Maximes relatives à l'objet du litige. S'agissant de l'objet du litige, la maxime de disposition est celle qui laisse aux parties l'initiative du procès, de son objet et de son déroulement. Les prétentions discutées sont donc uniquement à l'origine des parties, et le juge n'est saisi que limitativement et exclusivement par celles-ci. La maxime d'office donne à l'inverse au juge la possibilité de se saisir d'office de problèmes qui n'ont

⁵⁷² ATF 141 III 569, cons. 2.3.1.

⁵⁷³ TF, 4C.143/2002, 31 mars 2003, cons. 3.

⁵⁷⁴ ATF 125 III 231, cons. 4a, JdT 2000 I 194.

⁵⁷⁵ F. BOHNET, Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social, in F. BOHNET, A.-S. DUPONT (dir.), *Le procès civil social*, *op. cit.* note 569, p. 46.

⁵⁷⁶ ATF 127 III 365, cons. 2b ; TF, 4A_197/2014, 27 novembre 2014, cons. 7.3.2 à 7.3.3, RSPC 2015 114 ; 4A_299/2015, 2 février 2016, cons. 2.3, RSPC 2016 192 ; 4A_443/2017, 30 avril 2018, cons. 2.

⁵⁷⁷ TF, 4A_437/2017, 14 juin 2018, cons. 4.6.

⁵⁷⁸ TF, 4A_9/2015, 29 juillet 2015, cons. 5, SJ 2015 I 473.

pourtant pas été soulevés par les parties. Il peut dès lors aller plus loin que ce à quoi se sont bornées les conclusions déposées.

456. Maxime de disposition. En matière de contentieux relatif à la rupture du contrat de travail, c'est la maxime de disposition qui doit être appliquée, quelle que soit la procédure, simplifiée ou ordinaire. Cela signifie que le juge, même s'il dispose de prérogatives étendues en termes d'établissement des faits et de recherche de la preuve du fait de la maxime inquisitoire sociale dans la procédure simplifiée, ne peut pas outrepasser pour autant l'objet du litige qui est déterminé par les parties seulement⁵⁷⁹.

II. Les sanctions du non-respect de la loi

457. Sanction indemnitaire de la résiliation abusive. De manière générale, la résiliation abusive du contrat de travail ouvre droit en Suisse, pour la partie lésée, à une indemnité spécifique dont la détermination du montant est fixée par le juge, lequel doit prendre en compte toutes les circonstances de la rupture⁵⁸⁰, mais ne peut dépasser deux mois de salaire dans le cas du non-respect de la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (article 335f du code des obligations), et six mois de salaire dans les autres cas :

Art. 336a du code des obligations :

« ¹ *La partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité.*

² *L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances ; toutefois, elle ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du*

⁵⁷⁹ F. BOHNET, P. JEANNIN, « La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC », *Rev. Droit Suisse*, 2015, n° 134, p. 246.

⁵⁸⁰ TF, 30 juillet 1997, ATF 123 III 391, cons. 3 ; TF, 31 mai 2011, 4A_173/2011, JAR 2012 221, cons. 5.

travailleur. Sont réservés les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre.

³ En cas de congé abusif au sens de l'art. 336, al. 2, let. c, l'indemnité ne peut s'élèver au maximum qu'au montant correspondant à deux mois de salaire du travailleur. »

458. Pris en compte du salaire. Le « salaire » pris en compte pour déterminer les plafonds indemnitaire de l'article 336a du code des obligations fait l'objet d'une riche et continue construction jurisprudentielle, et s'entend globalement comme « *l'ensemble des revenus qu'un salarié tire de son emploi service d'un employeur* »⁵⁸¹. Le juge doit donc pour le calculer prendre en compte le salaire brut du travailleur, ainsi que toutes les prestations de l'employeur revêtant un caractère salarial contractuel⁵⁸².

459. Prise en compte de l'équité. Le juge détermine le montant de l'indemnité à laquelle le contractant lésé peut prétendre en fonction des circonstances qui entourent la rupture du contrat de travail (article 336a, al. 2 du code des obligations), tout en conservant, dans son appréciation, une certaine équité, en application de l'article 4 du code civil⁵⁸³ :

« Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs. »

460. Prise en compte des circonstances. Comme la détermination des circonstances à prendre en compte appartient à la libre appréciation du juge, il relève d'une pure casuistique d'en établir précisément les critères. Cependant, ceux-ci sont généralement

⁵⁸¹ A. WITZIG, *Droit du travail, op. cit.* note 9, p. 291.

⁵⁸² TF, 29 mars 2006, 4C_414/2005, cons. 4.3.

⁵⁸³ A. WITZIG, *Droit du travail, op. cit.* note 9, p. 292.

de deux ordres⁵⁸⁴ : matériels et personnels. Les premiers concernent les conditions de la rupture, s'agissant de la motivation de celle-ci ou de sa mise en œuvre. Les seconds sont relatifs aux conséquences économiques de la rupture abusive qu'il convient de réparer.

461. Réparation des autres préjudices. Outre cette indemnité spécifique, sur le fondement du droit général de la responsabilité civile, le juge est également en mesure de prononcer le versement de dommages et intérêts au bénéfice d'une partie, pour peu que le préjudice qu'elle allègue résulte d'une cause différente de celle attachée au caractère abusif de la rupture. Pour cause, ce préjudice a vocation à être réparé exclusivement par l'indemnité spécifique⁵⁸⁵.

462. Cas de nullité de la rupture. Sous certaines conditions, et dans des cas restrictivement prévus par le législateur, la résiliation du contrat de travail peut encourir une sanction de nullité. Cette dernière demeure toutefois une exceptionnelle voie de sortie du contentieux puisque, outre le fait qu'elle doive être demandée par le travailleur licencié pour être envisageable, elle n'est légalement prévue que suivant des conditions d'application strictes.

463. Nullité de la rupture discriminatoire. Depuis l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur l'égalité entre les femmes et les hommes, le 1^{er} juillet 1996, le juge dispose également, dans le cas d'un licenciement discriminatoire fondé sur le sexe du travailleur, de la possibilité d'annuler la rupture du contrat de travail litigieuse :

Article 10 de la Loi fédérale sur l'égalité entre les femmes et les hommes – Protection contre le congé :

⁵⁸⁴ *Ibid.*

⁵⁸⁵ Il y a là une analogie certaine avec le système français, qui prévoit en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse une indemnité également spécifique qui répare exclusivement les conséquences préjudiciables de la perte injustifiée de son emploi par le salarié.

« ¹ La résiliation du contrat de travail par l'employeur est annulable lorsqu'elle ne repose pas sur un motif justifié et qu'elle fait suite à une réclamation adressée à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise, à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice.

² Le travailleur est protégé contre le congé durant toute la durée des démarches effectuées au sein de l'entreprise, durant la procédure de conciliation et durant toute la durée du procès, de même que pendant le semestre qui suit la clôture des démarches ou de la procédure.

³ Le travailleur qui entend contester la résiliation de son contrat de travail doit saisir le tribunal dans le délai du congé. Le juge peut ordonner le réengagement provisoire du travailleur pour la durée de la procédure lorsqu'il paraît vraisemblable que les conditions d'une annulation du congé sont remplies.

⁴ Le travailleur peut renoncer, au cours du procès, à poursuivre les rapports de travail et demander une indemnité au sens de l'art. 336a du code des obligations en lieu et place de l'annulation du congé.

⁵ Le présent article est applicable par analogie lorsque le congé a été donné à la suite d'une action judiciaire intentée par une organisation au sens de l'art. 7. »

464. Relativité de la sanction : demande exclusive du salarié. A la lecture de ce texte, plusieurs remarques peuvent être soulevées. D'abord, il est à noter que cette possibilité d'annulation n'est ouverte que sur demande du salarié qui peut librement renoncer, au cours du procès, à cette ambition. Dans ce cas, il est en mesure d'obtenir du juge le bénéfice de l'indemnité spécifique de l'article 336a du code des obligations, en lieu et place de l'annulation. Cette dernière précision implique du reste qu'aucun cumul de l'indemnité spécifique et de l'annulation n'est possible.

465. Relativité de la sanction : existence d'un motif. Ensuite, force est de constater que l'annulation n'est envisageable que si la résiliation ne repose pas sur un motif justifié.

L'employeur peut donc faire valoir une liberté de rompre le contrat de travail, cette fois-ci relative, et apporter, en défense d'une demande de nullité de la part du travailleur, les éléments étrangers à toute discrimination à raison du sexe qui justifient sa décision de licenciement. Si le juge accueille favorablement ces justifications, le travailleur ne peut prétendre à aucun dédommagement pour la perte de son emploi.

466. Relativité de la sanction : congé-représailles. Par ailleurs, la résiliation n'encourt la nullité qu'en cas de « congé-représailles »⁵⁸⁶, si elle fait suite à une démarche engagée par le travailleur, telle qu'une réclamation formulée, à l'encontre d'une discrimination à raison du sexe, envers son employeur ou son représentant, une action en justice, l'ouverture d'une procédure de conciliation, ou encore une action en justice intentée par une organisation qui a qualité pour le faire en application de l'article 7 de la Loi fédérale sur l'égalité entre les femmes et les hommes :

«¹ Les organisations qui sont constituées depuis deux ans au moins et qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes ou de défendre les intérêts des travailleurs ont qualité pour agir en leur propre nom en vue de faire constater une discrimination, lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail. Avant d'ouvrir la procédure de conciliation ou d'introduire action, ces organisations doivent donner à l'employeur concerné la possibilité de prendre position.

² Pour le surplus, les dispositions régissant les actions intentées à titre individuel sont applicables par analogie. »

467. Réengagement provisoire du salarié. Enfin, dans le cadre d'un tel contentieux, sur demande provisionnelle du principal intéressé, le juge a la possibilité de prononcer un

⁵⁸⁶ S. PERRENOUD, « Durée du travail et discrimination, Solutions dans la perspective de l'égalité des sexes », *AJP/PJA*, 2017, p. 663 ; A. WITZIG, *Droit du travail, op. cit.* note 9, p. 297.

réengagement provisoire du travailleur, pour toute la durée de la procédure judiciaire, dès lors qu'il apparaît « vraisemblable » que le congé est annulable dans les conditions prévues par le texte (article 10 alinéa 3).

468. Nullité de la rupture donnée en temps inopportun. En dehors de la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes, la sanction de nullité est également encourue pour les résiliations données en temps inopportun des articles 336c et 336d du code des obligations. Dans ces cas cependant, les conditions d'annulation propres au licenciement discriminatoire fondé sur le sexe du travailleur ne sont pas applicables. Peu importe donc que le congé ait été donné en représailles ou non, ou qu'un motif non-abusif soit avancé par l'employeur pour justifier sa décision : la rupture doit être annulée et ne produira, en conséquence, aucun effet juridique⁵⁸⁷ :

« [...]

² *Le congé donné pendant une des périodes prévues à l'alinéa précédent est nul ; si le congé a été donné avant l'une de ces périodes et si le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période.*

[...] »

« [...]

² *L'art. 336c, al. 2 et 3, est applicable par analogie. »*

⁵⁸⁷ TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, ATF 128 III 212, SJ 2002 I p. 581.

Section 2 – Les pouvoirs juridictionnels du juge français du travail

469. Règles de procédure prud'homale. Dans la plupart des cas de contentieux⁵⁸⁸, le juge de la rupture du contrat de travail français se trouve être un juge spécialisé : le juge prud'homal. En tant que tel, les règles qui régissent sa fonction juridictionnelle ont dû être adaptées à la matière litigieuse, ce afin de lui conférer les attributions dont il a besoin dans son œuvre de justice. Cependant, le juge prud'homal n'en est pas moins soumis aux principes généraux de la procédure civile⁵⁸⁹, en première instance comme à hauteur d'appel ou de cassation. Aussi, l'observateur de la procédure prud'homale doit garder à l'esprit que, sous l'égide de l'adage *specialia generalibus derogant* – les lois spéciales dérogent aux lois générales – le procès qui entoure le litige relatif à la rupture du contrat de travail est un procès civil, qui relève fondamentalement du droit judiciaire privé. Ainsi, l'étude des pouvoirs juridictionnels du juge français de la rupture du contrat de travail ne saurait se borner aux seules dispositions du code du travail, puisque le code de procédure civile sert de texte de référence, toutes les fois où le droit spécial reste silencieux.

470. Règles propres au contentieux de la rupture du contrat de travail. Par ailleurs, dès que le droit de la rupture du contrat de travail en France s'est imprégné du « principe de justification »⁵⁹⁰, il s'est avéré nécessaire d'aménager le contentieux y afférent ; un contrôle des raisons d'agir de la personne à l'initiative de la rupture ne pouvant s'opérer pleinement sans que les pouvoirs du juge compétent ne soient adaptés. Ainsi, il a été donné à ce dernier des prérogatives qui lui permettent, tant dans l'appréhension des prétentions respectives des parties, que dans les dispositifs de ses jugements, de consacrer le régime juridique de la rupture « causée ».

⁵⁸⁸ Sur les possibilités d'ouvrir un contentieux administratif, pénal, civil ou prud'homale, voir ci-dessus.

⁵⁸⁹ P. FLORES, « Conseil de prud'hommes », *Répert. Droit Trav.*, Dalloz, juin 2021, n° 3.

⁵⁹⁰ Voir ci-dessus n° 123.

471. Plan. Partant de là, il convient d'étudier, suivant les étapes du procès prud'homal, dans un premier temps les attributions du juge dans la conduite juridictionnelle du litige (I), avant de détailler, dans un second temps, ses possibilités en termes de résolution du même litige (II).

I. La conduite du litige

472. Juge personnage central. Le juge constitue le personnage central dans l'organisation du contentieux. Il garantit aux parties un procès équitable, dans lequel leurs causes respectives seront réciproquement et égalitairement entendues, afin de pouvoir forger son intime conviction sur la solution qu'il peut apporter au litige.

473. Attributions étendues du juge prud'homal. En raison sans doute de la légitimité accordée aux juridictions prud'homales, et des difficultés inhérentes au déséquilibre naturel du contrat de travail, les attributions du juge de la rupture du contrat de travail sont étendues. Il lui est ainsi confié un rôle actif dans la procédure judiciaire, notamment en tant que juge de la mise en état, ainsi que dans la recherche de la preuve, donnant au procès prud'homal une tendance inquisitoire. Pour autant, il reste soumis aux règles générales de la procédure civile, et notamment à ses principes directeurs, qui veulent que le procès demeure fondamentalement accusatoire.

474. Plan. Le procès prud'homal, et donc le procès relatif à la rupture du contrat de travail, constitue ainsi une construction originale hybride, dont les fondations sont celles du procès civil d'ordre général, sur lesquelles reposent les rouages nécessaires aux enjeux sociaux inhérents aux spécificités du droit du travail (articles R. 1451-1 et suivants du code du travail). Ce caractère transparaît tant dans les attributions du juge dans la conduite formelle du litige, relative à la procédure judiciaire (1), que dans la conduite matérielle, relative à l'administration de la preuve (2).

1. La conduite formelle du litige : le garant de la procédure

475. Juge garant de la procédure judiciaire. Le juge est d'abord le garant du respect des règles de la procédure et de son bon déroulement. En première instance, la mise en état de l'affaire est orchestrée, dès la saisine du conseil de prud'hommes, par le bureau d'orientation et de jugement, et ce, en cas d'échec de la conciliation, jusqu'à la date du jugement. Tout au long de l'instruction, le juge de la mise en état recueille les pièces et arguments des parties, tout en assurant le respect du principe du contradictoire. Au moment de l'arrivée de l'affaire devant le bureau de jugement, si elle n'est pas en état d'être jugée, ou dans le cas où elle est directement portée à son office, c'est lui qui assure la mise en état, détenant les mêmes attributions que celles dévolues au bureau de conciliation et d'orientation.

476. Attributions du juge de la mise en état. En vertu de l'article 789 du code de procédure civile, le juge de la mise en état dispose exclusivement de certaines attributions. Il statue sur les exceptions de procédure, les fins de non-recevoir, les délocalisations d'audience et les incidents mettant fin à l'instance. Il peut allouer des provisions, ordonner des mesures provisoires et conservatoires, des mesures d'instruction, et ce d'office. Lorsque le juge est saisi d'une fin de non-recevoir qui nécessite que soit préalablement tranchée une question de fond, il peut même statuer sur celle-ci.

477. Clôture des débats. Depuis la Loi du 8 aout 2016, le juge de la mise en état, en instance prud'homale, peut ordonner une clôture des débats. Cette mesure d'administration judiciaire, insusceptible de recours, empêche les parties de produire quelconque pièce ou de déposer de nouvelles conclusions, lesquelles pourraient le cas échéant être déclarées irrecevables d'office, et ce même en cours d'instance (article R. 1454-19-3 du code du travail).

478. Oralité de la procédure prud'homale. Cette possibilité est originale puisque l'article R. 1453-3 du code du travail dispose pourtant que « la procédure prud'homale

est orale »⁵⁹¹. Les parties doivent donc normalement présenter oralement au juge leurs défenses et prétentions, à l'audience, dans l'ordre de présentation fixé par l'article 74 du code de procédure civile et rappelé par l'article R. 1451-2 du code du travail, c'est-à-dire les exceptions de procédure avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir.

479. Immixtion de l'écrit dans la procédure prud'homale. Cette immixtion de l'écrit dans la procédure prud'homale est l'expression d'un manque de confiance grandissant dans l'efficacité de l'oralité. Le rapport Lacabarats pointait ainsi en 2014 son « *inadaptation au traitement d'un contentieux [au] caractère de plus en plus complexe* », et le « *risque de renvoi ou de radiation pour cause de réadaptation tardive, d'autant plus mal accepté que les délais de traitement des affaires sont globalement trop importants* »⁵⁹². L'oralité des débats est ainsi devenue le coupable tout désigné des dysfonctionnements de la juridiction prud'homale, faisant obstacle à la bonne mise en état des affaires par les juges⁵⁹³. La place grandissante laissée à l'écrit ne semble toutefois pas résoudre tous les problèmes tant elle entraîne de nouvelles interrogations et imprécisions pour les justiciables⁵⁹⁴.

480. Appel en matière prud'homale : consécration de l'écrit. Devant les chambres sociales des cours d'appel, la procédure est désormais exclusivement écrite, et soumise aux règles régissant la procédure avec représentation obligatoire, en tout cas pour toutes

⁵⁹¹ P. FLORES, *Conseil de prud'hommes*, *op. cit.* note 587, n° 460 et s..

⁵⁹² A. LACABARATS, *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, *op. cit.* note 531; G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.* note 14, p. 130 ; les critiques à l'égard de l'oralité des débats semblent être plus anciennes : cf. A. CHEVILLARD, *Procédure prud'homale : oralité et contradiction*, *rapport remis au Conseil supérieur de la prud'homie*, La documentation française, 1993.

⁵⁹³ V. ORIF, « La réforme des juridictions prud'homales au regard du droit à un procès équitable », *Droit Ouvrier*, juillet 2016, n° 816 ; P. HENRIOT, T. DURAND, « Fables et légendes prud'homales », *Droit Ouvrier*, 1 mars 2014, vol. 788, p. 171-181.

⁵⁹⁴ F. GUIOMARD, « Que reste-t-il de l'oralité de la procédure prud'homale ? », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, 1 décembre 2022, vol. 12, p. 727-732.

les procédures entamées après le 1^{er} aout 2016 (article R. 1461-2 du code du travail)⁵⁹⁵. Le juge d'appel veille dès lors au respect des délais et du principe du contradictoire dans les productions écrites des représentants, avocats ou défenseurs syndicaux.

481. Appel en matière prud'homale : mise en état. En appel, la mise en état des affaires est assurée par un conseiller de la mise en état. Ses pouvoirs juridictionnels sont étendus et il est en mesure d'influer directement sur le déroulement du contentieux, voire d'y mettre un terme⁵⁹⁶. En plus des pouvoirs que le conseiller de la mise en état détient en commun avec le juge de la mise en état de première instance (article 789 du code de procédure civile), il lui est conféré des attributions particulières. Il contrôle globalement et exclusivement la recevabilité de l'appel et des conclusions, et connaît de la caducité de la déclaration d'appel. Il peut aussi ordonner une exécution provisoire du jugement frappé d'appel, et inversement radier du rôle une affaire pour défaut d'exécution de la décision exécutoire.

482. Autorité des décisions du conseiller de la mise en état. Ses décisions portant sur les exceptions de procédure, sur les fins de non-recevoir, sur les incidents mettant fin à l'instance et sur des questions de fond lorsque la fin de non-recevoir le nécessite portent par ailleurs autorité de la chose jugée au principal, elles ne sont donc en principe pas susceptible de recours immédiat.

483. Principe dispositif. Dans tous les cas, et quel que soit le degré de juridiction, en vertu du principe dispositif⁵⁹⁷, le juge est tenu de réserver son office à l'objet du litige,

⁵⁹⁵ Décret n°2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, pris pour l'application des articles 258, 259 et 267 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron ».

⁵⁹⁶ R. LAFFLY, « Pouvoirs juridictionnels du conseiller de la mise en état », *Répert. Procédure Civ.*, Dalloz, mars 2024, p. 199.

⁵⁹⁷ G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP*, 1993, vol. I, n° 3693.

lequel est déterminé exclusivement par les parties. Celles-ci disposent en effet de la matière litigieuse⁵⁹⁸, si bien qu'elles sont les seules à pouvoir déterminer les faits qui seront jugés à l'instance. Pour ce qui est de la qualification juridique des faits en revanche, si les parties peuvent être force de proposition, le juge reste libre d'adopter sa propre vision. La matière litigieuse réside donc seulement et exclusivement dans les faits de l'espèce apportés par les plaideurs⁵⁹⁹.

2. La conduite matérielle du litige : l'administration de la preuve

484. Liberté de la preuve. En droit du travail français, la preuve est libre⁶⁰⁰. Les parties sont donc autorisées à prouver les faits qu'elles allèguent par tous les moyens qu'elles ont à leur disposition, sous le contrôle du juge qui s'assure du respect de principes directeurs : le principe du contradictoire et la loyauté de la preuve. Les aménagements de la preuve de droit commun sont toutefois nombreux, et c'est notamment le cas lorsqu'il s'agit de rupture du contrat de travail.

485. Tendance inquisitoire du procès prud'homal. En la matière, le contentieux du travail français connaît des règles probatoires spécifiques qui permettent notamment au juge saisi du litige d'entrer en profondeur dans le contrôle des justifications des parties, donnant au procès prud'homal, pour certains, une inclination vers un caractère inquisitoire⁶⁰¹. Soucieux de déterminer qui de l'employeur ou du salarié devait rapporter

⁵⁹⁸ G. BOLARD, V. BOLARD, « Matière du procès et principe dispositif », *Dalloz Action Droit Prat. Procédure Civ.*, 2022, p. 321.

⁵⁹⁹ H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *Chron. Dalloz*, 1964, n° XXXIV, p. 235.

⁶⁰⁰ Cass. Soc., 27 mars 2001, n° 98-44.666, D. 2001. 1282, et les obs. ; Dr. soc. 2001. 679, obs. J. SAVATIER ; P. FADEUILHE, « Quelle preuve en droit du travail ? », *Juris Assoc.*, 2020, n° 620, p. 40.

⁶⁰¹ F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, op. cit. note 296, p. 396 ; J. NORMAND, R.P. PERROT, « Le juge et le litige », Paris, France,

la preuve des justifications profondes des actes de rupture, il a en effet été décidé dès 1973 à l'occasion de la réforme du droit du licenciement, nonobstant les principes classiques de la procédure accusatoire, de charger le troisième protagoniste du contentieux : le juge⁶⁰². Il s'agissait alors de libérer le salarié d'un fardeau considéré comme injuste, sans faire peser sur l'employeur une présomption d'abus.

Pour ceux qui souhaitaient faire peser la charge complète de la preuve sur l'employeur⁶⁰³, cet aménagement ne constituait toutefois pas une réelle innovation puisque le code du travail prévoyait déjà que « *le tribunal, pour apprécier s'il y [avait] abus, [pouvait] faire une enquête sur les circonstances de la rupture. Le jugement [devait], en tout cas, mentionner expressément le motif allégué par la partie qui [avait] rompu le contrat* »⁶⁰⁴. La procédure prud'homale connaissait donc a priori déjà, dans une certaine mesure, une forme inquisitoire.

486. Objectifs des règles d'aménagement de la preuve. La raison de cet aménagement de la preuve a depuis trouvé ses fondements dans plusieurs autres caractères propres au contentieux du travail : la crainte de l'employeur et de son pouvoir de rétorsion⁶⁰⁵, le difficile accès à ses véritables « raisons d'agir »⁶⁰⁶, ou aux éléments

Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, p. 279 ; J. PELISSIER et al., *Droit du travail*, Paris, France, Dalloz, 2008, p. 417 ; A. SUPIOT, *Les juridictions du travail*, Paris, Dalloz, Traité de droit du travail n° Tome 9, 1987, n° 583 ; M. HENRY, « Le particularisme probatoire du procès prud'homal et son incidence sur l'effectivité du droit », *Droit Ouvrier*, 1987, p. 401 ; N. BRUCHE, C. PORIN, « Instruire le dossier pour établir les faits : le rôle actif du juge », *Droit Ouvrier*, 2014, n° 789, p. 259 ; M.-F. LEBOUN-BLANCHARD, « Contentieux social et régime probatoire : office du juge et exigences de la mise en état et du contradictoire », *Droit Ouvrier*, avril 2010, n° 741, p. 195.

⁶⁰² J. FOYER, JO Débats parlementaires à l'Assemblée nationale, 30 mai 1973, p. 1620.

⁶⁰³ P. JOXE, JO Débats parlementaires à l'Assemblée nationale, 30 mai 1973, p. 1621.

⁶⁰⁴ Article 23 du Livre 1 du code du travail de 1919-1927.

⁶⁰⁵ L. GRATTON, O. LECLERC, « Action en justice et mesures de rétorsion », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, mai 2014, p. 321.

⁶⁰⁶ F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, op. cit. note 296, p. 396.

matériels de la relation de travail (fiches de paie, contrats, décomptes des heures travaillées) qui sont quasi-systématiquement entre ses mains⁶⁰⁷.

487. Recherche de la preuve – droit commun. Le juge prud'homal a donc la charge de rechercher la preuve de la justification de la rupture du contrat de travail, à l'appui des éléments qui lui sont fournis par les parties à l'instance. Pour cela, en vertu des pouvoirs qu'il tire du droit commun de la procédure civile, il est en mesure d'ordonner à une partie, ou à un tiers, à la requête de l'autre partie, de produire un élément de preuve nécessaire à la résolution du litige. Toute personne, physique ou morale peut ainsi être enjointe de respecter l'obligation civile d'apporter son concours à la justice :

Article 11 du code de procédure civile :

« Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime. »

Article 10 du code civil :

« Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.

Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts. »

⁶⁰⁷ O. LECLERC, « Preuve dans les contentieux du travail », *Répert. Trav.*, Dalloz, janvier 2022, n° 25 et s..

488. Recherche de la preuve – droit spécial. C'est précisément en matière de licenciement que les pouvoirs du conseil de prud'hommes illustrent le caractère inquisitoire de sa fonction⁶⁰⁸, en vertu notamment des pouvoirs qu'il tire de l'article L. 1235-1 du code du travail :

« Le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

489. Tempéraments aux pouvoirs d'instruction du juge prud'homal. Ces pouvoirs d'instruction élargis en matière de licenciement demeurent tempérés par les règles relatives à la justification du licenciement, et notamment au regard de la lettre de licenciement qui fixe les termes du litige. Le juge saisi est en effet tenu d'examiner les seuls motifs inscrits par l'employeur en justification de sa décision, lesquels ont pu être précisés dans le cadre de la procédure prévue par les articles R. 1232-13 du code du travail pour un licenciement pour motif personnel, et R. 1233-2-2 pour un licenciement pour motif économique. Il conserve en revanche un pouvoir de qualification des faits, qui lui permet éventuellement de requalifier les faits justificatifs en question.

490. Risque de la preuve en matière de rupture du contrat de travail. Par ailleurs, en vertu du dernier alinéa de l'article L. 1235-1 du code du travail, le risque de la preuve pèse sur l'employeur :

« Si un doute subsiste, il profite au salarié. »

⁶⁰⁸ N. BRUCHE, C. PORIN, « Instruire le dossier pour établir les faits : le rôle actif du juge », *op. cit.* note 599, p. 259

Cette disposition implique que le juge ait tout de même procédé aux investigations les plus poussées, afin de déterminer les causes de la rupture du contrat de travail⁶⁰⁹. Ce n'est en effet qu'en cas de « subsistance » du doute que le juge doit être amené à pencher en faveur du salarié⁶¹⁰. Si cette disposition a pu être considérée comme menaçante à l'égard de « l'intime conviction du juge »⁶¹¹, il n'en demeure pas moins qu'elle exprime l'incessante volonté de protéger le salarié, partie faible au contrat, et surtout première victime de la perte de son emploi.

491. Mesures *in futurum*. En outre, par les mesures *in futurum* de l'article 145 du code de procédure civile, le juge dispose de la possibilité de recueillir des éléments de preuve avant l'ouverture d'une éventuelle instance :

« S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. »

492. Intérêt des mesures *in futurum*. Ces mesures peuvent constituer une aide précieuse pour le salarié qui, la plupart du temps, dispose de peu d'éléments formels qui ont trait à la relation de travail, par rapport à son employeur⁶¹². Elles peuvent être demandées en référé ou sur requête, bien que cette dernière voie semble être la plus appropriée, en ce qu'elle permet un certain effet de surprise⁶¹³. La différence majeure

⁶⁰⁹ F. FAVENTNEC-HERY, « Licenciement : le dénouement de l'imbroglio probatoire », *Droit Soc. Dalloz*, février 1990, n° 2, p. 178.

⁶¹⁰ Point n° 3-1 de la Circulaire DRT/DE n° 12-89 du 4 octobre 1989, *in* *Liaisons sociales* n° 6292 du 19 octobre 1989.

⁶¹¹ Intervention de M. J. DELONG, *JO Débats Sénat*, 13 juin 1989.

⁶¹² N. BRUCHE, C. PORIN, « Instruire le dossier pour établir les faits : le rôle actif du juge », *op. cit.* note 599, p. 259.

⁶¹³ P. D'ORNANO, « De l'usage des moyens de preuve en droit du travail », *JCP Édition Soc. Anciennement Rev. Trav. Prot. Soc.*, 16 septembre 2008, vol. 38, p. 18-21

entre la procédure de demande de mesures *in futurum* sur requêtes et celle en référé réside dans l'observation du principe du contradictoire, lequel n'est pas de rigueur dans le premier cas. Ceci explique du reste que la procédure sur requête ne soit ouverte qu'à titre subsidiaire si le secret est indispensable⁶¹⁴, et que ni le conseil de prud'hommes ni son président n'aient compétence pour prendre des ordonnances sur requête⁶¹⁵. Celles-ci ne peuvent en effet être formulées que devant le Président du tribunal judiciaire (article 812 du code de procédure civile), ou devant le Premier président de la cour d'appel (article 958 du code de procédure civile).

493. Droit de la preuve et droit à la preuve. Il convient encore de distinguer le droit de la preuve et le droit à la preuve. Le premier se réfère aux règles qui régissent la présentation des preuves devant le juge et l'appréhension que ce dernier en fait. Le droit de la preuve est donc le cadre juridique qui définit comment les preuves sont recueillies, présentées et évaluées dans le cadre d'une procédure judiciaire. Le droit à la preuve, quant à lui, est un droit qui appartient aux parties à un litige de se voir reconnaître la possibilité de présenter toutes les preuves pertinentes et nécessaires à la défense de leurs intérêts. Le droit à la preuve est donc, indépendamment du droit processuel, le droit des parties à obtenir l'accès à toutes les preuves pertinentes et utiles à leur affaire, afin de pouvoir défendre leurs droits de manière effective. En résumé, le droit de la preuve régit la manière dont les preuves sont présentées, tandis que le droit à la preuve garantit le droit des parties à présenter les preuves nécessaires à la défense de leurs intérêts.

494. Droit à la preuve en droit du travail. La question du droit à la preuve se pose nécessairement en droit du travail, d'autant que le salarié, déjà subordonné au cadre fixé par l'employeur est dans la grande majorité des cas placé dans la position de demandeur au procès⁶¹⁶. Le droit à la preuve a d'abord été reconnu par la chambre civile de la Cour

⁶¹⁴ Cass. Civ. 2^{ème}, 13 mai 1987, Bull. civ. II, n° 112 ; Cass. Com., 26 janvier 1999, Bull. civ. IV, n° 28.

⁶¹⁵ Cass. Soc., 12 avril 1995, n° 93-10.982, Bull. civ. V, n° 134 ; Cass. Soc., 18 janvier 2017, n° 15-18.271.

⁶¹⁶ S. DEPELLEY, P.-Y. VERKINDT, « Les dérogations au droit commun de la preuve dans le droit du contrat de travail », *Droit Soc. Dalloz*, septembre 2017, n° 9, p. 705.fa

de cassation par un arrêt de 2012⁶¹⁷, sur l'impulsion de plusieurs arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, en interprétation des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁶¹⁸. La chambre civile a été ensuite rejoints par la chambre sociale, en novembre 2016⁶¹⁹, admettant que « le droit à la preuve [puisse] justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ». L'analogie entre les deux décisions s'arrête à un détail : la chambre sociale a préféré le terme « nécessaire » à celui « d'indispensable » qu'avait adopté la chambre civile, s'agissant du besoin de faire valoir l'exercice de son droit à la preuve. Il convient peut-être d'en déduire que l'élément probatoire sera plus aisément accepté par les juridictions du travail que par les juridictions civiles, quand bien même il porterait atteinte à un droit de l'autre partie⁶²⁰.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a donné une position claire et sans équivoque à l'occasion d'un arrêt du 22 décembre 2023 : « *il y a lieu de considérer désormais que, dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écartier des débats. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi.*

⁶²¹ » Ainsi, le « régime de la preuve déloyale » se précise,

⁶¹⁷ Cass. Civ. 1ère, 5 avril 2012, n° 11-14.177, RTD civ. 2012. 506, obs. J. HAUSER ; D. 2012. 1596, obs. G. LARDEUX ; D. 2012. 2826, obs. Ph. DELEBECQUE, J.-D. BRETZNER et I. DARRET-COURGEON ; D. 2013. 275, obs. N. FRICERO.

⁶¹⁸ CEDH, 27 octobre 1993, Dombo Beheer B. V. c/ Pays-Bas, req. n° 14448/88, CEDH 10 octobre 2006, L. L. c/ France, req. n° 7508/02.

⁶¹⁹ Cass. Soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, RDT 2017. 134. Notes B. GENIAUT, D. 2017. 37, note G. LARDEUX ; Dr. soc. 2017. 89, note J. MOULY ; SSL, n° 1746, 2016, note F. CHAMPEAUX ; JCP 2016. 1281, obs. N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER.

⁶²⁰ G. LARDEUX, « La reconnaissance du droit à la preuve en droit du travail », *Recl. Dalloz Sirey*, 1 janvier 2017, vol. 1, p. 37-41.

⁶²¹ Ass. Plén., 22 décembre 2023, n° 20-20.648.

et les moyens déloyaux utilisés par les justiciables, même s'ils caractérisent la preuve déloyale, n'empêcheront peut-être pas celle-ci d'être reçue devant les juridictions⁶²².

II. La résolution du litige

495. Fonction première du juge. Au terme de l'article 12 du code de procédure civile, la résolution du litige constitue l'objet premier de la fonction juridictionnelle :

« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

Ainsi donne à s'appliquer l'adage *Da mihi factum, tibi dabo jus* : « Donne-moi le fait, je te donnerai le droit »⁶²³. Cet aphorisme, quoi que discuté⁶²⁴, illustre la conception prédominante de l'office du juge dans l'organisation judiciaire française. Au-delà des controverses, il est en effet admis que le juge est chargé de dire le droit, dans le but de trancher le litige qui lui est porté, lequel s'incarne dans les faits allégués par les parties.

496. Caractère interventionniste du juge prud'homal. Sur ce point, le juge français de la rupture du contrat de travail ne fait pas exception. Il dispose néanmoins pour parfaire cette fonction d'un large panel d'attributions qui lui permet d'établir justice, si bien qu'il convient de lui prêter un caractère « interventionniste »⁶²⁵. Les pouvoirs qui lui sont attribués ne sont en réalité pas fondamentalement différents de ceux dont dispose communément le juge civil. C'est plutôt l'usage fervent de ces pouvoirs, guidé par sa

⁶²² C. LHOMOND, « Une esquisse de la preuve déloyale », *Rev. Droit Trav.*, mai 2024, vol. 5, p. 318-324

⁶²³ H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 3ème, 1992, p. 139-142.

⁶²⁴ D. LOUIS, *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, thèse, Université de Montpellier 1, 2014, p. 232.

⁶²⁵ P. HENRIOT, « Le juge social, un juge « interventionniste » », *Droit Ouvrier*, 2014, p. 761.

mission de protection de l'ordre public social, qui conduit le juge du travail dans cette voie⁶²⁶.

497. Tempérament à l'interventionnisme du juge prud'homal. Pour autant, l'étude approfondies des prérogatives du juge conduit à remarquer qu'en tant que porte-parole de la loi, ses prérogatives sont limitées à ce que le législateur lui cède, et ce au gré des volontés politiques. Suivant les cas, le juge de la rupture du contrat de travail peut dès lors se trouver plus ou moins contraint par les textes qu'il est tenu d'appliquer.

498. Résolution du litige : dire le droit et l'imposer. Suivant la distinction classique entre le pouvoir de dire le Droit (*jurisdictio*), et le pouvoir d'imposer le Droit (*imperium*)⁶²⁷, le litige trouve le chemin de la résolution dans l'autorité de la chose jugée, et dans la force exécutoire qui est attachée au jugement. En vertu du premier attribut, le juge contrôle le respect du Droit, et en sanctionne l'irrespect. En vertu du second, l'exécution de sa décision s'impose aux parties. En ce qui concerne le contentieux de la rupture du contrat de travail, le *jurisdictio* est celui qui pose ici question. S'il est en effet attendu du juge qu'il soit le porte-parole de la norme, cette dernière lui cède sur de nombreux points la faculté de déterminer seul, les solutions à apporter aux litiges.

499. Plan. Le juge prud'homal est donc à la fois soumis à la loi, mais libre de porter des appréciations extensives en fonction des situations, et ce lorsqu'il s'agit d'interpréter la lettre des textes, comme quand il s'agit de sanctionner. Aussi, il convient de s'intéresser d'abord au contrôle que va opérer le juge sur le respect du droit applicable (1), avant de déterminer les conséquences qu'il peut tirer d'un constat de non-respect en termes de sanction (2).

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ R. LAHER, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, Mare et Martin, 2017 ; N. CAYOL, « La notion de *jurisdictio* », *Procédures*, 1 février 2020, vol. 2, p. 14-17.

1. Le contrôle du respect de la loi

500. Double contrôle : forme et fond. Comme il l'a été démontré en amont, nombreuses sont les dispositions légales et réglementaires qui organisent la rupture du contrat de travail en France, surtout s'agissant des ruptures unilatérales à l'initiative de l'employeur : les licenciements. En la matière, le juge doit porter son regard sur deux choses : le respect des procédures, qui diffèrent suivant les cas, et la justification, qui en toutes circonstances doit trouver son fondement dans la cause réelle, et sérieuse.

501. Contrôle du respect des procédures de licenciement. En ce qui concerne les procédures, le contrôle est relativement simple, puisqu'il suffit de s'assurer que les formes et délais prescrits par la loi aient été correctement appliqués. Pour ce qui est de la cause, le contrôle est plus complexe. D'abord, il se borne à la cause de licenciement telle qu'elle a été invoquée par l'employeur dans la lettre, le cas échéant telle qu'elle a été précisée par celui-ci. Ensuite, si des éléments objectifs de détermination de la cause réelle et sérieuse existent dans les textes – c'est le cas s'agissant des licenciements pour motif économique – le juge doit dans la majorité des cas intimement décider de la validité de la justification. Aussi, déterminer de manière exhaustive les conditions de validité de la cause réelle et sérieuse relève dans le silence de la loi de la casuistique prud'homale, et donc de l'examen du pouvoir prétorien du juge de la rupture du contrat de travail.

502. Contrôle des exigences de justification du licenciement. Cela étant, il convient de souligner, en ce qui concerne le contrôle de la justification de l'employeur, que la loi laisse une place de choix au juge, même si, en France, les derniers mouvements législatifs sur la question s'orientent vraisemblablement vers une réduction de sa marge de

manceuvre⁶²⁸. Avant 1973, l'employeur était le « seul juge » de ses choix de direction⁶²⁹. Depuis la consécration légale de la cause réelle et sérieuse de licenciement, il justifie des raisons de son choix devant le juge prud'homal. Ce dernier a alors la charge d'évaluer l'objectivité des arguments avancés à l'appui de la rupture, afin de s'assurer de leur légitimité, c'est-à-dire de « la conformité [de la] décision [patronale] à des valeurs socialement reconnues et partagées »⁶³⁰.

503. Consécration internationale du pouvoir de contrôle de la justification. Cette mission confiée au juge étatique est également consacrée par les normes internationales. La convention n° 158 de l'OIT préconise ainsi, en son article 8, « *qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre* ». Elle précise, en son article 9, que ces organismes impartiaux « *devront être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié* ». De même, la Charte sociale européenne enjoint, en son article 24, les Etats signataires « *à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial.* »

504. Contrôle des ruptures autre que le licenciement. S'agissant des autres ruptures du contrat de travail, il prêterait à penser que le contrôle du respect de la loi ne nécessite pas, *a priori*, un investissement hors du commun de la part du juge, dans la mesure où son contrôle se bornerait uniquement au seul respect des procédures éventuellement

⁶²⁸ B. GENIAUT, « Rupture du contrat de travail et transition : l'emploi comme justification-Sécurisation des parcours professionnels et rupture du contrat de travail : une question de justification », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, 1 décembre 2016, vol. 12, p. 777-780.

⁶²⁹ A. FABRE, *Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun*, op. cit. note 400, n° 152.

⁶³⁰ F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel, essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, op. cit. note 296, p. 9.

prévues. En effet, comme il l'a été démontré, l'impératif de justification propre au licenciement ne trouve pas vraiment d'équivalent dans les ruptures d'un commun accord, ou les ruptures à l'initiative du salarié.

Pourtant, une réflexion poussée sur l'étude des prérogatives juridictionnelles du juge conduit à constater qu'il est impératif pour ce dernier de sonder les raisons profondes des acteurs de la rupture du contrat de travail, même lorsqu'il n'est pas saisi d'un contentieux afférent à un licenciement, afin d'abord de donner aux actes leurs justes qualifications, et ensuite de veiller à l'absence de vice qui pourrait mettre en péril la validité de ceux-ci. Il s'assure ainsi de la non-équivocité de la volonté du salarié démissionnaire, ou du consentement libre et éclairé des parties à la convention de rupture amiable. Le contrôle de la forme et celui du fond peuvent alors parfois se confondre. C'est notamment le cas en matière de rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée lorsque les règles de procédure sont déterminantes du consentement libre et éclairé du salarié (article L. 1237-2 du code du travail). Le juge doit alors s'assurer du bon respect du formalisme obligatoire, et en tirer des conséquences sur la validité du consentement des parties.

2. La sanction du non-respect de la Loi

505. Pouvoir spécial de sanction du juge prud'homal. Outre son pouvoir de contrôle, le juge de la rupture du contrat de travail, pour garantir le respect des règles légales, se voit confier un pouvoir de sanctionner les violations de celles-ci. Le code du travail lui réserve à cet effet divers options destinées à réprimer les irrégularités procédurales, les défauts de justification, ou encore les manquements les plus graves tels que le non-respect des conditions essentielles propres à tous contrats ou tels que prévus spécialement par certains textes.

506. Pourvoir général de sanction du juge prud'homal. Le juge dispose par ailleurs de toutes les sanctions civiles qu'il tire du régime général des obligations. Il peut ainsi

sous conditions forcer l'exécution des engagements contractuels⁶³¹, et ordonner la réparation des préjudices subis par une partie du fait de l'autre. Sur ce point cependant, il faut souligner que le préjudice que constitue la perte injustifiée de son emploi par le salarié, et ses conséquences directes, sont déjà réparés par l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse et ne sauraient donc être doublement dédommagés par l'octroi d'une réparation supplémentaire⁶³².

507. Plan. En ce qui concerne toutefois spécifiquement le droit de la rupture du contrat de travail, la censure de la violation de la loi est donc plurielle puisqu'elle repose sur un triptyque que composent les sanctions d'irrégularité (A), les sanctions de rupture injustifiée (B) et les sanctions de nullité (C).

A. *La rupture irrégulière du contrat de travail*

508. Régularité du licenciement et de la rupture conventionnelle. Le constat de l'irrégularité de la procédure peut entraîner différentes conséquences suivant le mode de rupture du contrat qui est en cause, et les formalités obligatoires qui n'ont pas été respectées. Toutes les ruptures du contrat de travail ne nécessitant pas la poursuite de procédure particulière, ce sont toutefois ici le licenciement et la rupture conventionnelle qui doivent être étudiés.

509. Sanction du licenciement irrégulier. L'irrégularité dans la procédure de licenciement n'a pas pour effet de le rendre sans cause réelle et sérieuse. En la matière,

⁶³¹ Le juge peut par exemple ordonner la fermeture du fonds de commerce ouvert en violation d'une clause de non-concurrence (Cass Soc., 24 janvier 1979, n° 77-41.536, Bull. civ. V, n° 67 ; D. 1979. 619, note Y. SERRA) ou condamner sous astreinte à résilier le contrat de travail conclu auprès d'un nouvel employeur en violation d'une même clause (Cass. Soc., 16 octobre 1958, Bull. civ. V, n° 1043 ; Cass. Soc., 15 février 1995, n° 93-42.793, Cass. Soc., 10 décembre 1996, n° 94-43.015, D. 1997, et Cass. Soc., 16 mai 2007, n° 05-46.046).

⁶³² Voir ci-après n° 5199.

l'article L. 1235-2 du code du travail prévoit une indemnité maximale égale à un mois de salaire au bénéfice du salarié lorsque la procédure fait défaut :

« Lorsqu'une irrégularité a été commise au cours de la procédure, notamment si le licenciement d'un salarié intervient sans que la procédure requise aux articles L. 1232-2, L. 1232-3, L. 1232-4, L. 1233-11, L. 1233-12 et L. 1233-13 ait été observée ou sans que la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ait été respectée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire. »

510. Observations. Cette rédaction appelle à plusieurs observations. Issue de la réforme orchestrée par les ordonnances « Macron » de 2017, elle marque un changement avec les textes antérieurs qui, tout en plafonnant déjà l'indemnité de licenciement irrégulier à un mois de salaire, réservaient ce droit aux salariés dont l'ancienneté était supérieure à deux ans, et uniquement dans les entreprises de plus de onze salariés. Les autres pouvaient obtenir réparation de leur préjudice sur le fondement de la responsabilité civile. Par ailleurs, dans un souci de simplification, toutes les irrégularités connaissent désormais cette même sanction, que ce soit le non-respect de l'exigence de motivation, le non-respect de la procédure légale, ou le non-respect des exigences conventionnelles ou statutaires de consultation. Du reste, l'indemnité pour licenciement irrégulier ne se cumule pas avec d'autres indemnités, telles que celle pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

511. Encadrement légal de la fonction juridictionnelle. Il y a là un marqueur déterminant de l'ampleur de l'encadrement légal de la fonction juridictionnelle du juge français de la rupture du contrat de travail, lequel est à la fois contraint par des qualifications juridiques précises, et par des sanctions légalement prévues et inconditionnellement plafonnées. Auparavant, le juge avait pris des libertés en considérant par exemple que le non-respect des exigences formelles de motivation devait

être regardé comme un défaut de cause réelle et sérieuse de licenciement⁶³³. Sur ce point, le législateur a modifié le régime de sanction : le défaut de motivation dans la lettre de licenciement n'entraîne le défaut de cause réelle et sérieuse que si l'employeur a persisté dans l'insuffisance de justification malgré la demande de précision du salarié (article L. 1235-2 du code du travail).

512. Sanction de la rupture conventionnelle irrégulière. La rupture conventionnelle connaît également un formalisme strict, lequel sert « *à garantir la liberté de consentement des parties* » (article L. 1237-11 du code du travail). Or, conformément aux principes généraux du droit des contrats, le vice du consentement ne saurait entraîner d'autre conséquence que la nullité de la convention – et donc de la rupture du contrat de travail. Le juge est dès lors tenu de s'assurer que le consentement des parties est resté libre et éclairé tout au long du processus. Ce n'est par exemple pas le cas lorsque l'exigence d'entretien préalable prévue à l'article L. 1237-12 du code du travail n'a pas été respectée : la rupture conventionnelle doit être annulée. Si toutefois le juge considère que l'irrégularité n'est pas substantielle, c'est-à-dire qu'elle n'entrave pas la liberté de consentement du salarié, la nullité n'est en revanche pas encourue. C'est le cas, par exemple, lorsque l'employeur manque d'informer le salarié sur la possibilité qu'il a de se faire assister par un conseiller⁶³⁴.

513. Exécution forcée des indemnités de droit. Le juge peut par ailleurs ordonner le versement d'indemnités de droit qui n'auraient pas été versées au salarié, alors qu'elles découlent directement du processus de rupture du contrat de travail. Tel est le cas de l'indemnité compensatrice de préavis si celui-ci n'est pas effectué, de l'indemnité compensatrice de congés payés, si le salarié n'a pas pu prendre tous ses congés payés avant son licenciement, ou encore de l'indemnité légale de licenciement, dont doit bénéficier le salarié qui est licencié pour une autre cause que sa faute grave ou lourde.

⁶³³ Cass. Soc. 30 juin 1993, n° 92-41.073 ; Cass. Soc. 22 sept. 1993, n° 91-45.006.

⁶³⁴ Cass. Soc., 29 janvier 2014, n° 12-27.594, RDT 2014, p. 255, note G. AUZERO ; JCP S 2014, p. 1078.

B. *La rupture injustifiée du contrat de travail*

514. Diversité des cas de rupture concernés. Comme il l'a été démontré, le défaut de justification d'une rupture n'est a priori répréhensible que lorsqu'il s'agit d'un licenciement, mais toutes les autres ruptures n'excluent pas pour autant avoir besoin d'une cause acceptable pour être valable. Dans tous les cas de rupture se pose donc la question des conséquences que le juge peut attacher au constat d'une justification manquante, insuffisante ou non-admise.

515. Multitude des sanctions du licenciement injustifié. En cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge dispose d'un panel de sanction qu'il peut prononcer, et éventuellement cumuler. C'est principalement dans ce domaine que la loi a connu des changements majeurs, sous l'impulsion notamment des ordonnances « Macron » de 2017.

516. Réintégration du salarié. Outre les indemnités de droit que sont l'indemnité compensatrice de préavis, l'indemnité de congés payés et l'indemnité légale de licenciement qu'il peut ordonner, le juge peut d'abord proposer la réintégration du salarié à son emploi (L. 1235-3 al. 1 du code du travail). Contestée par certains employeurs, cette disposition est pourtant reconnue comme conforme à l'article 6-1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, et à l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶³⁵. Cette réintégration demeure de toute façon facultative⁶³⁶, et si elle traduit l'existence d'une « fonction restitutive du juge »⁶³⁷, le qualificatif de sanction reste de fait discutable⁶³⁸.

⁶³⁵ Cass. Soc., 14 avril 2010, n° 08-45.247.

⁶³⁶ Cass. Soc., 18 décembre 1975, n° 74-40.477.

⁶³⁷ B. DESJARDINS, « La réintégration », *Droit Soc.*, 1992, p. 766.

⁶³⁸ A. FABRE, *Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun*, op. cit. note 400, n° 291.

Article L. 1235-3 al. 1 du code du travail :

« Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.

[...] »

517. Indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il peut ensuite condamner l'employeur à verser au salarié injustement licencié une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette indemnité est désormais plafonnée par loi, qui a fixé un barème qui en détermine les montants maximal et minimal suivant l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, en fonction de la taille de cette dernière. Ces critères peuvent paraître originaux puisque sans lien avec le préjudice subi sensé être réparé⁶³⁹. En réalité, une telle pratique va dans le sens de la théorie économique de l'« *efficient breach of contract* », promue par la doctrine américaine « *Law and economics* », qui défend l'idée de rendre calculable et prévisible le coût de la violation de la loi, pour rationaliser les choix de l'entreprise⁶⁴⁰. Toute règle pourrait ainsi être rapportée « à un calcul d'utilité, qui serait à la fois la source et la mesure de sa légitimité »⁶⁴¹. Un simulateur a par ailleurs été mis en ligne afin de prévoir le coût qu'occasionnerait un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁶⁴². Le Conseil constitutionnel a validé le mécanisme, estimant qu'il répond justement à « *l'objectif d'intérêt général* » d'instaurer une meilleure « *prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail* »⁶⁴³. :

Article L. 1235-3 al. 2, 3 et 4 du code du travail :

⁶³⁹ M. GREVY, F. BATARD, « *Securitas omnia corrupit* », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, octobre 2017, vol. 10, p. 663-668.

⁶⁴⁰ A. SUPIOT, *Homo juridicus essai sur la fonction anthropologique du droit*, *op. cit.* note 47, p. 44.

⁶⁴¹ *Ibid.* p. 17.

⁶⁴² <https://www.service-public.fr/simulateur/calcul/bareme-indemnites-prudhomales>

⁶⁴³ Conseil constitutionnel, décision n°2017-751 DC du 7 septembre 2017.

« Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau ci-dessous.

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)	Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet	1	16	3	13,5
1	1	2	17	3	14
2	3	3,5	18	3	14,5
3	3	4	19	3	15
4	3	5	20	3	15,5
5	3	6	21	3	16
6	3	7	22	3	16,5
7	3	8	23	3	17
8	3	8	24	3	17,5
9	3	9	25	3	18
10	3	10	26	3	18,5
11	3	10,5	27	3	19
12	3	11	28	3	19,5
13	3	11,5	29	3	20
14	3	12	30 et au-delà	3	20
15	3	13	/	/	/

En cas de licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les montants minimaux fixés ci-dessous sont applicables, par dérogation à ceux fixés à l'alinéa précédent :

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)	Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet	1	16	3	13,5
1	0,5	2	17	3	14
2	0,5	3,5	18	3	14,5
3	1	4	19	3	15
4	1	5	20	3	15,5
5	1,5	6	21	3	16
6	1,5	7	22	3	16,5
7	2	8	23	3	17
8	2	8	24	3	17,5
9	2,5	9	25	3	18
10	2,5	10	26	3	18,5
11	3	10,5	27	3	19
12	3	11	28	3	19,5
13	3	11,5	29	3	20
14	3	12	30 et au-delà	3	20
15	3	13	/	/	/

Pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, à l'exception de l'indemnité de licenciement mentionnée à l'article L. 1234-9.

[...] »

518. Cumuls d'indemnités possibles. Le cumul avec les indemnités pour non-respect par l'employeur des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de la Direction départementale de l'emploi, du travail et des solidarités (ex-Direccte), celles pour non-respect de la priorité de réembauche ou encore celles pour

absence de mise en place d'un comité social et économique (CSE) dans une entreprise devant respecter cette obligation, est possible dans la limite des maxima du barème :

Article L. 1235-3 al. 5 du code du travail :

« Cette indemnité est cumulable, le cas échéant, avec les indemnités prévues aux articles L. 1235-12, L. 1235-13 et L. 1235-15, dans la limite des montants maximaux prévus au présent article. »

519. Préjudices distincts. De manière générale, le cumul d'autres indemnités, au-delà des maxima, reste possible, pour peu qu'elles soient destinées à réparer un préjudice distinct de celui issu de perte de son emploi par le salarié. L'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse est ainsi cumulable avec toute réparation d'une violation avérée d'une obligation issue du contrat de travail, comme l'obligation de santé et de sécurité, ou d'un préjudice lié aux conditions de la rupture, telles qu'un comportement vexatoire de la part de l'employeur. En revanche, elle ne saurait se cumuler avec une réparation du non-respect des critères d'ordre du licenciement dans la mesure où le préjudice d'un tel manquement consiste de toute manière dans une perte injustifiée de son emploi par le salarié.

520. Remboursement des indemnités de chômage. Il est possible également que le juge soit amené d'office, le cas échéant, à condamner l'employeur à rembourser les indemnités de chômage auprès de l'organisme social compétent qui aurait versées des allocations au nouveau demandeur d'emploi :

Article L. 1235-4 du code du travail :

« Dans les cas prévus aux articles L. 1132-4, L. 1134-4, L. 1144-3, L. 1152-3, L. 1153-4, L. 1235-3 et L. 1235-11, le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes intéressés de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du

jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé.

Ce remboursement est ordonné d'office lorsque les organismes intéressés ne sont pas intervenus à l'instance ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées.

Pour le remboursement prévu au premier alinéa, le directeur général de Pôle emploi ou la personne qu'il désigne au sein de Pôle emploi peut, pour le compte de Pôle emploi, de l'organisme chargé de la gestion du régime d'assurance chômage mentionné à l'article L. 5427-1, de l'Etat ou des employeurs mentionnés à l'article L. 5424-1, dans des délais et selon des conditions fixés par décret en Conseil d'Etat, et après mise en demeure, délivrer une contrainte qui, à défaut d'opposition du débiteur devant la juridiction compétente, comporte tous les effets d'un jugement et confère le bénéfice de l'hypothèque judiciaire. »

Article L. 1235-5 :

« Ne sont pas applicables au licenciement d'un salarié de moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et au licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les dispositions relatives au remboursement des indemnités de chômage, prévues à l'article L. 1235-4, en cas de méconnaissance des articles L. 1235-3 et L. 1235-11. »

521. Extension de la sanction. Alors que cette sanction ne concernait initialement que le licenciement sans cause réelle et sérieuse (par renvoi à l'article L. 1235-5 du code du travail) ou nul du fait de l'absence ou de l'insuffisance d'un plan de sauvegarde de l'emploi, la loi « El Khomri » n° 2016-1088 du 8 août 2016 a élargi la liste des situations dans lesquelles des remboursements doivent être accordés, notamment en incluant les cas de discrimination (articles L. 1132-4 et L. 1134-4 du code du travail), le principe d'égalité entre les femmes et les hommes (article L. 1144-3 du code du travail) et l'interdiction des harcèlements moral et sexuel (articles L. 1152-3 et L. 1153-4 du code du travail).

522. Autres modes de rupture. Sauf s’agissant des ruptures imputables à l’employeur, les autres modes de rupture n’ont, en théorie, pas besoin de reposer sur une cause pour être valables. A ce titre, l’absence de justification du salarié démissionnaire ne saurait donc, à elle seule, entraîner de sanction à son encontre. Toutefois, lorsque le juge reconnaît un caractère abusif dans le comportement du cocontractant, il est en toujours en mesure, suivant les préceptes généraux de la responsabilité civile, d’ordonner au responsable de réparer le préjudice causé par le versement de dommages et intérêts, et ce quelle que soit la rupture. En matière de prise d’acte et de résiliation judiciaire, si le salarié ne peut justifier de sa demande d’imputation de la rupture à l’employeur, le juge prononcera le rejet de sa prétention et dans le premier cas, la rupture s’analysera comme une démission.

C. *La rupture nulle du contrat de travail*

523. Sanction de nullité. Le droit de la rupture du contrat de travail est d’abord soumis aux règles du droit commun des obligations contractuelles. A ce titre, il obéit aux conditions essentielles de la formation du contrat – adaptés aux particularités de la relation de travail – pour lesquels les manquements entraînent une sanction dissuasive et on-ne-peut-plus réparatrice : la sanction de nullité. Le code du travail est du reste clairsemé de règles d’ordre public dont la particulière importance a obligé le législateur à prévoir la même sanction⁶⁴⁴.

524. Nullités relatives de la rupture. Lorsqu’elle est la conséquence d’un vice contractuel de droit commun, la sanction de nullité peut impacter n’importe quel mode de rupture. Le juge peut effectivement annuler l’acte pris par une personne qui en était incapable, ou dont le consentement a été vicié. La nullité est alors dite « relative », en ce

⁶⁴⁴ G. COUTURIER, « Petites histoires de nullités du licenciement », *Droit Soc. Dalloz*, décembre 2012, p. 1218-1228.

sens qu'elle ne peut être invoquée que par celui qui est protégé par la règle transgessée⁶⁴⁵. C'est ainsi que le salarié qui n'a pas librement consenti à sa démission ou à une rupture conventionnelle peut en demander l'annulation. C'est également le cas s'agissant d'un licenciement qui est prononcé par une personne qui n'a pas le pouvoir de le faire.

525. Nullité de la rupture conventionnelle. En matière de rupture conventionnelle, l'exigence d'intégrité du consentement a mené à établir des cas de nullité de droit en présence d'irrégularités formelles, lorsque celles-ci ont pu avoir un impact sur ledit consentement, peu importe d'ailleurs que ce dernier ait été effectivement vicié. Il en est ainsi dès lors que la demande d'homologation est envoyée avant la fin du délai de rétractation⁶⁴⁶. Dans cette situation, il est possible de demander l'annulation de la convention de rupture, même si elle a été homologuée par l'administration. C'est également le cas si la date de signature de la convention de rupture n'est pas mentionnée dans l'acte⁶⁴⁷, si la date de fin du délai de rétractation accordé au salarié est absente ou erronée⁶⁴⁸, si aucun exemplaire original de la convention de rupture n'a été remis au salarié lors de sa conclusion⁶⁴⁹, ou encore si l'entretien obligatoire n'a tout simplement pas eu lieu⁶⁵⁰.

526. Nullités absolues. Les cas de nullité spécifiques sont pour leur part exclusivement textuels, et disséminés dans le code du travail⁶⁵¹. En tant que nullités qui intéressent l'ordre public, elles sont « absolues », et toute personne qui trouve un intérêt peut les

⁶⁴⁵ A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.* note 275, p. 181.

⁶⁴⁶ Cass. Soc., 6 décembre 2017, n° 16-16.851.

⁶⁴⁷ Cass. Soc., 27 mars 2019, n° 17-23.586.

⁶⁴⁸ Cass. Soc., 19 octobre 2017, n° 15-27.708, Cass. Soc., 29 janvier 2014, n° 12-24.539.

⁶⁴⁹ Cass. Soc., 26 septembre 2018, n° 17-19.860 ; Cass. Soc., 3 juillet 2019, n° 17-14.232.

⁶⁵⁰ Cass. Soc., 1^{er} décembre 2016, n° 15-21.609.

⁶⁵¹ Seule nullité « virtuelle » auparavant, la nullité en raison d'une violation d'une liberté fondamentale est devenue textuelle depuis les ordonnances « Macron » du 22 septembre 2017 ; sur la notion de nullité « virtuelle », voir G. COUTURIER, « Petites histoires de nullités du licenciement », *op. cit.* note 642, p. 1218-1228.

invoquer⁶⁵². De manière générale, est nulle la rupture du contrat de travail intervenue dans le cadre d'un harcèlement moral ou sexuel, d'une discrimination, d'une rétorsion, en violation d'un statut protecteur dont bénéficiait les représentants du personnel, les salariés en accident ou en maladie, et les futurs et nouveaux parents, et enfin en violation d'une liberté fondamentale.

527. Effets de la nullité. L'annulation consiste dans l'effacement pur et simple de l'acte juridique, et, par l'anéantissement rétroactif, des effets qu'il a déjà produits. La sanction de nullité comprend donc une remise en état de la situation, telle qu'elle était en l'absence de l'acte annulé, et sous-entend logiquement la réintégration du salarié dans ses fonctions. Cette remise en état a tout de même ses limites, et est parfois rendue impossible soit du fait des circonstances, soit du fait de la volonté du salarié.

La nullité du licenciement permet en outre d'écartier l'application du barème des indemnités prud'homales :

Article L. 1235-3-1 du code du travail :

« L'article L. 1235-3 n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités prévues au deuxième alinéa du présent article. Dans ce cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

[...] »

⁶⁵² A. BENABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, Précis Domat, 15ème, sans date, p. 181.

528. Droit du salarié à la réintégration. Cet article reconnaît d'ailleurs de manière indirecte le droit pour le salarié, autrefois consacré par la jurisprudence⁶⁵³, d'être réintégré à son poste de travail. Ce droit connaît toutefois une limite lorsque, dans le cadre d'une même procédure, le salarié demande à la fois sa réintégration au titre de la nullité du licenciement, et une résiliation judiciaire⁶⁵⁴. Dans ce cas, le juge qui accueille favorablement la demande de nullité, ne peut en faire de même pour la demande de résiliation⁶⁵⁵. En revanche, si le salarié abandonne sa demande de résiliation judiciaire en cours d'instance, le juge doit examiner la demande de réintégration⁶⁵⁶.

529. Réintégration imposée à l'employeur. Le juge ne peut donc pas imposer la réintégration au salarié, bien qu'il puisse, lorsque ce dernier ne s'y oppose pas, l'imposer à l'employeur. La réintégration doit être proposée sur le poste qu'occupait le salarié lésé, ou en cas d'impossibilité, sur un poste équivalent. La seule échappatoire de l'employeur réside dans l'impossibilité matérielle de proposer ce poste équivalent.

530. Réintégration : indemnité d'éviction. La réintégration du salarié ouvre droit par ailleurs, au bénéfice de celui-ci, à une indemnité d'éviction, qui correspond au préjudice qu'il a subi au cours de la période qui s'est écoulée entre la rupture du contrat et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé⁶⁵⁷, et déduction

⁶⁵³ G. COUTURIER, « Petites histoires de nullités du licenciement », *op. cit.* note 642, p. 1218-1228 ; Cass. Soc., 14 juin 1972, n° 71-12.508, JCP 1972, II, 1727, note G. LYON-CAEN ; D. 1973, p. 114, note N. CATALA.

⁶⁵⁴ J. MOULY, « L'incompatibilité d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail et d'une demande de réintégration : quel fondement juridique ? », *Droit Soc. Dalloz*, 1 juin 2021, vol. 6, p. 559-561 ; P.-H. ANTONMATTEI, *Droit du travail*, *op. cit.* note 327, p. 425.

⁶⁵⁵ Cass. Soc., 27 janvier 2021, n° 19-21.200, RJS avril 2021, n° 203, Dr. Soc. 2021, p. 271, obs. C. RADE.

⁶⁵⁶ Cass. Soc., 11 mai 2023, n° 21-23.148, RJS juillet 2023, n° 367.

⁶⁵⁷ Cass. Soc., 25 janvier 2006, n° 03-47.517, RJS avril 2006, n° 417 ; Cass. Soc., 16 octobre 2019, n° 17-31.624, RJS janvier 2020, n° 15 ; Cass. Soc., 1^{er} mars 2023, n° 21-16.008, RJS mai 2023, n° 248, Dr. Soc. 2023, p. 462, obs. J. MOULY.

faite des revenus de remplacement qu'il a pu percevoir entre temps⁶⁵⁸. Sur ce dernier point toutefois, la Cour de cassation fait preuve d'une rigueur particulière dans certains cas qu'elle estime d'une autre gravité, lorsqu'elle caractérise notamment une violation de liberté fondamentale. Ainsi, le salarié gréviste licencié pour fait de grève⁶⁵⁹, comme le salarié représentant du personnel licencié sans autorisation administrative⁶⁶⁰, peut prétendre à tout ce qu'il aurait perçu s'il n'avait pas été licencié, sans déduction de ses revenus de remplacements.

De manière plus surprenante, la Cour de cassation maintient le principe de la déduction des revenus de remplacement lorsque le licenciement est annulé pour des faits de harcèlement moral⁶⁶¹, ou en raison d'une discrimination⁶⁶². L'élément déterminant pour savoir si déduction il doit y avoir ou non, réside donc seulement dans la caractérisation de la violation d'une liberté fondamentale, mais pas dans la seule annulation de la rupture. L'enjeu reste de taille lorsqu'il s'agit de poser la question de ce qu'est une liberté fondamentale, et ce qui n'en est pas. La Cour de cassation, pour sa part, semble se fier au bloc constitutionnel pour se faire⁶⁶³. Aussi, dès lors, que la liberté invoquée par le salarié figure au préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ou dans la Constitution du 4 octobre 1958, la déduction sera exclue⁶⁶⁴.

531. Réintégration et rupture conventionnelle. La réintégration du salarié n'est en revanche pas textuellement prévue en matière de rupture conventionnelle, et la Cour de cassation a préféré attacher à la nullité de cette dernière les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.⁶⁶⁵ Le principe d'une remise en état est donc ici très limitée, bien

⁶⁵⁸ Cass. Soc., 16 octobre 2019, n° 17-31.624 ; Cass. Soc., 13 janvier 2021, n° 19-14.050, RJS avril 2021, n° 210, Dr. Soc. 2021, p. 274, obs. J. MOULY.

⁶⁵⁹ Cass. Soc., 2 février 2006, n° 03-47.481, RDT 2006, p. 42, note O. LECLERC.

⁶⁶⁰ Cass. Soc., 10 octobre 2006, n° 04-47.623, Bull. Civ. V, n° 97.

⁶⁶¹ Cass. Soc., 14 décembre 2016, n° 14-21.325.

⁶⁶² Cas. Soc., 15 novembre 2017, n° 16-14.281, D. 2018, p. 98.

⁶⁶³ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, op. cit. note 14, p. 645

⁶⁶⁴ Cass. Soc., 29 janvier 2020, n° 18-21.862.

⁶⁶⁵ Cass. Soc., 30 janvier 2013, n° 11-22.332 ; Cass. Soc., 30 mai 2018, n° 16-15.273.

qu'il soit avancé pour justifier le remboursement par le salarié des sommes qu'il a reçues dans le cadre de la convention de rupture⁶⁶⁶... Le juge judiciaire est donc ici limité dans ses pouvoirs. Il ne s'autorise d'ailleurs même pas à se substituer aux attributions de l'administration et à homologuer l'accord de rupture conventionnelle en lieu et place de celle-ci. Dans un certain parallélisme avec la logique de contentieux administratif du recours pour excès de pouvoir, il ne peut qu'annuler l'acte d'homologation⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ Cass. Soc., 30 mai 2018, précitée.

⁶⁶⁷ J. MOULY, « Refus d'homologation d'une rupture conventionnelle : le juge judiciaire ne peut se substituer à l'autorité administrative », *Droit Soc. Dalloz*, mars 2016, n° 3, p. 291.

532. Notion d’office jurisprudentiel. La notion d’office est définie comme l’ensemble des pouvoirs et devoirs attachés à une fonction publique⁶⁶⁸. L’office jurisprudentiel, par opposition à la fonction juridictionnelle, prend ainsi également en compte la notion de devoir, et peut donc être défini comme l’ensemble des facultés laissées au juge, dans la conduite de son action vers un idéal de justice⁶⁶⁹.

533. Reconnaissance de la jurisprudence comme source du droit. La jurisprudence s’analyse de manière générale comme la règle issue de la pratique des juges⁶⁷⁰. Si le système juridique suisse semble pleinement ouvert à la prise en compte de cette règle comme source de son droit, le système français est là historiquement plus réticent. Pourtant, chez ce dernier, il apparaît aujourd’hui difficile de nier les apports du juge dans le droit, et particulièrement en droit du travail, où la chambre sociale de la Cour de cassation a bon nombre de fois développer des concepts indépendamment du législateur.

534. Remise en cause du juge. Si la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation a su s’affirmer, si ce n’est comme source, au moins comme composante du droit de la rupture du contrat de travail, il s’avère aujourd’hui que cet office est largement remis en cause. Une étude des réformes récentes en la matière permet en effet de remarquer le dessaisissement progressif du juge pour ne lui laisser, au mieux, que ses fonctions juridictionnelles, et au pire rien du tout, au bénéfice d’un règlement des litiges internes à l’entreprise, ou d’une disqualification des règles protectrices, sources de contentieux. Curieusement, ce mouvement vers un droit du travail supposé plus libéral se

⁶⁶⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13ème éd., 5 janvier 2022.

⁶⁶⁹ B. BERNABE, « Regards croisés sur l’office du juge : perspectives politiste, historique et philosophique », 12 octobre 2020.

⁶⁷⁰ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.* note 14, p. 79 ; E. SERVERIN, « Juridiction et jurisprudence », *op. cit.* note 565, p. 339-349.

fait avec comme modèle les législations historiquement libérales telle que le système juridique suisse. Pourtant, cette dernière a peut-être su combler les lacunes du libéralisme, notamment s'agissant de la protection de la partie faible au contrat, en laissant toute latitude au garant fondamental de la Justice : le juge.

535. Plan. Partant de là, il apparaît d'abord primordial de se poser la question de l'existence d'un droit jurisprudentiel de la rupture du contrat de travail dans les deux systèmes juridiques étudiés (Section 1). Il conviendra ensuite de se pencher, en dernier lieu, sur les remises en cause récurrentes du pouvoir jurisprudentiel en France, et sur les enseignements à tirer du modèle suisse sur ces points, le tout en répondant à une interrogation : le système suisse de la rupture du contrat de travail peut-il servir de modèle au système français ?

Section 1 – Un droit jurisprudentiel de la rupture du contrat de travail

536. Jurisprudence comme source du droit. Chez l'un et l'autre des deux systèmes comparés, s'est historiquement posée la question de la place qui devait être laissée au juge dans les sources du droit. La réponse trouvée à cette question par les deux législateurs constitue sans doute l'un de leurs points de différence les plus marquants. Au sein de la Confédération, une pleine confiance est accordée au juge créateur de droit, en France, les sédiments d'une ire préévolutionnaire à l'égard du gouvernement des juges sont encore présents et, malgré les années, le législateur peine à partager son pouvoir de créateur de droit.

537. Jurisprudence et droit du travail. En droit du travail particulièrement, ces deux caractères propres à chaque Etat se font sentir. En Suisse, une législation peu fournie laisse toute latitude au juge. En France, une législation surabondante témoigne de l'ardeur

créatrice isolée du législateur. Pourtant, chez cette dernière, la chambre sociale a su prouver qu'en matière de loi, le nombre ne fait pas tout, et c'est peut-être autant de failles qu'elle se doit de combler.

538. Plan. Afin d'établir la place que prend la jurisprudence dans les systèmes juridiques relatifs à la rupture du contrat de travail des deux pays comparés, il convient de s'intéresser en premier lieu à la jurisprudence du Tribunal fédéral (I), laquelle apparaît comme une source de droit assumée en Suisse. En second lieu, c'est la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation (II) qui fera l'objet de développements, afin de déterminer son influence sur le droit de la rupture du contrat de travail.

I. La jurisprudence du Tribunal fédéral

539. Tribunal fédéral – juge suprême. Le Tribunal fédéral constitue la Cour suprême de la Confédération. En tant que tel, il statue en dernier ressort sur tous les litiges, quel que soit le domaine juridique. A l'instar d'autres cours suprêmes comme la Cour de cassation en France, le Tribunal fédéral ne s'intéresse pas aux faits du litige, mais seulement au respect et au développement du droit fédéral.

540. Jurisprudence du Tribunal fédéral. A la question de savoir si les décisions du Tribunal fédéral constituent des sources du droit suisse, la réponse est bien plus évidente qu'en droit français. En effet, le législateur suisse n'a pas connu la méfiance à l'égard du juge dont les rédacteurs du code civil français ont fait preuve. Dès lors, il n'a pas hésité à confier à sa Cour suprême le soin de créer du droit, chaque fois qu'il est resté silencieux ou que ses textes méritent interprétation. Ainsi, la jurisprudence du Tribunal fédéral constitue une incontournable lecture pour le juriste soucieux d'étudier n'importe quel régime juridique, et notamment celui de la rupture du contrat de travail.

541. Plan. L'étude s'intéresse ainsi dans un premier temps à ce pouvoir jurisprudentiel du juge suisse, et notamment du Tribunal fédéral (1), tel qu'il est pleinement reconnu dans le système juridique suisse dans son ensemble, et en matière spécifique de rupture du contrat de travail. Ce faisant, la réalité d'un droit jurisprudentiel de la rupture du contrat de travail en Suisse pourra être démontrée (2).

1. Un pouvoir jurisprudentiel reconnu au juge suprême suisse

542. Office du juge suisse. En Suisse, l'office du juge est défini par l'article premier du Code civil suisse :

«¹ La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

«² À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

«³ Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

543. Juge palliateur du législateur. Dès sa création, cette disposition fut un modèle pour l'école de la libre recherche scientifique⁶⁷¹. De fait, elle confère à celui qui tranche les litiges un certaines prérogatives étendues, et une responsabilité accrue. Il est placé, en l'absence de normes légales applicables ou de coutumes, dans une position extrêmement puissante. Il peut donner la solution qu'il souhaite en réagissant comme il le ferait s'il devait légiférer.

⁶⁷¹ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique.*, n° Tome 2, 1919, en ligne <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k33319543> (consulté le 9 décembre 2019), p. 326-327 : la formule du code civil suisse « pourrait être proposée comme contenant le résumé le plus adéquat » de ses propres développements.

544. Théorie du « complètement de la loi ». L'article 4 de ce recueil précise en outre ce pouvoir : « *Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs* ». Cette « théorie du complètement de la loi », marque une différence fondamentale avec la tradition française révolutionnaire, qui introduisait une méfiance à l'égard du juge⁶⁷². Elle est toutefois primordiale en droit du travail suisse, et le Code des obligations semble ordonner au juge d'utiliser les règles de la bonne foi et de l'équité à plusieurs reprises⁶⁷³, notamment l'article 320 alinéa 2 du code des obligations, qui consacre la possibilité pour le juge de qualifier un contrat de travail de fait. Il en est de même lorsque l'article 337, alinéa 3 du code des obligations donne au juge la possibilité d'apprécier librement les circonstances dans lesquelles un licenciement immédiat a été pris, pour déterminer si le juste motif est caractérisé.

545. Juge interprète de la loi. Ces dispositions qui organisent les pouvoirs du juge sont issues des réflexions qui eurent lieu en Suisse sous l'impulsion des travaux de François Gény⁶⁷⁴, reprises par le juriste suisse Eugen Huber lors de l'élaboration du code civil⁶⁷⁵. Il s'est agi de reconnaître qu'une lecture exégétique de la loi ne pouvait couvrir toutes les situations⁶⁷⁶, et qu'il fallait accorder au juge suffisamment de pouvoir pour qu'il puisse librement participer, à son échelle, à la poursuite de l'idéal de Justice⁶⁷⁷. Ainsi, partout où le juge suisse trouve une lacune de la loi, il est en mesure de développer des

⁶⁷² P. ABRAVANEL, « Recherches sur les méthodes d'élaboration de la décision judiciaire », *Rev. Suisse Jurisprud.*, 1991, n° 87, p. 165-170.

⁶⁷³ G. AUBERT, « Le pouvoir d'appréciation du juge en droit du travail (observations sur l'article 4 CC) », *Pour Un Droit Plur. Etudes Offer. Au Profr. Jean-Fr. Perrin*, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 125.

⁶⁷⁴ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit. note 669.

⁶⁷⁵ O.A. GERMANN, « Quelques aspects des problèmes fondamentaux du Droit et de sa mission sociale », *Publ. Fac. Droit Univ. Montp.*, 1957, p. 28.

⁶⁷⁶ C. DU PASQUIER, *Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er CCS*, Bâle, 1951.

⁶⁷⁷ C. DU PASQUIER, « Les rapports de la loi et du juge dans la doctrine moderne et spécialement en droit suisse », *Rev. Drept Public*, Craiova (Roumanie), Scrisul Românesc, 1930, p. 10.

interprétations, se fondant sur la « volonté du législateur » au moment de l’élaboration de la loi, telle qu’elle peut être actualisée au regard des circonstances de l’espèce et des évolutions de son époque⁶⁷⁸.

546. Juge créateur de droit. Du reste, son office va bien au-delà de sa mission d’interprète juridique. Ainsi, certaines formules légales sont volontairement assez floues pour laisser au prêteur la possibilité de faire évoluer le droit dans le sens qui lui paraît opportun⁶⁷⁹. C’est le cas par exemple lorsque les textes évoquent « *les intérêts légitimes de l’employeur* », les « *règles de la bonne foi* », des « *périodes plus longue fixées équitablement* ». Autant d’imprécisions qui donnent toute latitude à diverses interprétations. Pour Ernest Wolf, c’est une preuve de sagesse dont fait preuve le législateur suisse qui reconnaît son incapacité à prévoir toutes les situations juridiques et donne au pouvoir judiciaire les moyens de ses prérogatives et la possibilité de contribuer, lui aussi, à l’élaboration du droit⁶⁸⁰.

547. Jurisprudence et droit du travail. En matière de droit du travail précisément, le juge occupe une place importante. Sur la question de la rupture du contrat de travail notamment⁶⁸¹, force est de constater l’existence d’une réglementation prétorienne relativement riche. Sur le fondement de l’abus, les juges ont su caractériser bon nombre de comportements à attendre de la part des parties au contrat. Ceci s’explique sans doute par la capacité laissée au juge de pousser son contrôle au-delà des seuls aspects formels de la relation de travail. Sur la base de l’article 18 du Code des obligations, son premier rôle en présence d’un contrat de travail est de « *rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s’arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu*

⁶⁷⁸ O.A. GERMANN, « Méthodes d’interprétation des lois - En particulier “La volonté du législateur” », *Publ. Fac. Droit Univ. Montp.*, 1957, p. 7.

⁶⁷⁹ O. SUBLIA, J.L. DUC, *Droit du travail, éléments de droit suisse*, op. cit. note 97, p. 75.

⁶⁸⁰ WOLF, « Les lacunes du droit et leur solution en droit suisse », *Problème Lacunes En Droit*, Bruxelles, 1968.

⁶⁸¹ F. AUBRY GIRARDIN, « Licenciement abusif et jurisprudence récente », op. cit. note 68, p. 51.

se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention »⁶⁸².

Cette interprétation subjective⁶⁸³ l'autorise même à étudier toutes les circonstances, même antérieures au contrat, pour déterminer la volonté des parties⁶⁸⁴. D'ailleurs, si cette investigation ne suffit pas, il peut sur le fondement du principe de confiance déterminer ce qu'une partie pouvait légitimement attendre des déclarations de volonté de son cocontractant⁶⁸⁵.

2. Un droit de la rupture du contrat essentiellement jurisprudentiel

548. Elément central du droit du travail. Depuis 1972 et la réforme législative du contrat de travail, la matière « droit du travail » est devenue en Suisse de plus en plus prétorienne⁶⁸⁶, et malgré le légicentrisme de principe, certains régimes, comme celui de la rémunération, sont devenus quasi uniquement jurisprudentiels⁶⁸⁷.

549. Elément central du droit de la rupture du contrat de travail. En matière spécifique de rupture du contrat de travail, quel que soit le mode de résiliation, il s'avère que le régime juridique applicable est en réalité essentiellement dû aux positions adoptées par le Tribunal fédéral. C'est ainsi que les protections contre les congés abusifs ont pu être développées au-delà des cas d'abus énumérés par l'article 336 du code des obligations, qui ne sont pas exhaustifs aux yeux du Tribunal fédéral⁶⁸⁸. L'interdiction générale de l'abus de droit demeure dès lors que le juge remarque, dans les motifs du cocontractant ou les modalités du congé, un cas de gravité similaire à ce que le législateur

⁶⁸² Article 18, alinéa 1 du Code des obligations.

⁶⁸³ A. WITZIG, *Droit du travail*, *op. cit.* note 9, p. 80.

⁶⁸⁴ TF, 4 novembre 1986, ATF 112 II 337 ; TF, 14 juillet 1992, ATF 118 365 ; TF, 3 septembre 2015, 4A_200/2015.

⁶⁸⁵ A. WITZIG, *Droit du travail*, *op. cit.* note 9, p. 80.

⁶⁸⁶ A. WITZIG, *Droit du travail*, *op. cit.* note 9, p. 111.

⁶⁸⁷ *Ibid.* p. 111.

⁶⁸⁸ TF, 10 octobre 2018, 4A_78/2018, cons. 3.1.1.

a entendu condamner par les textes contre la résiliation abusive. Il en va par ailleurs de même pour la résiliation immédiate du contrat de travail, dont les cas ne sont pas limitativement énoncés par la loi.

550. Casuistique de la rupture abusive du contrat de travail. Cela étant, établir une casuistique de la rupture abusive du contrat de travail en Suisse est fastidieux, et le Tribunal fédéral s'obligeant, dans chaque situation, à prendre en compte les circonstances propres à chaque cas concret⁶⁸⁹, il apparaît difficile d'établir une liste arrêtée des comportements à adopter pour les justiciables. Ce dernier point peut d'ailleurs être souligné pour mettre en avant le manque de sécurité juridique qui en découle, et la nécessité qu'il y aurait de codifier pour consacrer légalement l'ensemble des solutions jurisprudentielles⁶⁹⁰, mais pour l'instant, le juge suprême suisse est formel : « *pour déterminer le caractère abusif d'une résiliation ordinaire, il convient d'examiner l'ensemble des circonstances et une large place est laissée à l'appréciation du juge, de sorte qu'établir une casuistique en se focalisant sur un seul élément du dossier, sorti de son contexte, n'est pas significatif* »⁶⁹¹.

551. Grandes lignes de la jurisprudence en matière d'abus. Cela étant, il est tout de même permis d'établir de manière générale les domaines dans lesquels le Tribunal fédéral a été force d'innovation dans la rupture abusive du contrat de travail. Il condamne par exemple, indépendamment de tout texte législatif, le licenciement d'un travailleur pris par un employeur alors que ce dernier est lui-même en violation de ses obligations. L'employeur ne peut effectivement pas se prévaloir de ses propres manquements pour

⁶⁸⁹ TF, 26 mai 2009, 4A_564/2008, cons. 2.1 ; TF 20 décembre 2005, ATF 132 III 115, 117, cons. 2.4 ; TF 19 janvier 1995, ATF 121 III 60, 63, cons. 3d.

⁶⁹⁰ A. WITZIG, *Droit du travail*, *op. cit.* note 9, p. 111.

⁶⁹¹ TF, 28 avril 2017, 4A_485/2016, cons. 3.2.4 ; B. HEINZER, R. WYLER, *Droit du travail*, *op. cit.* note 62, p. 809.

justifier une résiliation⁶⁹². Il en va de même lorsqu'une violation des droits de la personnalité du travailleur peut être attestée, par mauvaise foi de l'employeur⁶⁹³, ou dans les modalités du licenciement⁶⁹⁴, ou encore lorsque les circonstances de l'espèce auraient nécessité plus d'égard de la part de l'employeur : le tribunal fédéral a ainsi pu reconnaître un droit du travailleur âgé à être entendu par son employeur avant d'être licencié, dont le non-respect rend abusif le congé⁶⁹⁵. Il est également envisageable pour le juge suprême suisse qu'un licenciement soit déclaré abusif en raison d'une disproportion des intérêts en présence. Il n'est ainsi pas acceptable qu'un travailleur fasse office de « fusible » lorsque l'entreprise fait face à une crise⁶⁹⁶.

552. Grandes lignes de jurisprudence en matière de sanction de l'abus. Là-encore, le législateur laisse une certaine latitude au juge pour déterminer le montant de l'indemnité due au bénéfice du cocontractant lésé par une rupture abusive, dans la limite néanmoins de six mois de salaire. Pour le Tribunal fédéral, cette indemnité a une fonction à la fois punitive et réparatrice⁶⁹⁷. Cela signifie que la victime n'a pas besoin de prouver quelconque dommage pour en bénéficier. De manière générale, la jurisprudence considère une large variété de critères pour en établir le montant : gravité de la faute de celui qui rompt abusivement, concomitance d'une faute éventuelle de la victime, manières dont s'est déroulée la rupture, gravité de l'atteinte à la personnalité de la victime,

⁶⁹² Le Tribunal fédéral a pu condamner en ce sens l'employeur qui reprochait au travailleur une insuffisance de ses prestations alors que celle-ci était liée à une situation de harcèlement psychologique avérée : TF, 1^{er} décembre 2016, 4A_159/2016, cons. 3.1 ; TF, 24 octobre 2011, 4A_381/2011, cons. 3.

⁶⁹³ TF, 30 mai 2008, 4A_140/2008, cons. 3 : dans cette affaire, l'employeur invoquait faussement des manquements professionnels du salarié.

⁶⁹⁴ TF, 5 décembre 2016, 4A_439/2016, cons. 3.2 : ici, l'employeur avait pourvu au remplacement d'un salarié avant même que celui-ci ne soit formellement licencié.

⁶⁹⁵ ATF 132 III 115 = JdT 2006 I 152, cons. 2.2 ; S. BRUN POGGI, « L'employeur privé doit-il entendre son employé avant de le licencier ? », *op. cit.* note 62, p. 443-461 ; A. Witzig, *Le droit des personnes âgées - Aspects de droit civil suisse et international*, *op. cit.* note 170, p. 205.

⁶⁹⁶ TF, 6 juillet 2005, ATF 132 III 115, 118, cons. 2.4 ; TF 6 juillet 2005, ATF 131 iii 535, 539-540, cons. 4.2.

⁶⁹⁷ TF, 25 juillet 2018, 4A_485/2017, cons. 4.1.

durée des rapports de travail, effets économiques du licenciement pour le travailleur, âge de ce dernier⁶⁹⁸.

553. Droit prétorien du licenciement : changement de paradigme. Au regard de toutes les libertés prises par le juge suisse pour déterminer ce qui relève d'un congé abusif ou non, certains s'autorisent à évoquer un changement de paradigme dans le droit du licenciement. En effet, bien que la liberté de rompre prévale sur le plan théorique, une conception plus restrictive des possibilités de résiliation semble émerger d'une lecture exhaustive de la jurisprudence, si bien qu'il est désormais permis de considérer qu'un licenciement, pour ne pas être abusif, devrait reposer sur une justification matérielle légitime, et avoir été notifié avec les égards que les circonstances exigeaient⁶⁹⁹.

554. Casuistique de la rupture immédiate pour justes motifs. S'agissant des justes motifs de résiliation immédiate, le Tribunal fédéral a également déterminé des grandes lignes qui permettent de cibler ce qui peut être valablement entendu comme tels ; bien qu'il faille, là-encore, prendre en compte tous les éléments de l'espèce, y compris le type et la durée de la relation contractuelle, la nature des manquements allégués et leur gravité eu égard à chaque situation⁷⁰⁰. La résiliation immédiate doit constituer l'*ultima ratio*⁷⁰¹, raison pour laquelle elle n'est admise que de manière restrictive⁷⁰².

⁶⁹⁸ B. HEINZER, R. WYLER, *Droit du travail*, *op. cit.* note 62, p. 831.

⁶⁹⁹ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 83, n° 87 ; J.-P. DUNAND, « Liberté de licenciement en droit suisse : la règle devient-elle l'exception ? », *op. cit.* note 68, p. 322 ; J.-P. DUNAND, A. WITZIG, *La Suisse et l'Organisation internationale du travail - Fondamentaux et portée pratique*, *op. cit.* note 40, p. 126.

⁷⁰⁰ ATF 137 III 303, cons. 2.1.1 ; ATF 130 III 28, cons. 4.1 : JdT 2004 I 63 ; ATF 127 III 351, cons. 4a : JdT 2001 I 369 ; TF 8C_103/2021 du 8 juillet 2021, cons. 3.1.2.

⁷⁰¹ ATF 117 II 560, cons. 3b, JdT 1993 I 148.

⁷⁰² ATF 130 III 28, cons. 4.1: JdT 2004 I 63 ; ATF 127 III 351, cons. 4a : JdT 2001 I 369.

Deux conditions cumulatives de gravité sont attendues par le juge, l'une subjective, et l'autre objective⁷⁰³. Suivant la première, qui ne figure pas littéralement dans le texte de l'article 337 du code des obligations, il est ainsi nécessaire que le lien de confiance, nécessaire à la poursuite d'une relation de travail saine entre les parties, ait été définitivement rompu⁷⁰⁴. Cet élément subjectif doit découler *ipso facto* de la seconde condition de gravité, cette fois-ci objective, qui a trait au manquement de la part du cocontractant à ses obligations professionnelles. Cette gravité du fait justificatif peut naître d'une série d'avertissements⁷⁰⁵. Globalement, il a été admis des résiliations immédiates lorsque des infractions pénales avaient été commises⁷⁰⁶, en cas de violence ou de menaces⁷⁰⁷, ou en cas de violation grave des obligations professionnelles découlant du contrat de travail, d'une convention collective de travail ou de la loi. La caractérisation de ces deux conditions cumulatives est importante, elle permet par exemple d'exclure la validation d'une résiliation immédiate prise pour un fait objectivement grave, mais qui n'aurait pas été sanctionné immédiatement par la partie qui en avait le pouvoir. A l'inverse, elle permet également d'invalider une résiliation immédiate qui serait prise au seul motif d'une perte définitive de confiance⁷⁰⁸.

En outre, bien que la loi ne le prévoie pas⁷⁰⁹, le respect d'une certaine procédure peut être attendu de la part de celui qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail de manière immédiate, et notamment de l'employeur. Le Tribunal fédéral exige ainsi que ce dernier produise en premier lieu un avertissement à l'encontre du travailleur lorsque le fait qui

⁷⁰³ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 1001.

⁷⁰⁴ ATF 129 III 380, cons. 3.1 ; ATAF A-841/2007 du 20 août 2007, cons. 8.5 ; voir également : ATF 97 II 142, cons. 2a : JdT 1972 I 157.

⁷⁰⁵ A. WITZIG, *Droit du travail*, op. cit. note 9, p. 303 : TF, 5 mai 2003, 4C_67/2003, ATF 129 III 380.

⁷⁰⁶ TF, 29 septembre 2015, 4A_228/2015 : en l'espèce, le travailleur avait commis le vol d'une bouteille de vin de son employeur restaurateur.

⁷⁰⁷ TF, 23 mars 2017, 4D_79/2016, cons. 6 : lors d'une altercation, le travailleur avait adressé à son employeur des insultes telles que « gros con » et « pédé », aggravées de menaces.

⁷⁰⁸ TF 4A_96/2014 du 2 septembre 2014, cons. 4.1.

⁷⁰⁹ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, op. cit. note 83, p. 1030.

lui reproche n'est pas particulièrement grave⁷¹⁰. S'il n'est pas nécessaire que cet avertissement comporte expressément la menace de procéder à une résiliation immédiate⁷¹¹, il est convenu qu'il doit remplir une double fonction : celle de formuler un reproche à l'égard de la personne, et celle de la menacer d'une sanction en cas de récidive ou de persistance dans son comportement répréhensible⁷¹². De la même manière, bien qu'aucune forme ne soit prescrite, le Tribunal fédéral exige une certaine clarté du congé immédiat, que ce soit s'agissant de son immédiateté⁷¹³ comme s'agissant de l'intention de mettre un terme aux rapports de travail⁷¹⁴.

555. Résiliation immédiate pour juste motif : changement de paradigme. Au regard de cette casuistique, il est permis de remarquer que le changement de paradigme de la rupture du contrat de travail, qui peut être remarqué lorsqu'il est question de résiliation abusive, peut également être observé dans l'étude de la résiliation immédiate pour juste motif. Là-encore, alors que le législateur promeut une certaine liberté des cocontractants, et que la faculté de résilier immédiatement le contrat est reconnue comme un « droit formateur unilatéral »⁷¹⁵, l'exercice effectif de ce droit est largement encadré par le juge, lequel pose des exigences de fond comme de forme pour appliquer, comme il se doit, les règles du droit et de l'équité.

⁷¹⁰ *Ibid.* p. 1004

⁷¹¹ *Ibid.* ; TF 4C.10/2007 du 30 avril 2007, cons. 2.1, in : JAR 2008, p. 188 ; ATF 117 II 560, cons. 3b, JdT 1993 I 148.

⁷¹² ATAF A-3148/2017 du 3 août 2018, cons. 7.1.2.

⁷¹³ TF 4A_402/2021 du 14 mars 2022, cons. 6.4 ; TF 4A_481/2020 du 10 juin 2021, cons. 4.3 ; TF 4A_610/2018 du 29 août 2019, cons. 4.2.2.1 ; B. HEINZER, R. WYLER, *Droit du travail*, *op. cit.* note 62, p. 746.

⁷¹⁴ J.-P. DUNAND, P. MAHON (dir.), *Commentaire du contrat de travail*, *op. cit.* note 83, p. 1031.

⁷¹⁵ Voir ci-dessus n° 60.

II. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation

556. Cour de cassation – juge suprême. En France, la Cour de cassation constitue la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire. Ses missions sont d'unifier l'interprétation des lois et de contrôler la bonne application du droit. Aussi, elle ne revient pas sur les faits qui sont à l'origine du litige, lesquels sont fixés par la décision frappée de pourvoi. Elle est séparée en plusieurs chambres, chacune ayant sa propre sphère de compétences. En matière de droit du travail, c'est la chambre sociale qui a autorité. De manière exceptionnelle, la Cour de cassation peut se réunir en Assemblée plénière, lorsque le pourvoi pose une question de principe, et notamment en cas de résistance d'une juridiction inférieure lorsque, dans une même affaire ayant donné lieu à un arrêt de cassation avec renvoi, un second pourvoi est formé et qu'il est fondé sur les mêmes moyens.

557. Indéfinie jurisprudence. En France, le juriste est aujourd'hui contraint, dans l'exercice de sa profession, de se référer aux interprétations du droit telles qu'elles sont données par le juge, et pour le juriste travailliste, en premier lieu par la chambre sociale de la Cour de cassation⁷¹⁶. La jurisprudence constitue ainsi, en France, une indéniable composante du droit⁷¹⁷. Pourtant, sa reconnaissance comme une « source » du droit n'a rien d'évidente, et le problème est historique. Dès lors, les questionnements sur la place de l'office jurisprudentiel du juge en France ne peuvent être évités.

558. Plan. Ainsi, la reconnaissance d'une fonction jurisprudentielle entre les mains du juge français n'est pas évidente et constitue une source de débats aussi récurrents que historiques. Il convient ainsi de se pencher d'abord sur cette problématique en répondant à la question de savoir s'il existe véritablement une source jurisprudentielle du droit du

⁷¹⁶ G. LYON-CAEN, « Préface », *op. cit.* note 16.

⁷¹⁷ P. LOKIEC, *Droit du travail*, *op. cit.* note 227, p. 51 ; G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.* note 14, p. 80 ; F. TERRE, N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, *op. cit.* note 37, p. 490.

travail en France (1). Ainsi pourra être compris ce qui peut être entendu comme droit jurisprudentiel de la rupture du contrat de travail (2).

1. L’existence d’une source jurisprudentielle en droit français

559. Problématique. La question qui se pose est celle de savoir si, comparativement au système suisse, un pouvoir jurisprudentiel peut être reconnu de manière générale au juge français. L’histoire juridictionnelle hexagonale étant marquée par un passé révolutionnaire peu complaisant à l’égard de celui-ci, le droit constitutionnel n’a été lui-même que peu enclin depuis l’avènement de la République à lui céder ouvertement la capacité de créer du droit en lieu et place du législateur.

560. Débat historique sur les attributions du juge. Le débat autour de la fonction du juge court en France depuis la période prérévolutionnaire⁷¹⁸. Déjà, Montesquieu estimait que « *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* »⁷¹⁹. En pleine Révolution, Le Chapelier arguait à la barre de l’Assemblée nationale le 18 novembre 1790 que « *si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable des institutions, existait, il faudrait la détruire* ». Robespierre allait en ce sens en implorant que le « *mot de jurisprudence [soit] effacé de notre langue* », puisque « *dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre que la loi : alors il y a toujours identité de jurisprudence* »⁷²⁰. Fidèles à cet idéal révolutionnaire, Jean

⁷¹⁸ P. DEUMIER, « Jurisprudence », *Répert. Droit Civ.*, Dalloz, novembre 2017, n° 2.

⁷¹⁹ MONTESQUIEU, *De l’Esprit des Lois*, Genève, 1748, vol. Livre XI, p. 327.

⁷²⁰ J. HILAIRE, « Jugement et jurisprudence », *op. cit.* note 460, p. 186.

Carbonnier refusait d'analyser la jurisprudence des juges comme autre chose qu'une simple autorité⁷²¹, position que rejoignaient Gérard Cornu⁷²² et Jean-Luc Aubert⁷²³.

561. Vision révolutionnaire de l'office du juge. La Révolution a en effet conduit à une refonte de la Justice et la promulgation du Code civil de 1804 a fondé des principes encore de rigueur aujourd'hui. Le juge s'est ainsi vu dicter son office, qui n'est pas dénué toutefois d'un certain paradoxe⁷²⁴. Tout en lui réservant un pouvoir d'interprétation de la loi, il est tenu de prononcer justice même en l'absence ou en cas de défaillance de celle-ci, sous peine d'être taxé de déni de justice (article 4 du Code civil). Pourtant, il lui est formellement proscrit de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises (article 5 du Code Civil). La nuance tient entre les termes « interpréter » et « prononcer » : en somme, le juge peut suppléer la loi dans ses manquements, mais l'interprétation qu'il opère à cette occasion n'aura théoriquement de force que pour le cas jugé. Ces règles directrices de l'office du juge conduisent à rationaliser la portée de la fonction jurisprudentielle qui peut, dès lors, être contestée en tant que source du droit français⁷²⁵.

562. Jurisprudence comme source de droit. En France, le précédent n'étant pas reconnu comme obligatoire⁷²⁶, il apparaît dès lors difficile d'appréhender de manière claire la jurisprudence comme une source formelle du droit. Il paraît pourtant évident que l'étude d'un régime juridique, quel qu'il soit, doit passer par une lecture des interprétations données par les juges saisis d'un contentieux, en traduction de la loi, ou dans le silence de celle-ci. Mais pour faire jurisprudence, sans confondre activité

⁷²¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction*, PUF, 25ème, sans date n° 144.

⁷²² G. CORNU, *Introduction, les personnes, les biens*, 1980, n° 440.

⁷²³ J.-L. AUBERT, *Introduction au droit*, 1984, n° 163.

⁷²⁴ R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », in G. FAURE, G. KOUBI, *Titre Préliminaire Code Civ.*, Economica, 2003, p. 143.

⁷²⁵ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit. note 669, n° 146.

⁷²⁶ E. SERVERIN, « Juridiction et jurisprudence », op. cit. note 565, p. 339.

jurisprudentielle et activité juridictionnelle⁷²⁷, il faut encore que ces solutions soient réitérées et généralisées, en particulier par les acteurs du droit, doctrine et praticien. Ainsi, si la jurisprudence n'est pas une source du droit, elle en demeure une composante certaine.

563. Jurisprudence et droit du travail. En droit du travail français, la jurisprudence est portée, en majeure partie, par la chambre sociale de la Cour de cassation⁷²⁸, compétente en matière de litige portant sur l'exécution et la rupture des contrats de travail. De manière plus isolée, des éclairages sont également apportés à l'échelle nationale par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, par le Conseil d'Etat, le Tribunal des conflits ou encore le Conseil constitutionnel. A l'échelle internationale, les juridictions européennes ou internationales ont également leur part dans le corpus jurisprudentiel.

En tous les cas, la vigueur normative de la chambre sociale de la Cour de cassation est difficile à nier⁷²⁹, et lui est due la paternité de nombreux principes tels que « à travail égal, salaire égal », « l'obligation de sécurité de résultat » ou encore « le coemploi »⁷³⁰. Pour cause, le droit du travail français constitue un exemple type des problèmes que connaît la loi aujourd'hui⁷³¹ : inflation, erreurs, approximations. Le juge tenu d'interpréter ou palier le silence de ces textes est bien contraints d'être créateur de droit.

2. Le droit jurisprudentiel de la rupture du contrat de travail

⁷²⁷ M.-C. RONDEAU-RIVIER, « La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes », *Rev. Trimest. Droit Civ.*, 1993, p. 90 ; J. HILAIRE, « Jugement et jurisprudence », *op. cit.* note 460, p. 180-191.

⁷²⁸ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.* note 14, p. 80 ; A. LACABARATS, « La création de la norme sociale par le juge », *JCP S*, aout 2015, vol. 31, p. 16-19.

⁷²⁹ G. FRANÇOIS, « La jurisprudence sociale en quête de légitimité », *Droit Soc. Dalloz*, 2018, n° 2, p. 126 ; E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, *op. cit.* note 249.

⁷³⁰ J. CESARO, « La jurisprudence doit-elle créer de la norme sociale ? », *JCP Soc.*, 4 aout 2015, vol. 31, p. 24-27.

⁷³¹ B. TEYSSIE, « La loi en droit du travail », *Loi Bilan Perspect.*, Economica, 2005, p. 161 s..

564. Intérêt de l'étude de la jurisprudence. Gérard Lyon-Caen, en préface de la troisième édition des Grands arrêts du droit du travail⁷³², expliquait l'originalité contemporaine qu'il y avait d'étudier une jurisprudence en droit du travail, quand il avait connu une période d'avant Seconde Guerre Mondiale où « *il ne venait pas à l'esprit de s'intéresser aux décisions de justice, ni de s'inquiéter d'une « jurisprudence »* ». Pour cause, les jugements rendus par les conseils de prud'hommes n'intéressaient pas les revues juridiques, et les remontés de ces décisions jusqu'au plus haut degré de juridiction étaient exceptionnelles. Pourtant, il souligne désormais l'importance d'une telle étude, la chambre sociale s'étant affirmée comme une source incontournable de réflexion et d'interprétation des normes du droit du travail.

565. Droit prétorien de la rupture du contrat de travail. Alors que certains se prêtent à parler d'un « *droit prétorien* » du licenciement⁷³³, il s'agit ici de réfléchir à l'idée plus générale d'un droit prétorien de la rupture du contrat de travail. En Suisse, nous l'avons vu, la caractérisation de l'abus comme cause d'invalidation des résiliations, qui constitue le point névralgique du droit de la rupture, est un domaine jurisprudentiel assumé. En France, les hésitations qui entourent l'office jurisprudentiel des juges mènent quasi-systématiquement à des questionnements sur la réalité du droit prétorien de la rupture, mais lorsqu'on se prête à l'étude casuistique des différents modes de résiliation, on peut rapidement réaliser la place prépondérante prise par le juge dans la construction des différents régimes juridiques.

566. Droit prétorien du licenciement. En matière de licenciement pour motif personnel par exemple, nous l'avons vu, de nombreuses règles à respecter sont issues de développements jurisprudentiels, même lorsqu'elles ont été finalement reprises dans les textes législatifs. C'est le cas par exemple de l'appréhension de la cause économique justificative de licenciement, dont à peu près toutes les facettes reconnues aujourd'hui

⁷³² G. LYON-CAEN, « Préface », *op. cit.* note 16.

⁷³³ A. PHILBERT, « Le droit prétorien du licenciement économique », *op. cit.* note 248, p. 35.

sont des créations initiales de la chambre sociale de la Cour de cassation. En matière de licenciement pour motif personnel, cette dernière a également été force de développements juridiques. En témoigne tous les licenciements pour défaut involontaire du salarié⁷³⁴, ou la caractérisation de la faute disciplinaire justifiant un licenciement⁷³⁵.

567. Contrôle de la qualification de la cause réelle et sérieuse de licenciement.

Quand bien même un droit prétorien du licenciement pourrait être reconnu, ses contours resteraient bien difficiles à délimiter. Pour cause, il s'avère que le contrôle opéré par la juridiction suprême française sur les qualifications retenues par les juges du fond, notamment en matière de cause réelle et sérieuse, revêt les formes d'un contrôle restreint⁷³⁶. La chambre sociale se refuse en effet à revenir sur l'appréciation au fond de la réalité et du sérieux de la cause de licenciement, au profit d'un contrôle des motivations, censurant uniquement les juges qui auraient manqué d'expliquer leur décision, ou, ce-faisant, se seraient contredits.

La notion de cause réelle et sérieuse n'étant définie d'aucune sorte par le législateur, il y a dans cette position ce que certains considèrent comme une lacune⁷³⁷, qui ouvrirait la voie vers un risque d'arbitraire judiciaire⁷³⁸. La Cour de cassation, refusant de suppléer la loi, manque en effet de donner de véritables lignes directrices aux juridictions inférieures, qui demeurent libres de trancher selon leurs propres critères.

Cette carence reste tout de même mesurée puisque le juge suprême sait s'affirmer lorsqu'il s'agit de censurer la création d'une cause de licenciement, telle que, suivant le célèbre arrêt « Fertray », la perte de confiance, et imposer « *qu'un licenciement pour une*

⁷³⁴ Voir ci-avant n° 270.

⁷³⁵ Voir ci- avant n° 289.

⁷³⁶ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, op. cit. note 14, p. 619.

⁷³⁷ *Ibid.* ; « Table ronde du Parquet général de la Cour de cassation du 17 janvier 1986 », *Droit Soc.*, 1986, p. 185.

⁷³⁸ J. PELISSIER, « Ambiguïtés et logique du contrôle de la Cour de cassation », *Droit Soc.*, 1986, p. 180 ;

cause inhérente à la personne du salarié [doive] être fondé sur des éléments objectifs »⁷³⁹. De même, elle a su créer de véritable régime juridique, indépendamment de toute disposition législative, comme avec larrêt « Rogier », au terme duquel elle a fixé l'obligation de motivation de la lettre de licenciement comme condition de validité du motif de licenciement⁷⁴⁰. Ainsi, la Cour de cassation a démontré qu'elle était capable de créer de véritables principes en matière de licenciement.

568. Droit prétorien de la démission. S'agissant de la démission, certains ont pu reconnaître dans l'exigence de caractère clair et non-équivoque de celle-ci une « *authentique règle jurisprudentielle* »⁷⁴¹. Cette nécessité de caractériser une volonté claire et non-équivoque est ancienne⁷⁴², et sur cette base, la Cour de cassation a pu par la suite énoncer, qu'une convention collective ne pouvait pas stipuler qu'une absence du salarié puisse être considérée comme une rupture du contrat de travail de sa propre initiative⁷⁴³. Elle précisera par la suite que le constat par l'employeur d'une rupture de fait à l'initiative du salarié était impossible sans caractériser chez ce dernier une volonté claire et non-équivoque de rompre le contrat de travail⁷⁴⁴.

569. Droit prétorien de la prise d'acte et de la résiliation judiciaire. En matière de ruptures à l'initiative du salarié, imputables à l'employeur, il y a là-encore une véritable démonstration de l'office jurisprudentiel de la chambre sociale de la Cour de cassation

⁷³⁹ Cass. Soc., 29 novembre 1990, n° 87-40.184, « Fertray », D. 1991, p. 190, note J. PELISSIER ; Dr. soc. 1992, p. 38, étude F. GAUDU ; voir également ci-avant n° 275.

⁷⁴⁰ Cass. Soc., 29 novembre 1990, n° 88-44.308, « Rogier », Bull. Civ. V.

⁷⁴¹ B. GENIAUT, « Qualification de démission : entre jurisprudence et projet de loi », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, 1 novembre 2022, vol. 11, p. 637-640.

⁷⁴² Cass. Soc., 24 janvier 1966, Bull. Civ. V, n° 26.

⁷⁴³ Cass. Soc., 18 décembre 1975, Bull. civ. V, n° 619 ; D. 1976.210, note J. PELISSIER.

⁷⁴⁴ Cass. Soc., 25 octobre 1989, Bull. civ. V, n° 616

qui, cette fois dans le silence total du législateur a construit un régime juridique complet et créer de toute pièce un mode original de rupture du contrat de travail⁷⁴⁵.

Section 2 – Le système suisse comme modèle du système français ?

570. Problématique. Un système comme celui de la Suisse, dans lequel l'employeur semble disposer de toute latitude pour moduler sa masse salariale, ne peut que constituer un modèle à suivre pour ceux qui veulent libéraliser la rupture du contrat de travail en France. Les fonctions juridictionnelles et jurisprudentielles des juges suisse et français de la rupture du contrat de travail ont été présentées, et il semble toutefois que les récents aménagements législatifs en France témoignent d'une volonté de réduire ces fonctions. Pourtant, la présence accrue du juge en Suisse et la confiance qui lui est prêtée sont peut-être ce qui permet à la confédération le peu d'interventionnisme dont elle fait preuve pour protéger la partie faible au contrat.

571. Plan. Le mouvement de libéralisation de la rupture du contrat de travail en France s'est vraisemblablement construit sur une réduction de l'office jurisprudentiel du juge (I). Aussi, des questions demeurent ouvertes. Quelles peuvent être les raisons de désaveu du juge en France ? Est-il pertinent de croire que le système juridique suisse puisse être un modèle à suivre dans les réformes du droit français de la rupture du contrat de travail ? Aucune réponse n'est certaine, mais le tout semble se rapporter à une nécessité : la poursuite d'une légitimité (II).

⁷⁴⁵ F. GEA, *Prise d'acte de la rupture*, op. cit. note 384, n^{os} 2 et 3 ; F. Géa, *Résiliation judiciaire en droit du travail*, op. cit. note 381, n^o 47.

I. La réduction de l'office du juge en France

572. Crise de la justice prud'homale. La justice prud'homale française est aujourd'hui en crise. Dans le même temps, le développement du numérique et la généralisation de l'information ont conduit la Cour de cassation à faire évoluer son rapport à sa propre jurisprudence, qu'elle prend soin désormais de communiquer, d'expliquer, de justifier, jusqu'à donner parfois les interprétations « autorisées » de certains de ses arrêts⁷⁴⁶. Comme l'annonçait Monsieur Bruno Cathala, alors Président de la chambre sociale de la Cour de cassation en introduction d'une conférence du 19 mai 2022 portant sur le barème des indemnités prud'homales⁷⁴⁷, « *la justice doit rentrer dans une logique "d'accountability"* », c'est-à-dire de responsabilité de ses décisions. Ainsi fait elle preuve de plus en plus de pédagogie dans ses prises de décision et dans l'énoncé de celles-ci⁷⁴⁸.

573. Encadrement du juge : « sécurisation » du contentieux. Pour répondre à cette crise de la justice prud'homale, et dans le même temps à la crise plus générale de l'emploi, le législateur a pris le pas d'une « *sécurisation* » du contentieux relatif aux licenciements, laquelle semble devoir se faire par l'encadrement de l'office du juge⁷⁴⁹. Au-delà de la

⁷⁴⁶ G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail*, *op. cit.* note 14, p. 80.

⁷⁴⁷ B. CATHALA, « Allocution d'ouverture », Conférence AFDT, Les arrêts marquants de la chambre sociales de la Cour de cassation ; 19 mai 2022.

⁷⁴⁸ B. CATHALA, « Le nouveau langage des sigles de la Cour de cassation », *Dr. Soc.* 2021, 20 septembre 2021, n° 9, p. 676.

⁷⁴⁹ F. GEA, « Les soubassements de la réforme », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, 1 octobre 2017, vol. 10, p. 593-607 ; C. WOLMARK, T. SACHS, « Les réformes 2017 : quels principes de composition ? », *Droit Soc.*, décembre 2017, vol. 12, p. 1008-1017 ; M. GREVY, F. BATARD, « Securitas omnia corrupit », *op. cit.* note 637, p. 663-668 ; F. FAVENNEC-HERY, « Le droit du licenciement et les ordonnances portant sécurisation des relations de travail », *JCP Édition Soc. Anciennement Rev. Trav. Prot. Soc.*, 3 octobre 2017, vol. 39, p. 35-42 ; S. BEAL, M. ROUSPIDE, « Les nouvelles règles relatives à la rupture du contrat de travail--Entre sécurisation et prévisibilité », *JCP Édition Soc. Anciennement Rev. Trav. Prot. Soc.*, octobre 2017, vol. 43, p. 13-16 ; F. GEA, « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », *Droit Soc. Dalloz*, mars 2013, n° 3, p. 210.

sécurité juridique, la notion de sécurisation renvoie à un objectif qui relève de la politique : celui de « *spécifier, dans le contenu même des règles de licenciement, les conséquences auxquelles s'exposerait l'employeur au cas où il les violerait* »⁷⁵⁰. Le concept même de jurisprudence paraît dès lors incompatible avec cette notion, puisqu'elle est dans le silence de la loi, et par définition, imprévisible.

Cet encadrement du juge par la sécurisation du contentieux relatif au licenciement est la marque d'un véritable recul du juge en droit du travail⁷⁵¹. Celui s'exprime de manière générale premièrement par les multiples voies d'évitement du litige, telles que la reconnaissance de la rupture conventionnelle, ou deuxièmement celles d'évitement du contentieux juridictionnel, telles que la médiation ou la conciliation. Sont à noter troisièmement les mesures qui entendent restreindre le recours au juge, comme l'aménagement des délais de prescription, ou encore quatrièmement par celles qui tendent à encadrer l'office du juge dans la résolution du contentieux, comme celles qui vont être abordées ci-après.

574. Encadrement du juge en matière de licenciement pour motif économique. Ce besoin de sécurisation s'est d'abord affirmé en matière de licenciement pour motif économique. Puisque « *ni le salarié ni l'employeur [n'étaient] capables de savoir si les difficultés économiques seront considérées comme suffisantes par le juge pour justifier un licenciement* »⁷⁵², il fallait réformer le tout suivant deux lignes directrices : lever les freins à l'embauche pour les employeurs, et protéger les travailleurs sur le marché⁷⁵³. Ainsi ont été légitimées les réformes de 2016 et 2017 qui ont encadré le pouvoir d'appréciation du juge sur la cause économique de licenciement, relativement au cadre d'appréciation des difficultés économiques de l'employeur, ou à l'appréhension même des causes économiques.

⁷⁵⁰ A. FABRE, « Sécuriser le contentieux sur les licenciements », *Retour Sur Ordonnances Macron Un Nouv. Droit Trav.*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2022.

⁷⁵¹ J.-Y. FROUIN, « Le recul du juge en droit du travail », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, janvier 2020, p. 18.

⁷⁵² Tribune collective, « Le projet de loi El Khomri représente une avancée pour les plus fragiles », *Le Monde*, 3 mars 2016.

⁷⁵³ B. GENIAUT, « Rupture du contrat de travail et transition », *op. cit.* note 626, p. 777-780.

L’instauration d’une cause préconstituée de licenciement, telle que prévue en matière d’accord de performance collective, va d’ailleurs dans le même sens de dessaisissement du juge prud’homal.

575. Barèmes légaux. Au nom de la prévisibilité du droit, de l’égalité devant le droit, de la sécurité juridique⁷⁵⁴, un mouvement d’uniformisation et d’automatisation du contentieux est à remarquer⁷⁵⁵. Ce mouvement est parfaitement illustré par la mise en place, dans divers domaines⁷⁵⁶, de barèmes, dont l’objectif est globalement de prévoir à l’avance, les conséquences indemnитaires de certaines qualifications juridiques opérées par les juges. Le droit de la rupture du contrat n’y a pas réchappé, et connaît depuis quelques années un barème des indemnités prud’homales en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

576. Barème des indemnités prud’homales. La question du plafonnement des indemnités prud’homales en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse faisait débat depuis plusieurs années⁷⁵⁷. Déjà évoquée dans l’ANI du 11 janvier 2008⁷⁵⁸, elle fut posée une seconde fois par la loi du 14 juin 2013⁷⁵⁹, qui mit en place un barème de référence pour la fixation des indemnités versées au salarié licencié injustement dans le cadre d’un accord de conciliation avec l’employeur⁷⁶⁰. Elle fut encore avancée par la loi du 6 août

⁷⁵⁴ P. DELMAS-GOYON, « *Le juge du 21ème siècle* » - *Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Ministère de la Justice, 9 décembre 2013 : Proposition n° 39. Généraliser des référentiels, pour les contentieux de masse et les litiges confrontant de manière réitérée le juge à des situations semblables, en matière civile, ainsi que pour les dommages-intérêts alloués en matière pénale. Ils devront être largement diffusés pour qu’ils soient accessibles au public.

⁷⁵⁵ F. TERRE, N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, op. cit. note 37, n° 383.

⁷⁵⁶ I. SAYN, *Le droit mis en barème*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014.

⁷⁵⁷ C. WOLMARK, « L’encadrement de l’indemnisation du licenciement injustifié », *Droit Ouvrier*, 1 décembre 2017, vol. 833, p. 733-744.

⁷⁵⁸ ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, article 11.

⁷⁵⁹ *Ibid.*

⁷⁶⁰ Articles L. 1235-1 et D. 1235-21 du Code du travail.

2015 qui étendit le barème à la phase du procès devant le conseil de prud'hommes. Cette dernière mesure fut cependant censurée par le Conseil constitutionnel juste avant promulgation⁷⁶¹ et ne subsista alors qu'un barème indicatif. Les Sages notèrent cependant à cette occasion que l'assurance d'une plus grande sécurité juridique et la « *levée des freins à l'embauche* », motifs d'intérêt général, justifiaient le plafonnement en question. La mesure fut encore une fois avancée dans le projet de loi « El Khomri » mais les manifestations eurent raison d'elle et le gouvernement l'écarta des débats.

Par les ordonnances « Macron » de septembre 2017, le pas a finalement été franchi. Désormais, un barème est fixé sous forme de tableau dans le Code du Travail⁷⁶², et détermine des *minimas* et des *maximas* par lesquels est tenu le juge dans le calcul des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, pour résiliation judiciaire et pour prise d'acte de rupture aux torts de l'employeur⁷⁶³. Il fallait « *permettre à l'employeur de connaître à l'avance le prix à payer pour se séparer d'un salarié* »⁷⁶⁴, c'est chose faite.

577. Consécration jurisprudentielle du barème. A la suite de la mise en place du barème des indemnités prud'homales, certains conseils de prud'hommes avaient pris le pas de s'en affranchir, et avaient été rejoints par les juges d'appel⁷⁶⁵. Par deux avis de l'Assemblée plénière rendus le 17 juillet 2019, puis par deux arrêts rendus le 11 mai 2022, la chambre sociale a définitivement enterré les contestations, et validé le barème⁷⁶⁶. Se faisant, elle a consenti à la réduction de son office et exclu l'applicabilité directe de la

⁷⁶¹ Conseil Constitutionnel, décision n°2015-715 DC du 5 août 2015.

⁷⁶² Article L. 1235-3 du code du travail.

⁷⁶³ Article L. 1235-3-2 du code du travail.

⁷⁶⁴ J. MOULY, « Les indemnisations en matière de licenciement », *Droit Soc. Dalloz*, 1 janvier 2018, n° 1, p. 10-16.

⁷⁶⁵ CA Bourges, 6 novembre 2020, n° 19-00.585, BJT mars 2021, n° 114z5, p. 8, note S. SERENO ; CA Paris, 16 mars 2021, n° 19-08721, BJT, mai 2021, n° 200a9, p. 12 obs. G. LOISEAU et J.-F. SAUVAGE.

⁷⁶⁶ Cass. Soc., 11 mai 2022, n°s 21-15.247 et 21-14.490, FP-B+R : DAE, 20 mai 2022, note C. MATHIEU ; P. LOKIEC, « L'intouchable barème des indemnités prud'homales », *Recl. Dalloz Sirey*, juin 2022, vol. 21, p. 1088.

Charte sociale européenne, et admis l'effet direct de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT, sans voir d'incompatibilité du barème avec cette disposition. Jean-Guy Huglo, Conseiller doyen de la chambre sociale, notera par la suite qu'accepter de procéder à un contrôle *in concreto* tel qu'il l'était suggéré en appel aurait conduit à une rupture d'égalité entre les salariés⁷⁶⁷. Cette solution a depuis été confirmée par la même chambre⁷⁶⁸.

578. Critique du barème prud'homal. Certains auteurs ont pu souligné que ce barème permet le monnayage de la violation de la loi. Il répond en tout cas très certainement à la thèse de « *l'inexécution efficace* »⁷⁶⁹, qui justifie le paiement de dommages et intérêts plus avantageux que les obligations elles-mêmes. L'instrument offre à ce titre bel et bien une sécurité juridique au bénéfice de l'employeur. Sur la prévisibilité en revanche, cette réforme semble avoir empiré les choses⁷⁷⁰. Les seuls moyens pour le salarié de contourner les plafonds, sont d'obtenir la nullité de la rupture du contrat de travail, ou de caractériser un préjudice distinct de celui issu de la perte de son emploi. Naturellement, ces deux demandes se systématisent dans les prétentions, ce qui a pour effet de complexifier drastiquement les procédures prud'homales.

579. Sur la lettre de licenciement. Depuis l'arrêt « Rogié » de 1990⁷⁷¹, la Cour de cassation considérait que l'absence de motifs « précis » énoncés dans la lettre de licenciement, conformément à l'article L. 1232-6 du Code du travail, équivalait à un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le motif en question devait être « matériellement vérifiables »⁷⁷² et, de principe, décomposé entre l'élément originel

⁷⁶⁷ J.-G. HUGLO, « Le barème des indemnités prud'homales », Conférence AFDT : les arrêts marquants de la chambre sociale de la Cour de cassation, 19 mai 2022 ; Position qu'il confirmera à l'occasion d'un article : J.-G. HUGLO, « La Cour de cassation et la réparation en droit du travail », *Droit Soc.*, avril 2023, n° n° 4, p. 286-293.

⁷⁶⁸ Cass. Soc., 1^{er} février 2023, n° 21-21.011 F-D.

⁷⁶⁹ M. GREVY, F. BATARD, « Securitas omnia corrupit », *op. cit.* note 637, p. 663-668.

⁷⁷⁰ P. LOKIEC, « L'intouchable barème des indemnités prud'homales », *op. cit.* note 764, p. 1088.

⁷⁷¹ Cass. Soc., 29 novembre 1990, n° 88-44.308, D. 1991, p. 3 ; Dr. soc. 1991, p. 99, note J. SAVATIER.

⁷⁷² Cass. Soc., 23 mai 2000, n° 98-40.633.

(difficultés économiques, mutations technologiques...) et l'élément matériel (suppression de poste, modification du contrat...). En la matière toutefois, le juge ne faisait pas preuve d'une rigidité excessive⁷⁷³. Il acceptait que soit mentionnée comme cause originelle une simple réorganisation⁷⁷⁴, ou une seule « insuffisance des résultats »⁷⁷⁵, sans que de plus amples informations soient renseignées.

La lettre de licenciement fixait déjà les termes du litige⁷⁷⁶. Dès lors, l'employeur ne disposait pas de la possibilité de corriger, ou de préciser les motifs qu'il avait énoncé dans la lettre *a posteriori*⁷⁷⁷. La Cour de cassation admettait seulement qu'il puisse « *détailler les circonstances de fait* » qui l'avait conduit à procéder au licenciement pour motif économique.⁷⁷⁸

La réforme du droit du travail par les Ordonnances « Macron » est là aussi intervenue à l'encontre de cette construction jurisprudentielle. En laissant à l'employeur la possibilité de préciser les motifs énoncés dans la lettre de licenciement, de leur propre initiative ou à la demande du salarié licencié, le nouvel article ajoute que, si le salarié n'a pas demandé de précisions à l'employeur dans les conditions prévues, l'irrégularité du motif énoncé par l'employeur dans la lettre ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse. Elle ouvre seulement le droit à l'indemnité pour licenciement irrégulier.

580. Sur la volonté claire et non-équivoque de démissionner. Les récentes évolutions législatives relatives à l'abandon de poste sont encore une marque de désaveu du législateur à l'égard de la jurisprudence, qui refusait depuis longtemps de reconnaître des ruptures de fait du contrat de travail⁷⁷⁹. Le législateur va ici encore une fois dans le

⁷⁷³ Y. TARASEWICZ, E. COULOMBEL, « La motivation de la lettre de licenciement : dialogue ou modélisation ? », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, décembre 2017, vol. 12, p. 763-766, p. 763.

⁷⁷⁴ Cass. Soc., 10 octobre 2012, n° 11-21.880.

⁷⁷⁵ Cass. Soc., 13 décembre 1994, n° 93-43.945.

⁷⁷⁶ Article L. 1235-2 du Code du travail.

⁷⁷⁷ Cass. Soc., 5 novembre 1992, n° 91-42.430.

⁷⁷⁸ Cass. Soc., 15 octobre 2013, n° 11-18.977, D. 2013, 2471 ; Dr. soc. 2013, p. 1057, obs. J. MOULY.

⁷⁷⁹ J. PELISSIER et al., *Les grands arrêts du droit du travail*, op. cit. note 383, p. 385 et s.

sens de l'employeur qui veut, à tout prix, éviter le licenciement, comme c'est le cas avec le licenciement *sui generis*⁷⁸⁰.

II. La légitimité de la norme

581. Raisons de l'écartement du juge. Les raisons qui poussent le législateur à écarter le juge du contentieux prud'homal ne sont pas dissimulées. Qu'elles portent le nom de « sécurisation », de « flexibilisation », de « modernisation », elles illustrent toutes le même courant économique : celui de la libéralisation du marché du travail⁷⁸¹. Pourtant, le lien entre libéralisation et écartement du juge n'a rien d'évident, et si ses objectifs sont avoués, il apparaît des plus ardu de comprendre la relation de causalité que le législateur constate entre législation trop rigoureuse à l'égard des employeurs, et pouvoirs du juge. En tous les cas, ce mouvement s'inscrit dans une volonté politique : celle de légitimation de la norme sociale.

582. Légitimité de la norme en droit du travail. L'étude de la légitimité de la norme, c'est l'étude de la réception critique de celle-ci, par ceux qui sont sensés l'appliquer. En ce sens, la norme légitime est celle qui trouve une effectivité naturelle chez les praticiens parce qu'elle leur paraît juste. *A contrario*, la norme illégitime serait ainsi celle qui ne mérite pas d'exister pour les mêmes personnes.

Le droit du travail français cherche une légitimité, et c'est peut-être même l'une de ses aspirations principales⁷⁸². Pourquoi ? Parce que la matière s'inscrit dans un « monde » particulier, celui du travail, qui fait intervenir une multitude d'acteurs, dits partenaires

⁷⁸⁰ I. MEFTAH, G. DUCHANGE, « La démission sans volonté de démissionner », *op. cit.* note 266, p. 685-690.

⁷⁸¹ J.-Y. FROUIN, « Le recul du juge en droit du travail », *op. cit.* note 749, p. 18

⁷⁸² A. VILLEGER, « Pourquoi un droit du travail ? Libres propos sur la justification du point de vue des sciences de gestion (Première partie) », *Droit Soc. Dalloz*, 1 avril 2019, vol. 4, p. 344-352 ; A. FIORENTINO, F. GWENNHAËL, « La légitimité de la norme en droit du travail », *Droit Soc.*, 2018, p. 112.

sociaux, et qui concerne directement la majeure partie de la population. La loi en droit du travail constitue ainsi l'une des fibres du régime démocratique et sert une finalité : la justice sociale⁷⁸³.

583. Légitimité des acteurs du droit du travail. Dès lors, nous constatons que ce besoin de légitimité de la norme en droit du travail repose sur tous les acteurs de ce droit. Ainsi, se pose la question de la place du juge prud'homal⁷⁸⁴, de celles des syndicats de travailleurs et des organisations patronales⁷⁸⁵, et de la négociation collective en générale⁷⁸⁶, et, évidemment, celle de la jurisprudence sociale.

584. Légitimité de la jurisprudence sociale. La chambre sociale Cour de cassation est elle-même en quête de légitimité. Les reproches qui lui sont faits quant au besoin de prévisibilité de ses décisions et de modernisation de sa jurisprudence ne datent pas d'aujourd'hui⁷⁸⁷, bien qu'ils soient cruels au regard de son office qui l'oblige à prendre en considération une multitude d'autres facteurs, d'ordre juridiques et non-juridiques avant de trancher⁷⁸⁸. Elle fait néanmoins l'effort de contribuer à sa propre légitimation, en adoptant des positions de mieux en mieux informées, recourant si besoin à l'*amicus curiae*, et en développant une meilleure communication globale de ses arrêts, afin notamment de rendre ses décisions futures plus prévisibles.

⁷⁸³ P. VERKINDT, « La légitimité de la loi en droit du travail », *Droit Soc.*, février 2018, n° 2, p. 114-119.

⁷⁸⁴ L. WILLEMEZ, « Des juges non professionnels aux frontières du champ juridique : assesseurs des pôles sociaux et conseillers prud'hommes entre légitimité juridique et légitimité sociale », *op. cit.* note 517.

⁷⁸⁵ M. MORAND, « La légitimité des organisations patronales préalable à la légitimité des accords de branche », *Droit Soc.*, février 2018, p. 148-153 ; F. PETIT, « La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif », *Droit Soc.*, février 2018, n° 2, p. 141-147.

⁷⁸⁶ G. AUZERO, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *Droit Soc.*, février 2018, n° 2, p. 154-159 ; P. ANTONMATTEI, « A propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », *Droit Soc.*, février 2018, n° 2, p. 160-162.

⁷⁸⁷ G. FRANÇOIS, « La jurisprudence sociale en quête de légitimité », *op. cit.* note 727, p. 126.

⁷⁸⁸ A. LACABARATS, « La création de la norme sociale par le juge », *op. cit.* note 726, p. 16-19.

585. Légitimité du législateur : rassurer les employeurs ? Malgré cela, nous l'avons constaté, le dessaisissement du juge de la rupture du contrat perdure, en matière de rupture à l'initiative des employeurs notamment, et s'entérine. En réalité, nous postulons que ce mouvement répond bien à une quête de légitimité, celle du législateur, pour qui la définition de « justice sociale » a changé. Ce n'est plus un rééquilibrage des rapports sociaux qui est visé, mais une déréglementation, qui aurait pour vertu de déverrouiller la situation de l'emploi en France. « *La vie économique est faite de construction et de destruction* ». Ces mots, prononcés le 6 avril 2017 par le Président de la République française lors de l'Emission Politique sur France 2 parlent d'eux-mêmes.

586. Licencier plus librement pour embaucher plus facilement. Les réformes des dernières années en France, étudiées tout au long de ce travail, répondent ainsi toutes à l'idée selon laquelle les employeurs craignent d'embaucher par crainte du licenciement, et donc que le chômage de masse est dû à un droit du licenciement trop rigide à l'égard de ceux-ci. Dans son rapport annuel « Perspectives de l'emploi » de 2013⁷⁸⁹, l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), à l'appui d'études statistiques et empiriques à l'échelle internationale, pointe pourtant l'absence de lien entre le niveau de protection contre les licenciements et le taux de chômage propre à chaque pays. Pour Emmanuel Dockès⁷⁹⁰, cette idée repose sur une grave faute de raisonnement. Il dénonce un « *sophisme de composition* », procédé fallacieux qui consiste à attribuer à un ensemble les propriétés des parties de cet ensemble. Il est en effet incorrect de penser que, parce que certains membres de la collectivité refusent d'embaucher par peur de la procédure de rupture, le manque d'embauche à l'échelle de la collectivité est dû à une peur de la procédure.

587. Légitimité de la norme Suisse. La Suisse semble être, elle aussi, marquée par ce besoin de légitimité, notamment eu égard aux interventions protectrices du législateur ou

⁷⁸⁹ Perspectives de l'emploi de l'OCDE, 16 juillet 2013, p. 67 et suivantes.

⁷⁹⁰ E. DOCKES, « Le droit du travail dans l'affrontement des mondes possibles », *Droit Soc.*, 1 mars 2018, vol. 3, p. 216-220.

de la jurisprudence dans les rapports contractuels déséquilibrés⁷⁹¹. Cependant, bien qu'elle fasse figure d'exemple pour les tenants d'une libéralisation du travail, elle se garde bien d'écartier son juge du contentieux. Au contraire, en témoigne l'office du Tribunal fédéral, elle lui cède une large part dans la poursuite d'une justice sociale qui pallie les dérives d'une organisation capitaliste de sa société. Ce faisant, elle garantit la légitimité des pouvoirs législatifs et judiciaire de son Etat.

*

Conclusion de titre

588. Juge juridictionnel ou juge jurisprudentiel. A la lumière de tout ce qui vient d'être exposé, c'est sans doute sur le plan des attributions des juges suisse et français que la différence entre les deux systèmes juridiques est la plus probante.

Le juge français de la rupture du contrat de travail est vraisemblablement un « *juge juridictionnel* », avant d'être occasionnellement un « *juge jurisprudentiel* ». Sa mission est d'appliquer une norme dont il n'est pas maître, et le législateur sait le lui rappeler chaque fois qu'il pourrait être tenté de dépasser les limites de son assignation. Du reste, même sur le plan de sa fonction juridictionnelle, les récentes évolutions législatives laissent à penser que ses attributions sont également réduites. Comment en penser autrement lorsqu'un barème lui est imposé pour déterminer le montant des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse qu'il pourrait octroyer au salarié lésé ?

A l'inverse, le juge suisse de la rupture du contrat de travail est clairement un « *juge jurisprudentiel* ». Les réserves d'interprétation qui lui sont laissées par le législateur, et le pouvoir normateur qui lui est pleinement reconnu, lui permettent d'être source

⁷⁹¹ J. BORY, *L'effectivité de la liberté contractuelle*, *op. cit.* note 76 ; V. MARTENET, « La liberté contractuelle saisie par le droit de la concurrence », *op. cit.* note 79.

permanente de droit, par exemple par la caractérisation de l'abus, ou la découverte de nouveaux justes motifs de résiliation immédiate. Ses attributions juridictionnelles sont tout de même pleines et entières, lorsque la maxime applicable lui permet de sonder profondément les raisons du cocontractant à l'origine de la résiliation, ou lorsqu'il peut sans limite sanctionner les abus qu'il décèle, mais elles s'inscrivent dans une mission plus large : celle de veiller à l'équilibre des rapports sociaux, qui est attachée à son pouvoir normateur.

*

* * *

Conclusion de partie

589. Compte-rendu de comparaison. Que ce soit en Suisse ou en France, l'étude du droit de la rupture du contrat de travail ne peut être détachée d'une étude des attributions du juge dans le cadre du contentieux. Pour cause, les deux systèmes juridiques, même s'ils invitent les parties à trouver des solutions amiables à leurs différends par la conciliation, placent encore les tribunaux comme les berceaux principaux de la résolution des litiges. C'est en ces lieux que l'on juge, par l'application de la loi telle qu'elle peut être interprétée, et par le prononcé de sanctions qui s'imposent aux justiciables.

Cela étant, la place accordée au juge suisse dans la rupture du contrat de travail n'est pas du tout celle laissée au juge français. Le premier semble être placé sur piédestal et dispose de toute la marge de manœuvre pour trancher les litiges et créer du droit partout où la loi reste silencieuse. Ainsi, tout en restant campée sur des principes libéraux, lesquels paraîtraient inconcevables en France, la Suisse permet au juge d'être le garde-fou des

libertés économiques lorsqu'elles porteraient atteinte à un droit des travailleurs de ne pas perdre leur emploi pour rien.

Le juge français, paradoxalement, semble être pour sa part une cible des courants libéraux, qui lui reprochent sur le plan juridictionnel son imprévisibilité, et son orientation supposée en faveur des salariés. Aussi, lorsque le droit de la rupture du contrat de travail est réformé, comme ça a été le cas en 2016 et 2017, ses attributions sont encadrées et sa marge de manœuvre diminuée. Sur le plan jurisprudentiel, la méfiance est plus ancienne. Mais là encore, les interventions du législateur sur des points que la jurisprudence aurait déjà eu à connaître vont soit vers une consécration légale de la solution, soit vers une confirmation, mais jamais vers une ouverture laissée à l'appréciation du juge.

CONCLUSION GENERALE

590. Voilà donc deux droits, nés des mêmes souches de la Révolution industrielle, qui ont pris deux chemins différents. L'un et l'autre, voulant donner des garanties à la classe ouvrière coalisée, ont opté pour une reconnaissance du droit des travailleurs de ne pas perdre injustement leur emploi. Le premier s'est reposé sur les préceptes du droit des obligations, en adaptant les règles aux spécificités du travail subordonné, l'autre a préféré, créant un domaine du droit à part entière, y intégré tout un mécanisme de protection contre le licenciement injustifié. Dans tout ça, les juges de chacun de ces Etats ont trouvé une place qui est aujourd'hui la leur, mais qui souffre en France d'une perpétuelle remise en cause.

591. Alors dans cette reconstruction du droit du travail français, et la refonte des mécanismes de rupture du contrat de travail, la Suisse peut-elle servir de modèle ? Sans doute, mais encore faut-il étudier avec sincérité la manière dont elle appréhende le problème juridique de la rupture du contrat de travail, sans occulter les données qui ne vont pas dans le sens de ses idées politiques. La rupture du contrat de travail en Suisse est certes techniquement plus aisée, mais l'abus est pareillement sanctionné. Et une levée totale des « freins à l'embauche » comme il peut en être rêvé en France, ne serait en aucun cas suivre l'exemple de la Suisse, qui a su garder en la personne de son juge, le garde-fou des décisions non-réfléchies.

592. Se pose encore une dernière question : celle de l'avenir du droit de la rupture du contrat de travail. En France, en Suisse et dans le monde, la voie vers une libéralisation

du travail est enclenchée. La domestication de l'Homme par l'Homme⁷⁹² qui se faisait autrefois par l'esclavage, avait progressé vers le travail subordonné au XVIII^{ème} siècle, lequel avait permis, non sans lutte, une prise en compte des intérêts de la classe ouvrière. Aujourd'hui, l'avenir du travail semble se profiler vers un abandon de la subordination à un employeur, mais vers la soumission à des conditions générales d'utilisation d'une plateforme numérique⁷⁹³. Ainsi, le droit du travail subordonné se sera révélé « *remarquablement efficace pendant un siècle, lorsqu'il s'agissait de contrôler les bras et les corps en période de croissance économique* » mais peut maintenant se montrer « *malhabile [...] dans un monde où le principe hiérarchique est remis en cause, dans la famille comme dans la société* »⁷⁹⁴. De manière générale, le droit du travail a-t-il encore un sens si la sécurisation de l'emploi devient synonyme de facilitation de la rupture du contrat de travail⁷⁹⁵ ? Rien n'est moins sûr.

⁷⁹² J.C. SCOTT, *Homo domesticus - Une histoire profonde des premiers Etats*, Hors collection Sciences Humaines, 2019.

⁷⁹³ J.-P. DUNAND, « De l'esclave Stichus au chauffeur Uber - Six modalités du lien de subordination dans les relations de travail », in R. WYLER (dir.), *Panor. IV En Droit Trav. - Recl. Détudes Réalis. Par Prat.*, Berne, 2023, p. 209-254.

⁷⁹⁴ A. VILLEGER, « Pourquoi un droit du travail ? », *op. cit.* note 293, p. 426-431, qui cite J. RAY, « De Germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », *Droit Soc.*, 1 juillet 1995, vol. 7-8, p. 634-637.

⁷⁹⁵ C. WOLMARK, « Rupture du contrat de travail et transition : l'emploi comme justification - Les difficultés économiques à l'épreuve du droit à l'emploi », *Rev. Droit Trav. Dalloz*, 1 décembre 2016, vol. 12, p. 764.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

Ouvrages généraux et manuels :

Droit français :

G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, Droit du travail, 36^{ème} édition, Dalloz, 2023

G. Cornu, Vocabulaire juridique, 13^{ème} éditions, PUF, 2022

F. Favennec-Héry et P.-Y. Verkindt, Droit du travail, 6^{ème} édition, LGDJ, 2018

B. Gauriau et M. Miné, Droit du travail, 4^{ème} édition, Sirey, 2020

P. Lokiec, Droit du travail, 2^{ème} édition, PUF, 2022

J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud et G. Auzero, Droit du travail, 25^{ème} édition, Dalloz, 2008

H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, 3^{ème} édition, Litec, 1992

A. Supiot, Le droit du travail, 7^{ème} édition, PUF, 2019

Droit suisse :

C. Bruchez, P. Mangold et J.C. Schwaab, Commentaire du contrat de travail, 4^{ème} édition, Lausanne, Réalités sociales, 2019

J.L. Duc et O. Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail : avec un aperçu du droit collectif et public du travail, 1998

J.-P. Dunand, K. Lempen et E. Perdaems, Droit du travail, Helbing Lichtenhahn, 2020

J.-P. Dunand et P. Mahon (dir.), Commentaire du contrat de travail, Berne, Stämpfli, 2022

B. Heinzer et R. Wyler, Droit du travail, 4^{ème} édition, Berne, Stämpfli, 2019

Y. Le Roy et M.-B. Schoenenberger, *Introduction générale au droit suisse*, Schulthess Editions Romandes / LGDJ, 2015

A. Witzig, *Droit du travail*, Schulthess, 2018

R. Wyler (dir.), *Panorama II en droit du travail*, Stämpfli, 2012

R. Wyler (dir.), *Panorama III en droit du travail*, Stämpfli, 2017

R. Wyler (dir.), *Panorama IV en droit du travail*, Stämpfli, 2023

Ouvrages spécialisés :

Droit français :

A. Bitton, *Le procès au conseil de prud'hommes*, LGDJ, Lextenso, 2018

B. Boubli, *Les prud'hommes*, PUF, 1984

P. Cam, *Les prud'hommes juges ou arbitres ? Les fonctions sociales de la justice du travail*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1981

G.-H. Camerlynck, « *Contrat de travail* », *Traité de droit du travail*, Tome I, Paris, 1968

J. Carbonnier, *Les obligations*, Paris, PUF, 1996

F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 1919

J. Ghestin, « *Contrat* », *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF

A. Jeammaid, *Le licenciement*, Dalloz, 1993

R. Laher, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, Mare et Martin, 2017

J. Normand et R.P. Perrot, « *Le juge et le litige* », LGDJ, 1965

N. Olszak, *Histoire du droit du travail*, PUF, 1999

J. Pélassier, *Le nouveau droit du licenciement*, éditions Sirey, 1977

S. Romano, *L'ordre juridique - Traduction française de la 2^{ème} édition de l'"Ordinamento giuridico"*, trad. par Lucien François et Pierre Gothon, Dalloz, 1975

J.-M. Verdier, « L'apport des normes de l'OIT au droit du travail », Etudes offertes à M. Gérard Lyon-Caen, Dalloz, 1989

Droit suisse :

G. Aubert, « Le pouvoir d'appréciation du juge en droit du travail (observations sur l'article 4 CC) », Pour un droit pluriel, Etudes offertes au Professeur Jean-François Perrin, Helbing & Lichtenhahn, 2002

A. Berenstein, Etudes de droit social 1936-1977, Librairie de l'Université, Genève, 1979

M. Favre Moreillon, Les différents types de licenciements en droit du travail, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2019

C.A. Gasser, « Philip Lotmar », Le travail et le droit, vol. 14, 1994

O. Guyot Unger, R. Angelozzi, J. Jaccard, G. Ordolli, L. Robinson et R. Zappella, Le droit du travail au quotidien, Genève, Slatkine, 2018

M. Heinzmann, La procédure simplifiée, Schulthess Juristische Medien AG, 2018

W.E. Rappard, La Révolution industrielle et les origines de la protection légale en Suisse, vol. 27, Schultess, 2008

O. Subilia et J.L. Duc, Droit du travail, éléments de droit suisse, B&T., Lausanne, 2010

G. Vionnet, L'exercice des droits formateurs, Schulthess Juristische Medien AG, 2011

Chapitres d'ouvrage

C. Bettex, « Conciliation, médiation et arbitrage dans les CCT », *in Panorama II en droit du travail*, R. Wyler (dir.), Stämpfli, 2012

V. Berset Bircher, A. Meier, « L'impact du droit international en droit suisse du travail », *in Panorama III en droit du travail*, R. Wyler (dir.), Stämpfli, 2017

S. Brun Poggi, « L'employeur privé doit-il entendre son employé avant de le licencier ? », *in Panorama III en droit du travail*, R. Wyler (dir.), Stämpfli, 2017

A. Cerf-Hollender, « Droit pénal du travail », *in Répertoire du droit du travail Dalloz*, 2018

P. Deumier, « Jurisprudence », *in Répertoire de Droit Civil Dalloz*, 2017

P. Dietschy Martenet, « Procédure civile et droit du travail », *in Les procédures en droit du travail*, CERT-Centre d'étude des relations de travail., Schulthess Editions romandes, 2020

J.-P. Dunand, « De l'esclave Stichus au chauffeur Uber - Six modalités du lien de subordination dans les relations de travail », *in Panorama IV en droit du travail*, R. Wyler (dir.), Stämpfli, 2023

A. Fabre, « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun », *in Répertoire du droit du travail Dalloz*, 2020

P. Flores, « Conseil de prud'hommes », *in Répertoire du droit du travail Dalloz*, 2021

S. Frossard, « Licenciement pour motif économique : notion », *in Répertoire du droit du travail Dalloz*, 2023

F. Géa, « Résiliation judiciaire en droit du travail », *in Répertoire du droit du travail Dalloz*, 2020

F. Géa, « Prise d'acte de la rupture », *in Répertoire du droit du travail Dalloz*, 2019

L. Jacquemoud-Rossari, « Les voies de recours : l'appel et le recours limité au droit selon le CPC », *in Le Code de procédure civile*, B. Foëx et N. Jeandin (dir.), Schulthess Editions romandes, 2011

R. Laffly, « Pouvoirs juridictionnels du conseiller de la mise en état », *in Répertoire de Procédure Civile Dalloz*, 2024

O. Leclerc, « Preuve dans les contentieux du travail », *in Répertoire du droit du travail Dalloz*, 2022

L. Lehner, « Conditions de licéité de la grève - portée et limites du principe de proportionnalité », *in Panorama IV en droit du travail*, R. Wyler (dir.), Stämpfli, 2023

P. Lokiec, « Rupture conventionnelle collective », *in Répertoire du droit du travail Dalloz*, 2022

J.-F. Paulin, « Licenciement pour motif économique : procédure », *in Répertoire du droit du travail Dalloz*, 2023

V. Perroud, « Les maximes de procédure en droit du travail », *in Panorama II en droit du travail*, R. Wyler (dir.), Stämpfli, 2012

Ouvrages transdisciplinaires :

T. Le Texier, *Le maniement des hommes : essai sur la rationalité managériale*, Paris, La Découverte, 2016

Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Genève, vol. Livre XI, 1748

L. Schütz et D. Talerman, *Décrocher un emploi en Suisse construire son projet professionnel, réaliser son CV et réussir ses entretiens d'embauche*, 2^{ème} édition, Gualino-Lextenso, 2011

J.C. Scott, *Homo domesticus - Une histoire profonde des premiers Etats*, 2019

A. Supiot, *Homo juridicus essai sur la fonction anthropologique du droit*, Éditions du Seuil, 2009

C. Perelman, *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1968

Thèses :

A. Billeter, *La résiliation abusive du contrat de travail*, Université de Neuchâtel, 1952

J. De Gautard, *La résiliation du contrat de travail en temps inopportun*, Université de Lausanne, 1982

M. Ernst, Flexitime: between autonomy and constraints. A case study in Switzerland, Université de Marne la Vallée, 2003

D. Louis, La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé, Université de Montpellier 1, 2014

C. Radé, Droit du travail et responsabilité civile, L.G.D.J., 1997

A. Richard, Le contrat de travail en droit suisse, Université de Genève, 1913

M.-N. Rouspide-Katchadourian, Le juge et le contrat de travail : essai sur la relecture judiciaire d'un contrat, Paris 2, 2013

T. Sachs, La raison économique en droit du travail : contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie, Paris 10, 2009

D. Weber, La protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun, Université de Lausanne, 1992

Articles :

Articles scientifiques :

P. Abravanel, « Recherches sur les méthodes d'élaboration de la décision judiciaire », RSJ, 1991, p. 165-170

P. Adam, « De la responsabilité civile du salarié : à la recherche du préjudice et de la faute », Droit social Dalloz, juin 2018, p. 465-470

J.-P. Andrieux, « L'office divin du juge », Revue de droit d'Assas, février 2017, p. 41-47

G. Aubert, « L'entreprise et de droit du travail : l'exemple suisse », Droit social Dalloz, février 2005, p. 147-151

F. Aubry Girardin, « Licenciement abusif et jurisprudence récente », La semaine judiciaire - Doctrine, 2007, p. 51

D. Baugard, « La qualification de motif économique », Revue de droit du travail Dalloz, 2009, p. 510

G. Bolard, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », JCP, I, 1993

G. Bolard et V. Bolard, « Matière du procès et principe dispositif », Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, 2022, p. 321

M. Bourquin, « Siegfried (André). La Suisse, démocratie témoin », Revue belge de philologie et d'histoire, tome 28, fasc. 2, 1950

N. Bruché et C. Porin, « Instruire le dossier pour établir les faits : le rôle actif du juge », Le Droit ouvrier, 2014, p. 259

A. Bucher, « Vers l'implosion de la théorie des faits doublement pertinents », Semaine Judiciaire, 2015, p. 67 et s.

P. Cavin, « Le Tribunal fédéral suisse », Revue internationale de droit comparé, 30, 1978, p. 345-362

G. Couturier, « Petites histoires de nullités du licenciement », Droit social Dalloz, décembre 2012, p. 1218-1228

M. David, « Evolution historique des Conseils de Prud'hommes en France », Droit social Dalloz, 1974, p. 3 et s.

G. De Weiss, « Le contrat de travail dans le futur droit civil suisse », Revue de droit suisse, 1908, p. 617

S. Depelley et P.-Y. Verkindt, « Les dérogations au droit commun de la preuve dans le droit du contrat de travail », Droit social Dalloz, septembre 2017, p. 705

L. Driguez, « Le droit français de la modification du contrat de travail pour motif économique bousculé par la CJUE (Quelques réflexions suscitées par deux arrêts du 21 sept. 2017) », Droit social Dalloz, avril 2018, p. 356-363

J.-P. Dunand, « Liberté de licenciement en droit suisse : la règle devient-elle l'exception ? », Revue de l'avocat, septembre 2006, p. 319-322

A. Fabre, « La motivation du licenciement », Droit social Dalloz, 2018, p. 4

P. Fadeuilhe, « Quelle preuve en droit du travail ? », Juris association, 2020, p. 40

F. Favenne-Héry, « Licenciement : le dénouement de l'imbroglio probatoire », *Droit social Dalloz*, février 1990, p. 178

G. François, « La jurisprudence sociale en quête de légitimité », *Droit social Dalloz*, 2018, p. 126

J.-Y. Frouin, « Le recul du juge en droit du travail », *Revue de droit du travail Dalloz*, janvier 2020, p. 18

F. Géa, « Un changement de paradigme ? », *Droit social Dalloz*, décembre 2017, p. 997

F. Géa, « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », *Droit social Dalloz*, mars 2013, p. 210

L. Gratton et O. Leclerc, « Action en justice et mesures de rétorsion », *Revue de droit du travail Dalloz*, mai 2014, p. 321

J.-L. Halpérin, « Du Tribunal à la Cour de cassation, aperçu historique du juge de cassation », *Revue de droit d'Assas*, 16, p. 52-58

M. Hautefort, « Quand résiliation judiciaire égale licenciement », *Jurisprudence sociale Lamy*, 17 février 1998, p. 12-13

P. Henriot, « Le juge privé de sentences ? », *Le Droit ouvrier*, 836, mars 2018, p. 160-169

P. Henriot, « Le juge social, un juge « interventionniste » », *Le Droit ouvrier*, novembre 2014, p. 761

M. Keller, « Le départage devant les conseils de prud'hommes », *Droit social Dalloz*, février 1993, p. 165

V. Kocher, « L'intervention du juge dans le contrat », *Revue des contrats Lextenso*, janvier 2013, p. 235

A. Lacabarats, « L'office du juge dans le traitement judiciaire des litiges en droit du travail », *Revue de droit d'Assas*, février 2017, p. 114-121

M.-F. Lebon-Blanchard, « Contentieux social et régime probatoire : office du juge et exigences de la mise en état et du contradictoire », *Le Droit ouvrier*, avril 2010, p. 195

A. Lyon-Caen, « Discrète juridiction », *Revue droit du travail Dalloz*, avril 2019, p. 217

P. Martens, « Les principes constitutionnels du procès dans la jurisprudence récente des juridictions constitutionnelles européennes », Cahiers du Conseil constitutionnel, mai 2003

M.A. Martinez, « Le nouveau Code du travail français vu de l'étranger - approche comparative de la codification du droit du travail », Semaine sociale Lamy, décembre 2010

S. Mess, « Un juge prud'homal actif », Le Droit ouvrier, novembre 2014, p. 768

N. Moizard, « Licenciement disciplinaire pour dissimulation par le salarié de sa mise en examen », Revue de droit du travail Dalloz, décembre 2014, p. 762-763

N. Moizard, « Les accords sur l'emploi (version ordonnances Macron) sont-ils compatibles avec la directive "licenciements collectifs" ? », Revue de droit du travail Dalloz, février 2018, p. 128-131

H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », Chroniques Dalloz, 1964, p. 235

C. Nivard, « L'effet direct de la Charte sociale européenne », Revue des droits et libertés fondamentaux, 2012

V. Orif, « La réforme des juridictions prud'homales au regard du droit à un procès équitable », Le Droit ouvrier, juillet 2016

J. Pélassier, « La cause économique du licenciement », Revue de jurisprudence sociale, 1992, p. 527

J. Pélassier, « Ambiguïtés et logique du contrôle de la Cour de cassation », Droit social Dalloz, 1986, p. 180

M. Richevaux, « L'avenir incertain du barème d'indemnisation des licenciements », Les Petites Affiches, 240, novembre 2018, p. 8-13

T. Sachs, « La raison économique en droit du travail. 1^{ère} partie : une raison réaliste », Revue droit du travail Dalloz, octobre 2011, p. 550-558

T. Sachs, « La raison économique en droit du travail. 2^{ème} partie : une raison pluraliste », Revue droit du travail Dalloz, novembre 2011, p. 618-626

P. Safar, « Que va-t-il advenir du nouveau barème d'indemnisation prud'homale ? », Bulletin du travail (ancien nom Cahiers sociaux du barreau de Paris), novembre 2018, p. 163-166

Y. Saint-Jours, « La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau », Recueil Dalloz, 1990, p. 113

A. Steff, « La protection de l'accès au juge judiciaire par les normes fondamentales », Les Annales de droit, octobre 2017, p. 233-253

J.-M. Verdier, « L'apport des normes de l'OIT au droit français du travail », Revue internationale du travail, 1993

C. Vigneau, « Les formations de jugement du Conseil de prud'hommes », Le Droit ouvrier, octobre 2018

P. Waquet, « Qu'est-ce que juger ? », Droit social Dalloz, novembre 2010

G. Werner, « Commentaire de l'ATF 137 III 303, Ire Cour de droit civil, arrêt du 28 avril 2011 », Revue de droit du travail et d'assurance chômage, 2012, p. 25

A. Witzig, « Tentative de rationalisation de la transaction en droit du travail - Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_13/2018 », Newsletter DroitDuTravail.ch, décembre 2018

« Table ronde du Parquet général de la Cour de cassation du 17 janvier 1986 », Droit social Dalloz, 1986, p. 185

Articles de presse :

B. Wuthrich, « Johann Schneider-Ammann: «Notre droit du travail a intéressé Emmanuel Macron» », Le Temps, 08/05/2017 p.

« L'ONU critique le manque d'impartialité de la justice suisse », Le Temps, 17/09/2018

« Les conflits sociaux «à la française» n'existent pas en Suisse », Le Temps, 13/05/2016

D. générale du Trésor, Trésor-Éco n° 137 - Le traitement des litiges en droit du travail : constats et perspectives économiques

Rapports

International Labour Conference, « Protection contre le licenciement injustifié », Protection contre le licenciement injustifié, Genève, Bureau international du travail, 1995

Perspectives de l'emploi de l'OCDE, 2013

Statistiques de l'OCDE de la population active, 2018

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	3
SOMMAIRE.....	7
INTRODUCTION GENERALE	8
Partie 1 – Etude comparée du cadre légal de la rupture du contrat de travail en Suisse et en France.....	30
Titre 1 – La rupture du contrat de travail en Suisse : liberté, réciprocité et extrajudiciarité	32
Chapitre 1 – La liberté relative de rompre le contrat de travail.....	35
Section 1 – La liberté de rompre le contrat de travail	36
I. La résiliation normale du contrat de travail à durée indéterminée	38
II. Les justes motifs de rupture immédiate	47
Section 2 – Une liberté relativisée	56
I. La question du motif de la rupture.....	57
II. Les exigences formelles de la rupture	67
Chapitre 2 – Une rupture entre les mains des parties au contrat	72
Section 1 – La réciprocité des droits	73
Section 2 – L’extrajudiciarité de la rupture du contrat de travail.....	77
I. Une rupture indépendante du juge.....	79
II. L’évitement du contentieux	83
Conclusion de titre.....	86
Titre 2 – La rupture du contrat de travail en France : un droit conditionné	88
Chapitre 1 – La rupture choix objectif.....	94
Section 1 – L’existence d’une raison objective de rupture.....	96
I. La cause économique de licenciement	97

1. La qualification du licenciement.....	98
2. La classification des licenciements pour motif économique	100
II. Les autres ruptures objectives.....	102
1. Les ruptures unilatérales	103
2. Le commun accord et la négociation collective	114
Section 2 – La justification économique de la rupture	125
I. Le bien-fondé de la rupture	128
1. Le fait économique génératrice	131
2. La disparition de l'emploi	140
II. Le bien-faire	143
1. Les obligations d'ordre général	145
2. Les obligations propres au licenciement pour motif économique.....	151
3. Les obligations spécifiques aux différents licenciements pour motif économique.....	154
Chapitre 2 – La rupture choix subjectif	160
Section 1 – L'existence de la raison personnelle de rupture	161
I. Le défaut volontaire	162
II. Le défaut involontaire.....	166
Section 2 – La justification de la rupture.....	169
I. Le bien-fondé.....	170
1. La cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif personnel.....	170
2. Le défaut de l'employeur.....	184
II. Le bien-faire	185
Conclusion de titre.....	190
Conclusion de partie	191
Partie 2 – Les juges suisse et français face au cadre légal de la rupture	193
Titre 1 – L'accès au juge de la rupture du contrat de travail	196
Chapitre 1 – L'accès au juge suisse du travail.....	202

Section 1 – Le contentieux de la rupture du contrat de travail : un litige comme les autres	204
Section 2 – Le contentieux de la rupture du contrat de travail : des spécificités inhérentes à la matière	210
I. La compétence juridictionnelle	211
II. L'aide au justiciable dans la poursuite de son action	215
Chapitre 2 – L'accès au juge français de la rupture du contrat de travail	221
Section 1 – Un contentieux pluriel	222
I. Le contentieux pénal dans la rupture du contrat de travail	222
II. Le contentieux administratif dans la rupture du contrat de travail	225
Section 2 – Le conseil de prud'hommes.....	232
I. Le recours au conseil de prud'hommes	238
1. La conciliation et l'orientation.....	239
2. Le jugement.....	242
II. Le recours contre la décision prud'homale.....	245
1. Les voies de recours ordinaires contre le jugement du conseil de prud'hommes	246
2. Les voies de recours extraordinaires	249
Conclusion de titre.....	252
Titre 2 – Les attributions des juges de la rupture du contrat de travail	254
Chapitre 1 – La fonction juridictionnelle des juges de la rupture du contrat de travail	256
Section 1 – Les pouvoirs juridictionnels du juge suisse du travail.....	257
I. Le contrôle des conditions de la rupture.....	259
II. Les sanctions du non-respect de la loi	262
Section 2 – Les pouvoirs juridictionnels du juge français du travail.....	268
I. La conduite du litige	269
1. La conduite formelle du litige : le garant de la procédure	270

2. La conduite matérielle du litige : l'administration de la preuve	273
II. La résolution du litige.....	280
1. Le contrôle du respect de la loi	282
2. La sanction du non-respect de la Loi.....	284
A. La rupture irrégulière du contrat de travail.....	285
B. La rupture injustifiée du contrat de travail.....	288
C. La rupture nulle du contrat de travail.....	294
Chapitre 2 – L’office jurisprudentiel des juges de la rupture du contrat de travail	300
Section 1 – Un droit jurisprudentiel de la rupture du contrat de travail	301
I. La jurisprudence du Tribunal fédéral	302
1. Un pouvoir jurisprudentiel reconnu au juge suprême suisse	303
2. Un droit de la rupture du contrat essentiellement jurisprudentiel.....	306
II. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.....	312
1. L’existence d’une source jurisprudentielle en droit français	313
2. Le droit jurisprudentiel de la rupture du contrat de travail	315
Section 2 – Le système suisse comme modèle du système français ?.....	319
I. La réduction de l’office du juge en France.....	320
II. La légitimité de la norme.....	326
Conclusion de titre.....	329
Conclusion de partie	330
CONCLUSION GENERALE	332
BIBLIOGRAPHIE	334
Ouvrages :.....	334
Ouvrages généraux et manuels :	334
Droit français :	334
Droit suisse :	334
Ouvrages spécialisés :.....	335

Droit français :	335
Droit suisse :	336
Chapitres d'ouvrage.....	336
Ouvrages transdisciplinaires :	338
Thèses :	338
Articles :	339
Articles scientifiques :	339
Articles de presse :.....	343
Rapports.....	344
TABLE DES MATIERES	345