

Etudes et doctrine

CHRONIQUE

Nouvelle avancée de la question de l'entrée en vigueur immédiate de la réforme des contrats

DANIEL MAINGUY, Professeur à l'université de Montpellier

1. La réforme du droit des contrats résultant de l'entrée en vigueur, le 1^{er} octobre 2016, de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 pose toute une série de difficultés aux juristes, habitués à plus de deux siècles d'un droit des contrats issu du Code civil de 1804 et pratiquement inchangé depuis. Le passage d'un système à l'autre semblait réglé par le texte de l'article 9 de l'ordonnance de 2016, dont les alinéas 2 et 4 disposent, pour le premier, que « Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne » et, pour le second, que « Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation ». Une solution assez radicale, donc, propre à rassurer les contractants, spécialement ceux ayant conclu des contrats de très long terme, peut-être trop radicale cependant, et en tout cas peu en adéquation avec la réalité du droit contemporain du droit transitoire. La radicalité de l'article 9 est d'ailleurs renforcée par le Sénat avec l'adoption, en première lecture, du projet de loi de ratification de l'ordonnance de 2016 (n° 3).

2. L'article 9, al. 2 de l'ordonnance du 10 février 2016 précise en effet que, sauf pour trois textes d'application immédiate, les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme, le 1^{er} octobre 2016, restent régis par la « loi ancienne ». Or ces termes « lois anciennes » ne sont pas si clairs qu'ils n'y paraissent et laissent, au contraire, la place pour une application immédiate des normes nouvelles d'ordre public, si on admet que les termes « lois anciennes » s'en remettent aux seules dispositions anciennes supplétives (et encore).

Dès lors et ce, indépendamment de toute une série de difficultés techniques de mise en œuvre des dispositions nouvelles (1) et d'un ensemble de considérations plus vastes, tenant à la modernité de la réforme mais également à la complexité normative de ce que l'on désigne rapidement comme le « droit des contrats », qui comprend le droit légal des contrats et le droit jurisprudentiel des contrats, quatre interprétations de l'article 9, al. 2 de l'ordonnance de 2016 sont possibles (2), que l'on peut formaliser sous forme

de propositions, dans la logique classique de l'effet dans le temps des normes nouvelles :

– Proposition n° 1 : L'article 9, al. 2 signifie que le droit des contrats nouveau ne s'applique en aucune manière aux contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, puisque la règle de survie de la loi ancienne, posée en doctrine par P. Roubier (3), est clairement établie, sauf les exceptions expresses de la loi (dont les trois textes visés par l'article 9), et ce, quelle que soit la nature, d'ordre public ou non, de la norme ancienne ou nouvelle.

– Proposition n° 2 : L'article 9, al. 2 ne définit pas ce qu'est la « loi ancienne » ou la « loi nouvelle », de sorte qu'on pourrait considérer que la loi ancienne s'entend des règles non modifiées par des règles d'ordre public touchant à l'exécution du contrat.

– Proposition n° 3 : On pourrait considérer que la loi ancienne s'entend des règles non modifiées par des règles d'ordre public touchant à l'exécution, la formation et la validité du contrat ; ne resteraient donc de la loi ancienne que les normes supplétives anciennes.

– Proposition n° 4 : L'article 9, al. 2 ne définit pas ce qu'est la « loi ancienne » ou la « loi nouvelle », de sorte qu'on pourrait considérer que la loi ancienne est constituée de toutes les règles non modifiées par la loi nouvelle, quelle que soit leur nature.

Chacune de ces propositions dispose de ses propres arguments de légitimité, par souci décroissant de sécurité juridique et, inversement, par intérêt croissant pour l'innovation proposée par la réforme. Il appartenait donc à la Cour de cassation, faute pour le législateur d'avoir été plus précis, de trancher.

3. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016, les observateurs de cette question complexe avaient été bousculés par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 22 mars 2016 dont on avait pu dire qu'il assurait une forme d'application anticipée de la réforme du droit des contrats, sur le terrain de la sanction d'une vente à prix dérisoire (4). Après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, une série d'arrêts a alerté les juristes : un arrêt de la troisième chambre civile du 9 février 2017 (5), à l'interprétation délicate ; un arrêt de la chambre mixte du 24 février 2017, beaucoup plus

(1) Cf. C. François, Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : D. 2016 p. 506 ; S. Gaudemet, Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 : JCP G 2016 p. 559.

(2) D. Mainguy, Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats : D. 2016 p. 1762.

(3) P. Roubier : Le droit transitoire, 2^e éd., Sirey, 1960, Dalloz, 2008, préf. L.-A. Barrière. Comp. contra : F. Dekeuwer-Défossez : Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine, LGDJ, 1977 et aussi J. Ghestin, G. Goubeaux, et M. Fabre-Magnan : Introduction générale, LGDJ, 1994, n° 402 s.

(4) Cass. com. 22-3-2016 n° 14-14.218 FS-PB : RJDA 5/16 n° 359, Gaz. Pal. 10-5-2016 jur. p. 23 note D. Houtcieff, D. 2016 chron. p. 1037 obs. S. Tréard, D. 2017 p. 375 obs. M. Mekki, RTD civ. 2016 p. 343 note H. Barbier, RTD com. 2016 p. 317 note B. Boulloc.

(5) Cass. 3^e civ. 9-2-2017 n° 16-10.350 FS-PBI : RJDA 4/17 n° 228, D. 2017 p. 1107 concl. G. Casu, AJDI 2017 p. 432 note A. Antoniutti, RTD com. 2017 p. 46 obs. J. Monéger (application de l'article L 145-7-1 du Code de commerce aux baux en cours).

probat (6) qui se signalait comme une double innovation en raison, d'une part, d'un changement dans la technique de motivation par laquelle la Cour de cassation utilise sa propre jurisprudence pour justifier la solution nouvelle (7) et, d'autre part, d'une justification « substantielle » du revirement de jurisprudence par une mention étonnante se fondant sur « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 [qui] conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat, lesquelles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire » ; un arrêt de la **première chambre civile** du 20 septembre 2017 (8) relatif à un mandat de gestion immobilière ne respectant pas le formalisme légal ; la Cour de cassation y reprend la même formule que celle de l'arrêt précité du 24 février 2017, qu'elle cite d'ailleurs, et prononce la nullité du mandat qu'elle qualifie de nullité relative ; la **chambre sociale** enfin qui, par deux arrêts du 21 septembre 2017 (9), a repris également la formule de l'arrêt du 24 février 2017 concernant une question de formation des contrats et, mieux, une question opposant la qualification de promesse ou d'offre de contracter.

La « note explicative » accompagnant les deux **arrêts de la chambre sociale** précise clairement l'inspiration de cette dernière : « Suivant une méthode adoptée par la chambre mixte (arrêt du 24-2-2017), la chambre sociale a choisi de réexaminer sa jurisprudence au regard de l'évolution du droit résultant de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, et, en conséquence, d'apprécier différemment la portée des offres et promesses de contrat de travail, même si cette ordonnance n'était pas applicable aux faits de l'espèce ». Une série d'indices probants donc, notamment dans le fait que la Cour de cassation retient l'arrêt du 24 février 2017 comme « faisant jurisprudence », au moment où, à l'occasion du travail législatif conduisant à l'adoption de la loi de ratification de l'ordonnance de 2016, le Sénat a proposé une révision de l'article 9 de l'ordonnance de 2016 pour faire échec à ces développements jurisprudentiels (10), voire pour museler le juge.

4. Les deux **arrêts de la chambre sociale** sont prononcés sur une **situation factuelle** presque identique.

Un joueur de rugby avait reçu une offre de contrat de travail en 2012 à laquelle était jointe une convention prévoyant l'engagement pour la saison sportive 2012/2013, avec une option pour la saison suivante, la précision d'une rémunération mensuelle, de la mise à disposition d'un véhicule et d'une date de début d'activité ; mais, dans un courrier électronique postérieur, le club avait indiqué ne pas pouvoir ou vouloir donner suite aux contacts noués avec le joueur ; ce dernier avait toutefois adressé le contrat signé au club (présenté dans l'arrêt

d'appel comme la « promesse d'embauche »). En clair, il s'agissait, de la part du club, d'une rétractation de quelque chose : une offre d'embauche, une promesse de contracter, voire un contrat de travail conclu. Le joueur considérait qu'il s'agissait d'une promesse d'embauche irrévocable pour le club, alors que, pour ce dernier, ce n'était qu'une simple offre librement rétractable. Dans deux **arrêts d'appel** convergents, la cour d'appel de Montpellier avait considéré qu'un contrat de travail avait été conclu et que celui-ci avait été abusivement rompu : « Attendu que, pour condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre de rupture abusive du contrat de travail, l'arrêt retient qu'il résulte d'un courrier électronique adressé, le 25 mai 2012, par le secrétariat du club qu'une promesse d'embauche a été transmise à l'agent et représentant du joueur de rugby, que la convention prévoit l'emploi proposé, la rémunération ainsi que la date d'entrée en fonction, de sorte que cet écrit constitue bien une promesse d'embauche valant contrat de travail, que dans la mesure où le joueur a accepté la promesse d'embauche il en résultait qu'un contrat de travail avait été formé entre les parties et il importe peu que le club de rugby ait finalement renoncé à engager le joueur, même antérieurement à la signature du contrat par le joueur, que la promesse d'embauche engage l'employeur même si le salarié n'a pas manifesté son accord ». La **chambre sociale** a cependant fait droit aux pourvois formés contre ces arrêts, opérant ainsi un revirement de jurisprudence à propos duquel on peut formuler deux ensembles de remarques, l'un sur la méthode et la question de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (I) et l'autre sur le fond de la décision (II).

I. Sur la question de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle

5. La chambre sociale de la Cour de cassation reprend et adapte les formules que la chambre mixte et la première chambre civile avaient utilisées dans l'arrêt du 24 février 2017 et dans celui du 20 septembre 2017 : « Attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ».

C'est une manière de reprendre la question de l'**appréciation d'une norme à la lumière d'une autre**. La jurisprudence, interne et européenne, avait largement utilisé cette formule dans les années 1990, à propos de l'interprétation du droit de la vente, à la lumière de la directive non transposée de 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux (11). Désormais, c'est le Code civil dans sa version de 1804 qui est appliqué « à la lumière » du Code civil dans sa version de 2016, même

(6) Cass. ch. mixte 24-2-2017 n° 15-20.411 F-PBRI : RJDA 5/17 n° 324, D. 2017 p. 793 concl. B. Fauvarque-Cosson, RDC 2017 p. 415 note Th. Genicon, AJC 2017 p. 175 note D. Houtcieff, AJDI 2017 p. 612 note M. Thioye, Contrats, conc. consom. 2017 comm. n° 93 note L. Leveneur, RTD civ. 2017 p. 377 obs. H. Barbier. Il s'agit d'un revirement de jurisprudence sur l'appréciation du caractère relatif d'une nullité, impliquant non point simplement la considération d'ordre public d'une règle, mais la question de savoir si la nullité assure la protection de l'intérêt général – nullité absolue – ou d'intérêts particuliers – nullité relative ; solution proposée en doctrine (M. Mekki : L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, 2004), et, très clairement, à l'article 1179 nouveau du Code civil.

(7) Comp. P. Deumier, préc. ; D. Houtcieff, préc. Voir aussi J. Antippas, Pour une mention par la Cour de cassation des précédents issus du droit public : D. 2017 p. 1428, P. Malaurie, Sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Contre leur alourdissement, pour leur sobriété : D. 2017. p. 768. (8) Cass. 1^{re} civ. 20-9-2017 n° 16-12.906 FS-PB : ci-dessous Décision n° 789.

(9) Cass. soc. 21-9-2017 n°s 16-20.103 FS-PBRI et 16-21.104 FS-PBRI : ci-dessous Décision n° 784.

(10) Projet de loi Sénat n° 578 ratifiant l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, <http://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2017-2018/23.html>, prévoyant de modifier comme suit l'article 9, al. 2 : « Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public » et d'y ajouter à cet article un II : « Le I est applicable à compter du 1^{er} octobre 2016 ». Voir aussi M. Mekki, « Ne défigurez pas l'ordonnance ! Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », Gaz. Pal. 24 oct. 2017, p. 11 ; D. Mainguy, « La proposition de réforme de la réforme du droit des contrats », in www.daniel-mainguy.fr.

(11) Comp. D. Mainguy, Les directives non transposées, Libres propos sur une étrange lumière : Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, t. 1, p. 89.

si ce n'est pas tout à fait la formule utilisée. Ce changement de formulation pourrait ne pas être seulement un changement dans les termes si on admet que le droit des obligations ne recouvre pas seulement le droit légal des obligations. Rien n'interdira, sous cette lumière, à la Cour de cassation, pour un contrat conclu avant le 1^{er} octobre 2016, de décider par exemple que « Vu l'ex-article 1131 du Code civil, attendu que l'évolution du droit des obligations résultant de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives à la protection des contractants, toute clause d'un contrat d'adhésion qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite », ce qui conduirait à appliquer immédiatement l'article 1171 du Code civil, ou toute autre disposition.

6. En toute hypothèse, la Cour de cassation ne craint pas d'appliquer expressément les dispositions nouvelles, au cas par cas : la nature de la nullité en février 2017 (chambre mixte), l'offre et la promesse en septembre 2017 (chambre sociale). Cela ressort notamment de la formule utilisée par la chambre sociale : « Attendu que l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; que la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur ; Attendu, en revanche, que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ; que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis ».

En effet, dans l'attendu qui justifie la cassation, cette formule correspond aux dispositions des nouveaux articles 1114 à 1116 du Code civil, s'agissant du régime de l'offre de contracter, et à celles du nouvel article 1124, s'agissant de celui de la promesse de contracter. Ces dispositions sont clairement la base juridique de la cassation ; elles sont appliquées nonobstant la formule de l'article 9, al. 2 de l'ordonnance de 2016. On peut ajouter par ailleurs que la chambre sociale va bien au-delà. L'article 9, al. 4 promet en effet que la « survie de la loi ancienne » vaut également pour les instances en cours, y compris au stade de l'appel ou de la cassation. Cette exigence, en tant qu'elle concerne des dispositions d'ordre public (y compris donc au stade de la formation du contrat), est balayée par la Cour de cassation.

7. Par ailleurs, on peut constater qu'il s'agit de règles qui concernent la formation du contrat, sans que la Cour suprême s'intéresse à la question de savoir si ces règles sont d'ordre public ou sont simplement supplétives. Or, parmi les quatre hypothèses plus haut suggérées, la solution la plus « osée » semblait être la proposition n° 3, à savoir l'application des règles nouvelles en ce qu'elles sont d'ordre public, qu'elles intéressent la formation ou l'exécution du contrat. En choisissant d'appliquer les nouvelles règles en matière de nullité du contrat, sanction de la formation du contrat, l'arrêt de la chambre mixte du 24 février 2017 paraissait d'ailleurs retenir cette solution.

Mais dans les arrêts de la chambre sociale, il s'agit d'aller bien plus loin en appliquant par exemple des règles qui sont par nature supplétives, de sorte que ce serait plutôt la proposition n° 4 qui serait retenue, avec cette atténuation cependant que la Cour de cassation ne propose pas une application immédiate des règles du droit des contrats, dans la logique du droit transitoire, mais une application plus nuancée, une application subtile des règles nouvelles, et ce faisant plus acceptable qu'une application immédiate, une interprétation du droit ancien « à la lumière » du droit nouveau, même si cela revient, pour l'instant en tout cas, exactement au même. Dans le même temps, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 20 septembre 2017, considère que l'évolution du droit des obligations issue de l'ordonnance la « conduit » à apprécier différemment les règles applicables. Cela sous-entend que les règles anciennes sont réinterprétées à l'aune de cette évolution. Toutefois, il est difficile d'en inférer le sens. On pourrait considérer que la première chambre civile définit là qu'il s'agit d'un choix de sa part, ce qui correspond à la réalité de l'activité jurisprudentielle : donner une signification normative à un énoncé à la signification inconnue (« loi ancienne », type de nullité, etc.). La première chambre civile est « conduite », c'est-à-dire qu'elle choisit d'interpréter différemment les règles applicables. Plus prudemment, on peut considérer que la Cour de cassation utilise le terme « conduire » comme synonyme d'être obligée. La Cour suprême est conduite par une force plus grande, celle de l'évolution du droit des obligations. La question est d'autant plus essentielle que ce développement jurisprudentiel s'inscrit dans un débat qui est contradictoire avec celui entamé par le Sénat qui cherche, au contraire, à faire obstacle, sans doute en vain, à ce développement.

II. Sur la distinction entre offre de contracter et promesse de contracter

8. La cassation par la chambre sociale de la Cour suprême des deux arrêts d'appel de Montpellier a été retenue en ce que : « Attendu que pour condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre de rupture abusive du contrat de travail l'arrêt retient qu'il résulte d'un courrier électronique adressé, le 25 mai 2012, par le secrétariat du club qu'une promesse d'embauche a été transmise à l'agent et représentant du joueur de rugby, que la convention prévoit l'emploi proposé, la rémunération ainsi que la date d'entrée en fonction, de sorte que cet écrit constitue bien une promesse d'embauche valant contrat de travail, que dans la mesure où le joueur a accepté la promesse d'embauche il en résultait qu'un contrat de travail avait été formé entre les parties et il importe peu que le club de rugby ait finalement renoncé à engager le joueur, même antérieurement à la signature du contrat par le joueur, que la promesse d'embauche engage l'employeur même si le salarié n'a pas manifesté son accord ; qu'en statuant ainsi, sans constater que l'acte du 25 mai 2012 offrait au joueur le droit d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait que son consentement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Par conséquent, la « proposition » de contracter formulée par le club n'était pas, contrairement à la solution retenue par la cour d'appel, une promesse de contrat de travail, mais une simple offre de contrat de travail, librement révocable. L'« offre », en effet, se présentait comme une proposition de contracter, mais ne comprenait pas de droit d'opter pour la conclusion

de celui-ci ; s'il s'agissait d'une offre, elle avait pour objet la conclusion d'un contrat de travail et non celle d'une promesse de contrat de travail.

9. C'est à ce stade que se situe le **revirement de jurisprudence** ici choisi par la chambre sociale de la Cour de cassation et que, bien entendu, les spécialistes de droit du travail sauront parfaitement interpréter. En effet, la jurisprudence de cette chambre était, jusqu'à cet arrêt, que la promesse d'embauche précisant l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction valait contrat de travail (12) ; c'est d'ailleurs la solution que la cour d'appel de Montpellier avait réitérée. Au contraire, depuis les arrêts du 20 septembre 2017, il s'agirait d'un simple accord de principe, excluant la qualification d'un contrat de travail, ou encore d'une offre d'emploi, voire d'une simple invitation à entrer en pourparlers. La différence est souvent présentée comme chronologique, une offre d'emploi voit se succéder des pourparlers qui débouchent sur l'adresse d'une promesse d'embauche, qui vaut contrat de travail (13). La difficulté principale de cette solution est qu'elle fait de la proposition de contrat de travail un acte pratiquement unilatéral et objectif, ne tenant compte que de l'expression de volonté de l'employeur et du contenu de cette proposition, indépendamment de l'expression parallèle du salarié (14) ; ce faisant, elle est assez étrangère aux logiques du droit des contrats, comme le souligne le Pr. Y. Pagnerre, qui avait d'ailleurs anticipé le revirement (15). A priori toutefois, rien ne s'oppose à ce que les règles du droit du travail se présentent de manière différente de celles du droit commun des contrats, sauf à encourir des critiques fondées sur le caractère « autonome » du droit du travail. A l'inverse cependant, la considération du droit du contrat de travail comme un droit spécial des contrats suppose de comparer les règles du droit commun des contrats et du droit spécial du contrat de travail. Les spécialistes du droit du travail avaient anticipé la **compatibilité entre les règles du droit du travail et la réforme du droit des contrats** (16). Avant cette réforme, le droit de l'offre et des promesses était fixé par la jurisprudence de manière connue : l'offre était une proposition de contracter en principe révocable jusqu'à son acceptation, sans possibilité d'exécution forcée en nature (17), et la promesse unilatérale de contracter était un contrat assurant au bénéficiaire de la promesse une option, contracter ou ne pas contracter, et la révocation, ou rétractation, avant l'exercice de l'option par le bénéficiaire, ne pouvait aboutir à l'exécution forcée en nature du contrat promis, la rétractation de la promesse faisant obstacle à la rencontre des volontés (18).

Dans une offre comme dans une promesse, la rétractation était efficace. Or, depuis la réforme, la notion d'offre est précisée dans le sens de la jurisprudence antérieure. Le régime de la promesse de contracter est également précisé, mais a priori dans un sens inverse du fait de l'article 1124, al. 2 du Code civil, selon lequel « la révocation de la promesse pendant le temps laissé

au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis ».

10. La portée substantielle de ce revirement de jurisprudence pourrait être discutée. La chambre sociale de la Cour de cassation a choisi de se situer sur le terrain de l'offre, sans doute parce qu'il semble moins mouvant que celui des promesses, ce qui est, en soit, signifiant. En effet, la chambre sociale reprend les deux définitions légales nouvelles, celle de l'offre et celle de la promesse de contracter, en reprenant mot pour mot les règles précitées du Code civil. Dès lors, elle choisit de rejeter la **qualification de promesse de contracter** pour celle d'offre, aisément rétractable. Mais de quel type de promesse de contracter s'agissait-il en l'espèce ? La cour d'appel avait considéré qu'une promesse d'embauche valait contrat de travail, ce qui renvoyait aux promesses synallagmatiques de contracter traditionnellement assises sur le texte de l'article 1589 du Code civil, qui dispose que « la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ». En effet, quelle que soit la qualification retenue, le contrat dans lequel les deux parties sont d'accord sur les éléments essentiels d'un contrat, par exemple de travail, est un contrat. Autre est la situation d'une promesse unilatérale de contracter qui est un contrat, unilatéral, dans lequel sont déterminés les éléments essentiels du contrat promis, mais point le consentement définitif au contrat, dans l'attente de la levée de l'option. Cette distinction apparaît implicitement dans les deux arrêts du 21 septembre 2017 dans la mesure où, si la cour d'appel avait décelé une promesse synallagmatique de contracter, son arrêt est censuré car elle ne pouvait pas ainsi statuer sans « constater que l'acte du 22 mars 2012 offrait au joueur le droit d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait que son consentement » ; il s'ensuit qu'il ne s'agissait pas non plus d'une promesse unilatérale de contrat de travail, mais d'une offre de contrat de travail. Cela aurait pu être plus clair, mais on peut tirer une autre conséquence de l'arrêt. En effet, malgré l'article 1124, al. 2 du Code civil, la question se pose toujours de l'efficacité d'une **rétractation de la promesse de contracter avant l'option** par le bénéficiaire, dans la mesure où l'exécution forcée d'une promesse rétractée demeure difficilement concevable, avant comme après la réforme de 2016 (19). On voit cependant à l'œuvre ici un premier effet particulier de l'article 1124 : la promesse de contracter rétractée avant l'option par le bénéficiaire ne fait pas obstacle à ce que le contrat, ici de travail, soit formé. Par conséquent, la rétractation d'une promesse unilatérale peut s'analyser en une rupture du contrat de promesse et en une rupture du contrat promis, ce qui, transposé au domaine du contrat de travail, aboutit en pratique, à une solution voisine (hormis la nature du régime de responsabilité applicable et sa conséquence pratique) de celle prévalant avant l'arrêt

(12) Cass. soc. 15-12-2010 n° 08-42.951 F-PB : RJS 3/11 n° 205 ; Cass. soc. 12-6-2014 n° 13-14.258 FS-PB : RJS 8-9/14 n° 607.

(13) Cf. E. Jeansen, Le contrat de travail né d'une promesse d'embauche : JCP S 2017 n° 1249.

(14) V. cependant Cass. soc. 5-10-2016 n° 15-28.672 FS-PB : RJS 12/16 n° 753 ; Cass. soc. 6-7-2016 n° 15-11.138 FS-PB : RJS 10/16 n° 613.

(15) Cf. Y. Pagnerre, Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail : Dr. soc. 2016 p. 727 § 6.

(16) Cf. par ex. : G. Loiseau, Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats : JCP G. 2016 n° 602 ; Y. Pagnerre, Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail, art. cit.

(17) Cass. 3^e civ. 28-11-1968 n° 67-10.935 : Bull. civ. III n° 507, JCP 1969 II n° 15797.

(18) Cass. 3^e civ. 11-5-2011 n° 10-12.875 FS-PB : RJDA 8-9/11 n° 690, D. 2011 p. 1457 note D. Mazeaud, p. 1460 note D. Mainguy, JCP N 2011 n° 1163 rapp. G. Rouzet ; Y. Paclot et E. Moreau, L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente : JCP G 2011 n° 736 ; N. Molfessis, De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni : D. 2012 p. 231 ; D. Mainguy, À propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse de contracter : JCP G 2012 n° 808. Comp. Cass. com. 13-9-2011 n° 10-19.526 F-D : RJDA 1/12 n° 25 (reproduisant la solution de la 3^e ch. civ.) et Cass. 3^e civ. 6-9-2011 n° 10-20.362 F-D (contre cette solution) : D. 2011 comm. p. 2838 note C. Grimaldi.

(19) Comp. D. Mainguy (dir.), Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, publication électronique, www.daniel-mainguy.fr, n° 68 s.

de 2017. Si en effet la rétractation ne fait pas obstacle à la formation du contrat promis, alors elle équivaut à produire les effets d'une rupture fautive de ce contrat ; en revanche, elle n'aboutit pas à contraindre à l'exécution du contrat promis. On peut penser que cette pente, passablement savonneuse pour la chambre sociale, alors que le domaine des promesses entre dans le domaine d'élection des chambres civiles, est l'un des éléments qui l'a conduite à retenir la solution posée en termes d'offre de contracter ; attendons donc une décision concernant réellement une promesse unilatérale de contracter, de vente notamment.

11. En toute hypothèse, cet exemple majeur d'application anticipée de la réforme, ou d'interprétation du droit ancien à la lumière du droit nouveau, laisse augurer que ce mouvement ne cessera pas. On pourrait envisager demain, une fois le principe de ce mouvement digéré, une **application de la loi ancienne « à la lumière » du Code civil** dans sa version de 2016, par touches, dans la plus belle tradition impressionniste, à des **situations** autrement plus **complexes**, telles que la résolution unilatérale de l'article 1226 du Code civil ou le changement de circonstances économiques de l'article 1195 du Code civil.