

**LICENCE 2 – GROUPE B
LA REFORME DU DROIT DES CONTRATS
SUPPORT DOCTRINAL**

**Nouvelle avancée de la question de l'entrée en vigueur immédiate de la réforme des contrats
Cass. soc. 21 septembre 2017 (n°16-20103 et 16-20.104)**

D. 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 du 10 février 2016 pose toute une série de difficultés aux juristes, habitués à plus de deux siècles d'un droit des contrats issu de la codification de 1804 et pratiquement inchangée 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 conclus 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, dont la radicalité est d'ailleurs renforcée par le Sénat dans l'adoption, en première lecture, du projet de loi de ratification de l'ordonnance de 2016 (cf. infra, n°3).

2. L'article 9, al. 2 de l'ordonnance du 10 février 2016 précise en effet que, sauf trois textes d'application immédiate, les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme, le 1^{er} octobre 2016, reste régi 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 nouvelles¹, 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 » et 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 possibles², 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'appliquera 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 Roubier³, 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

¹ Cf. C. François, « Application dans le temps et 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, éd. G, 2016, 559.

² D. Mainguy, « Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles de droit des contrats », D. 2016, p. 1762.

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

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 *et 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 qu'elle 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. Les observateurs de cette question complexe avaient été une première fois bousculés, *avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016*, par un arrêt de la première chambre civile 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 dérisoire⁴. Après l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016, une première alerte avait intéressé les juristes, à la suite d'un arrêt de la troisième chambre civile du 9 février 2017⁵, à l'interprétation délicate, mais surtout un arrêt de la Chambre mixte du 24 février 2017, beaucoup plus probant⁶. En effet cet arrêt se signalait comme une double innovation, d'une part un changement dans la technique de motivation où la Cour utilise sa propre jurisprudence pour justifier la solution nouvelle⁷ et d'autre part une justification « substantielle » du revirement par une mention étonnante se fondant sur « *l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 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* ». Cet arrêt était suivi d'un autre, du 20 septembre 2017, de la première Chambre civile de la Cour de cassation⁸. La Cour, toujours sur une question

⁴ Cass. com. 22 mars 2016, n°14-14218, s'agissant de la nullité relative d'un contrat conclu pour un prix dérisoire (Cf. C. civ., art. 1169 nouveau), Gaz. Pal. 2016, n° 17, p. 23, note D. Houtcieff ; D. 2016. 1037, chron. S. Tréard, F. Arbellot, A.-C. Le Bras et T. Gauthier, D. 2017. 375, obs. M. Mekki, RTD civ. 2016. 343, obs. H. Barbier, RTD com. 2016. 317, obs. B. Bouloc.

⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 9 févr. 2017, n°16-10.350, D. 2017, p. 1107, note G. Casu, AJDI 2017. 432, obs. A. Antoniutti, RTD com. 2017. 46, obs. J. Monéger (Application de l'article L. 145-7-1 C. com. Aux baux en cours).

⁶ Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n°15-20.411, D. 2017, p. 793, note B. Fauvarque-Causson, RDC, 2017, p. 415, note Th. Genicon, AC contrat, 2017, p. 175, note D. Houtcieff, AJDI, p. 612, note M. Thoiye, CCC, 2017, n°93, obs. L. Leveneur, RTD civ., 2017, p. 377, obs. H. Barbier, RTDcom. 2017, p. 46, obs. J. Monéger (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, dans l'ordonnance de 2016 : C. civ., art. 1179).

⁷ Comp. P. Deumier, préc. D. Houtcieff, préc. Adde : J. Antippas, « Pour une mention par la Cour de cassation des précédents issus du droit public », RTD civ. 2017, p. 1428, P. Malaurie, « Sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Contre leur alourdissement, pour leur sobriété », D. 2017. 768.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 20 septembre 2017, n°16-12906 : « *Mais attendu que, selon les articles 1er et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, dans leur rédaction issue de la loi n° 94-624 du 24 juillet 1994, applicable en la cause, les conventions conclues avec les personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours aux opérations portant sur les biens d'autrui et relatives, notamment, à la gestion immobilière, doivent être rédigées par écrit ; que, suivant l'article 64, alinéa 2, du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, le titulaire de la carte professionnelle " gestion immobilière " doit détenir, à moins qu'il ne représente la personne morale qu'il administre, un mandat écrit qui précise l'étendue de ses pouvoirs et qui l'autorise expressément à recevoir des biens, sommes ou valeurs, à l'occasion de la gestion dont il est chargé ; que la Cour de cassation jugeait jusqu'à présent que ces dispositions, qui sont d'ordre public, sont prescrites à peine de nullité absolue, excluant toute possibilité de confirmation du mandat comme de ratification ultérieure de la gestion (1^{re} Civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 15-20. 411, Bull. 2012, I, n° 72 ; 1^{re} Civ., 2 décembre 2015, pourvoi n° 14-17. 211, en cours de publication) ; Que, toutefois, l'évolution du droit des obligations résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, d'après laquelle la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général et relative lorsque cette règle a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé, a conduit la Cour de cassation*

relative à un contrat d'agence immobilière, était interrogée sur la possible confirmation d'une nullité tirée de l'absence d'écrit de ce mandat. La Cour y reprenait la même formule que dans l'arrêt du 24 février 2017, qu'il cite d'ailleurs, pour, appliquant la décision considérant la nullité comme relative, retient l'hypothèse de sa confirmation.

La « note explicative » accompagnant les deux arrêts de la Chambre sociale du 21 septembre 2017⁹, formant le troisième opus de cette marche jurisprudentielle, précise d'ailleurs clairement son inspiration : « *Suivant une méthode adoptée par la Chambre mixte (Ch. mixte, 24 février 2017, n° 15-20.411, publié au Bulletin) la chambre sociale a choisi de réexaminer sa jurisprudence au regard de l'évolution du droit résultant de l'ordonnance n° 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 jurisprudentiels¹⁰, voire pour museler le juge. L'ensemble prend place au moment où l'on prend connaissance, à la fois de l'arrêt du 20 septembre 2017 et de deux nouveaux arrêts, aussi importants que celui du 24 février 2017, et qui se présentent dans un sens assez voisin, cette fois sur une question de formation des contrats et, mieux, une question opposant la qualification de promesse ou d'offre de contracter, dans deux arrêts du 21 septembre 2017.

4. Ces deux arrêts se prononcent 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 une date de début d'activité, mais, dans un courrier électronique postérieur, le club indiquait ne pas pouvoir ou vouloir donner suite aux contacts noué avec le joueur, ce dernier adressant toutefois le contrat signé (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, d'une offre d'embauche, d'une promesse de contracter, voir d'un contrat de travail conclu, le joueur considérant

à apprécier différemment l'objectif poursuivi par certaines des prescriptions formelles que doit respecter le mandat de l'agent immobilier et à décider que, lorsqu'elles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire, leur méconnaissance est sanctionnée par une nullité relative (Ch. mixte, 24 février 2017, pourvoi n° 15-20.411, en cours de publication) ; que, dans les rapports entre les parties au mandat, le non-respect de son formalisme légal, qui a pour objet la sauvegarde des intérêts privés du mandant, entraîne une nullité relative, laquelle peut être couverte par la ratification ultérieure des actes de gestion accomplis sans mandat ; Et attendu que l'arrêt relève que les consorts X...ont poursuivi leurs relations avec le mandataire de leur auteur, sans émettre la moindre protestation sur la qualité des prestations fournies ou les conditions de leur rémunération, dont l'agent immobilier leur a rendu compte de façon régulière et détaillée, avant qu'ils ne mettent un terme à sa mission sept ans plus tard, dans les formes et conditions stipulées dans les mandats écrits que celui-ci leur avait expédiés pour signature ; que, de ces motifs, faisant ressortir que les consorts X...avaient ratifié, en connaissance de cause, les actes et coût de cette gestion locative, elle a pu déduire que la restitution des honoraires perçus était injustifiée ».

⁹ Cass. soc. 21 sept. 2017, n°16-20.103 et n°16-21.104.

¹⁰ « Petite loi », adoptée par le Sénat, 17 oct. 2017, <http://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2017-2018/23.html>, modifiant 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 ajoutant un II : « Le I est applicable à compter du 1^{er} octobre 2016 ». Ajoute : 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. à paraître. ; D. Mainguy, « La proposition de réforme de la réforme du droit des contrats », in www.daniel-mainguy.fr.

qu'il s'agissait d'une promesse d'embauche irrévocable pour le club, ce dernier d'une simple offre librement rétractable.

La Cour d'appel de Montpellier, avait considéré, dans les deux arrêts d'appel convergents le 1^{er} juin 2016, 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* ». Le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel était cependant retenu en vue d'une cassation, qui se présente à nouveau comme un revirement de jurisprudence et 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 Cour reprend et adapte les formules qu'elle avait 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 n° 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 des produits défectueux¹¹. 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 si ce n'est pas tout à fait la formule utilisée, une *appréciation en fonction de l'évolution du droit des obligations*, ce qui 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'article 1131 (ancien) du Code civil, attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives à la protection des contractants, dans un contrat d'adhésion, toute clause 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, l'offre et la promesse en septembre 2017, ce qui ressort de la formule utilisée par la Cour : « *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*

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

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 ».

Ces formules correspondent en effet, *dans l'attendu qui justifie la cassation*, aux nouveaux articles 1114 à 1116 du Code civil, s'agissant du régime de l'offre de contracter, et au nouvel article 1124 s'agissant de celui de la promesse de contracter. Elles 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 Cour 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 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. L'arrêt du 24 février 2017, en choisissant d'appliquer les règles en matière de nullité du contrat, sanction de la formation du contrat paraissait d'ailleurs retenir cette solution. Mais ici, il s'agit d'aller bien plus loin en appliquant par exemple des règles qui sont par nature supplétives : de même qu'il était possible d'insérer des clauses permettant l'exécution forcée d'une promesse ou qu'une offre peut être contractuellement sécurisée, la situation demeure, de sorte que ce serait plutôt la proposition n°4 qui est 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 Cour considère que l'évolution du droit des obligations issue de l'ordonnance la « *conduit* » à apprécier différemment les règles applicables. Sous-entendu, 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 Cour 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 Cour est « *conduite* » c'est-à-dire qu'elle choisit d'interpréter différemment les règles applicables. Plus prudemment, on peut considérer que la Cour utilise le terme « conduire » comme synonyme d'être obligée. La Cour est conduite, par une force plus grande, celle de l'évolution du droit des obligations. La question est d'autant plus essentielle que de développement jurisprudentiel s'inscrit dans un débat 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 des deux arrêts d'appel 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 donc. 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, la solution exactement inverse : la promesse d'embauche précisant l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction valait contrat de travail¹² et c'est d'ailleurs la solution que la Cour d'appel avait réitérée. A l'inverse, 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 travail¹³. 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 salarié¹⁴ et ce faisant assez étrangère aux logiques du droit des contrats, comme le souligne le Pr. Y Pagnerre qui avait d'ailleurs anticipé le revirement¹⁵. 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 s'agissant des situations juridiques considérées, la nature d'une offre et d'une promesse de contracter et les spécialistes du droit du travail avaient anticipé la compatibilité entre les règles du droit du travail et la réforme du droit des contrats¹⁶. Or, avant la réforme du droit des contrats, le droit de l'offre et des promesses était fixé par la jurisprudence de manière connue : l'offre est une proposition de contracter en principe révocable jusqu'à son acceptation, sans possibilité d'exécution forcée en nature¹⁷ et la promesse unilatérale de contracter est un contrat assurant au bénéficiaire de la promesse une option, contracter ou ne pas contracter, dont la révocation, ou rétractation, avant l'exercice de l'option par le bénéficiaire, ne peut aboutir à l'exécution forcée en nature

¹² Cass. soc., 15 décembre 2010, n°08-42951 ; Cass. soc., 12 juin 2014, n°13-14.258.

¹³ Cf. E. JEANSEN, « LE CONTRAT DE TRAVAIL NE D'UNE PROMESSE D'EMBAUCHE », JCP, S, 2017, 1249.

¹⁴ V. cependant Cass. soc., 5 octobre 2016, pourvoi n° 15-28.672 ; Cass. soc., 6 juillet 2016, n° 15-11.138.

¹⁵ Cf. Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », Dr. soc. 2016, p. 727, sp. n°6.

¹⁶ Cf. par ex. : G. Loiseau, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », JCP, éd. G., 2016, 602, Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », art. cit..

¹⁷ Cass. civ. 3ème, 28 nov. 1968, *Bull. civ.*, III, n°60, JCP 1969, II, 15797.

du contrat promis, la rétractation de la promesse faisant obstacle à la rencontre des volontés¹⁸. 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, tout comme le régime de la promesse de contracter, *a priori* dans un sens inverse du fait de l'article 1124, al. 2 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. Dans le même temps, la portée substantielle de ce revirement de jurisprudence pourrait être discuté. La Cour 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 Cour 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, la Cour 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 considérait qu'une promesse d'embauche vaut contrat de travail, ce qui renvoie 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* ». Dans ce cas 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 de travail. Autre est la situation d'une promesse unilatérale de contracter qui est un contrat, synallagmatique, dans lequel sont déterminés les éléments essentiels du contrat promis, mais point le consentement définitif au contrat, dans l'attente de l'option. Cette distinction apparaît implicitement dans les deux arrêts du 21 septembre 2017 dans la mesure où, si la Cour d'appel décelait une promesse *synallagmatique* de contracter, son arrêt est censuré car il est reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir « *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* », donc qu'il ne s'agissait pas 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, et 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 2016¹⁹. 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 (à la nature du régime de responsabilité, et donc la solution pratique, près) que celle prévalant avant l'arrêt 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, mais, 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, tandis qu'il s'agit du domaine d'élection des chambres civiles, est l'un des éléments qui a conduit la Cour de

¹⁸ Cass. civ. 3^e, 11 mai 2011, n°10-12.875: D.2011, p.1457, note D.Mazeaud, p. 1460, note D. Mainguy ; JCPN 2011. 1163, rapp. G. Rouzet ; adde: Y. Paclot et E. Moreau, « L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente » : JCP 2011. 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. 231 ; D. Mainguy, « À propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse unilatérale de vente », JCP G 2012. 808. Comp. Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526 (reproduisant la solution de la 3^e ch. civ.) et Cass. civ. 3^e, 6 sept. 2011, n° 10-20.362 (contre cette solution).

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.

cassation 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, ce deuxième 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 cesserait pas, pour envisager demain, une fois le principe de ce mouvement digéré, des situations autrement plus complexes, comme l'application des règles nouvelles en matière de résolution unilatérale de l'article 1226, ou de changement de circonstances économiques de l'article 1195 du Code civil par exemple, une application « *à la lumière* », par touche, dans la plus belle tradition impressionniste.



Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 *bis* bvd Pasteur / 9 *bis* rue Saint Alexis 34000 Montpellier
Tel : 06 50 36 78 60