Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion

La loyauté dans les relations de travail

Thèse pour obtenir le grade

Docteur en Droit de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement par

Léa AMIC

Le 19 décembre 2014

Directeur de Thèse

Monsieur Franck PETIT
Professeur à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse – Doyen de la faculté de droit

Membres du Jury

Madame Valérie BERNAUD
Maître de conférences-HDR à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Monsieur Bernard BOSSU
Professeur à l'Université Lille 2 – Doyen de la faculté de droit (Rapporteur)

Monsieur Alexis BUDAGA
Professeur à l'Université Aix-Marseille

Monsieur Arnaud MARTINON
Professeur à l'école de droit à la Sorbonne (Rapporteur)

Monsieur Denis MOURALIS
Professeur à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Monsieur Franck PETIT
Professeur à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse – Doyen de la faculté de droit

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme étant propres à leur auteur ».

Aux Docteurs S. AMIC et F. AMIC

REMERCIEMENTS

Je tiens avant tout à remercier Monsieur le Professeur Franck PETIT pour avoir accepté de diriger cette recherche, pour ses patientes relectures, ses conseils avisés et sa grande disponibilité.

Je remercie également les membres du jury qui me font l'honneur de participer à l'appréciation de ce travail.

Mes sincères remerciements vont également aux professeurs et enseignants sous la direction desquels j'ai pu avoir le plaisir d'assurer des travaux dirigés.

J'adresse également mes remerciements à toute l'équipe pédagogique du Lycée Jean-Henri Fabre de Carpentras, et spécialement à Mesdames PAULET et SABATIER pour la bienveillance et la gentillesse dont elles ont fait preuve à mon égard. Merci également à tous mes collègues de la vie scolaire pour leur soutien et leurs encouragements.

Je remercie encore mon père pour l'intérêt constant qu'il a pu porter à mes recherches et aux détails de leur avancement tout au long de ces années. Merci à Jérémy pour sa disponibilité, sa patience et son écoute attentive. Et merci à Gabriel d'avoir tant égayé ces années de thèse.

Je remercie naturellement ma mère et ma sœur, l'une pour sa coopération informatique, l'autre pour ses vigilantes corrections. Elles reconnaîtront sans mal leurs mérites respectifs ; elles partagent en tout cas ma profonde gratitude.

Enfin, mes plus vifs remerciements à Jennifer CIOLFI et Alice TURINETTI, sans lesquelles ce travail n'aurait pu aboutir. Infiniment merci à vous. Votre aide, votre générosité et votre amitié ont été précieuses.

LISTE DES ABREVIATIONS

Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
CA	Cour d'appel
Civ. (1, 2, 3)	Cour de cassation Chambre civile (première, seconde, troisième)
Coll.	Collection
Com.	Cour de cassation Chambre commerciale
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Crim.	Cour de cassation chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dr. soc.	Revue de droit social
éd.	Edition
Gaz.	Gazette du Palais
Infra	Ci-dessous
JCP E	Juris-classeur périodique édition entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique édition générale
JCP S	Juris-classeur périodique édition sociale
JO	Journal officiel.
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches

Mixte	Cour de cassation chambre mixte
Op. cit.	Opere citato (ouvrage déjà cité)
p.	Page
préc.	Précité
PUF	Presses Universitaires de France
RDC	Revue droit des contrats
RDT	Revue droit du travail
Rép. Civ.	Répertoire encyclopédique Dalloz
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Soc.	Cour de cassation Chambre sociale
SSL	Semaine Sociale Lamy
Sup.	Supplément
Supra	Ci-dessus
V.	Voir
vol.	Volume

SOMMAIRE

Partie 1 L'émergence de la notion de loyauté

Titre 1 L'échec de la présomption de justice contractuelle

Chapitre 1 Une théorisation artificielle et doctrinaire

Chapitre 2 Un régime présomptif inadapté aux relations de travail

Titre 2 La nécessité de garanties effectives à la justice contractuelle

Chapitre 1 Une socialisation fonctionnelle

Chapitre 2 Une socialisation conceptuelle

Partie 2 L'utilité de l'obligation de loyauté

Titre 1 L'obligation de loyauté dans l'édification du rapport d'emploi

Chapitre 1 La loyauté de la négociation collective

Chapitre 2 La loyauté du recrutement individuel

Titre 2 L'obligation de loyauté dans la réalisation du rapport d'emploi

Chapitre 1 La loyauté de l'exécution du contrat de travail

Chapitre 2 La loyauté de l'application de la convention collective

INTRODUCTION

« *Une notion vide de tout contenu réel dans notre droit positif* »[1]. On a tendance à utiliser cette définition de la bonne foi, dégagée par R. Vouin en 1939, pour mettre en exergue le *destin* exceptionnel de l'obligation dans la matière contractuelle, et spécialement dans le contrat de travail. En effet, la bonne foi, notion encore « *prometteuse* »[2] il y a quelques années, s'est révélée particulièrement « *féconde* »[3]. Elle est aujourd'hui éminemment « *moderne* »[4]. La spécificité de cette évolution fulgurante tient cependant en ce qu'elle n'a pas véritablement conduit à une remise en cause de l'observation formulée il y a quelque 75 ans par Monsieur Vouin. En dépit de la multitude de décisions rendues sur son fondement, de la centralité doctrinale qu'elle a pu acquérir et de l'intérêt confirmé du législateur à son égard, l'obligation d'exécution de bonne foi demeure vide de tout contenu réel, plus précisément elle est dépourvue de contenu déterminé. En cela, la bonne foi a posé un problème à la communauté des juristes. Contrainte de reconnaître sa vigueur et son expansion croissante, elle s'est trouvée dans l'incapacité d'en donner une définition, au pire commune, au mieux unique. La difficulté résulte de l'éclatement et du désordre apparent de ses manifestations. Des logiques générales ont toutefois utilement pu être dégagées et proposées ; il convient de les exposer et de les confronter.

La première d'entre elles vise à considérer la bonne foi comme un moyen permettant au législateur et aux tribunaux de « *faire pénétrer la règle morale dans le droit* »[5]. Cette conception est la plus connue, elle est sans doute aussi la plus dépassée. Ripert pouvait

[1] R. VOUIN, *La bonne foi. Notions et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939, n° 243.
[2] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706.
[3] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706.
[4] Q. URBAN, *La « bonne foi », un concept utile à la régulation des relations individuelles de travail*, Le droit social – La droit comparé, Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2003, n° 6, Presses universitaires de Strasbourg, p. 339.
[5] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., 2000, 1949, n° 157.

élaborer des constructions prospectives, il demeure qu'il n'a pas connu l'expansion jurisprudentielle de l'obligation, à l'instar de R. Vouin qui a pu en tirer le constat positif évoqué. Pour autant, il est vrai que les manifestations contractuelles de l'obligation, en ce qu'elles débitent généralement la partie forte et créditent corrélativement la partie faible, amènent indéniablement à l'esprit la référence à un standard de comportement contractuel bienveillant, qui s'apparente fortement à celui de feu le *bon père de famille*. Sont dès lors justifiées les remarques selon lesquelles la bonne foi se définit comme « *une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante* »[6], et qu'elle révèle « *un résidu d'équité que le droit ne peut éliminer* »[7]. La moralité, devenue désuète au XXI^{ème} siècle, a laissé par ailleurs la place au concept moderne de l'éthique, qui a pu absorber la finalité de la notion, laquelle s'est ainsi vue apparentée à une « *norme éthique de conduite à contenu indéterminé* »[8]. Un certain renoncement à la formalisation d'une définition sécurisée a également pu être observé au travers de la reconnaissance du caractère fondamentalement variable de la bonne foi, appréhendée dès lors comme « *une notion insaisissable* »[9].

Si cette imprévisibilité peut être source d' « *insécurité juridique* »[10], c'est encore « *son imprécision qui fait son intérêt* »[11]. « *A contenu plastique* »[12], « *adaptable à chaque circonstance* »[13], la notion, « *d'une irréductible incertitude et d'un incompressible subjectivisme* »[14], devient bientôt un « *principe fondateur qui imprègne tout le droit des contrats* »[15]. Grâce à la bonne foi, « *le juge peut [enfin] rendre le droit moins rigide, plus flexible, moins désincarné et plus humble* »[16]. Ce « *mot alibi* »[17] constitue désormais « *une règle juridique source de droits et d'obligations* » dont l'incertaine manifestation se résout par l'évocation de ses « *multiples applications pratiques* »[18]. Elle demeure cependant « *l'arme*

[6] P. JOURDAIN, Rapport H. Capitant, La bonne foi, p. 121.
[7] G. LYON-CAEN, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, RTD civ. 1946, p. 83.
[8] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706.
[9] D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, Mélanges Henri Blaise, Economica, 1995, p. 128.
[10] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706.
[11] B. BOSSU, *La loyauté*, Les notions fondamentales, Colloques (dir.) B. TEYSSIE, p. 185.
[12] A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 6ème éd. 1997, n° 285, p. 188.
[13] B. GAURIAU, note sous Soc. 18 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 734.
[14] M. FABRE-MAGNAN, Les obligations, Thèmis, PUF, 1ère éd. 2004, n° 29, p. 63.
[15] *Ibid.*
[16] D. MAZEAUD, Solidarisme contractuel et réalisation du contrat, in Le solidarime contractuel, Economica, 2004, p. 59.
[17] G. LYON-CAEN, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, RTD civ. 1946, p. 83.
[18] D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, Mélanges Henri Blaise, Economica, 1995, p. 128.

des faibles »[19], au premier rang desquels les contractants subordonnés. Le rapport de travail a constitué à cet égard un « *domaine d'élection pour l'obligation de bonne foi* »[20].

L'investissement massif de la sphère contractuelle sociale s'est cependant complexifié encore de l'introduction d'un terme innovant. Il est apparu en effet que la Chambre sociale de la Cour de cassation a largement visé « *l'exécution loyale du contrat de travail* », ajoutant obscurément à la prescription selon laquelle « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ». La vivacité des obligations déduites ou induites de la loyauté a pu étonner, de sorte que s'en est même ouvert, brièvement[21], un débat relativement à leur nature[22]. S'il a pu être évoqué une excessive mobilisation[23], la doctrine travailliste s'est finalement accommodée de l'opportunité majoritairement admise des applications de la loyauté et de la bonne foi au rapport de travail, et la nature même du lien contractuel a pu justifier rétrospectivement l'introduction et le déploiement jurisprudentiel de la notion. En ce sens, le contrat de travail suppose – ou nécessite – une certaine confiance garantie et sanctionnée légitimement par l'obligation[24]. De même, l'exorbitance du pouvoir de l'employeur « *qui risque de dégénérer en abus doit être dicté par des raisons objectives, liées à l'intérêt de l'entreprise* »[25], la loyauté, en ce qu'elle permet « *un contrôle sur les motifs et la manière d'user du contrat* »[26], se révèle en conséquence particulièrement adéquate. Il lui a à cet égard été attribué le mérite de « *civiliser les relations sociales* » par la « *substitution du droit aux rapports de forces* »[27].

La question s'est naturellement posée de la différence matérielle entre les notions de loyauté et de bonne foi. A l'impossible définition s'est cependant superposée l'impossible distinction. On relève à ce sujet en doctrine la confusion prégnante en droit positif. S'il est

---

[19] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52.
[20] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706.
[21] R. DESGORCES, La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuels et perspectives, Thèse, Paris II 1992, p. 125.
[22] PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, LGDJ, 2000, p. 133.
[23] J.-P. CHAZAL, *Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ?* in La nouvelle crise du contrat, Dalloz 2003, p. 103.
[24] « *Le rapport d'emploi salarié rejoint, selon une classification empruntée à L. Aynès, la catégorie des relations de confiance dans laquelle la bonne foi contractuelle et ses differents prolongements revétent la plus forte intensité* (CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706).
[25] Q. URBAN, *La « bonne foi », un concept utile à la régulation des relations individuelles de travail*, Le droit social – La droit comparé, Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2003, n° 6, Presses universitaires de Strasbourg, p. 339.
[26] *Ibid*.
[27] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52.

affirmé que « *l'obligation de loyauté imprègne […] le droit tout entier au travers du principe moral de bonne foi* »[28] ou que « *la bonne foi apparaît finalement comme la consécration générale d'une exigence de loyauté dont le degré, mais non le principe, peut être défini par le législateur ou, à défaut, déterminé par la jurisprudence, à partir des usages et plus généralement des bonnes pratiques contractuelles* »[29], il demeure impossible d'affirmer avec certitude que la loyauté procède de la bonne foi, ou que la seconde a pu être dégagée de la première. On trouve pourtant des explications théoriques. Il a pour exemple été avancé que la préférence du terme de loyauté en droit du travail se justifiait d'une « *appropriation spécifique de la notion* » dans le but d'éviter l'établissement d'une « *filiation trop directe avec le droit des obligations* » ; la particularité du terme répondrait en ce sens à « *la spécificité du droit du travail* », et la loyauté permettrait une meilleure considération de « *la situation sociale de subordination* »[30]. On trouve encore des tentatives de décryptages étymologiques intéressantes mais *in fine* indéterminantes[31]. Enfin, les explications techniques pourraient être convaincantes si elles n'étaient pas désavouées par la jurisprudence. En dépit du double rappel légal de l'application de la bonne foi aux relations individuelles de travail[32] et de la proscription expresse de toute déloyauté aux rapports collectifs[33], il apparaît en effet que le jurisprudence fait un usage indifférencié des terminologies à l'ensemble des relations de travail. Du reste, si la notion de loyauté semble préférée par certains auteurs intervenant en matière sociale[34], « *on parle aussi bien de bonne foi que d'obligation de loyauté* »[35]. En tout état de cause, une certitude semble pouvoir s'établir à ce sujet relativement au fondement de la notion : « *le devoir de loyauté se rattache aux articles 1134 al. 3 et 1135 du Code civil* »[36]. Bien qu'issu du droit commun, « *l'obligation de loyauté trouve néanmoins application dans la relation individuelle de travail puisqu'en dépit de son autonomie, le droit du travail continue à faire référence à certains concepts du droit civil* »[37].

[28] F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 2013, n° 441.
[29] J. GHESTIN, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, LGDJ, n° 184.
[30] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52.
[31] « *Etymologiquement, « loyal » « leial » qui provient du langage de la chevalerie traduisait la fidélité jusqu'à sa mort, le sens de la parole donnée, le respect de l'engagement. Elle participe de l'honneur* » (L. AYNES, *L'obligation de loyauté*, Arch. de phil. 2000, n° 44, p. 196).
[32] Art. 1134 C. civ. et L. 1221-1 C. trav.
[33] Art. L. 2262-4 C. trav.
[34] D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, Mélanges Henri Blaise, Economica, 1995, p. 128.
[35] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 6ème éd., 1997, Montchrétien, p. 188, Travaux de l'association H. Capitant, La bonne foi, 1992, Litec, p. 285.
[36] J. GHESTIN, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, LGDJ, n° 184.
[37] *Ibid.*

Le recours croissant aux obligations de bonne foi et de loyauté, commun aux matières civile et sociale, s'il a pu intéresser par l'aspect novateur de ses applications pratiques, a pu également, en l'absence de définition viable, conduire à des questionnements plus théoriques. Il est par ailleurs légitime que l'hermétisme déduit des applications d'une obligation nouvelle commande à s'intéresser à sa source. Il a en conséquence été entrepris la détermination – tout du moins l'explication – de la bonne foi contractuelle au regard de ses origines juridiques. Il s'est agi, bien sûr, de questionner la théorie contractuelle. A l'impossible détermination matérielle se sont alors ajoutées l'incertitude et l'instabilité des fondements idéologiques.

Quant aux notions de bonne foi et de loyauté, sans doute l'approche purement matérielle n'est-elle pas la plus opportune. L'approche globale, l'approche conceptuelle – voire idéologique – doit-elle être préférée. Quant à la source, inutile d'entreprendre de vastes recherches. La règle de l'exécution contractuelle de bonne foi naît en 1804, exactement le 21 mars 1804. Pour autant, il faudra curieusement attendre presque deux siècles pour que cette prescription implique une conséquence contractuelle positive. Jusqu'au 20 mars 1985[38], l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil n'avait jamais fondé une solution de jurisprudence, ni sanctionné un comportement contractuel. La raison est idéologique ; elle a trait à l'application du dogme classique, qui pose en commandement ultime que l'exécution d'un contrat se fasse conformément aux seules prévisions initiales des parties, sans l'intervention du juge. Il faut évoquer à ce propos la vigueur du déploiement de la théorie de l'autonomie de la volonté, et spécialement du principe de l'intangibilité contractuelle issu de l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil. Celui-ci, alors qu'il rappelait simplement et ordinairement – presque inutilement – que les contrats obligent, a été revisité d'une essence quasi divine par les tenants du dogme libéral ; le contrat issu de l'expression des seules volontés des contractants comportait dès lors en son sein la seule justice contractuelle acceptable, celle des parties. Au sens de cette philosophie, il était effectivement inacceptable que le juge mobilise en matière contractuelle une notion aussi indéfinie et potentiellement invasive que peut l'être l'obligation de loyauté.

[38] Civ. 1ère, 20 mars 1985, Bull. I, 1985, n°109 : Une compagnie d'assurance n'est pas de bonne foi si elle refuse de payer l'indemnité pour vol d'un véhicule sous le prétexte que l'antivol n'était pas d'un modèle agréé, alors qu'elle n'établit pas qu'elle avait indiqué à l'assuré les types agréés et qu'elle avait encaissé les primes pendant trois ans.

Quant à la bonne foi dont dispose l'alinéa 3, on constate en effet que « *cette disposition longtemps assoupie n'a été redécouverte par les tribunaux que [tardivement], ce qui correspond à un changement général d'attitude des juges, moins respectueux de la volonté des parties et plus désireux d'introduire par toutes les voies possibles un contrôle de moralité et de justice dans les contrats* »[39]. C'est en tout état de cause ainsi que l'évolution a pu être formalisée. Le passage de l'autonomie de la volonté à l'exigence de loyauté aurait résulté de la volonté d'introduire à tout prix davantage d'équité dans les contrats. Cette justification apparaît toutefois un peu simple. Il est vrai du reste que ce fameux dogme a commencé à péricliter sérieusement en même temps que la notion de bonne foi connaissait une accélération de sa mobilisation dans l'exécution contractuelle. La remise en cause de l'opportunité, de la véracité et de la justice de la théorie fondatrice a marqué le développement de l'obligation de bonne foi. De manière plus générale, l'intervention du juge dans le contrat s'est libéralisée. Et en doctrine, les questionnements se sont portés sur la justice contractuelle, sa recherche, sa définition, sa garantie et ses moyens. D'autres mouvements philosophiques, d'autres idéologies contractuelles, existant en réalité depuis le centenaire, ont été repris, développés et discutés. Il s'agit notamment du solidarisme contractuel, dans son acception contemporaine.

C'est par ailleurs (à peu près) à ce stade qu'on a pu assister à l'émergence de l'obligation de loyauté contractuelle, spécialement en matière sociale. Un développement rapidement optimisé, puisque l'obligation d'exécution loyale du contrat de travail connaît désormais de très nombreuses applications. Au regard de ces brefs propos, il paraît effectivement inconcevable de ne pas lier la loyauté et la bonne foi à leur contexte général. Précisément, à l'idéologie juridique contractuelle, doctrinale, jurisprudentielle, qui les sous-tend parfois, qui les domine souvent. « *Toute norme est sous-tendue par une conception de la société* »[40] écrivait le Professeur Savaux. Effectivement, le standard de comportement contractuel et son appréciation reflètent les conceptions sociales ambiantes. Celles-ci étant largement fluctuantes, il est par ailleurs nécessaire que toute norme à référence comportementale soit formulée de manière à absorber et retranscrire les changements de représentations. C'est bien le cas pour ces notions. On remarque par ailleurs la force des tendances doctrinaires à leur impact sur le droit. Déjà, pour les effets spectaculaires qu'a

[39] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 6ème éd., 1997, Montchrétien, p. 188, Travaux de l'association H. Capitant, La bonne foi, 1992, Litec.
[40] L. GRYNBAUM et M. NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Etudes Juridiques, Economica, 2004, p. 3.

déployés la théorie de l'autonomie de la volonté sur un régime contractuel qui n'avait absolument pas été rédigé à son image. Surtout, pour ceux que l'enjeu d'une autre justice contractuelle a impulsé en droit positif, à commencer par un changement de terminologie, spécialement en matière sociale, pour un terme qui ne connaît aucun fondement textuel. Son seul fondement, hors la filiation avec la bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, réside dans la certitude qu'a acquis l'ordre juridique qu'il convenait de garantir une certaine justice contractuelle. En témoigne le caractère éclaté, protéiforme, dissocié et étendu de la finalement très simple obligation d'exécution loyale du contrat. Elle implique en ce sens autant d'interdictions que d'actions particulières aux parties, conséquentes dans leurs implications, et fondées sur la seule exigence de *loyauté*. Elle est également dissociée selon qu'elle s'adresse à l'employeur ou au salarié. Enfin, elle est étendue. L'exécution loyale du contrat impose en effet une série de prescriptions particulières bien avant la formation de l'acte, au cours de sa négociation, pendant sa suspension et après sa résiliation. Elle tente de normaliser, d'équilibrer, de corriger et de pérenniser une relation interindividuelle ou collective au regard de sa nature.

Elle est dissociée selon la partie à laquelle elle s'adresse ; cet élément paraît opportunément logique. En effet, les fonctions, statuts et obligations contractuelles de l'employeur et du salarié différent considérablement, il en résulte que les comportements et les postures doivent être distingués. D'autant plus que le contrat de travail constitue un acte juridique résultant d'un déséquilibre, et dont l'objet est d'affirmer, de contracter ou de contractualiser l'inégalité des parties. Elle est étendue et s'applique hors du cadre strictement contractuel ; c'est là encore s'adapter à une spécificité de la matière sociale, les relations de travail dépassent dans leurs applications le cadre strictement contractuel. La relation à l'employeur ne cesse pas lors des congés, ou lors d'un arrêt causé par la maladie, ou encore après plusieurs années passées dans une entreprise pour un cadre. En effet, bien consciente que la relation de travail déborde elle-même le rapport contractuel, l'obligation d'exécution loyale s'applique pendant la suspension du contrat, et après son extinction.

Enfin, l'obligation de loyauté s'exerce également dans les rapports collectifs de travail. Une fois encore, elle s'applique véritablement pendant la phase la plus *sensible*, celle de l'élaboration d'un acte majeur. Admettons cependant que si elle tend à sécuriser la relation, elle n'est pas, au sens strict, conforme à l'exigence de sécurité juridique, et se révèle peu prévisible dans ses commandements. Conformément aux conceptions qui l'ont créée, elle

préfère en réalité la sécurité relationnelle à la sécurité juridique. La loyauté est en tout état de cause utile au contrat. Elle est utile au contrat, mais elle est également utile au droit.

La loyauté révèle également une dimension juridique structurelle. On remarque en ce sens que le concept de loyauté accompagne et nourrit des mouvements généraux d'envergure *institutionnelle.* Il s'agit d'une part de la tendance contemporaine qui vise à déléguer l'édiction des normes concernées aux partenaires sociaux. Celle-ci, d'étatique et unilatérale, devient conventionnelle et négociée. La *conventionnalisation* du droit social constitue un phénomène qui s'apparente à une mutation organique du droit. La loyauté agit ici. Elle s'applique notamment à la négociation collective en déroulant un certain nombre de prescriptions aux parties qui vont du calendrier des négociations à la communication des pièces. Elle opère alors comme une garantie de l'édiction efficace de l'acte final. Un acte efficace sera par ailleurs utile aux relations. Il s'agit d'autre part de garantir les droits constitutionnels des salariés au niveau contractuel. La *constitutionnalisation* relève également d'une mutation structurelle du droit social. On observe dès lors que les applications de la loyauté contractuelle agissent sur des éléments particuliers qui relèvent des droits fondamentaux du salarié ; qu'il s'agisse de sa liberté et de sa vie privée, et plus subtilement du droit à l'emploi.

Outil d'ajustement relationnel ou d'accompagnement de mutations organiques et structurelles du droit, la loyauté, qu'elle soit contractuelle ou institutionnelle est incontournable. Il apparaît en tout état de cause que son émergence ne résulte pas de la seule variation des doctrines contractuelles, et ressort davantage d'évolutions juridiques globales qui affectent immanquablement le contrat et ont pu participer à sa modélisation. L'affirmation des droits fondamentaux des salariés, largement issue de la jurisprudence de la Cour de cassation, révèle en ce sens un mouvement qui a pu s'intégrer efficacement au rapport individuel, au travers notamment de l'obligation contractuelle de loyauté. De même, le phénomène de délégation normative, et l'importance matérielle donnée progressivement aux normes sociales négociées, spécialement à l'entreprise, a raisonnablement conduit à une modification conceptuelle de la convention. Une fois encore, l'obligation de loyauté intervient en renfort, en garantie d'une négociation effective et d'une norme efficace.

Le caractère relativement récent de son émergence dans l'édifice juridique, spécialement jurisprudentiel, contractuel et social, ainsi que la relative novation de ses applications dans le contrat, lequel était en effet auparavant peu investi par le juge et qui désormais s'inonde de diverses obligations de loyauté à charge des parties, conduit à resituer la naissance de l'obligation de loyauté au regard de la maturation même de l'ordre juridique social, et non pas seulement des théories contractuelles. Le caractère désordonné et éclaté de ses manifestations positives commande en outre à rechercher une utilité fonctionnelle aux obligations de loyauté imposées aux relations de travail. A cet égard, des différences sensibles doivent être bien sûr observées selon qu'elles s'appliquent aux rapports collectifs ou individuels de travail.

La loyauté appelle en ce sens à un effort de conceptualisation qui nécessite de s'intéresser précisément à la notion sous l'angle de son émergence (PARTIE 1) pour ensuite s'attacher efficacement à démontrer l'utilité de l'obligation (PARTIE 2).

PARTIE 1 : L'EMERGENCE DE LA NOTION DE LOYAUTE

PARTIE 2 : L'UTILITE DE L'OBLIGATION DE LOYAUTE

PARTIE 1

L'EMERGENCE DE LA NOTION DE LOYAUTE

1. La bonne foi, puis la loyauté, seraient nées du déclin de la doctrine libérale classique, éprouvée par l'injustice flagrante des solutions qu'elle commandait. Si, effectivement, il apparaît que l'autonomie de la volonté, en tant qu'idéologie juridique fondatrice du régime général du droit des obligations contractuelles, a échoué à garantir la justice, l'équité et – il semblerait – l'utilité des relations inter-individuelles, spécialement en matière de travail, sa théorisation doit cependant être mise en cause au même titre que ses postulats, et les enseignements doivent être tirés (TITRE 1). Quant à la socialisation induite de l'émergence et de la mobilisation croissante des obligations de bonne foi et de loyauté contractuelle dans le rapport d'emploi, il faut encore réfuter l'affirmation selon laquelle le droit du travail, en quête de justice et d'équité, se serait engouffré dans un assouplissement du régime strictement contractuel, dont la base se trouverait au seul article 1134 al. 3 du Code civil. L'émergence d'abord, la mobilisation ensuite, de cet alinéa doivent selon nous se comprendre dans une évolution juridique globale, qui comprend spécialement les évolutions conceptuelles et les mutations institutionnelles qui leur sont concomitantes sur l'exacte même période (TITRE 2).

TITRE 1 : L'ECHEC DE LA PRESOMPTION LIBERALE DE JUSTICE CONTRACTUELLE

TITRE 2 : LA NECESSITE DE GARANTIES EFFECTIVES A LA JUSTICE CONTRACTUELLE

TITRE 1

L'ECHEC DE LA PRESOMPTION DE JUSTICE CONTRACTUELLE

2. Le libéralisme contractuel a échoué à garantir l'équilibre et la justice des contrats, spécialement en matière de travail. La théorisation de ses postulats révèle en effet une idéologie doctrinaire et présomptive qui a procédé selon des considérations purement philosophiques (CHAPITRE 1). Appliquée aux *vrais* rapports contractuels, notamment de travail, elle a impulsé la détermination d'un régime proprement inadapté, sur les bases duquel le pouvoir d'une partie a pu prospérer, engageant corrélativement la subordination exorbitante de l'autre (CHAPITRE 2), c'est ainsi que l'individualisme juridique a généré la définition du contrat de travail moderne.

CHAPITRE 1 : UNE THEORISATION ARTIFICIELLE ET DOCTRINAIRE

CHAPITRE 2 : UN REGIME PRESOMPTIF ET INADAPTE

CHAPITRE 1

UNE THEORISATION ARTIFICIELLE ET DOCTRINAIRE

3. L'inefficacité de la théorie de l'autonomie de la volonté s'explique en grande partie à la lumière de sa théorisation. Loin d'être consacrée par le Code civil dans sa partie relative au régime des obligations, celle-ci lui est bien postérieure, tant dans sa formalisation que dans son application. Si le régime contractuel a été initialement rédigé dans la volonté d'assurer l'inter-individualité des contractants, le contrat originellement voulu comme un acte soumis dans sa nature à la loi, et son exécution au contrôle du juge (SECTION 1), la théorie libérale a entendu fonder *a posteriori,* et de manière rétroactive, le régime contractuel sur l'autel de l'individualisme, et le contrat comme un acte tirant toute sa force de la seule volonté individuelle (SECTION 2).

SECTION 1

L'ENJEU SOCIAL A LA REDACTION DU CODE CIVIL

4. Les rédacteurs du Code civil l'ont en effet voulu un outil de rétablissement social[41]. En ce sens, le fameux Code des français, loin de constituer une parfaite consécration de la liberté et un absolu couronnement de la volonté, avait en réalité vocation à restaurer le lien social, assurer l'interdépendance et garantir l'altérité et l'équité dans les rapports inter individuels. Pour aussi nets qu'ils soient, les enjeux qui ont présidé à l'écriture du Code civil ne peuvent cependant se comprendre sans une brève analyse des événements politiques et sociaux antérieurs. Ceux-là sont directement responsables de l'objectif avéré et revendiqué du rétablissement de la société civile par un droit finalement bien plus social et utile que libéral et philosophique. Il apparait en conséquence nécessaire de dresser un rapide constat de l'héritage de la Révolution à la toute fin des années 1790 (PARAGRAPHE 1), afin d'appréhender précisément la finalité que les codificateurs des années 1800 ont entendu attacher au Code civil (PARAGRAPHE 2).

[41] Il n'y a, pour s'en convaincre, qu'à lire les écrits de ses codificateurs et de bon nombre de leurs contemporains sur le sujet. L'état d'esprit d'un Portalis ou d'un Tribun à la toute fin du XVIII^{ème} ou au début du XIX^{ème} siècle y est clairement et parfaitement retranscrit.

PARAGRAPHE 1 : UNE SOCIETE DISSOUTE PAR L'ANTAGONISME DES INDIVIDUALITES

5. Les observateurs privilégiés de la fin du XVIII[ème] siècle ont largement constaté, expliqué et commenté l'état désastreux de la société française au crépuscule de la Révolution (I). Ces auteurs ont encore amplement pris leur part dans l'amorce des solutions, et le développement des propositions (II).

I : L'UNANIME CONSTERNATION

6. La violence et le pessimisme dominent les propos des observateurs de cette période. Les constats sont violents (A), et ils précèdent des analyses décisives (B).

A. Des constats affligés

7. Un *« détraquement psycho-politique de grande envergure,* […] *un ébranlement psycho-social* ». C'est ainsi que l'on peut qualifier les conséquences d'un « *cycle d'anarchie et de folies sanguinaires »* [42]. Le régime de la Convention – puis finalement la tyrannie de la Terreur – instauré par Robespierre aura en effet provoqué quelques années après la Révolution un grave dérèglement de l'ordre social. Au-delà des raisons politiques qu'il n'y a pas lieu ici de reprendre, les explications sont économiques[43] et bien sûr juridiques[44]. Le plus traumatisant résidant sans doute dans le desserrement des rapports familiaux[45]. L'atteinte à la cellule familiale a par ailleurs été accompagnée du relâchement plus général et plus inquiétant des liens sociaux. Ce n'est cependant pas tant la réalité de l'état de la société française au soir du XVIII[ème] siècle qui importe, ce sont plutôt les perceptions qu'en ont eues ses auteurs contemporains, ceux-là même dont une infime partie allait entreprendre ou influencer à l'aube du XIX[ème] siècle la rédaction du Code civil.

---

[42] X. MARTIN, *Fondements politiques du Code Napoléon*, RTD Civ. 2003, p. 248.

[43] Notamment l'inflation monétaire et « *le fléau du papier monnaie […] qui confond les éléments de l'ordre social […] et jette dans les horreurs du chaos »* (Girod de l'Ain au Conseil des Anciens le 2 juill. 1797, Moniteur, n° 292, 10 juill. 1797, p. 1167, col. 1).

[44] Avec les réformes de l'état civil, la modification du calendrier, l'adoption des nouvelles lois successorales, la refonte de la propriété etc.

[45] Causé notamment par la reconnaissance du divorce, la réduction de l'autorité paternelle et la promotion de l'enfant naturel.

8. Gouverneur Morris, concernant son séjour en France, retient ainsi que : *« Paris est l'endroit le plus pervers qui puisse exister. Tout n'y est qu'inceste, meurtre, bestialité, fraude, rapine, oppression, bassesse, cruauté ; c'est cependant la ville qui s'est faite le champion de la cause sacrée de la liberté »*[46]. Jean-Louis Menestra, membre du Comité révolutionnaire, note pour sa part que *« Le Français ne respirait que le sang […] Le voisin dénonçait d'un sang-froid son voisin. Les liens du sang étaient oubliés »*[47]. Louis-Sébastien Mercier relève encore que « *La dénonciation fut un métier pendant la révolution, ... elle fut plus horrible peut-être que le meurtre ; [...] elle engendra les haines, les perfidies, les ressentiments, les jalousies ; et les liens des familles furent dissous pour longtemps »*[48].

9. Les explications sont par ailleurs tout autant cruelles. Le premier écrit en effet que *« La pression du despotisme qui pesait sur elle ayant été écartée, chaque mauvaise passion exerce son énergie particulière »*[49], ou encore que « *Le soupçon a rompu tous les liens de l'union sociale* »[50]. Pour François-Xavier Lanthenas, *« Les passions rompent tous les liens de la société et finissent par la dissoudre »*[51].Portalis lui-même expliquera : *« On détruisit la faculté de tester, on relâcha les liens du mariage. ... On croyait régénérer et refaire, pour ainsi dire, la société ; on ne travaillait qu'à la dissoudre »*[52]. Ce sont cependant les conséquences que livre une grande partie de ces auteurs qui sont les plus percutantes : *« un déchirement dans les liens de la société »*[53], un retour *« à l'état sauvage »*[54], *« la dissolution du pacte social, et le retour vers une sorte d'état de nature »*[55]… *« La société est* [alors] *détruite jusque dans ses fondements »*[56].

---

[46] G. MORRIS, *Journal de Gouverneur Morris*, *ministre plénipotentiaire des Etats-Unis en France de 1792 à 179*4, E. Pariset, Paris, 1901, p. 207.
[47] J.-L. MENESTRA, *Journal de ma vie, par Jacques-Louis Menestra*, compagnon vitrier, prés. D. Roche, Paris, 1982, p.261.
[48] L.-S. MERCIER, *Le nouveau Paris (1800),* Paris, 1994, p. 452-453.
[49] G. MORRIS, *Journal de Gouverneur Morris, ministre plénipotentiaire des Etats-Unis en France de 1792 à 1794*, E. Pariset, Paris, 1901, p. 107-108.
[50] *Préc.*, p. 383.
[51] F.-X. LANTHENAS, *Motifs de faire du 10 août un jubilé fraternel…, 9 août 1793*, Arch. Parlem. 1/70/624/2.
[52] PORTALIS, *La réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des Français*, au Corps législatif, 28 ventôse an XII (19 mars 1804), Arch. parlem. 2/6/169/2.
[53] L.-S. MERCIER *Le nouveau Paris (1800)*, Paris, 1994, p. 834 (à propos des lois sur le divorce).
[54] *« […] au lieu de perfectionner la société civile »* (Mme DE STAEL*, Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France* (1798), Paris-Genève, 1979, p. 282).
[55] L'administrateur du Conseil du département de Maine-et-Loire à ses concitoyens, le 24 juillet 1792, cité par X. MARTIN, *Fondements politiques du Code Napoléon*, RTD Civ. 2003, p. 251.
[56] E. DE SALM à MALLET DU PAN, 14 sept. 1792, *Mémoires de Malouet*, Paris, 1874, t. 2, p. 362.

10. Au-delà de la consternation, il y a donc l'unanimité. Ces auteurs, qu'ils aient été juristes, écrivains, journalistes, médecins ou artisans, qu'ils aient été favorables à la Révolution de 1789 ou pas, élus à la Convention ou pas, mettent tous en avant les mêmes sentiments : ceux d'une dissolution des « *liens inter-individuels* »[57] et d'une société fortement dégradée. Par ailleurs, certains termes redondants dans leurs écrits interpellent. Tel que, évoqué plus haut, *l'état de nature,* auquel sont opposés *la société* et *l'union, le lien, le pacte*. La fin du XVIII[ème] siècle connaît en vérité une crise du tissu social, de l'édifice social, de l'ordre social[58].

B. Des analyses déterminantes

11. Ce que dénoncent ces observateurs, c'est donc bien le démantèlement des liens de la société causant un retour des individus à un stade primaire, qualifié de *sauvage*, contraire à la *civilisation*. Autrement dit, l'antagonisme des individualités qu'ils croient déceler dans la société française est consubstantiel, toujours de leur point de vue, à une certaine régression des individus. Le *« délitement pathologique des liens sociaux »*[59] a favorisé la promotion de l'individu, donc de l'individualisme[60], qui s'est révélé un prédateur de la société. En même temps que l'individu s'est isolé, la société a périclité. La Révolution *« a presque dissous tous les éléments de la société et réduit le grand corps organique à ses molécules ou aux individualités numériques* »[61]. L'individualisme exacerbé se trouve en effet en conséquence de l'idéologie révolutionnaire, au sens de laquelle la valeur de l'*individu* devait primer celle de *la société.* Pour exemple, Sieyès estimait que les français ne devaient être qu' *« une collection d'individus »*[62] car *« le peuple n'est que la somme des individus »*[63]. De même, Duquesnoy jugeait qu' *« Il faut qu'en France, comme dans la nature […] il n'y ait que des individus »*[64]. Encore, Lequinio expliquait peu avant la Révolution que *« la société générale se fortifierait par la rupture de tous les liens*

[57] X. MARTIN, *Fondements politiques du Code Napoléon*, RTD Civ. 2003, p. 253.
[58] *Préc.*, p. 252. L'auteur évoque également *« un détraquement majeur du composé social »* (même page).
[59] *Préc.*, p. 251.
[60] Un individualisme bien éloigné de celui des Lumières, puisqu'il aura favorisé la « *dévalorisation de la liberté et de la vie humaine »* (X. MARTIN, *Fondements politiques du Code Napoléon*, RTD Civ. 2003, p. 248).
[61] MAINE DE BIRAN à la Chambre des Députés, 12 juin 1820, Arch. Parlem. 2/28/459.
[62] SIEYES, *Délinéaments politiques* (écr. 1774 et 1776), *in* Des manuscrits de Sieyès, 1773-1799, publ. C. Fauré, J. Guilhaumou et J. Valier, Paris, 1999, p. 225. Rappelons par ailleurs qu'il fut membre dès 1795 de la classe des sciences morales et politiques, future Académie des sciences morales et politiques.
[63] SIEYES, *Fragments politiques* (écr. 1774 et 1776), *in* Des manuscrits de Sieyès, 1773-1799, publ. C. Fauré, J. Guilhaumou et J. Valier, Paris, 1999, p. 464.
[64] A. DUQUESNOY, 8 juin 1790, Arch. Parlem. 1/16/149/2.

particuliers »[65]. Nous passerons sur l'enjeu purement politique que représentait alors la remise en cause des constructions sociales et l'isolement de l'individu.

12. A partir de ces perceptions, vont très rapidement et très logiquement émerger des solutions. Puisque le tissu social est déchiré, il va falloir le restaurer.

II : L'ESQUISSE DES SOLUTIONS

13. Si on perçoit une prise de conscience politique quant à l'enjeu du rétablissement social sur cette période (A), on note également la compréhension de la nécessité du caractère juridique de l'entreprise (B).

A. La conscience de l'enjeu politique

14. *« Contre l'anarchie des années récentes, il faut restaurer un tissu social »*[66]. C'est face à cet enjeu politique que se retrouve confronté le Directoire à la toute fin du XVIII[ème] siècle. Pour cela, il va se donner, entres autres ambitions, de tirer l'homme civil *« de l'état sauvage pour le transporter dans la vie sociale »*[67]. Il entend réconcilier les individus[68] et resserrer leurs liens, à commencer par ceux des familles. A ce sujet, Portalis veut le retour de *« l'esprit de famille contre l'esprit de société »*[69], et Cambacérés estime qu'il faut prôner *« les vertus domestiques* [qui] *forment le citoyen »*[70]. Le premier dira encore, tout juste sept ans avant la promulgation du Code civil : *« Rétablissons le gouvernement domestique, si nous voulons fonder solidement le gouvernement civil […] car ce sont les époux fidèles, les bons pères, les bons fils qui font les bons citoyens »*[71]. Avant même de devenir un standard juridique de comportement opportun, *le bon père de famille* est donc un vœu politique. A ce propos, la volonté politique de rétablissement de la société par la réparation du lien social et familial n'est pas qu'une tendance de second plan, puisque lors

[65] J. LEQUINIO, *Les préjugés détruits*, Paris, 1792, p. 144-145.
[66] X. MARTIN, Fondements politiques du Code Napoléon, RTD Civ. 2003, p. 257.
[67] LA REVELLIERE-LEPEAUX, *Mémoires* (écr. 1821-1823), 3 vol., Paris, 1895, t. 2, p. 158.
[68] *« Il s'agit […] de réconcilier des pères, des enfants, des frères, des sœurs, des maris, des femmes, des amis »* Lettre de C.-G. DE TRIBOLET à I. DE CHARRIERE, 10 févr. 1793, I. de Charrière, *Œuvres complètes*, 10 vol., Amsterdam-Genève, 1979-1984, t. 3, 1981, p.498.
[69] PORTALIS au Corps législatif, sur le mariage, 16 ventôse an XI (7 mars 1803), Arch. Parlem. 2/4/89/1.
[70] CAMBACERES à la Convention, 18 vendémiaire an III (9 oct. 1794), Arch. Parlem. 1/99/32/1, Bulletin des Lois, n° 70, p. 6 (adresse rédigée par les trois comités de salut public, de sûreté générale et des lois).
[71] PORTALIS, au Conseil des Anciens, 9 messidor an V (27 juin 1797), Moniteur, n° 286, 16 messidor an V (4 juill. 1797), col. 2, p. 1144.

des élections parlementaires de 1799, les citoyens sont appelés à voter pour *« celui, en un mot, qui a prouvé par des vertus domestiques, qu'il aurait des vertus publiques »*[72]. Malgré cette conscience, le politique seul échoue à réparer les troubles profonds causés par la dictature jacobine. La société demeure disjointe et le régime politique instable. *« Le tissu politique ne se régénère pas. Entre individus, les plaies restent vives, les ressentiments sont exaspérés. Les descellements majeurs de l'édifice social ne se résorbent guère. Certains s'aggravent plutôt, et la France, notamment, est alors affectée d'un immense détraquement des rapports contractuels, dont les causes sont multiples […], et dont l'acuité atteint un degré peu imaginable. En d'autres termes, en ces années du Directoire, le sentiment se perpétue d'un anarchique état de nature, où les relations entre individus sont sinon abolies, du moins affectées de graves corrosions »*[73].

15. L'enjeu de réparation et la volonté de réunifier la société demeurent donc à la toute fin du XVIII^{ème} siècle. L'évolution va cependant se trouver au niveau des moyens projetés. Si la conscience de la problématique reste politique, l'outil va bientôt apparaitre juridique, et *« le droit privé, progressivement, va devenir l'objet d'une attente politique, dont la gravité doit être tenue pour exceptionnelle »*. Il faut en effet assurer *« l'inaltérabilité des liens inter-individuels »* et combler efficacement *« le détail des interstices qui séparent les individus »*. C'est par ailleurs la vocation première du droit privé, *« dont la nature veut justement qu'il s'insinue à la jointure des relations inter-individuelles, avec pour vocation de les stabiliser, ou au minimum de les réguler, le droit privé, dans ce contexte, devient une arme politique littéralement fondamentale »*[74].

B. Le recours à l'outil juridique

16. Comme le droit a jadis contribué à l'éparpillement des individualités, le droit doit désormais œuvrer au recouvrement d'une entité sociale solide. Le droit a jadis désuni la famille, il faut désormais la fortifier par le réarmement de l'autorité paternelle, la consolidation du couple, la dévalorisation de l'enfant naturel. Le droit a jadis insécurisé la propriété, il faut donc désormais la garantir, de même pour les contrats. Les réactions politiques aux idéologies révolutionnaires et aux actes précédents sont totales, et elles

[72] Proclamation signée du Président LA REVELLIERE-LEPEAUX, 23 pluviôse an VII (11 févr. 1799), Moniteur, n°148, 28 pluviôse an VII (16 févr. 1799), col. 2, p. 606.
[73] X. MARTIN, *Fondements politiques du Code Napoléon*, RTD Civ. 2003, p. 253.
[74] X. MARTIN, *Fondements politiques du Code Napoléon*, RTD Civ. 2003, p. 252.

interviennent dès la fin de la Terreur avec la Constitution d'août 1795[75]. Il faut recréer du lien social pour pallier les exacerbations des individualités, cela induit par ailleurs qu'aux droits des citoyens sur les tiers, il doit s'ajouter des devoirs envers les tiers.

17. Ainsi, à la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 s'oppose sur ce sujet la Déclaration des droits et des *devoirs* de l'homme et du citoyen de 1795 (en préambule de la constitution précitée), laquelle prévoit notamment qu'il faut « *faire constamment aux autres le bien que l'on souhaiterait que l'on nous fasse* ». Il s'agit là de sous tendre une exigence de fraternité, de bienveillance, presque d'altérité. La Déclaration des devoirs de 1795 est par ailleurs précédée de la prescription qui veut que « *nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux* ». L'individu est ainsi appréhendé dans ses rapports aux autres, et dans la qualité de ses liens familiaux et sociaux. Il convient cependant de souligner que malgré la conscience politique[76] et la projection des moyens d'action – nécessairement de nature juridique –, ces doléances restent encore sans véritable effet, sans doute à cause de l'instabilité sociale et politique qui persiste et la récence des violents bouleversements juridiques[77] qu'a déjà subis la société française depuis 1789. Finalement, les législations attendues et mentalisées sont très difficiles à entreprendre, alors même qu'elles sont pour beaucoup jugées nécessaires au rétablissement de l'ordre social[78].

18. Ce constat s'applique alors également au projet de Code civil, pourtant vivace depuis le tout début de la Révolution. L'arrivée de Napoléon Bonaparte au pouvoir quelques semaines avant 1800 va permettre d'accélérer et de dynamiser les processus de réparation évoqués. Napoléon voulait unifier le droit pour asseoir son autorité politique. Les juristes chargés de cette mission ont procédé en ayant à l'esprit la nécessité d'une société unie en préalable, et la conscience de la dimension politique de leur entreprise[79].

---

[75] Par ailleurs, il faut noter que cette constitution conditionne le droit d'élire à la propriété, celle-ci attestant d'un lien avec la société. De même que par exemple, pour appartenir à la chambre haute, il faut nécessairement être marié ou veuf (en aucun cas célibataire), ce statut attestant encore d'une insertion dans la société.

[76] Un conventionnel appelle ainsi « *des mesures qui préviennent la dissolution du corps social* » (Richard, 13 vendémiaire an III (4 oct. 1794), Arch. Parlem. 1/98/289/1).

[77] A. Morellet regrette ainsi *« l'activité continuelle d'une législation inquiète et mobile qui a touché, changé même et altéré toutes les relations sociales »* (MORELLET à W. PETTY, marquis de Lansdowne, 13 févr. 1796 (24 pluviôse an IV), *Lettres d'André Morellet*, 2 vol., Oxford, 1991 et 1994, t. 2, p. 217.

[78] A force d' « *impérities […] le lien social est dissous* » (RESTIF DE LA BRETONNE, *Monsieur Nicolas, ou le cœur humain dévoilé*, 6 vol., Paris, 1959, t. 6, Appendice, *Ma politique*, p. 428).

[79] Et ils auront réussi, ce qui, au-delà de notre propos, fera de l'Etat français le véritable « *grand gagnant de la codification* » (J.-L. HALPERIN, *Le Code civil*, Dalloz, Connaissance du droit, 2ème éd., 2003, p. 110). En effet,

PARAGRAPHE 2 : UN CODE GARANT DE L'INTER-INDIVIDUALITE

19. « *Il n'y a pas une disposition du Code civil qui ne tende à rapprocher les citoyens les uns des autres* »[80]. Voilà bien résumé l'enjeu immédiat de ce que l'on a qualifié par la suite de « *constitution sociale* »[81], et même de « *véritable constitution politique de la France* »[82]. L''unification du droit appelle et nécessite l'unification de la société[83]. Dans ces conditions, il apparaît clair que les codificateurs ont procédé sans référence directe aux idées individualistes (I), l'entreprise étant davantage intéressée à la justice et la stabilisation des liens inter-individuels, qu'à la promotion pour elle-même de droits strictement individuels (II).

I : LE NECESSAIRE REJET DES DOCTRINES INDIVIDUALISTES

20. Selon l'image de Cambacérès, « *les rapports de voisinage ne sont plus d'aucune considération dans les mœurs actuelles* »[84]. La suspicion est en effet un héritage tenace de la Révolution. Chez les codificateurs, la volonté de réconciliation va notamment nourrir la crainte de l'individualisme (A), et un certain rejet du droit naturel (B).

---

les auteurs contemporains, s'ils divergent parfois sur leur analyse, s'accordent en tous cas sur l'aspect hautement politique du Code civil. Les commentateurs plus anciens l'avaient également relevé, tel Demolombe, en son temps, pour qui le Code était la « *constitution de la société civile française* » ; « l*es titres du livre premier du Code Napoléon relatifs à l'organisation et au gouvernement des familles, règlent sans doute les relations des particuliers entre eux, du mari et de la femme, du père et des enfants, etc. Il n'est pas là question de la constitution, des pouvoirs publics ; sous ce point de vue, il est vrai de dire que les lois sur la puissance maritale et sur la puissance paternelle font partie du droit privé ; et c'est le Code Napoléon, en effet, c'est-à-dire le code des droits privés, qui en détermine les règles. Et pourtant, croyez-vous que le mari pourrait renoncer à la puissance maritale ou le père à la puissance paternelle ? Croyez-vous qu'un citoyen pourrait se déclarer, à son gré, enfant légitime ou naturel, majeur ou mineur, ou interdit, capable ou incapable de faire tel acte... ? Non sans doute. Et pourquoi ? Parce qu'il s'agit, dans tout ceci, bien plus encore que d'une loi politique, d'une loi d'organisation sociale ! Parce que la société, c'est la famille, la réunion de toutes les familles ; parce qu'il n'y aurait que confusion et anarchie, sans cette distribution souveraine, que le législateur fait à chacun de sa position, et, si je puis dire, de son rôle social et juridique ; parce que, dès lors, toutes ces lois sur le mariage, sur la famille, sur l'état et la capacité des personnes, intéressent au plus haut degré la constitution même de la société, et font, sous ce rapport, essentiellement partie du droit public, de ce droit auquel les parties ne peuvent déroger* » (DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, 4ème éd., Paris, 1869, p. 15-17).

[80] SEDILLEZ, au Tribunat, le 12 floréal an XI (2 mai 1803), Arch. parlem. 2/5/63/1.

[81] J. CARBONNIER, *Les lieux de mémoires,* (dir. P. NORA), t. 2, La nation, 2ème vol., Paris, Gallimard, 1986, p. 293.

[82] CH. GIRAUD, *Précis de l'ancien droit coutumier français*, Paris, 2ème éd., 1875, préface, p. v. De même, J. CARBONNIER, *Introduction*, n° 78 : « *par-delà les constitutions politiques éphémères, le Code civil resta la constitution la plus authentique du pays* ».

[83] A noter cependant que les deux étaient bien naturellement liés, du moins dans l'esprit des responsables de l'époque.

[84] CAMBACERES, au Conseil d'Etat, sur la tutelle, le 22 vendémiaire an XI (14 oct. 1802), Arch. parlem. 2/7/348/2.

A. Une méfiance exacerbée quant à l'individu

21. Il faut souligner que le pouvoir législatif, composé de personnalités qui ont vécu les troubles de cette période, est extrêmement suspicieux à l'égard des individualités, notamment lorsqu'elles sont libérées de toute entrave, et profondément méfiant envers l'homme dans l'état de nature.

22. Il faut véritablement douter, et même carrément réfuter, au regard notamment de nos développements précédents, de l'hypothèse selon laquelle la commission chargée de rédiger le Code civil, ait entendu promouvoir, encourager ou valoriser la volonté et la liberté individuelle. Pour s'en convaincre, il suffit par ailleurs de lire quelques observations formulées par ses membres. Pour Tronchet, « *l'homme isolé* [il faut comprendre naturel] *n'est attaché par aucun lien à un autre individu* »[85], Portalis confirme en effet qu' « *il n'y a que des individus dans la nature* »[86]. Et concernant la *nature*, on devine un certain consensus sur le fait qu'il s'agit du « *mot le plus dangereux peut-être de la langue* »[87]. A son sujet, Chateaubriand assène qu' « *avec ce mot de nature, on a tout perdu* »[88]. Cambacérès, dès la chute de Robespierre, assure que la société doit « *resserrer et multiplier ses relations pour resserrer et multiplier ses liens* »[89], ce que confirme encore Portalis : il ne faut surtout pas « *dans un temps où tant d'événements ont relâché tous les liens* […] *achever de les briser tous* »[90]. En conséquence, il faut donc « *oser revoir et corriger l'œuvre de la nature* »[91]. Cette doléance doit par ailleurs s'appliquer aux contrats puisque, comme le souligne le Ministre de la justice en 1801 : « *Les hommes sont naturellement égoïstes ; ils sont froids pour les affaires d'autrui* »[92].

23. On note dans ces propos plusieurs sentiments particuliers, dont on reviendra sur la résonance lors de l'étude ultérieure des différentes doctrines qui se sont, parfois succédées,

[85] TRONCHET, le 5 avr. 1791, Arch. parlem. 1/24/565/1.
[86] PORTALIS, au Corps législatif, sur la propriété, le 26 nivôse an XII (17 janv. 1804), Arch. parlem. 2/5/206/2.
[87] DESRENAUDES (Tribun), à propos des successions, le 16 prairial an VIII (5 juin 1800), Arch. parlem. 2/1/586/2.
[88] CHATEAUBRIAND, *Atala* (1801), préface, Genève, 1973, p. 156, et l'auteur de préciser : « *Je ne crois point que la pure nature soit la plus belle chose du monde. Je l'ai toujours trouvée fort laide, partout où j'ai eu l'occasion de la voir* ».
[89] CAMBACERES, à la Convention, le 23 fructidor an III (9 sept. 1794), Arch. parlem. 1/97/37/2.
[90] PORTALIS, au Corps législatif, sur le mariage, le 16 ventôse an XI (7 mars 1803), Arch. parlem. 2/4/95/2.
[91] CABANIS, Rapports du physique et du moral de l'homme (1802), repr. de l'éd. de 1844, Paris-Genève, 1980, p. 298.
[92] ABRIAL, au Conseil d'Etat, le 14 vendémiaire an X (6 oct. 1801), Arch. parlem. 2/7/302/1.

souvent chevauchées, en matière contractuelle. Relevons déjà que s'il y a le rejet explicite de l'homme au *naturel,* on trouve également, de manière plus implicite, celui du droit naturel.

B. Une défiance latente quant au droit naturel

24. Il paraît logique que la méfiance de l'individualité s'accompagne d'une certaine défiance envers le droit naturel[93]. Rappelons que celui-ci s'intéresse à l'homme dans sa seule individualité et, surtout, lui attribue des droits individuels subjectifs dont principalement la liberté[94] – dont la promotion ne constitue pas vraiment une priorité pour les codificateurs. Enfin, le droit naturel accorde non seulement une valeur primordiale, voire idéalisée, à l'individu[95], mais il implique et justifie des droits absolus, cela en fonction des seules caractéristiques humaines, des seuls comportements humains, sans intérêt véritable pour leur utilité sociale[96]. Les rédacteurs du Code civil sont, pour leur part, et d'après leur expérience de la *nature de convention*, très septiques envers l'individu, et assez pessimistes quant à la nature humaine. Ils ont assisté aux dérives survenues après que le politique ait isolé le citoyen des autres, et en ont nourri de grandes réserves quant à l'opportunité de promouvoir le droit naturel et d'en suivre les prescriptions dans leur entreprise.

[93] La simplicité de notre remarque n'occulte en rien l'immense foisonnement d'idées et de courants contenus dans cette philosophie, depuis le droit naturel dit classique, dont Platon, Socrate et Aristote seraient les premiers tenants, suivis quelques siècles plus tard par Thomas d'Aquin, jusqu'au droit naturel qualifié de moderne emmené par Thomas Hobbes et John Locke, lesquels introduisent les constructions de l'état de nature et du contrat social. La philosophie du droit naturel dont nous traitons ici est plus précisément celle qui, baignée des Lumières issues de la Renaissance du XVIII^{ème}, s'est développée en référence à la nature de l'homme quelques décennies avant la Révolution française. Pour l'historique des différentes acceptions du droit naturel, ses liens avec les théories de la liberté et les définitions successives du libéralisme depuis le XVI^{ème} siècle, V. notamment F. GAUTIER, *Triomphe et mort du droit naturel en révolution. 1789-1795-1802*, Paris, PUF, 1992 ; M. BELISSA, Y. BOSC, F. GAUTIER (sous la dir.), *Les Lumières et le droit naturel*. *Le libéralisme dans son histoire*, in Républicanismes et droit naturel. Des Humanistes aux Révolutions des droits de l'homme et du citoyen, Paris, Kimé, 2009.

[94] Il s'agit alors d'une réalité imprescriptible, d'une liberté attachée à la personne, et non plus à la propriété, d'origine divine notamment selon Rousseau…

[95] C'est sans doute en cela qu'il s'agit d'une « *règle considérée comme conforme à la nature (de l'homme ou des choses) et à ce titre reconnue comme de droit idéal* » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Capitant, 8ème éd., 2007, PUF, coll. Quadrige, V° Naturel), notoirement opposée au positivisme juridique.

[96] A l'inverse de l'utilité économique et commerciale que présentaient déjà au XVII^{ème} siècle les théories du droit naturel. Hobbes est en ce sens le premier théoricien du droit naturel moderne à l'avoir assimilé au libéralisme économique (L. STRAUSS, *Droit naturel et Histoire*, Chapitre V, Le droit naturel moderne, p. 152 et s., conférences de 1949 publiées en 1953, rééd. Champs Flammarion, 1986). De même que Grotius, à peu près à la même époque, a étudié les relations du droit naturel avec le commerce maritime (A.-J. ARNAUD, *La référence à l'École du droit naturel moderne : les lectures des auteurs du Code civil français*, in La famille, la Loi, l'Etat, Paris, Imp. Nat. et Centre G. Pompidou, 1989, p. 3-9). Les théories de la liberté formalisées à partir du XVI^{ème} siècle ont en ce sens emmené et favorisé très rapidement un libéralisme économique.

25. Par ailleurs, si le droit naturel est largement consacré dans les deux premières constitutions de la Révolution, celles-ci étant fondées sur les Déclarations des droits de l'homme de 1789 et 1793, on n'en retrouve plus aucune trace dans les Constitutions du 22 août 1795 et du 13 décembre 1799, de la même façon que le terme *devoirs* apparaît, et *droits naturels* disparaît[97].

26. Enfin, les Lumières qui ont amplement valorisé la liberté individuelle appellent bien trop dans l'esprit des codificateurs et de leurs pairs l'individualisme mêlé au traumatisme révolutionnaire. La fin des Lumières est par ailleurs située au début de la Révolution française, comme si l'application de la théorie aux travaux pratiques avait eu raison de cette idéologie. Les idées philosophiques et individualistes, bien que présentes à l'esprit des codificateurs[98], ont donc vraisemblablement connu « *quelques inflexions nées du désarroi révolutionnaire* »[99]. M. le Professeur Martin explique ainsi, au sujet des contrats, que « *comme leur expérience de la nature humaine les pousse au pessimisme, il est hors de question […] qu'ils aient voulu rendre un hommage aux volontés individuelles, et voulu consacrer leur auto-nomie. C'est le contraire […] qui s'est passé. L'inconsistance des volontés individuelles est postulée, de leur point de vue, par le sensationnisme des Lumières, puis assez illustrée par les vicissitudes de la Révolution* »[100]. Portalis lui-même qualifiera de « *fausses doctrines* » celles issues des « *sophistes* » et qu'ils « *avaient depuis longtemps éparpillés dans le public, et qui, dès le début de la Révolution, avaient été consignées dans une déclaration solennelle connue sous le nom de déclaration des droits* »[101]. Taclant encore, nominativement cette fois, le succès, environ un siècle plus tôt, de ces *fausses doctrines*, il affirmera encore que « *si les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumière ne sont que trop souvent les siècles des excès* »[102].

[97] Il ne réapparaîtra par ailleurs plus en droit constitutionnel français jusqu'en 1946.
[98] Notamment en ce que l'équité et la justice universelle se trouveraient dans le droit naturel, V. infra.
[99] X. MARTIN, *Fondements politiques du Code Napoléon*, RTD Civ. 2003, p. 255.
[100] *Préc.*, p. 255.
[101] PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII*ème *siècle*, 2 vol., Paris, (rééd.) 1834, t. 2, p. 387.
[102] P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, éd. 1827, t. 1, p. 482.

27. Ce type de constats, cette *connaissance* du droit naturel et des Lumières – et de leurs conséquences historiques –, a sans doute largement irrigué la projection des moyens à mettre en œuvre afin de restaurer le tissu inter-individuel[103], et du même coup accentuer la nécessité et l'urgence d'associer et d'entremêler les individualités. Assez de droits pour les individus, il convient désormais de s'intéresser à la société des hommes, qui n'est rien d'autre *in fine* que l'unification artificielle des individualités. Alors même qu'il travaille à la rédaction du Code, Portalis prévient en ce sens le Conseil d'Etat qu' *« Il n'est […] pas question d'examiner ce qui est le plus conforme au droit naturel, mais ce qui est le plus utile à la société* »[104]. De même, il expose son matérialisme, toujours devant le Conseil d'Etat : « *faute de sanction, la justice naturelle, qui dirige sans contraindre, serait vaine pour la plupart des hommes, si la raison ne se déployait avec l'appareil de la puissance pour unir les droits aux devoirs, pour substituer l'obligation à l'instinct, et appuyer par les commandements de l'autorité les inspirations honnêtes de la nature. Quand on a la force de faire ce que l'on veut, il est difficile de ne pas croire qu'on a le droit. On ne résignerait peu à se soumettre à des gênes, si l'on pouvait avec impunité se livrer à ses penchants. Ce que nous appelons le droit naturel ne suffisait donc pas : il fallait des commandements ou des préceptes formels et coactifs* »[105].

[103] On relève d'ailleurs, dans les propos énoncés, la nécessité de combattre la nature de l'homme. L'homme est naturellement égoïste, indépendant et isolé ; il est en fait *asocial*. En ce sens, la société est quelque chose d'artificiel, qu'il faut créer, et elle réside dans la multitude de liens qui peuvent être installés entre les hommes. C'est le droit civil, une sorte de positivisme juridique, qui doit venir combler ce vide entre les hommes, principalement en établissant des standards de comportements dans leurs relations selon leur qualité. Et c'est précisément le droit *civil* qui doit mener cette entreprise artificielle visant la création d'une société indispensable à un ordre social, lui-même nécessaire à un ordre public, et à un ordre politique. On note ainsi l'importance accordée à l'importance du droit, spécialement de la loi, dans la régulation, l'encadrement et en réalité le conditionnement des comportements et des rapports sociaux. Voire la nécessité de la loi pour former une société. Le droit privé est en effet un moyen subtil pour parvenir à ce but, il est en tout cas plus habile, car moins frontal et contraignant, qu'un autoritarisme politique. Pour les rédacteurs, on l'a déjà trop dit, il ne faut surtout pas laisser l'homme à sa nature et à sa liberté, il faut le lier aux autres, il faut le mêler aux autres. En ce sens, ils s'intéressent davantage aux hommes, envisagés comme formant une société, qu'à l'homme. Ils entendent joindre les individus, les entraver dans un système de valeurs, de liens, et finalement d'obligations communes et réciproques. Ils préfèrent finalement la raison à la nature, l'état social à la liberté, l'interdépendance à l'indépendance. Ce choix induit nécessairement une restriction – somme toute très relative – des droits de l'homme. En un mot, on pourrait dire que le Code civil entend promouvoir le lien des individualités, mais certainement pas l'individualisme.

[104] PORTALIS, au Conseil d'Etat, sur les libéralités, le 30 nivôse an XI (20 janv. 1803), Arch. parlem. 2/7/427/2, col. 1, p. 428.

[105] C'est ainsi qu'il poursuit, au cours de l'*Exposé des motifs du titre préliminaire du code civil, de la publication, des effets et de l'application des lois en général,* lors de la Séance du 4 ventôse an XI. Ces développements incitent largement à croire que le Code civil, tel qu'il a été rédigé, était plus enclin à garantir la vigueur, la stabilité puis la pérennité des relations individuelles que la liberté des individualités.

28. En ces temps, Portalis fait ainsi sienne la phrase de Mably : « *La première vérité politique, et d'où découlent toutes les autres, c'est que la société ne peut exister sans lois et sans magistrats. Détruisez ce double lien qui unit les hommes, et ils rentrent sur le champ dans l'état de nature* »[106].

II : LA NECESSITE DE GARANTIR LES LIENS INTER-INDIVIDUELS

29. Il revient naturellement en premier lieu au législateur de pourvoir à la détermination des indispensables jonctions individuelles et celles-ci, à l'image de la Loi, doivent être mesurées, équilibrées et utiles à la stabilité et la pérennité de l'ordre social (A). Il semble cependant que ce soit clairement au juge que revienne la mission la plus délicate, celle qui consiste en effet à garantir la solidité et – surtout – la justice de l'ordre juridique face au « *cours des événements et des circonstances* » nées « *de l'action et la réaction continue de toutes les passions et de tous les intérêts divers […] qui modifient de tant de manières les relations sociales* »[107] (B).

A. L'indispensable recours à la loi

30. « *La loi civile est l'arbitre suprême ; il lui appartient de tout régler […]* »[108] avait annoncé Portalis quelques mois avant la promulgation du Code. Et en effet, les commentaires formulés une fois que le travail de codification ait quasiment abouti sont autant de preuves de l'enjeu qui l'habitait du rétablissement et de la régénérescence des liens sociaux par l'action légale civile. Bigot-Préameneu explique qu' « *un pareil Code […] fixe tous les rapports, soit d'affection, soit d'intérêt, qui peuvent exister entre les hommes ; il constitue principalement les mœurs d'une nation* »[109]. Et le ministre de l'Intérieur se satisfait « *que le Code civil* […] *maintienne et garantisse tous les liens de la société* »[110].

---

[106] MABLY, *De l'étude de l'histoire*, à Mgr le Prince de Parme (1775), *Œuvres complètes*, 12 vol., Lyon, 1792, t. 12, p. 21.
[107] *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté en l'an IX par PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PREAMENEU et MALEVILLE, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004.
[108] PORTALIS, au Conseil d'Etat, sur les libéralités, le 30 nivôse an XI (20 janv. 1803), Arch. parlem. 2/7/427/2, col. 1, p. 428.
[109] BIGOT-PREAMENEU, au Corps législatif, le 2 ventôse an XI (21 février 1803), Arch. parlem. 2/4/2/2.
[110] CHAPTAL, au Corps législatif, le 2 ventôse an XI (21 février 1803), Arch. parlem. 2/4/1/2.

31. Outre l'évidente recomposition des familles[111], au nom de laquelle il convenait de lier les enfants aux parents[112], et les épouses aux époux[113], tous les citoyens ont été rapprochés. On ne peut en effet constituer la société que de liens familiaux, et ceux qui n'ont pas de rapports de sang ou d'alliance, vont interagir notamment par la voie contractuelle ; les mêmes exigences et les mêmes garanties de stabilité, d'altérité, de réciprocité et de pérennité devaient donc s'appliquer aux relations contractuelles. En « *consacrant l'étroite alliance de l'ordre moral et de l'ordre civil, le Code prescrit aux époux la fidélité, aux enfants la piété filiale, aux donataires, aux héritiers et aux légataires la reconnaissance, aux usufruitiers, le bon et équitable usage de la chose d'autrui, aux mandataires, la*

[111] Il s'agissait en effet d'une préoccupation majeure, car « *ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens* », et « *l'esprit de famille* […] *est si favorable* […] *à l'esprit de cité* » (PORTALIS, *Discours préliminaire*, P.-A. FENET, *Recueil des Travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1827, t. 1, p. 522 ; une phrase très semblable au devoir proclamé dans le préambule de la Constitution du 22 août 1795). C'est par ailleurs l'intérêt patrimonial qui doit désormais présider à cette recomposition. Il n'est pas question ici de traiter de manière exhaustive du droit civil de la famille originel, mais une rapide ébauche ci-dessous attestera, si ce n'est des enjeux, du moins de la finalité que les rédacteurs du Code civil ont attaché à ses dispositions à ce sujet. Et loin de vouloir véhiculer la valeur de liberté individuelle et de promouvoir les individualités, le contexte politique et historique, ainsi que les déclarations de ses rédacteurs prouvent que tout l'enjeu résidait dans le rapprochement des individus – par la stabilité et la pérennité de leurs liens –, l'édifice juridique entendait véritablement créer de l'interdépendance.

[112] Spécialement aux pères bien entendu… Ceux-ci retrouvent ainsi un pouvoir testamentaire à l'égard des fils (par l'augmentation de la quotité disponible notamment), ce qui a pour conséquence – à moins que ça n'en soit une cause – de « *lier réciproquement les pères et les enfants pendant tout le cours de leur vie* » (Observations du Tribunal d'appel de Montpellier, arrêtées le 14 prairial an IX (3 juin 1801), Arch. parlem. 2/6/306/1, p. 632/1). Par ailleurs, « *la stabilité des immeubles stabilise les familles* » (PORTALIS, le 7 pluviôse an XI (27 janv. 1803), Arch. parlem. 2/7/430/2), il faut donc sécuriser la propriété. En effet, pour autant qu'il puisse disposer à cause de mort de ses biens, « *l'autorité d'un père […] qui n'a point de propriété à transmettre* » demeure limitée (Observations du Tribunal d'appel de Riom, arrêtées le 14 fructidor an IX (1er sept. 1801), Arch. parlem. 2/6/774/2). A ce sujet, la position de Tronchet est sans équivoque : s' « *il n'y a plus de propriété, il n'y a plus d'ordre social, dont toute la force résulte du maintien des propriétés* » (TRONCHET, le 14 messidor an IV (2 juill. 1796), Moniteur, n° 291, le 21 messidor an VI (9 juill. 1796), col. 2, p. 1161 ; une phrase similaire à celle de la Constitution du 22 août 1795). Le régime de la propriété tel qu'il résulte du Code civil, aussi fort soit-il, a donc plus à voir avec son utilité sociale qu'avec un quelconque caractère de droit fondamental. Les enfants sont liés aux pères par son autorité testamentaire et la propriété, mais il faut lier les frères qui sont alors, comme le rappelle Portalis *« plus étrangers les uns aux autres que ne l'étaient autrefois les cousins germains* » (PORTALIS, au Corps législatif, sur le mariage, le 16 ventôse an XI (7 mars 1803), Arch. parlem. 2/4/83/11). Ici, c'est la liberté testamentaire des pères qui officiera. Bigot-Préameneu relève ainsi que « *loin de relâcher les liens de famille, on les resserre au contraire par les égards et les ménagements qui en résultent entre parents* » (BIGOT-PREAMENEU, au Conseil d'Etat, sur les libéralités, le 24 germinal an XI (14 avril 1803), Arch. parlem. 2/7/571/1), et « *ceux qui voudront s'assurer l'héritage de leurs parents voudront bien le cultiver au moins par des égards et quelques complaisances* » (SEDILLEZ, au Tribunat, sur les libéralités, le 10 floréal an XI (30 avril 1803), Arch. parlem. 2/5/60/2). Portalis synthétisera ainsi que ce Code a *« posé de sages règles pour le gouvernement des familles ; on a rétabli la magistrature des pères ; on a rappelé toutes les formes qui pouvaient garantir la soumission des enfants »* (PORTALIS, au Corps législatif, le 28 ventôse an XII (19 mars 1804), sur « *la réunion des lois civiles en un seul corps de loi, sous le titre de Code civil des Français* » : Arch. Parlem. 2/6/170/2).

[113] Et exclusivement dans cet ordre naturellement. Pour assurer la solidité du couple, la femme doit évidemment être soumise à son mari, et celui-là *simplement* uni à son épouse. Le divorce, pour les raisons que l'on connaît, demeure, mais les conditions sont restrictives. Cambacérès précise : « *qu'on forme les mœurs, et les divorces seront rares* » (CAMBACERES, *Rapport sur le deuxième projet de Code civil*, le 23 fructidor an II (9 sept. 1794), Arch. parlem. 1/97/38/1). Les libéralités adultérines seront donc interdites ; les valeurs catholiques assainissent les mœurs. Portalis et Bigot-Préameneu, en tant que ministres des Cultes, l'ont bien compris. Le Code civil doit donc assurer « *la chasteté conjugale, la piété filiale* ».

vigilance et l'exactitude ; à tous, dans leurs conventions, l'honnêteté, la sincérité, la bonne foi, l'équité, le respect pour l'ordre public et les bonnes mœurs […] »[114].

32. Au sujet particulier de la matière contractuelle, Portalis explique – précisant du même coup le sens et la portée des articles 1134 et 6 du Code – que : « *Des jurisconsultes ont poussé le délire jusqu'à croire que des particuliers pouvaient traiter entre eux comme s'ils vivaient dans ce qu'ils appellent l'état de nature, et consentir tel contrat qui peut convenir à leur intérêt, s'ils n'étaient gênés par aucune loi*[115]*[…] Toutes ces dangereuses doctrines, fondées sur des subtilités, et éversives des maximes fondamentales, doivent disparaître devant la sainteté des lois. Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême. Protéger des conventions contre cette loi, ce serait placer des volontés particulières au-dessus de la volonté générale, ce serait dissoudre l'Etat* »[116].

33. Dès 1804 et le Code promulgué, on croit ainsi voir « *le retour des affections sociales* »[117], on se réjouit qu'enfin soient restaurées « *ces attentions mutuelles qui lient les hommes entre eux* »[118], et on glorifie un Code qui assure au mieux « *la fidélité dans les contrats* »[119]. Le président du Corps législatif paraît rassuré, il « *était temps qu'on vit paraître un législateur qui nous protégeât contre nous-mêmes* […] *l'ordre social est rétabli […] la société réparée*, *le système social prêt à se dissoudre* »[120] sauvé. En effet, « *il n'y aurait que confusion et anarchie, sans cette distribution souveraine, que le*

---

[114] PORTALIS, *Essai sur l'utilité de la codification* (p. xiii), l'auteur continue : « *abandonnant ... la décision des faits litigieux à l'affirmation des parties sous la foi du serment il joint, au rappel de l'ordre moral, le rappel à l'ordre religieux* » (repr. *Portalis, Discours rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844).

[115] « *De tels contrats, disent-ils, ne peuvent être protégés par des lois qu'ils offensent ; mais comme la bonne foi doit être gardée entre des parties qui ne sont engagées réciproquement, il faudrait obliger la partie qui refuse d'exécuter le pacte, à fournir par équivalent ce que les lois ne permettent pas d'exécuter en nature* ».

[116] Propos tirés d'une présentation au Corps législatif, cité par P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, éd. 1827, t. 6, p. 362. Toullier confirme encore au tout début du XIX^{ème} siècle que la loi est alors le fondement des conventions : « *Toute obligation vient de la loi ... c'est la loi qui la produit ... Ainsi, toute obligation suppose une loi antérieure ; toute obligation vient de la loi, soit immédiatement par un simple acte de la volonté du législateur, soit par le moyen de la volonté ou du fait de l'homme. Les conventions elles-mêmes n'obligent qu'en vertu de la loi qui commande de tenir la parole qu'on a donnée. Le législateur leur confère l'autorité de la loi, comme le dit énergiquement l'article 1134* » (TOULLIER, *Le droit civil français*, Paris, 1830/43, 5ème éd., 15 vol., t. 6, p. 3, n° 3). C'est en ce sens la loi, et non la volonté individuelle qui attribue au contrat sa valeur et notamment sa force obligatoire (V. plus loin).

[117] Arch. parlem. 2/5/197/1, le 25 nivôse an XI (16 janvier 1804).

[118] VIENNOT-VAUBLANC, au Corps législatif, le 24 nivôse an XIII (14 janvier 1805), Arch. parlem. 2/8/433/2.

[119] GREGOIRE, *Discours pour l'ouverture du Concile national de France*, le 10 messidor an IX (29 juin 1801), Paris, p. 37.

[120] FONTANES, au Corps législatif, le 24 nivôse an XIII (14 janvier 1805), Arch. parlem. 2/8/435/2.

législateur fait à chacun de sa position, et […] de son rôle social et juridique »[121]. Les réactions immédiates attestent en ce sens la satisfaction quasi unanime de voir un législateur légitime user de sa compétence utilement et pleinement. La loi, fort heureusement, a opéré sur les « *jointures inter-individuelles* » et créé un « *pullulement de jonctions inter-individuelles stabilisées* »[122]. Portalis évoque en ce sens un « *corps de lois destinées à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux les hommes qui appartiennent à la même cité* », par des obligations tantôt directes et explicites[123], tantôt plus habilement et indirectement amenées[124], toujours utiles à la stabilité de l'édifice social.

34. Les écrits et l'esprit des codificateurs révèlent en ce sens un fort investissement de la fonction de la loi dans la société civile, lequel, il est vrai, s'explique toutefois en grande partie par la particularité du contexte. En effet, il convient de préciser que les codificateurs, spécialement Portalis, ne surévaluent pas non plus à outrance la mission du législateur. Si effectivement, il s'agit d'une source de droit investie d'une valeur particulière, en ce que les lois relèvent d'« *actes de sagesse, de justice et de raison* », et leur contenu d'un « *sanctuaire* », le champ d'intervention du législateur demeure nécessairement circonscrit. « *Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre* » admet Portalis[125]. « *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* […] »[126]. D'autant que « *Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est*

[121] DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, 4ème éd., Paris, 1869, p. 15.
[122] X. MARTIN, *Fondements politiques du Code Napoléon*, RTD Civ., 2003, p. 248.
[123] Notamment les obligations alimentaires qui peuvent lier les membres d'une famille.
[124] Notamment, les *ménagements* des enfants envers leurs parents qui peuvent résulter de la liberté testamentaire dont disposent les seconds, « *l'intérêt qui divise si souvent les hommes* » est ainsi parfaitement *« mis à profit […] pour les rapprocher et pour les unir* » (*Exposé des motifs du titre préliminaire du code civil, de la publication, des effets et de l'application des lois en général, par le conseiller d'État Portalis,* Séance du 4 ventôse an XI, 23 février 1803).
[125] Alors même qu'il reconnaît juste avant qu'il « *serait sans doute désirable que toutes les matières pussent être réglées par des lois* ».
[126] « *Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles* […] *De plus, le recours au législateur entraînerait des longueurs fatales au justiciable, et, ce qui est pire, il compromettrait la sagesse et la sainteté des lois* » En ce sens, « *Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation* ». Il relève également, à titre d'exemple, que « *l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles* » (*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté en l'an IX par PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PREAMENEU et MALEVILLE, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004).

impossible au législateur de pourvoir à tout.[127] *[…]Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat »* [128].

B. Le concours légitime du juge

35. Les rédacteurs des fondations de la législation actuelle en matière d'obligations n'ont absolument pas relégué le juge dans l'ordre juridique, loin s'en faut. Ils ont par ailleurs fait véritablement œuvre pédagogique, notamment Portalis, en expliquant clairement les raisons qui justifient d'accorder à la jurisprudence une véritable fonction juridique, voire normative. Si l'office du juge est nécessaire, il apparaît que c'est, non un mal, mais un bien nécessaire. Et si l'on peut relever dans certains propos une subtile défense de sa fonction, adressée sans doute aux tenants des conceptions légicentristes ambiantes[129], on remarque avec d'autant plus d'intérêt que, véritablement, nos codificateurs promeuvent et saluent sa légitimité et sa compétence à formuler un droit juste, et pas seulement à dire la loi.

36. Il apparaît en premier lieu que l'office du juge est donc nécessaire à l'ordre juridique. Ce sont naturellement les caractéristiques mêmes attachées à la loi qui appellent l'action du juge : générale et impersonnelle, « *la loi statue sur tous : elle considère les hommes en masse, jamais comme particuliers ; elle ne doit point se mêler des faits individuels ni des*

---

[127] « *Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi. D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des événements ou à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ? »*

[128] « *Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles quelles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau* » (*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté en l'an IX par PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PREAMENEU et MALEVILLE, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004).

[129] « *On fait à ceux qui professent la jurisprudence le reproche d'avoir multiplié les subtilités, les compilations et les commentaires. Ce reproche peut être fondé. Mais dans quel art, dans quelle science ne s'est-on pas exposé à le mériter ? Doit-on accuser urne classe particulière d'hommes de ce qui n'est qu'une maladie générale de l'esprit ? Il est des temps où l'on est condamné à l'ignorance parce qu'on manque de livres ; il en est d'autres où il est difficile de s'instruire parce qu'on en a trop. […] Sur le fondement de la maxime que les juges doivent obéir aux lois, et qu'il leur est défendu de les interpréter, les tribunaux, dans ces dernières années, renvoyaient par des référés les justiciables au pouvoir législatif, toutes les fois qu'ils manquaient de loi, ou que la loi existante leur paraissait obscure. Le tribunal de cassation a constamment réprimé cet abus comme un déni de justice. […] Si l'on peut pardonner à l'intempérance de commenter, de discuter et d'écrire, c'est surtout en jurisprudence. […] Tel blâme les subtilités et les commentaires, qui devient, dans une cause personnelle, le commentateur le plus subtil et le plus fastidieux* » (*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté en l'an IX par PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PREAMENEU et MALEVILLE, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004).

litiges qui divisent les citoyens. S'il en était autrement […][130] *les intérêts particuliers assiégeraient la puissance législative ; ils la détourneraient, à chaque instant, de l'intérêt général de la société »*[131]. Et s'il « *est une sage prévoyance de penser qu'on ne peut tout prévoir* », il apparaît également *« impossible […] dans les choses mêmes qui méritent de fixer la sollicitude du législateur […] de tout fixer par des règles précises »*. En conséquence, « *une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application* ».

37. Les rôles et les fonctions semblent ainsi parfaitement justifiés, dissociés, circonscrits et partagés : « *Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées* » [132]. Le droit se constituerait ainsi de cette dualité ordonnée : « *à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur* », se trouverait « *un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises* », lequel doit part ailleurs être « *constamment […] regardé comme le vrai supplément de la législation* ». Notons également que si « *au surplus, les pouvoirs sont réglés »* et qu' *« aucun ne doit franchir ses limites* », cette complémentarité mesurée n'empêche pas l'influence permanente et

[130] « *[…] il faudrait journellement faire de nouvelles lois »*, or « *leur multitude étoufferait leur dignité et nuirait à leur observation. Le jurisconsulte serait sans fonctions et le législateur, entraîné par les détails, ne serait bientôt plus que jurisconsulte* » (*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté en l'an IX par PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PREAMENEU et MALEVILLE, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004).

[131] « *L'office des lois est de statuer sur les cas qui arrivent le plus fréquemment. Les accidents, les cas fortuits, les cas extraordinaires, ne sauraient être la matière d'une loi […]. De plus, on peut prévoir une loi à faire sans croire devoir la précipiter. Les lois doivent être préparées avec une sage lenteur. Les États ne meurent pas, et il n'est pas expédient de faire tous les jours de nouvelles lois* » (*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté en l'an IX par PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PREAMENEU et MALEVILLE, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004).

[132] *« Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre de cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que des lois. Or, c est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes de peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas.* » (*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté en l'an IX par PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PREAMENEU et MALEVILLE, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004).

réciproque du législateur et de la jurisprudence, le premier « *peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger* ». Précisons enfin que ce *supplément de législation*, de nature et d'origine jurisprudentielle – du moins à ce stade – résulte en réalité de la latitude d'interprétation laissée au juge, laquelle implique en préalable que la confiance lui soit accordée. S'il n'y a pas de difficultés lorsque « *la loi est claire* », de même qu'il est raisonnablement enjoint au juge, « *quand elle est obscure* », d' « *en approfondir les dispositions* », et même « *d'étudier l'esprit de la loi – quand la lettre tue* »[133], c'est selon nous dans l'hypothèse – au demeurant fréquente[134] – d'un vide légal total, lorsqu'en effet « *le juge se trouve sans loi* », que doit se trouver la meilleure preuve de la légitimité accordée par les codificateurs au *pouvoir* d'interprétation judiciaire. Il est en effet bien inscrit, dans le discours des motifs du Code civil, que : « *L'interprétation par voie de doctrine, consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés. Sans cette espèce d'interprétation pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l'office de juge ?* »[135]. La question se pose, raisonnablement, d'autant que cet *espace* d'appréciation, qui ne contient nul arbitraire, est amplement édifié : « *quand la loi se tait, la raison naturelle parle encore* » ; « *il faut […] laisser alors au juge la faculté de suppléer à la loi par les lumières naturelles de la droiture et du bon sens* ». Encore, « *à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de la loi* », et « *quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel* »[136]. Portalis explique ainsi que le retour à la *raison* et aux *lumières naturelles* doit pallier, le cas échéant, « *le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des lois positives […] ou des usages* ». Précisons par ailleurs que ce *droit naturel* est qualifié très précisément un peu plus loin. Il s'agit non de quelque conception philosophique, mais simplement de « *l'équité* » et « *c'est cette équité*

[133] « *[…] et de ne pas s'exposer à être tour à tour esclave et rebelle, et à désobéir par esprit de servitude* »
[134] Précisément en « *une foule de circonstances* » (*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté en l'an IX par PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PREAMENEU et MALEVILLE, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004).
[135] Naturellement, *« L'interprétation par la voie d'autorité consiste à résoudre les questions et les doutes par la voie de règlements ou de dispositions générales. Ce mode d'interprétation est le seul qui soit interdit au juge.* » (*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté en l'an IX par PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PREAMENEU et MALEVILLE , Bordeaux, Éditions Confluences, 2004).
[136] Et « *Ce droit ne peut être méconnu* » (*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté en l'an IX par PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PREAMENEU et MALEVILLE, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004).

qui est le vrai supplément de la législation, et sans laquelle le ministère du juge, dans le plus grand nombre des cas deviendrait impossible »[137].

38. La loi, l'usage et l'équité… Cette litanie rappelle, parce qu'elle l'annonce, l'article 1135 du Code civil[138]. De même que le discours préliminaire a annoncé bien d'autres articles[139], et surtout révélé une conception particulière de l'ordre juridique : la conception globale d'un ordre indispensable et efficace, dont l'évolution, présagée inéluctable, doit être permise dans l'encadrement de références générales et universelles de justice et d'équité. En pratique, notons que le juge est pleinement associé à cette ambitieuse entreprise. Ambitieuse, mais vaine. En effet, elle n'aura pas été portée par les futurs commentateurs du Code. Ceux-là auront eu vite fait de substituer au Code des *motifs* tout-à-fait opposés, réglant du même coup la question que posait son plus éminent rédacteur : « *Les passions ne seraient-elles pas perpétuellement occupées à en détourner le vrai sens ? »*.

[137] *« De tous les temps on a dit que l'équité était le supplément des lois. Or, qu'ont voulu dire les jurisconsultes romains, quand ils ont ainsi parlé de l'équité ? Le mot équité est susceptible de diverses acceptions. Quelquefois il ne désigne que la volonté constante d'être juste, et dans ce sens il n'exprime qu'une vertu. Dans d'autres occasions, le mot équité désigne une certaine aptitude ou disposition d'esprit qui distingue le juge éclairé de celui qui ne l'est pas, ou qui l'est moins. Alors l'équité n'est, dans le magistrat, que le coup d'œil d'une raison exercée par l'observation, et dirigée par l'expérience. Mais tout cela n'est relatif qu'à l'équité morale, et non à cette équité judiciaire dont les jurisconsultes romains se sont occupés, et qui peut être définie un retour à la loi naturelle, dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des lois positives »* (*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté en l'an IX par PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PREAMENEU et MALEVILLE, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004).

[138] De même les articles 1156 à 1161 du Code civil au sujet de l'interprétation du contrat, et spécialement il nous semble l'article 1162 qui commande, certes en dernier recours puisque en dernière place dans la section consacrée à l'interprétation des conventions, une interprétation en équité.

[139] Notamment l'article 4 : *« La justice est la première dette de la souveraineté ; c'est pour acquitter cette dette sacrée que les tribunaux sont établis. Mais les tribunaux ne rempliraient pas le but de leur établissement, si, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ils refusaient de juger. Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois, et les lois ne peuvent prévoir tous les cas qui peuvent s'offrir aux juges. L'administration de la justice serait donc perpétuellement interrompue, si un juge s'abstenait de juger toutes les fois que la contestation qui lui est soumise n'a pas été prévue par une loi »* (*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté en l'an IX par PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PREAMENEU et MALEVILLE , Bordeaux, Éditions Confluences, 2004).

SECTION 2 :

L'AJUSTEMENT LIBERAL A LA RELECTURE DU CODE CIVIL

39. Autant les enjeux politiques et sociaux ont emporté la rédaction du Code civil au tout début du XIX^{ème} siècle, autant d'autres enjeux, assortis de nouvelles idéologies juridiques et de nouveaux impératifs économiques ont présidé à son interprétation quelques années plus tard[140]. Ce seront principalement les notions de liberté et d'individualité qui conduiront la relecture postérieure du Code civil[141]. Notons déjà qu'il s'agit d'une mutation par la relecture, et non la révision, du droit antérieur, et surtout que les idéologies qui l'ont portée ont prétendu par la suite rétroactivement donner leurs fondements à la rédaction originelle. En tout état de cause, cette relecture conceptuelle du Code civil s'est amplement inspirée des idéologies les plus prégnantes : l'idéalisme philosophique kantien a en ce sens appelé une théorie individualiste (PARAGRAPHE 1), que les références libérales ont ensuite parfaitement justifiée (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : L'INFLUENCE DE L'IDEALISME PHILOSOPHIQUE

40. La philosophie spiritualiste va largement profiter à l'objet juridique au cours du XIX^{ème} siècle, de sorte que le droit en sera durablement pénétré (I), et le contrat profondément affecté (II).

I : LA RECEPTION JURIDIQUE DE L'IDEALISME

[140] Au préalable, il faut cependant préciser que, loin d'être regrettable, cette mutabilité du droit civil, et spécifiquement de la matière contractuelle, atteste de sa réactivité et de sa perméabilité. En effet, le droit a vocation à organiser les rapports individuels ; si leurs caractéristiques et leurs enjeux évoluent, il est souhaitable que l'ordre juridique accompagne ces mutations. C'est par ailleurs sans doute à cette caractéristique, de perméabilité, que la partie consacrée aux obligations du Code civil doit sa longévité et sa résistance aux nombreuses tentatives de réformes officieuses ou officielles, spéciales ou générales, qui ont finalement avorté, notamment au XX^{ème} siècle, en 1904 et en 1945. V. notamment à ce sujet J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français*, th. Paris I, 1995, préface J.-L. HALPERIN, postface J. CARBONNIER, PUAM, 2004, t. 2, p. 360 et s.

[141] Cette réinterprétation touchera par ailleurs principalement les thèmes de la famille, de la propriété et du contrat. Ceux-là même qui étaient, lors de la rédaction de leur régime, les plus emblématiques quant à la volonté d'unification sociale des codificateurs. Le premier sera glorifié pour sa propension à l'émancipation des individus, alors même qu'il avait vocation à reconstituer l'unité de la famille. Le second sera rétroactivement auréolé de trois caractéristiques particulières qui n'étaient pas véritablement présentes à l'esprit des rédacteurs – lesquels investissaient bien plus sa fonction politique et sociale que son utilité individuelle et patrimoniale – : l'exclusivité, la perpétuité et le caractère absolu. Le troisième sera quant à lui fondé sur la fameuse théorie de l'autonomie de la volonté. La volonté est alors entendue dans l'acception qui veut qu'elle soit l'expression contractuelle de la liberté.

41. La réception juridique de la philosophie kantienne sera une œuvre foncièrement humaine, dans le sens où ce sont des auteurs, des professeurs de droit et des magistrats particulièrement réceptifs aux idées évoquées, qui entreprendront sa diffusion dans les universités et les cours (A). Celle-ci se révélera par ailleurs un immense succès puisqu'un phénomène de formalisation juridique lui fera directement suite (B).

A. La diffusion juridique de l'idéalisme

42. Au tout début du XIX[ème] siècle, l'idéalisme de Kant[142] essaime en Europe, spécialement en Allemagne, prônant notamment la liberté de l'individu, et corrélativement son individualité, s'opposant du même coup à l'idéologie matérialiste post révolutionnaire évoqué plus haut empreinte de la volonté de l'utilité sociale, et qui impliquait la préférence de « *l'intérêt social* »[143] à la valorisation de l'individualité. Rappelons en effet la présomption fondamentale de cette idéologie qui présuppose que « *l'homme est libre dans ses volontés et dans ses actions* »[144].

43. L'école historique allemande va progressivement *absorber* cet idéalisme[145], prospérer largement et se diffuser en Europe dès les années 1820. C'est principalement la revue juridique Thémis qui va importer ce courant de pensée en France, notamment sous la Monarchie de Juillet, et impulser indirectement l'école historique du droit française. Son fondateur, Athanase Jourdan, et ses adhérents vont ainsi placer cette philosophie dans le débat doctrinal, par leurs travaux, leurs publications et leurs interprétations. Rapidement, ce courant va élargir ses partisans, dans la capitale et en province, notamment dans les facultés de droit et les palais de justice. Victor Cousin, proche de Jourdan, Professeur titulaire à la Sorbonne et futur conseiller d'Etat, dont on dit à l'époque qu'il est « *le roi des philosophes* »[146] et dont on connait la préférence libérale, va y enseigner un idéalisme

[142] On connaît par ailleurs la répulsion de son auteur quant à la théorie du contrat social qu'il qualifiera de *« chicane »* (*Doctrine du droit*, in *Métaphysique des mœurs*, Gallimard, La Pléiade, vol. 3, p. 605).
[143] Il convenait en effet de sacrifier « *l'intérêt individuel à l'intérêt social* » : un sacrifice « *légitime et nécessaire* » (J.-F. NIORT, *Le Code civil dans la mêlée politique et sociale, Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national*, RTD Civ. 2005, p. 258).
[144] CH. VILLERS, *Philosophie de Kant*, Metz, 1801, p. 4.
[145] Au sujet de la filiation historique et philosophique entre l'école historique du droit qui en est directement issue et l'idéalisme allemand du XIX[ème] siècle, V. *L'esprit de l'Ecole historique du droit*, Textes inédits en français de F.-C. VON SAVIGNY et G.-F. PUCHTA, Presses universitaires de Strasbourg, 2004.
[146] Cité par E. PUISAIS, *La Naissance de l'hégélianisme français*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 143.

éclectique[147]. Parmi ses proches, il faut citer François Guizot, également Professeur à la Sorbonne, membre du parti libéral et convaincu de politique libérale, ministre de l'Intérieur puis de l'Instruction publique, puis Président du conseil en 1847[148]. Ou encore Savigny, Professeur de droit allemand et créateur de l'école historique allemande[149]. A noter qu'en tant que ministre de la Justice en Prusse à partir de 1843, influencé par l'idéalisme kantien, il entreprit de réformer le droit, dans une optique profondément libérale. Dans un autre cercle, Augustin-Charles Renouard, d'abord conseiller au Conseil d'Etat puis député, ensuite conseiller avant d'être procureur général à la Cour de cassation, va œuvrer pour la pénétration de cette philosophie notamment dans la pratique judiciaire[150]. Il est par ailleurs à noter qu'il sera l'un des vices présidents de la Société d'économie politique, celle-là même qui réclamera une révision du Code civil « *dans un sens libéral afin de lutter en particulier contre l'action régulatrice de l'administration* »[151]. Troplong également, conseiller à la Cour de cassation (qu'il présidera dès 1852, ce qui atteste du pouvoir dont il disposait quant au rayonnement effectif de ses conceptions) sera lui aussi, si ce n'est un adepte, du moins proche de l'école historique du droit française. Il œuvrera clairement pour la pénétration de ses idées dans la jurisprudence de la haute juridiction, ce à quoi il parviendra en de multiples occasions[152]. Il précisera par ailleurs son appartenance à la philosophie spiritualiste en affirmant sa présence dans ses écrits « *sous des formes assez claires pour exciter la vive approbation des amis de la vérité et la mauvaise humeur du matérialisme* »[153]. Plus explicitement encore, il certifiera que « *Quoiqu'en ait professé l'école du XVIII*^{ème} *siècle, si malheureusement imbue de la fable du Contrat social, une telle idée répugne à la nature de l'homme. Dangereuse en politique, elle est fausse en histoire et absurde en philosophie* »[154]. Rappelons par ailleurs que s'il a été un auteur

[147] V. notamment : V. COUSIN, *Leçons sur la philosophie de Kant*, Librairie Philosophique de Ladrange, Paris, 1842.
[148] Laurent Theis dira par ailleurs de lui : « *aucun professeur, chez nous, n'exerça un tel rayonnement, aucun homme de gouvernement ne demeura si longtemps aux affaires*. » (*François Guizot*, Fayard, mars 2008).
[149] Sur les relations entre ces philosophes et juristes, V. O. MOTTE (dir.), *Lettres inédites de juristes français du XIXème siècle*, conservées dans les archives et bibliothèques allemandes, 2 vol., Bonn, 1989/90, t. 1, p. 934 et s. Ou encore J. BARTHELEMY-SAINT-HILAIRE, *M. Victor Cousin. Sa vie et sa correspondance*, Paris, 1895, t. 3, p. 306.
[150] V. notamment : Ch. RICHET, *Charles Renouard, 1794-1878, discours prononcés à la Cour de cassation, 1871-1877,* précédés d'une notice sur sa vie (1879).
[151] A. BURGE, *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, RTD Civ., 2000, p. 4.
[152] Troplong parviendra ainsi à faire cesser la pratique prud'homale qui consistait à corriger les salaires stipulés dans les règlements d'ateliers, et pour lesquels les ouvriers avaient adhéré (V. notamment Civ. 12 décembre 1853, DP 1854.1.20). V. note xx.
[153] TROPLONG, *Réponse aux critiques de M. Valette*, Rev. Wol. 13/1841, p. 37.
[154] TROPLONG, Rev. Wol. 10/1839, p. 294.

extrêmement prolixe, son œuvre s'est largement intéressée au Code civil[155], dont on peut raisonnablement penser qu'il en a influencé aussi bien l'enseignement aux nouvelles générations de juristes, que la compréhension et l'application jurisprudentielle, par la réinterprétation des textes[156]. En province, d'autres juristes, notamment des professeurs, vont se rallier à cette philosophie spiritualiste, scientifique et historique. A Toulouse, nous citerons Raymond Osmin Bénech. Avocat, professeur de droit et fondateur de l'Académie de Législation, il s'engagera dans une rénovation des études de droit largement inspirée de la science historique allemande. Il entretiendra à ce propos lui aussi une correspondance soutenue avec Savigny[157]. « *Ce mode de penser s'est* [ainsi] *divulgué, notamment grâce à l'influence de Cousin et son enseignement à la Sorbonne et, sur le plan juridique, au moyen du travail patient de juristes dans la pratique judiciaire, dans la politique ou dans la doctrine et l'enseignement* »[158].

44. Progressivement, cette efficace diffusion emmena également des auteurs qui s'opposaient pourtant initialement à ces idées puisqu'ils s'y rallièrent, malgré leur scepticisme, qu'ils aient été convaincus par une doctrine fervemment défendue par des auteurs et praticiens émérites[159], ou bien trop vertement critiqués par ces derniers dans leurs publications[160].

---

[155] A noter, et de manière non exhaustive : *Droit civil expliqué*, Librairie de jurisprudence de H. Talier, Bruxelles, 1833-1835, et ses très nombreux *Commentaires* thématiques du Code civil parus entre 1833 et 1856.

[156] Troplong en tant que Président de la Cour de cassation, a sans aucun doute une large part dans la réorientation de la jurisprudence en matière de libéralisme économique, et notamment dans la libéralisation du commerce grâce à l'interprétation souple et restrictive des contraintes étatiques dans ce domaine. Il s'agissait par ailleurs d'un vœu qu'il formulait dans ses écrits.

[157] V. V. MOLINIER, *Notice sur la vie et les travaux de M. Bénech*, in *Mélanges de droit et d'histoire par M. Bénech,* publiés sous les auspices de l'Académie de Législation, Paris, Cotillon, 1857.

[158] A. BURGE, *Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, Rev. Trim. Dr. Civ. 2000, p. 3.

[159] Pour ce qui relève de la propriété, nous citerons seulement, en guise d'exemple du revirement de doctrine majoritaire, la conversion de Laboulaye. Il expliquait ainsi en 1839 que « *Le droit de propriété est une création sociale : les lois ne protègent pas seulement la propriété, ce sont elles qui la font naître, qui la déterminent, qui lui donnent le rang et l'étendue qu'elle occupe dans les droits du citoyen* » (LABOULAYE, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Paris, 1839, p. 59). Il se situait ainsi pile dans la ligne de Portalis qui estimait que la loi devait « *tout régler* », et qu'elle pouvait donc « *donner le droit de disposer et le régler* », « *l'ordre social seul fond*[ant] *la propriété* » (V. LOCRE, *La législation civile*, Paris, 1827/32, t. 11, p. 83). Au regard de nos développements précédents, il convient de reconnaître que cet étatisme latent semble parfaitement correspondre aux volontés des codificateurs. Toullier dira encore que « *la propriété permanente est l'ouvrage du Code civil* » (TOULLIER, *Le droit civil français*, Paris, 1819/23, 2ème éd., 11 vol., t. 3, p. 45, n° 71). Pour autant, Laboulaye se ralliera à la théorie, devenue alors plus libérale qu'idéaliste, quelques dix ans plus tard, lors d'un cours au Collège de France (V. son cours du 29 mai 1849, LABOULAYE, *Trente ans d'enseignement au Collège de France*, Paris, 1888, p. 134 ; B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, avec une introduction et des notes par Laboulaye, 2 vol., Paris, 1861-64, t. 1, p. 112).

[160] Ce fut également le cas pour Laboulaye, qui fut critiqué par Proudhon et Vuy (V. P.-J. PROUDHON, *Théorie de la propriété*, Paris, 1866, p. 67 ; et A. VUY, Rev. Wol. 12/1840, p. 462). Ou encore pour Alauzet qui revu en matière fiscale sa théorie étatiste (I. ALAUZET, *Histoire de la possession*, Paris, 1849, XVI) pour une conception plus libérale la même année (I. ALAUZET, Rev. Wol. 1849, III, p. 409) après des critiques de Dareste (DARESTE, Rev. Wol. 1849, III, p. 317), cofondateur de la future Revue historique du droit, aux côtés

Grâce aux travaux des nouveaux adeptes, le mouvement a encore été porté par d'autres revues juridiques, à visée moins prospective et plus positive, telle notamment la Revue de législation et de jurisprudence, proche de la Revue étrangère de législation[161]. La première constituera alors un nouveau « *foyer de convergence permettant de diffuser à nouveau les idées dans le pays* »[162]. Le mouvement philosophique initié sera ainsi largement et efficacement réceptionné par les juristes, dont nous n'avons bien sûr pas dressé une liste exhaustive. Il faut par ailleurs croire que ce mouvement idéaliste aura parfaitement su s'organiser, puis s'ordonner. En effet, la communauté de juristes qui portaient cet individualisme conceptuel va rapidement revendiquer une réinterprétation du droit positif à son image.

B. L'appropriation juridique de l'idéalisme

45. Dès les années 1830-1840, ce mouvement va effectivement et « *fermement réclamé[er] l'abandon de la philosophie du XVIIIe siècle, et l'association* [du Code civil] *au mouvement initié par Kant* »[163]. Ce phénomène d'appropriation juridique allait ainsi adapter la substance de l'individualisme philosophique, emmenant des constructions nouvelles qui, bien sûr, se sont fondées sur la liberté et la volonté individuelle – quitte à les idéaliser – et « *vers la fin du siècle […] cette terminologie s'est consolidée et s'est répandue dans les manuels pour désigner un élément fondamental de la conception nouvelle, libérale du droit privé, développée pendant le XIX*^{ème} *siècle, qui est devenu ainsi un bien commun de la culture juridique française* »[164].

---

de Rozière et Laboulaye. Ou encore le cas de Championnière, converti notoirement depuis une note critique sur un arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 10 juin 1846, dans lequel elle maintenait une vision classique de la propriété (Rev. Wol. 1847, I, p. 429).

[161] La première était dirigée par Louis Wolowski, politique et économiste profondément libéral (V. en ce sens P. MARKIEWICZ, *Louis Wolowski. Un intellectuel et un représentant du libéralisme en France au milieu du XIX*^{ème} *siècle*, thèse, Paris X Nanterre, 1994). La seconde sera fondée par Jean-Jacques Gaspard Foelix, et participera à la diffusion des idées spiritualistes évoquées en Europe.

[162] A. BURGE, *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, RTD Civ., 2000, p. 2.

[163] A. BURGE, *Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, Rev. Trim. Dr. Civ. 2000, p. 5.

[164] A. BURGE, *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, RTD Civ., 2000, p. 1.

46. Les conséquences matérielles de cette relecture se mesureront à l'imprégnation postérieure que l'on connaît des piliers du Code civil, tels la famille, la propriété et les obligations[165]. La propriété sera progressivement revisitée dans son essence, et cela sans la moindre révision des textes. Elle n'est plus appréhendée comme une création légale à visée sociale, elle est désormais la manifestation de la liberté de l'individu. Quant à l'idéalisme justement, la propriété est alors définie dès 1840 comme « *l'empire exclusif ou absolu d'une personne sur une chose* »[166], elle manifeste en ce sens « *l'empire de notre volonté sur une portion du monde extérieur* »[167]. Il n'est ici plus question d'une part des restrictions dont dispose pourtant expressément et clairement la seconde partie de l'article 544 du Code civil[168], ni même d'en souligner l'utilité sociale… Elle n'est finalement que l'instrument de la volonté d'un individu, et l'image de sa liberté toute puissante sur les choses.

47. Le contrat aura également, dans ces années, sa part de transformations. Au même titre que la propriété, il sera lui aussi appréhendé comme une démonstration de la liberté et un instrument de la volonté individuelle. L'idéologie nouvelle postulait que « *l'homme est libre dans ses volontés et dans ses actions* »[169], il était effectivement aisé d'en déduire qu'en conséquence *« il ne peut être lié que parce qu'il l'a voulu, dans la mesure de ce qu'il a voulu* »[170]. L'aliénation, fut-elle contractuelle, ne peut avoir pour seule origine acceptable la propre et antérieure volonté du sujet.

---

[165] V. à ce sujet J.-F. NIORT, *Le Code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national*, RTD Civ. 2005, p. 271-275.
[166] F.-C. DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. 1, Paris, 1840, p. 362.
[167] F.-C. DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. 1, Paris, 1840, p. 329.
[168] Rappelons en effet que si *« La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue »*, il est cependant immédiatement proscrit d'en faire « *un usage prohibé par les lois ou par les règlements*. ». En lieu et place d'un droit absolu et fondamental, le Code civil évoque une prérogative susceptible d'être limitée par un *simple* acte administratif. V. à ce sujet J.-F. NIORT, *Le Code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national*, RTD Civ. 2005, p. 269.
[169] CH. VILLERS, *Philosophie de Kant*, Metz, 1801, p. 4.
[170] R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, Cours, 2008, 8ème éd., n° 15.

II : L'ADMISSION CONTRACTUELLE DE L'IDEALISME

48. Si l'élaboration de la conception du contrat sous l'angle de l'autonomie de la volonté est clairement un héritage de l'idéalisme kantien, notons que celle-ci a parfaitement su par la suite s'affranchir de cette origine philosophique pour se faire toute contractuelle. L'admission de l'autonomie de la volonté individuelle (A) a en ce sens justifié une présomption de justice contractuelle (B).

A. La formalisation de l'autonomie de la volonté individuelle

49. Le changement de paradigme dans la théorie contractuelle, non seulement issu de sciences extérieures au droit, a ainsi procédé de mécanismes particulièrement complexes et étonnamment efficaces. La liberté, de même que la puissance de la volonté individuelle ont irrigué en ce sens la relecture des fondations contractuelles. Les valeurs portées par l'idéalisme, et véhiculées par l'école historique, ont été érigées en postulats contractuels. Ainsi, l'homme libre est également un contractant libre ; il ne peut en conséquence être obligé que parce qu'il l'a voulu, et dans la mesure de ce qu'il a voulu. C'est nécessairement par sa seule volonté, et selon sa volonté, qu'il aliène sa liberté. Le processus contractuel est désormais un procédé de pure *autonomie*. Ce terme est par ailleurs très rapidement utilisé par les juristes réceptifs à l'individualisme prôné par l'école historique. En 1821 déjà, Meynier explique que « *la raison est autonome, c'est-à-dire son propre législateur* »[171]. Quelques années plus tard, Warnkonig, dans la Thémis, reprenait la même observation : « *la raison est douée d'autonomie, c'est-à-dire, d'une puissance législative qui s'applique à elle-même* »[172]. Une fois cette acception parfaitement admise, elle pouvait par ailleurs se détacher de ses origines philosophiques idéalistes. Schützenberger, disciple de l'école historique française, sera par ailleurs le premier à mettre en lien l'autonomie et la théorie du contrat, sans plus utiliser la filiation spiritualiste de Kant : « *[...] et l'autonomie individuelle sanctionne les conventions formées par le consentement libre et réfléchi des parties contractantes, en tant que leur objet n'est point en opposition avec la morale [...]* »[173].

---

[171] MEYNIER, *Traités de législation civile et pénale*, Annales de législation et de jurisprudence, t. 2, 1821, p. 21. Il sera un proche de Pellegrino Rossi, juriste et Professeur de droit.
[172] L.-A. WARNKONIG, *De l'enseignement du droit germanique et de l'étude philosophique de la jurisprudence en Allemagne*, Thémis, 10/1830-31, p. 403.
[173] SCHUTZENBERGER, *Etudes de Droit public*, Paris-Strasbourg, 1837, p. 226.

50. Moins d'une quarantaine d'années après la promulgation du Code civil, « *l'école historique avait complètement changé le paradigme : au lieu de déduire la propriété et le contrat comme le droit privé dans son ensemble d'un droit naturel par le relais d'un contrat de société, elle conçoit désormais le droit privé comme puisant son fondement dans la liberté et la volonté de l'homme, bref dans l'autonomie de la volonté […]. Aucun de ces traits significatifs de l'école historique […] ne se trouve sous cette forme dans les travaux préparatoires du Code civil, ce qui ne surprend pas eu égard à l'antipathie de Portalis et de son époque à l'encontre de la philosophie de l'idéalisme* »[174]. Restait cependant à élaborer une véritable théorie contractuelle, complète et surtout légitime à justifier les diverses solutions qu'impliquait déjà le dogme individualiste en matière contractuelle.

B. La justice présumée de l'autonomie contractuelle de la volonté

51. Si l'intitulé de la théorie de l'autonomie de la volonté a émergé plus tardivement, son contenu a été formalisé assez tôt au cours du XIX^{ème} siècle. Sans développer ici ses concepts de volonté, de consentement, de liberté, d'autonomie et d'égalité, battus et rebattus tant de fois à quiconque s'est un tant soit peu intéressé aux obligations en droit français depuis le XX^{ème} siècle, sans doute faut-il davantage s'intéresser à la présomption de justice contractuelle subtilement mise en place. A notre sens, c'est elle qui a signé le fabuleux succès de la théorie, et qui conduira ensuite son déclin.

52. Admettre la liberté mais surtout l'*auto-nomie* de la volonté individuelle ne justifie pas *a priori* la justice et l'équité contractuelle. Admettre la liberté mais surtout l'*auto-nomie* de la volonté individuelle légitime *seulement* la force obligatoire et l'intangibilité des conventions – au mieux donc la vigueur et l'étendue de l'obligation. C'est ainsi qu'en parallèle de la formalisation des postulats strictement contractuels vont émerger des constructions plus générales qui tendent à démontrer que l'autonomie contractuelle satisfait tant à la justice individuelle que collective. En ce sens « *des individus libres et égaux sont pleinement en mesure de veiller à leurs propres intérêts ; par conséquent, les règles auxquelles ils consentent sont les mieux à même d'assurer le bien-être de tous, l'intérêt*

[174] A. BURGE, *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, RTD Civ., 2000, p. 7.

général n'étant que la sommation des intérêts particuliers »[175]. En effet, ramenée à l'échelle du contrat : « *Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice : mais toute injustice est impossible quand il décide pour lui-même* »[176]. L'autonomie contractuelle garantit ainsi la justice de l'obligation née de la volonté et consentie librement, et la somme de ces obligations sert la justice générale. C'est donc un mécanisme éminemment présomptif qui justifie l'équité et la justice contractuelle. Etant présumée par la seule nature contractuelle de l'acte, de l'obligation, de la dette ou de la créance, elle n'implique *a contrario* aucun contrôle et aucune garantie effective. Mieux, elle justifie désormais non seulement l'exécution contractuelle[177] – en sus du caractère volontaire de l'engagement – mais également l'exclusion du juge ou du législateur. En effet « *toute intervention externe à la volonté des parties, politiques législatives ou révision judiciaire, risque de fausser l'équilibre inhérent des intérêts en présence. Tout contrat librement consenti est par définition conforme à la justice et à l'intérêt général, car « Qui dit contractuel dit juste. » (Fouillée)* »[178]. Et en ce qu'elle exclut législateur et juge des relations conventionnelles, la justice présumée de l'individualisme philosophique appliqué au contrat s'est par ailleurs trouvée un allié de poids dans le libéralisme, spécialement économique, déployé au même moment. Si le raisonnement diffère sensiblement, on trouve en effet la même présomption de justice, doublée de celle de l'utilité, aux termes des thèses libérales. La théorie de l'autonomie de la volonté, sûre des postulats contenus dans son intitulé, voyait par ailleurs ainsi doublement justifier la liberté individuelle – au demeurant philosophique – qu'elle sous tendait en préalable dans ses constructions.

---

[175] L. ROLLAND, « *Qui dit contractuel, dit juste (Fouillée)… en trois petits bonds, à reculons* » texte inspiré d'une communication faite au IX^{ème} Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique (Tunis, nov. 2005), *Les principes généraux de droit.*

[176] KANT, *Doctrine du droit*, cité par E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, Dijon, 1912, p. 78.

[177] Sur la justice de l'intangibilité contractuelle, v. A.-S. BOLZAN, *Intangibilité des contrats et justice contractuelle*, Mémoire réalisé en vue de l'obtention du Master 2, sous la dir. de J.-L. RESPAUD, 2009, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse.

[178] L. ROLLAND, *Qui dit contractuel, dit juste (Fouillée)… en trois petits bonds à reculons*, texte inspiré d'une communication faite au IX^{ème} Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique (Tunis, nov. 2005), *Les principes généraux de droit.*

PARAGRAPHE 2 : LE DEPLOIEMENT DES REFERENCES LIBERALES

53. Le libéralisme du XIX^{ème} siècle a vu un curieux processus se réaliser. En effet, les revendications libérales de tout bord – politique, économique, juridique – émergées au début du XIX^{ème} siècle (I) vont progressivement impulser, non une entreprise de réforme, mais un mouvement de réinterprétation des textes, duquel le Code civil ressortira à la fin du siècle en *« triomphe de l'individualisme libéral »*[179] (II).

I : L'EMERGENCE DE REVENDICATIONS LIBERALES

54. Le libéralisme, bien que porté par des enjeux économiques, est avant tout de nature juridique. Le mouvement a par ailleurs su évoluer : de la critique générale adressée à l'excessive intervention étatique dans la vie civile (A) se dégage, fort opportunément au regard du contexte industriel, des constructions libérales spécialement contractuelles (B).

A. Le rejet de l' « *interventionnisme étatique* »[180]

55. Dès le premier quart du XIX^{ème} siècle, juristes, politiques et économistes vont déplorer l'omniprésence juridique, avérée ou estimée, et revendiquer un certain effacement étatique aux fins d'exercer une plus grande liberté individuelle. Il est vrai qu'à l'aube du XIX^{ème} siècle, et notamment pour les raisons évoquées plus haut, la loi est entourée d'une certaine légitimité, les effets des thèses légicentristes perdurent, ce qui justifie, pour beaucoup, son déploiement dans la vie civile. A ce sujet, il faut évoquer Cambacérès et son souhait de réunir dans « *un code succinct et complet les lois rendues jusqu'à ce jour* ». Il s'agissait alors de rassembler et de codifier dix mille décrets en vingt huit codes… Lui justifiait ainsi le volume des textes : « *le gouvernement pèse sur toutes les parties de la société, en balance les droits, en fixe les limites, et par son influence préside à la marche et à l'harmonie du monde politique* ». Il faut encore mentionner les mots du premier doyen de l'Ecole de droit de Paris, le jour de son ouverture, le 26 novembre 1805 : « *du berceau à la tombe, l'homme social est sous la surveillance journalière de l'administration* »[181]. Les

[179] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil*, Introduction Générale, Paris, 1994, n°146, p.104.
[180] J.-F. NIORT, *Le Code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles d'un symbole national*, RTD Civ. 2005, p. 259.
[181] M. REULOS, *Discours prononcé par Louis Portiez de l'Oise*, Rev. d'hist. fac. dr., 13/1992, p. 319.

libéraux s'accordent donc mal de ce qu'ils qualifient de véritable « *fureur régulatrice* »[182], et les débats tournent pour beaucoup autour de la légitimité et de l'opportunité de l'*invasion* étatique, gouvernementale ou administrative dans la vie civile. Pour exemple, les mots de Charles Dunoyer, Préfet de la Somme, puis conseiller d'Etat en 1838 : « *L'État, très capable de nuire, l'est très peu de faire le bien… Quand l'État fait le bien, il le fait mal, quand il fait le mal il le fait bien* » [183]. Ou encore ceux d'Alexandre De Laborde, auditeur au Conseil d'Etat, député, puis Préfet de la Seine en 1830, qui évoque en 1821, au sujet de l'administration, une « *nouvelle providence, ange gardien moderne* », constituée d'une « *nuée de petits administrateurs despotes […] le considérant à la bouche* »[184].

56. Ces débats, portés par d'éminentes personnalités, cachent par ailleurs, bien évidemment, des motivations davantage contextuelles. Le XIX^{ème} siècle est celui de la Révolution industrielle, la transformation économique ne peut se concevoir sans une mutation de l'ordre juridique. C'est en partie la Société d'économie politique qui va réceptionner l'ouverture du débat aux questions commerciales et industrielles, et revendiquer *in fine* l'adaptation juridique au libéralisme économique. Elle est fondée en 1842 par Joseph Garnier et Gilbert Guillaumin. Le premier sera une figure de l'école française du laissez-faire (dite école de Paris), il fondera en 1846 la Société de libre-échange. Le second sera l'éditeur du Journal des économistes, la revue référence de la science économique pour la suite du XIX^{ème} siècle, laquelle publiera la plus large part des travaux des libéraux de ce siècle. Parmi leurs sympathisants, ils compteront notamment Jules Simon, Professeur de philosophie et suppléant de Victor Cousin à la Sorbonne, député à l'assemblée constituante en 1848, puis ministre de l'Instruction publique en 1870, Jean-Gustave Courcelle-Seneuil économiste libre-échangiste français, conseiller d'Etat en 1879, maître de conférences d'économie politique à l'Ecole Normale puis élu en 1882 à l'Académie des sciences politiques et morales[185], ou encore Jules Ferry… Naturellement, la communauté strictement juridique ne demeure pas hermétique aux doctrines ambiantes. Le libéralisme

[182] Joseph-Marie De Géraudo, également membre de l'Académie des sciences morales et politiques, avait ainsi examiné plus de 80 000 lois, décrets, ordonnances et règlements pour les 6 volumes d'*Institutes du droit administratif français* ou *Éléments du code administratif, réunis et mis en ordre* entre 1829 et 1836 (V. MACAREL, *Cours d'administration et de droit administratif*, Paris, 1844, t. 1, p. 3).
[183] CH. DUNOYER, *L'industrie et la morale considérées dans leurs rapports avec la liberté*, Paris, 1825, p. 293. Il rejoindra l'Académie en 1832.
[184] DE LABORDE, *De l'esprit d'association dans tous les intérêts de la communauté*, 2 vol., Paris, 1821, p. 41.
[185] V. G. RIBEILLE, *Courcelle-Seneuil, fondateur du management moderne des entreprises au milieu du XIX^{ème} siècle*, in J.-Ph.BOUILLOUD et B.-P. LECUYER (dir.), *L'invention de la gestion; histoire et pratiques*, 1994, Paris, L'Harmattan.

politique et économique environnant irrigue et se nourrit des conceptions libérales de l'ordre juridique, dont les applications contractuelles prennent largement leur source dans la promotion de la liberté individuelle.

B. La promotion du libéralisme contractuel

57. Quant au libéralisme justement, il faut citer le président de la Cour de cassation, quelques années à peine avant qu'il ne soit nommé, lorsqu'il défend la liberté contractuelle devant l'Académie des sciences morales et politiques, au milieu du XIX^{ème} siècle : « *Laissez l'homme en face des besoins, sans autre espoir que son propre courage pour vaincre l'adversité ; il fera des prodiges de zèle, de labeur, de persévérance* »[186]. Et au sujet de l'égalité des hommes, elle doit s'exercer « *dans les conditions d'inégalités qu'ils se sont faites par le légitime emploi de leurs forces naturelles* ». Il faut en conséquence s'opposer aux idéologies qui « *étendent arbitrairement la puissance de l'Etat sur les individus […] ténèbres de l'intelligence* »[187] car elles mènent « *la société dans une voie fausse, quand les classes pauvres, au lieu de chercher dans l'activité individuelle le principe de leur progrès, vont servilement se traîner à la suite de l'Etat pour exiger de lui qu'il se fasse leur nourricier* »[188]. Le ton est donné. Et la promotion de la liberté contractuelle ne s'économise pas de larges critiques envers l'étatisme ambiant. Ainsi, Charles Dunoyer, futur membre de l'Académie des sciences morales et politiques et futur président de la Société d'économie politique – au sein de laquelle il côtoiera Renouard ou Wolowski dont nous avons ébauché plus haut le penchant pour l'autonomie contractuelle –, qui dénonce en 1825 l'Etat d'avoir « *détruit […] l'esprit d'invention et d'entreprise, l'activité, l'émulation, le courage, la patience, tout ce qui constitue l'esprit de l'industrie* »[189], ou Alexandre De Laborde lorsqu'il accuse une administration oppressive de prémunir ses administrés « *des dangers du libre-arbitre en affaires civiles* »[190].

[186] TROPLONG, *De l'esprit démocratique dans le Code civil*, Mémoire à l'Académie des sciences morales et politiques, reproduit dans Revue de législation et de jurisprudence, 1848-1850, t. 37, p. 341.
[187] TROPLONG, *De l'esprit démocratique dans le Code civil*, Mémoire à l'Académie des sciences morales et politiques, reproduit dans Revue de législation et de jurisprudence, 1848-1850, t. 37, p. 339.
[188] TROPLONG, *De l'esprit démocratique dans le Code civil*, Mémoire à l'Académie des sciences morales et politiques, reproduit dans Revue de législation et de jurisprudence, 1848-1850, t. 39, p. 26.
[189] CH. DUNOYER, *L'industrie et la morale considérées dans leurs rapports avec la liberté*, Paris, 1825, p. 293.
[190] DE LABORDE, *De l'esprit d'association dans tous les intérêts de la communauté*, 2 vol., Paris, 1821, p. 41.

58. Le code civil n'échappe pas à ces velléités, et les appels à la réforme sont légion, notamment au sein de l'Académie des sciences morales et politiques. Pellegrino Rossi, Professeur de droit et d'économie politique au Collège de France, y fera par ailleurs en 1845 un discours retentissant, dans lequel il déplorera l'inadaptation du Code aux développements économiques liés à la Révolution industrielle[191]. Il appelle en ce sens une réforme du Code civil, au nom de la liberté du commerce et d'industrie. Il estime en effet que *« le législateur […] a été au-dessous de sa tâche […] lorsqu'il s'est trouvé aux prises avec les principes des sciences économiques […] lorsque la loi civile aurait dû réfléchir avec une exactitude scrupuleuse l'image mobile des faits économiques de la société* »[192]. Un autre membre de l'Académie des sciences morales et politiques, Anselme Batbie, juriste, ministre, député puis sénateur, demandera encore également, quelques années après, une réforme du Code civil : « *L'économie politique a démontré que notre Code civil était trop réglementaire ; qu'il restreignait souvent la liberté des conventions ; qu'il limitait la propriété privée dans des circonstances trop nombreuses. Une révision facile à faire rendrait aux conventions la liberté qu'elles doivent avoir, et dont le principe a été reconnu par l'art. 1134 » : « Révision du Code Napoléon* »[193]. Troplong, désormais Président de la Cour de Cassation, explique alors lui-même, que « *Le législateur n'est que trop porté à étendre ses prérogatives : rappelons-le à ses limites régulières et disons-lui, au nom de la philosophie et de la critique, qui ont aussi leur autorité, qu'il ne lui est pas permis de faire taire, à son profit, l'éternelle voix du droit naturel* ». Il faut veiller à ne pas « *étendre arbitrairement la puissance de l'Etat sur les individus* » au risque « *d'étouffer le droit privé, par je ne sais quel intérêt public et général, qui n'est que la négation de l'intérêt de chacun* »[194]. Quant à la filiation du courant individualiste et libéral avec l'Ecole historique allemande, il faut souligner que Laboulaye, définitivement converti au libéralisme et à la doctrine du laisser-faire, fondera en 1855 avec Dareste notamment la Revue historique de droit. Il contribua par ailleurs, avec d'autres intellectuels libéraux, à combattre la politique autoritaire du second empire puis de la III[ème] République : « *Le*

[191] V. P. ROSSI, *Observations sur le droit civil français dans ses rapports avec l'état économique de la société*, in *Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*, t. 2, Paris, Guillaumin, 1857.
[192] P. ROSSI, *Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société,* Paris, 1837, p. 4.
[193] « *[…] et dont le principe a été reconnu par l'art. 1134 »* (A. BATBIE, *Révision du Code Napoléon*, Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques des 23 et 30 déc. 1865, *Revue critique de législation et de jurisprudence,* t. 28, 1866, p. 162.
[194] Il est cependant tout-à-fait plausible que l'auteur révèle ici davantage son inquiétude relative à l'autoritarisme supposé de la Seconde République, que son appréciation des législateurs de 1804 ; TROPLONG, *De l'esprit démocratique dans le Code civil*, Mémoire à l'Académie des sciences morales et politiques, reproduit dans Revue de législation et de jurisprudence, 1848-1850, t. 37, p. 335.

meilleur gouvernement c'est celui qui apprend aux hommes à se gouverner eux-mêmes »[195]. La seconde moitié du XIX^{ème} siècle verra ainsi les mêmes critiques et la même doctrine reprise et développée par d'autres : le droit doit être la « *science de la liberté, l'autonomie de l'être humain* »[196], en un temps où l'on voit, selon Charles Beudant, la menace « *des réformes contemporaines faisant prédominer l'action de l'Etat sur l'initiative individuelle, et même sur les droits de la personne* »[197].

59. La seconde moitié du XIX^{ème} siècle verra aussi pointer les effets concrets des revendications individualistes et libérales, alors même que les réformes jugées nécessaires à la garantie de la liberté individuelle dans les contrats n'ont pas même été entreprises.

II : L'INSTRUMENTALISATION LIBERALE DU CODE CIVIL

60. En lieu et place des réformes libérales évoquées, c'est donc un phénomène d'instrumentalisation du droit existant qui s'est produit. L'efficace et patiente diffusion des références du libéralisme a conduit à appréhender l'outil contractuel comme un instrument libéral (A). Le régime textuel n'a naturellement pas échappé à cette réinterprétation, et la formulation de l'article 1134 al. 1er du C.civ., en phase avec l'individualisme ambiant, a permis une redéfinition matérielle et organique du contrat, qui laissait désormais au juge, sous réserve qu'il soit *légalement formé*, le seul soin d'en garantir l'exécution (B).

A. La redéfinition artificielle du contrat

61. Nous en avons un exemple avec « *l'actif Batbie* »[198]. Après avoir « *suggéré une révision du Code civil dans un sens libéral* », il incite finalement *« quelques années plus tard ses contemporains à contribuer par leurs commentaires au renouveau législatif* »[199]. Ce fut par ailleurs un mouvement d'ampleur, « *ces professeurs, ont parfaitement su trouver le dialogue avec le monde juridique européen […] et ainsi achevé la modernisation du droit initiée par les adhérents de la Thémis. Ils ont ainsi transformé non seulement la méthode et*

[195] Une citation de Goethe qui apparaît sur la couverture de son ouvrage : *Le parti libéral : son programme et son avenir*, Paris, Charpentier, 8ème éd., 1871.
[196] A. JOURDAN, *Le droit français, ses règles fondamentales, ses rapports avec les principes de la morale, avec l'économie politique et avec l'utile*, Paris, 1875, p. 285 et 561.
[197] CH. BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat. Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1891, p. 146.
[198] CH. JAMIN, *Boissonade et son temps*, Arch. Phil. Droit. 44/2000, p. 285.
[199] *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 21ème année, nouv. série, t. 1, 1871-1872, p. I-II ; cité par CH. JAMIN, *Boissonade et son temps*, Arch. Phil. Droit. 44/2000, p. 285.

l'interprétation du Code civil, rattachées à la pensée libérale, mais également le droit matériel. Un grand nombre des réformes réclamées jadis par les libéraux étaient devenues ainsi obsolètes, parce qu'on interprétait maintenant les normes du strict point de vue de l'autonomie, privée, qu'on instillait dans une codification et un système désormais réorienté »[200].

62. Le Code civil a ainsi été lu par ses contemporains selon les représentations et les idéologies modernes ambiantes, qui n'avaient pour convaincre de leur vérité, nullement besoin de se déduire d'un de ses articles ou de se justifier par une nouvelle législation explicite. Par ailleurs, ces nouvelles interprétations permettaient bien souvent seules d'adapter le Code aux besoins et aux impératifs immédiats, notamment en matière contractuelle et commerciale. « *Les interprètes du XIXe siècle n'ont pas seulement cultivé les racines de la tradition du droit commun, mais ont été en phase avec leur époque et ont, en transformant les données principales, adapté le code aux exigences du monde industriel souvent sans l'aide du législateur, par leurs publications et leurs activités politiques. Nous connaissons le résultat : l'image du code civil comme expression de la société libérale* »[201]. Naturellement, la cohérence commandait dès lors que ce soit les conceptions libérales mêmes qui aient fondé le Code civil. C'est ainsi que Trolong en vient à qualifier le recueil de « *spiritualiste* »[202], affirmant que « *notre Code civil s'est identifié avec les principes démocratiques de 1789* », et qu'il concentre « *tout ce qu'il y a d'essentiel dans le droit naturel* » dont *« les principes éternels d'égalité et de liberté que Dieu a gravé dans le cœur de l'homme* »[203], ajoutant à l'artificialité de la relecture, l'inexactitude des bases idéologiques.

63. La doctrine tardivement majoritaire du Code civil, et spécialement de la question contractuelle, comme *« triomphe de l'individualisme libéral »*[204] est donc l'effet d'une évolution postérieure du droit privé, emmenée par un mouvement tardif et contextualisé.

---

[200] A. BURGE, *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, RTD Civ., 2000, p. 9.
[201] A. BURGE, *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, RTD Civ., 2000, p. 11. L'auteur relève enfin que *« Ce droit, qui servait désormais de base à la formation de jeunes juristes, fournissait pour ainsi dire un fond d'idéologie juridique aux étudiants en droit »* (même page).
[202] Traités de la Vente (1834) et du Prêt (1845) ; cités par J.-L. HALPERIN, *Le Code civil*, Dalloz, Connaissance du droit, 2ème éd. 2003. p. 92.
[203] TROPLONG, *De l'esprit démocratique dans le Code civil, Mémoire à l'Académie des sciences morales et politiques*, reproduit dans la Revue de législation et de jurisprudence, 1848-1850, t. 37, p. 137-148.
[204] J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil*, Introduction Générale, Paris, 1994, n° 146, p. 104.

Au regard de ces brèves précisions historiques, force est d'admettre que la conception du Code civil et son appréhension du contrat sous l'angle de « *l'autonomie de la volonté et de l'idéologie libérale sont les fruits d'une réorientation de la doctrine sous l'influence décisive de l'école historique allemande* »[205]. Si cette réorientation relève d'une entreprise intellectuelle et artificielle, elle a impulsé des effets bien réels, au nombre desquels la conception d'une intangibilité contractuelle objective et essentielle, qui devait se déduire des seules dispositions du Code civil, faute de réformes, et au secours de laquelle le législateur et le juge doivent exclusivement œuvrer. En ce sens, le laconisme du Code civil en matière contractuelle, initialement destiné à permettre l'évolution du régime des obligations, par la réception d'usages, de maximes, de décisions et de doctrines de bon sens et d'équité, amenait désormais la certitude qu'il fallait exclusivement garantir qu'effectivement *les conventions tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites*.

B. L'interprétation erronée de la force de « *loi* »

64. Si le contrat est désormais appréhendé comme un acte de pure liberté, la justice – rappelons-le – présumée de son contenu doit impérativement se déployer. C'est ainsi que le rôle et la fonction du législateur, mais surtout du juge, sont revisités, notamment par le surinvestissement erroné de l'article 1134 al.1er qui va faire du contrat « *comme une sorte de loi privée* »[206], s'éloignant considérablement de l'intention des codificateurs[207]. L'éloignement conceptuel sera par ailleurs plus marqué avec le juge qu'avec le législateur. En effet, malgré la promotion de l'autonomie des parties, la loi demeure un pilier, en ce

[205] A. BURGE, *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, RTD Civ., 2000, p. 5.

[206] « *Le principe sur ce point est écrit dans l'art. 1134 et ce principe est que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi entre ceux qui les ont faites. C'est comme une sorte de loi privée » (*BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Rousseau, 1900, p. 744).

[207] Pour lesquels, nous l'avons déjà dit, il n'était évidemment pas question d'affirmer que les parties au contrat sont « *hissés à la dignité de législateurs* » (R. BATTIFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 359), mais simplement de rappeler aux contractants que le contrat oblige, « *par référence au droit romain, mais surtout d'inculquer à des êtres faibles, moins guidés par leur raison que par leurs passions, le respect des conventions au même titre que celui de la loi. Il s'agit donc d'une simple analogie* ». En 1868, Demolombe relève ainsi que l'enjeu de l'article 1134 al. 1er du Code civil « *n'est point, bien entendu, d'ériger la convention privée en une loi proprement dite, mais d'exprimer, d'une façon énergique, le lien qui en résulte entre les parties* » (DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Durand et Hachette, t. 1, 1ère éd., 1868, n° 387). Et c'est bien en ce sens que la Cour de cassation l'avait compris, puisqu'elle retient « *après une brève controverse, que la violation de la loi du contrat par le juge ne constitue pas une cause de cassation, car cette loi n'a rien à voir avec la loi étatique* », il ne s'agissait « *donc pas encore de mettre les conventions individuelles en concurrence directe avec elle* » (CH. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, Recueil Dalloz 2002, p. 901 ; se fondant sur une présentation générale, Jur. gén. Dalloz, 1847, v° *Cassation*, ch. 15, n° 1567-1578).

que d'une part elle reconnaît le contrat et le consacre, et d'autre part se porte garante du respect des volontés individuelles telles qu'elles se sont exprimées, et pour autant qu'elles se soient légalement formées[208]. Larombière, alors président de chambre à la Cour de cassation, le formule explicitement : « *Ce n'est pas la loi qui crée l'obligation [...] ; elle la reconnaît seulement, la consacre et la garantit. Ce sont les contractants eux-mêmes qui s'obligent, parce qu'ils en ont la volonté, et que, en ayant la volonté, ils en ont le pouvoir. Alors la convention leur tient lieu de loi* »[209]. La même position, ou presque, pouvait se trouver chez Toullier[210]. Pour le juge, les choses sont sensiblement différentes, puisque « *De ce principe il faut tirer cette conséquence que, s'il s'élève un procès à l'occasion d'une convention, les tribunaux, après avoir constaté que cette convention est légalement formée, ne peuvent que reconnaître et faire sanctionner les clauses qui la constituent, sans avoir le droit de les modifier, sous prétexte par exemple d'équité* »[211]. La relecture libérale du Code civil, de même que la réinterprétation littérale de l'article 1134 al.1er ont en ce sens considérablement limité l'office du juge, du moins l'ont drastiquement orientée, et en tout cas évincée du contenu contractuel. En effet, l'appréciation des formes légales d'une convention, alors même que c'est le principe du consensualisme qui préside, et que la liberté individuelle est présumée de manière irréfragable[212], se révèle nécessairement

[208] Un élément notable puisque Planiol relève encore, au sujet de « *la force de loi* » qu'il croit déceler dans l'article 1134 al. 1er C.civ., qu'*« il y a une condition pour que les contrats aient cette force obligatoire : il faut qu'ils soient « légalement formés* […]. *La loi ne peut prêter son appui à une convention qu'elle défend et qui est illicite* » (PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, t. 2, 6ème éd., 1912, n° 1165).

[209] LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, Durand et Pédone-Lauriel, t. 7, éd. 1885, art. 1370, n° 2, p. 390. Il ajoute : « *Que l'on ne dise donc pas que les conventions n'ont de force obligatoire que parce que les lois civiles l'ont ordonné, comme s'il leur avait été possible de supprimer en l'homme la liberté et la conscience... Le contrat sera plus fort quand on aura dit de l'obligation : la conscience le veut, que lorsqu'on aura dit : les hommes l'ont voulu. En s'appuyant ainsi sur la morale, les lois civiles auront doublé de force* » (t. 1, art. 1134, n° 2, p. 379).

[210] Ainsi, écrit-il au sujet des rapports entretenus entre la loi et le contrat que « *Les conventions elles-mêmes n'obligent qu'en vertu de la loi qui commande de tenir la parole qu'on a donnée* » (TOULLIER, *Le droit civil suivant l'ordre du Code civil*, Stapleaux, t. 6, 3ème éd., 1821, n° 4), puis que « *Les obligations conventionnelles sont produites immédiatement par la volonté de l'homme ; elles existent indépendamment de la loi, qui n'intervient, après leur naissance, que comme un fidé-jusseur tout-puissant, pour en garantir l'exécution...* » (t. 11, 3ème éd., 1824, n° 4), ou encore que « *Les obligations conventionnelles doivent si peu leur naissance à la loi, qu'il est au-dessus de son pouvoir de leur enlever leur force obligatoire ; elle peut seulement ne leur accorder sa garantie que sous certaines conditions* » (t. 11, 3ème éd., 1824, n° 5). Pour une analyse des apparentes contradictions entre ces propos, V. CH. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, Recueil Dalloz, 2002, p. 901.

[211] BUFNOIR, *Propriété et contrat, Rousseau*, 1900, p. 744.

[212] Les vices du consentement demeurant strictement limités à l'erreur, le dol ou la violence, et la contrainte morale, factuelle ou économique, bref ce qui entrave véritablement la liberté de contracter, ne sont ni prévus par le Code, ni acceptés par la théorie individualiste. Ainsi le professeur Jamin qui relève : « *Si doctrine de l'autonomie de la volonté il y a (mais on peut alors douter de son existence, du moins au sens strict), elle ne porte donc que sur le poids que doit exercer la loi lors de la formation du contrat (ce qui nous vaut une conception restrictive des vices du consentement ou un rejet de la lésion), mais aussi au stade de son exécution (cette loi devant se borner à la garantir)* » (CH. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, Recueil Dalloz, 2002, p. 901).

bornée. Outre l'article 1101 C.civ., qui ne pose pas véritablement problème, il n'y a finalement que : « *le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation* »[213]. Reste à assurer la stricte sanction des clauses. Et il semblerait que les magistrats de la Cour de cassation, au nombre desquels notamment Troplong et Larombière dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, aient parfaitement, et rapidement, intégré les contours de la nouvelle circonscription de la mission du juge. Pour exemple le revirement opéré par l'arrêt *Veuve Foucauld et Coulombe C. Pringault*[214] au sujet du contrôle en cassation de la dénaturation[215]. Rappelons que dès 1808, l'arrêt *Lubert c. Wancareghem*[216] avait accordé aux juges du fond un pouvoir souverain pour interpréter les clauses d'un contrat. Si par ailleurs il était avéré que ceux-ci avaient mal interprété la volonté des parties, la Cour de cassation, s'interdisant tout contrôle, estimait que leur décision ne pouvait être cassée. La solution est maintenue telle quelle en 1865[217], puis en 1871[218]. Le 15 avril 1872, elle énonce toutefois une limite fondamentale et affirme, au visa de l'article « *1134 c.civ* » – et non 1134 al.1er alors même que c'est exclusivement cet alinéa qui fonde sa décision – « *qu'il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent, et de modifier les stipulations qu'elles renferment* ».

65. D'une question exclusivement de fait, l'instauration du contrôle en cassation fait de l'interprétation du contrat une notion de droit[219]. Précisons immédiatement que si cette décision paraît, à la seule lecture de son attendu de principe, parfaitement légitime, il faut impérativement la resituer dans un contexte particulier d'une part[220], et surtout ne pas sous estimer les « *soubassements idéologiques* »[221] qui la sous tendent. Il nous semble en effet

[213] Par ailleurs, un contrat illégalement formé n'en est plus un, puisque sont seules visées des conditions de validité. Autrement dit, le contrat, son contenu et son appréciation, demeure fermé au juge.
[214] Civ. 15 avril 1872 (DP 1872. 1., p. 176, S. 72. 1. 232).
[215] V. sur ce sujet : J. BORE, *Un centenaire* : *le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes*, RTD civ., 1972, n° 4, p. 252.
[216] Cass. sect. réun. 2 fév. 1808, GAJC, 11ème éd., n° 159 ; Jur. gén., v° Cassation, n° 1573, concl. MERLIN.
[217] Req. 22 nov. 1865, DP 1866. 1. 108 ; S. 1866. 1. 23, concl. FABRE.
[218] Req., 20 nov. 1871, DP 1872, p. 187. Il s'agit alors d'un « *mal jugé* » qui n'encourt pas, de ce chef, la cassation.
[219] Au sujet de la distinction de régime entre dénaturation et fausse interprétation, V. Th. IVAINER, *L'ambiguïté dans les contrats*, D. 1976. 153 ; et MARTY, *La distinction du fait et du droit*, 1929, n° 151, p. 156.
[220] Sur les faits, et notamment les motifs de la décision du conseil des prud'hommes de Flers rendue en première instance, V. note xx.
[221] CH. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, Recueil Dalloz, 2002, p. 901. Lequel, au sujet de cette décision reconnaît par ailleurs qu'« *En instituant un contrôle de dénaturation, la Cour de cassation entendait donc bien rendre hommage à la volonté des parties que le juge ne*

qu'en réalité *« la Cour de cassation se donne ainsi les moyens d'empêcher les juges du fond de refaire le contrat en équité sous prétexte de l'interpréter »*[222], et rend *« hommage à la volonté des parties »*[223], quand bien même, et c'est le cas en l'espèce[224], celle-ci est purement fictive.

66. Un mot également de l'arrêt *Canal de Craponne*[225] rendu quatre ans plus tard, et qui demeure sans doute le meilleur symbole de la force obligatoire dévolue au contrat par les relectures libérales de ces années. Rappelons qu'il s'agissait de réévaluer une taxe, fixée sans doute de manière tout-à-fait consensuelle, mais trois siècles auparavant. Le montant des cotisations, devenu ridiculement bas, ne permettait plus même au concessionnaire de pourvoir au seul entretien du canal… Rappelons également que le prix avait été réévalué à la hausse du fait d'un arrêté administratif au mois de février 1804, sur le seul fondement de l'équité[226]. Le tribunal de première instance, de même que la Cour d'appel, saisis de

---

pouvait trahir, dès lors, du moins, que cette volonté était exprimée de manière claire et précise » (CH. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, Recueil Dalloz, 2002, p. 901). On relève le même revirement au sujet des clauses de non-responsabilité contractuelle en matière de transport ferroviaire. Jugées illicites en 1867 (Civ. 29 mai 1867, DP 1867.1, p. 388), elles sont finalement validées par la Cour de cassation, quelques années plus tard (Civ. 4 févr. 1874, DP 1874, 1, p. 305).

[222] F. TERRE et Y. LEQUETTE*, Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11ème éd, 2000, p. 111. Précisons toutefois que les auteurs se satisfont tout-à-fait de cette décision, jugeant que sous l'empire de la seule jurisprudence *Lubert* « *les juges du fond pouvaient impunément commettre de grossières erreurs ; d'où l'éventuel scandale de décisions tournant le dos à l'évidence. […] Souverain, le pouvoir des juges du fond ne doit pas dégénérer en un pouvoir arbitraire. Il ne faut pas que, sous couvert d'interprétation, ceux-ci puissent s'arroger le pouvoir de modifier le sens ou le contenu d'un contrat dépourvu de toute ambiguïté ».* Ou encore *« la dénaturation répond simplement à la nécessité de mettre un frein aux décisions arbitraires de certains tribunaux. Il faut que ceux-ci sachent qu'ils ne peuvent se livrer impunément aux interprétations les plus fantaisistes* » (TERRE, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, n° 435). De tels propos sont selon nous très excessifs. Rappelons en effet qu'en guise de contrat, il s'agissait d'une clause figurant sur « *un avis réglementaire affiché dans l'usine* » qui disposait au sujet d'une prime promise à quiconque ferait bien son travail « *qu'il est bien entendu que, pour n'importe quel cas, la prime demeurera facultative* ». En lieu et place de la volonté des parties au contrat, on trouve ici la manifestation unilatérale d'une seule volonté. Et s'il y a danger d'un pouvoir arbitraire, ce n'est pas au demeurant celui du juge. Enfin, en prononçant l'octroi de la prime litigieuse à l'ouvrier, alors qu'il avait établi que celui-ci avait *bien travaillé*, il ne semble pas que le juge de prud'hommes, puis d'appel ait formé un jugement *fantaisiste*. V. sur cet arrêt, et notamment au sujet des décisions des juridictions prud'homales sur la période, p. xx.

[223] V. note précédente.

[224] V. note précédente.

[225] Civ. 6 mars 1876, *De Galliffet c/ Commune de Pélissanne,* D. 76.1. 193, note GIBOULOT.

[226] « *Que dans un arrêté du 4 vent. an XII, le sous-préfet d'Aix considère que les dépenses de l'œuvre de Craponne, nécessaires seulement pour entretenir l'eau dans son canal, sont infiniment au-dessus des recettes ; — Que cette disproportion entre les moyens et les charges résulte indubitablement de la nullité des droits d'arrosage pour plusieurs communautés d'arrosants et de leur extrême modicité dans les autres communes ; et que cette entreprise utile serait abandonnée par l'effet de l'impossibilité où se trouvent les propriétaires de faire face aux frais annuels d'entretien du canal, si on ne venait promptement à leur secours […] Qu'enfin, dans un arrêté du 22 de ce même mois de ventôse an XII, rendu sur une délibération des propriétaires du canal de Craponne, le préfet du département considère que les changements apportés par le temps dans le prix de toutes choses ne permettent pas aujourd'hui aux propriétaires du canal de faire les réparations et les dépenses d'entretien avec le produit des arrosages, dont la plupart sont demeurés au taux fixé en 1567 par Adam de Craponne ; qu'il est équitable et conforme à tous les intérêts de rétablir la proportion entre les produits des*

l'affaire par la suite, avaient largement repris les faits et amplement motivé leur décision. Le premier précisant que « *Le contrat qui a un trait successif doit être réduit à l'équité, quand la suite des temps le rend injuste, quand l'état des choses est tellement changé que l'ancienne convention, eu égard au temps présent, devient injuste* », et « *qu'il appartient à la justice de faire cesser cette iniquité en employant le seul remède possible, vu la nature du mal, c'est-à-dire l'augmentation du droit d'arrosage* » dans « *des bornes raisonnables et équitables* »[227], et de justifier des taux usuels et locaux de l'époque, en matière de main d'œuvre, de droits d'arrosage etc. La seconde rappelant « *Qu'il est reconnu, en droit, que ces contrats, qui reposent sur une redevance périodique, peuvent être modifiés par la justice, lorsqu'il n'existe plus une corrélation équitable entre les redevances d'une part et les charges de l'autre ; que, dans l'espèce, la redevance due par les arrosants représente la jouissance successive des eaux du canal, ayant pour corrélatif l'entretien et les dépenses de ce même canal ; que du jour où cette égalité cesse, la loi primitive du contrat est rompue et qu'il appartient aux tribunaux de rétablir l'égalité primitive* »[228], et de moduler, face à la demande du concessionnaire qui souhaitait voir l'augmentation des cotisations rétroagir à 1834, le prix dû en fonction des prix usuels et des coûts réels pour chaque période[229]… La réponse de la Cour de cassation est connue, et elle se fonde sur la règle « *générale et absolue* » de l'article 1134 du Code civil : « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ». Aux logiques de bon sens et d'équité mises en œuvre respectivement et successivement par un préfet, un juge d'instance puis un magistrat d'appel, la Cour de cassation répond, selon nous, par la logique dogmatique, et réaffirme l'intangibilité comme seule réplique judiciaire acceptable face au contentieux contractuel.

---

arrosages et les charges de l'œuvre » (Jugement du tribunal civil d'Aix du 18 mars 1841, repris dans Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12ème éd, 2008, p. 183, Civ. 6 mars 1876 (D. 76. 1. 193, note GIBOULOT).

[227] Jugement du tribunal civil d'Aix du 18 mars 1841, repris dans Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12ème éd., 2008, p. 183.

[228] Aix, 31 décembre 1873, repris dans Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12ème éd., 2008, p. 183.

[229] « *Attendu que si cette augmentation [de 3 sols à 60 centimes] est équitable pour l'avenir, il n'en saurait être de même pour le passé, alors surtout que les hoirs de Galliffet demandent cette augmentation à partir de 1834 ; Attendu que la redevance doit être en proportion avec les charges ; qu'il y a lieu d'établir une différence entre le temps présent et l'époque de la demande qu'il est incontestable qu'en 1834 le prix des journées, et par suite les dépenses pour l'entretien du canal étaient bien moindres qu'aujourd'hui ; qu'il est donc juste d'établir une différence dans le prix de la redevance, et qu'en la fixant à 30 centimes par carteirade, à partir de 1834 jusqu'en 1874, la justice établit une équitable proportion entre les deux époques* » (Cour d'appel d'Aix, 31 décembre 1873, repris dans Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12ème éd., 2008, p. 183).

67. A partir du *nouvel* article 1134 al.1er du Code civil, les fonctions ont été en ce sens totalement redéfinies : la détermination du contenu contractuel aux seules parties (c'est *l'auto-nomie* de la volonté), la consécration de la force obligatoire de la convention à la loi[230], et la garantie effective de son intangibilité au juge[231]. Ce mouvement de théorisation tardive, aux ambitions pourtant rétroactives, s'est révélé par ailleurs particulièrement efficace, malgré une immense et – le plus curieux – évidente fragilité conceptuelle. L'efficacité se mesure en effet aux décisions jurisprudentielles particulièrement révélatrices, dont celles évoquées, qui ont été rendues sur la période[232], alors même que le courant, loin d'être consolidé, se déployait encore. Et l'éclatante faiblesse est éminemment textuelle. L'interprétation de l'article 1134 al. 1er du Code civil qui, selon nous, a véritablement incarné la retranscription positive du dogme libéral de l'individualisme, par l'admission de la présomption irréfragable de l'intangibilité contractuelle – la force de loi – comme seule source de justice, était démentie deux lignes plus bas, puis encore à l'article suivant[233]. Enfin, il faut relever, que cette position jurisprudentielle, issue de la Cour de cassation et patiemment imposée aux juridictions du fond, s'est révélée totalement indifférente aux spécificités des matières auxquelles elle s'appliquait. De même, elle a indirectement impulsé la détermination d'un régime contractuel qui, à l'image de la théorie

---

[230] CH. JAMIN relève ainsi que « *les auteurs libéraux […] ne défendent nullement une conception auto-fondatrice du contrat, c'est-à-dire détachée de la loi ; ce qu'ils veulent, c'est que celle-ci pèse d'un poids moindre sur le contrat, non que ce contrat s'affranchisse de la tutelle de la loi. Ils expriment d'ailleurs […] la tendance doctrinale et jurisprudentielle dominante de la seconde moitié d'un XIXe siècle profondément marqué par une forte poussée économique libérale, qui prend vraiment corps durant le Second Empire* » (CH. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, Recueil Dalloz, 2002, p. 901).

[231] V. à ce sujet F. LAURENT, *Principes de Droit civil français*, Durand, t. 16, 1875, n° 178-179.

[232] Ainsi le professeur Jamin qui prend en exemple le « *statut réservé à la clause résolutoire* », et relève que « *l'absence de prescription précise dans le code civil sur son degré de force obligatoire incite d'abord les juges à se conformer à la jurisprudence en vigueur sous l'Ancien Régime : la clause résolutoire n'a qu'une portée comminatoire qui n'interdit nullement au juge d'accorder des délais au débiteur malheureux. Cependant la Cour de cassation donne un brusque coup d'arrêt à cette jurisprudence dans une célèbre décision du 2 juillet 1860 qui fera date (DP 1860, 1, p. 284*). *Le juge doit désormais se borner à vérifier si les conditions de mise en œuvre de la clause, telles que les ont fixées les parties, sont réunies ; dans l'affirmative, il ne peut que constater la résolution du contrat quelles que soient la gravité du manquement et les conséquences de la rupture pour le débiteur* ». Ainsi, la clause résolutoire rejoint « *dans la rigueur la clause pénale, qui ne peut plus être révisée par le juge, les modalités du paiement, qui n'autorisent plus le débiteur à contraindre le créancier à « recevoir autre chose que celle qui lui est due », ou encore les conditions fort restrictives d'obtention du délai de grâce. Mais pour d'autres motifs : alors que les art. 1152, 1243 et 1244 c. civ. avaient fortement contraint le débiteur contre la tradition d'Ancien Régime dans un but qui semble être avant tout la restauration de l'ordre public, la clause résolutoire lui réserve un sort identique au nom de la glorification de sa volonté. Le principe énoncé en 1860 est très net : «... il n'est pas défendu aux parties d'attacher à l'inexécution, constatée dans une certaine forme, les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit ; qu'une pareille convention n'a rien d'illicite ; qu'elle tient lieu de loi à ceux qui les ont faites...* » (CH. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, Recueil Dalloz, 2002, p. 901).

[233] Et si effectivement les articles 1156 à 1161 du Code civil prescrivent aux juges une interprétation du contrat respectivement dans cet ordre : littérale, selon l'esprit, l'utilité, l'usage et la globalité, l'article 1162 commande clairement une interprétation en équité.

fondatrice, s’est avéré dogmatique et lacunaire, spécialement en matière de travail.

CHAPITRE 2

UN REGIME PRESOMPTIF INADAPTE AUX RELATIONS DE TRAVAIL

68. On relève en effet que le principe de l'autonomie de la volonté a impulsé un véritable *droit* positif, qui a procédé selon nous de deux mouvements. D'une part, les postulats théoriques et rigides[234] ont été érigés fictivement en présomptions irréfragables (SECTION 1), et d'autre part, la Cour de cassation en a déduit des solutions excessives et particulièrement injustes (SECTION 2).

SECTION 1 :
DES PRESOMPTIONS RIGIDES ET FICTIVES

69. Les principes fondamentaux du dogme libéral, profondément utopiques, révèlent une nature d'une simplicité telle qu'elle ne tolère aucune atténuation, ni aucun ajustement (PARAGRAPHE 1). Ils se sont en conséquence révélés incapables de prendre en compte les inévitables imperfections sociales et économiques qui gouvernent et contraignent nécessairement les relations conventionnelles (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : DES PRESOMPTIONS RIGIDES

70. Les postulats issus de la théorie de l'autonomie de la volonté sont autant dogmatiques à la phase de formation, qu'à celle de l'exécution du contrat. A la première, on retrouve la volonté et la liberté dans l'engagement contractuel (I). Quant à la seconde, la force obligatoire entraîne une intangibilité présumée juste de manière irrécusable (II).

[234] Au sujet de la radicalisation des postulats de la théorie de l'autonomie de la volonté, les travaux de E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912, et leurs conséquences doctrinales : note xx.

I : VOLONTE ET LIBERTE PRESUMEES A LA FORMATION DU CONTRAT

71. Le contrat se forme par l'effet de la seule expression de volonté des parties (A), libres de se donner leur propre loi (B).

A. Volontarisme et consensualisme

72. De manière générale, le volontarisme est une conception qui postule que la volonté tient une place importante dans le déroulement des événements. Juridiquement, rappelons qu'il s'agit d'une idéologie subjectiviste qui place en l'individu son fondement, la norme est alors l'expression d'une volonté individuelle, humaine. Enfin, en matière contractuelle, il s'agit d'affirmer que le contrat est le produit de la volonté des parties. C'est ainsi que, selon le dogme libéral, « *l'essence de l'acte juridique, c'est uniquement la volonté* »[235] : la volonté est créatrice de l'engagement contractuel, et elle se manifeste par le seul consentement.

73. La formation du contrat ne doit en ce sens être subordonnée à aucune formalité. La seule expression des volontés suffit. Le consensualisme consacre ainsi la liberté quant à la manière d'exprimer le consentement. C'est l'article 1108 du Code civil qui dispose en effet que « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation »,* qui est censé *consacrer implicitement* ce principe. Il n'est pourtant fait aucune allusion, *a fortiori* exclusive, à une quelconque manifestation de l'extériorisation du consentement. Il est vrai cependant que le Code civil dispose expressément, pour certains contrats particuliers, la nécessité d'un écrit ou l'accomplissement de formalités substantielles.

74. S'il s'agit là d'un principe directeur, ou fondateur pour les plus convaincus, du droit des contrats dès le XIX^{ème} siècle, il faut préciser que cette idée est bien plus ancienne. Loysel, au XVI^{ème} siècle, écrivait déjà sa fameuse formule : *« on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles. Autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain* ». Ensuite, c'est Domat et Pothier qui, au XVII et XVIII^{ème}

[235] E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912, p. 132.

siècles, vont largement vanter un consensualisme contractuel, repris ensuite par les tenants du dogme autonomiste. Le principe du consensualisme, à l'instar de celui du volontarisme, bien qu'ils révèlent une idéologie libérale, peu encline par nature à garantir, encadrer ou s'assurer de la phase de formation contractuelle, ne sont cependant pas les plus dangereux, au regard notamment de leurs conséquences. Tout au plus investissent-ils un peu excessivement le consentement. Les présomptions les plus périlleuses demeurent celle de l'autonomie et de la liberté contractuelle.

B. Autonomie et liberté

75. Quant à l'engagement contractuel, les parties sont libres de le réaliser ou pas. Quant à la définition du contenu contractuel, les parties sont libres d'exprimer leur propre volonté contractuelle, et elles demeurent autonomes quant à la détermination des stipulations conventionnelles.

76. La liberté nécessite également l'égalité des contractants. Ils doivent donc être égaux, dépourvus de quelques entraves les liants aux autres. De même, les parties au contrat sont forcément soumises aux mêmes contraintes légales[236].

77. Autonomes et libres, ils se voient reconnaître le pouvoir de préciser par eux-mêmes, comme ils l'entendent, les règles qui vont régir leurs relations. Pour sa part, le contrat ainsi librement débattu et défini est nécessairement équitable, juste et avantageux pour les parties. En effet, les droits subjectifs dont disposent les contractants et les obligations qui s'y rattachent ne sont nés que de la propre volonté du débiteur : là où il n'aura pas voulu s'engager, il n'y aura pas d'obligation[237]. Selon la théorie autonomiste, « *l'obligation contractuelle repose exclusivement sur la volonté des parties qui est à la fois la source et la mesure des droits créés, comme des charges assumées, par ceux qui l'ont exprimé* »[238]. Si le débiteur s'est lié, c'est parce que le contrat sauvegardait ses intérêts, puisqu'il l'a fait volontairement et librement : « *Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un*

[236] L'article 6 du Code civil prévient en effet qu' « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».
[237] « *La volonté est la seule source et mesure des droits subjectifs* » (E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912, p. 3).
[238] A.-S. BOLZAN, *Intangibilité des contrats et justice contractuelle*, Mémoire pour l'obtention du Master (sous la dir. de J.-L. Respaud), Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2009, p. 9.

autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice : mais toute injustice est impossible quand il décide pour lui-même »[239].

La liberté contractuelle entraîne en ce sens l'égalité des parties et l'équilibre des prestations, elle est donc source de justice contractuelle. En d'autres termes, le contrat, produit de la liberté, est par nature *juste*[240].

78. Ces prescriptions ne bénéficient, à la codification, d'aucun fondement textuel explicite. La liberté contractuelle serait une manifestation de la liberté individuelle, qui bénéficie naturellement d'un fondement textuel en 1804. L'autonomie contractuelle serait assise pour sa part sur la liberté contractuelle et l'article 1134 al.1er C.civ., lequel dispose : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », autrement dit, littéralement et simplement : « *Les contrats obligent* » (*pact sund servanda*) ; il s'agit ici alors davantage de l'expression du seul principe de force obligatoire des conventions.

II : INTANGIBILITE ET FORCE OBLIGATOIRE EXIGEES A L'EXECUTION DU CONTRAT

79. La convention ainsi formée se doit d'être impérativement exécutée telle qu'elle a été voulue par ses auteurs (A), sans qu'ils puissent en modifier les termes unilatéralement ou judiciairement (B).

A. Force obligatoire

80. La liberté de l'homme est assortie de sa responsabilisation. En conséquence du principe de la force obligatoire, le contrat s'applique absolument aux parties initiales, ce qui exclut naturellement les tiers, au titre de l'effet relatif des conventions, dont dispose expressément

---

[239] KANT, *Doctrine du droit*, cité par GOUNOT, *préc*. p. 78-79.

[240] « *Non seulement l'autonomie de la volonté repose sur l'idée que la liberté absolue des parties dans la création et l'exécution du contrat est le meilleur moyen d'assurer une certaine justice contractuelle, c'est à dire de permettre une certaine équité et un certain équilibre dans les contrats, mais elle postule en amont la liberté et l'égalité parfaite des contractants potentiels. Et ce raisonnement s'auto alimente ; les hommes sont forcément égaux dans leurs rapports contractuels puisqu'ils sont libres de contracter ou non, de choisir leur cocontractant et de déterminer le contenu de leur contrat. De l'application de la théorie autonomiste au droit des contrats découle alors deux idées essentielles : d'une part la liberté absolue de contracter, et d'autre part la prééminence de la volonté dans l'établissement du lien contractuel et la définition du contenu contractuel* » (A.-S. Bolzan, *Intangibilité des contrats et justice contractuelle*, Mémoire pour l'obtention du Master (sous la dir. de J.-L. Respaud), Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2009, p. 11).

l'article 1165 C.civ[241]. N'ayant pas donné leur accord, exprimé leur volonté, les tiers ne peuvent pas être atteints par le contrat.

81. Quant aux effets des obligations contractuelles pour les parties, ils sont ceux qui ont été voulus par les parties, et la puissance publique doit veiller au respect de la convention comme s'il s'agissait d'une loi[242]. Ce que les parties ont décidé s'impose donc à elles et au juge dans les conditions qu'elles ont déterminées. Le contrat est obligatoire car il a été voulu : le fondement de la force obligatoire réside dans la volonté individuelle considérée comme l'égale de la loi. L'article 1134 al.1er du Code Civil attache en ce sens explicitement, par l'analogie textuelle – sans doute maladroite – à la loi, la force de loi aux conventions.

82. Quant à l'interprétation, en cas de conflits, des obligations contractuelles, le juge, toujours en application de l'article 1134 C. civ. doit s'attacher à la volonté réelle des contractants. Dans cet « *acte juridique, la volonté est tout : elle est le seul élément essentiel de sa formation, comme le seul élément de son interprétation* »[243]. Au-delà de la lettre même du contrat, il doit en rechercher l'esprit, dégager l'intention profonde et commune des parties, comme le préconise très clairement l'article 1156 du Code civil[244]. Au sujet de l'appréciation du juge quant au contenu contractuel, les tenants de la théorie autonomiste ont largement avancé que le même article, ajouté de 1134 al.1er C. civ., fondait également, sans pourtant de termes express, l'interdiction faite au juge d'interpréter le contrat hors « *la commune intention des parties* » et « *le sens littéral* ». Il lui serait proscrit de faire intervenir des considérations de justice ou d'équité sous peine de rompre l'équilibre contractuel et de contrevenir au principe selon lequel les parties décident elles-mêmes, en toute liberté, du contenu obligationnel de la convention. C'est cependant instaurer une hiérarchie entre les articles 1156 à 1164 pour l'interprétation des conventions, et entre les

[241] « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».
[242] « *Les autonomistes s'appuient notamment sur l'article 1134 alinéa 1er du Code Civil : les contrats seraient source de droits subjectifs au même titre que la loi est source des droits objectifs* » (A.-S. BOLZAN, *Intangibilité des contrats et justice contractuelle*, Mémoire pour l'obtention du Master (sous la dir. de J.-L. Respaud), Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2009, p. 13).
[243] E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912, p. 136.
[244] « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.* »

articles 1134 al.1, al.3 et 1135 C.civ. pour leurs effets, alors même que les textes n'en contiennent pas.

83. En effet, les principes volontaristes ne s'intéressent jamais à l'alinéa 3 de l'article 1134 C. civ., qui commande, aussi impérativement qu'il assigne aux conventions la « *force de loi* », de les « *exécuter de bonne foi* », sans référence aucune à une volonté particulière, mais de manière absolue. Il paraît évident que la bonne foi, bien qu'elle soit prescrite aux parties, n'est pas laissée à leur seule volonté ; on suppose qu'il revient au juge de s'assurer d'une exécution contractuelle de *bonne foi.* Qui d'autre sinon ?

84. De même, à sa suite, l'article 1135 du Code Civil, dans le même chapitre consacré à l'effet des obligations – à dissocier de leur détermination –, prévoit clairement que les parties au contrat sont obligées « *non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Autrement dit, un contrat ne contient pas exclusivement les obligations issues de la seule volonté des parties, un contrat n'est pas le pur produit des volontés contractantes, il contient également « *des suites* », prescrites par « *l'équité, l'usage ou la loi* » selon la nature de l'obligation. Une fois encore, il paraît logique que de telles prescriptions – particulièrement imprécises – relèvent de l'office du juge. Il est en effet, il nous semble, par nature la bouche de la loi. A lire l'article, il paraît également qu'il se voit assigner le rôle d'interprète de l'équité, et nous le verrons, il est indubitablement un pourvoyeur d'usages. C'est par ailleurs ainsi que Portalis l'envisageait.

85. La force obligatoire définie par la théorie libérale a été incontestablement amputée d'une petite partie des dispositions du Code civil, elle exclut en ce sens toute appréciation du juge quant à l'équité, la loi, les usages ou la bonne foi dans l'exécution du contrat, elle est par ailleurs directement responsable du principe de l'intangibilité contractuelle dans son acception libérale, assis par ailleurs sur le même article 1134, al.1er seulement.

B. Intangibilité

86. L'intangibilité n'est en réalité qu'une conséquence du principe de la force obligatoire. Les termes du contrat, qui doivent être exécutés selon les prescriptions et clauses déterminées originellement, demeurent intangibles. On note par ailleurs que cette intangibilité a en

réalité deux destinataires identifiés. Les premiers, ce sont naturellement les parties. En ce sens, il paraît tout-à-fait légitime que le contrat qu'ils ont créé par leurs volontés concordantes s'impose à eux, et qu'une partie ne puisse, seule, en modifier la substance. De même que ce que la loi peut faire, elle peut le défaire ; ce que la rencontre de volontés concordantes a fait, seul un nouvel accord de volontés peut le défaire ou l'aménager[245]. Le second destinataire de l'intangibilité contractuelle révèle à notre sens le réel enjeu et expose la plus notable conséquence de la théorie libérale. C'est évidemment le juge. A dire qu'un contrat s'impose à ses parties, qu'un engagement fait naître au profit de son créancier une obligation, que la parole donnée oblige son auteur, on énonce d'insignifiantes banalités. Nul besoin d'ouvrir le Code civil pour avoir l'information. Chacun sait qu'en promettant, il s'engage, et sauf restrictions à cette vérité générale, sauf exceptions légales expresses, il devra assumer son engagement tel qu'il l'a formulé[246]. En revanche, imposer au juge les seuls termes de l'acte contractuel paraît curieusement abscons. Surtout parce qu'en réalité, cela revient à l'exclure. Rappelons tout de même son office : dire le droit, interpréter, apprécier, juger en somme des relations inter individuelles lorsque surgit un conflit, un désaccord, une mésentente. Pourquoi serait-il légitime à décider d'une culpabilité ou d'une sanction pénale, à attribuer des responsabilités et des dommages et intérêts, à prononcer des torts personnels et des gardes exclusives, mais pas à modifier ou aménager une stipulation contractuelle qu'il jugerait, au nom de la loi – son texte, son esprit, peu importe – illégale ou tout simplement malvenue, importune, excessive. C'est sans doute s'exposer à des jugements en fait – mais les juges du fonds y sont condamnés –, portés par des considérations parfois davantage factuelles, morales que juridiques et qualifiées – mais cette latitude leur est déjà permise en droit de la famille, en droit pénal, en procédure[247] etc., le déni de justice leur est formellement proscrit, et le droit n'est que le relais formalisé du juste, de l'équitable d'un temps.

87. En tout état de cause, la théorie de l'autonomie de la volonté a clairement exclu le juge de l'affaire contractuelle, en lui signifiant son intangibilité, sommation exorbitante de droit commun selon nous, à la lecture des mots de ses auteurs. Et surtout, adresse injustifiée. La raison de l'intangibilité contractuelle appliquée au juge réside dans la présomption

[245] Rappelons en effet que le système classique du contrat est fondé sur la consécration du pouvoir de l'Homme de s'obliger par l'effet de sa volonté. La volonté est alors toute puissante et doit, à ce titre, être respectée à la lettre, ou selon l'esprit, en toute circonstance.
[246] Financièrement, matériellement ou moralement.
[247] On traite en ce sens de « *l'intime conviction des juges* ».

irrévocable de justice du contrat induite par la liberté absolue de ses parties au moment de leur engagement. Or, chacun sait que la liberté absolue, notion purement philosophique, n'a jamais existé. Elle est, au pire textuelle et consacrée par la loi, au mieux réelle et garantie effectivement par les juges[248]. La réalité même du contexte qui a vu naître et appliquer ce postulat, et tous les autres, aux relations contractuelles de travail en constitue d'une part la meilleure preuve, et d'autre part le plus cinglant désaveu.

PARAGRAPHE 2 : DES PRESOMPTIONS FICTIVES

88. En matière de travail, les relations du XIX^{ème} siècle sont présidées, comme c'est toujours le cas aujourd'hui, par une liberté textuelle et l'inégalité économique (I). La phase d'exécution contractuelle, au temps de l'application originelle de la théorie libérale, était quant à elle marquée par une intervention judiciaire et jurisprudentielle – rendue résiduelle par la suite –, dont l'enjeu était de rechercher, de garantir et d'assurer une véritable équité contractuelle (II).

I : UNE EMANCIPATION OUVRIERE FRAGILE

89. Moins qu'une libération, on parle d'une émancipation ouvrière ; celle-ci demeure fragile au XIX^{ème} siècle du fait de la récence de la suppression de la subordination statutaire (A), et de l'émergence d'une domination, non plus corporative, mais économique (B).

A. La récence de la suppression de la subordination statutaire

90. A la liberté et l'égalité naturelles et absolues, théorisées au cours du XIXème siècle par les intellectuels évoqués plus haut, il faut opposer une liberté et une égalité, celles-ci simplement juridiques, donc relatives, et antérieures. Quelques décennies avant la formalisation de la liberté contractuelle censément fondatrice du Code civil, un texte, *palpable* quant à lui, avait en ce sens consacré la réelle liberté des travailleurs. Issu de l'idéologie citoyenne et émancipatrice de la Révolution, le décret d'Allarde du 17 mars 1791 a bouleversé l'économie et l'organisation du travail en supprimant d'une part les

[248] La théorie autonomiste présuppose en ce sens que le respect de « *la liberté individuelle* » suppose « *une intervention législative minimale* », ce à quoi il faut objecter que la liberté ne se suffit pas d'une proclamation, il faut encore la garantir (E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912, p 75).

corporations, et en consacrant d'autre part la liberté d'entreprendre. De même, à sa suite, la constitution du 24 juin 1793 déclarait que « *La loi ne reconnaît point de domesticité* »[249]. Quand bien même ces textes procèdent, il est vrai, d'une idéologie libérale et individualiste, notons des effets sociaux immédiats considérables.

91. Les travailleurs se voyaient, à la toute fin du XVIII[ème] siècle, non seulement dégagés de la contrainte et de la rigidité extrême des « *anciennes obligations de soumission aux maîtres prescrites par les statuts et règlements* »[250] corporatistes, mais ils se voyaient également octroyer la liberté professionnelle[251], à titre individuel[252] et collectif[253]. On remarque à ce sujet que, curieusement, la liberté de commerce et d'industrie, aujourd'hui mobilisée quasi exclusivement au seul profit des employeurs[254], visait à l'époque de sa consécration, à l'inverse, l'émancipation d'individus auparavant écrasés de la subordination[255] et de la servitude d'Ancien Régime[256], et laissait indifférent des entrepreneurs bien plus inquiets de

[249] « *Tout homme peut engager ses services, son temps ; mais il ne peut se vendre ni être vendu ; sa personne n'est pas une propriété aliénable. La loi ne reconnaît point de domesticité ; il ne peut exister qu'un engagement de soins et de reconnaissance entre l'homme qui travaille et celui qui l'emploie* ». Selon l'idéologie révolutionnaire, l'état de serviteur, de même que les rapports d'allégeance personnelle, sont incompatibles avec l'exercice de la citoyenneté politique : « *La métaphore du lien social, courante à l'époque, s'était enrichie d'une forte charge d'exigences de justice et de liberté : entre concitoyens, dorénavant, les rapports ne sont jamais des attaches directes. Tout attachement de personne à personne, hors famille réduite et amitié affective, n'est plus alliance légitime* » (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle),* Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1542).

[250] A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1528.

[251] Prévue également à l'article 17 de la Constitution du 24 juin 1793 : « *Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens* ».

[252] L'article 7 du décret dispose : « *Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* ».

[253] En ce sens, sur le fondement du même article 7, il était prévu que des assemblées libres fixent de nouvelles règles professionnelles de droit commun (les « *règlements de police* »), à la place des anciens règlements de métiers corporatifs et municipaux (V. S.-L. KAPLAN, *La fin des corporations*, Paris, Fayard, 2001).

[254] Elle sert désormais généralement à légitimer et / ou justifier les choix de gestion arrêtés par l'entrepreneur, de manière discrétionnaire le plus souvent.

[255] Par ailleurs, ce phénomène de déplacement quant au créancier usuel de la liberté d'entreprendre paraît symptomatique de l'évolution générale du droit en matière de travail.

[256] « *Une critique, généralisée au cours du XVIIIe siècle, s'en prenait aux prescriptions de soumission enjointes aux salariés, matelots, domestiques, aussi bien qu'ouvriers compagnons, apprentis, journaliers. Devant les parlements, sur les affaires de travail, les plaidoyers étaient parcourus d'argumentations en faveur de la liberté naturelle, à l'encontre des peines pour insoumission. L'invocation du droit naturel ou du droit commun n'était pas réservée aux libelles philosophiques ni aux prétoires ; elle avait gagné les conversations quotidiennes, les rues et les ateliers […] : les discussions courantes, les disputes, les scènes d'insultes, reprenaient les controverses de légitimité. Des raccourcis symptomatiques résumaient l'essentiel : « Nous ne sommes pas des esclaves ! », « Nous ne sommes pas des domestiques ! » L'assimilation courante de la domesticité à l'esclavage n'était évidemment pas une confusion, mais une opposition à l'arbitraire du pouvoir domestique. Articulée au cours d'une dispute à l'atelier sur les devoirs respectifs au travail, elle marquait l'illégitimité de la subordination statutaire. Prononcée comme épithète insultante (« laquais ! », « valet ! »...), elle pointait l'indignité commune de la servitude, volontaire ou involontaire*. » (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers*

retrouver des ouvriers serviles que satisfaits de voir inscrite leur propre et évidente liberté d'entreprise[257]. La révolution française bercée de l'idéologie du droit naturel, bien plus et bien plus efficacement que l'idéologie autonomiste à sa suite, avait en ce sens bouleversé totalement et effectivement les conditions respectives des *maîtres* et des *ouvriers*, réformant pleinement les circonstances des rencontres de travail, assises désormais sur l'égalité et la liberté de droit : « *Ainsi, dorénavant, le compagnon était promu homme de métier affranchi des anciennes règles de subordination aux maîtres et à la Chambre royale des Bâtiments. Il avait notamment le droit et la possibilité de travailler en qualité de compagnon salarié, d'artisan ou de chef d'atelier, suivant les occasions. Il disposait de son art pour l'exercer comme bon lui semblait, à son compte ou à compte d'autrui. En qualité de citoyen ouvrier, ou citoyen artiste, il était attitré à débattre légitimement de l'organisation de son travail, de son exécution et de sa valeur […] soumis au seul droit commun, sans règlements de subordination passés ou à venir* »[258].

92. Débarrassés de leur domesticité statutaire, les citoyens-travailleurs se voyaient appliquer le droit commun, spécialement le droit du Code civil pour leurs engagements de travail, désormais nécessairement contractuels, librement et volontairement consentis[259]. Ainsi, la

---

instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle), Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1534).

[257] Immédiatement après l'abolition des corporations, « *des offensives furent menées pour « restaurer la subordination » des ouvriers, espérant rétablir des poursuites pénales pour désertion ou rupture illégitime d'engagement de travail, à l'initiative d'employeurs ou de quelques instances consultatives. Elles se heurtèrent à un barrage presque unanime des tribunaux et des administrations* » (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1538).

[258] Et l'auteur d'illustrer : « *À Lyon par exemple, devant le Tribunal provisoire des Arts et Métiers, entre avril 1790 et mars 1791, la transformation est observable dans les débats […] et la jurisprudence. Tandis que les maîtres ouvriers des soieries, que l'on commence à appeler chefs d'atelier, voient leurs prérogatives de prix-faiteurs s'étendre à la nouvelle possibilité de travailler simultanément « à compte d'autrui » et « à leur compte », la majorité de leurs salariés passent du statut de domestiques à temps ou de compagnons réglementés à celui de compagnonnes et de compagnons « à façon », dont les conditions d'emploi sont régulées par de nouveaux usages établis en équité. Une partie des femmes salariées d'atelier, en particulier, qui auparavant étaient presque toutes astreintes au statut de domestiques d'atelier, « à gages » […] se virent promues au statut de «compagnonnes» ou « femmes fabricantes » à compte d 'autrui, libres de monter sur les métiers, de marchander l'ouvrage, de quitter leur employeur pour de meilleurs salaires, en droit de revendiquer le minimum du tarif des façons et susceptibles de devenir elles aussi chefs d'atelier, si elles en acquéraient l'habileté et le crédit. Les soieries de Lyon étaient une grande industrie dispersée, travaillant à grande échelle pour le marché mondial, avec une forte division du travail entre leur cinq à six mille ateliers de tisserands* » (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1529-1530).

[259] « *Dans le domaine du droit civil, les grands principes se traduisaient en exigences immédiates de transformation des rapports entre concitoyens. […]Pour lier deux concitoyens libres s'interpose toujours une loi […] fondée sur le seul consentement des parties […] Une conséquence directe, valable pour les engagements de travail, avait trouvé sa formulation la plus nette dans un texte de Sieyès* : « *II faut donc s'arrêter aux seules relations qui puissent légitimement lier les hommes entre eux, c'est-à-dire celles qui naissent d'un engagement réel. [...] Il n'y a point d'engagement, s'il n'est fondé sur la volonté libre des contractants. Donc, point*

qualification nouvelle de louage[260], faisant de l'ouvrier le bailleur de sa force, ou de ses services, impliquait un régime bien plus favorable[261] que celui induit de l'ancienne servitude.

93. En vertu de cette nouvelle acception, de la nécessité d'une réciprocité des volontés libres, furent notamment abolis les délits d'insubordination[262] : « *Au nom de la liberté et de l'égalité, les manquements aux engagements de travailler ne pouvaient plus donner lieu à contrainte à l'encontre des subordonnés. Toute prestation de travail entrait dans la sphère du droit proprement dit* » ; ainsi *« L'émancipation juridique du travail se résumait en une opération: la levée de l'ambiguïté de la position des gens de métier, entre véritable louage*

---

d'association légitime, si elle ne s'établit sur un contrat réciproque, volontaire et libre de la part des co-associés » [Sieyès, Exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen, Archives parlementaires, VIII, p. 438] » (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1541).

[260] Ce terme se généralisa pour devenir usuel durant la période. Ainsi, le premier projet de code civil, proposé par Cambacérès le 22 août 1793, précise à l'article 3 : *« Le bail de main-d'œuvre est un louage, l'ouvrier qui promet sa peine, le matelot qui s'engage pour une course, l'homme de gage qui loue ses services, sont de vrais bailleurs ; celui qui les emploie est le preneur* ». Les projets suivants, de septembre et décembre 1794, disposaient quant à eux : « *Les meubles, les immeubles et la main-d'œuvre sont susceptibles de louage* » (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, t. 1, p 77-78). Tirant les conséquences contractuelles de la qualification de louage, ces projets de code supprimaient par ailleurs les anciens délits d'insubordination, d'insoumission ou de désertion.

[261] En matière de prix, et d'inexécution notamment. Ainsi, *« le véritable louage était celui qui ne reçoit pas d'autres sanctions que les dommages et intérêts, s'il y a lieu, et échappe aux servitudes de la domesticité »* (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1535). Un arrêt du Parlement d'Aix eut à juger en 1784 du sort de matelots emprisonnés comme déserteurs car ils avaient refusé un changement d'itinéraire décidé par le capitaine du navire : « *Lorsque le voyage pour lequel le matelot a loué ses services est changé, il n'est pas obligé d' en faire un autre; il peut quitter, si bon lui semble, et il doit être payé, en ce cas, de ses salaires. Un capitaine de navire, disoit-on, n 'est point un despote ; en louant des matelots pour son service, il ne contracte pas avec des esclaves* » (Gazette des tribunaux, 1784, p. 219-224). V. également à ce sujet ; POTHIER, *Traité des contrats de louage maritimes*, Paris, 1769, p. 171, n° 173 ; qui explique notamment « *Quoique ce soit un principe à l'égard des obligations qui consistent à faire quelque chose, que celui qui s'est obligé ne puisse être contraint précisément à faire ce qu'il a promis, [...] et que l'inexécution de son obligation ne donne lieu qu'à des dommages et intérêts, [. . .] néanmoins, par une exception à ce principe, les matelots qui ont loué leurs services pour un navire, peuvent être contraints précisément à les rendre ».* Egalement, l'instauration de « prix fait », prix fixe et convenu librement par les parties, est un autre exemple d'émancipation des ouvriers, issue notamment de la qualification de droit commun de louage d'ouvrage. V. sur cette notion : A. DESPEISSE, *Des contrats,* 1660, rééd. Bruyset, Lyon, 1750, t. 1, p. 86 ; DOMAT, *Du louage*, qui intitule son titre VIII : « *De la nature des prix faits et autres louages de travail et de l'industrie* » (rééd. Rémy, Paris, Firmin-Didot, 1828, p. 133). Et plus généralement sur le sujet : *Histoire parlementaire de la Révolution française*, t. 10, 1834, p. 102).

[262] Ceux-ci recouvraient également les délits de désertion, individuelle et collective, qui permettaient à l'employeur de poursuivre pénalement ses subordonnés, domestiques ou ouvriers, pour *rupture d'engagements*. « *Ce fut là un affranchissement révolutionnaire majeur, vécu intensément comme une libération après des décennies de conflits et de critiques. C'est sur le mode de l'évidence en équité qu'il s'imposa et s'incorpora dans les usages nouveaux, sanctionnés comme tels devant les tribunaux »* (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1536). Ceux-là se bornaient, dès mars 1791, à l'application du droit commun, par l'octroi d'éventuels dommages et intérêts, « *en cas de préjudice pour manquement prouvé à des conventions librement consenties* ». S'agissant des délais de prévenance, « *contrairement à des règlements d'Ancien Régime* » ils « *devenaient effectivement les mêmes pour les ouvriers et les employeurs* », opposables autant aux premiers qu'aux seconds (p. 1539).

et subordination aux pouvoirs domestiques, pour ne relever dorénavant que du seul véritable louage »[263]. Pour autant, cette liberté d'entreprise, industrielle et artisanale, somme toute contractuelle, durement gagnée, dont les effets espérés devaient se déployer à l'aube du XIX[ème] siècle, demeurait une liberté de droit, et l'égalité qu'elle impliquait entre les individus – maîtres, ouvriers, patrons, serviteurs, compagnons, journaliers et propriétaires – demeurait elle aussi purement textuelle. Cette liberté là n'était pas celle du dogme libéral contractuel, elle n'était, au-delà du caractère pour le moins brutal de son apparition, pas naturelle, et nécessitait d'être garantie effectivement. Il ne s'agissait pas, loin s'en faut, de laisser les hommes disposer *librement* de leur nouvelle indépendance, mais de la garantir, par voie juridique, surtout judiciaire[264], à l'échelon local notamment.

94. A ce sujet, l'instauration des tribunaux civils et justices de paix, par une loi du 19 et 24 août 1790, puis celle des Conseils de Prud'hommes, par une loi du 18 mars 1806, avaient permis de contenir les oppositions à l'émancipation des « *citoyens-ouvriers* »[265], par la mise en place d'usages jurisprudentiels[266]. Il avait fallu effectivement compter avec les résistances et les protestations des anciens maîtres, plus ou moins virulentes selon les branches, prompts à freiner l'émancipation et l'organisation collective des travailleurs[267]. Les premiers n'attendaient en effet que la mise en place de nouvelles subordinations statutaires[268], en remplacement des anciennes, et dans l'attente de voir leurs revendications

[263] A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle),* Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1542.
[264] Pour exemple, le cas des artistes comédiens ; dont le régime du louage fut quasiment entièrement défini par les décisions des tribunaux civils de Paris, après l'abolition des législations d'Ancien régime, par la consécration d'usages, notamment tirés de droits anciens jugés équitables et conforme aux nouveaux principes de liberté. « *Il en alla ainsi, notamment, d'un nouveau droit de faire cesser les engagements, à base de réciprocité et d'équité* » (A. DOUARCHE, *Les tribunaux civils de Paris pendant la Révolution (1791-1800)*, Paris, Cerf Noblet Quantin, 1905).
[265] A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1526.
[266] Le premier Conseil de prud'hommes est institué à Lyon avant d'être généralisé dans les villes industrielles. Rappelons qu'il s'agit d'une juridiction au départ très inégalitaire, composée de représentants de fabricants (impérativement majoritaires selon un décret du 11 juin 1809), de chefs d'ateliers et de contremaitres, elle n'est en ce sens composée que de cadres patronaux et artisanaux, et ne comprend aucun ouvrier. Ce n'est qu'après la révolution de 1848, que les ouvriers seront représentés aux prud'hommes, par l'effet d'un décret du 27 mai 1848.
[267] A ce sujet, V. F. LE PLAY, *Les ouvriers européens*, Tours, 1877, t. 1 ; A. SUPIOT, *Revisiter les droits d'action collective*, in G. VIRASSAMY, I. DAURIAC, F. EDIMO-NANA, Ph. SAINT-CYR (dir.), *Droits et pratiques syndicales en matière de conflits collectifs du travail*, actes du colloque des 18 et 19 déc. 2000, Centre d'Etudes et de recherches juridiques en droit des affaires, Université des Antilles et de la Guyane, Paris, l'Harmattan, 2002, p 25.
[268] En ce sens, au moins jusqu'en 1830, « *des offensives furent menées pour « restaurer la subordination » des ouvriers, espérant rétablir des poursuites pénales pour désertion ou rupture illégitime d'engagement de travail, à l'initiative d'employeurs ou de quelques instances consultatives* ». Elles se manifestèrent principalement par « *des plaintes patronales, individuelles ou collectives* ». Fort heureusement, « *elles se heurtèrent à un barrage presque unanime des tribunaux et des administrations* ». Pour exemple, au sujet des ruptures d'engagement, un

satisfaites, ils refusaient par exemple de déterminer avec leurs anciens subordonnés les règlements collectifs professionnels[269], profitant ainsi d'une supériorité, non plus statutaire, mais économique.

---

patron verrier parisien, lassé de voir ses ouvriers le quittaient, proposa en 1795 « *un arrêté pour rétablir les anciens règlements, notamment les punitions pour désertion : « [...] Quoique ces règlements n'aient point été abrogés par aucune loi, par aucun décret, ils sont de fait passés en désuétude depuis l'époque de la Révolution et les ouvriers les regardent comme frappés de nullité.* ». Le Comité de salut public *« refusa de rétablir les anciennes pénalités »,* et concéda tout juste « *que le juge de paix pouvait prononcer des injonctions de réintégrer leurs verreries, mais dénuées de sanction : ni amendes ni contraintes par corps, ce qui les limitait à de bonnes paroles* ». Autre exemple, un patron verrier du Cher cette fois, qui formulait la demande judiciaire « *que la force publique ramenât* » ses ouvriers, « *se vit opposer une fin de non-recevoir* ». Dans le Rhône, d'autres patrons verriers revendiquaient auprès du Préfet « *un règlement pour maintenir la subordination et le bon ordre parmi les ouvriers* », arguant d' « *une insubordination et un désordre complets* ». Ils se virent répondre par « *la Section des arts et manufactures du ministère de l'Intérieur* », laquelle cachait « *mal son exaspération devant un flux ininterrompu de semblables plaintes, venues de toutes les branches* », que les anciens règlements « *avaient pu être abolis non seulement par des textes formels, mais aussi « par les principes»* ». Ainsi, en réponse à toutes les revendications patronales de ce type, « *gouvernements et tribunaux furent quasi unanimes pour ne céder aucun des droits acquis* ». On note un seul arrêt favorable à la restauration des règlements d'Ancien Régime rendu par la Cour de cassation en 1808 (Dalloz, Jurisprudence générale, 2, 156), désavoué par la même juridiction deux ans plus tard (23 août 1810, Sirey, t. 12, I, p. 22). Au sujet précisément du « *rétablissement des délits de désertion ou d'insubordination* », on note également deux arrêts rendus par la cour d'appel de Bourges (21 décembre 1837 et 22 septembre 1838), mais cette « *jurisprudence souleva un tollé, tant parmi les tribunaux et hommes de loi que parmi les milieux industriels, patrons et ouvriers, que la cour dut se déjuger l'année suivante* » (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle),* Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1539-1545.

[269] Pour un exemple des plus explicites, la branche des charpentiers de Paris, qui connut de très forts mouvements sociaux, d'avril à juin 1791, suite notamment au décret d'Allarde et à la loi le Chapelier, puisque les contentieux portaient d'une part sur le contenu des règlements collectifs à élaborer, et d'autre part sur la légitimité des assemblées de compagnons. Ceux-là, désireux de profiter de l'abolition des corporations quelques semaines auparavant, revendiquaient la mise en place d' « *assemblées générales de profession, réunissant les maîtres et les compagnons, pour élaborer de nouvelles règles de gré à gré, sur un pied d'égalité* ». A l'inverse, multipliant les plaintes judiciaires sur le fondement de l'ancien droit, « *les patrons charpentiers refusaient de discuter et de reconnaître aux compagnons charpentiers l'égalité de droit pour fixer les règles professionnelles* », rejetant la négociation collective paritaire, qualifiant ainsi les compagnons d' « *ouvriers-journaliers* », dans le but de marquer « *une servitude, une obligation de subordination à la volonté des maîtres* ». Une « *provocation* » pour les premiers qui « *se désignaient ouvriers, en un sens juridique strict, c'est-à-dire preneurs ou conducteurs d'ouvrage, négociateurs de prixfait, soumis au seul droit commun, sans règlements de subordination passés ou à venir* ». Le décalage était en ce sens considérable entre les *« ouvriers en art de la charpente »*, revendiquant l'application du « *droit commun du louage d'ouvrage* », et les patrons qui nourrissaient le souhait de voir restaurer en droit public les anciennes règles de subordination statutaire, « *par des règles nationales uniformes* ». Naturellement, les juges de paix refusèrent de suivre les velléités des patrons, et donnèrent finalement l'avantage aux ouvriers, notamment en leur garantissant notamment le bénéfice de tarifs réglementés, qu'ils soient salariés ou à leur compte. Ce fut là « *un exemple significatif de la manière dont l'émancipation des ouvriers s'inscrivit dans les mœurs, au début de la Révolution française »* (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1530 ; lequel s'appuie sur divers documents d'époque tels que : *Précis présenté à l'Assemblée nationale par les entrepreneurs de charpente de la ville de Paris* (22 mai 1791) *; Mémoire présenté par les ouvriers en art de la charpente de la ville de Paris, le 26 mai 1791 ; Pétition présentée à la municipalité de Paris par les ci-devant maîtres charpentiers, le 30 mai 1791 ; Réfutation des ouvriers en l'art de la charpente à la réponse des entrepreneurs, le 2 juin 1791*, Paris, BnF, Département des Imprimés).

B. L'émergence de la domination économique

95. A partir du second tiers du XIX[ème] siècle notamment, l'industrialisation à grande échelle va permettre de consolider la puissance des propriétaires et détenteurs de capitaux. Les faits de crises[270] et de chômage[271] vont également fragiliser une classe ouvrière massive – détentrice de sa seule force de travail pour les moins lotis[272], d'un savoir-faire pour les plus chanceux –, empêtrée par ailleurs dans des luttes sociales chaotiques, et bien souvent vaines.

96. Une domination économique matérielle et factuelle[273], comme en remplacement de la subordination statutaire d'ancien régime, est exercée progressivement par les « *maîtres marchands* », puis les « *industriels* », dont la « *solidité de position* » les plaçait « *au sommet de la hiérarchie économique* »[274].

97. Bien avant que ne soient formalisés clairement en droit les pouvoirs de gestion économique et l'*intuitu personae* salarial, il ressort nettement des circonstances que les parties ne bénéficient pas à la phase de formation contractuelle des mêmes libertés, et d'une égalité incontestable. En ce sens, les volontés ne sont évidemment pas exercées de manière équivalente quant à la détermination du contenu contractuel. Pourtant, n'en déplaise au dogme libéral, des contrats sont formés quotidiennement ; et des individus sont

[270] Notamment la *Grande Dépression,* dont les effets se déploient dès 1871 en France. V. à ce sujet B. MARCEL et J. TAIEB, *Crises d'hier, crises d'aujourd'hui, 1873, 1929, 1973*, Nathan, 1996 ; H. HAUSER, J. MAURAIN, P. BENAERLS et F. LHUILLIER, *Du libéralisme à l'impérialisme, 1860-1878*, 1952, PUF, coll. Peuples et civilisations.

[271] Bien que le premier recensement statistique des chômeurs en France ait eu lieu en 1896, il semble avéré que le chômage ait sévi au cours du XIX[ème] siècle. V. notamment à ce sujet : Y. ZOBERMAN, *Une histoire du chômage. De l'Antiquité à nos jours*, Perrin, 2011 ; R. SALAIS, N. BAVEREZ et B. REYNAUD, *L'invention du chômage*, PUF, 1986.

[272] On compte alors « *une majorité d'artisans qui « n'ont d'autre bien que leur bras » et qui se trouvent le plus souvent dans la situation du « simple ouvrier* », « *or, les salariés […] sont les catégories de personnes les plus souvent touchées par le phénomène de pauvreté* » (J.-C. ASSELAIN, *Histoire économique de la France du XVIIIe siècle à nos jours*, 1984, Paris, Le Seuil, t. 1).

[273] En cause notamment « *une pauvreté très importante : la pauvreté économique, qui provient […] le plus souvent d'un décalage entre le salaire perçu par le travailleur* » et le coût de la vie (du fait du *« niveau des salaires »* qui *« ne permet pas de nourrir les travailleurs »*) ; *« une disproportion entre les salaires et la subsistance, entre les facultés et les besoins* ». Le « *premier facteur (institutionnel) aggravant de la pauvreté* » demeure par ailleurs « *la dépendance du salarié* » (A. CLEMENT *La politique sociale de Turgot : entre libéralisme et interventionnisme*, *L'Actualité économique*, vol. 81, n° 4, 2005, p. 730).

[274] A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1557. Quant à « *la liberté du commerce* » censée établir *« un équilibre entre le prix des subsistances et le prix des journées de travail* », on constate qu'elle « *ne constitue pas une réponse parfaite et automatique* » (R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat*, 1995, Paris, Fayard).

amenés à contracter alors même que les stipulations prévues ne sauvegardent pas, au sens strict, leurs intérêts[275]. Aux domesticités de l'ancien régime se substitue progressivement l'opposition légendaire entre le capital et le travail. Rappelons enfin que le monde industriel s'est évidemment consolidé avant que ne soit définie une législation industrielle. En effet, les problèmes précèdent généralement les solutions. Pour autant, le déséquilibre contractuel engendré par ces inégalités a été en partie neutralisé par l'intervention des juges civils et prud'homaux, qui ont particulièrement investi les relations conventionnelles de travail.

II : LA NECESSITE DE GARANTIES JURIDIQUES EFFECTIVES

98. Ces garanties, davantage judiciaires que jurisprudentielles[276], se sont exprimées de deux manières. Les juges ont mobilisé et exploité de manière optimale le régime légal du louage

[275] « *Les individus concernés se trouvent dans une situation de dépendance. En cas de difficulté économique, la position de salarié le désigne comme la première victime* », « *ces malheureux n'ayant ni subsistance, ni moyen d'en gagner, sont réduits au désespoir […] La défense d'un marché du travail libre de toute contrainte est revendiquée car elle est porteuse d'un ordre nouveau où employeurs et employés ont des intérêts complémentaires, même si l'on soupçonne comme le note Castel :« que cette complémentarité apparente des intérêts ne signifie pas nécessairement la réciprocité des avantages du travail* » (A. CLEMENT, *La politique sociale de Turgot : entre libéralisme et interventionnisme*, *L'Actualité économique*, vol. 81, n° 4, 2005, p. 731).
« *Le statut de salarié est un facteur de précarité […] Le salaire est déterminé en règle générale en fonction de la plus ou moins grande concurrence existant entre les travailleurs eux-mêmes car celui qui paye son travail « a le choix entre un grand nombre d'ouvriers, il préfère celui qui travaille au meilleur marché. Les ouvriers sont donc obligés de baisser à l'envie les uns des autres. En tout genre de travail, il doit arriver et il arrive que le salaire de l'ouvrier se borne à ce qui lui est nécessaire pour assurer sa subsistance* » (p. 732). « *Le prix des subsistances et le prix des journées […] reste constamment au-dessous et au préjudice de l'homme de journée […] journaliers et artisans […]. En effet, la concurrence entre salariés incite à accepter des salaires strictement nécessaires à la subsistance* » (p.733).

[276] Dans la mesure où elles ont été mises en œuvre par des juges locaux de première instance, et quasiment désavouées systématiquement par la Cour de cassation. Au sujet du parallélisme entre ce que M. Cottereau appelle le *droit civil* et le *bon droit*, les conséquences qui nous intéressent se sont largement portées sur l'appréciation du louage d'ouvrage : « *Entre le premier et le second domaine de normativité, malgré une grande rareté de relations explicites, la relation se trouva souvent être un rapport d'expression et de reformulation en système de droit positif, plutôt que d'impulsion volontariste, de référence critique, de rectification, de protection ou de répression. Dans cette configuration, ce que les lois d'organisation judiciaire et de constitution des prud'hommes appelèrent le jugement en équité, dispensé de formes et d'ajustement aux textes de loi, mettait en œuvre les exigences citoyennes du bon droit »* (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1556). L'institution des prud'hommes *« conçue comme une justice de paix industrielle, poussa plus loin la philosophie des conciliations en plaçant en position de conciliateurs, non plus un juge tiers, mais des élus patronaux et ouvriers, parties prenantes de règles des arts et métiers. Les archives prud'homales permettent de reconstituer leur fonctionnement jurisprudentiel original : le système des conciliations face à face, limité aux litiges dits « individuels », avait une portée collective essentielle; le tâtonnement pour trouver des solutions acceptables par chacun jouait un rôle exemplaire pour tous les membres du métier concerné. Il s'ensuivait une régulation par une sorte d'autorité des précédents, issue non d'une hiérarchie des appels, mais d'un consentement local sans cesse testé et discuté par le milieu dans son ensemble »*. Quant au rayonnement de cette justice de proximité, l'auteur relève que *« De cette dynamique et […] notamment de ce qu'on pourrait appeler les « usages consentis » établis par les conciliations prud'homales, des solutions furent plus ou moins adoptées*

d'ouvrage, plutôt que celui des services, en référence aux dispositions écrites existantes (A). Ils ont également mis en place, par des jugements en équité, des usages correctifs, dans les relations individuelles et collectives de travail (B).

A. La préférence au régime légal du louage d'ouvrage

99. Le louage d'ouvrage, consacré au début du siècle par le Code civil, permettait un statut favorable aux travailleurs, en mettant la tâche, l'œuvre au centre de la relation contractuelle de travail. A l'inverse du louage de services, qui plaçait la personne qui donne ses services au centre de la relation, impliquant des conséquences moins favorables, et appelant à moyen terme le retour d'une subordination formalisée.

100. Dès la consécration du louage d'ouvrage à la toute fin du XVIII^{ème} siècle, « *des difficultés de cohérence dans les énoncés juridiques* »[277] se sont toutefois posées au sujet des domestiques personnels, des servants de maison et des travailleurs dits journaliers. Contrairement aux compagnons, artisans et ouvriers, dont le travail consistait en une tâche particulière, les fonctions des domestiques visaient une mise à disposition de leur personne de manière conceptuelle, et les journaliers un engagement sur un temps donné, et non pour une tâche, un ouvrage. Ces deux catégories louaient donc davantage leur mise à disposition, leur personne, qu'un ouvrage, une prestation bien définie, un talent, un savoir-faire. De même, si le prix de l'ouvrage renvoyait à la prestation, l'œuvre et sa qualité objective, le prix de la disposition renvoyait en revanche à l'obéissance et la servilité personnelle.

---

par les juges de paix voisins (compétents hors circonscriptions prud'homales), et longtemps appuyées sans réserve par les tribunaux de commerce » (p. 1545).

[277] A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle),* Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1542. Par ailleurs, le parallélisme entre droit civil et *bon droit* s'est, à ce sujet, illustré dans « *le clivage central entre le contrat des ouvriers à temps et le contrat des ouvriers preneurs d'ouvrage[…] Dans le monde des ateliers comme dans celui des grands établissements, la distinction va de soi, réfractée dans une infinité de dénominations et d'usages […] mais le louage d'ouvrage était alors réservé à une minorité de maîtres-ouvriers en butte à des réglementations limitatives ou contradictoires. Les nouveaux droits se concrétisèrent dans l'extension immédiate et sans ambiguïté du vrai louage à une multitude de compagnon(ne)s, journaliers ou domestiques d'atelier. Dorénavant, tout ouvrier digne de ce nom, possédant un art ou métier, s'engageait à produire un résultat mais ne s'humiliait pas dans une position de domestique ou de journalier payé au temps, placé sous la conduite d'un maître* » (p. 1546).

101. L'enjeu était d'une part théorique, et d'autre part pratique. Sans pouvoir nier le résidu d'une réalité sociale d'ordre déclinante, qui s'opposait à la toute nouvelle liberté, proscrivant par nature la domesticité, comment admettre et encadrer un exclusif engagement de personne, sans prestation, ni savoir-faire particulier : en somme sans ouvrage ? Autrement dit : « *comment ne pas reconnaître juridiquement l'engagement de service personnel, tout en lui donnant un minimum de protection ? »*[278].

Premier élément de réponse, il convenait, pour la cohérence, de bannir dans les textes la personne comme l'objet d'un tel contrat. Il n'y a en ce sens aucun louage de personne, l'article 18 de la Constitution du 24 juin 1793 le précise expressément[279]. Pour autant, le texte prévoit également que l'on peut engager ses services et son temps ; il s'agira alors d' « *un engagement de soins* ». Certes, la manœuvre est grossière ; l'objet de l'engagement est déplacé de la mise à disposition de la personne aux fruits ou formes de son activité : ses *soins,* constituant désormais l'obligation *« dont la contrepartie réciproque - mais non égalitaire - était le prix de la reconnaissance* ». Et le but transparent : « *mettre hors d'atteinte la volonté libre des gens de travail et de servic*e »[280], c'est-à-dire satisfaire les postulats.

102. Par la suite, les projets de code civil, puis le Code civil, un peu moins préoccupés par l'évitement d'une éventuelle reconnaissance légale de domesticité que par l'édiction de règles efficaces, entretinrent avec plus ou moins d'ambivalence cette distinction entre louage d'ouvrage et de services, jusqu'à créer une certaine filiation textuelle[281] entre ces

---

[278] A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle),* Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1542 ; « *Législateurs et juristes s'accordaient pour estimer hors citoyenneté et hors normes de liberté naturelle l'engagement de ceux des domestiques qu'on se mit à appeler gens de service personnel, gens attachés au service de la personne, pour les distinguer des autres domestiques, notamment des domestiques ruraux, attachés aux travaux agricoles, ou encore les manouvriers à l'année et les journaliers, que l'on se mit parfois à appeler, par euphémisme, gens de peine, comme on disait gens de service, gens de lettres et gens de loi* ».

[279] « *Tout homme peut engager ses services, son temps ; mais il ne peut se vendre ni être vendu ; sa personne n'est pas une propriété aliénable. La loi ne reconnaît point de domesticité ; il ne peut exister qu'un engagement de soins et de reconnaissance entre l'homme qui travaille et celui qui l'emploie* ».

[280] A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail* (*France, XIXème siècle),* Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1544.

[281] Le projet de juillet 1800 introduit trois subdivisions du louage d'ouvrage selon la nature de l'engagement, et y assimile le louage de services (évitant cependant de mentionner le terme de subordination), celui par lequel une personne se met à la disposition, se loue au service d'une autre (« *Art. 109. Ce louage a trois objets principaux: 1. Celui des gens de travail qui se louent au service de quelqu'un. 2. Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises. 3. Les devis ou marchés d'ouvrage. »).* Le texte dissociait cependant plus loin selon qu'il s'agissait d'un ouvrier à temps ou d'un domestique, et appliquait un régime différent quant à la rupture (libres d'être renvoyés ou de quitter à tout moment pour les uns, respect du terme convenu sauf octroi de dommages et intérêts pour les autres). Le Code civil définitif, fruit de nombreux amendements sur cette question, conserva les trois subdivisions proposées en 1800 : « *1° Le louage des gens de*

deux louages dont l'objet différait. Au cours du XIX[ème] siècle, les commentateurs et légistes virent cependant dans l'article 1779 du Code civil une vraie hiérarchie. Une hiérarchie juridique, de qualification et de régime, qui correspondait par ailleurs à une hiérarchie sociale, et qui l'a finalement consolidée. Aux artisans, anciens compagnons, devenus *entrepreneurs et architectes par suite de devis et marchés le louage d'ouvrage* ; régi par les articles 1787 à 1799 du Code civil, encadré d'un régime objectif, et égalitaire dans l'attribution des risques[282], de la responsabilité[283], de la garantie[284] etc.[285] ; sans aucune trace patente ou latente d'une quelconque subordination ou inégalité de situation[286]. Aux gens de travail employés à temps et domestiques personnels, dépourvus d'art, le louage de services, régi par les articles 1780, et surtout 1781, du moins jusqu'en 1868, date de son abrogation tant il faisait horreur par « *l'infériorité morale* » dont il frappait par ses dispositions tous les travailleurs à temps ou pour une entreprise déterminée[287].

---

travail qui s'engagent au service de quelqu'un ; 2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ; 3° Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés » (art. 1779). Il regroupa, dans la première section, « domestiques et gens de travail » afin d'appliquer à eux seuls l'article 1781 (« *Le maître est cru sur son affirmation, pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue ; et pour les acomptes donnés pour l'année courante*. »), disposition dérogatoire de droit commun inenvisageable pour les vrais ouvriers : les preneurs d'ouvrage par devis et marchés. Le louage d'ouvrage est alors défini de manière générale comme « *un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ».

[282] Il s'agit des articles 1788 (« *Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose* »), 1789 (« *Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute* ») et 1790 C.civ. (« *Si, dans le cas de l'article précédent la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière »).*

[283] Art. 1797 C.civ. (*L'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie*).

[284] Art. 1792 C.civ.

[285] Au sujet de la rétractation : art. 1794 C.civ.

[286] Les termes utilisés mettent en opposition les ouvriers ou entrepreneurs aux maîtres.

[287] V. note xx. En ce qui concerne le paiement du salaire, l'employeur était cru sur son affirmation, il revenait donc au salarié d'assumer la charge de la preuve. Cet article, supprimé par une loi du 2 août 1868, suivait l'article 1780. Ainsi, ces deux textes, spécifiquement adressés aux ouvriers, non entrepreneurs d'ouvrage, leur interdisait d'une part d'engager leurs services autrement qu'à temps ou pour une entreprise déterminée, pour ensuite accorder d'autre part à l'employeur une supériorité de bonne foi. Malgré le caractère légitime de la seconde disposition, dont l'enjeu résidait dans le contournement de l'analphabétisme de la majorité des ouvriers, incapables de lire, de consentir et de prouver des dispositions contractuelles particulières et nécessairement écrites, il ressortait des termes et de l'esprit du texte que le salarié qui réclamait se trompait ou mentait obligatoirement, et que l'employeur pouvait, à loisir, tricher et abuser de la faveur qui lui était faite par la loi, le juge statuant alors nécessairement selon les dires de l'employeur. C'est ainsi que cette disposition, en ce qu'elle causait bien trop de dommages à des ouvriers dont on venait de déclarer l'égalité face aux patrons, fut abolie, suite aux revendications ouvrières. V à ce sujet : J.-L. HALPERIN, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992.

103. La même distinction s'opérait en ce qui concernait les règlements d'atelier. Lorsque les ouvriers étaient majoritairement embauchés selon un louage d'ouvrage, les règlements intérieurs se voyaient « *allégés de clauses disciplinaires et centrées sur les formes de marchandage et le partage des responsabilités entre équipes et patron* »[288]. De même, on trouvait des dispositions qui précisaient « *que l'appréciation du travail échappe à la compétence du seul patron lorsqu'il y a litige : il va de soi que le patron n'est pas seul juge du travail accompli. En cas de désaccord sur l'évaluation, l'employeur n'a pas le droit de trancher, il lui faut s'adresser aux prud'hommes* »[289].

104. Les ouvriers à temps, naturellement, ne bénéficiaient pas de ce type de règles dans la mesure où « *les engagements au résultat ne sont pas de même nature que les engagements de mise à disposition pour un temps donné* » : « *une évidence normative, partagée par ouvriers et employeurs* ». Troplong synthétisera la hiérarchie par l'explication suivante : *« Les ouvriers se divisent en deux classes : ceux qui louent leurs services à tant par jour, [...] et ceux avec qui l'on convient d'un travail à faire, moyennant un prix fait. Ceux-ci contractent un louage d'ouvrage, appelé marché, et réglé par les art. 1787 et suivants. Ceux-là, ordinairement connus sous le nom de journaliers, contractent plutôt un louage de services qu'un louage d'ouvrage. Leur condition est inférieure à celle des premiers. Toujours en présence du besoin, toujours sans certitude du lendemain, « ils sont, dit M. de Sismondi, sans intérêt dans l'art auquel ils travaillent. Le bon ou le mauvais sort des récoltes ne leur importe point [...]»*[290].

105. Malgré leur exclusion de ce qu'il faut bien entendre comme un contrat d'entreprise, formé par un entrepreneur, les domestiques et journaliers se voyaient octroyer un peu de la liberté du louage d'ouvrage par les juridictions locales (notamment dans la qualification de

[288] A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle),* Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1562.
[289] V. *Règlement des ateliers de la filature alsacienne de laine peignée André Koechlin, Risler et Cie*, Mulhouse, 1839, Paris, BnF, Catalogue des règlements, n° 9 ; et *Règlement des ateliers d'usines textiles d'André Koechlin et Cie*, Mulhouse, 1840, BnF, Catalogue des règlements, n° 352, (André Koechlin était un ancien président du conseil de prud'hommes de Mulhouse). « *En revanche, les ouvriers à temps (journaliers, manœuvres), engagés pour être sous la conduite du patron, relèvent des justices de paix. Ce clivage de compétences, pratiqué par la plupart des conseils de prud'hommes examinés, calqué sur les distinctions du Code civil entre louage des gens de travail et louage par devis et marchés, demeure notamment en vigueur à Paris jusqu'au moment de la réforme législative des compétences prud'homales, en 1907* » (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1561). La dualité de régime concerne ainsi également la compétence judiciaire : conseil de prud'hommes pour les preneurs d'ouvrage, et justices de paix pour les ouvriers à temps.
[290] TROPLONG, *Le droit civil expliqué*, t. 3, *De l'échange et du louage*, Paris, C Hingray, n° 843, 1840, p. 75.

louage bailleur et dans la liberté de mettre fin aux services). De même, les ouvriers au sens strict, qui n'avaient pu devenir de réels entrepreneurs, s'étaient vus aussi tirer vers le régime d'ouvrage grâce à l'article 1799, qui résultait d'un amendement obtenu *in extremis*[291]. Encore, les tribunaux avaient, pour leur majorité, parfaitement saisi la distinction, ses raisons et ses enjeux, et refusaient toujours d'exprimer ou d'entériner « *une subordination juridique en droit civil »* à l'égard des seconds.

106. Les juges des tribunaux civils et des conseils de prud'hommes, par leur position et leurs décisions, préservèrent ainsi favorablement la dualité du régime prévu par le Code civil ; ils garantissaient la liberté des *entrepreneurs*, et participaient à l'émancipation des *gens de travail*[292], prenant garde à ne pas réhabiliter pour aucun une quelconque domesticité.

107. Ce fut ainsi pendant les deux premiers tiers du XIXème siècle[293], jusqu'à ce que de nouvelles théories et de nouvelles propositions soient emmenées par des auteurs insatisfaits de la distinction du louage, imputable selon eux à la « *confusion du Code et les erreurs de la langue* »[294], et qui allaient, à la toute fin du siècle, emmener non seulement la subordination contractuelle, mais la généraliser à tous les louages. Le choc serait d'autant plus violent que « *l'instauration du bon droit par les juges »* ne s'arrêtait pas à la seule mobilisation des dispositions du Code civil, mais se traduisait également par la mise en place d'usages particuliers dans les relations de travail, fondés sur l'équité.

---

[291] Il convenait en effet de développer la catégorie des ouvriers engagés au résultat (ou du louage d'industrie) : « *Les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait, sont astreints aux règles prescrites dans la présente section ; ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent. »*. Pour la position de Troplong à ce sujet : P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 4, p. 212.

[292] On peut parler en ce sens d' « *une évolution vers le vrai louage* », certes disparate selon les localités (« *plus radicale à Nancy qu'à Mulhouse* » par exemple), mais toujours le résultat de « *l'influence des prud'hommes* » (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1549).

[293] V. J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 19, 1845, p. 287 ; J. LEMOINE DE VILLENEUVE et G. MASSE, *Dictionnaire du contentieux commercial*, 1875 ; MOLLOT, *De la compétence des Conseils des Prud'hommes*, Paris, Joubert, 1842 ; L. MILLION, *Du contrat d'engagement des ouvriers*, Paris, Annales des justices de paix, 1869.

[294] M. GLATARD, *Droit romain : du louage d'ouvrage. Droit français, du contrat de travail*, Thèse, Faculté de droit de Grenoble, Paris, Impr. de Mougin Russand, 1893 : *« Pour le louage d'ouvrage, les Romains et les auteurs du Moyen Age avaient admis une terminologie entachée d'une erreur évidente ; ils appelaient bien locateur l'individu, ouvrier ou domestique, qui engageait ses services dans le sens de la locatio operarum, et en cela ils avaient raison ; mais, renversant mal à propos la situation dans le cas de la locatio opens, ils appliquaient à l'ouvrier le terme de conducteur ou locataire »* excluant l'état de subordonné de l'ouvrier, synonyme d'erreur évidente pour l'auteur (p. 116).

B. La mise en place d'usages correctifs et de jugements en équité

108. Malgré les obstacles socioéconomiques, la *libération* ouvrière annoncée le 17 mars 1791 s'est peu à peu modestement consolidée au cours du XIX[ème] siècle, à l'échelle locale, pour chaque branche, par des solutions correctives, judiciaires, mais également administratives, « *étirant sur deux pôles la légalité textuelle (le droit) et la légalité légitime (le bon droit)* »[295].

109. En ce sens, *« l''émancipation et l'exercice de la nouvelle liberté, parmi les professions industrielles comme parmi l'ensemble des arts et métiers, prirent ainsi plus souvent le chemin de nouveaux usages jurisprudentiels, sous le contrôle du métier, que celui de nouvelles constructions législatives. Pour s'imposer, la transformation politique devait s'étendre aux jugements de justice et d'équité, effectués par les concitoyens concernés, et se traduire en nouvelles prérogatives efficaces en faveur des citoyens émancipés »*. Ce sont les juges, en recherchant tantôt la conciliation[296], en imposant parfois avec fermeté, qui ont rendu *réelle* une liberté *formelle, « au sens où les principes donnèrent forme aux actes et aux sanctions »*[297]. Ainsi, pour exemple, à Lyon, dans l'industrie des soieries, les Prud'hommes ont attaché au nouveau statut d'entrepreneurs d'ouvrage des fileurs et fileuses des conséquences à l'intérieur même des usines, telle que l'interdiction des règles de discipline voulues par les directions. A Troyes, en Alsace-Lorraine, dans les Vosges, le Nord ou encore la région rouennaise, les juges ont nié le pouvoir d'évaluation et de surveillance aux patrons, pour n'accepter qu'un contrôle sur le résultat, défini par compromis des parties, sanctionnant les pratiques et les règlements d'atelier qui

[295] « *Le plus difficilement imaginable aujourd'hui est peut-être la place tenue par le « bon droit » dans la vie normative des métiers, à la suite de l'émancipation révolutionnaire. Cette expression […] demeurée usuelle au XIXe siècle, mettait en opposition sémantique le «droit» et le «bon droit» […]. Son invocation engageait une exigence critique de légitimité, de la part des citoyens, demandant à la légalité des comptes sur son bien-fondé. Suivre dans l'histoire l'expression de cette exigence, puis ses effets, permet de mettre en évidence de grandes ruptures politiques et éclaire la place du droit dans le lien social. Dans le domaine judiciaire, un bouleversement révolutionnaire majeur a transcendé les changements constitutionnels : le bon droit y a connu une institutionnalisation durable, grâce à l'accueil réussi de ses interpellations au sein des justices de paix, des prud'hommes et des tribunaux de commerce […] Constituant aujourd'hui un indice frappant du succès de la place nouvelle des citoyens, au-delà des multiples raté.* » (A. COTTEREAU, *Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail, d'après les audiences prud'homales, 1806-1866*, Le mouvement social, n°141, 1987, p. 25).

[296] V. un peu plus haut.

[297] Au sujet des pratiques conciliatrices, des « *législations locales du travail* » ou du *droit* prud'homal, de sa dissidence avec le droit national au cours du XIX[ème], et sa remise en cause à la fin du siècle « *lorsque des patrons prétendirent s'instaurer seuls juges sur le lieu de travail* » : V. A. COTTEREAU, *Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail, d'après les audiences prud'homales, 1806-1866*, Le mouvement social, n°141, 1987, p. 25-38 ; A. COTTEREAU et P. LADRIERE *"Esprit public" et capacité de juger*, *Pouvoir et légitimité. Figures de l'espace public*, Paris, Éditions de l'EHESS, 1992, p. 239.

disposaient de l'inverse et préféraient une surveillance imposée quant à la conduite. « *Dans chaque localité, des normes s'imposèrent ainsi par tâtonnement, selon des sortes de conjonctures normatives, oscillant entre offensives de contrôle unilatéral et stabilisations bilatérales consenties, axées sur l'engagement de résultats* »[298]. Mêmes remarques et interventions en matière de salaires[299]. Quant à la licéité même des règlements d'ateliers, ils sont intervenus tantôt sur leur condition de validité, en exigeant les consentements tant des ouvriers que des patrons, tantôt sur leur validité même, en la refusant pour cause

[298] Dès les années 1830, les règlements d'ateliers, édictés généralement de manière unilatérale par les patrons, se veulent autoritaires et disciplinaires, aménageant un fort pouvoir de contrôle quant au travail des salariés, « *au nom de la nécessaire régularité des machines, de la sécurité et de la surveillance des enfants* ». Si certains conseils de prud'hommes valident ce type de réglementation, la majorité, à l'inverse intervient au profit des ouvriers. Dans l'industrie mécanique et textile notamment, *« les contestations des fileuses et fileurs refusaient la présence des employeurs* ». Les juges favorisèrent « *des compromis partiels* », et les « *équipes admirent que la location d'ouvrage n'était pas une location de logement, et que le lieu de travail était à la disposition de tous ceux qui y collaboraient, selon les compétences techniques et les contrôles du commanditaire, à la différence des lieux ordinaires de travail ; étaient ainsi reconnues des exceptions pour le territoire de l'usine, non sur la base d'un pouvoir domestique du propriétaire, mais sur celle de l'obligation de résultats industriels, justifiée par des coopérations techniques sur commandes négociées* ». De leur côté, « *les employeurs renoncèrent, sauf exceptions, à imposer des horaires rigides aux ouvriers à la tâche ou aux pièces et à contrôler seuls l'espace* ». En Alsace-Lorraine notamment, les juges de prud'hommes « *se mirent à refuser toute légitimité aux règlements intérieurs qui prendraient des mesures contraires aux usages* » issus du principe du contrôle du travail sur « *le seul résultat, après marchandage, et non sur la surveillance de la conduite* ». Mêmes pratiques dans les filatures de coton et de laine de Troyes, au sein desquelles les ouvriers « *considérés comme entrepreneurs d'ouvrage, à l'intérieur des usines […] ne manquèrent pas de faire valoir les prérogatives qui y étaient attachées, au nom du bon droit, quand les directions des usines voulaient les soumettre à des sortes de disciplines domestiques* ». Les « *débats prud'homaux, effacées de l'histoire depuis la fin du XIXe siècle* » attestent que « *l'adage « charbonnier est maître chez soi » n'était pas revendiqué par les propriétaires d'établissements, mais bien par les fileuses et fileurs, […] ces derniers estimaient qu'une fois en place avec leur métier à filer et leur équipe - tourneur(-se) et rattacheur(-se) -, une fois engagés à façonner telle quantité et telle qualité de fil, pour un prix marchandé, en tel délai négocié, le patron et son contremaître n'avaient pas à demeurer près d'eux, sauf pour l'évaluation du résultat* » (Registres des prud'hommes de Sainte-Marie-aux-Mines, jugements et assemblées générales, AD Haut-Rhin, 5U 1/2, 1/8, 1/12, cité par A. COTTEREAU, *Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail, d'après les audiences prud'homales, 1806-1866*, Le mouvement social, n°141, 1987, p. 38). Il faudra attendre les années 1880 pour que réapparaissent dans ces branches et dans ces régions des règlements intérieurs unilatéraux et dictatoriaux, encouragés par une Cour de cassation peu suspicieuse à l'égard du pouvoir exorbitant que les patrons s'octroyaient (V. plus loin concernant l'arrêt des Sabots)

[299] On note par ailleurs un lien particulier entre la question de l'évaluation du travail et la fixation des salaires. De même, la qualification du louage d'ouvrage a eu de larges conséquences sur ces questions. Ainsi, la discussion du salaire, non seulement faisait partie de la négociation des conditions de travail, mais elle intervenait à deux moments : « *lors de l'engagement - ce qui est commun au louage d'ouvrage et au louage de service — et lors de l'évaluation du résultat - ce qui est propre au louage d'ouvrage* ». L'évaluation se révélait alors « *un processus conjoint entre anticipations, essais, réajustements et réception de l'ouvrage […] et non par vérification systématique de la quantité effectuée* ». Cette pratique du contrôle collectif *« donna lieu à des usages consentis tout aussi oubliés de l'historiographie du droit que les autres* ». Dans l'industrie des soieries lyonnaises, *« employeurs et ouvriers s'entendirent pour une prohibition de l'« entr'exploitation » à l'intérieur des ateliers. Un « tarif proportionnel » des façons établissait une répartition en proportions fixes de chaque prix de tissage entre chefs d'atelier et compagnons. Grâce à la fixité de cette proportion, il était interdit à un chef d'atelier de tirer du profit par accroissement de part sur les salaires des compagnons. Le sort des salaires des compagnons était ainsi automatiquement lié au sort des salaires du chef d'atelier, pour chaque remise d'ouvrage sur le métier »*. A Paris, les assemblées de charpentiers revendiquèrent également « *ce régime du paiement proportionnel* », arguant que « *leur nouvelle liberté ne devait pas être une liberté d'extorsions mutuelles, entre charpentiers à leur compte et charpentiers à compte d'autrui »* (A. COTTEREAU, *Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail, d'après les audiences prud'homales, 1806-1866*, Le mouvement social, n°141, 1987, p. 32).

d'illégitimité[300]. De même, ce sont parfois des autorités politiques locales qui interviennent ; pour exemple, en 1837, un arrêté municipal estime que la règlementation unilatérale « *blesse la justice distributive et l'équité naturelle, en ce qu'elle concède aux maîtres des droits qu'elle refuse aux ouvriers* » [301], et décrète d'ordre public les *usages consentis*, interdisant ainsi d'y déroger par des règlements particuliers. A noter encore les garanties qu'ont tentées de mettre en place ces juges[302], et certaines municipalités[303], notamment en matière de négociation et de règlementation collective. Egalement, au sujet

[300] A la suite de « *mouvements sociaux violents ou de grèves* » ou *« par prudence préventive* », les prud'hommes et les justices de paix refusent à certains règlements toute validité « *au nom de l'équité et du défaut de consentement réel* ». Les règlements sont alors « *retirés ou modifiés dans le sens des recommandations prud'homales, recalés selon des normes acceptées en séances de conciliation* ». Un autre exemple de « *la vigilance contre le despotisme au travail* » adoptée par les juges locaux (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1547).

[301] Arrêté du maire de Roubaix du 30 mai 1837, approuvé par le préfet le 29 juin 1837, AM Roubaix, FII, g3. On parle alors de proclamations d'illégitimité.

[302] V. à ce sujet l'exemple de Lyon : S. L. KAPLAN et P. MINARD, *La désincorporation des métiers et leur transformation en publics intermédiaires : l'exemple de Lyon et de la région rouennaise de la Révolution à l'Empire*, *Le corporatisme : impasse ou troisième voie ?*, Paris, Belin, 2003. Dans la région lyonnaise, les politiques menées conjointement par la municipalité et le conseil des prud'hommes tentent, par la médiation, d'encourager les définitions collectives des règles professionnelles ; elles y parviendront en partie puisque l'on constate « *une suite ininterrompue d'accords collectifs dans les soieries, de 1789 à 1831* » (A. COTTEREAU, *Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail, d'après les audiences prud'homales, 1806-1866*, Le mouvement social, n°141, 1987, p. 36).

[303] Pour exemple, la ville de Paris, dès le début du XIX^{ème} siècle, va édicter des prix, selon des publications annuelles, dans la branche du bâtiment, en référence notamment pour les négociations contractuelles d'embauches, « *ils seront considérés rapidement comme un véritable tarif de l'industrie du bâtiment par les justices de paix de Paris, puis, à partir de 1847, par le conseil des prud'hommes* ». Un usage également qualifié de « *véritable salaire minimum par les gens du bâtiment et les tribunaux ayant donc force de loi et s'imposant aux contrats privés* », seulement remis en cause à la fin du siècle, durant les années 1882-1886, *« lors d'une offensive par un nouveau syndicalisme patronal de combat, appuyé sur la jurisprudence de la Cour de cassation »*. La même municipalité parisienne, au sujet des accords collectifs de travail, prônait, sur la même période, « *les accords collectifs de gré à gré et tentait de se poser en médiatrice des négociations, comme beaucoup d'autres municipalités de France - malgré un désaveu public de Le Chapelier, mais avec l'approbation de bien d'autres députés constituants* ». Par ailleurs, « *elle-même montra l'exemple, en qualité d'employeur commanditaire: elle passa un accord collectif, pour ses chantiers, avec les tailleurs de pierre […] Leur tarif passa de trente-six à quarante-deux sous, ce qui, compte tenu des hiérarchies du bâtiment, correspondait aux demandes de la branche* » (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle*), Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1532). V. également à ce sujet BUCHEZ et ROUX, *Histoire parlementaire de la Révolution française*, t. 10, 1834, p. 102. A Nantes également, une convention collective, relative notamment aux salaires, négociée en 1855 entre patrons et ouvriers voiliers, fut également signée par les commissaires députés des deux parties, évoluant du tarif fixé d'autorité à l' « *accord de concert* » (Archives municipales de Nantes, Fonds de la chambre de commerce, cote 1 ET A13, pièces 59 et 65, Paris, BnF, Département des Imprimés, Gr Fol. Wz 69, n° 70 et 155 du catalogue des règlements, cité par Y. GUIN, *Le mouvement ouvrier nantais*, Paris, Maspero, 1976).

du congé, malgré l'instauration du livret ouvrier[304], les juges tentèrent de maintenir aux ouvriers les droits qu'ils avaient consacrés antérieurement[305].

110. On note ici un certain succès quant à la garantie de la liberté en matière de travail, à mettre au crédit de ces juridictions, qui n'ont pas rechigné à intervenir dans les rapports contractuels, individuels et collectifs, pour chaque branche particulière, afin d'en garantir la justice et une certaine équité, refusant à des patrons revendicateurs de les créditer d'un pouvoir exorbitant, favorisant et appelant la conciliation, le cas par cas, le face à face. En confrontation réelle, sans doute peu concernés par l'idéologisation du dogme contractuel libéral, les *petits* juges ont ainsi dessiné, durant les premières décennies du XIX^{ème} siècle, un véritable *droit des ouvriers*, qui a permis de rénover véritablement les conditions respectives des bailleurs et des loueurs en matière de travail.

111. Cette rénovation n'aura cependant, faute de véritables garanties juridiques supérieures, duré qu'un temps seulement. A noter également, dans un contexte de transition sociale profonde, les difficultés nées de l'interdiction des syndicats ou rassemblements ouvriers posée par la loi Le Chapelier[306], alors même qu'à l'inverse, les groupements patronaux

---

[304] Sur son caractère résolument oppressif, il existe cependant certaines divergences. V. à ce sujet D. WORONOFF, *Histoire de l'industrie en France*, Paris, Editions du Seuil, 1994. Bien qu'abrogé par une loi du 2 juillet 1890, il serait en réalité tombé en désuétude bien antérieurement (J.-P LE CROM, *Le livret ouvrier au XIXème siècle, entre assujettissement et reconnaissance de soi*, in Etudes offertes à Ph.-J. HESSE, PU Rennes, 2003).

[305] « *En justices de paix, puis aux prud'hommes, les jurisprudences, autour du droit du congé, agissant de l'intérieur sur les pratiques, avaient depuis longtemps pris acte des nouvelles libertés. Au point que la législation du livret fut considérée localement comme facultative par les employeurs et les ouvriers : elle ne fonctionna que là où elle parut utile pour faciliter la mobilité entre établissements, harmoniser dans les branches locales les jours de paye, faire coïncider ou se succéder les jours de négociation de départ et d'engagement, faire respecter les délais réciproques de congé* ». Face aux plaintes constantes des préfets concernant « *l'inexécution de la législation sur le livret* », les juges locaux « *estimaient que l'institution du livret ne devait être utilisée - et de toute façon ne pouvait l'être - que lorsque patrons et ouvriers y consentaient, du fait d'avantages des deux côtés* » (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1539).

[306] Justifié initialement par la volonté de renforcer la liberté d'entreprendre, et d'entériner l'interdiction des corporations, son préambule, très influencé de l'individualisme libéral, dispose qu'il « *n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de coopération* ». Il faut préciser que la loi Le Chapelier, bien que datant de 1791, ne fut véritablement appréhendée comme posant l'interdiction des réunions ou groupements professionnels ouvriers que dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, jusqu'à son abrogation formelle le 21 mars 1884. Il faut également préciser qu'elle fut largement contournée, voire ignorée par les juges des conseils de prud'hommes, et certaines municipalités, dans leur entreprise d'encouragement et de conciliation en matière de négociation et de détermination des réglementations collectives (V. plus loin p. 150). Au sujet cependant des troubles qu'elle a nécessairement provoqués, sur la classe ouvrière, dès 1800, et notamment du délit de coalition, V. A. SUPIOT, *Revisiter les droits d'action collective*, in G. VIRASSAMY, I. DAURIAC, F. EDIMO-NANA, PH. SAINT-CYR (sous la dir.), *Droits et pratiques syndicales en matière de conflits collectifs du travail*, actes du colloque des 18 et 19 décembre 2000, Centre d'Études et de Recherches Juridiques en Droit des Affaires, Université des Antilles et de la Guyane, Paris,

demeuraient puissants et pérennes[307]. L'interdiction de la grève, par la même loi, et les sévères répressions qu'elle a permis, entraveront également l'affranchissement des classes laborieuses sur cette période, malgré toute la volonté des juges locaux, également impuissants à empêcher l'industrialisation galopante et les doctrines *innovantes* spécifiques à la matière industrielle. Un autre terme à l'affranchissement ouvrier sera le fait des solutions dégagées par la Cour de cassation, en application justement de ces innovations doctrinales, conjuguées des constructions contractuelles présomptives libérales tout juste théorisées.

SECTION 2 :
DES SOLUTIONS INSUFFISANTES ET DETERMINANTES

112. Il revenait naturellement à la Cour de cassation d'arbitrer en dernier recours des décisions rendues par les juridictions de fond. Les solutions qu'elle a livrées ont procédé selon deux objets. Dans un premier temps, les présomptions issues du dogme libéral d'égalité et de liberté – et leur produit : la présomption d'équité contractuelle – l'ont amenée à nier l'exercice du pouvoir de l'employeur dans le contrat, et partant à refuser d'y intervenir, engendrant des solutions nécessairement iniques (PARAGRAPHE 1). Dans un second temps, influencée notamment de doctrines *travaillistes*, elle a finalement légitimé et confirmé une subordination exorbitante à l'égard des travailleurs, ouvrant la voie au droit du travail contemporain, exorbitant de droit commun, à l'image de l'assujettissement contractuel qui l'a justifié (PARAGRAPHE 2).

L'Harmattan, 2002, p. 25 ; F. DU CELLIER, *Histoire des classes laborieuses en France,* Paris, Didier et Cie, 1860, p. 342.

[307] Il faut relever à ce sujet que la loi du 12 avril 1803, tout en rappelant le principe de l'interdiction des coalitions, mettait par ailleurs en place des sanctions pénales plus sévères pour les ouvriers que pour les employeurs. L'interdiction des groupements professionnels est reprise dans le Code pénal par la loi du 27 novembre 1849, et si les articles 414 et 415 renforcent les sanctions du délit de coalition, de même que l'article 291 subordonne la création de tout groupement de plus de vingt personnes à l'autorisation du gouvernement, dans la pratique, les positions judiciaires et politiques demeurent toujours très souples en ce qui concerne les groupements patronaux. (G. LYON-CAEN, *Corporation, corporatisme, néo-corporatisme*, Dr. soc., 1986, p. 743).

PARAGRAPHE 1 : LA NEGATION DU DESEQUILIBRE CONTRACTUEL

113. La négation du pouvoir est complète. En ce sens, les décisions impliquent le déni de l'inégalité économique qui préside au stade de la formation contractuelle, produit de la force et de la faiblesse respectives et conjuguées des parties (I). Elles nient tout autant l'exercice d'un pouvoir unilatéral, protéiforme et exorbitant dans l'exécution contractuelle (II).

I : LE REJET DE L'INEGALITE ECONOMIQUE A LA FORMATION DU CONTRAT

114. L'absence de prise en compte de l'inégalité économique s'explique d'une part au regard de la nature même attachée par la théorie générale à l'engagement contractuel (A), et d'autre part par l'incapacité des vices du consentement à saisir l'essence de la contrainte morale économique (B).

A. L'application de la présomption de liberté

115. Les postulats issus de la théorie contractuelle ont été parfaitement intégrés par les magistrats de la Cour de cassation, dont – rappelons-le – Troplong a été conseiller dès 1835, puis président à partir de 1852[308]. Ceux-ci ont en ce sens rendu un certain nombre de décisions scrupuleusement fidèles aux règles du consensualisme, du volontarisme, et de la liberté contractuelle. C'est toutefois l'évidence de relever qu'à la liberté et l'égalité nouvellement consacrées et présumées s'opposaient de réelles inégalités factuelles et des contraintes socioéconomiques. Comme nous l'avons évoqué, les tribunaux et conseils avaient pris le parti d'appréhender l'égalité, la liberté et le consentement comme des impératifs à respecter, en mettant en œuvre des jurisprudences d'assistance et d'appui, parfois de protection, des travailleurs, en investissant directement le contrat, sous couvert des lacunes de sa formation.

[308] Rappelons qu'il a par ailleurs cumulé la Présidence de la Cour de cassation avec celle du Sénat, pendant plus de 15 ans, jusqu'à son décès en 1869. A ce titre, et eu égard à sa proximité idéologique avec l'Ecole historique du droit puis l'Ecole de l'Exégèse, il faut admettre qu'il a pu raisonnablement permettre un certain rayonnement positif à ses idées.

116. Ainsi, ce Conseil des tissus de Paris qui prend acte, en 1847, d'un contexte de chômage et de crise pour relever que « *Le prix stipulé dans la convention [...] est tellement hors de proportion avec le prix ordinaire payé par tous les marchands honnêtes, avec la valeur réelle du travail et avec le taux nécessaire pour qu'un ouvrier puisse vivre, qu'il est de toute évidence qu'une convention de cette nature est faite dans un but de fraude de la part des confectionneurs et n'est subie par l'ouvrier que par suite d'un état de détresse et d'une contrainte morale qui vicient son consentement* »[309]. D'une part, les juges ont ici caractérisé une contrainte au consentement pourtant *a priori* donné à la convention par l'ouvrier qui l'a, à la lecture de la décision, exercée, du moins en partie. Mais d'autre part, ils investissent le contrat et en réévaluent *équitablement* le prix, en l'espèce une hausse du simple au double. Ce sont les deux principes libéraux que sont le volontarisme et l'intangibilité qui sont clairement désavoués ici. Un contrat a été formé, mais une partie en position de faiblesse a dû accepter consciemment des conditions injustes, de telle sorte que les termes de la convention doivent être revus[310]. Soulignons qu'il ne s'agit ici ni d'une erreur, ni d'un dol, ni d'une violence – notions juridiques prévues par le Code civil qui, au sens des articles 1108 à 1117, auraient permis la nullité de la convention. Les juges évoquent une *détresse* et une *contrainte morale* qui permet de modifier le seul prix dû à l'ouvrier ; sans doute trop bien conscients de l'inopportunité d'une annulation, et de la présence d'un vice du consentement factuel, non juridique. La réponse de la Cour de cassation est cinglante et lapidaire. Elle rétablit les postulats théoriques en présomptions irréfragables : la première convention est valide puisque « *librement consentie* »[311]. En application du principe de la force obligatoire, et de l'intangibilité, elle annule la hausse du prix prononcée par la juridiction de première instance, et laisse les parties en l'état. Elle désavoue du même coup ces usages professionnels *d'ordre public* que les juges du fond

[309] Cité, à partir des registres manuscrits de jugements versés aux Archives de Paris, par A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1562.

[310] Ce même Conseil des tissus avait par ailleurs, depuis plusieurs années, adopté dans ses jugements « *des motifs de plus en plus réprobateurs à l'encontre des confectionneurs, dont les marchandages abusaient de l'état de détresse des tailleurs pour se livrer à des extorsions indignes. Des termes aussi vifs avaient été employés par les prud'hommes lyonnais sous la Restauration et la monarchie de Juillet contre les baisses abusives de tarifs, mais, cette fois-ci, les motifs des jugements furent attribués à l'esprit révolutionnaire et aux excès de la démocratisation des prud'hommes* ». En l'espèce, il faut souligner que les juges avaient affirmé dans leur décision que « *les usages professionnels consentis étaient « d'ordre public », s'imposant [de ce fait] aux conventions particulières* ». A Lyon également, toujours dans l'industrie de la confection, on retrouve les mêmes pratiques visant à rehausser « *les prix jugés dérisoires fixées en réalité unilatéralement de manière négociée* » (A. COTTEREAU, *Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail, d'après les audiences prud'homales, 1806-1866*, Le mouvement social, n°141, 1987, p. 39).

[311] Sauvage contre Mayer, Cahen et Nephtaly Lévy, 14 février 1851, sans pourvoi, cité par A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail* (*France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1559.

avaient entendus supérieurs aux conventions particulières, et consacre le mirage de l'égale liberté des individus à l'instant de former la convention. Baignant dans l'idéologie libérale évoquée plus haut, une telle position paraissait alors légitime à s'incorporer au droit. A tel point qu'en l'espèce, « *les commentaires politiques et juridiques furent unanimes pour approuver la Cour et désavouer le Conseil des tissus* ». Par ailleurs, cette jurisprudence « *fut l'occasion d'une première vague de redéfinitions du louage d'ouvrage, ayant toutes la même conséquence: le consentement de l'ouvrier pouvait devenir fictif, un tribunal n'avait pas à vérifier ses conditions de liberté au moment de l'engagement, surtout s'il s'agissait de conditions économiques* »[312]. C'eût par ailleurs été faire insulte aux parties que d'envahir le contrat au nom de l'équité, quand bien même le déséquilibre serait évident, les parties étaient parfaitement libres au moment de consentir, si elles se sont obligées, si elles ont aliéné leur liberté, c'est que la convention *est* juste, nul besoin dès lors d'en modifier les termes selon une appréciation d'équité. Cet exemple n'est pas isolé, et résulte bien davantage du *quotidien judiciaire*[313]. La deuxième moitié du XIX^{ème} siècle verra ainsi s'opposer les *bonnes* jurisprudences pratiques des tribunaux aux sévères cassations idéologiques de la haute Cour. S'il y eut des résistances, elles cédèrent progressivement[314].

117. Ce type de décisions, s'il renseigne sur la doctrine prégnante de ses rédacteurs, illustre également l'inconsistance de la construction des vices du consentement en matière de relations de travail.

[312] A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail* (France, XIXème siècle), Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1552.

[313] La solution est par ailleurs réitérée au mot près et selon les mêmes motifs l'année suivante : Picot contre Aron, Hesse et Mathias, 24 décembre 1852, recueil Sirey ; Hébert contre Durant, 20 décembre 1852, Sirey, 53. 1. 101 ; et Aron et Consorts contre Picot, 12 décembre 1853, Sirey, 54. 1. 333. Dans cette dernière espèce, la Cour de cassation censure encore le Conseil de prud'hommes pour avoir sanctionné un contrat, sur le fondement du caractère frauduleux et contraire à l'ordre public de la fixation du prix (excessivement bas), elle ne voit aucun « *fait spécial de fraude* », et accuse la décision prud'homale de violer « *la liberté des conventions et de l'industrie* » et d'exposer « *le règlement du prix du travail à des rétractations et incertitudes aussi périlleuses pour les ouvriers que pour les maîtres* ». Précisons encore que les prud'hommes, malgré les censures, réitéraient également leurs solutions. A Rouen, dans l'affaire Hébert contre Durant, à la suite de la cassation, les juges ont maintenu leur jugement initial par une décision du 5 mars 1853 (Journal des prud'hommes, 1853, p. 83).

[314] Avant de céder matériellement à la jurisprudence de la Cour de cassation, au tournant des années 1880, les juges continuèrent un temps « *de condamner d'autres confectionneurs en exacerbant les mêmes motifs* ». Par la suite, s'ils maintinrent leur jurisprudence, « *ils prirent seulement la précaution de ne plus justifier en droit civil leurs solutions équitables* » (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle),* Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1552).

B. L'inapplicabilité des vices du consentement

118. « *S'agissant du contrat de travail, l'application du régime des vices du consentement, en général, [...] ne présente qu'un intérêt limité...* »[315]. En effet, le dol, la violence et l'erreur, par leurs définitions légales, demeurent incapables de saisir, encore moins de sanctionner, la *contrainte* économique. L'arrêt Bardou le reconnaîtra par ailleurs explicitement[316]. De même, les propositions qui seront dégagées bien plus tard, telles la contrainte, la position de faiblesse, la dépendance ou la violence économique, comme en prolongement *moderne* des vices classiques, démontreront à leur tour la limite de leur portée. Nous y reviendrons.

119. Précisons toutefois que ce propos concerne principalement la partie dite faible, le salarié. La question de l'efficience des vices du consentement au regard de l'engagement de l'employeur est tout-à-fait différente, et deviendra par la suite infiniment plus complexe, notamment au regard du dol ou de l'erreur sur la personne[317]. A l'inverse, la question de l'intégrité du consentement du subordonné au regard des traditionnels vices du consentement ne subira aucune variation notable par la suite. Dans la mesure où, l'ouvrier autrefois, le salarié aujourd'hui, est parfaitement informé, absolument lucide et tout-à-fait conscient, de l'éventuel déséquilibre des prestations, auquel il consent volontairement et, au sens strict, librement, il n'y a rien à attendre des articles 1109 et suivants du Code civil. La qualification même des vices « *du consentement* » révèle leur inaptitude. Ce n'est pas le consentement, l'acceptation au contrat qui est en cause, mais le choix de contracter. L'accord est strictement intègre, mais en amont, la décision individuelle de consentir est contrainte par la nécessité de se procurer des moyens de subsistance, détenus par un tiers. Le contrat en lui-même et pour lui-même n'est pas en cause, il est anecdotique, l'enjeu relève de la nécessité sociale et économique de *travailler*. Ainsi, Bazard qui dénonce dès 1829 l'inégalité de fait qui préside à la formation du louage : *« Cette transaction est-elle libre de la part de l'ouvrier ? Elle ne l'est pas puisqu'il est obligé de l'accepter sous peine de la vie, réduit comme il l'est à n'attendre sa nourriture de chaque jour que de son travail*

[315] Et l'application « *de celui de l'erreur sur la personne ou du dol, en particulier »* (G. COUTURIER, *Droit du travail*, t. 1, 2ème éd. n° 71).
[316] Civ. 6 juillet 1931, D.P. 1931. 1. 131, note P. PIC, Grands arrêts, n° 1 (« *la dépendance économique de la personne* », ou le fait qu'il s'agisse de « *travailleurs économiquement faibles et placés sous la dépendance économique de la personne qui les emploie* » n'emporte aucune conséquence).
[317] Il faudra compter en effet avec l'obligation de renseignement qui pèse exclusivement sur lui, l'interdiction des questions ou des mesures discriminatoires, de même que les conséquences induites du droit au respect de la vie privée (tel le droit au mensonge de la candidate à l'emploi en état de grossesse) etc. Autant d'éléments qui signent le caractère résolument dérogatoire du droit du travail qui éclora plus tard.

de la veille... l'ouvrier se présente comme le descendant direct de l'esclave ou du serf... Dans cet asservissement légal, il ne peut subsister qu'aux conditions qui lui sont imposées par une classe peu nombreuse, celle des hommes qu'une législation, fille du droit de conquête, investit du monopole des richesses, c'est-à-dire du droit de disposer à son gré, et même dans l'oisiveté, des instruments de travail »[318]. Nous l'avons dit, la convention de travail est indispensable dans les sociétés modernes, spécialement celles qui connaissent l'opposition capital – travail.

120. Outre le déni d'une domination économique et d'une supériorité de fait de l'employeur sur son contractant au stade de la formation du louage, la Cour de cassation niera tout aussi fermement l'exercice du pouvoir dans le cadre de l'exécution contractuelle.

II : LE DENI DU POUVOIR A L'EXECUTION DU CONTRAT

121. Les jurisprudences mises en œuvre démontrent l'absence de la prise en compte d'un pouvoir unilatéral et arbitraire dans la relation conventionnelle de travail (A). Ce phénomène regrettable est d'autant plus stupéfiant qu'il s'agit d'un pouvoir susceptible d'irradier l'ensemble de la relation contractuelle (B).

A. Un pouvoir présumé contractuel

122. Au sujet de l'exercice d'une autorité par l'employeur à l'égard de ses employés, de fortes oppositions, là encore, s'établirent entre les décisions des juges de première instance et les solutions dégagées par les magistrats de la Cour de cassation. Les pouvoirs réglementaires et disciplinaires, bien que non formulés en ces termes, furent les premiers concernés.

123. De la moitié du XIX^{ème} siècle jusqu'en 1890, par ses seules décisions, « *la Cour de cassation parvint à neutraliser le bilatéralisme des contrats pour imposer une conception unilatérale du pouvoir dans l'entreprise* »[319]. Le célèbre arrêt dit « des Sabots » rendu en

[318] S.-A. BAZARD, *Doctrine de Saint-Simon,* 1, p. 75.
[319] A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1554 (Cette décision se révèlera en ce sens le signe avant-coureur d'une véritable « *disjonction entre droit et bon droit* »).

1866 en est sans doute la plus belle illustration[320], de même qu'il constituera un « *tournant historique »*[321] en la matière. Rappelons-en les faits. Les propriétaires d'une fabrique de tapis avaient fait afficher à l'entrée de leurs ateliers un règlement interdisant, entres autres, aux ouvriers d'y pénétrer avec des sabots, sous peine d'une amende de 10 francs. Mme Juillard ayant contrevenu, il avait été retenu la somme sur son salaire. Le Conseil de Prud'hommes saisi de l'affaire[322] avait reconnu aux employeurs « *un droit de fixer, par un règlement de police intérieure, les conditions du travail dans leurs atelier*s ». En application des articles 1226[323] et 1229[324] du Code civil, il acceptait même que ceux-ci puissent « *imposer*[325] *des clauses pénales, en cas d'inexécution des conventions résultant du règlement* ». Pour autant, les magistrats, s'appuyant sur l'article 1231 C.civ.[326] « *qui arme le juge du droit de modifier la peine lorsque l'exécution principale a été exécutée en partie* », avaient réduit à 50 centimes l'amende, notant au passage que « *l'amende fixée […] est d'une exagération évidente, puisqu'elle représente près de la moitié du salaire de la femme Juillard pendant un mois* ». Ils évoquaient également la nécessité d'un contrôle *a priori* de tout règlement intérieur[327]. Les magistrats motivaient par ailleurs de manière

[320] Civ. 14 fèv. 1866, D. 1866, I, 84 ; RDT 2006, 29, obs. N. OLSZAK. Il est intéressant de relever qu'en dépit de l'ancienneté de l'apparition du règlement, bien antérieure à l'essor des grandes entreprises industrielles, sa reconnaissance juridique, et l'allocation d'une qualification (ici strictement contractuelle), est non seulement tardive, mais le fait du juge judiciaire. Dès le XVIII[ème] siècle, F. Hodern relève que « *le patron a pris l'habitude d'établir un règlement qui s'applique à tous les ouvriers. Au XIX[ème] siècle on l'appelle très souvent règlement d'atelier, mais l'on trouve aussi règlement de police et souvent tout simplement le mot règlement* » (F. HODERN, *Le règlement d'atelier au XIXème siècle*, cahier n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991), sa reconnaissance juridique, et l'allocation d'une qualification (ici strictement contractuelle).

[321] A. COTTEREAU, *Les prud'hommes XIX[ème]-XX[ème] siècle*, Le Mouvement social, octobre- décembre 1987, n° 141, Paris, Les Editions Ouvrières, p. 55.

[322] Aubusson, 10 mai 1964.

[323] « *La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ».

[324] « *La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard* ».

[325] Le terme utilisé relativement à la présence d'une telle clause renseigne tant sur la lucidité de ces magistrats, que sur leur évident scepticisme, ou ignorance, vis-à-vis de la théorie de l'autonomie de la volonté, selon laquelle le contrat n'est nécessairement que le résultat des volontés concordantes des parties.

[326] « *Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ».

[327] « *Tout règlement intérieur de fabrique devrait être soumis, avant sa publication, au contrôle des Prud'hommes, et un exemplaire signé du fabricant, déposé au secrétariat du conseil* ». Ce sont par ailleurs les employeurs que les juges ont condamné « *à tous les frais et dépens* ». Rappelons que certains conseils demandaient un « *dépôt préalable souvent avec discussion et agrément ou le rejet de certaines clauses* », et que d'autres n'acceptaient « *que ce qui leur [paraissait] équitable* ». Notons enfin à ce sujet les initiatives d'autres conseils de prud'hommes encore qui réuniront les employeurs et les ouvriers lors d'assemblées aux fins d'assurer une négociation, et la réalité du consentement, en matière de règlements d'ateliers. « *Dans plusieurs localités et à Nancy surtout, les conseils de prud'hommes ont établi des règlements consentis par les maîtres et par les principaux ouvriers en assemblée générale, à l'effet de régler le terme d'avertissement, tant de la part du*

précise leur décision, relevant ainsi que « *la loi doit protection à ceux que leur position d'esprit ou de fortune met à la merci des autres* » ; en l'espèce, « *le fabriquant est sans contradicteurs, car il peut toujours trouver des ouvriers qui acceptent ses conditions* ». Une telle motivation était tout-à-fait habituelle dans les décisions prud'homales, lesquelles mettaient en œuvre, « *au nom de l'équité ou du défaut de consentement réel* », une véritable « *régulation interne du juste et de l'injuste* » qui « *pourrait se résumer en forme de maxime : ne pas laisser faire l'injustice, ne pas laisser passer l'iniquité* »[328]. Suite au pourvoi pour excès de pouvoir du patron, la Cour de cassation a estimé, au visa des mêmes articles, ajoutés des seuls premiers alinéas de 1134[329] et 1152[330], que l'ouvrière « *a adhéré à ce règlement et y a contrevenu* », celui-ci étant « *conventionnel et obligatoire* », « *non seulement la femme Juillard n'a pas exécuté en partie l'obligation principale, mais y a contrevenu pour la totalité* ». L'amende demeure 10 francs et, sans paraître y toucher, elle sauvegarde toute l'intégrité d'un pouvoir règlementaire et disciplinaire, discrétionnaire et unilatéral, de l'employeur, sous couvert de l'intangibilité d'une convention initialement *librement consentie.* Par cette position, elle étend clairement la présomption contractuelle aux manifestations de pouvoir de l'employeur, spécialement règlementaires. Jusque-là purement factuelle, son autorité obtient une qualification contractuelle, laquelle signe encore le retrait du juge, au nom cette fois de l'auto-nomie supposée des parties[331]. « *C'est le début d'une jurisprudence nouvelle qui marque la fin de l'autonomie judiciaire des conseils de prud'hommes. A partir de là les appels se multiplient auprès des tribunaux de commerce, des Cours d'appel et de la Cour de cassation […]. La jurisprudence qui*

---

maître que de celle de l'ouvrier, pour la délivrance du congé d' acquit ; ces délais, d'ailleurs réciproques, sont fixés selon les industries, et jusqu'à ce jour, au moins en ce qui concerne Nancy, aucun justiciable ne s'est élevé contre ce règlement, qui a, en quelque sorte, force de loi » (Ecrits du président DEROCHE, Le Moniteur des conseils des prud'hommes, 1841, vol. I, p. 53).

[328] A. COTTEREAU, *Les prud'hommes XIX*^{ème}*-XX*^{ème} *siècle*, Le Mouvement social, octobre- décembre 1987, n° 141, Paris, Les Editions Ouvrières, p. 61.

[329] L'alinéa 3 demeure, comme il l'a été depuis plus d'un demi-siècle, et comme il le sera encore plus d'un siècle, tout-à-fait ignoré.

[330] De même, alors que le 2nd alinéa du texte disposait à l'époque que « *Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite »,* les juges se limitent à la seule première partie (« *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre »*).

[331] Si la négation du pouvoir sera principalement le fait de la jurisprudence de la Cour de cassation, certaines Cours d'appel ont également rendu des décisions dénégatrices. Pour exemple*, « Entre 1836 et 1839 des cours d'appel refusent réparation lors d'accidents du travail au motif que le contrat de louage de services se résume dans le seul échange d'un salaire contre un service. Il n'y a pas d'autre obligation juridique entre patron et salarié et l'existence du contrat suspend l'applicabilité des règles de la responsabilité civile de droit commun dans leurs rapports. Cela prive l'ouvrier victime d'un accident de tout recours juridique contre son patron, mais c'est dans la ligne des grands principes juridiques du code civil »* (F. HODERN, *Le droit des accidents du travail au XIXème siècle*, cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence).

s'élabore est très restrictive et accueille de plus en plus favorablement les recours des patrons contre les décisions prud'homales prises au nom de l'équité »[332]. Il en sera de même pour toute une série de questions particulières, tel le paiement du salaire[333], au sujet desquelles la Cour de cassation fera invariablement primer et appliquer le règlement de l'employeur en tant que convention des parties : « *Peu importe que l'ouvrier n'ait pas pu le discuter lui-même ou par ses représentants. Son adhésion se présume et l'amende qui le frappe s'il ne le respecte pas est une clause pénale qu'il a consentie et que le patron, à la fois législateur et juge, a le pouvoir de s'attribuer* »[334]. En effet, « *le contrat de louage de services comme tout contrat engage deux personnes également libres qui sont supposées avoir contracté librement* »[335]. Par ailleurs, *« entre les hommes libres, égaux en droit, le contrat de louage d'ouvrage et d'industrie porte exclusivement sur la quantité, la qualité, la rémunération, à effectuer »*[336]. Les conséquences de telles présomptions, qui réduisent le « *contrat de louage de services [...] au seul échange d'un salaire contre un service* »[337] sont particulièrement lourdes en matière d'accident. « *S'étant engagées en connaissance de cause, elles sont censées assumer les risques de leurs engagements* ». En ce sens, l'ouvrier

[332] F. HODERN, *Le règlement d'atelier au XIXème siècle*, cahier n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II. 1991. L'auteur précise en ce sens : « *D'après nos calculs faits à partir des chiffres du compte général de l'administration de la justice civile (édition annuelle à partir de 1831), il y avait en 1851, sur les décisions prud'homales susceptibles d'appel, 9,2% ayant fait l'objet d'un appel, en 1872, 20,9 %, en 1881, 18 % et en 1891, cela monte à 25 %* ». Il relève enfin que cette jurisprudence, de même que son extension, est « *la conséquence sans doute de la loi du 1er juin 1853 qui donne dans les conseils, une place égale aux ouvriers et aux patrons, tout en conservant un président et un vice-président désignés par le pouvoir* ». Il faut en outre préciser qu'une rupture a également eu lieu au moment « *des réformes des prud'hommes et l'arrivée de salariés syndicalistes dans les conseils, les employeurs n'ont plus confiance dans cette juridiction et vont chercher à combattre leurs décisions* », alors même qu'antérieurement, les prud'hommes, étant « *entre leurs mains [...] peuvent jouer un rôle de pacification sociale* » (M. KIEFFER, *La législation prud'homale de 1806 à 1907*, Le Mouvement social, octobre-décembre 1987, p. 16).

[333] « *Une autre décision de la cour de cassation du 7 août 1877 confirme cette jurisprudence. Le règlement d'une fabrique de chaudronnerie précise que les ouvriers seront payés les samedis suivant les 1er et 15 de chaque mois. Les ouvriers congédiés dans l'intervalle reçoivent immédiatement leur compte, mais doivent attendre le jour fixé pour toucher leur paye. Un ouvrier sorti volontairement veut alors être payé le jour même et le conseil de prud'hommes de Paris lui donne raison, considérant comme illicite et nul le règlement patronal. La cour de cassation casse le jugement et déclare la clause du règlement d'atelier valable et donc obligatoire. Elle forme une convention entre les intéressés qui n'est pas contraire à l'ordre public. D'autres décisions suivront dans le même sens, notamment en 1895 et 1898, car les conseils de prud'hommes résistent fortement.* » (F. HODERN, *Le règlement d'atelier au XIXème siècle*, cahier n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991, p. 4).

[334] F. HODERN, *Le règlement d'atelier au XIXème siècle*, cahier n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II. 1991.

[335] F. HODERN, *Le droit des accidents du travail au XIXème siècle*, cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, p. 6).

[336] Rec. Sirey, 1893, II, p. 148 ; 1894, II, p. 250

[337] Cette interprétation cependant *« restera celle des tribunaux jusqu'à la fin du XIXe siècle »* (F. HODERN, *Le droit des accidents du travail au XIXème siècle*, cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, p. 3).

a « *accepté les chances de danger que le travail peut comporter* »[338], de même que le « *maître s'est affranchi par le salaire promis des chances de travail* »[339].

124. Ce type de décisions, réitérées grâce aux pourvois des patrons, et constantes à partir du dernier tiers du XIX[ème] siècle, s'imposa inévitablement et progressivement aux conseils de prud'hommes « *suscitant crises et démissions […] ; s'il en était ainsi, les ouvriers n'avaient plus rien à attendre du droit et de la justice* »[340]. Des réactions d'autant plus violentes que la relation de travail toute entière pouvait faire l'objet de l'autorité patronale unilatérale.

B. Un pouvoir exercé pleinement

125. La négation du pouvoir est d'autant plus dommageable, que celui-ci s'exprime au travers de la relation de travail en sa globalité. En effet, par le biais de son pouvoir réglementaire, l'employeur édicte une véritable législation sociale, qui ne se limite pas à la seule bonne coopération au sein des ateliers, « *le patron y précise les conditions d'exécution du contrat de travail, la période d'essai, le délai-congé, la durée du contrat et ses causes de résolution (rupture), la discipline de l'atelier, et parfois la rémunération* »[341]. Par la nature et le volume matériel de ses clauses[342], le règlement « *tient lieu de contrat et en fixe les conditions* »[343]. Par ailleurs, rappelons qu'hormis les efforts entrepris par des juges locaux soucieux de bilatéralité et de consentement réel – mais finalement découragés par la jurisprudence inverse de l'autorité judiciaire –, le règlement est généralement le fait des seuls patrons, « *ce qui en fait un acte d'autorité* »[344]. Rappelons enfin que la Cour de cassation considère, et entend que soit considéré, le règlement comme obligeant les

[338] Rec. Sirey, 1838, p. 70.
[339] Rec. Sirey, 1839, p. 432.
[340] A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle*), Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1555.
[341] F. HODERN, *Le règlement d'atelier au XIXème siècle,* cahier n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991, p. 8.
[342] On trouve en ce sens « *des prescriptions relatives à l'exécution du travail dans l'usine, ordre, mesures de sécurité, hygiène et police, et des dispositions relatives aux conditions d'emploi et de licenciement : paiement des salaires, conditions de rupture du contrat, durée du délai-congé* » (J.-P. GAUDEMAR, *L 'ordre et la production. Naissance et formes de la discipline d'usine*. Paris, Dunod, 1982, p. 80).
[343] H. DESROYS DU ROURE, *Le règlement d'atelier et le contrat de travail, (l'autorité dans l'atelier)*, Thèse droit, Paris, 1910, p. 17, citant O. DELIGNY, *Le règlement de travail*, thèse droit, 1907, p. 79.
[344] F. HODERN, *Le règlement d'atelier au XIXème siècle*, cahier n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991.

employés présumés l'avoir accepté, confirmant du même coup sa qualification contractuelle.

126. L'absence d'intervention du juge, de même que le désintérêt habituel de l'administration[345], est encore plus regrettable[346], du fait des abondantes dispositions à vocation disciplinaire affectées habituellement à cette « *annexe contractuelle* »[347], censée avoir reçu consentement des salariés à la formation du contrat. Aux fins « *d'assurer l'intégration de la force de travail au processus productif et d'en garantir la stabilité* », les normes internes entendent « *discipliner des ouvriers […] et les soumettre au rythme régulier de la production industrielle* ». En ce sens, « *on réglemente d'abord l'entrée des ouvriers, on sanctionne les retards et les absences par des pertes de salaire, des amendes ou le renvoi. L'habitude ouvrière de fêter le Saint Lundi est punie avec une grande sévérité. On s'occupe également du rendement de la force de travail. On punit le manque d'application, la mauvaise exécution du travail, ainsi que tout ce qui nuit à la conservation et au bon usage des machines et de l'outillage technique. On est très rigoureux sur la sauvegarde des instruments de travail. On rend les ouvriers responsables de leurs outils et des dégâts aux machines. On cherche à discipliner rigidement la vie interne du groupe ouvrier, en éliminant toute une série de comportements déviants que l'on sanctionne car ils troublent et bouleversent l'ordre de l'entreprise : bagarres, disputes, propos obscènes, ivresse, tabagisme* »[348]. En vérité, « *le respect et l'obéissance aux chefs doivent être immédiats et totaux* »[349]. La « *réglementation patronale »*[350], aussi unilatérale, invasive et

[345] « *Le texte est […] souvent contresigné par le maire. Pourtant il est dû à la seule initiative du patron et n'a pas à être contrôlé par l'administration qui refuse d'ailleurs de le faire. En août 1842, le maire de Bühl (Haut Rhin) envoie au préfet le règlement d'atelier Beuck et Cie pour approbation. Le préfet le lui renvoie avec cette précision : « aucune loi n'ayant soumis les règlements de l'espèce au contrôle de l'administration je n'ai pas à m'occuper de l'examen de celui que vous m'avez transmis ». A plusieurs reprises on retrouve dans les archives les mêmes arguments »,* notamment les archives départementales du Bas-Rhin. Et naturellement, *« aucune disposition légale n'obligeaient les chefs d'entreprise à les déposer auprès d'un agent de l'Etat* » (F. HODERN*, L'évolution de la condition individuelle et collective des travailleurs en Alsace au XIXème siècle*, Université de Paris, 1970, p. 213). Aujourd'hui encore, l'administration s'interdit la rédaction, même minime, d'éléments obligatoires du règlement intérieur, lorsqu'elle en contrôle la légalité.

[346] « *A la fin du XIXe siècle la discipline d'usine est contestée. […] Les points principaux de frictions sont les règlements, les amendes et les conflits avec les cadres »* (M. PERROT, *Les ouvriers en grève, France 1871-1890,* Paris, Mouton, 1974, t. 1, p. 195).

[347] G. AUZER et E. DOCKES, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 28ème éd., 2014, p. 760 : « *Les tenants d'une conception de l'entreprise comme institution allaient opposer à cette analyse contractuelle une analyse institutionnelle, attribuant nature réglementaire à cet acte du « chef d'entreprise, législateur naturel de la société professionnelle » selon un mot de P. Durand* ».

[348] F. HODERN, *Le règlement d'atelier au XIXème siècle*, cahier n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991.

[349] A. MELUCCI, *Action patronale, pouvoir, organisation, Règlements d'usine et contrôle de la main d'œuvre au XIXe siècle*, Le Mouvement social, octobre-décembre 1976, p. 145.

despotique soit-elle, est alors justifiée par ses auteurs par l'intérêt de l'entreprise, et par ses juges par la présomption contractuelle[351]. Elle se mue par ailleurs en véritable « *justice patronale* ». Le patron ne fait pas seulement la loi, *« il l'applique lui-même, car il édicte, fixe, prononce et prélève lui-même l'amende sous forme de retenue sur salaires* »[352].

127. Pour autant, l'évolution qui allait suivre n'irait pas dans le sens d'un retour à l'enjeu d'équité contractuelle, bien au contraire, après avoir nié l'existence et l'exercice d'un véritable pouvoir unilatéral dans les relations de travail, abandonnant ainsi l'ouvrier aux circonstances de fait et au bon vouloir des patrons[353], la Cour de cassation – re – consacra finalement la subordination des premiers à l'égard des seconds, substituant le fondement contractuel à l'ancien fondement statutaire.

PARAGRAPHE 2 : LA RECONNAISSANCE D'UNE SUBORDINATION CONTRACTUELLE EXORBITANTE

128. Avant d'évoquer la reconnaissance jurisprudentielle de l'assujettissement dans la relation de travail (II), sans doute faut-il préciser que celle-ci, faute de s'engager dans les voies de l'expérience tracées préalablement par les juges du fond, s'est parfaitement insérée dans des constructions doctrinales libérales nouvelles et particulièrement séduisantes (I).

---

[350] A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc., 1992, p. 215.

[351] Il en sera ainsi pendant plus d'un siècle, nonobstant certaines variations qui ne dépasseront cependant pas le niveau des juridictions prud'homales.

[352] Il est par ailleurs intéressant de relever que le pouvoir de l'employeur, dont le règlement intérieur en est chronologiquement la première manifestation, a cristallisé de manière extrêmement virulente les relations conventionnelles entre patrons et ouvriers, particulièrement détériorées de ce fait à la fin du siècle. En ce sens, le pouvoir a véritablement pollué le contrat en matière de travail. Il semble que l'exorbitance de l'autorité du patron ait été d'autant moins acceptée par ses subordonnés que le fondement de la relation était contractuel, non plus statutaire. « *Les amendes font l'objet de vives discussions. Les patrons soutiennent qu'elles sont une pénalité indispensable au maintien de l'ordre dans l'atelier. Les ouvriers protestent contre son caractère vexatoire. […] Son application est devenue une source de difficultés et de mécontentements* » (J. MAITRON, *Dictionnaire biographique du Mouvement ouvrier français*, Paris, éd. Ouvrières, t. 13, 1975). Sur l'importance de la question des règlements d'ateliers, v. J. LUCIANI et J. SALAIS, *Matériaux pour la naissance d'une institution, L'Office du Travail (1890-1906)*, Genèses 2, Décembre 1990.

[353] On constate en effet que les patrons s'autorisent bien souvent de ne pas même respecter la loi. En ce sens, en dépit de l'article 1780 du Code civil, ils congédient immédiatement leurs ouvriers dès lors qu'un manquement est constaté. De même, béni de la présomption contractuelle, le règlement d'atelier comporte souvent des clauses pénales abusives, qui prévoient par exemple en cas de faute, même seulement morale, le paiement d'une amende et la réparation du dommage causé (H. LALLE, *La question des règlements d'atelier*, Thèse de droit, Paris, 1904, p. 154).

I : LA PROPOSITION DOCTRINALE DE SUBORDINATION CONTRACTUELLE

129. La doctrine a naturellement investi la question ouvrière. Forts de constats erronés, des auteurs ont procédé dans un premier temps avec l'ambition de pallier le manque de *clarté* ou les *lacunes* supposées du Code civil (A). L'inventivité et la nouveauté ont cependant très rapidement laissé la place à des constructions conformes aux représentations contemporaines (B).

A. L'insuffisance présumée du Code civil

130. Rappelons que la matière industrielle faisait l'objet depuis de nombreuses années de propositions doctrinales diverses. Renouard notamment « *souhaitait clarifier les termes du Code civil et déployer son esprit de liberté en faveur de tous les engagements de travail* ». Il proposait ainsi dès 1854 de substituer le terme de contrat de prestation de travail à celui de louage d'ouvrage. Il rejetait cependant toute idée de subordination contractuelle : « *Ce contrat, comme tous les autres, intervient souvent entre personnes de situation et de condition inégales ; mais ce qui rend cette circonstance complètement indifférente en droit, c'est qu'il ne contient en lui même aucune relation de supériorité ou de subordination de l'une des parties à l'égard de l'autre. La hiérarchie sociale n'est nullement intéressée à ce qu'on retienne dans une classe à part et inférieure les actes nominativement indiqués par le Code comme louages de services ; car l'égalité des parties, en tant que contractantes et abstraction faite des inégalités qui peuvent exister entre elles extérieurement au contrat, se montre aussi clairement dans ces actes que dans l'exercice des professions les plus libérales et les plus fières* », de même qu'il précisait que l'objet de la prestation visait « *des actes, et non des choses ou des personnes* »[354]. Ces remarques, bien qu'elles ne fussent pas prises en compte, inspirèrent d'autres propositions. Ainsi, quelques années plus tard, les travaux de Glasson, qui allaient bouleverser véritablement et durablement la question du louage. Par son ouvrage *Le Code civil et la question ouvrière*, il demandait dès 1886 « *la mise à jour législative du Code* », et la justifiait ainsi : «

[354] RENOUARD, *Mémoire sur le contrat de prestation de travail*, Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1er trim., 3ème série, t. 7, 1854, p. 368. Il explique en ce sens : « *Le Code civil, en enfermant dans un même contrat ce qu'il appelle les deux sortes de louage, a laissé place à des confusions regrettables; mais il a par là marqué nettement que la location du travail n' est pas une aliénation de la puissance de travailler, et que cette faculté, inhérente à l'activité humaine, demeure la propriété du prestateur d'ouvrage, de même que la qualité et les droits du propriétaire restent à celui qui donne sa chose à loyer sans qu'elle cesse d'être la sienne* » (p. 179).

l'ouvrier a été presque entièrement oublié dans notre Code civil [...]. Cette lacune a été la cause de fréquents procès entre patrons et ouvriers ». Il prenait là en exemple de nombreux arrêts rendus par la Cour de cassation, promouvant « *un arbitraire patronal jusqu'à des conséquences inédites, iniques et indéfendables aux yeux du plus grand nombre* » [355]. Si son premier postulat était faux[356], le second n'était pas tout-à-fait exact. Glasson jugeait en effet que les ouvriers de la grande industrie relevaient uniquement du louage de services, et non pas du louage d'ouvrage. Il occultait ainsi totalement les considérables et volumineuses jurisprudences mises en place depuis 1790, soit près d'un siècle, par les justices de paix puis les conseils de prud'hommes, les tribunaux de commerce et les tribunaux civils, certes peu consacrées par la Cour de cassation, mais pour lesquelles « *les ouvriers n'étaient ni des domestiques ni des journaliers* » et qui constituaient un véritable « *droit des ouvriers »,* une sorte de droit prud'homal fondé sur l'équité et la dualité de consentements. Il occultait en conséquence que les ouvriers, pour une grande part, se voyaient exclus de la nécessaire subordination intrinsèque à la nature de services, même dans les grandes industries, que ceux-ci formaient en réalité des contrats dont l'objet visait « *le résultat du travail, non […] sa conduite »,* et *« avaient compétence pour négocier l'organisation du travail, son mode opératoire et l'évaluation du résultat »* [357].

131. Fort de cette lacune, il proposait son *contrat de travail*[358], en remplacement volontaire et amélioré du louage de services, mais surtout en substitution involontaire du louage d'ouvrage. Indirectement, bien que non formulé, selon sa conception, « *tous les contrats de*

---

[355] GLASSON, *Le Code civil et la question ouvrière*, Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1886, 1er sem., t. 25, p. 844-849.

[356] La question, ou la certitude, de l'oubli par le Code civil de « *l'ouvrier de la grande industrie* » (selon les tous premiers termes de son ouvrage), a trouvé un écho exceptionnel dans les travaux qui suivirent, au moins jusqu'à la toute fin du XXème siècle, alimentée par le projet, concomitant au Code civil, d'un code industriel (la loi du 22 germinal an XI sur les manufactures et les engagements de travail devaient par ailleurs y être codifiée), censé régler les modalités de définition des nouvelles réglementations professionnelles en remplacement des anciens règlements corporatifs, et finalement avorté. Il semble pour autant que la réponse soit négative (A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, p. 46).

[357] « *Il allait de soi que la plupart des ouvriers - de la grande comme de la petite industrie - relevaient de la législation du « louage d'ouvrage » proprement dit, et non du « louage de services », c'est-à-dire, notamment, des treize articles de la section du Code civil sur les «Devis et marchés» (art. 1787 à 1799), et non du laconisme des deux articles sur les domestiques et gens de travail (art. 1780 et 1781) »* (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail* (*France, XIXème siècle),* Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1525).

[358] Pour la paternité historique et chronologique du terme : E. DELECROIX, *Le contrat de travail. Étude des propositions de lois concernant les ouvriers mineurs*, Revue de la législation des mines, 1885, p. 65 (lequel adoptait la même erreur puisqu'il souhaitait développer un régime relatif au « *louage des gens de travail, qui s'engagent au service de quelqu'un* », à partir des seuls articles 1780 et 1781 C.civ.).

salariat étaient rabattus au rang du louage de service ; il s'ensuivait alors l'admission de la subordination comme catégorie juridique inhérente au contrat de travail »[359] ; c'était là la véritable innovation. Celle-ci allait germer quelques années, puis impulser à la fin du siècle des théorisations plus abouties qui trouveraient un écho exceptionnel au centenaire de la Révolution.

B. L'admission doctrinale de la subordination inhérente au salariat

132. A la suite de Glasson, Sauzet proposait ainsi à la toute fin du XIX[ème], la définition suivante : « *Ce contrat de travail est une espèce de louage d'ouvrage : il en a une physionomie juridique propre, ses caractères distincts, qui nous paraissent être : 1° une certaine subordination de l'ouvrier au patron, dans l'exécution du travail promis ; 2° la mise à la charge du patron des risques de l'entreprise. Cette notion du contrat de travail, qui la différencie du louage d'ouvrage conclu entre un artisan et un simple particulier ne voulant pas assumer la fonction, le rôle de patron, est essentielle, fondamentale. Ajoutons aussi que cette notion juridique du contrat de travail, type spécial de louage d'ouvrage, répond aux définitions que les économistes donnent, comme à l'origine qu'ils assignent au régime du salariat*[360]*. Ils le présentent comme le résultat d'une évolution qui a transformé l'association primitive, grossière du capital et du travail, en une association perfectionnée où le travail trouve la certitude d'une rémunération, la fixité de position si précieuse aux hommes, tandis que le capital y gagne, « en prenant tous les risques de l'entreprise, d'en avoir le gouvernement exclusif» (Bastiat, Harmonies économiques VI, 1879, p. 451)* »[361].

133. Cette idée de subordination *de principe* dans la relation de travail suggérait également l'expression bienvenue d'un nouveau dogme qui permettait d'octroyer une certaine légitimité aux solutions déjà rendues par la Cour de cassation en matière de travail. Le

[359] A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle*), Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1536.

[360] On peut lire en effet dans certains ouvrages parus à la fin du XIX[ème] siècle que le terme « contrat de travail » aurait été initialement dégagé et utilisé par des économistes (V. à ce sujet E. DEICHTAL, *Les contrats de travail et leur application légale.* Revue politique et parlementaire, avril-juin 1908, p. 521 à 531). Pour autant, F. Hodern relève que « *la consultation du journal des économistes et de la revue d'économie politique est vaine à ce sujet. Leroy-Beaulieu parle de contrat de salaire. Paul Cauwes dans la 3ème édition en 1893, de son cours d'économie politique ne parle que de louage de services (tome III, p. 119 à 122)* » (F. HODERN, *Du droit civil à un droit spécifique*, cahier n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, p. 5).

[361] M. SAUZET, *Le livret obligatoire de l'ouvrier*, Paris, Pichon, 1890. 5, n° 17. Il définit par ailleurs juste avant ce contrat comme « *un contrat par lequel l'une des parties acquiert, moyennant un prix convenu, le droit d'employer, d'une manière continue et exclusive l'activité de l'autre partie* ».

moins que l'on puisse dire en effet, c'est que le dogme contractuel libéral, qui avait permis la croissance du pouvoir dans les relations contractuelles de travail, en les abandonnant, selon l'intangibilité commandée, à la liberté des parties – dont on sait comment, en réalité, elle se distribuait – se mariait fort bien avec l'idée d'une subordination contractuelle de l'ouvrier, qui appelait et justifiait dans un second temps un pouvoir exorbitant de l'autre partie. Demeurées quelques courtes années au simple état d'idées, ces théories trouvèrent finalement un réceptacle remarquable dans la jurisprudence de la Cour de cassation développée à partir des années 1880.

II : LA CONSECRATION JURISPRUDENTIELLE DE LA SUBORDINATION CONTRACTUELLE

134. La reconnaissance jurisprudentielle de la subordination contractuelle de l'ouvrier en matière de travail s'est révélée opportune en ce qu'elle permettait de légitimer le pouvoir exorbitant de l'employeur (A). Elle permettait également, au nom de la compétence de gestion de l'entreprise, d'octroyer juridiquement au patron toute latitude pour définir les modalités du travail (B).

A. La légitimation du pouvoir par la subordination contractuelle

135. La reconnaissance de la subordination semblait inévitable dans la mesure où il fallait nécessairement tirer les conséquences de la liberté laissée à l'expression et à l'expansion du pouvoir dans les relations de travail. Le refus catégorique, exprimé par la Cour de cassation, d'intervenir en équité dans le contrat avait évidemment engendré des suites. Désormais, les règlements des patrons « *font apparaître presque à chaque ligne les mots d'obéissance, respect, soumission* », conduisant d'une part à « *affirmer que d'un côté il y a commandement et de l'autre soumission* », et d'autre part à abandonner « *la théorie échangiste du contrat de travail que l'on soutient en même temps et qui définit ce contrat comme un simple échange de travail contre un salaire* ». Il en résulte que « *l'ouvrier ne loue pas seulement sa force de travail mais aussi sa soumission à des normes de comportement* »[362]. En ce sens, l'assujettissement d'une partie s'est trouvé opportunément

[362] « […] *sans rapport avec le caractère économique et commercial du contrat de travail* […] *Il énonce avant tout ce qui est interdit, et l'on trouve à travers ces énoncés à la fois la figure de l'ouvrier rebelle qui arrive en retard, ne travaille pas le lundi, chante, siffle ou boit dans les ateliers, qui se querelle avec son contremaître et injurie la hiérarchie, travaille mal ou bien, mais pas dans l'intérêt de l'entreprise et la figure de l'ouvrier rêvé, ponctuel, discipliné, uniquement préoccupé de son travail, soigneux dans l'usage du matériel, etc* » (J.-P. de

justifié par les conséquences mêmes de l'éviction du juge de la relation contractuelle de travail. De même, les constructions doctrinales évoquées plus haut tendaient à légitimer, du moins intellectuellement, cette nouvelle figure du louage de travail, alors même que c'était la nouvelle figure du louage de travail qui appelait ces propositions.

136. Un contentieux qui opposait depuis plusieurs décennies les agents des chemins de fer aux Compagnies les exploitant, et pour lequel se passionnait la presse et l'opinion, fut par ailleurs l'occasion idéale de les appliquer. Les premiers revendiquaient notamment une amélioration de leurs conditions de travail, souhaitant davantage de sécurité pour eux-mêmes et les voyageurs, ils portaient à cet effet diverses actions publiques. La Cour de cassation, soutenue du Sénat, répondit en deux temps. D'une part, elle confirma « *les sujétions particulières des agents des compagnies, jugées indispensables pour la sécurité des voyageurs* », au nom « *d'un impératif de gestion* ». Et d'autre part, elle « *investit [les employeurs] d'un droit absolu de révoquer leurs employés* » ; « *contre les tribunaux civils et Cours d'appel, elle s'acharnait à imposer un droit unilatéral et arbitraire de licenciement, sans laisser aux tribunaux apprécier le bien fondé des motifs* »[363]. En réalité,

---

GAUDEMAR, *L'ordre de la production, Naissance et formes de la discipline d'usine*, Paris, Dunod, 1982, p. 88). On trouve dans ces règlements le germe du despotisme patronal.

[363] Sur ce sujet, v. A. LE CHEVALIER, *Les accidents sur les chemins de fer français dans leurs rapports avec les agents de la traction. Pétition des mécaniciens et chauffeurs à l'Assemblée nationale*, Paris, 1872 ; B. DE JANZE, *Les compagnies de chemins de fer et leurs agents commissionnés*, Saint-Brieuc, Impr. de F. Guyon, 1875. Les directions des compagnies, « *craignant pour leur autorité* » et « *par peur de la grèv*e », avaient sanctionné lourdement certains mécaniciens, jusqu'à la révocation, pour avoir notamment « *pétitionné auprès du Ministre des travaux publics* ». Celles-ci avaient également « *confisqué les cotisations salariales de retraite versées tout au long de leur carrière par les mécaniciens révoqués […] appliquant les règlements de leurs caisses de secours* ». Naturellement, le conseil parisien de prud'hommes des métaux, le tribunal de commerce, de même que la Cour d'appel à sa suite, avaient annulé ces renvois injustifiés, ordonné la restitution des cotisations et alloué des dommages et intérêts aux salariés sanctionnés : « […] *attendu que si, à raison de la grave responsabilité qui lui incombe, la Compagnie a le droit et le devoir d'imposer à ses ouvriers un règlement sévère dont elle est seul juge, les termes de l'article 15 du règlement de la Caisse des retraites [perte des cotisations en cas de renvoi] sont une convention léonine qui constituerait la Compagnie juge et partie dans sa propre cause* […] » (Journal des prud'hommes, 1871, p. 167, et 1872, p. 60). La Cour de cassation, saisie dès 1873, accepta ces renvois sans indemnités, et confirma la confiscation des cotisations de retraite « *quand bien même on serait à la veille du jour de départ* ». Réservée initialement aux seuls chemins de fer, la jurisprudence de la Cour de cassation commença, dès 1880, « *à étendre à tous les engagements une inversion de jurisprudence sur le licenciement* », malgré la « *critique […] véhémente dans la presse et les milieux politiques, jusqu'aux sphères conservatrice et royaliste* », et les résistances de certaines cours d'appel. Les décisions de la haute Cour, en ce qu'elles estimaient notamment « *les confiscations de stricte légalité, en vertu du respect des conventions : du moment que les règlements prévoyaient une telle confiscation, la sanction était légale, car tout règlement d'entreprise était censé être une convention consentie par implication du fait même d'être embauché* », promouvaient en réalité une « *rigueur au profit de l'arbitraire des compagnies* ». A noter enfin que si Glasson, le père du contrat de travail, approuvait ces décisions en vertu de la liberté contractuelle, et de la légalité et de la force obligatoire des règlements de chemins de fer (V. Rapport du sénateur CUVINOT, 25 juin 1885, Sénat, Documents, Rapport, p. 249), les compagnies, cédant à la colère populaire, « *se mirent à reconnaître les cotisations de retraite comme des droits acquis lors de leurs versements* » (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc.,

elle consacrait la subordination des ouvriers[364] et le *gouvernement exclusif* de l'entreprise. Les premiers devaient obéissance et les seconds devenaient *seuls juges*[365]. Assez logiquement, l'employeur désormais seul juge de la résiliation contractuelle, devait l'être en matière de police de l'entreprise et de discipline des ouvriers, quant à la conduite et l'évaluation du travail, portant ainsi un ultime et fatal coup au louage d'ouvrage. La jurisprudence relative à la licéité des règlements intérieurs, jusqu'alors fondée sur le libre – et fictif – consentement des parties, allait subir le même sort.

B. La justification de la compétence réglementaire de l'employeur

137. Sans évoluer sur le fond, le régime de la réglementation unilatérale se justifiait désormais en jurisprudence par l'impératif de sécurité et la nécessaire organisation du travail. L'employeur voit consolider sur ces bases son statut de juge du bon ordre industriel, peu importe si son gouvernement amène des clauses « *manifestement contraires à l'intérêt des ouvriers* »[366]. La mécanisation grandissante des usines fut également l'occasion d'édicter de nouvelles clauses particulièrement autoritaires qui réduisaient inévitablement la liberté de manœuvre des ouvriers, en imposant des règles excessivement strictes définies par les patrons[367]. Hormis quelques très rares exceptions[368], les Prud'hommes, généralement, se

---

2002, vol. 57, p. 1522-1525). Rappelons enfin à ce sujet que la Révolution, un siècle plus tôt, avait aboli les anciens délits d'insoumission, d'insubordination, et leurs sanctions, de même que les projets de code civil, puis le Code civil avaient maintenu cette suppression (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris*, t. 1, p. 77).

[364]Avant que ne soit clairement exprimée une subordination en ces termes dans la relation de travail, on trouve très tôt des expressions paternalistes, notamment dans les règlements d'ateliers. Leur contenu, uniformisés dans chaque branche, et « *à prétention de pouvoir domestique patronal* » est largement inspiré des anciennes soumissions. Malgré l'atténuation progressive de la coloration « *paternaliste du service* » due à l'essor du louage d'ouvrage, de telles dispositions demeurent au cours du XIX^{ème} siècle. Ainsi, dans une manufacture de filature, le règlement dispose en 1830 : *« En retour de la protection et des soins paternels, que tous les employés de la filature peuvent attendre avec confiance de la part de leurs chefs, ils doivent par contre leur prouver attachement et fidélité et ils leur doivent surtout l'aveu de tout ce qui pourrait parvenir à leur connaissance de contraire au bon ordre et à l'intérêt de l'établissement* » (article 19 du *Règlement de police des ateliers de la filature Haussmann frères*, Le Logelbach, 1826, reproduit par P. LEUILLIOT, *Notes sur les Haussmann et la manufacture de Logelbach*, Annuaire de la société historique et littéraire de Colmar, 1951-1952, p. 85).

[365] Près de 80 ans avant la jurisprudence Brinon en matière de gestion économique de l'entreprise (Cass. soc. 31 mai 1956, D.O. 1956, p. 340), l'employeur *seul juge* dans son établissement rappelle curieusement les anciennes subordinations statutaires des corporations, et tranche véritablement avec les usages mis en place laborieusement depuis 1804, lesquels, à l'inverse, considéraient que l'employeur n'était pas un juge, encore moins « *le seul juge de l'ordre industriel* » (A. COTTEREAU, *Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homales (1806-1866)*, Le mouvement social, n° 141, octobre-décembre, p. 57) et l'appelaient à porter devant les institutions judiciaires *ad hoc* toutes les contestations du travail.

[366] F. HODERN, *Le règlement d'atelier au XIXème siècle*, cahier n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991, p. 6.

[367] Au sujet de la « *crise disciplinaire* » engendrée par l'accélération de l'autorité patronale dans l'entreprise, v. M. PERROT, *L'espace de l'usine*, Le mouvement social, octobre-décembre 1983, laquelle précise « *L'usine prend le relais du pouvoir du prince […] On aménage les usines de façon plus rationnelle, on privilégie la*

mirent à accepter dès lors la licéité de telles réglementations exclusives de bilatéralité[369]. Et quand bien même, les appels, puis les pourvois amenaient invariablement et nécessairement ce type de décisions. Pour l'anecdote, l'introduction de la notion de subordination en jurisprudence « *sans aucune justification proprement juridique* », hormis « *de vagues évocations sur l'évolution historique et les besoins de l'entreprise moderne* » rappelle étrangement la théorisation de l'autonomie de la volonté, traitée antérieurement, et qui lui est pourtant quasiment concomitante. Encore une fois, c'est « *par simple proclamation, par autoposition doctrinale d'autorité* », que cette notion fut introduite, d'abord en doctrine[370], puis en jurisprudence.

---

production, on réduit les bras inutiles, notamment les manutentionnaires, on réorganise les flux, l'espace, et on installe la discipline au travers des règlements d'atelier […] Elle est contrainte pour l'ouvrier qui la qualifie de « bagne industriel » où triment des forçats. […] L'ouvrier la fuit autant qu'il le peut. D'où l'importance du turn-over et les efforts des patrons pour fixer la main d'œuvre : logement, œuvres sociales, mais aussi sanctions inscrites dans le règlement d'atelier. Et notamment le "délai de prévenance" pour chercher à fixer les ouvriers ».

[368] En effet, du point de vue des employeurs, les règlements d'entreprise *« apparaissent le plus souvent comme des tentatives unilatérales pour abolir les usages et briser les compromis »*. Pour autant, il y eut quelques exceptions notables, un règlement de Lille disposait pour exemple de la latitude octroyée aux ouvriers expérimentés dans la manipulation de leurs engins : *« […] les ouvriers, ayant davantage que les maîtres eux-mêmes l'habitude de conduire les machines et les métiers d'une fabrique, sont plus aptes que qui que ce soit à indiquer les causes qui pourraient donner lieu à des accidents. En conséquence, je déclare à mes ouvriers que je suis disposé à continuer de prendre toutes les précautions possibles, et que je ne me considérerai comme responsable envers un ouvrier des suites d'un accident, que si, après avoir été prévenu par lui d'un vice ou d'une imperfection quelconque, qui pourrait l'exposer à un danger, j'avais refusé de faire les travaux nécessaires pour y apporter remède, tout en l'engageant à continuer son travail dans les mêmes conditions qu'auparavant »* (BnF, Catalogue des règlements, n° 86, *Règlement du 1er janvier 1856*, cité par A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle*), Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1550). Rappelons également les tentatives notables en première instance d'exigence de consentements réels de toutes les parties, employés et patrons, au règlement intérieur.

[369] Participant indirectement à un mouvement de responsabilisation des travailleurs, et corrélativement de déresponsabilisation des employeurs. Rappelons par ailleurs que depuis une loi du 1er juin 1853, les présidents et vice-présidents sont nommés par l'administration, ce qui induit un contrôle du pouvoir politique, et partant, une uniformisation juridique.

[370] « *L'opération connut un succès complet, si le succès se mesure à son audience ultérieure : les traités belges et français de législation industrielle, puis de droit du travail se sont tous mis à imaginer, à la suite des publications de Glasson et de Sauzet, que la subordination et le louage de service étaient des conceptions d'origine du Code civil, héritées de l'esprit des Constituants, sans jamais les étayer sur des fondements de droit proprement dit ou de jurisprudence* ». Il eut en effet été impossible de fonder le louage d'ouvrage issu de la révolution, et formalisé par le Code civil, sur « *cette idée d'un gouvernement exclusif du travail* ». Rappelons que les tribunaux, appuyés des législateurs de 1804, avaient tenté, tout au long de ce siècle, « *toujours, d'une manière ou d'une autre, de corriger les pratiques sociales par l'impératif du concours bilatéral des volontés* », garantissant activement d'un retour des domesticités statutaires (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle*), Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1571).

CONCLUSION DU TITRE 1

138. L'émergence de la notion factuelle de subordination, initialement qualifiée de « *sujétion* », de même que l'expression puis l'expansion d'un pouvoir patronal sans limites, sont incontestablement le fait du libéralisme juridique, et plus spécifiquement de l'individualisme contractuel. Ce seul constat démontrait à lui seul qu'idéalisme et idéologie ne peuvent, vraisemblablement, garantir l'équité et la justice des relations de travail. En effet, la conception du contrat issue des représentations philosophiques – et économiques – s'est révélée stérile du point de vue de l'enjeu global de tout ordre juridique : assurer et réguler au mieux les rapports sociaux, en référence à des exigences minimales d'équité et de justice, et partant garantir l'ordre social privé dans sa double dimension : efficacité et stabilité. La présomption libérale de justice, d'utilité et d'équité contractuelle n'a pas survécu à la pratique réelle, et le contrat pour lui-même a montré son incapacité à régler les rapports interindividuels. L'échec est d'autant plus cinglant que ce contrat aura pour une part de responsabilité dans l'ébranlement de la société à venir, à l'initiative des classes ouvrières, bonnes victimes de la liberté contractuelle, en raison de l'absence revendiquée de toute intervention étatique quant au rééquilibrage de l'outil conventionnel, appréhendé comme une fin, et non ce qu'il est en réalité, un moyen.

139. Au terme du XIX^{ème} siècle, on eut ainsi pu s'attendre, raisonnablement, à une redéfinition conceptuelle de la notion de contrat. Il n'en fut cependant rien. Du moins dans un premier temps. Si en effet la nécessité de mettre en place des garanties effectives à la relation contractuelle, spécialement en matière de travail, s'est révélée incontournable dans les années et les décennies qui ont suivi, on est surpris de constater que l'entreprise a d'une part été contrainte, et d'autre part largement freinée par des résidus idéologiques libéraux. En guise de redéfinition conceptuelle du contrat, on assistera, en effet, à l'effacement de la figure contractuelle dans l'ordonnancement des relations de travail. Comme si la mort du contrat valait mieux que sa rénovation. Ce sera le temps, pour autant glorieux, à l'image des années qui le supporte, de l'avantage techniquement garanti, de la « *faveur* », et la naissance de l'ordre public social strict. Si la relation d'emploi s'en trouvera nécessairement garantie, le contrat de travail, lui, est vidé de sens. Il faudra attendre la fin du siècle et l'essor d'une mutation juridique institutionnelle conjuguée – enfin – d'une redéfinition du concept contractuel pour que les relations de travail trouvent, dans le

contrat, une forme de salut. Alors, l'ordre public social strict cédera à l'ordre public social souple.

TITRE 2

LA NECESSITE DE GARANTIES EFFECTIVES A LA JUSTICE CONTRACTUELLE

140. Le XX^{ème} siècle apparaît indéniablement comme le siècle de la socialisation contractuelle. La nécessité de garantir effectivement la relation contractuelle a cependant procédé de deux mouvements distincts. Le premier, impulsé à peu près au centenaire du Code civil, a résulté principalement du péril social *imminent*, son origine est en ce sens contextuelle. Sans réelle remise en question de l'individualisme libéral propre aux obligations, il a irrigué une socialisation contractuelle sectorielle, impérative, technique et efficace, qui devait nécessairement se construire hors du Code civil (CHAPITRE 1). Le second mouvement, plus tardif, emporte un réinvestissement de l'outil contractuel quant à l'ordonnancement et l'agencement des relations de travail, et procède d'un indéniable libéralisme, en ce qu'il rend aux parties la liberté et l'autonomie. Il est toutefois *compensé* du mouvement fondamental que constitue la constitutionnalisation du droit du travail, et plus particulièrement, de sa dimension conventionnelle (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 : UNE SOCIALISATION FONCTIONNELLE

CHAPITRE 2 : UNE SOCIALISATION CONCEPTUELLE

CHAPITRE 1

UNE SOCIALISATION FONCTIONNELLE

141. Alors même qu'au moment du centenaire, la certitude paraît acquise quant à l'échec de la présomption libérale de justice contractuelle, du moins en matière sociale, les postulats individualistes issus de la théorie de l'autonomie de la volonté, déployés efficacement au cours du siècle précédent, s'enracinent solidement jusqu'à constituer les fondations même du régime des obligations (SECTION 1). Le développement concomitant des conceptions solidaristes sur cette base doit être en conséquence circonscrit, et impérativement ramené d'une part au contexte particulier de son émergence, et d'autre part à l'exacte portée de ses effets ; à savoir l'élaboration d'un droit particulier dont la seule fonction relève de la protection d'une catégorie de contractants (SECTION 2).

SECTION 1 :

L'AFFIRMATION STRUCTURELLE DU LIBERALISME

142. Si l'autonomie de la volonté est clairement appréhendée comme *la règle dominante en matière d'actes privés*[371] dès le début et au cours du XX^{ème} siècle (PARAGRAPHE 1), ces bases structurelles apparaissent pour autant se concilier, « *sans rupture théorique* »[372], d'une profonde réflexion relative à la mobilisation et à l'interprétation des règles juridiques, laquelle porte en réalité le débat vivifiant des sources du droit, et soulève la question primordiale de son adaptabilité (PARAGRAPHE 2).

[371] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, Paris, 1901, p. 196 : l'autonomie de la volonté constitue la « *règle dominante du droit moderne* ».

[372] Il s'agit ici de préciser que les « écoles » les plus prégnantes de la première moitié du XX^{ème} siècle, portées notamment par Gény, Saleilles, Planiol ou Demogue, et consistant en des courants réformateurs innovants d'interprétation des règles et d'enrichissement du droit, par l'étude du droit comparé, des sciences sociales, de l'économie, de l'histoire, ou encore de la libre recherche scientifique, se sont révélées des doctrines méthodologiques qui n'ont nullement emporté une remise en cause matérielle des dogmes libéraux. L'expression est empruntée à J.-P. CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 3, qui l'utilise toutefois dans des propos plus précis (V. plus loin).

PARAGRAPHE 1 : L'INDIVIDUALISME CONSTITUTIONNEL A L'ORDRE JURIDIQUE

143. La meilleure preuve du caractère structurel dévolu à l'individualisme contractuel réside encore dans les écrits des auteurs mêmes qui entreprennent concomitamment de le réformer. En ce sens, le XX^{ème} siècle, pourtant celui de la socialisation contractuelle, loin de marquer la déchéance de l'idole, atteste au contraire que le phénomène de théorisation entrepris quelques décennies auparavant a produit une théorie opérante et résiliente (I) qui a inoculé durablement au contrat ses postulats et ses valeurs (II).

I : L'INTEGRATION DES FONDEMENTS JURIDIQUES LIBERAUX

144. En lieu et place de *déclin*, la quasi-intégralité du XX^{ème} siècle verra l'intégration croissante de la théorie de l'autonomie de la volonté à la matière contractuelle (A). De même, plus d'un siècle après la promulgation du Code civil, son caractère supposément fondateur est admis quasi unanimement (B).

A. L'intégration de la théorie de l'autonomie de la volonté

145. Ce serait en réalité bien avant le centenaire du Code civil, dès les années 1890, que « *le principe de l'autonomie de la volonté [...] et l'individualisme juridique* » auraient « *subis les premiers assauts* »[373], de la part notamment de certains auteurs, apparentés plus ou moins volontairement et notoirement à l'école scientifique moderne, tels Beudant, Bufnoir, Labbé, ou Gény et Saleilles à leur suite… Il convient de relativiser d'emblée cette remarque. La théorie libérale a certes été critiquée, et ce dès la fin des années 1880, mais ce n'est pas principalement le fait des adeptes de l'école scientifique. Il apparaît plutôt que le dogme libéral recouvre la doctrine majoritaire dès le tout début du XX^{ème} siècle, et que sa critique soit demeurée très longtemps tout-à-fait minoritaire[374]. Il semble en ce sens

[373] A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Thèse, Strasbourg, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961, p. 362. L'auteur cite notamment Saleilles (même page).

[374] Ces doctrines minoritaires comprennent les auteurs qui ont pointé l'erreur historique, remis en cause l'opportunité du dogme libéral, ou encore émis certaines réserves quant à l'idéologie véritable du Code civil dès la fin du XIX^{ème} siècle, tel Charles Renouvier qui voyait le Code comme « *un digeste de législation arriérée* » empreint du « *génie brutal et des idées vulgaires de Napoléon* », qui avait « *prévalu sur les principes de liberté et les sentiments d'humanité qu'avaient répandu les philosophes du 18ème siècle, et dont s'inspirait la Convention dans son projet* » (CH. RENOUVIER, Philosophie analytique de l'histoire, Paris, 1896-1897, t. 2, p. 732 ; t. 4, p. 635), ou Courcelle-Seneuil, grand libéral s'il en est, qui estime, à la toute fin du XIX^{ème}, que le Code civil n'a « *aucune valeur doctrinale* », alors même qu'il constatait que le XIX^{ème} siècle l'avait entouré d'une « *stupide vénération* » (COURCELLE-SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit*, Paris, 1887 ; cité par J.-F. NIORT, *Le*

délicat d'opposer frontalement deux courants, deux périodes, deux idéologies. N'en déplaise à J. Hauser, chaque « *époque* » n'est pas nécessairement « *gratifiée […] d'un dogme* »[375] unique et spécifique. De même, il est faux d'affirmer que le centenaire marque « *la fin du siècle de la volonté toute puissante au profit des temps modernes marqués par le renversement de l'idole*»[376], ou encore qu'à *« l'hégémonie du principe de l'autonomie de la volonté* »[377] s'est substituée quasi immédiatement *« la crise de l'autonomie de la volonté* »[378]. En ce sens, les auteurs civilistes analysés postérieurement comme opposants à la théorie de l'autonomie de la volonté, ou encore qualifiés péremptoirement de « *socialiste* » ou de « *solidariste* » tels Saleilles, Josserand ou Demogue, ne se sont pas montrés hermétiques à la théorie dite classique, loin s'en faut. Outre leur conscience du fait que « *la règle dominante du droit moderne est celle de l'autonomie de la volonté en matière d'actes privés* »[379], la plupart se sont révélés particulièrement respectueux de la liberté et la volonté qui forme l'individualisme juridique, lequel fait alors partie intégrante du droit français. De même, le juge peut susciter, de leur point de vue, des risques d'arbitraire, et n'est en ce sens pas l'arbitre suprême et absolu des relations interindividuelles. Encore, la loi est, si ce n'est vénérée, du moins respectée.

Code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national, RTD Civ. 2005, p. 257), ou encore au début du XX^{ème} siècle, J. Bonnecase pour qui la théorie de l'autonomie de la volonté était « *stupide* » (Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie, *Des obligations*, avec. L. BARDE, t. 2, 1925, p. 425), et plus récemment Pierre Bonassies (*A travers le Fenet. Observations sur les sources et l'idéologie du Code civil*, Mélanges Béguet, Université de Toulon et du Var, 1985, p. 31), suivi bien sûr par Xavier Martin (*Politique et droit privé après Thermidor, dans La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?*, Actes du Colloque d'Orléans (sept. 1986), 2 vol., Paris, 1988, t. 1, p. 173 ; *Aux sources thermidoriennes du Code civil. Contribution à une histoire politique du droit privé*, Droits, RF Théorie juridique, vol. 6, 1987, p. 107 ; *De l'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme*, Rev. hist. droit fr. et étr., n° 4, 1982 ; puis *Nature humaine et Code Napoléon*, Droits, n° 2, 1985 ; *Mythologie du Code Napoléon*, Bouère, éd. DMM, 2003). Dans un registre différent, sur le fait que le contrat tire en réalité sa force de la loi, dont il est subordonné, Jacques Ghestin et sa théorie du juste et de l'utile (J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 3ème éd., 1993, n° 36 et s.), ou encore les travaux de Véronique Ranouil V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Thèse, Paris, Puf, 1980).

[375] J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à l'étude générale de l'acte juridique)*, Thèse, Paris, Bibliothèque de droit privé, 1971, p. 11.

[376] J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à l'étude générale de l'acte juridique)*, Thèse, Paris, Bibliothèque de droit privé, 1971, p. 11.

[377] V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Thèse, Paris, PUF, 1980, p. 16.

[378] V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Thèse, Paris, PUF, 1980, p. 97.

[379] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, Paris, 1901, p. 196.

146. Pour exemple, Beudant, un des fondateurs de l'école scientifique moderne, appréhendée comme une réaction contre « *les abus de l'analyse de l'exégèse* »[380] au travers de laquelle aurait prospéré la théorie classique[381], considère l'autonomie individuelle comme la « *seule vraie tradition française* »[382]. Il écrit par ailleurs en 1891 des lignes largement teintées de libéralisme contractuel qui laissent évident un attachement à l'autonomie individuelle : « *le droit individuel, ou plus simplement le droit, c'est l'autonomie de l'être humain, la faculté inhérente à sa nature de ne dépendre que de lui-même dans la direction de sa pensée et ses actes : inviolabilité de la personne, liberté dans ses diverses manifestations, propriété enfin qui n'est qu'un corollaire de la liberté individuelle* »[383]. Au sujet de l'intervention étatique dans les rapports des individus, même justifiée par la protection et l'équité, il prévient : « *une fois engagé, on ne s'arrête pas à mi-chemin ; liberté et intervention de l'état dans le règlement de l'activité humaine sont termes inconciliables : ceci tuera cela* »[384]. Ce type de remarque illustre par ailleurs la crainte vivace du « *socialisme* » à cette époque, sur laquelle nous reviendrons plus loin. Gény, le père de l'école scientifique, a lui aussi largement prouvé son volontarisme, de même que son *allégeance* au dogme libéral. A l'instar de Saleilles, qui reconnait et adhère volontiers au règne de l'autonomie de la volonté[385]. Et si les propositions particulières que le second formulera par ailleurs se révèlent de prime abord peu compatibles avec la doctrine libérale, il convient de préciser qu'il se garde dans toute son œuvre de le critiquer véritablement, il évoque seulement les excès qui ont pu résulter des doctrines et méthodes de l'école du *droit naturel*[386]. En outre, il précise l'année exacte du centenaire, en 1904, qu' « *On a tort de trop médire* » sur cette école du droit naturel qui a « *rendu à la France et l'on peut dire à l'humanité d'inappréciables services* » en formalisant l'autonomie de la volonté. « *Grâce à elle, on s'est fait de la liberté individuelle une conception telle que, quels que soient les systèmes politiques ou sociaux que nous réserve l'avenir, il y aura toujours un minimum de liberté que nous considérons comme intangible et comme indispensable au rôle de l'individu ici bas, il y aura une part de justice individuelle que la raison humaine et la*

[380] E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, La Mémoire du droit, Collection du deuxième centenaire du Code civil, 2002, p. 114.
[381] Au sujet de l'opposition matérielle supposée entre ces deux écoles, V. plus loin.
[382] CH. BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat*, Paris, 1891, p. 279.
[383] CH. BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat*, Paris, 1891, p. 146.
[384] CH. BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat*, Paris, 1891, p. 283.
[385] Saleilles « *considère que l'autonomie de la volonté est la règle dominante du droit moderne* » (J.-L. HALPERIN, *Le fondement de l'obligation contractuelle chez les civilistes français du XIX*^{ème} *siècle*, in *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie*, Kervégan J.F., 1999, p. 345, note 89).
[386] Que l'auteur assimile en réalité aux techniques d'interprétation juridique de l'exégèse. Sur ce sujet, V. plus loin.

conscience collective regarderont toujours comme devant être sauvegardés quoiqu'il arrive, et qui ne devra jamais céder à aucune raison d'état, à aucun intérêt supérieur collectif »[387]. De même, dans un tout autre registre, Esmein, pourtant grand partisan de la rénovation du droit civil[388], explique que « *la source du droit est dans l'individu et non dans le contrat social* »[389]. Quelques années plus tard, Josserand lui-même saura se révéler un ardent défenseur de l'antienne libérale, louant ce « *grand principe de l'autonomie des volontés* » qui « *préside à l'élaboration et à la conclusion des accords, lesquels sont librement consentis* »[390]. Le même constat s'applique par ailleurs au caractère supposément fondateur du dogme libéral.

B. L'intégration du caractère fondateur de la théorie

147. Dès 1904, le Code apparaît comme « *hautement spiritualiste* »[391] et porteur d'un « *message idéaliste, égalitaire et libérateur de la philosophie du 18ème siècle* »[392]. Une analyse dominante au XXème siècle, qui s'inscrivait selon M. Niort « *dans un sens chrétien catholique, conservateur et moralisant* »[393]. C'est ainsi que se dégage l'affirmation selon laquelle les rédacteurs du Code civil auraient consacré la théorie de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. On lit alors dans les manuels des assertions directes, telle que l'assurance que les articles 1134 et 1156 du Code civil « *consacrent pour les contrats qui sont les actes juridiques les plus importants ce grand principe de la liberté des parties, ou, comme on dit plus justement, de l'autonomie de la volonté* »[394]. Léon Duguit, en 1911, affirme également, au sujet du dogme autonomiste que « *c'est à notre Code que la plupart des législateurs modernes l'ont emprunté* » [395]. Au sujet des filiations idéologiques, les

[387] R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, dans *Le code civil, (1804-1904), Le livre du Centenaire*, publié par la Société d'études législatives, t. 1, 1904, p.107.
[388] La rénovation du droit est selon lui nécessaire dans la mesure où ce n'est pas « *une législation morte que renferment les pages du code civil. C'est un droit vivant* » (A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, R.T.D. Civ., 1902, p. 12).
[389] A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, Paris, 1896, p. 156.
[390] L. JOSSERAND, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal*, D.H., 1940, Chron. 5.
[391] B. TERRAT, *Du régime de la propriété dans le Code civil, le Livre du centenaire*, Dalloz, Paris, 1904, p. 331.
[392] R. SAVATIER, *Destin du Code civil français*, RID comp., 1954, p. 639.
[393] J.-F. NIORT, *Le Code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national*, RTD Civ., 2005, p. 257.
[394] Cité par J.-F. NIORT, *Le Code civil dans la mêlée politique et sociale, Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national*, RTD Civ., 2005, p. 257 ; l'auteur renvoie à H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales*, 4ème éd., 1923.
[395] Nous empruntons l'anecdote à M. Martin (X. MARTIN, *Fondements politiques du Code Napoléon*, RTD Civ., 2003, p. 247) ; Léon Duguit, lors d'une conférence, souhaitait prouver que le principe de l'autonomie de la

assertions impliquent naturellement la philosophie des Lumières et l'idéologie révolutionnaire. Ainsi, « *les conceptions individualistes* » portées par le XVIII[ème] siècle, dont « *le principe de la liberté civile ou de l'autonomie de la volonté individuelle* » relèvent du « *Droit naturel* » auquel ont adhéré les « *législateurs révolutionnaires et […] auteurs de nos codes* », c'est ainsi « *sous l'empire de ces idées, constituant le Droit naturel moderne, que la communauté française a vécu depuis plus d'un siècle* », et « *ce sont elles qui ont présidé à la rédaction et à l'application de nos codes* ». En ce sens « *le Code civil proclame à maintes reprises ce principe d'autonomie de la volonté* »[396]. Par la suite, à partir de la moitié du XX[ème] siècle, les présentations se font davantage dogmatiques, ainsi pour exemple, René Savatier relève en 1953 une « *libération, celle des contrats […] dans le Code de 1804* », il souligne également « *la liberté égale de contracter, qui apparaît, au législateur de 1804 […] comme une seconde protection essentielle de l'individu* ».

148. Quant à l'article 1134, il rend « *à la liberté des contractants, un magnifique hommage. Grâce aux contrats, l'homme construit lui-même sa loi. Sa volonté crée le droit. C'est toute la mystique […] de l'autonomie de la volonté* »[397]. Le postulat, déjà installé, va alors s'établir durablement, et le reste du siècle va globalement être bercé de cette affirmation générale, du moins jusqu'aux années 1980[398], quoiqu'on trouve encore au début du

---

volonté était consacré dans le Code civil, n'y trouvant aucun texte explicite, il précise « *qu'il y est certainement* », et ajoute que « *c'est à notre Code que la plupart des législateurs modernes l'ont empruntés ; mais le principe y est plutôt implicitement qu'expressément […] les seuls articles qui le consacrent, et encore d'une manière obscure, sont les articles 6, 1134 al. 1 et 1156* » (L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (six conférences données à Buenos Aires en août et septembre 1911), 1912, Paris, 1920, p. 54). Au sujet de l'article 1134 al. 1[er], il reconnaîtra cependant que « *sans doute la formule n'est pas bonne…* » (p. 118).

[396] A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4[ème] éd., t. 1, Paris, 1923, p. 5.

[397] R. SAVATIER, *Destin du Code civil français*, RID comp. 1954, p. 638. Il précède ainsi son propos : « *on se souvient de cette vénération auguste, ayant entouré, aux yeux de la Révolution française, la Loi, émanation du Peuple souverain* ».

[398] Qu'il s'agisse par ailleurs de la théorie pour elle-même, ou de sa supposée consécration au travers du Code civil. A ce sujet, si la définition de la théorie de l'autonomie de la volonté est présentée de manière très dogmatique par la majorité des auteurs, ceux-ci identifient ses origines de façon plus diverse, bien qu'à l'image de la théorie qu'elles auraient impulsée, elles demeurent très magnifiées. En ce qui concerne la théorie pour elle-même, on lit ainsi très tardivement, notamment dans les manuels, que l'obligation contractuelle a pour unique source la volonté des parties, pour exemples : A. WEILL et F. TERRE, *Droit civil. Introduction générale*, Précis Dalloz, 4[ème] éd., 1979, p. 103 ; mêmes auteurs, *Les Obligations*, Précis Dalloz, 4[ème] éd., 1986, p. 48 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations*, t. 1 ; A. COLIN, *L'acte juridique*, 4[ème] éd., 1990, p. 74-75 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Précis Domat, Paris, Editions Montchétien, 1980, n° 289 (« *le Code exalte le pouvoir de la volonté de l'homme* », et « *l'autonomie de la volonté [est] l'un des fondements de l'ordre civil* »). En ce qui concerne justement les fondements qui auraient présidé à la rédaction du Code civil, à son origine idéologique, les tendances se brouillent, et on note certaines distorsions dans les identifications. Pour certains, le Code s'est inscrit dans l'individualisme révolutionnaire de 1789 (Carbonnier notamment, pour qui l' « *esprit* » du Code civil en est « *l'expression civiliste* » « *le souffle* » : *Droit civil. Introduction*, Puf, Thémis, 27[ème] éd., 2002, n° 74) ; pour d'autres il a consacré la philosophie humaniste des Lumières, tel E. Gounot, pour qui la libérale et individualiste théorie de l'autonomie de la volonté est issue de la philosophie des Lumières, de

XIXème siècle, ce type d'acceptions dans certains ouvrages[399]. La théorie classique a en ce sens fondamentalement bercé les représentations contractuelles du XX^{ème} siècle. Et loin de rester au seul état de théorie supposément fondatrice, elle a bien entendu opéré sur le régime contractuel du XX^{ème} siècle, ses conceptions et ses propositions, de manière profonde et durable.

II : L'ASSIMILATION DES PRINCIPES VOLONTARISTES CONTRACTUELS

149. Outre la persistance et l'attachement aux fondations libérales classiques présupposées, on remarque encore chez les grands auteurs de ce siècle une adhésion pour le moins franche aux principes volontaristes strictement contractuels (A), qui emmène en conséquence de sévères critiques au regard de l'intervention législative et judiciaire estimée croissante dans les affaires contractuelles (B).

---

l'idéologie de 1789 et de la philosophie kantienne (*Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique,* Thèse, Dijon, 1912, p. 53) ; ou épousé les théories du droit naturel, le cas d'André-Jean Arnaud qui estime que les codificateurs étaient adeptes de l'école du droit naturel moderne, et ont ainsi voulu consacrer dans l'article 1134 du Code civil l'individualisme de la « *théorie de l'autonomie de la volonté* » et donc la primauté et l'antériorité du droit subjectif et de la volonté individuelle sur la loi (*Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 199, 205). On lit tantôt que l'esprit général du Code civil est « *l'esprit individualiste, libéral, défendu par les philosophes du 18ème siècle* », évoquant la volonté « *absolutiste* » des rédacteurs du Code civil (*Introduction générale au droit*, Précis, Dalloz, 1ère éd. 1991, n° 58 et 61), tantôt qu'il a consacré les idées révolutionnaires, ou encore qu'il y a réagi. De même, « *Le Code civil a continué l'œuvre de la Révolution. Les rédacteurs ont affirmé que la propriété était de droit naturel et dégagé nettement le principe de la propriété individuelle* » (F. TERRE et PH. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 5ème éd., 1998, n° 68). Quant à la philosophie du Code, « *La personne humaine* » serait la « *fin du droit* » (*préc.*), son objet ultime. En ce qui concerne l'image de l'individu que reflèterait le Code civil, Carbonnier estime que ce « *n'est pas un être de chair, passible de faiblesses, en proie à des besoins, écrasé par des forces économiques ; c'est une volonté toujours forte, éclairée, tendue vers un but, et libre* », il affirme encore que « *l'idéologie* » du Code est « *celle de la Révolution de 1789* » (*Introduction générale au droit*, Paris, PUF, éd. 1991, n° 74). Gérard Cornu persiste encore dans cette voie lorsqu'il indique que « *le sujet de droit est esprit, raison, volonté. Le Code exalte le pouvoir de la volonté de l'homme. Il affirme sa liberté. Le Code civil est un hymne à l'individu. Lui faire confiance est une maxime, l'autonomie de la volonté l'un des fondements de l'ordre civil (art. 1134)* » (*Droit civil. Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrétien, 10ème éd., 2001, n° 289). J.-M. Poughon note pour sa part que « *Plus que tout, l'individu demeure la préoccupation essentielle du Code* » (*Le Code civil,* Paris, Puf, 1995, p. 12). Mais il s'agit bien pour les auteurs du Code civil de servir « *une conception idéalisée de l'homme* » (R. SAVATIER, *Destin du Code civil français*, RID comp. 1954 p. 639-641), une « *conception spiritualiste de l'homme* » (G. CORNU, *Droit civil. Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrétien, 10ème éd., 2001, n° 289).

[399] V. plus loin.

A. Une adhésion franche aux valeurs contractuelles libérales

150. Les auteurs de l'école scientifique et historique dominent sensiblement le paysage doctrinal au centenaire, et contrairement aux présentations qui en ont souvent été faites, consistant à les opposer sur la forme, mais aussi sur le fond, à l'école de l'exégèse, berceau supposé de l'antienne classique[400], ceux-là ont largement réaffirmé le principe de l'autonomie de la volonté des parties en matière contractuelle. Pour exemple, Geny[401] considère que « *c'est surtout à propos des actes juridiques et conventionnels, en cette matière où la volonté de l'homme, si flexible, si nuancée, se moulant sur les faits et s'adaptant à la variété des situations, engendre presque directement elle-même les résultats juridiques, et doit jouir en principe de la plus large autonomie, que le procédé des constructions abstraites a paru le plus indispensable à notre doctrine* »[402]. De même, « *dans le vaste domaine des actes juridiques, règne, en maître souverain, le principe de l'autonomie de la volonté individuelle, qui, sous la réserve d'un petit nombre de restrictions impératives, laisse un libre champ à la détermination des droits et à la modification de leur contenu* »[403]. Saleilles, qualifié de « *premier solidariste* », assure également qu' « *on ne saurait trop répéter que le seul principe impératif en matière d'obligations est celui de la liberté des conventions* »[404]. Il se félicite par ailleurs qu'au moment d'entrer en relations conventionnelles, chaque partie, impérativement, « *reste juge, et juge sans contrôle, de ses intérêts relativement aux conditions qui lui sont soumises, parce que chacune des parties n'est entrée en rapport avec l'autre que sous réserve de cette absolue liberté* »[405].

[400] Sur l'opposition matérielle supposée entre ces deux écoles, V. plus loin.
[401] Connu notoirement pour ses travaux critiques de la méthode exclusive de l'exégèse des textes de lois et des règlements, et ses recherches au sujet des méthodes d'interprétation du droit issues de la libre recherche scientifique. V. en ce sens : *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé*, Université de Dijon, Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, t. 8, 1898.
[402] F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 1, Paris, LGDJ, 1995, p. 160, n° 73.
[403] F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 1, Paris, LGDJ, 1995, p. 192, n° 81. Sur l'admission de la théorie de l'autonomie de la volonté par Gény, V. : CH. JAMIN, M.-C. PREMONT et M. TANCELIN, *François Gény, Mythe et réalités, 1899-1999, centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, (dir.) C. THOMASSET, J. VANDERLIDEN et P. JESTAZ, éd. Y. Blais, Dalloz, 2000.
[404] R. SALEILLES, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit, Revue internationale de l'enseignement*, 1890, t. 19, p. 491.
[405] R. SALEILLES, *La responsabilité précontractuelle*, RTD Civ., 1907, p. 735.

151. Quant à la question des formes, la liberté contractuelle, forte du principe du consensualisme, peut par ailleurs primer les contraintes légales : « *La convention est souveraine et peut se contenter de formalités moins rigoureuses que celles imposées* »[406]. Il rejette encore fermement « *une réglementation judiciaire* »[407] à la formation contractuelle, qu'il est souhaitable d'être uniquement présidée par la volonté et la liberté des parties. Il en est de même pour la détermination du contenu contractuel, sous réserve bien entendu du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. Non contente d'être absolue, la liberté contractuelle doit par ailleurs être garantie activement, par le juge certes, mais principalement, nous y reviendrons, par la structure du droit et la redéfinition de ses sources. Voilà pour la liberté.

152. Voyons pour la volonté : « *la volonté des parties est souveraine* »[408], et « *La parole oblige* »[409], de même qu'un contrat demeure « *un accord et concours de volonté* »[410]. S'il ne rejette en ce sens nullement la portée de la volonté individuelle dans le contrat, d'autres sorties attestent en revanche qu'il ne l'exalte pas inutilement[411], de même qu'il en justifie l'importance par des considérations beaucoup plus générales et fonctionnelles, telles la sécurité des transactions et la prévisibilité, qu'idéologiques, tel le sacro-saint principe de force obligatoire pour lui seul. Saleilles se démarque ainsi sensiblement par son réalisme et l'humilité de la définition et de la nature qu'il assigne au contrat, lorsqu'il remarque respectivement que d'une part « *le contrat n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit, mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs* », et d'autre part qu'il « *n'est pas un acte de création ex nihilo opérant dans le vide* »[412].

---

[406] R. SALEILLE, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, Paris, 1901, p. 80.
[407] R. SALEILLES, *La responsabilité précontractuelle*, RTD Civ., 1907, p. 735.
[408] R. SALEILLES, De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144), Paris, Librairie générale de droit, Paris, 1901, p. 80.
[409] « […] *mais elle oblige tant qu'une volonté contraire ne vient pas la détruire, avant qu'elle ait produit ses effets* » (R. SALEILLES, *La responsabilité précontractuelle*, RTD Civ., 1907, p. 734).
[410] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, Paris, 1901, p. 230.
[411] V. plus loin.
[412] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, Paris, 1901, p. 229 ; cité par E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912, p. 141, note 4.

153. On relève alors l'accolement d'une certaine finalité à l'entreprise conventionnelle, remarqué notamment, et sans doute à dessein[413], par Gounot : « *Saleilles a bien dit « la volonté au service du droit et non le droit au service de la volonté »*[414]. Par ailleurs, s'il s'est effectivement positionné relativement à l'emblématique dissociation volonté déclarée – volonté interne, il convient d'en minorer la portée. Saleilles, au travers d'une pensée qualifiée par un biographe d'« *ondulante* »[415], a effectivement marqué sa préférence pour la volonté déclarée[416], laquelle apparaît il est vrai comme moins *authentique* que la volonté interne des parties. On pourrait dès lors y voir une forme de désaveu ou d'édulcoration de la volonté issue du dogme libéral dans sa lecture la plus ferme. D'autant que, rappelons-le, sa position s'insère dans un contexte où la « *question de la prévalence de la volonté déclarée sur la volonté interne apparaît d'abord comme l'un des thèmes des auteurs attachés au renouveau scientifique de l'étude du droit civil dans les années 1890* »[417]. Pour autant, et malgré les innombrables critiques, commentaires et accusations d'*infidélité* à la théorie de l'autonomie de la volonté[418], qu'une lecture trop rapide – ou orientée – lui a

[413] Sur ce sujet, V. H. MOUBSIT, *La volonté et le contrat dans la pensée de Raymond Saleilles*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du master droit recherche, spécialité « droit des contrats », sous la direction de Monsieur le professeur CH. JAMIN, Université du droit et de la santé, Lille 2, 2005. L'auteur y démontre que *« les objectifs rhétoriques poursuivis »* par certains auteurs les ont conduits à *« instrumentaliser la pensée de Saleilles »* (p. 16). Ainsi « *le recours que fait Gounot à Saleilles pour étayer sa critique affirmée de la conception classique du contrat et du rôle de la volonté n'est en réalité qu'un trompe l'œil pour légitimer l'utilisation de sa pensée au service d'une critique cachée de l'exégèse* » (p. 17-23). De même, si « *dans son étude approfondie du BGB, Rieg reproche à Saleilles d'en avoir faussé l'esprit par une traduction trop influencée par ses idées critiques du volontarisme* », en réalité « *il semblerait que les citations de Saleilles aient été minutieusement choisies pour légitimer la tentative de rapprochement des codes civils français et allemands que Rieg envisage* » (p. 23-30).

[414] E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912, p. 343. La seconde partie de la citation nous paraît cependant trahir davantage les idées de l'auteur que celles de Saleilles : *« […] pour conclure que la volonté n'est pas la volonté de puissance… mais la volonté de justice et de bien »*.

[415] J-L HALPERIN, *Le fondement de l'obligation contractuelle chez les civilistes français du XIX*^{ème} *siècle*, in *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie*, Kervégan J.F., 1999, p. 345, note 89. En effet, il semblerait par ailleurs à ce sujet qu'en dépit de ses réflexions, Saleilles n'ait pas « *prétendu proposer à notre adhésion de nouveaux principes définitifs, une nouvelle conception établie du rôle de la volonté* » (P. LEREBOURG-PIGEONNIERE, *La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914, p. 433).

[416] Certes plus formelle, mais avec les réserves nées de son attachement à la liberté des volitions contractuelles des parties quant à la forme contractuelle. Il a cependant sans doute été influencé, un peu, par Jhering sur cette question, lequel avait auparavant dégagée la maxime suivante : « *ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté* », Jhering se préoccupait en ce sens des garanties efficaces à la justice des relations, et vantait le formalisme juridique (*L'esprit du droit romain*, traduction de Meulenaere, 2ème éd., t. 1, 1880, p. 6 ; cité par H. CAPITANT, *Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après Raymond Saleilles*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914, p. 68.

[417] J.-J. BIENVENU, *De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française*, Droits, n° 28, La volonté, 1999, p. 4.

[418] Des commentaires les plus anciens aux analyses les plus récentes, on retiendra en tout état de cause à l'excessivité de ces remarques la force des dogmes, spécialement celui de la théorie de l'autonomie de la volonté, et les risques doctrinaux à les manipuler… On est en ce sens surpris de la disproportion entre les faibles

valu[419], les justifications dont il assortit expressément ses conceptions démontrent bien davantage la considération prégnante des enjeux de sécurité et de prévisibilité des transactions, par l'impératif du respect de la volonté initiale des parties, qu'un quelconque dessein d'adoucissement de la théorie classique[420]. De même, et loin de certains

---

critiques que Saleilles adresse à l'autonomie de la volonté, et la radicalité des critiques, spécialement celles qui lui sont le plus contemporaines, et qui véhiculent parfois des fantasmes sur le rôle qu'il assignerait au juge. Deux remarques s'imposent à ce sujet. Premièrement, il convient de noter que beaucoup des critiques visent tout autant les quelques propositions matérielles que Saleilles formule au sujet de la théorie classique, que ses conceptions novatrices en matière d'interprétation juridique, surtout contractuelle (que nous abordons plus loin), et qui, pour le coup, remettent bien davantage en cause l'école de l'exégèse, berceau supposé du dogme libéral. Deuxièmement, il faut préciser que certains des auteurs qui ont commenté l'œuvre de Saleilles l'ont fait à dessein, c'est-à-dire en exagérant, rarement en minorant, certaines de ses idées, afin de mieux exposer la pertinence des leurs. C'est notamment le cas de Gounot.

[419] Meynial, dès 1902, note que Saleilles remet en cause le rôle de la volonté individuelle aux stades de la formation et de l'interprétation contractuelle, les soumettant au contrôle étendu du juge. Il relève également les dangers d'arbitraires et d'injustices de ces théories qui permettent une « *indépendance complète du juge* ». En effet, « *demander à un homme, […], une appréciation d'intérêts privés en conflit et ne pas le lier par la volonté précise des parties, qui est pour lui une protection contre les accusations malveillantes autant qu'une entrave* », ce n'est qu'« *une utopie* » (E. MEYNIAL, *La déclaration de volonté*, RTD, Civ., 1902, p. 570). Bonnecase qualifie pour sa part cet « *affranchissement total du juge de la volonté des parties* » « *d'anarchique et d'autocratique* », car elle « *ne pourrait que jeter l'incertitude la plus regrettable et la plus nuisible dans les relations journalières* » (J. BONNECASE, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry Lacantinerie*, t. 2, Paris, Recueil Sirey, 1924, p. 480, n° 401). Il juge par ailleurs que la théorie de l'interprétation contractuelle défendue par Saleilles induit que le contrat « *échappe à ses auteurs pour passer dans le domaine exclusif du juge* », lequel désormais « *est libre de déformer leur volonté réelle* » (p. 478) parce que « *ce qu'on a voulu importe moins que la volonté même du juge* » (p. 480). Rieg note encore, au travers de ses travaux sur le code civil allemand, que Saleilles « *rejette le recours à la volonté interne pour l'interprétation des actes* », faisant ainsi « *fi de ce vieux fétiche qu'est la volonté interne, interpréter la déclaration de volonté de manière objective selon les impératifs du crédit et de la loyauté* » (A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Thèse, Strasbourg, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961, p. 363), ouvrant la porte à l'arbitraire des juges, et alors même que, selon lui, « *le BGB, comme notre code civil, accepte la prédominance de la volonté psychologique sur son interprétation matérielle* », se soumettant ainsi « *au dieu du volontarisme* » et ne consacre aucunement, « *contrairement à ce que pensent généralement les auteurs français et allemands de doctrine spécifiquement allemande de l'interprétation des actes juridiques* » (p. 372). A ce sujet, il est vrai cependant que Saleilles avait estimé qu'« *il ne s'agit plus d'une recherche absolue de la volonté* », le BGB consacrant certes « *la volonté autonome, mais la volonté substituée à la volonté tel est le principe consacré par le code civil allemand* » (R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, Paris, 1901, p. 12.). Il concluait par ailleurs qu'« *En somme, tout se ramène encore à l'autonomie de la volonté, seule libre, maîtresse et souveraine* » (p. 19). Quelques décennies plus tard, V. Ranouil regrette encore que Saleilles « *considère le contrat comme un fait social et ne prend donc en compte que la volonté déclarée et non la volonté interne* ». Elle affirme par ailleurs que « *cette conception du contrat, manifestation sociale et non acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droits relève d'une philosophie juridique opposée à celle de l'autonomie de la volonté* » (V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Thèse, Paris, PUF, 1980, p. 138). De même, Gazanniga, évoquant la position de Saleilles, écrit que « *la volonté n'est pas tout ; il faut surtout prendre en compte la volonté déclarée. Ce que les parties ont voulu, compte moins que ce qu'elles ont déclaré vouloir* ». Il conclue que la doctrine de Saleilles, « *au terme d'une analyse très fine, […] en arrive à limiter le principe de l'autonomie de la volonté* » (J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, Paris, Coll. Droit fondamental, 1ère éd., 1992, p. 195). Enfin, Jean Louis Halperin, reprenant l'exposé par Saleilles de la théorie de la déclaration de volonté, note simplement qu'il paraît « *s'y rallier* » (J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Paris, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 198). Il souligne également que celui-ci, bien qu'il ne le qualifie pas véritablement d'anti volontariste, a contribué à la remise en cause de la théorie de l'autonomie de la volonté, notamment en faisant « *connaître en France les arguments multipliés outre-Rhin contre la toute puissance de la volonté* » (p. 197).

[420] Loin de refuser droit de cité à la volonté contractuelle interne, psychologique, réelle, pour des raisons idéologiques, c'est par égard et par respect des principes d'intangibilité et de force obligatoire que sa préférence

commentaires, on relève *in fine* la mise à l'écart, plus qu'à l'honneur, du juge dans l'affaire contractuelle, spécialement dans l'appréciation et l'interprétation du contenu obligationnel[421]. Saleilles exprime en ce sens une certaine réticence à la liberté d'interprétation contractuelle du juge, susceptible d'imprévisibilité et, partant, d'insécurité : « *il n'est au pouvoir de personne de substituer […] à une volonté réellement voulue, une volonté qui aurait dû être voulue* »[422]. Il assure enfin que « *la volonté délimite dans tous les cas les pouvoirs du juge* »[423], et fait application de son observation notamment au sujet de la faculté offerte, par une disposition du BGB en germe au juge allemand d'apprécier un contrat sur le fondement de la bonne foi ; il précise en effet que cela ne doit pas impliquer que « *le juge puisse refaire un contrat à l'encontre de ce qui a été voulu par les deux parties* […] *rien ne serait plus contraire à la bonne foi et aux usages* »[424].

154. De même, ses positions au sujet des conceptions respectives de la cause[425] et de l'obligation[426] en droit français et allemand sont expressément et exclusivement guidées et

---

se porte sur volonté déclarée. En effet, l'intention originelle et interne, faute d'être, par sa nature même, formalisée, demeure personnelle, quasiment psychologique, et partant raisonnablement imprévisible. Son éventuel interprète, notamment le juge, peut se méprendre et se fourvoyer lorsqu'il la recherche, ce qui amènerait des conséquences nécessairement injustes pour les parties (tel le fait de mettre à leur charge des obligations qu'elles n'auraient pas voulues), et *in fine* potentiellement désastreuses pour des transactions économiques indispensables dans la société, dont l'outil est principalement contractuel ; la sécurité juridique commande alors que « *la volonté des parties fasse l'objet d'une interprétation objective par référence à ce qu'elles ont affirmé vouloir* », « *Aussi, vaut-il mieux s'attacher à ce que les parties ont affirmé pour ne pas annuler des contrats* » (H. MOUBSIT, *La volonté et le contrat dans la pensée de Raymond Saleilles*, Mémoire pour l'obtention du master, sous la direction de M. le professeur CH. JAMIN, Université du droit et de la santé, Lille 2, 2005, p. 38). Saleilles énonce cependant une limite stricte à l'interprétation, jugée moins incertaine, de la volonté déclarée : « *ce qui importe de bien établir ici, c'est que quelques soient les principes admis en matière d'interprétation, celle-ci ne pourra jamais conduire à faire entrer dans la déclaration autre chose que ce qu'a voulu y mettre la volonté* » (R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144*), Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 20).

[421] En effet, en rejetant la volonté interne, réelle, la seule acceptable selon le dogme libéral, Saleilles écarte également le juge de l'affaire contractuelle, par crainte de déformation dans l'interprétation : « *aux fins que ne soit jamais sacrifié ou violé la volonté intime […] des parties, il faut rejeter la recherche subjective, et nécessairement approximative, de volonté des parties. En ce sens, on rejette l'élément légitimateur de l'immixtion du juge dans le contrat, et on écarte le juge* » (H. MOUBSIT, *La volonté et le contrat dans la pensée de Raymond Saleilles,* Mémoire pour l'obtention du master, sous la direction de M. le professeur CH. JAMIN, Université du droit et de la santé, Lille 2, 2005, p. 56). A noter que la passivité attendue du juge dans l'interprétation tend à renforcer son rôle dans la protection contractuelle des initiatives individuelles, dans leur détermination et leur exécution.

[422] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 21.

[423] P. LEREBOURG-PIGEONNIERE*, La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914, p. 433.

[424] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, Paris, 1901, p. 228.

[425] Au sujet de la conception française objective de la cause issue de l'article 1131 C.civ., il déplore une entrave à l'initiative individuelle dans la mesure où « *la délimitation du contenu de l'acte juridique échappe à*

justifiées pareillement par l'enjeu de liberté et de primauté des volontés contractuelles[427], au nom desquelles le champ d'intervention du juge doit demeurer le plus limité possible[428]. Saleilles n'est cependant pas le seul auteur profondément libéral à avoir proposé des constructions contractuelles socialisantes. L'œuvre de Josserand, quelques années après, présente le même apparent paradoxe.

---

l'autonomie de la volonté privée » (R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, Paris 1901, p. 253).

[426] Au sujet de la conception allemande objective de l'obligation, il se félicite que le BGB « *partant de l'idée que l'autonomie de la volonté est souveraine, en a tiré comme conséquence que le contenu juridique d'un acte doit être l'œuvre uniquement des parties, et qu'il n'y a pas de contenu légal d'un acte juridique en dehors du contenu de l'acte, elle en constitue la délimitation ; et cette délimitation est ce que les parties ont voulu qu'elle fut* » (R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, Paris 1901, p. 256), et marque ainsi non seulement son attachement aux volitions individuelles, mais également à l'entière et exclusive liberté de leur expression.

[427] En ce sens, il discourt longuement sur les avantages et les inconvénients des deux conceptions au regard de ces bénéfiques impératifs. Il note que la théorie objective de l'obligation respecte la liberté contractuelle des parties et, de fait, assure la sécurité des transactions en permettant aux parties de déterminer de manière autonome le contenu contractuel sans risque d'annulation judiciaire. Il jauge en conséquence l'opportunité d'adopter une telle conception en droit français, et relève l'assouplissement bienvenu des rigidités légales en la matière qui résulterait d'une telle transposition. En effet, il juge que si les parties décident de déroger aux règles contraignantes du Code civil, leur volonté doit primer.

[428] C'est ainsi que l'auteur ne s'arrête pas à un exclusif bilan coût-avantage de ces conceptions au regard des seuls enjeux du respect de la liberté et des volontés individuelles exprimées contractuellement. En effet, ses positions définitives sont emmenées par une réflexion relative aux effets pratiques des acceptions de la cause et de l'obligation au regard du potentiel d'immixtion du juge qu'elles admettent. En ce qui concerne la conception allemande exclusive d'exigence de cause, la liberté octroyée aux parties dans la détermination du contenu contractuel implique en revanche de larges pouvoirs d'investigation du juge, desquels résultent finalement des risques d'annulation judiciaire conséquents. L'encouragement allemand à l'initiative individuelle s'accompagne de l'octroi *« au juge de pouvoirs sans limites qui laissent les parties exposées aux appréciations purement individuelles et subjectives que chacun puisse se faire de la moralité publique* » (R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 252). Il relève encore que ce seraient ainsi « *tous les éléments subjectifs constitutifs de la volonté réelle, sans distinction, qui paraîtraient devoir entrer dans le domaine d'appréciation du juge, au point de vue de la recherche du caractère illicite des actes reposant sur la volonté* » (p. 260). Pour l'appréciation de la moralité du contrat, il serait alors loisible au juge de sortir « *des limites de la déclaration pour entrer dans le domaine de la psychologie […] autant dire qu'il n'y aurait plus aucune sécurité dans les relations commerciales* » (p. 261). L'auteur relève qu'en la matière, il y a « *une délimitation à imposer […] sinon c'est l'arbitraire du juge qui est à craindre, et la sécurité des transactions qui est menacée* » (p. 260). A l'inverse, la théorie de la cause française, bien qu'elle bride la liberté des parties dans la définition contractuelle, présente l'avantage de définir strictement le champ d'investigation du juge lors de l'appréciation de l'existence de la cause. En effet, celui-ci est contraint par le seul contenu légal de l'obligation, et ne doit pas investir la question de la moralité ou de la licéité, les motifs impulsifs ayant conduit les parties à contracter, ne devant pas être pris en considération par les juges. Saleilles marque pour ces raisons sa préférence à la notion de cause objective, alors même qu'il relève que celle de l'obligation est davantage respectueuse *a priori* de la liberté individuelle. Il explique en ce sens que si « *la théorie française de la cause empiète sur le principe de l'autonomie de la volonté, en ce qu'elle interdit notamment les actes abstraits »* (p. 255), elle marque également « *une limite précise aux investigations du juge, en ce qu'elle restreint ses pouvoirs d'appréciation à ce qui forme le contenu juridique de l'acte* » (p. 254), et permet *« de tracer […] au pouvoir judicaire certaines limites […] qui soient une garantie pour la sécurité des relations privées, et pour le crédit économique et commercial* » (p. 252). L'adoption de cette conception permet alors de poser en principe que le juge « *n'a pas le droit même sous prétexte de moralité ou d'ordre public, de pousser plus loin ses investigations et d'annuler un acte, sous prétexte qu'il soit illicite, du moment que son contenu réel ne présente rien d'illicite* » (p. 255).

B. Une critique sévère aux interventions étatiques

155. Malgré son immense contribution à la protection du faible dans le rapport contractuel, Josserand se révèle, à l'instar de Raymond Saleilles, ardemment attaché au libéralisme et à l'individualisme : *« dans ses écrits consacrés au droit des contrats, il s'appuie toujours sur une théorie volontariste et libérale du contrat »*[429]. Selon Josserand, le contrat est « *par définition même, le produit, la fusion de deux volontés qui en constituent l'âme et l'essence même* »[430], de même qu'il se satisfait pleinement du principe du consensualisme qui demeure « *le substratum* » du contrat[431]. Il relève encore en 1937 : « *que de bienfaits sont à inscrire à l'actif d'un droit qui puisait ses inspirations dans la « règle morale » à laquelle il empruntait son esprit et sa finalité ! (...) Respect de la parole donnée, stabilité des contrats, force effective, et non pas seulement nominale, du lien obligatoire, considéré vraiment comme un « vinculum » ; tous avantages et toutes caractéristiques qui se peuvent résumer sous ces trois mots : durée, stabilité, sécurité* »[432].

156. Son profond attachement au volontarisme contractuel, qui fait par ailleurs de lui un auteur de son temps[433], se devine davantage encore au travers des critiques qu'il a pu formuler à l'endroit de cette « *étatisation* » contractuelle, cette « *socialisation [...]qui se poursuit sans relâche* », ce « *dirigisme légal* » qu'il jugera, alors même qu'il y aura fortement contribué, « *oppressif* », « *compressif* », « *destructif* », nécessairement « *anticontractuel* », amenant la « *ruine* » du contrat, et la destruction « *de l'autonomie de la volonté* ». Il déplore alors que « *les contractants ne sont plus maîtres chez eux* », craint la

[429] J-P. CHAZAL, *« Relire Josserand », oui ... mais sans le trahir !*, D. 2003, Chron. p. 1777. Dans l'œuvre de Josserand, la volonté constituerait « *le centre de gravité du contrat* » (même auteur, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 1778).

[430] L. JOSSERAND, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal*, D.H. 1940, Chron., 5.

[431] Le consentement constitue en ce sens l'élément essentiel du contrat : « *sa définition se confond donc avec celle du contrat lui-même, dont il constitue la trame* » (L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Sirey 1ère éd. 1930, t. 1, n° 41). Cette position le conduira par ailleurs à s'opposer à Saleilles relativement à la question de la nature du contrat d'adhésion (n° 32). V. plus bas.

[432] L. JOSSERAND, *Un ordre juridique nouveau*, D.H. 1937, Chron., p. 41. Josserand prend alors, selon J.-P. Chazal « *des accents ripériens en louant les aspects positifs de la conception morale du droit* » (J.-P. CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 4).

[433] V. CH. JAMIN, *Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique,* R.I.E.J., 2006, p. 56 ; l'auteur traite de la génération d'auteurs libéraux classiques qui ont été amenés par leur époque à entreprendre des travaux socialisants, au cours de la première moitié du XXème siècle.

matérialisation ou l'amoralisation du droit[434], et appréciant la globalité de l'ordre juridique, se désole du risque de « *fragmentation du droit* », de l'émergence d'un « *droit contractuel de classe* »[435], signant le terme de « *cet âge d'or contractuel* », au sein duquel l'acte conventionnel privé « *constituait le domaine d'élection de l'autonomie de la volonté* »[436]. Il faut déduire de ces critiques la prégnance du dogme libéral en tant que fondement même des obligations sur la période. En ce sens, la conception du libéralisme contractuel n'apparaît pas comme une idéologie dogmatique et exaltée – ce qu'elle est en réalité – mais véritablement comme la fondation naturelle de l'acte contractuel. L'autonomie de la volonté est alors appréhendée de manière conceptuelle, mais surtout, elle est jugée structurelle à l'ordre juridique contractuel[437].

---

[434] Le droit positif s'éloignant selon lui des fondements spiritualistes (*Un ordre juridique nouveau*, D.H. 1937, Chron., p. 41). Ainsi, le législateur ne limite plus son contrôle à la liberté contractuelle, la force obligatoire et le respect de l'ordre public, le dirigisme exercé par la loi et, dans une moindre mesure, la jurisprudence, « *est singulièrement plus oppressif, plus destructif de l'autonomie de la volonté, plus anticontractuel ; avec lui, c'est une socialisation, une étatisation du contrat qui se poursuit sans relâche* ». Il reproche en ce sens au législateur ses incursions dans les contrats de transport, de travail ou d'assurance, au sein desquels il impose et proscrit. Au juge, notamment ses obligations de sécurité de résultat en matière de contrat de transport, ajoutant que le « *procédé de forçage qui est la dénégation de la règle de l'autonomie de la volonté contractuelle : les contractants ne sont plus maîtres chez eux* ».

[435] L. JOSSERAND, *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, D.H. 1937, Chron., p. 1. Au sujet de l'émergence progressive de ce droit de classe, il relève que « *l'équilibre juridique que le code civil s'était efforcé de réaliser entre les contractants se trouve rompu de nos jours par les pouvoirs publics ; les hommes ne sont plus égaux devant le contrat, donc devant la loi* ». En ce qu'il a ébranlé la force obligatoire des conventions, le « *dirigisme contractuel* », mis en œuvre par l'intervention croissante du juge, mais surtout du législateur, est « *le plus pernicieux* », et révèle une immixtion « *constamment émolliente, dissolvante, néfaste* ». Il s'agit par ailleurs d'un « *mouvement contre-révolutionnaire* » (*Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RTD Civ., 1937, p. 1).

[436] L. JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, D.H. 1933, Chron., p. 89 ; de même qu'il déplore : « *Le contrat a cessé d'être libre pour devenir dirigé* » (p. 21).

[437] Il paraît en ce sens logique que l'on en trouve des traces dans les écrits des auteurs qui se sont un tant soit peu intéressés à la matière contractuelle au cours du XX^{ème} siècle, quand bien même leur œuvre, et c'est le cas de Josserand, se serait en partie dévouée à proposer des constructions novatrices matériellement opposées aux postulats et aux principes individualistes. En ce qui concerne spécifiquement Josserand, outre l'inévitable tension entre des principes fondateurs parfaitement intégrés et les nécessaires et immenses adaptations sociales entreprises, on trouverait dans ses écrits des contradictions fondamentales et parfois frontales (qu'on ne trouve par ailleurs pas chez Saleilles qui connaît pourtant les mêmes tensions). A ce sujet, J.-P. Chazal avance des explications davantage personnelles et contextuelles, qui récusent la thèse du seul contresens, conservent à l'auteur toute l'intégrité de son œuvre, et servent *in fine* notre propos. En effet, l'auteur remarque déjà que si les positions sont extrêmement virulentes dans les chroniques au Dalloz, elles se révèlent bien plus développées et nuancées dans les articles de fond des revues « *prestigieuses* » et son Cours de droit civil, la première explication tiendrait au format, les chroniques « *d'humeur* » se prêtant davantage aux propos polémiques (*L. Josserand et le nouvel ordre contractuel*, Revue des contrats 2003, p. 325). Ensuite, les raisons de cette extension doctrinale seraient liées à « *la figure institutionnelle et académique* » qu'est Josserand dans les années 1930, « *Josserand a probablement cherché à se démarquer de l'étiquette sulfureuse de socialiste du droit dont Ripert l'avait injustement affublé lorsqu'il a rendu compte, dans la Revue critique de 1929, de son ouvrage De l'esprit des droits et de leur relativité (Abus ou relativité des droits, à propos de l'ouvrage de M. Josserand : De l'esprit des droits et de leur relativité, 1927, Rev. crit. lég. jur. 1929, p. 33). Il faut garder présent à l'esprit la virulente critique que G. Ripert décoche contre le livre de E. Lévy, Le socialisme juridique, (Rev. crit. lég. jur. 1928, p.21), et l'assimilation qu'il opère entre le socialisme soviétique et la doctrine de Josserand, laquelle constitue une « menace pour l'ordre de nos sociétés occidentales »* (J.-P. CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans

157. Le XX[ème] siècle n'est donc pas celui de la remise en question des assises idéalistes du contrat. La liberté et la volonté des parties, de même que la force obligatoire des conventions demeurent indéniablement les canons des auteurs les plus productifs, lesquels ont pour leur grande majorité, loué, adhéré, validé ou apprécié les principes et les valeurs libérales. Ce sont davantage les méthodes et techniques de lecture et d'interprétation du droit, leur opportunité, leur légitimité et leur efficacité qui marquent la différence avec les courants antérieurs, encore qu'il faille une fois de plus relativiser la légendaire opposition entre l'école de l'exégèse du XIX[ème] et l'école scientifique du XX[ème], du point de vue matériel bien entendu, mais également du point de vue méthodologique[438]. Retenons en

---

le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 11). En ce sens, ses ambitions à la Cour de cassation, puis son statut ensuite de conseiller, peuvent expliquer qu'il ait, dans ses chroniques, forcé « *le trait pour se démarquer d'idées qui pourraient être considérées comme proches de celles de la doctrine socialiste et pouvant être perçues par les autorités comme potentiellement déstabilisantes pour la société. Il lui fallait donner des gages d'orthodoxie et de conservatisme pour ne pas effrayer* » (F. AUDREN et C. FILLON, *Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale*, RTD. Civ. 2009, p. 39). Cette deuxième explication tiendrait donc au caractère profondément structurel d'un libéralisme contractuel parfaitement établi sur la période même de sa socialisation. Notons par ailleurs que l'ancrage d'un tel dogme ne se retrouve pas en droit des biens ou en droit de la responsabilité, et en ces matières justement, les propositions de Josserand, profondément novatrices, ne semblent pas empreintes de tant de tensions idéologiques qu'en matière strictement contractuelle. Enfin, l'instabilité politique et la menace de rupture de l'ordre social républicain, portées par le contexte délicat du début du siècle, de même que la réorientation cruciale de la question sociale, ont sans doute à voir dans l'apparente contradiction de l'œuvre de Josserand, qui d'une part cède aux nécessaires évolutions sociales, et d'autre part veut « *consolider ce qui pouvait rester du droit civil classique* », tentant en vain de « *stabiliser un droit positif* » qui s'étire en réalité sur deux pôles (J.-P. CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 12). De manière générale, au sujet de la relecture de l'œuvre de Josserand, il faut voir les échanges acides entre C. BAILLON-PASSE et J.-P. CHAZAL : C. BAILLON-PASSE, *Relire Josserand*, D. 2003, p. 1571 ; J.-P. CHAZAL, *« Relire Josserand », oui mais... sans le trahir !,* D. 2003, p. 1777 ; C. BAILLON-PASSE, *Réponse à J.-P. Chazal : mission accomplie, on va relire Josserand*, D. 2003, p. 2190 ; également, J.-P. CHAZAL, *L. Josserand et le nouvel ordre contractuel*, RDC 2003, p. 325.

[438] S'il est indéniable que le XIX[ème] siècle a été marqué autant d'une idéologie matérielle particulière que d'une méthode juridique spécifique déviée du légalisme prégnant (en atteste les fameux cours de Code civil, auxquels semble avoir été contraint Saleilles, V. note suivante à ce sujet), il semble que l'opposition ne soit pas aussi franche. Ainsi des travaux récents qui semblent remettre en cause l'image, l'existence même de l'exégèse, ou encore procéder à « *une remise en cause de cette fracture doctrinale* » : PH. REMY, *Eloge de l'exégèse*, Droits, 1985, n° 1, p. 115 ; évoquant cette « *prétendue école de l'exégèse* » ; L. HUSSON qui prévient des risques de travestissement de la vérité historique que porte la systématisation de cette opposition légendaire entre deux époques et deux méthodes susceptible de *« donner de leur pensée une vue beaucoup trop schématique »*, et qui démontre que les auteurs classiquement rattachés à l'école de l'exégèse n'avaient pas forcément prôné une glose littérale et exclusive des textes (*Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, Archives de philosophie du droit, 1972, p. 115) ; ou encore CH. JAMIN qui a écrit au sujet de cette « *(fausse) école de l'exégèse* ». Ce dernier retient par ailleurs que si l'école de l'exégèse et l'école scientifique ont initialement été présentées comme tout-à-fait opposées, c'est en raison des membres même de l'école scientifique moderne, emmenés à créer « *une Ecole imaginaire qu'ils pouvaient plus aisément critiquer afin de mieux asseoir, s'il le fallait encore, le renouveau doctrinal dont ils se voulaient les promoteurs* » (CH. JAMIN, *Relire Labbé et ses lecteurs*, Arch. Phil. Dr., t. 37, Droit et économie, 1992, p. 248). De même, dans une présentation de l'ouvrage de Gaudemet visant à retracer l'évolution de l'interprétation du Code civil au XIX[ème] siècle (E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804* (écr. 1935), Paris, *La Mémoire du droit*, Collection du deuxième centenaire du Code civil, 2002, p. 10), Ch.Jamin et Ph. Jestaz expliquent et démontrent efficacement le double phénomène de radicalisation, voire de travestissement à des fins rhétoriques, de la présentation de la pensée des auteurs de la fin du XIX[ème] au cours du XX[ème] siècle, ils accusent par ailleurs spécifiquement l'auteur d'avoir exagéré et *«*

tout état de cause que les réflexions relatives aux nouveaux procédés et moyens d'interprétation et de mobilisation des règles, en mettant en avant l'impératif d'adaptabilité du droit aux évolutions sociales et économiques – et dans une certaine mesure en *réhabilitant* le juge – ont indéniablement préparé la grande entreprise de socialisation du droit contractuel qui se dessinait concomitamment.

PARAGRAPHE 2 : L'IMPERATIF D'ADAPTABILITE JURIDIQUE

158. S'il l'on relève un certain consensus sur la nécessité d'une rénovation des méthodes d'interprétation du droit et d'une redéfinition de ses sources (I), force est de constater que cette réflexion n'aura pas résisté aux représentations contractuelles libérales qui, faute d'être rénovées, se perpétuent inlassablement (II).

I : L'INNOVATION DANS L'INTERPRETATION DES REGLES ET LA MOBILISATION DES SOURCES

159. L'innovation tient principalement ici dans la nouvelle acception de l'interprétation des règles, qui se veut tendue vers l'efficacité et la réactivité du droit (A). La réflexion impliquait alors nécessairement un débat quant à la fonction de la loi et au rôle du juge (B).

A. Une interprétation juridique fonctionnelle

160. Au tout début d'un XX^{ème} siècle animé de profondes mutations sociales, technologiques et économiques, la doctrine a fort opportunément souhaité voir un droit alors daté et marqué par une certaine rigidité matérielle et formelle, se perméabiliser aux enjeux de ces évolutions, et se finaliser de celui d'une régulation réactive. En ce sens, ont émergé des constructions générales participant d'une véritable science de l'interprétation juridique, dont l'impératif premier relève de l'adaptabilité et de l'efficacité. C'est ainsi que l'on peut qualifier cette construction de l'interprétation de fonctionnelle, en ce qu'elle constitue la réponse juridique aux évolutions contemporaines. La rénovation du droit, portée notamment par le courant scientifique, présente en ce sens une envergure globale, ainsi

---

dévalué l'œuvre des jurisconsultes du XIX^{ème} pour mieux mettre en valeur ses deux maîtres » (p. 13). De même, il apparaît qu'en réalité, le terme même de l' « *école de l'exégèse* » n'est véritablement formalisé qu'à partir de 1919, avec les travaux de J. Bonnecase, d'abord *La notion de droit en France au dix-neuvième siècle. Contribution à l'étude de la philosophie du droit contemporaine* (Paris, Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions ; t. XVIII, 1919), puis en 1924 avec *L'école de l'exégèse en droit civil, Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants* (Paris, 2ème éd., 1924).

qu'une visée fonctionnelle. De ce fait, les propositions formulées ne font pas l'économie d'une large remise en cause du paradigme antérieur. Elles tranchent véritablement avec la supposée période exégétique au sein de laquelle, il est vrai, l'idéologie semblait gouverner les conceptions juridiques pour elle seule, et les normes se limitaient au seul sens littéral.

161. A la justification théorique du sens des textes est en ce sens substituée une motivation fonctionnelle : la lecture doit intégrer les contingences réelles, et ne plus résulter de la transcription idéologique d'une réalité idéalisée. Les auteurs du *renouveau scientifique* formulent en effet des idées qui se justifient par les nécessités contextuelles et par le souci d'efficacité et d'utilité de régulation. Certains des auteurs qui la portent se sont par ailleurs dits des étudiants déçus de l'enseignement exégétique, jugé étriqué et limité, et à leur tour professeur, ont modifié l'approche juridique global, suivant un enjeu d'adaptabilité et d'efficacité du droit. C'est particulièrement vrai pour Saleilles ou Gény[439]. La « *vie sociale* »[440] – qu'il faut comprendre comme la vie réelle – appelle en ce sens une certaine réforme juridique. Il est alors curieux de constater qu'encore une fois, la mutation est envisagée par la relecture – ou plutôt la réinterprétation – et non la révision du droit. Plus précisément, il s'agit d'une innovation dans la mobilisation normative, aux fins d'une application optimale des règles. La prégnance de cet enjeu se retrouve distinctement dans certains écrits. Esmein relève ainsi la nécessité d'une rénovation du droit : ce n'est pas «

[439] Saleilles, évoquera notamment, au sujet de l'exégèse, une « *déception profonde* » (R. SALEILLES, *Les méthodes de l'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, Revue internationale de l'enseignement, 1902 ; cité par E. GAUDEMET, *Raymond Saleilles (1855-1912)*, Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, t. 22, 1912, p. 167) : « *Songez qu'on nous mettait de primesaut en face des textes, sans introduction préalable, sans exposé de principes, sans aucune distribution méthodique des matières. Il fallait subir tel quel le plan du code civil, excellent peut être comme structure législative, détestable comme programme d'enseignement* ». Se remémorant l'enseignement innovant de Bufnoir, Beudant, Labbé ou Gide, il écrit : « *Nous étions nombreux à nous presser autour de leur chaire, avides de les suivre dans les profondeurs d'une analyse scientifique admirable, avides surtout de contempler les larges horizons où ils savaient nous entraîner, bien loin déjà de ce qu'on commençait à appeler l'exégèse littérale, en plein courant de la vie sociale* » (Lettres à M. Paul Desjardins sur l'enseignement du droit, 1er août 1909, Bulletin de l'union pour la Vérité, 3ème série, cahier annexe, p. 4-5 ; cité par E. GAUDEMET, *Raymond Saleilles (1855-1912)*, Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, t. 22, 1912, p. 167). Quant à la méthode historique, elle sera « *d'une oasis bienfaisante* », appliquant « *les procédés de perfectionnement de la législation romaine, le modèle le plus parfait de cette interprétation assouplie et progressive qui rapproche le droit de la vie* » (Lettres à M. Paul Desjardins sur l'enseignement du droit, 1er août 1909, Bulletin de l'union pour la Vérité, 3ème série, cahier annexe, p. 7 ; cité par E. GAUDEMET, *Raymond Saleilles (1855-1912)*, Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, t. 22, 1912, p. 168). Quelques années plus tard, c'est Bonnecase, ancien élève de Saleilles, qui se rappelait, au sujet de sa méthode historique : « *sa parole chatoyante soulevait les auditoires naturellement enthousiastes, mais dont l'ardeur était encore renforcée par le contraste de l'enseignement du maître avec celui des représentants de l'Ecole de l'exégèse que, dans les amphithéâtres voisins, ils étaient encore condamnés à subir* » (J. BONNECASE, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, 2 vol. , Bordeaux, Delmas, 1933, p. 437).

[440] V. note précédente.

une législation morte que renferment les pages du code civil. C'est un droit vivant »[441]. De même, on perçoit chez Saleilles l'idée d'un droit vivant et adaptif, perméable et utile aux variations de la vie réelle. La même remarque à l'endroit de Demogue qui entend « *assouplir les doctrines de l'exégèse pour les adapter à l'évolution socioéconomique et politique* »[442], ou encore de Josserand[443]. Reste naturellement à déterminer les fonctions des acteurs de l'interprétation, et à revoir la nature du matériau premier.

B. L'extension des sources du droit

162. En pratique, cette pensée entraîne une réflexion quant à la nature et au rôle des sources du droit, développée notamment par Gény : source classique telle la loi, source informelle tel le juge, et sources innovantes au travers de nouveaux procédés d'interprétation normative, à disposition du second aux fins de pallier les défaillances de la première. Au sujet de la loi, Saleilles, sans en rejeter nullement l'importance, relève ainsi le danger de l'immobilisme juridique et partant de l'inadaptation sociale à laquelle peut mener la suprématie législative : « *un code, avec le monopole qui lui appartient de contenir, à titre exclusif, tout le droit civil d'un pays, lorsqu'il a duré plus d'un siècle, n'est plus au point de l'état économique et des conceptions sociales qui se font jour* »[444].

163. En ce sens, si la stabilité de la loi est une vertu nécessaire, son interprétation doit être souple et évolutive. Si le législateur doit être constant, cohérent et agir avec une certaine parcimonie[445], il revient au juge d'interpréter efficacement et diversement. A ce sujet, sa fonction induit son office. En prise directe avec les conflits créés par *la vie sociale*, il est à même d'analyser les enjeux et de répondre effectivement aux questions et aux besoins des

[441] A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, RTD Civ., 1902, p.12.
[442] A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, PUF, 1975, p. 177.
[443] J.-P. CHAZAL, *L. Josserand et le nouvel ordre contractuel*, Revue des contrats 2003, p.325.
[444] R. SALEILLES, *Méthode historique et codification*, in Atti des congreso internazionale di scienze storiche (Roma 1903), Tipografia della R. Academia dei Lincei, Roma, 1904, p. 14.
[445] Saleilles n'est en ce sens pas véritablement favorable à une intervention massive du législateur. La lenteur des réformes et de leur intégration juridique lui fait préférer la souplesse de l'interprétation, à l'instar de ce que préconisait déjà Portalis. La doctrine a également son rôle dans son œuvre, elle doit théoriser les constructions élaborées, préparer le cas échéant les réformes, analyser les éléments tirés du droit comparé et éprouver leur efficacité, de même que l'opportunité d'une retranscription interne, et s'assurer que de nouvelles institutions ne soient pas transposées « *avant même qu'ils aient fait leurs preuves et que l'on sache s'ils peuvent réussir. Il en est de certaines institutions sociales, comme des nouveaux remèdes avant que l'on ne sache s'ils tuent ou s'ils guérissent, le danger est donc surtout aujourd'hui dans une initiation trop hâtive qui risque d'être en contradiction avec les mœurs nationales, plutôt que dans une stagnation stérile* » (R. SALEILLES, *Droit civil et droit comparé*, Revue Intern. Enseignement, t. 61, 1911, p. 28).

individus[446] : « *là où le sens d'un texte est douteux, ou encore si l'espèce en cause ne se trouve pas formellement prévue par lui, il n'est pas possible que les tribunaux ne se laissent pas impressionner par les réalités de l'heure présente, par les abus qui résulteraient d'une interprétation littérale, par les adaptations qu'exigent les transformations économiques* »[447]. Ainsi, si les principes posés par la loi doivent être respectés en tant que base et référence de toute construction jurisprudentielle, les nécessités contextuelles doivent également permettre des évolutions. L'enjeu de stabilité, de même que « *la volonté du législateur, si souvent incertaine et fictive* » peuvent, et doivent, céder, le cas échéant, devant « *les besoins sociaux, l'utilité sociale et les impératifs de justice* », lesquels, dans ce cas, « *doivent être les guides nouveaux de l'interprète* »[448]. Il estime par ailleurs qu'« *un texte législatif, pris à lui seul, n'est qu'une ossature dépouillée de ce qui en fait la vie, un mécanisme au repos […] pour lui restituer la vie et le mouvement, il faut évoquer tout le milieu scientifique, doctrinal et pratique, qui en conditionne le fonctionnement… Par là seulement, on en connaîtra la valeur de rendement et l'effet utile* »[449]. La mission du juge est donc conséquente, cet « *indispensable artisan du droit* » doit mettre en mouvement les règles écrites issues de la loi et sortir « *de cette lettre morte, quelque chose de vivant* »[450]. Son office dépasserait alors celle de « *l'arbitre des conflits sociaux* », il serait « *le régulateur du progrès social* »[451]. Esmein, empruntant les mêmes termes et transcrivant les mêmes vœux, paraît convaincu de l'opportunité d'une rénovation du droit afin de substituer « *à une législation parfois desséchées,… la jurisprudence, par*

---

[446] Saleilles a en ce sens sans doute été influencé par Jhering, de l'autre côté du Rhin. Dès 1880, celui-ci note l'importance d'adapter le droit à la vie, et non l'inverse : « *La vie des peuples n'est pas une existence d'êtres isolés ; comme celle des individus dans l'état. Elle constitue une communauté, elle se traduit en un système de contingence et d'action réciproque, pacifique et belliqueuses, d'abandon et d'appréhension, d'emprunt et de prêt ; en un mot elle constitue un gigantesque échange embrassant toutes les faces de l'existence humaine* » (JHERING*, L'esprit du droit romain*, traduction de Meulenaere, 2ème éd., t. 1, 1880, p. 6 ; cité par H. CAPITANT, *Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après Raymond Saleilles*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914, p. 68). De même, il se préoccupait des garanties efficaces à la justice des relations individuelles, et vantait en ce sens le formalisme juridique : « *Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté* ».

[447] R. SALEILLES, *Méthode historique et codification*, in Atti des congreso internazionale di scienze storiche (Roma 1903), Tipografia della R. Academia dei Lincei, Roma, 1904, p. 17.

[448] H. MOUBSIT, *La volonté et le contrat dans la pensée de Raymond Saleilles*, Mémoire pour l'obtention du master, sous la direction de M. le professeur CH. JAMIN, Université du droit et de la santé, Lille 2, 2005, p. 11-12.

[449] R. SALEILLES, *Introduction à l'usage du code civil allemand*, p.4 ; cité par E. GAUDEMET, *Raymond Saleilles et le code civil allemand*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914, p. 131.

[450] R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, dans *Le code civil (1804-1904), Le livre du Centenaire*, publié par la Société d'études législatives, t. 1, 1904, p. 104.

[451] E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912. p. 216 ; citant Saleilles, dont il dit en note de bas de page avoir repris les expressions.

définition proche des faits et du droit vivant »[452]. Ici, les notions d'évolution et d'adaptation, les exigences de stabilité et de cohérence, ne paraissent pas opposées – « *Au-delà du code civil mais par le code civil !..., ce à quoi nous tenons le plus, c'est à ''l'au-delà''* »[453] –, et elles tendent à se concilier par l'enjeu de justice dans la société des individus, et celui de l'efficacité des règles qui l'assurent. Le droit doit être évolutif dans la pensée scientifique moderne, il doit constamment tendre vers une adaptation efficace au réel. Pour cela, à l'inverse d'un hermétisme, il doit être perméable aux facteurs extérieurs de la vie sociale, de même qu'aux autres sciences, telles la politique ou l'histoire. Esmein note en ce sens que « *l'étude du droit civil, ...doit, pour conserver son rang de science juridique se régénérer largement et s'inspirer de méthodes nouvelles* »[454].

164. Chacun une fonction puisqu'il propose notamment, à l'instar de Saleilles, qu'il revienne à la charge de la doctrine d' « *éclairer la jurisprudence acquise et préparer la jurisprudence de l'avenir… par la méthode historique et par la synthèse* »[455]. Le dernier, aux fins de garantir contre l'arbitraire, entend également que l'appréciation d'une règle – ou sa création – soit, en plus de l'encadrement relatif à l'interprétation, complétée de la méthode comparative[456]. Gény également théorise le même type de propositions, et les applique dans son enseignement. En ce sens, la loi, au-delà de sa formule, nécessairement concise, est un vivier de solutions potentielles et tacites, qui ne demandent qu'à être dégagées à partir d'interprétations particulières et guidées par l'efficacité et la pertinence. Il préconise également de s'éloigner de toute recherche d'une volonté législative[457] potentiellement obsolète, voire inexistante, notamment en ce qui concerne la résolution de problèmes apparus après la rédaction des textes. Il laisse encore une place égale, à l'instar de Planiol[458], en droit positif, aux créations issues de la coutume et des usages, aux constructions de ces « *autorités* »[459] que sont la doctrine et la jurisprudence et, bien

[452] CH. JAMIN et PH. JESTAZ, *Doctrine et jurisprudence, cent ans après*, RTD Civ., 2002, p. 2.
[453] R. SALEILLES, Préface à Fr. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Sirey, 1899, p. XXIV.
[454] A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, RTD Civ., 1902, p. 19.
[455] CH. JAMIN et PH. JESTAZ, *Doctrine et jurisprudence, cent ans après*, RTD Civ., 2002, p. 2.
[456] On connaît en effet l'intérêt qu'a porté Saleilles aux études de droit comparé, spécialement allemand, et son investissement dans les travaux préparatoires du BGB. Ainsi, en se nourrissant de droit comparé, on instille et éprouve un élément « *raisonné et vraiment scientifique de l'élaboration du droit civil* » (R. SALEILLES, *Droit civil et droit comparé*, Revue Intern. Enseignement, t. 61, 1911, p. 31).
[457] La méthode doit en ce sens être « *indépendante de toute recherche de volonté et […] selon des procédés scientifiques et précis de solution* » (R. SALEILLES, Préface à Fr. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Sirey, 1899, p. XXIV).
[458] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 1899.
[459] F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Sirey, 1899.

entendu, à la libre recherche scientifique[460]. Il désigne par ailleurs, nous y reviendrons plus loin, l'équité comme une source de droit. Demogue demeure cependant celui qui aura en ces temps investi le plus la jurisprudence, de même l'idée qu'il se fait de l'adaptation du droit et de l'interprétation des règles, révèle un certain isolement doctrinal par rapport à Gény, Saleilles, Planiol ou Lambert[461].

165. En effet, tous cherchent énergiquement, dans leur œuvre, à garantir l'objectivité et prévenir l'arbitraire dans l'interprétation des règles, aux fins de dégager, par des méthodes mesurées, une science réglée et des constructions ordonnées, une « *solution objectivement juste* »[462], tandis que Demogue, « *trop réaliste* »[463], fait preuve d'un certain fatalisme, ou encore d' « *un nihilisme juridique* », il estime en effet que « *le sens de la vie… ne peut être conçu par nous que subjectivement* »[464], et « *au rebours de cette génération qui parie sur la possibilité de maîtriser le flux de la jurisprudence, Demogue parie sur son impossibilité* »[465].

[460] En ce sens, « *Le droit est un et l'on y a introduit des divisions que pour l'étudier avec ordre et méthode* ». Rappelons que sa méthode de recherche du droit met en œuvre toutes les sciences et tous les procédés de connaissance, tels la sociologie, l'économie, la philosophie etc. La construction du droit positif doit par ailleurs, selon Gény, être guidée par le droit naturel (GENY, *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé*, Université de Dijon, Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, t. 8, 1898).

[461] E. LAMBERT, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, in *Revue internationale de l'enseignement*, t. 40, 1900, p. 216.

[462] La subjectivité « *est éminemment condamnable car, pour des juristes jusnaturalistes, l'objectivité est la condition même de la justice, en même temps qu'elle semble être une condition de la science* » (CH. JAMIN, *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ, 2006.56, p. 5).

[463] CH. JAMIN, *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ, 2006.56, p. 8.

[464] R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p. 34 ; cité par CH. JAMIN, *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ, 2006.56, p. 10. L'auteur de poursuivre : « *Il n'existe donc pas d'échappatoire : la quête de l'objectivité est vaine. Qui plus est : il n'y a pas un idéal, mais des idéaux concurrents dont la valeur est relative. Entre la sécurité, la justice, la liberté ou la solidarité, il n'existe que des équilibres à la fois instables et contingents. L'univers de Demogue est donc non seulement dénué de transcendance, mais aussi de cohérence […]. La démarche se veut réaliste, mais le propos ne peut que choquer* (p. 11). Ainsi, Gény qui « *déplore ce parti pris de dissolution et de désintégration qui ne nous laisserait plus aucun appui ferme pour les nouveaux aménagements indispensables à la vie sociale* » (CH. JAMIN, *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ, 2006.56, p. 7-8, citant une lettre adressée à Saleilles le 8 février 1911).

[465] CH. JAMIN, *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ, 2006.56, p. 12.

166. Relevons en tout état de cause que si de telles positions se révèlent, au début du XX^{ème} siècle, particulièrement novatrices, elles rappellent pour autant très fortement celles développées par Portalis, un siècle plus tôt[466], encore que pour lui la subjectivité n'était pas nécessairement un mal à fuir : « *Pour prévenir les jugements arbitraires on exposerait la société à mille jugements iniques, et, ce qui est pis, on l'exposerait à ne pouvoir plus se faire rendre justice […]. L'arbitre apparent de l'équité vaut encore mieux que le tumulte des passions […]. On a moins à redouter l'arbitraire réglé timide et circonspect d'un magistrat qui peut être réformé, et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable* »[467].

167. Précisons enfin que ce *relâchement* juridique qui a indéniablement « *pour vocation de diminuer la toute-puissance de la loi, afin de donner à la jurisprudence droit de cité* »[468] ne s'est pas réfléchi sans certaines garanties, notamment au regard de la liberté d'appréciation laissée *a priori* au juge, qui se révèle un pouvoir créateur, et qui doit demeurer strictement et objectivement encadré, notamment en matière contractuelle. Si les auteurs du XX^{ème} siècle entreprennent effectivement de « *saper le culte que les juristes du XIXe siècle ont voué à la loi* »[469], ils n'entendent en revanche absolument pas saper le culte voué au contrat.

---

[466] Ainsi, au sujet du juge : *« Pour que les affaires de la société puissent marcher, il faut donc que le juge ait le droit d'interpréter les lois et d'y suppléer* » ; de la loi : « *Si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie : elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes ; pourquoi voudrait-on méconnaître les ressources qu'elle nous offre ? Nous raisonnons comme si les législateurs étaient des dieux, et comme si les juges n'étaient pas même des hommes. Rien ne serait plus puéril que de vouloir prendre des précautions suffisantes pour qu'un juge n'eût jamais qu'un texte précis à appliquer* » ; de la doctrine : « *Tout cela suppose des compilations, des recueils, des traités, de nombreux volumes de recherches et de dissertations. Dans l'état de nos sociétés, il est trop heureux que la jurisprudence forme une science qui puisse fixer le talent, flatter l'amour-propre et réveiller l'émulation. Une classe entière d'hommes se voue dès lors à cette science, et cette classe, consacrée à l'étude des lois, offre des conseils et des défenseurs aux citoyens qui ne pourraient se diriger et se défendre eux-mêmes, et devient comme le séminaire de la magistrature* » ; ou encore des usages : « *Il est trop heureux qu'il, y ait des recueils et une tradition suivie d'usages, de maximes et de règles, pour qu'il y ait en quelque sorte nécessité de juger aujourd'hui comme on a jugé hier, et qu'il n'y ait d'autres variation dans les jugements publics, que celles qui sont amenées par le progrès des lumières et par la force des circonstances* »
(Discours préliminaire sur le projet de Code civil, présenté en l'an IX par Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004).

[467] « *Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes ; ce serait renouveler parmi nous la désastreuse législation des rescrits ; car, lorsque le législateur intervient pour prononcer sur des affaires nées et vivement agitées entre particuliers, il n est pas plus à l'abri des surprises que les tribunaux »* (Discours préliminaire sur le projet de Code civil, présenté en l'an IX par Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004).

[468] CH. JAMIN, *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ, 2006.56, p. 4.

[469] CH. JAMIN, *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ, 2006.56, p. 4.

II : LA PERENNITE DES REPRESENTATIONS CONTRACTUELLES LIBERALES

168. La représentation du contrat en « *substrat du libéralisme* »[470] résiste obstinément, et quant à l'appréciation judiciaire ou jurisprudentielle de la convention, l'impératif d'adaptation fonctionnelle aux nécessités transactionnelles commerciales et sociales, semble justifier encore le même refrain : la primauté des volontés individuelles (A) et la garantie des libertés contractuelles (B).

A. Les impératifs de sécurité et de prévisibilité transactionnels

169. La volonté d'optimiser le régime contractuel n'a pas véritablement induit, du moins dans un premier temps, une remise en cause du dogme libéral. En effet, les deux impératifs proposés pour présider au régime contractuel, ne sont pas sans rejoindre *in fine* les fondations libérales. Il s'agit d'une part de garantir la sécurité et la prévisibilité des transactions et d'autre part d'assurer la souplesse contractuelle. Si l'instauration de la confiance en la matière requiert la primauté des volontés individuelles exprimées, la flexibilité nécessite l'aménagement d'une grande liberté contractuelle. Nous l'avons évoqué plus haut, Saleilles assigne à l'ordre contractuel une fonction générale particulière relativement aux caractéristiques de la société qui lui est contemporaine. Celle-ci est résolument commerçante, l'ère industrielle a amené l'ère des affaires. L'outil contractuel doit être adapté et utile. En ce sens, il lui faut être sûr, afin de constituer « *une garantie pour la sécurité des relations privées, et pour le crédit économique et commercial* »[471]. Les volontés exprimées par les parties doivent être fermes et prémunies d'un quelconque risque de modulation, voire d'annulation emmenée par une appréciation extérieure et subjective[472]. Il s'agit de ne pas faire d'une relation à deux une relation à trois, l'office du juge doit être par conséquent drastiquement limité et encadré. Saleilles, particulièrement, souhaite juguler les possibles intrusions du juge dans la sphère de la volonté des parties. En

---

[470] R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, Cours, 2008, 8ème éd., n° 15.

[471] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 252.

[472] Sur la défiance de Saleilles à l'égard de la subjectivité de l'appréciation du juge quant à la licéité des contrats, notamment au regard des bonnes mœurs ou de la notion de moralité, V. notes précédentes xxx. Il explique par ailleurs que c'est « *lorsque le but illicite, personnel à l'une des parties ou commun aux deux, se trouve en dehors du contenu juridique de l'acte* » que le risque d'une immixtion subjective du juge est le plus important, puisque celui-ci devra s'intéresser à la psychologie personnelle des parties aux fins d'annuler l'acte (R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 265).

ce sens, il propose d'encadrer les éventuelles investigations par des éléments objectifs. En outre, le juge doit se conformer à ce qui est usage dans la pratique, et non à ses convictions propres, afin de déterminer objectivement la licéité d'un acte. De même, l'appréciation de validité doit se limiter aux seuls termes contractuels. Il prévient à ce sujet que « *Cet usage repose sur la constatation d'un délit d'honnêteté et de probité en affaires ; or, il n'y a aucun usage, même parmi les gens les plus scrupuleux, qui autorise, sur le terrain du délit civil, une recherche d'intention, en dehors des clauses réciproques qui constituent le contenu du contrat* »[473]. Lorsque « *l'arbitraire du juge [...] est à craindre* », c'est en effet *« la sécurité des transactions qui est menacée* »[474].

B. L'impératif de souplesse contractuelle

170. Le contrat doit être sûr, mais il lui faut aussi être souple, pour permettre la vivacité et l'imagination transactionnelle nées des nouveaux besoins socio-économiques. Le Code civil n'a pas pu tout prévoir, et quand bien même il l'aurait fait, les procédés commerciaux évoluent, nécessitant toujours plus de facilité dans la circulation des obligations[475]. Les parties doivent donc voir leur liberté à déterminer le contenu contractuel renforcée. De même, les initiatives individuelles doivent être encouragées[476], les entraves nées de « *la rigidité des formule légales* »[477] écartées, et des « *débouchés nouveaux* »[478] trouvés. En ce sens, les parties « *peuvent non seulement imaginer à l'infini des conventions non prévues par la loi ; mais elles peuvent également, à propos d'un contrat réglementé, introduire toute une variété de clauses différentes de celles consacrées par les textes* »[479]. Le juge a ici un rôle particulier, il doit permettre aux parties de pallier librement l'insuffisance et le silence des textes afin qu'ils ne constituent pas « *un obstacle à la satisfaction des besoins*

[473] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 266.
[474] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901. p. 260.
[475] Pour exemple, Saleilles envisage des formes assouplies de propriété, aménagées par les parties elles-mêmes (R. SALEILLES, *Etudes sur l'histoire des sociétés en commandite*, Annales de droit commercial, 1897, p.43).
[476] Les individus qui, par leurs activités, sont les acteurs de l'évolution de la société sont les mieux placés, et les plus légitimes, pour adapter l'outil contractuel aux mutations socio-économiques, et ajuster de ce fait de manière optimale le droit des obligations.
[477] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, préface, p. IX.
[478] P. LEREBOURG-PIGEONNIERE, *La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914, p. 417.
[479] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 196.

qui se font jour dans tous les ordres d'idées, et pour lesquels certaines conceptions régnantes du commencement de ce siècle pourraient bien ne plus suffire »[480]. Par ailleurs, « *une législation qui a rompu avec le formalisme et qui a inscrit en tête de ses codes le principe de la liberté des conventions ne devrait plus en effet avoir besoin d'une jurisprudence prétorienne, puisque du côté de la loi écrite, reste possible l'évolution d'un droit coutumier fondé à la fois sur les usages de la pratique et les recherches de la doctrine* »[481].

171. Bien entendu, certaines limites doivent être fixées, ou plutôt précisément et strictement justifiées et définies[482], afin que ne soit pas porté « *à ce principe de la liberté des conventions des limites artificielles* »[483]. Finalement, de nouvelles motivations justifient les mêmes principes et de nouvelles causes impliquent les mêmes effets. Si l'approche juridique fonctionnelle a d'une certaine façon modéré un libéralisme structurel, elle s'est limitée en matière contractuelle, à « *constituer des règles nouvelles, pour suppléer, en vue*

[480] R. SALEILLES, *De la cession de dette*, Annales de droit commercial, 1891, t. 4, p. 40. Il s'agit de ne pas imposer aux parties des catégories juridiques limitées et handicapantes. En ce sens, et conformément à l'enjeu de souplesse et d'enrichissement constant du droit, il est préconisé de laisser à la seule volonté des individus la création de nouveaux mécanismes. Gény prend à ce sujet en exemple la cession de dette : « *c'est ainsi que, malgré le silence du code civil, on a pu admettre, dans notre droit français moderne, l'efficacité d'un contrat de substitution de débiteur, réalisé par le consentement des deux obligés successifs, tendant à libérer le premier en faisant passer sa dette, sans en changer la substance, sur la tête du second, et exigent l'adhésion du créancier que pour lui rendre la substitution opposable* » (F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2 vol., Paris, LGDJ, 1995, p. 154, note 1).

[481] R. SALEILLES, *De la cession de dette*, Annales de droit commercial, 1891, t. 4, p. 40. Précisons que selon l'auteur, de toute façon, « *la matière des actes juridiques est de celles qui sont à peine du domaine de la loi* » (R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, préface, p. IX).

[482] Dans la mesure où « *Les parties peuvent tout ce qu'elles veulent, pourvu que leurs conventions n'aient rien de contraire à l'ordre public ou aux principes posés par la loi* » (R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 196), il explique qu'il doit nécessairement s'agir de « *points exceptionnels* » (R. SALEILLES, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, Revue internationale de l'enseignement, 1890, t. 19, p. 491), de *« règles impératives […] qui touchent à l'ordre public ou plutôt à l'intérêt social* » (R. SALEILLES, *De la cession de dette*, Annales de droit commercial, 1891, t. 4, p. 40). Il dissocie encore entre les contrats formalisés par le Code et ceux issus de la libre volonté des parties. Au sujet des premiers : « *les dispositions du code civil concernant le droit des obligations, sauf les cas exceptionnels où l'ordre public se trouve en cause, s'offrent à la volonté des parties mais ne s'imposent pas à elles* » (P. LEREBOURG-PIGEONNIERE, *La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914, p. 406). Quant aux seconds, du champ « *cette fois infini, des conventions que le Code n'a pu soupçonner et qui ne peuvent se ramener à aucun des contrats décrits dans nos lois* » (R. SALEILLES, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, Revue internationale de l'enseignement, 1890, t. 19, p. 493), il appartiendra au juge d'en contrôler validité, en tenant compte de la « *nature intrinsèque de l'institution, dans son but économique* » (R. SALEILLES, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, Revue internationale de l'enseignement, 1890, t. 19, p. 494), et de l'impératif respect des initiatives individuelles.

[483] R. SALEILLES, *De la cession de dette*, Annales de droit commercial, 1891, t. 4, p. 40.

d'une plus pleine satisfaction de l'autonomie des volontés aux lacunes des textes ou des coutumes »[484].

172. Stérile dans l'immédiat et sur le fond, le développement des théories dites scientifiques a cependant présenté, comme le relève le professeur Jamin, une certaine utilité : « *Cette substitution de méthode était d'autant plus impérieuse que seule l'étude de la jurisprudence était censée permettre aux civilistes d'aborder, après les publicistes ou les économistes, la question majeure de l'époque, à savoir la question sociale. Méthode et fond sont donc étroitement liés : le changement de méthode devait non seulement permettre de tenir compte des changements intervenus dans la société française depuis 1804, mais surtout de participer au débat général sur cette question sociale*. »[485]. Et effectivement, les travaux des auteurs évoqués ne se sont pas contentés de valoriser la volonté et la liberté au travers du service *in fine* rendu à l'efficacité marchande et l'intérêt général. En effet, l'attention prêtée au contexte réel et aux circonstances particulières a permis également d'admettre des constructions davantage socialisantes. Il faut également souligner, et ce n'est pas sans importance, que c'est la matière sociale qui va cristalliser ici la reconnaissance de la nécessité d'une « *socialisation du contrat* »[486], comme c'est elle d'ailleurs qui avait précipité la démonstration de l'incapacité du libéralisme contractuel à garantir de manière absolue et systématique la justice. Les enjeux de sécurité transactionnelle et les nécessités commerciales font place alors – enfin – à ceux de l'équité, de la justice et de l'équilibre contractuel réel.

[484] F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2 vol., Paris, LGDJ, 1995, p. 153, note 4. Lerebourg-Pigeonnière évoque également, au sujet de l'immense liberté contractuelle prônée par ce courant, une « *extension si large donnée à l'autonomie de la volonté* » (P. LEREBOURG-PIGEONNIERE, *La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914, p. 406).
[485] CH. JAMIN, *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ, 2006.56, p. 7.
[486] V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 136.

SECTION 2 :

UNE SOCIALISATION CONTEXTUELLE

173. La socialisation contractuelle est éminemment liée aux circonstances. L'agitation du contexte économique, industriel, politique mais avant tout social, et qui menace d'emporter l'ordre bourgeois établi, a rendu impérieuse une entreprise d'*adoucissement* du droit (PARAGRAPHE 1). Matériellement, ces constructions *socialisantes*, qui devaient par ailleurs ménager la structure libérale du contrat, se sont révélées techniques et sectorielles, elles ont impulsé la définition d'un régime proprement dérogatoire et partant le développement du droit du travail hors le Code civil (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : UN CONTEXTE SOCIAL DETERMINANT

174. Le XIX^{ème} siècle a, sans surprise, marqué l'émergence d'une masse sociale particulièrement éprouvée par son exploitation bourgeoise. Les revendications et les désordres qu'elle génère au moment du centenaire, et surtout l'idéologie qu'elle porte, constituent par ailleurs des problématiques sensibles (I) qu'il convient, au regard cette fois du contexte doctrinal juridique, de court-circuiter par l'adoption de la position du compromis (II).

I : L'EMERGENCE DE LA DANGEREUSE QUESTION SOCIALE

175. Une classe ouvrière massive, créée par le jeu combiné du libéralisme juridique et politique, s'oppose bruyamment à la bourgeoisie issue de la Révolution (A). Elle est appréhendée en ce sens comme une menace à l'ordre établi (B).

A. La constitution d'une classe protestataire

176. Nous l'avons évoqué plus haut, la situation ouvrière apparaît pour le moins précaire dans la société française au tournant du XX^{ème} siècle[487]. Bien que cet état résulte d'une

[487] « *Le XIXème siècle a connu des bouleversements économiques et sociologiques impressionnants : l'avènement et le développement d'une économie capitaliste avec l'apparition d'une classe prolétarienne, l'urbanisation de la France, le développement du machinisme et d'autres bouleversements technologiques liés au progrès technique* » (J.-P. CHAZAL, *Controverse sur la rénovation de la science juridique*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2010, 2 vol., p. 65).

« *turbulente période* »[488] dont le départ se trouve probablement à la moitié du siècle précédent, elle semble toutefois « *avoir pris une dimension nouvelle, voire dramatique, à la fin du XIXe siècle* »[489] jusqu'à devenir un enjeu politique préoccupant[490]. Les causes matérielles sont multiples et anciennes[491], mais elles n'empêchent pas d'affirmer que le problème trouve sa source dans le libéralisme, politique et économique certes[492], mais également juridique et contractuel[493]. Le dernier, bien qu'appliqué de manière individuelle à chaque travailleur, demeure pour autant commun à tous. Et il irrigue le quotidien d'une classe devenue majoritaire et ordonnée, qu'il a transformé en victime[494]. Le « *libéralisme débridé* »[495], conjugué d'un volontarisme exacerbé, alors même qu'ils procèdent d'une philosophie qui fait de l'homme son essence, ont en ce sens produit des conséquences subversives – dont une « *fausse liberté* »[496] selon Léon Bourgeois –, loin des objectifs

---

[488] Estimée « *1880-1930* » par M.-C. BELLEAU, *Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XX*ème *siècle en France*, Les Cahiers de Droit, vol. 40, n° 3, septembre 1999, p. 511.

[489] CH. JAMIN, *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ, 2006.56, p. 7.

[490] J.-P. CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p.1. L'auteur relève par ailleurs la responsabilité du politique dans l'acuité du problème social au début du XXème siècle : « *La société s'est profondément transformée tant du point de vue politique (après l'échec de 1848, l'avènement de la IIIème République qui pérennise le suffrage universel non censitaire, certes encore réservé aux seuls hommes) […] Ces bouleversements sont la source de nouveaux problèmes, ou plutôt confèrent à des problèmes anciens une dimension inédite* » (même page).

[491] *« La fin du XIX*ème *siècle fut marquée par des émeutes et de l'agitation politique. L'industrie connut de nombreuses nouveautés de même que des progrès technologiques et scientifiques importants. Le marché mondial fut l'objet d'une croissance rapide. Les grandes manufactures se multiplièrent soudainement. Les moyens de distribution rapide et bon marché ainsi que les communications devinrent disponibles. En conséquence, la société eut à lutter pour régler les problèmes qui s'ensuivirent à cause de la distribution inégale de la richesse ainsi que l'émergence des cartels incorporés, les conflits de travail, le chômage, la dépression économique et l'urbanisation » (*M.-C. BELLEAU, *Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XX*ème *siècle en France*, Les Cahiers de Droit, vol. 40, n° 3, septembre 1999, p. 511).

[492] *« En un mot, le développement du capitalisme industriel paupérise une partie croissante de la population, en l'occurrence la classe ouvrière, l'exclut du jeu politique en la privant de la part de souveraineté dont elle dispose formellement depuis 1789 et fragilise en définitive la société française, qui est en proie à des tensions de plus en plus vives »* (CH. JAMIN, *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ, 2006.56, p. 7).

[493] Saleilles est l'un des intellectuels qui a compris le mieux, et sans doute le plus tôt, que la désormais *question sociale* avait une cause et une envergure politique, et que sa résolution commandait nécessairement une remise en cause du contrat, ou plutôt d'un contrat : le louage.

[494] Rappelons en effet que la proclamation de la liberté et de l'égalité professionnelle a fait long feu et n'a pas permis à tous d'accéder au bonheur. Au début du XXème siècle, la bourgeoisie propriétaire s'est appropriée la liberté du commerce et de l'industrie, et s'est imposé le modèle de l'organisation industrielle à grande échelle, et avec elle la division que l'on connaît du travail, des moyens de production, et bien entendu des profits.

[495] A. COTTEREAU, *Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homales (1806-1866)*, Le mouvement social, n° 141, octobre-décembre 1987, Les Editions ouvrières, Paris. L'auteur poursuit sur « *Le « laissez-faire, laissez-passer » […] encouragé par le laconisme du Code civil en matière de « louage d'ouvrage », et sanctionné par une police administrative dirigée contre les ouvriers* ».

[496] C. BOUGLE, *Le solidarisme*, Paris, V. Giard et E. Brière, coll. « Les doctrines politiques », 1907 (« *Sur le constat que la Révolution française et la déclaration des Droits de l'Homme ont consacré un individualisme et proclamé — dit Léon Bourgeois — une fausse liberté* »).

conceptuels, au travers desquelles s'est consolidée « *une classe ouvrière écrasée par une première industrialisation « sauvage », soumise aux arbitraires patronaux* »[497]. Les nouveaux rapports contractuels de travail permettent et garantissent ainsi l'assujettissement des travailleurs. A l'inverse, les employeurs « *ont trouvé dans le code civil un encadrement très protecteur de la propriété et une source de développement de leur liberté contractuelle doublée d'une sécurisation sans faille des transactions. Le monopôle du contrat et de la liberté s'est alors retrouvé entre les mains de cette fraction infime de la population* »[498], qui a pu licitement en user et en abuser, sans même que le pouvoir politique n'y trouve véritablement matière à intervention. Pour l'exemple, certes daté mais instructif, du paiement des salaires. Il a fallu attendre presque vingt ans de travaux parlementaire pour qu'un texte l'organise *a minima*[499]. Même remarque en matière de règlements intérieurs[500] et situation identique en ce qui concerne la réglementation collective[501].

---

[497] A. COTTEREAU, *Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homales (1806-1866)*, Le mouvement social, n° 141, octobre-décembre 1987, Les Editions ouvrières, Paris.

[498] H. MOUBSIT, *La volonté et le contrat dans la pensée de Raymond Saleilles*, Mémoire pour l'obtention du master, sous la direction de M. le professeur CH. JAMIN, Université du droit et de la santé, Lille 2, 2005, p. 65.

[499] A l'origine, il s'agissait d'une proposition de loi visant à purger les règlements d'ateliers des sanctions pécuniaires, déposée en 1890 par des parlementaires socialistes (J.O. Chambre, 1890, Doc. Parl., p. 870 col. 3 : *« Le projet de loi... a pour but de mettre fin à ce scandaleux état de choses, qui substitue une féodalité nouvelle, la féodalité capitaliste, à la féodalité terrienne et nobilière détruite à la fin du siècle dernier* »). Il préconise l'interdiction des amendes ainsi que « *l'obligation d'instituer dans tous les centres industriels une commission mixte de délégués ouvriers et patronaux ayant pour rôle d'élaborer des règlements d'atelier et de contrôler leur application* ». La commission du travail de la Chambre chargée d'étudier le texte va pour sa part « *supprimer le caractère obligatoire du règlement et la participation des ouvriers à sa rédaction pour ne laisser subsister que l'obligation d'homologation par le conseil de prud'hommes ou le juge de paix avant l'application du règlement intérieur uniquement rédigé par le patron […] Les amendes ne sont pas supprimées, mais réglementées* », elle ajoute également « *de nouvelles dispositions sur le délai-congé et le paiement des salaires* ». En 1892, le texte est adopté par la Chambre, qui cependant « *remplace la réglementation des amendes par une interdiction absolue* ». Pour autant, le Sénat, comme la Cour de cassation, estime « *qu'il faut respecter la liberté des contrats et donc que l'acceptation par le salarié du contrat individuel ou du règlement sont suffisants* », qu' « *il n'est donc pas nécessaire de légiférer sur ces questions* ». Est cependant proposé et voté en 1893 « *un contre-projet […] intitulé « loi sur le paiement des salaires […] qui ne comporte plus l'homologation du règlement par les prud'hommes, rétablit les amendes en les réglementant, précise comment doivent être payés les salariés* ». La Chambre, malgré l'opposition du Sénat, entend résister « *sur le problème des amendes, le dépôt des règlements au secrétariat du conseil de prud'hommes et les sanctions pénales pour la non-application de la loi* ». Finalement, un nouveau texte est renvoyé au Sénat en 1898, lequel « *rétablit les amendes et toutes les formes de sanctions qui lui paraissent indispensables, mais il suit la chambre sur tous les autres points sauf les pénalités* ». Dix ans d'ajournements plus tard, le Sénat propose le maintien du « *principe des retenues sur salaire […] les amendes ne seront autorisées qu'en application du règlement d'atelier et leur montant ne pourra excéder le quart du montant du salaire journalier, […], leur produit devra être versé à une caisse de secours du personnel et elles devront être inscrites sur un registre tenu à la disposition de l'inspecteur du travail* ». Finalement, la loi du 7 décembre 1909 relative au paiement des salaires conservera toute liberté aux patrons en ce qui concerne la rédaction des règlements d'ateliers. Elle leur impose tout juste de payer les salaires en « *monnaie fiduciaire ayant cours légal* », « *au moins deux fois par mois à seize jours au plus d'intervalle* » pour les ouvriers du commerce et de l'industrie, et « *au moins une fois par mois* » pour les employés. Ainsi, « *le patronat a réussi à conserver le droit de réglementer sans limite la présence des salariés dans l'entreprise* » (F. HODERN, *Le règlement d'atelier au XIXème siècle*, cahier n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991).

177. Outre l'iniquité et l'injustice évidente, déjà rabattues, du point de vue contractuel et individuel, il faut relever que cette situation a produit une masse *misérable*[502] à bien des égards. Ces contractants malheureux composent en effet un amas d'individus affectés de pauvreté[503], d'insécurité[504], exposés à de graves périls[505], et sujets à une exploitation patronale arbitraire[506]. Notons également que la « *seconde révolution industrielle* »[507] a homogénéisé cette masse laborieuse en même temps qu'elle confortait la favorisation de la classe bourgeoise. Le constat aurait pu en rester là, et la fracture sociale demeurée indifférente, si un grondement « *misérabiliste et ouvriériste* »[508] de mécontentement ne s'était pas fait sentir au travers d'un certain nombre de grèves, de luttes ouvrières, qui ont par ailleurs souvent appelé des répressions syndicales extrêmement violentes[509]. On a également appris de 1789 que les « *classes laborieuses* » sont des « *classes dangereuses* »[510], et cette leçon amène les politiques et les juristes – souvent les mêmes – à s'intéresser tout particulièrement à la dangereuse question sociale.

---

[500] Alors même que dès le premier quart du XIX[ème] siècle, certains juges du fond avaient exigé un dépôt préalable et exercé un contrôle matériel (V. notes xxx), le régime légal commencera timidement à se dessiner en 1982, il s'agit de la loi n° 82-689 relative aux libertés des travailleurs, codifiée aux actuels articles L. 1311-2 et suivants C. trav. Les conseils de prud'hommes, s'ils n'ont pas tous développé une jurisprudence ferme à ce sujet sur la période, étaient cependant, dés l'origine, favorables à l'association des ouvriers à la rédaction des règlements et à leur approbation préalable par des assemblées générales. Ils souhaitaient également une forte limitation des amendes. De même, la plupart des inspecteurs du travail appellent par la suite une législation spéciale au sujet des amendes, et l'instauration de la proportionnalité au montant du salaire (M. KIEFFER, *La législation prud'homale de 1806 à 1907*, Le Mouvement social, oct.- déc. 1987, p. 16).

[501] V. plus loin

[502] En écho aux Misérables de Victor Hugo parue en 1862, œuvre réaliste sur la justice sociale et la dignité humaine, qui veut rendre compte de la « *dégradation de l'homme par le prolétariat* ».

[503] Les salaires sont fixés unilatéralement par les patrons (V. notes xx).

[504] La révocation peut avoir lieu à tout moment selon l'arbitraire de l'employeur (V. notes xxx).

[505] L'absence de responsabilité de l'employeur en cas d'accident, conjuguée de la dureté des conditions de travail, ou encore de l'insalubrité des ateliers (V. notes xx).

[506] Au sujet du caractère unilatéral de l'édiction des règlements d'ateliers, lesquels constituent de « *véritables législations* » auxquelles sont appliquées la présomption contractuelle (V. notes xxx).

[507] A. COTTEREAU, *Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homales (1806-1866)*, Le mouvement social, n° 141, octobre-décembre 1987, Les Editions ouvrières, Paris, p. 31.

[508] A. COTTEREAU, *Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homales (1806-1866)*, Le mouvement social, n° 141, octobre-décembre 1987, Les Editions ouvrières, Paris, p. 31.

[509] Il en est ainsi notamment à Anzin en 1884, à Decazeville dans les mines en 1884 (au sujet d'une réduction des salaires), en 1892 toujours dans les mines, en 1898 à Saint Etienne pour les chemins de fer, ou encore en 1900, la grève de 14 jours dans l'industrie de la dentelle à Calais pour la réduction du temps de travail, celle de 1899 dans l'industrie rubanière à Saint Etienne également etc.

[510] Pour reprendre le titre de la thèse de L. CHEVALIER, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIXe siècle,* Plon, collection Civilisations d'hier et d'aujourd'hui, 1958.

B. La dangerosité matérielle et idéologique

178. A plusieurs égards en effet, la question sociale présente de dangereux aspects. D'abord parce qu'elle met en opposition frontale les deux strates principales et constitutives de la société française. L'une est quantitativement limitée, mais elle possède la plus grande part de la richesse, dont les moyens de production, tandis que l'autre, massive, évolue dans un dénuement financier, matériel[511] et moral, de même qu'elle ne paraît pas véritablement intégrée[512] à la société contemporaine et ne dispose que de sa seule force de travail. En ce sens, leurs caractéristiques, de même que leurs intérêts sont fondamentalement contraires. Le risque principal dans cette société de classes est évidemment celui prédit par Marx puis Engels : la révolution ouvrière à l'issue de la lutte des classes.

179. Par ailleurs, si « *l'émancipation des travailleurs doit être l'œuvre des travailleurs eux-mêmes* », la crainte est d'autant plus sérieuse que la masse ouvrière est colossale à l'échelle du pays. La bourgeoisie est en conséquence, si ce n'est inquiète, du moins préoccupée par la menace de désordres et d'agitations populaires, qui pourraient évoluer en révoltes structurées, et *in fine* se transformer en révolution organisée[513]. Les sensibles soulèvements du tournant du siècle, bien qu'épars et isolés, confortent par leur violence cette crainte latente. De même que certains propos, bien que littéraires, qui prédisent qu' « *un nouveau 89 se prépare ! »*[514]. Par ailleurs, une doctrine socialiste qui prend véritablement pour responsable de l'inégalité sociale la bourgeoisie des propriétaires, et qui en fait sa cible nommée, se développe et contribue à semer un trouble diffus parmi des élites désormais « *dans la hantise d'une fracture révolutionnaire de type explosif sur la toile de fond de l'événement traumatique de la Commune, de grèves multipliées et d'une radicalité nouvelle, des progrès de l'influence socialiste et de son discours de rupture* »[515]. Outre les troubles objectifs et sociaux qu'elle cause, c'est vraisemblablement l'idéologie qui la

[511] Les maigres salaires créent en effet une paupérisation qui touche tous les aspects : logement, santé, niveau de vie etc.
[512] Il s'agit d'une certaine façon des revendications mêmes des travailleurs, qui raillent une tromperie : si le pouvoir politique leur a octroyé une liberté et une égalité de principe, les suites ont amené leur exclusion sociale, un asservissement en a appelé un autre, d'où les grèves et le refus de participer à la vie économique.
[513] Bien plus que le renversement d'un gouvernement, c'est véritablement l'ébranlement de tout un ordre social favorable aux classes aisées qui concentre les peurs.
[514] G. FLAUBERT, *L'éducation sentimentale*, paru en 1869, réed. Paris, Seuil, Coll. Tel quel, 1963, p. 72 (« *ces bonnes gens qui dorment tranquilles, c'est drôle ! Un nouveau 89 se prépare ! On est las des constitutions, des chartes, des subtilités, des mensonges…* »).
[515] C.-M. HERRERA, *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe république*, Paris, Kimé, 2003, p. 18.

soutient et qui tend à l'ordonner sur le plan intellectuel qui cristallise les inquiétudes de la classe politique et juridique dominante. En effet, le socialisme est appréhendé comme particulièrement dangereux à deux égards, d'une part en raison de son fonds idéologique[516], et d'autre part en raison des moyens d'action qu'il projette. Né de la dureté de la condition ouvrière et fondamentalement opposé au libéralisme, il s'agit avant tout d'une doctrine globale, en ce qu'elle entend repenser l'entière organisation sociale et économique pour la rendre plus juste. Le but ultime étant de gommer toutes les inégalités entre les individus par un partage équitable des ressources. Elle implique donc une dépossession matérielle de la classe dominante, par la condamnation de la propriété, aux fins de satisfaire les intérêts de tous, et spécialement des prolétaires, dont la défense des intérêts demeure la substance de cette doctrine. L'industrialisation en a naturellement fait un combat largement syndical et elle devient une force politique majeure au XX^{ème} siècle.

180. Quant aux procédés d'action, deux courants s'affrontent au sein des partis et des syndicats socialistes. Le courant réformiste attend des luttes ouvrières qu'elles engendrent des réformes afin d'améliorer progressivement la condition des travailleurs, il demeure minoritaire par rapport au courant révolutionnaire qui prône la violence des conflits aux fins de renverser le système par la force. Ce second courant tente de favoriser une conscience de classe organisée chez les ouvriers, en vue de la lutte prédite, il prend sa principale source dans le mouvement syndicaliste. Les deux courants apparaissent pour autant particulièrement dangereux. Le mouvement révolutionnaire pour des raisons évidentes et le mouvement réformiste pour des raisons pratiques. En effet, l'instauration du suffrage universel non censitaire par la III^{ème} République rend plausible, du moins possible, un renversement politique démocratique.

[516] Précisons que s'il apparaît particulièrement dangereux au tournant du siècle, il s'agit d'une idéologie bien plus ancienne, développée dès le premier tiers du XIX siècle, par des auteurs tels Louis Blanc ou Eugène Buret (V. plus loin), qui réclament dès 1830 une réforme sociale en matière industrielle. Dans la communauté universitaire des juristes du début du XXème siècle, le socialisme est porté principalement par E. Lévy (*Une vision socialiste du Droit*, 1926) de la Faculté de Lyon. Sans qu'ils adhérent franchement à la doctrine, d'autres auteurs, plus ou moins proches de Lévy, défendent des positions qui s'en rapprochent, tels E. Lambert, P. Pic, ou bien entendu L. Duguit.

II : LA NECESSITE DU COMPROMIS

181. La solution à ces graves tensions sera, une fois encore, juridique et elle résultera du compromis. Il convenait en effet d'élaborer des constructions sociales sans pour autant remettre en cause les fondements libéraux du contrat (A). A ce jeu, il était dès lors inévitable de voir les matières concernées quitter le droit civil pour se développer techniquement dans le droit spécial (B).

A. Le déploiement du solidarisme contractuel

182. La solution doit impérativement être juridique. La communauté des juristes a par ailleurs la conscience qu'il faut désamorcer et prévenir en amont. La réaction doit intervenir avant qu'une émeute ne dégénère, avant que le socialisme politique ne se concrétise. La répression pour elle-même est vaine dans la mesure où « *la résistance aveugle […] ne peut rien empêcher* »[517]. Beaucoup, tels Saleilles ou Josserand, voient par ailleurs dans l'exacerbation du volontarisme juridique, spécialement au sujet des rapports contractuels, individuels et collectifs, une cause de la piteuse situation économique des travailleurs, puisqu'en effet ce sont les contrats unissant les patrons aux travailleurs, et leur régime, qui constituent notamment les instruments de l'asservissement social. Ils sont en ce sens tout-à-fait conscients de la responsabilité des conceptions et des acceptions libérales développées depuis des décennies, de même que Saleilles admet que le législateur de 1804 a « *organisé sans le savoir et sans le vouloir, le Code de la bourgeoisie* » lequel s'est ainsi constitué « *la charte de la propriété acquise* », sans secours « *pour tous ceux qui avaient encore tout à acquérir, qui avaient à parcourir tous les degrés, à partir du plus infime, de l'échelle sociale* »[518]. De même, ils semblent convenir également du fait que la solution doit être, à l'instar du problème, de nature juridique, et spécialement d'ordre contractuel. En ce sens, beaucoup évoquent une révision du Code civil, afin de lui éviter une abrogation révolutionnaire ou, pire encore, une refonte entière d'inspiration socialiste. Il faut dès lors impérativement adapter l'ordre juridique aux suppliques des forces vitales du pays, sans quoi un nouvel ordre pourrait lui être entièrement substitué, sans plus aucun moyen pour

[517] J. CHARMONT, *La Socialisation du droit*, Revue Métaphysique et morale, 1903, p. 404
[518] R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, dans *Le code civil, (1804-1904), Le livre du Centenaire*, publié par la Société d'études législatives, t. 1, 1904, p. 115.

une bourgeoisie « *qui a vu ses aspirations libérales comblées* » de « *se prémunir contre le risque […] de perdre les avantages acquis* »[519]. L'ordre à venir « *restera bien encore le code de la démocratie politique tel qu'on a voulu le faire en 1804, mais imprégné désormais des idées sociales qui doivent caractériser la démocratie de 1904* »[520].

183. C'est ainsi « *l'invention du social* », en réaction au socialisme, et au secours du libéralisme. Le *social* apparaît en effet « *comme une invention nécessaire pour rendre gouvernable une société ayant opté pour le régime démocratique. Toute son histoire se présente comme la recherche d'une voie qui évite tant les fourches caudines de la Révolution que celles de la tradition, afin d'apporter une solution spécifiquement républicaine à la question de l'organisation de la vie des hommes en société, par-delà les sommations doctrinaires du libéralisme et du socialisme* » [521]. De même qu' « *il est un mode de résorption des contradictions internes qui surgissent dans l'idéal républicain lorsqu'il se trouve confronté par la forme démocratique à la division de la société* »[522]. L'entreprise doit en ce sens tendre, encore une fois, vers la pacification des rapports interindividuels : « *Il s'agit d'un ordre social à établir […] Si donc la liberté individuelle reste un dogme intangible, la société se doit à elle-même de venir en aide aux […] victimes de la liberté* »[523]. L'amélioration des conditions ouvrières, doit par ailleurs relever de l'élaboration d'un « *droit social* » qui constituera « *la revanche de l'idée de solidarité sociale du groupe homogène à l'encontre de la dispersion des unités du système individualiste […], il devra, sans détruire le droit individuel, poser les bases d'un nouvel équilibre social* »[524]. Clairement, il s'agit d'adopter la nouvelle théorie politique du

[519] A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français (La règle du jeu dans la paix bourgeoise)*, LGDJ, Paris, 1973, p. 55.
[520] R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, dans *Le code civil, (1804-1904), Le livre du Centenaire*, publié par la Société d'études législatives, t. 1, 1904, p. 129.
[521] J. DONZELOT, *L'invention du social : essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, coll. L'espace du politique, 1984, p. 13-14.
[522] J. DONZELOT, *L'invention du social : essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, coll. L'espace du politique, 1984, p. 15. La confrontation entre « *l'idéal républicain et la forme démocratique* » (J.-P. CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 2) a produit « *l'éclatement de la capacité consensuelle que l'on prêtait jusqu'alors au droit, et qui en faisait l'instrument par excellence de l'organisation républicaine de la société* » (J. DONZELOT,*L'invention du social : essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, coll. L'espace du politique, 1984, p. 36).
[523] R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, dans *Le code civil, (1804-1904), Le livre du Centenaire*, publié par la Société d'études législatives, t. 1, 1904, p. 117.
[524] R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, dans *Le code civil, (1804-1904), Le livre du Centenaire*, publié par la Société d'études législatives, t. 1, 1904, p. 114.

solidarisme[525], mais également de l'adapter à la matière contractuelle. Savamment instrumentalisée et adroitement construite, l'entreprise permettra d'apaiser les tensions, et surtout de freiner l'essor d'une idéologie socialiste et marxiste particulièrement séduisante pour un prolétariat en colère, et largement portée par le mouvement syndicaliste qui émerge.

184. Le solidarisme signe en ce sens la réception du réalisme en matière contractuelle : *« Le droit s'ouvre sur la question sociale ; laquelle implique que les solutions juridiques ne soient plus seulement déduites des règles abstraites et ancestrales compilées dans le Code civil, mais aussi, et peut-être surtout, construites par un raisonnement inductif qui prend ses racines dans les faits, dans la société ».* Les justifications des premières constructions socialisantes en matière de relations contractuelles relevaient ainsi davantage d'enjeux politiques que de la recherche d'une justice conventionnelle effective pour elle seule. Le mouvement de socialisation contractuelle entrepris au centenaire est en ce sens éminemment contraint, les juristes et politiques sont *« angoissés par les troubles sociaux et la montée des extrêmes de tous bords »*, il apparaît davantage inévitable que souhaitable « *de faire pénétrer le social dans le droit* »[526]. Précisons par ailleurs que ce sont des auteurs libéraux, bourgeois, qui entreprennent d'élaborer les propositions solidaristes en doctrine et au sein de la commission de révision du Code civil, tels notamment Saleilles[527],

[525] Rappelons qu'il s'agit d'une doctrine prospère au début du XX^{ème} siècle. Formalisée quelques années plus tôt, à partir des travaux de Durkheim, par Léon Bourgeois (*Solidarité*, Paris, A. Colin, 1896), puis Célestin Bouclé (*Le solidarisme*, Paris, V. Giard et E. Brière, coll. « Les doctrines politiques », 1907), elle est devenue, selon ce dernier « *la philosophie officielle* » (Bouglé C., *Le solidarisme*, 1924, p. 27) du XX^{ème} siècle. Elle postule que les individus et les groupes sociaux qui composent la société, sont gouvernés par des rapports d'interdépendance, de complémentarité et de cohésion. La solidarité doit en ce sens se substituer à la lutte des classes, le solidarisme appelle une *« responsabilité mutuelle qui s'établit entre deux ou plusieurs personnes* », un « *lien fraternel qui oblige tous les êtres humains les uns envers les autres, nous faisant un devoir d'assister ceux de nos semblables qui sont dans l'infortune* ». Elle reprend par ailleurs l'idée du contrat social, en ce qu'il existe des dettes réciproques entre l'individu et la société : l'individu doit se conformer à la règle commune et participer au fonctionnement global d'une société qui doit lui assurer la satisfaction de ses intérêts, et garantir la justice sociale. Au moment troublé du centenaire, elle se pose ainsi comme une solution de modération en ce qu'elle prône un *socialisme libéral*, une sorte de compromis entre l'idéal républicain et la menace du socialisme. Ce caractère tempéré lui permet d'emporter l'adhésion d'une part importante des républicains de la III^{ème} République, confrontés au dilemme de la préservation des bases républicaines libérales et la nécessité de restaurer et de rénover l'édifice social. Elle paraît en effet moins radicale qu'une doctrine socialiste porteuse d'une volonté de renversement global de la société, et qui oscille pour cela entre l'action politique offensive et le conflit révolutionnaire. C'est également pour ces raisons qu'elle va inspirer les auteurs civilistes, tel Saleilles, soucieux de concilier la substance du dogme libéral avec des solutions protectrices.

[526] J.-P. CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 3.

[527] L'ordre social qui pourrait potentiellement s'ébranler est le sien. On classe en effet Saleilles parmi la bourgeoisie, en raison d'une part de son statut de professeur à la Faculté de droit de Dijon, puis de Paris, et d'autre part de ses idées politiques relativement conservatrices. Il estime en effet que la démocratie doit être

Josserand[528], Demogue[529] ou, dans une moindre mesure, Ripert[530]. Sur le fond, notons enfin que le solidarisme, tel qu'il est développé dès le début du XX^{ème} siècle, relève d'un mouvement artificiel qui n'entend pas remettre en cause les principes libéraux supposément fondateurs. L'enjeu demeure la sauvegarde des privilèges de la classe bourgeoise, assise sur la liberté, la propriété, la volonté et la stabilité politique[531].

185. Le solidarisme se révèle en ce sens pragmatique et non idéologique, il s'agit d'œuvrer aux fins de juguler les dangereuses et militantes doctrines socialistes, tout en conservant à la classe dominante les bénéfices qu'elle a consciencieusement tirés du déploiement du libéralisme depuis le siècle précédent. Le solidarisme apparaît alors explicitement comme un compromis, une « *tierce voie* »[532], « *une doctrine [...] tranquillisante* » [533], qui vise à garantir, au prix de quelques sacrifices, le maintien de la « *paix bourgeoise* »[534]. Ces sacrifices tiennent en matière contractuelle en une *simple* modération de « *l'autonomie absolue de la volonté*»[535] : « *A l'état supprimant l'individu, ce qui est le rêve de certains socialistes, opposons le principe de la collectivité prêtant aide et assistance mutuelle aux fidèles de la liberté, pour la défendre par en haut contre ceux qui en abusent et la*

---

dirigée par « *une aristocratie élective et intellectuelle destinée à éviter toute dérive anarchique et populaire* » (H. MOUBSIT, *La volonté et le contrat dans la pensée de Raymond Saleilles*, Mémoire pour l'obtention du master, sous la direction de M. le professeur CH. JAMIN, Université du droit et de la santé, Lille 2, 2005, p. 67), et précise en ce sens que « *l'élection a pour but de faire sortir de la masse une aristocratie politique ; et c'est cette aristocratie qui gouverne n'ayant de compte à rendre que vis-à-vis d'elle et de conseils à prendre que d'elle-même* » (R. SALEILLES, *La représentation proportionnelle*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1898, t. 9, p. 226).

[528] V. note xx sur la « *figure institutionnelle* » qu'était Josserand.

[529] Agrégé à l'université de Lilles, puis professeur à celle de Paris en 1914. « *Fait peu connu mais significatif : il a épousé Isabelle Reimbau dont la soeur est la femme de l'un des fils de Léon Harmel. Né en 1829 et décédé en 1915, ce dernier est « la figure de proue du patronat chrétien en France dans le dernier quart du XIXe siècle* » (P. CHRISTOPHE, *Grandes figures sociales du XIX^{ème} siècle*, Desclée de Brouwer, 1995, p. 141 ; cité par CH. JAMIN, *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ, 2006.56, p. 16).

[530] Libéral et figure institutionnelle par excellence, doyen de la faculté de paris, membre de l'académie des sciences morales et politiques en 1937, secrétaire d'Etat à l'Instruction publique et à la Jeunesse en 1940, sa participation, mineure, à l'entreprise de socialisation sera purement *tactique* (V. plus loin).

[531] Ces principes-là ne subissent du solidarisme aucune menace substantielle, de même l'abandon de la théorie de l'autonomie de la volonté est inenvisageable, cela constituerait, nous dit Saleilles « *un recul de plusieurs siècles* » (R. SALEILLES, *Le risque professionnel dans le code civil, La réforme sociale*, 1898, p. 463).

[532] A.-J. et N. ARNAUD, *Une doctrine de l'état tranquillisante : le solidarisme juridique*, Archives de philosophie du droit, 1976, Le déclin de l'Etat, t. 21, p. 144.

[533] A.-J. et N. ARNAUD, *Une doctrine de l'état tranquillisante : le solidarisme juridique*, Archives de philosophie du droit, 1976, Le déclin de l'Etat, t. 21, p. 131.

[534] A.-J. et N. ARNAUD, *Une doctrine de l'état tranquillisante : le solidarisme juridique*, Archives de philosophie du droit, 1976, Le déclin de l'Etat, t. 21, p. 148. Une fois *débarrassés* des troubles sociaux et de la menace de la lutte des classes, la bourgeoisie se verra assurer « *une vie plus enviable et plus paisible, une forme plus élevée de bonheur* » (J. CHARMONT, *La Socialisation du droit*, Revue Métaphysique et morale, 1903, p. 405).

[535] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 12 ; telle qu'elle est défendue par ses « *partisans extrêmes* » (p. 214).

développer par en bas chez ceux qui n'ont pas assez de ressources pour en user »[536]. L'idéologie sociale cède ainsi devant les nécessités politiques[537], pour preuve, au sujet du solidarisme, Saleilles précise qu'« *il ne s'agit ni de privilèges à rebours, ni de fausse sentimentalité, et encore moins de chimérique à établir* […] *cette conception sociale du contrat, loin d'être la négation du droit individuel, en est comme le complément et l'extension nécessaire* »[538]. Demogue qui relève encore que l'idée de solidarité est une « *habile façon de plumer un bon nombre de poules tout en évitant de les faire crier* »[539]. Très logiquement, la grande part des conceptions solidaristes reflète les caractères de leur émergence, elle se révèle par conséquent ni « *politiquement ni théoriquement assumée, mais seulement techniquement obtenue* », ce sont en ce sens « *des constructions sans rupture théorique* »[540]. Il demeure naturellement des distinctions sensibles parmi les motivations et les propositions des auteurs solidaristes, qui soulèvent parfois d'apparentes contradictions. Ainsi des *« convictions humanistes »*[541] de Josserand, d'une certaine forme de « *militantisme social* »[542] chez Demogue ou encore de la « *concession tactique* » [543] d'un Ripert. Tous les juristes ne sont cependant pas prêts à franchir le cap des propositions socialisantes, tels Beudant ou Planiol[544]. De même que d'autres figures libérales déplorent

[536] R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, dans *Le code civil, (1804-1904), Le livre du Centenaire*, publié par la Société d'études législatives, t. 1, 1904, p. 117. Saleilles semble ainsi proche du catholicisme social.

[537] Le solidarisme est en ce sens la réponse pratique aux questions qui se posent à l'aube du XX^{ème} siècle. Il permet de *« répondre aux nouveaux besoins sociaux, aux aspirations de la majeure partie de la population pour qui les conditions de la vie bourgeoise sont hors de portée, sans déstabiliser la société entière* », et de *« garder les fondements et l'organisation de cette société (laquelle est dominée par la bourgeoisie), tout en les adaptant suffisamment pour conjurer les risques d'une révolution »* (J.-P. CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 7).

[538] R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, dans Le *code civil, (1804-1904), Le livre du Centenaire*, publié par la Société d'études législatives, t. 1, 1904 p. 117.

[539] R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p. 164.

[540] J.-P. CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 5 ; au sujet des constructions de l'auteur relativement à la protection de la partie faible au contrat.

[541] Lequel entendait « *mettre le social au cœur du droit civil* » (J.-P. CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 6), à mettre en lien toutefois avec son attachement aux bases libérales du contrat.

[542] Au sujet de ses propositions visant à l'extension de la lésion, V. notes plus loin..

[543] « *Ripert tente de juguler le social en se servant du droit civil comme rempart, même s'il consent à l'adapter à la marge* » (J.-P. CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 8).

[544] Ils se veulent alors « *les gardiens de l'ordre libéral et de la tradition […] ; ils tentent de s'opposer aux évolutions qui dissolvent le droit civil issu du Code de 1804 et risquent de renverser la hiérarchie sociale* » (J.-P. CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis*

une « *fâcheuse présomption de voracité et d'immoralisme* » à l'égard de « *celui qui a réussi économiquement* », ou encore une « *malveillance réelle des pouvoirs publics à l'égard des entreprises qui réussissent* », et s'insurgent ouvertement contre la « *condescendance envers les « ratés »* » qui « *finit par être irritante* » [545]. Pour autant, il faut relever que la majorité des juristes semble adopter « *une position conciliatrice ou médiane. Ils souhaitent ardemment préserver l'ordre social, mais ils consentent, ou bien avec conviction ou bien par fatalisme ou encore par intelligence tactique, à des transformations du droit* »[546]. On relève enfin à ce stade la spécificité accordée à la matière *travailliste*[547]. L'instrument conventionnel de travail est ainsi très tôt paré d'enjeux particuliers, qui le font bénéficier d'un soin tout particulier. Le contrat de travail, outre la mise en rapport des contractants au service d'une entreprise définie et commune dans son objet, doit signer une intégration, une satisfaction sociale particulière. De même, le courant syndicaliste se durcit, et avec lui les velléités du socialisme, il faut donc le satisfaire.

186. Si l'entreprise de socialisation demeure globale, et vise les faibles en général, il semble que la matière industrielle cristallise véritablement le déploiement des propositions solidaristes, lesquelles, au-delà de leurs divergences, se rejoignent par ailleurs sur leur caractère éminemment dérogatoire.

---

républicain, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 2).

[545] Propos tirés d'une lettre adressée par Achille Mestre à Josserand le 14 juillet 1936 (Archives Départementales du Rhône (ADR), 224, J.31, Fonds Louis Josserand) : « *N'ayant pas participé cet après-midi aux manifestations du Front Populaire, j'ai pensé que je n'aurai pas de meilleur et de plus agréable emploi de ma journée que de suivre, dans votre beau livre Evolutions et Actualités, le déclin des grands principes de 1789 dans la jurisprudence civile contemporaine […] Vous avouerai-je que j'aurais souhaité y trouver - ne fût-ce qu'en passant - une explication un peu moins idyllique de la profusion des « faibles ?» Notre législation en cette matière ne viendrait-elle pas quelque peu du suffrage universel et du rôle que jouent les masses, où dominent les « faibles », dans la désignation des législateurs ? Il y a d'ailleurs deux catégories de faibles sur lesquels, il me semble, vous avez glissé et qui jouent pourtant dans le devenir juridique des rôles de protagonistes : débiteurs et locataires. Ce sont surtout, en tant (sic) de crise, de forts électeurs. Vous dites que Ripert est 'intéressé' par le fort plus que par le faible. J'incline à penser que la loi n'est pas assez intéressée par le fort, c'est-à-dire par celui qui a réussi économiquement et je trouve qu'il y a quelqu'injustice (sic) à le laisser discréditer et à faire peser sur lui je ne sais quelle fâcheuse présomption de voracité et d'immoralisme. Je ne dis certes pas que tel est votre cas, mais la malveillance réelle des pouvoirs publics à l'égard des entreprises qui réussissent (décrets-lois sur l'électricité, la sucrerie, etc.) et leur condescendance envers les 'ratés', finit par être irritante. Tout cela est question de mesure et le problème consiste à être humain envers les malheureux sans décourager les autres* » (cité par J.-P. CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 4).

[546] « *[…] C'est en ce sens que le droit se socialise* » (J. CHARMONT, *La socialisation du droit, (leçon d'introduction d'un cours de droit civil)*, Revue de métaphysique et de morale, 1903, p. 380).

[547] « *Le droit rassemblant des citoyens égaux contre les privilèges de quelques-uns ne rassemble plus, mais divise et il divisera sur cette question du droit au travail.* » (J. DONZELOT, *L'invention du social : essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, coll. L'espace du politique, 1984, p. 18).

B. Des propositions solidaristes techniques et dérogatoires

187. Au-delà de l'immense diversité des propositions solidaristes, des éléments et des constructions communes émergent. Sur la forme, nous l'avons dit, elles sont majoritairement techniques, en ce sens qu'elles apparaissent très construites – on relève l'injustice, on aménage, on construit, on encadre, on justifie – et innovantes, sans référence à un droit commun des contrats, notamment sans référence à un texte du Code civil. Sur le fond, elles signent une réelle prise en compte du pouvoir en ce qu'elles entendent agir par des mécanismes particuliers de protection de la partie faible. Le pouvoir est pris en compte, intégré, mais il n'est pas remis en question. Le solidarisme entend responsabiliser la partie forte, aménager et neutraliser les conséquences les plus injustes de sa domination, sans jamais véritablement la limiter ou s'attacher au traitement de ses causes. Il n'empêche cependant qu'émergent également, en filigrane et sans succès immédiat, des théories plus générales, que l'on peut véritablement qualifier de conceptuelles.

188. Nous l'avons dit, les solidaristes transcrivent dans leurs constructions la légendaire concession entre les aménagements sociaux et les bases libérales. La théorie très construite du contrat d'adhésion développée par Saleilles illustre, par sa justification et sa technicité, la préoccupation de ménagement des bases libérales. Il s'agit en ce sens d'une construction globale qui comprend la qualification précise des contrats auxquels elle s'applique, la détermination du contenu du régime d'interprétation afférent, de même qu'elle est assortie d'un régime de responsabilisation de la partie dite forte au profit de la partie dite faible. Relevons déjà que ces « *contrats d'adhésion* […] *n'ont du contrat que le nom* ». En effet, Saleilles les exclut de la catégorie contractuelle dans la mesure où « *il y a une prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale* »[548], alors qu'un véritable contrat suppose nécessairement et impérativement *« un accord et concours de volontés* ». Le « *contrat d'adhésion* » est un acte unilatéral, plus précisément une « *déclaration unilatérale de volonté* », par laquelle l'offrant « *dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée et qui s'engage déjà par avance unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat* »[549]. En lieu et place de consentement, il n'y a qu'une stricte adhésion aux conditions déterminées

[548] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 229.
[549] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 230.

préalablement et exclusivement par l'autre partie. De même, la liberté ne préside pas même à l'adhésion, et Saleilles prend en exemple la nature des « *contrats d'adhésion* » afin de le justifier, il s'agit des contrats indispensables à la vie quotidienne : « *tous les contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes compagnies de chemins de fer et de tous ces contrats qui revêtent comme caractère de loi collective et qui […] se rapprocheraient beaucoup plus de la Lex que de l'accord des volontés* ». La neutralisation du pouvoir contractuel, tant au stade de la formation qu'à celui de l'exécution, sauvegarde l'intégrité du « contrat » selon l'acception libérale classique. En ce sens, Saleilles détermine strictement le domaine de qualification des actes pour lesquels il va proposer un régime solidariste. Il justifie par ailleurs ce régime par l'injustice de l'application du droit commun aux « *contrats d'adhésion* ». En effet, la mise en œuvre des fictions du consentement, de la volonté, de l'interprétation de la commune intention et de la force obligatoire, sans intérêt de la réalité de l'inégalité et du déséquilibre de la relation relèvent de l'injustice dans la mesure où véritablement les clauses n'ont pas été librement et volontairement débattues, ni même consenties, et peuvent se révéler profondément injustes pour l'adhérent, ouvrier ou voyageur. L'injustice de cet acte non contractuel légitime en ce sens l'application d'un régime solidariste qui trouverait une expression dans le déploiement de l'intervention correctrice du juge, par l'interprétation en équité, selon les nécessités de justice sociale. Le juge ne doit dès lors pas rechercher une volonté commune fictive, mais : « *l'interprétation, dans ce cas, devrait s'en faire comme celle d'une loi proprement dite* »[550], cette « *Lex* » se rapprochant effectivement d'une loi[551], il convient, sous réserve de sa validité, de délaisser la volonté passive de l'adhérent au profit de la seule volonté active dans l'appréciation des effets du contrat. Le juge doit s'attacher à « *l'interprétation de la seule volonté qui a été prédominante, qui seule a formé l'engagement, à la façon d'une compagnie qui émet des titres au porteur et qui s'oblige déjà par l'émission des titres, avant toute acception par voie de souscription* »[552], cette « *volonté qui, par suite, a créé une loi contractuelle, offerte aux adhésions particulières, et qui doit être appliquée dans le sens de ce qu'exigent la bonne foi et les rapports économiques en jeu, dans leurs combinaisons avec ces lois d'humanité qui s'imposent, dès*

[550] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 230.
[551] Le contrat d'adhésion provient d'une volonté unilatérale et exclusive, de même qu'il a vocation à s'appliquer à une collectivité, comme la loi.
[552] Dans l'appréciation de la loi du plus fort, il convient d'interpréter les clauses générales « *dans l'intérêt des collectivités auxquelles elles s'adressent* », et non tenir compte d'une volonté inexistante de l'adhérant, de « *ce qu'a pu croire et vouloir* » l'ouvrier par exemple (R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à144),* Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 230).

qu'un particulier, une compagnie ou une autorité publique, touchent, par voie de règlements généraux, aux conditions de la vie économique ou sociale de l'individu »[553]. Autrement dit, il faut insuffler du « *social* » dans l'appréciation judiciaire de ces actes aux fins de neutraliser une domination à vocation générale[554], l'interprétation en équité de la volonté unilatérale est alors un moyen.

189. Il faut dire un mot ici de Josserand, parce qu'il ne partageait pas l'avis de Saleilles au sujet de la nature extracontractuelle du contrat d'adhésion[555], et parce que lui aussi s'est amplement intéressé à la protection de la partie faible au contrat. Et ses propositions apparaissent également très construites sur le sujet. Quant à l'identification des faibles, et de la nature de la faiblesse, Josserand prend acte des mutations économiques et sociales contemporaines[556], il explique en ce sens que la faiblesse, détachée des caractéristiques personnelles, est désormais « *professionnelle ou contractuelle ou fonctionnelle* »[557], et la conséquence d'une domination structurelle. En ce sens, ce n'est plus « *la personne du protégé qui devient le siège de mesures protectrices […] c'est la partie adverse que l'on atteint et dont on paralyse, dont on conditionne l'activité ; c'est le plus fort que l'on maîtrise afin qu'il n'exploite pas injustement le faible ; le handicap est pour lui, non pour sa victime désignée* »[558], appelant que des mesures soient « *prises pour venir au secours des nouveaux faibles, de ceux qui subissent l'oppression des forces économiques et*

[553] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 230.

[554] Le cas par exemple lorsque l'employeur parvient à réduire discrétionnairement le salaire par un jeu de clauses énoncées dans le règlement, relatives notamment aux éventuelles « fautes contractuelles », en réalité inexistantes.

[555]En effet, Josserand estime que « *La volonté participant de l'essence du contrat, le seul échange des consentements suffit à le former* » (*Cours de droit civil positif français*, Sirey, 1ère éd. 1930, t. 1, n° 32), il est indifférent que les parties soient affectées d'une inégalité économique ou que l'une d'elles ait préalablement et unilatéralement rédigé le contrat. En raison de l'adhésion, qu'il assimile à l'expression d'un consentement, le contrat *d'adhésion* demeure un contrat, et non pas un acte unilatéral. La définition de la convention n'exige pas l'existence de négociations préalables, de même s'« *Il est bien vrai que le pollicitant joue, dans la tractation, un rôle prépondérant et qu'il occupe une situation dominante ; […] le législateur n'exige nulle part une égalité dans la collaboration des parties à un contrat ; la liberté économique n'est pas une condition de validité des conventions* » (*Cours de droit civil*, t. 2, 3ème éd., 1939, n° 400).

[556] « *Les faibles d'aujourd'hui ne sont plus toujours les faibles d'autrefois* », il désigne en ce sens les ouvriers, et les clients des grandes compagnies, la puissance et la faiblesse sont économiques et industrielles (L. JOSSERAND, *La protection des faibles par le droit*, *Evolutions et Actualités,* conférences de droit civil, Sirey, 1936, p. 159).

[557] L. JOSSERAND, *La protection des faibles par le droit*, in *Evolutions et Actualités,* conférences de droit civil, Sirey, 1936, p.167.

[558] L. JOSSERAND*, La protection des faibles par le droit*, in *Evolutions et Actualités,* conférences de droit civil, Sirey, 1936, p 171.

sociales du monde contemporain »[559]. Il préconise alors des mesures préventives et admet des mesures réparatrices. La prévention tient notamment à la prohibition législative de « *certaines clauses de nature à mettre le faible à la discrétion du fort »,* et « *Si les mesures préventives sont demeurées infructueuses, si le faible a été exploité, s'il a été blessé, si l'équilibre été effectivement rompu entre les intérêts en présence, alors interviennent des mesures de réparation : lorsqu'on n'a pu prévenir le mal, on doit s'efforcer de le guérir ou de l'apaiser* »[560]. S'il rejette la théorie du contrat d'adhésion développée par Saleilles, Josserand se montre par ailleurs favorable à la généralisation de la lésion : « *lorsque, dans la formation d'un contrat, l'une des parties a été dominée par l'autre qui a exploité sa faiblesse ou sa détresse, il est juste et il est désirable que l'acte tombe, vicié qu'il est dans son origine : la lésion, du moins si elle a été volontairement, consciemment causée à la victime, doit être pour celle-ci une cause de nullité ou de rescision du contrat* »[561]. C'est cependant Demogue qui érige semble-t-il la lésion en véritable « *arme contre le contrat* »[562], lui souhaitant en ce sens une expansion future : « *la théorie de la rescision pourrait peut-être un jour revêtir un aspect social pour protéger le pauvre contre les possédants ; aujourd'hui l'ouvrier contre le patron, peut-être demain le modeste locataire contre son bailleur* »[563].

190. Au sujet spécifiquement de la partie forte, Saleilles entreprend de la responsabiliser en lui faisant assumer les conséquences de sa puissance. C'est ainsi que les théories de l'abus et du risque ambitionnent de pallier respectivement à l'inégalité qui préside à la formation du contrat et qui atteint douloureusement la partie faible, et au défaut de responsabilité du maître quant aux conséquences de l'acte qu'il maîtrise et fait pourtant courir au faible. En ce qui concerne l'abus, relevons une véritable rupture avec l'idée des droits subjectifs, absolus et naturels par essence qui présidait au crépuscule du XIX^{ème} siècle, puisque

[559] L. JOSSERAND*, La protection des faibles par le droit*, in *Evolutions et Actualités,* conférences de droit civil, Sirey, 1936, p. 177.
[560] L. JOSSERAND*, La protection des faibles par le droit*, in *Evolutions et Actualités,* conférences de droit civil, Sirey, 1936, p. 172.
[561] L. JOSSERAND*, La protection des faibles par le droit*, in *Evolutions et Actualités,* conférences de droit civil, Sirey, 1936, p. 176.
[562] Selon un mot, réprobateur, de Ripert qui préférait une application stricte et limitative (G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1ère éd., 1936 ; 2ème éd., 1948*,* n° 94). Celui-ci étant opposé par ailleurs à une application extensive de la lésion : « *la plus vague des idées sociologiques* » (G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4ème éd., 1949, n° 70).
[563] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 1, 1923, n° 395.

Saleilles, fortement inspiré des conceptions allemandes[564], concède en 1901 que ceux-ci doivent être appréhendés comme des prérogatives sociales. L'utilité sociale l'emporte ici sur le droit individuel. En ce sens, les individus doivent les exercer conformément à l'esprit des institutions et il convient désormais de tenir compte de leurs effets potentiellement néfastes. C'est ainsi qu'il élabore la théorie de l'abus du droit en vue de moraliser les contrats dès le stade de la formation de la relation contractuelle, mais aussi pendant son exécution. Celle-ci vise principalement à s'appliquer aux contrats d'adhésion et plus encore aux louages d'ouvrage et de services. Saleilles relève en effet que la liberté contractuelle, au demeurant licite, dont dispose les grandes industries est mobilisée de manière abusive en ce sens que les contrats prévoient des rémunérations dérisoires, profitant de la faiblesse de travailleurs contraints d'adhérer aux clauses proposées, quelque en soit la dureté. Saleilles propose donc de sanctionner l'exercice d'un droit ou d'une liberté lorsque celui-ci se révèle oppressif pour les intérêts légitimes d'autrui[565]. Au sujet du critère technique de définition de l'abus de droit, il semble que sa position soit fluctuante. Il paraît craindre initialement la fragilité de l'appréciation subjective de l'intention de nuire, en ce qu'il souligne le danger et l'inutilité, notamment probatoire, *« de vouloir s'en remettre uniquement à la psychologie individuelle du soin de fournir le critérium de l'abus de droit »* [566], de même qu'il exprime une fois de plus sa méfiance « *à l'arbitraire et à l'appréciation vague et incertaine des tribunaux* »[567]. Il retient en tout état

[564] Il fait alors connaître la doctrine allemande qui a abouti à l'insertion dans le BGB d'un article spécifique sur l'abus du droit (art. 138 : « *Est nul en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté d'esprit ou l'inexpérience d'un autre, tire profit de la situation, en ce que celui-ci lui promette ou lui assure de toute autre façon, à lui ou à un tiers pour une prestation par lui faite, de avantages de valeur matrimoniale , qui excédent la valeur de la prestation fournie, de telle manière qu'en tenant compte des circonstances, les avantages qui en forment l'équivalent soient par rapport à cette prestation dans une disproportion choquante* »). Il propose, au sein de la Commission de révision du Code civil, l'introduction dans le Code civil d'un texte déclarant illicite l'acte réalisé dans la seule intention de nuire, afin de circonscrire les droits subjectifs, et d'éviter que leur exercice serve l'oppression (R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144),* Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 251).

[565] Il remarque par ailleurs qu'en matière contractuelle, l'abus est souvent généré par la situation d'infériorité d'une partie, en raison d'une caractéristique personnelle, telle l'indigence mentale ou intellectuelle, mais également en raison d'une caractéristique sociale, telle l'indigence économique. En ces cas, l'abus est constitué de l'exploitation de cette faiblesse (que l'auteur arrête des négociations avancées, refuse de contracter ou rompe le contrat de manière brutale).

[566] « *[…] rien n'est plus dangereux, en effet, ou sinon rien n'est plus inutile que de vouloir s'en remettre uniquement à la psychologie individuelle du soin de fournir le critérium de l'abus de droit, mais ce qu'il faut dire, c'est qu'un acte dommageable qui aurait eu pour but exclusif le préjudice réalisé serait par lui-même un acte objectivement contraire aux bonnes mœurs ; mais cette même atteinte aux mœurs peut se présenter dans le seul fait d'un exercice normal, alors même qu'il ne serait qu'imprudent* » (R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1890, p. 370).

[567] Il semble en effet rallié à une appréciation subjective de l'auteur de l'acte psychologique, à tout le moins en 1905, lors des débats relatifs à la révision du Code civil : « *l'abus n'existe que lorsqu'il y a intention exclusive de nuire en l'absence de tout intérêt personnel appréciable ; formulé en ces termes, le critérium de l'abus de*

de cause qu'il y a abus de droit dans « *l'exercice anormal du droit, exercice contraire à la destination économique et sociale du droit subjectif, réprouvé par la conscience publique et dépassant par conséquent le contenu du droit puisque tout droit, au point de vue social est relatif »,* et confirme ainsi qu' « *il n'y a pas de droit absolu, pas même la propriété* »[568].

191. Cette distance avec le libéralisme et l'absoluité des droits se retrouve bien sûr chez Demogue et Josserand. Ce dernier est par ailleurs très critique lorsqu'il affirme que : « *La conception de droits subjectifs, intégralement égoïstes, se suffisant à eux-mêmes et se donnant libre carrière, sans égard pour le but poursuivi et pour le dommage causé, cette conception artificielle et métaphysique a fait son temps et l'on peut dire, sans exagération, que sur ce point l'œuvre de la grande Révolution est périmée ; les droits individuels ne sont plus des prérogatives absolues, issues d'un dominium lui-même postulé par l'indépendance, la liberté, la dignité de l'homme ; à côté de l'élément subjectif qui, à notre avis, subsiste et subsistera toujours, on a vu apparaître l'élément objectif, social, qui se développe rapidement et qui, dès maintenant, occupe la première place* »[569]. De même, il estime curieusement que cette acception individualiste des droits n'a jamais été consacrée « *ni par le législateur, ni par la jurisprudence, ni même, dans sa majorité, par la doctrine, réserve faite de quelques extrémistes* »[570]. Il élabore donc, à la suite de Saleilles une théorie relative des droits subjectifs, afin de les affecter d'une « *fonction sociale* »[571]. Précisément, les droits sont dotés d'une finalité sociale qui leur attribue une fonction collective. En ce sens, si le titulaire ne peut user de manière absolue d'un droit, il peut à l'inverse en abuser dès lors que l'usage se révèle contraire à la fonction qui lui est reconnue. Josserand a ceci de commun avec Ripert, qui les différencie également de Saleilles, qu'il ajoute à la fonction sociale des droits une dimension morale[572]. Il estime donc que « *les droits sont*

---

droit est celui qui prête le moins à l'arbitraire et à l'appréciation vague et incertaine des tribunaux » (R. SALEILLES, *Rapport présenté à la sous commission de la commission de révision du code civil*, Bulletin de la société d'études législatives, 1905, p. 325).

[568] R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1890, p. 371.

[569] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 237.

[570] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 257 bis.

[571] V. à ce sujet : *De l'abus des droits*, publié en 1905, puis *De l'esprit des droits et de leur relativité* en 1927, *Des mobiles dans les actes juridiques de droit privé* l'année suivante (ouvrages réunis dans *Essais de téléologie juridique*).

[572] Ce qui a fini de justifier les critiques acerbes des libéraux à son égard, au premier rang desquels Ripert (V. note xx). V. également sur ce sujet : D. FENOUILLET, *Étienne, Louis Josserand (1868-1941)*, Rev. hist. fac. droit, 1996, n° 17, p. 35, note 53 ; et L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 254.

des prérogatives causées, conférées aux individus dans un but déterminé, ordonnées à une fonction sociale. Les droits ont ainsi à la fois une origine et une finalité sociales »[573]. Quant à l'origine, peu importe en effet l'existence d'un droit naturel supérieur au droit positif, les droits individuel présupposent nécessairement un « *consentement de la communauté sociale* »[574]. Il relève en ce sens qu'un individu isolé n'a pas de droits, ce n'est qu'en tant que membre d'une communauté sociale, et dans ses rapports aux autres, que les droits sont attribués. Quant à la finalité, c'est encore la communauté qui prime, et l'individu « *ne saurait exercer ses prérogatives en vue d'une fin exclusivement personnelle* »[575]. Les droits subjectifs sont en conséquence nécessairement limités par leur fonction dans leur contenu. Cette fonction sociale est par ailleurs elle-même relative, Josserand prend alors en compte le contexte : « *ce n'est pas dans les espaces interplanétaires que se réalise la règle de droit, mais bien dans un monde assez peuplé où les intérêts se coudoient et s'entrechoquent ; et on n'imagine pas que les droits, qui sont la figuration juridique de ces intérêts, soient doués d'une puissance d'expansion indéfinie ; ils ont une raison d'être, une fonction à remplir, et ce n'est nullement les diminuer que de les contraindre à demeurer dans les limites et dans l'esprit de cette fonction, de rester à leur place ; c'est, bien au contraire, leur donner une nouvelle force, la force morale ; une nouvelle dignité, la dignité sociale ; c'est faire sortir de l'abstraction pour les concrétiser, pour leur insuffler une nouvelle vie, conforme à leur tempérament* »[576]. De même qu'il admet la relativité de sa propre théorie, la fonction morale et sociale d'un droit est en ce sens sujette *« à transformation au cours des âges, et indépendamment de toute intervention du législateur ; comme nous l'avons observé [...] le même droit peut changer de cause et d'esprit tandis qu'évoluent les idées et les mœurs, et tel motif, jadis justificatif, peut devenir par la suite constitutif, révélateur d'un abus* ». Et « *Grâce à cette flexibilité, la notion de motif légitime et avec elle, celle de l'abus, constituent des instruments précieux et puissants d'adaptation du droit au milieu dans lequel et pour lequel il se réalise, instruments permettant le maintien d'institutions vieillies qui, sans eux, seraient vouées à la caducité et à la disparition comme se trouve conjurée, grâce à eux, toute scission entre le droit et la*

[573] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 241 ; cité par C. JALLAMION, *La fortune de Josserand*, Propriété industrielle, n° 10, Octobre 2010, dossier 2.
[574] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 236.
[575] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 237.
[576] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 257 bis.

morale, entre le précepte et les nécessités du commerce juridique »[577]. Quant à la détermination des fonctions sociales et morales, il en appelle davantage au juge qu'au législateur[578]. Il appelle à ce que le premier qualifie la fonction des droits de manière à en faire un *« instrument de progrès, un procédé d'adaptation du droit aux besoins sociaux* »[579], aux fins de parer à « *toute scission entre le droit et la morale, entre le précepte et les nécessités du commerce juridique* »[580]. Quant à la sanction de l'abus, il préconise de mettre en œuvre la responsabilité du titulaire dès lors que l'usage qui est fait du droit le détourne de sa destination sociale et morale[581]. Lorsqu'il méconnaît la finalité sociale et morale du droit, le titulaire « *trahit la confiance que les pouvoirs publics ont placée en lui* »[582], il engage donc sa responsabilité[583], sous réserve qu'un dommage ait été causé à la victime[584], l'intention de nuire subjective est par ailleurs indifférente, même si elle est

[577] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 299. Il prend notamment l'exemple du droit de propriété, s'il s'agit effectivement d'un droit à vocation « *égoïste* » par excellence, son exercice ne peut pour autant être absolu, la propriété, comme les autres droits « *n'ont point leur ultime raison d'exister dans la satisfaction des intérêts personnels du titulaire ; mais bien dans les intérêts de la société elle-même qui rattache l'égoïsme individuel à son propre but, qui met cet égoïsme au service de ses besoins vitaux, qui y voit un moyen et non une fin* » (n° 308). Il tient donc en postulat « *l'impossibilité sociale d'un droit de propriété absolu* » (n° 13). Il en appelle par ailleurs à la jurisprudence qui limite la propriété à l'absence de dommage causé à la propriété d'autrui, et l'illustre par l'engagement de responsabilité lorsque le trouble occasionné excède la mesure des obligations ordinaires de voisinage, alors même que l'exercice du droit est au demeurant licite (n° 14).

[578] A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand*, D. 1972, Chron., p. 67-70.

[579] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 247. Sur cette question, V. également : L. JOSSERAND, *Comment les textes de lois changent de valeur au gré des phénomènes économiques*, in *Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Dalloz, 1939, p. 369 ; l''auteur se félicite de l'évolution des textes, sous la pression des phénomènes sociaux économiques, grâce aux interprétations de la jurisprudence et de la doctrine.

[580] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 296.

[581] L. CADIET et PH. LE TOURNEAU, *Abus de droit*, Dalloz, Répertoire dr. civ., avr. 2008, n° 19 ; D. FENOUILLET, *Étienne, Louis Josserand (1868-1941)*, Rev. hist. fac. Droit, 1996, n° 17, p. 33). Il prend une fois encore exemple avec la propriété, dont l'exercice doit être conditionné à l'existence d'un motif « *sérieux et légitime […]. Dans la mesure où il poursuit cette satisfaction, le titulaire use correctement de son droit. Du moment que la direction imprimée au droit est une direction licite, celle-là même qui avait été prévue par le législateur, le propriétaire peut s'y engager librement, résolument, immunisé qu'il est par son propre intérêt légitime et dans la mesure où cet intérêt existe* » (L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 20). A l'inverse, si l'exercice du droit vise des fins étrangères, et tel est le cas du propriétaire qui procède à des fouilles sur son terrain, dans le seul but de tarir la source dont dépend son voisin, alors « *l'acte accompli, licite en lui-même et si on l'envisage intrinsèquement, devient illicite par les mobiles qui l'ont déterminé, par la finalité à quoi il tend* ». Dans ce cas, il y a par ailleurs intention de nuire, et « *la volonté de causer un dommage à autrui est antisociale, donc antijuridique par essence même ; elle ne saurait en aucun cas cadrer avec la finalité, la mission d'un droit quel qu'il soit, fût-ce un droit apparemment égoïste comme celui de propriété individuelle* » (n° 21).

[582] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 237.

[583] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 245.

[584] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 247.

indubitablement un indice de l'abus, la responsabilité s'engage dès lors qu'il y a un détournement objectif du droit[585]. Josserand précise enfin que dans l'abus, il faut délaisser le cadre légal, et ne s'intéresser qu'à la fonction sociale et morale assignée par les juges. En ce sens, l'exercice d'un droit n'est légitime – et non pas licite – que s'il « *cadre avec les intérêts de la communauté nationale et spécialement avec ses intérêts économiques* »[586]. Le juge définit la fonction sociale des droits et il vérifie également que l'exercice individuel y est conforme[587]. Josserand relève à ce sujet que les tribunaux exercent déjà en de maintes occasions ce contrôle, se faisant ainsi « *un devoir de s'enquérir de la mentalité de l'agent* »[588].

192. Il faut encore dire un mot, sur ce sujet, de la pensée de Duguit, qui s'inscrit également dans le « *positivisme social* » et le « *réalisme juridique* », loin en tout cas de tout idéalisme « *métaphysique* »[589]. La fonction sociale des droits, et du droit en général, justifiera par ailleurs la théorie institutionnelle, à l'origine de ses constructions en matière de relations collectives de travail.

193. Au sujet du risque, le raisonnement est sensiblement le même qu'en ce qui concerne l'abus pour Saleilles, il souhaite faire assumer la responsabilité des accidents du travail aux patrons, dans la mesure où il s'agit là des effets d'activités dont ils assurent la direction exclusive. En ce sens, il délaisse le dogme libéral qui implique évidemment que la responsabilité soit issue de la seule volonté, donc limitée à la faute et partant très difficile à prouver pour la victime. Sa position a ici encore évolué au fil des années. S'il souhaitait initialement que l'admission de la responsabilité patronale soit strictement et

[585] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 303.
[586] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 237.
[587] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 261.
[588] Notamment dans le cadre de l'attribution de droits, du contrôle de la bonne foi du débiteur ou du possesseur (L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939, n° 256).
[589] « *La construction juridique individualiste, subjectiviste et métaphysique, qui par la révolution nous est venue de Rome et de la scolastique médiévale, a fait son temps, qu'il est impossible de plier aux vieux cadres les relations si complexes, si variées, naissant aujourd'hui entre les individus et les collectivités, et qu'il faut définitivement bannir de la jurisprudence les concepts métaphysiques de substance, de sujet de droit, de droit subjectif, sources de controverses sans fin, épuisantes et stériles* » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, Paris, 1920, 2ème éd., Préface,*

limitativement encadrée, aux fins que soit sauvegardé « *le grand point, la liberté* » [590], rejoignant à ce sujet les préoccupations de Ripert[591], il prend finalement acte de l'évolution du contexte industriel : « *les conditions de l'industrie moderne, de la grande industrie surtout, ont créé une part de chances malheureuses et tout imprévu d'accidents inévitables auquel il est presque impossible d'échapper : l'homme n'est plus la force dirigeante de l'outil ; c'est l'outil qui asservit à son fonctionnement mécanique et brutal* »[592]. Cette situation nouvelle « *asservit l'ouvrier à des forces aveugles, qui fait de lui le prolongement de la machine, enveloppé qu'il est de volants, de courroies de transmissions et d'engrenage prêts à saisir et à le broyer* »[593], et elle commande la mise en place de correctifs. Saleilles rejette clairement la mise en place d'une responsabilité contractuelle qui résulterait d'une obligation imposée à l'employeur par le contrat, alors même qu'elle présente un avantage probatoire pour la victime dans la mesure où elle conduit à renverser la charge de la preuve en imposant au patron « *d'établir qu'il n'était pas en faute et qu'il n'a rien à se reprocher sinon l'ouvrier l'emporte et a droit à une indemnité* »[594]. Il craint en effet que le premier, dont la puissance lui permet d'élaborer unilatéralement le contenu contractuel n'en use pour définir un jeu de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Il prédit ainsi que ce type de clauses « *dans la grande industrie deviendra de style* »[595]. C'est pourquoi il préfère une conception sociale et objective de responsabilité, prenant appui sur le droit comparé[596]. Il rejette en ce sens l'idée de faute[597],

---

[590] Il explique ainsi, au sujet du BGB : « *nous comprenons que pour certaines hypothèses, il y ait une responsabilité légale imposée au patron ; nous ne comprenons pas que ce qui alors doit être l'exception soit érigé en principe […] en dehors des cas où la loi l'aura admise, nous nous en tiendrons au droit commun ; nous dirons que le patron n'est responsable que de son délit proprement dit ou de l'inexécution de son contrat ; or son délit doit être prouvé, et son contrat ne comprend pas de droit une clause d'assurance pour risques professionnels. Il est possible qu'en raison des usages cette clause puisse être considérée comme tacitement incluse au contrat. Mais ce sera à l'ouvrier à établir l'existence de cette clause tacite ; nous ne la présumons pas, et nous croyons en cela rester d'accord avec les principes du droit, avec ceux de la justice, tout en respectant, ce qui est le grand point, la liberté* » (R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1890, p.401, n° 338).

[591] V. notes xxx.

[592] R. SALEILLES, *Le risque professionnel dans le code civil*, La réforme sociale, 1898, p. 636.

[593] M. DESLANDRE, *Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914, p. 205.

[594] R. SALEILLES, *Le risque professionnel dans le code civil*, La réforme sociale, 1898, p. 638.

[595] R. SALEILLES, *Le risque professionnel dans le code civil*, La réforme sociale, 1898, p. 640.

[596] et relève que certaines législations étrangères considèrent que « *les accidents provenant du travail devaient être supportés, non pas par les ouvriers qui en est victime, mais par celui qui a la direction de l'entreprise, et que cela devait rentrer dans ses profits et ses pertes* »SALEILLES (R.), Le risque professionnel dans le code civil, La réforme sociale, 1898, p. 636. Il cite à ce titre la législation allemande, autrichienne ou suisse qui ont toutes adopté un système favorisant la responsabilité des patrons.

[597] « […] *rien de faux et parfois d'humiliant comme cette idée de faute mise en avant pour les moindres actes de notre activité et les moindres manifestations de notre liberté ». En effet, une telle conception de la responsabilité exigeait de la victime directe de l'accident en l'occurrence, le plus souvent l'ouvrier, de faire la preuve difficile de la faute au risque de na pas être indemnisée* » (SALEILLES (R.), Les accidents de travail et la responsabilité

les accidents du travail méritent un régime spécifique et dérogatoire en ce qu'ils constituent « *un problème nouveau auquel ne s'adaptent pas les formules traditionnelles* » de responsabilité. Il faut en ce sens que « *les accidents provenant du travail soient supportés, non pas par l'ouvrier qui en est victime mais par celui qui a la direction de l'entreprise* »[598]. Techniquement, le responsable doit être le propriétaire de la machine : « *celui qui agit et qui dirige son activité de telle sorte qu'elle puisse causer des dommages individuels, doit prendre pour lui les risques de son activité* »[599]. C'est ainsi qu'il développe la théorie du risque professionnel. C'est la notion de risque qui doit être prise en considération, pas la faute. Il se situe ici dans le même courant que Glasson : « *toute activité économique qui fonctionne pour autrui fonctionne au risque d'autrui* », c'est celui « *qui en a la direction qui doit payer les risques : que cette activité soit le fait d'une machine ou d'un ouvrier, peu importe* »[600]. Quant au fondement, la responsabilité objective serait assise « *sur un texte très simple* […] *non pas l'article 1382*[601]*, mais l'article 1384, déclarant que l'on est responsable de plein droit des choses que l'on a sous sa garde* »[602]. La théorie du risque est en ce sens clairement une œuvre solidariste : « *Laissons cette idée de faute de côté et disons tout simplement, ce qui sera plus équitable au point de vue social, et plus conforme à l'idée de la dignité individuelle, que chacun en agissant court des risques* »[603]. Le libéralisme n'est cependant jamais tout-à-fait exclu du solidarisme, Saleilles encadre en ce sens strictement la théorie du risque quant aux risques et quant à la réparation. Il faut distinguer entre les choses qui consistent « *en un mécanisme qui fonctionne, qui agit, qui est une menace perpétuelle pour ceux qui s'en approchent ou qui en ont le maniement* » et « *les choses dont normalement on ne peut craindre aucun danger* » sauf « *par cas fortuit ou force majeure* ». Pour les premières, le risque est avéré, et la

civile, Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, Librairie Nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1897, n° 54, p. 74).

[598] R. SALEILLES, *Le risque professionnel dans le code civil,* La réforme sociale, 1898, p. 636.

[599] R. SALEILLES, *Le risque professionnel dans le code civil*, La réforme sociale, 1898, p. 644.

[600] R. SALEILLES, *Le risque professionnel dans le code civil*, La réforme sociale, 1898, p. 641.

[601] Précisons qu'il s'agit alors du fondement de la responsabilité délictuelle appliquée aux accidents du travail par la jurisprudence, et que celle-ci avait commencé dès le début du XX^{ème} siècle, à assouplir les exigences probatoires, en ne demandant plus la preuve d'une faute de l'employeur, mais *seulement* celle d'un outillage insuffisamment perfectionné, duquel elle tirait la preuve de la faute. Saleilles jugeait cette solution peu satisfaisante au regard du texte même de l'article 1382 C.civ. qui exige une faute.

[602] R. SALEILLES, *Le risque professionnel dans le code civil*, La réforme sociale, 1898, p. 641.

[603] En effet, « *neuf fois sur dix, ceux qui parlent de faute, et les magistrats les premiers, savent que tous le monde en aurait fait autant ; seulement les autres auraient eu la chance de ne faire de mal que personne. C'est une question de hasard et non une question de faute. S'il en est ainsi, appelons donc les choses par leur nom. Laissons cette idée de faute de côté et disons tout simplement, ce qui sera plus équitable au point de vue social, et plus conforme à l'idée de la dignité individuelle, que chacun en agissant court des risques* » (R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Librairie Nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1897, n° 54, p. 74).

théorie du même nom applicable, pour les secondes, il convient, en cas d'accident « *de toute justice de revenir aux principes de l'article 1382, sur l'obligation pour la victime d'établir la responsabilité du propriétaire* »[604] et partant sa faute. Pour ce qui relève de l'indemnité, obliger l'employeur à la réparation intégrale du préjudice, alors même que le régime ne se fonde pas sur sa faute, conduirait à brider la liberté : « *Nous sommes à une époque d'activité, et il ne faut pas décourager l'initiative individuelle […], ce qui décourage l'initiative individuelle, ce n'est pas de payer les risques, mais c'est l'incertitude sur le prix à payer* ». Il convient dès lors de moduler le montant de l'indemnité selon la gravité du comportement du gardien. En cas de faute, la réparation est intégrale et, si « *l'on prouve que le fait sans la faute* »[605], on fait application d'un forfait, le patron ne pouvant se voir imputer « *que les suites normales qui sont les conséquences accessoires de sa répercussion, de sa répercussion forcée, dans le monde des faits extérieurs, pour le reste la victime supportera, ce sera une coparticipation aux risques* »[606]. Sur le sujet de l'indemnisation des victimes d'accident du travail, il faut encore citer Josserand qui s'est également intéressé à l'indemnisation des victimes du fait des choses inanimées et a prôné une objectivisation de la responsabilité. A l'instar de Saleilles, il évoque les mêmes justifications de protection des victimes et d'adaptation du droit aux évolutions sociales et technologiques[607], de même qu'il développe sensiblement les mêmes constructions, et leur affecte le même fondement de l'article 1384 al. 1er du Code civil.

194. Sur la mise en œuvre pratique de l'entreprise de socialisation, Saleilles, dont on connaît le sentiment au sujet du législateur – de sa lenteur et de ses carences[608] –, investit raisonnablement le juge, affirmant être « *d'une école qui tend de plus en plus à accorder beaucoup à la jurisprudence et à attendre beaucoup d'elle beaucoup plus que la loi* »[609]. Il est par ailleurs à noter que la jurisprudence entame également au tout début du XXème

[604] C. MASSIGLI, *Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extracontractuelle*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914, p. 142.
[605] R. SALEILLES, *Le risque professionnel dans le code civil*, La réforme sociale, 1898, p. 647.
[606] R. SALEILLES, *Le risque professionnel dans le code civil*, La réforme sociale, 1898, p. 463.
[607] L. JOSSERAND, *De la responsabilité des choses inanimées*, Rousseau, 1897. V. également : D. FENOUILLET*, Étienne, Louis Josserand (1868-1941),* Rev. hist. fac. droit, 1996, n° 17, p. 30-35. Il rejoint sur ce point Saleilles : *« il faudra bien, tôt ou tard, que le droit s'incline devant les nuances et les divergences que les rapports sociaux ont fait surgir* » (R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, LGDJ, 1929, n° 89, p. 229).
[608] Il regrette en ce sens qu' *« il faut mettre en mouvement l'appareil législatif et c'est presque à désespérer de voir se réaliser le progrès juridique* » (R. SALEILLES, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, Revue internationale de l'enseignement, 1890, t. 19, p. 490).
[609] R. SALEILLES, *Le risque professionnel dans le code civil*, La réforme sociale, 1898, p. 637.

siècle un mouvement tout relatif d'*adoucissement* juridique[610]. Saleilles, « *premier solidariste* », entend par ses constructions protéger la partie faible et responsabiliser la partie forte. Si le recours à la technicité et la structure libérale de sa pensée se révèlent à la lecture de ses théories du *contrat* d'adhésion, du risque et de l'abus, en revanche, des développements plus généraux, relatifs cette fois aux *vrais contrats,* et qui prennent appui sur la bonne foi et la loyauté de l'interprétation contractuelle, amènent davantage à préjuger d'une évolution conceptuelle, d'autant qu'ils investissent considérablement et exclusivement la jurisprudence. Saleilles propose en ce sens une notion générale, un impératif conceptuel à l'interprétation contractuelle des *véritables* contrats. Aux fins de prémunir leur « *incomplétude naturelle* »[611], leur interprétation doit être portée par des enjeux solidaristes et la bonne foi doit en être le guide. En effet, l'auteur part du constat suivant : « *Les individus sont incapables de pourvoir à la réglementation juridique de leur propre desiderata* »[612], de même que le contractant « *n'est plus le meilleur défenseur de ses intérêts* »[613], et tire en conséquence qu'en cas de désaccord des parties, lorsque survient un conflit dans le cadre d'un contrat peu disert ou lacunaire quant aux obligations réciproques des parties, il n'existe pas de volonté commune. Dans ce cas, il revient aux juges de pallier l'incomplétude des volontés. Il convient dès lors de s'en remettre tout d'abord à la loi pour parfaire matériellement le contrat puisqu'en effet « *loin de s'arrêter à tous les détails du mécanisme juridique, les parties se contentent de choisir dans les catégories légales l'acte le plus propre au but qu'elles visent, elles en arrêtent les quelques points principaux qui dépendent forcément d'elles et pour tout le reste elles s'en remettent à la loi* ». Si la loi peut aider à compléter un contrat au regard de l'opération qui en est l'objet, elle ne peut cependant pas éclairer des volontés individuelles, il s'agit d'une norme abstraite et générale, en ce sens « *il n'y a pas d'interprétation légale de la volonté des parties. Dire que la loi interprète par avance la volonté est un pur non sens ou tout au moins une fiction qui ne se défend plus. Il n'y a pas d'interprétation abstraite d'un fait concret* »[614]. Une remarque qui se justifie d'autant plus lorsque les parties ont fait preuve d'imagination et élaboré une situation nouvelle, pour laquelle rien n'est prévu par les

[610] Au sujet notamment de la responsabilité du patron dans le cadre des accidents du travail, V. note précédente xx.
[611] M. DESLANDRE, *Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914, p. 73.
[612] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 214.
[613] CH. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat*, Revue droit et patrimoine, 1998, n° 58, p. 69.
[614] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 204.

textes. Saleilles, conformément à son œuvre entière, investit donc très peu le législateur en matière d'obligations[615]. Il revient au juge d'arbitrer et d'interpréter. Rappelons par ailleurs qu'il s'agit ici de proposer une intervention interprétative dans *les contrats*, ceux qui comptent « *un accord et concours de volonté* », le solidarisme ne se limite donc pas aux seuls actes d'adhésion, il doit limiter l'excessivité du volontarisme classique dans l'entière matière contractuelle, sous réserve bien entendu que le contrat présente une lacune. Saleilles élabore en ce sens une méthode d'interprétation nouvelle qui présuppose que le contrat doit être appréhendé comme un fait social, et non plus comme une affaire de volontés strictement privées, son appréciation doit désormais intégrer l'enjeu contemporain de justice sociale dans les relations individuelles. La recherche judiciaire et jurisprudentielle de la volonté des parties doit alors être conciliée avec les exigences de l'équité et la bonne foi. Le juge, investi de pouvoirs considérables[616], se doit en ce sens « *d'appliquer à l'interprétation des actes privés, les règles qui dominent […] l'interprétation de la loi* »[617], il doit agir comme le « *régulateur de leurs intérêts réciproques* »[618], en s'assurant que l'une des parties n'est pas favorisée au détriment de l'autre. En effet, Saleilles comprend que l'inégalité sociale reflète l'inégalité contractuelle, ce qui implique d'instaurer un contrôle. Il s'inspire par ailleurs, non de l'article 1134 al. 3 et / ou 1135 C.civ., mais de l'article 157 du BGB qui dispose que « *les contrats doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi, eu égard aux usages admis en affaire* »[619]. Concrètement, ce n'est plus question de s'atteler à la commune intention, mais de « *prendre une interprétation moyenne, qui soit celle que la bonne foi, les usages et la loyauté commerciale, dussent imposer, comme étant la volonté commune, à laquelle chacun des deux contractants ai droit. Le juge doit se former un idéal, de caractère objectif, d'après lequel il appréciera conformément aux circonstances personnelles des parties, ce que*

[615] Rappelons à ce sujet que selon lui « *la matière des actes juridiques est de celles qui sont à peine du domaine de la loi* » (R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, Préface, p. IX), de même qu'il estime que le législateur est incapable de « *suivre la marche du progrès accompli* » par les parties (R. SALEILLES, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, Revue internationale de l'enseignement, 1890, t. 19, p. 490).

[616] Pour autant, Saleilles demeure méfiant quant à la subjectivité du juge, aussi il explique que l'interprétation du contrat sur le fondement de la bonne foi ne doit pas constituer un moyen « *de refaire un contrat à l'encontre de ce qui a été voulu par les parties, car rien ne serait plus contraire à la bonne foi et aux usages* » (R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 228).

[617] R. SALEILLES, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, Revue internationale de l'enseignement, 1890, t. 19, p. 213.

[618] R. SALEILLES, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, Revue internationale de l'enseignement, 1890, t. 19, p. 214.

[619] R. SALEILLES, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, Revue internationale de l'enseignement, 1890, t. 19, p. 229.

devait être le contrat, pour répondre au but social du droit »[620]. Si effectivement, l'entreprise amène à « *construire une volonté contractuelle, qui ne sera exactement ni celle de l'offrant, ni celle de l'acceptant, mais quelque chose de fictif et d'artificiel, une volonté purement juridique, au lieu d'une volonté réelle* », il remarque pour autant que de toute façon « *il n'y a de contrat véritable que là où l'on fait ressortir, par delà les divergences personnelles, une volonté commune qui soit, non pas forcément la volonté de l'offrant, et non pas forcément la volonté de l'acceptant, mais la volonté contractuelle* ». En d'autres cas, les plus courants, faute de véritable volonté commune, il faut préférer une interprétation moyenne, fondée sur la bonne foi, et considérer que « *cette volonté juridique est celle qui aurait dû s'imposer pour les deux parties, conformément à la bonne foi* ». Cette interprétation certes artificielle, fondée sur la bonne foi, en ce qu'elle sacrifie équitablement et réciproquement les deux volontés contractuelles vaut mieux « *que de sacrifier l'une des deux volontés à l'autre* »[621], sur l'autel du volontarisme classique. Il s'agit donc d'une modération multilatérale qui vise à instaurer un équilibre, à faire du contrat « *une lutte loyale, un arrangement équitable entre les deux égoïsmes en conflit, donc que le plus fort n'abusât jamais du plus faible pour imposer des clauses léonines ou usuraires* »[622]. C'est ainsi « *dans leur propre intérêt [des parties] que Saleilles les obligeait à compter avec la loyauté* »[623] dans le contrat. Un contrat redéfini pour l'occasion : « *le contrat n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit ; mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques. Aussi, est-ce d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part, que le contrat doit être interprété et appliqué* »[624]. Demogue partageait évidemment cette conception, il estimait en ce sens que l'inégalité des prestations contractuelles était « *contraire à l'harmonique développement des forces sociales* »[625]. De même, il semble qu'il ait eu le premier cette idée de collaboration contractuelle, le contrat

[620] R. SALEILLES, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, Revue internationale de l'enseignement, 1890, t. 19, p. 228.
[621] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 229.
[622] P. LEREBOURG-PIGEONNIERE, *La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914, p. 420.
[623] P. LEREBOURG-PIGEONNIERE, *La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914, p. 421.
[624] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901, p. 229.
[625] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 1, 1923, n° 395.

en effet est appréhendé, selon ses fameux mots, comme « *une œuvre de coopération entre individus, une sorte de microcosme, une petite société où chacun doit travailler dans un but commun* »[626].

195. Il semble en ce sens que les constructions solidaristes de cette période s'étirent en réalité sur deux pôles. Les constructions techniques et dérogatoires ont de toute évidence irrigué des constructions davantage conceptuelles, tel cet investissement de la notion de bonne foi aux contrats et le recours à l'œuvre du juge aux fins d'enrichir ou de compléter la convention sur le thème de l'équité et de la justice, qui tendent à concrétiser l'éloignement d'avec la théorie de l'autonomie de la volonté, mais demeurent sur le thème contractuel. Précisons par ailleurs à ce sujet que Ripert s'était montré favorable à une certaine intervention judiciaire et jurisprudentielle dans les contrats, de même qu'il montrait aussi une certaine défiance à l'égard du législateur. Encore que ses convictions politiques ont sans doute plus à voir ici que ses conceptions juridiques[627]. Demogue, nous l'avons dit, investissait considérablement la jurisprudence. Gény également y voyait ses avantages[628]. Il faut également nommer ici Josserand, le père de l'expression de « *forçage du contrat* », et bien qu'il l'utilisait davantage aux fins de la dénoncer que de la célébrer[629], il

---

[626] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, chapitre 1, p. 9.

[627] J-P. Chazal relève en ce sens qu' « *Il suffit de lire* Le régime démocratique et le droit civil moderne *(LGDJ, 1ère éd., 1936 ; 2nde éd., 1948), pour comprendre que, contrairement à Josserand, Ripert n'a aucune affection pour la démocratie parlementaire et la question sociale. S'il consent à protéger la partie faible, c'est uniquement pour éviter les injustices les plus criantes et ne pas courir le risque que la loi du plus grand nombre ne détruise le droit civil classique et son principe fondateur : la liberté individuelle, en instaurant des mesures de protections trop générales. Eprouvant une grande défiance à l'égard du législateur, il préfère s'en remettre aux pouvoirs du juge, en qui il voit une figure conservatrice rassurante pour la sauvegarde de la morale chrétienne* » (J.-P. CHAZAL, *G. Ripert et le déclin du contrat*, Revue des contrats, 2004, p. 244 ; se fondant sur G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, 4ème éd., n° 70 et 86).

[628] « *Dans le silence ou l'insuffisance des sources formelles »,* il indique *« comme ligne générale de direction pour le Juge, celle-ci : qu'il doit former sa décision de droit, d'après les mêmes visées qui seraient celles du législateur, s'il se proposait de régler la question […]. Et, c'est pourquoi, l'activité qui lui incombe m'a paru pouvoir être justement qualifiée : libre recherche scientifique ; recherche* libre *puisqu'elle se trouve ici soustraite à l'action propre d'une autorité positive ; recherche* scientifique*, en même temps, parce qu'elle ne peut rencontrer ces bases solides, que dans les éléments objectifs, que la science peut lui révéler ».* De même, il qualifie le juge d' « *interprète effectif et officiel du droit positif »* (F. GENY, *Méthode d'interprétation*, t. 2, n° 156 p. 77-78). De même, dans une certaine mesure, il s'éloigne des dogmes et promeut la justice et la solidarité juridique, il convient dès lors « *d'une part, interroger la raison et la conscience, pour découvrir en notre nature intime les bases mêmes de la justice ; d'autre part, s'adresser aux phénomènes sociaux, pour saisir les lois de leur harmonie et les principes d'ordre qu'ils requièrent. Telle est la double tâche à remplir : la seconde ayant sa base ferme dans ce qu'on peut appeler la nature des choses positives, représentée par l'ensemble des conditions, qui forment comme l'atmosphère de la vie juridique extérieure, la première reposant sur un fond plus intime, qui échappe à l'observation et à l'expérience sensible, mais n'impose pas moins ses exigences à la réalisation pratique du droit »* (p. 159).

[629] Bien qu'elle soit « *devenue en doctrine une citation commune et commode pour signifier, sans avoir à le justifier, que le juge n'a pas d'autre fonction que d'appliquer le contrat tel qu'il a été voulu par les parties, sans pouvoir s'immiscer dans leurs stipulations pour les modifier* », ce n'était « *nullement l'opinion de Josserand, malgré quelques passages de ses écrits qui pourraient le laisser penser aux lecteurs trop rapides* » (J.-P.

encourageait la détermination d'obligations de source jurisprudentielle[630] fondées sur la bonne foi de l'article 1134 al.1er et l'équité de l'article 1135 du Code civil, en ce qu'elles complèteraient « *le droit conventionnel strict* » et constitueraient un « *procédé technique d'enrichissement, d'inflation du contenu obligatoire du contrat [qui serait] assurément une des créations les plus intéressantes, les plus ingénieuses de la jurisprudence française* ». De même, au sujet de l'essor récent des conventions collectives de travail, peu importe leur indifférence à l'effet relatif des contrats, il les qualifie de « *supercontrats* », se félicitant que : « *nulle part, l'accroissement du dynamisme contractuel ne s'affirme avec une évidence plus impressionnante* »[631]. Relevons enfin que s'il attribue au juge un rôle majeur dans sa théorie générale de l'abus de droit, il en appelle cependant autant à l'intervention du législateur en matière contractuelle, « *aux grands maux les grands*

CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013, p. 1). En effet, si Josserand célèbre l'œuvre des juges « *qui découvrent des obligations jusque-là insoupçonnées en se fondant sur les articles 1134, alinéa 3 et 1135 du Code civil* », et donc sur la bonne foi et l'équité, de même qu'il salue « *cet enrichissement et cette vitalité* », et « *pronostique leur multiplication* » (L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 1ère éd., n° 403), il demeure cependant très critique envers le « *forçage du contenu contractuel* ». Il déplore surtout l'obligation de sécurité de résultat à la charge du transporteur, dégagée en 1911, puis confirmée en 1913, non en ce qu'elle implique une indemnisation pour la victime, mais en ce qu'elle résulte d'une interprétation contractuelle quand elle devrait se fonder sur la responsabilité délictuelle (L. JOSSERAND, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel*, DH, 1934, Chron.5, p. 9). De même, il désapprouve la forme, « *singulièrement hypothétique et divinatoire* », cette obligation conséquente est incorporée « *de vive force dans le contrat* », reléguant la « *règle de l'autonomie de la volonté* », et impliquant que « *les contractants ne sont plus maîtres chez eux* », et « *le contrat est ainsi dirigé vers sa ruine, conduit qu'il est sur un chemin manifestement contraire aux axiomes fondamentaux du droit naturel et le menant au « socialisme juridique* » » contrat dirigé » (L. JOSSERAND, Le contrat forcé et le contrat légal, DH, 1940, 1, Chron. ; à rapprocher des observations qu'il formule sous l'arrêt Mercier, Civ., 20 mai 1936, DP, 1936, 1, p. 88, dans lesquelles il approuve la responsabilité contractuelle du médecin par la détermination d'une *simple* obligation de sécurité de moyens).

[630] Nous l'avons dit, il y a dans l'œuvre spécialement contractuelle de Josserand d'apparentes contradictions, ou plutôt une subtile rupture si l'on place ses propos dans un ordre chronologique. Cette rupture doctrinale a des explications particulières, développées notamment par J.-P. Chazal (V. note xx à ce sujet), et qui impliquent par ailleurs qu'effectivement, le libéralisme juridique, spécialement contractuel, demeurait en ces temps la *doctrine officielle*. S'il a fait preuve d'une certaine audace doctrinale dans la première partie de sa carrière, avec notamment la théorie de l'abus, l'objectivisation de la responsabilité, ou de manière plus générale l'adaptation matérielle constante aux besoins économiques et sociaux et la protection des faibles – ce qui correspondait selon J.-P. Chazal à ses « *idéaux humanistes* » (J.-P. CHAZAL, *L. Josserand et le nouvel ordre contractuel,* Revue des Contrats, décembre 2003, n° 1, p. 325) –, il a dans un second temps recouvré des conceptions plus libérales, plus traditionnelles, sans pour autant renier véritablement ses premières propositions. Après avoir appelé une intervention croissante des « *pouvoirs publics* » en matière contractuelle, il a en ce sens largement dénoncé « *le dirigisme contractuel* », le jugeant « *singulièrement plus oppressif, plus destructif de l'autonomie de la volonté, plus anticontractuel ; avec lui, c'est une socialisation, une étatisation du contrat qui se poursuit sans relâche* » (*Le contrat dirigé,* DH 1933, Chron., p. 89 ; v. notes xx), alors même que par la suite il approuve les « *mesures prises par les pouvoirs publics pour protéger, au cours des tractations préliminaires, le plus faible contre le plus fort* » (L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RTD Civ. 1937, p. 1), nuance : « *à vrai dire, le dirigisme, envisagé en soi, n'est ni une maladie, ni une panacée, ni un malheur, ni un bienfait ; il est un effort tenté en vue d'adapter le droit contractuel à une situation économique et sociale nouvelle* », et se félicite également que *« l'amplification du contenu obligatoire des contrats […] la substance obligatoire devient de plus en plus riche, les contrats s'affirment toujours plus productifs, toujours plus féconds* » (p. 28), ce qu'il met par ailleurs aux crédits des juges.

[631] L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RTD civ. 1937, p. 2.

remèdes »[632] en effet, « *que les pouvoirs publics se préoccupent d'organiser le contrat, phénomène social et non pas seulement individuel, rien de mieux ; notamment, il est désirable que le juge et le législateur s'efforcent de protéger le plus faible contre le plus fort et d'assurer, par des mesures préventives ou répressives, l'équilibre de l'opération (interdiction des clauses léonines, prévention ou répression de la lésion)* »[633].

196. Il faut noter en tout état de cause que la socialisation entreprise au cours de la première moitié du XX^{ème} siècle, du moins en doctrine, semble associer davantage le juge à la construction juridique qu'il ne l'a été au siècle précédent. Il apparaît en tout cas au premier plan dès lors qu'il s'agit d'éprouver la force obligatoire du contrat ou encore de moduler les volontés individuelles.

197. Il est enfin intéressant de relever à ce stade que si Saleilles entend socialiser les contrats par l'impératif de la bonne foi dans l'interprétation des obligations, il n'envisage pas ces constructions dans les matières trop sensibles, telles que la matière du travail par exemple. Il prévient en ce sens que « *les règles d'interprétation qui viennent d'être décrites devraient subir sans doute d'importantes modifications* », n'étant adaptées qu'aux contrats dans lesquels « *les deux volontés ont un rôle égal à jouer* »[634], l'interprétation de l'acte unilatéral qui emporte une simple adhésion demeure, pour sa part, soumise à un régime technique et dérogatoire, et n'a de ce fait pas véritablement à voir avec la bonne foi. D'une certaine façon, cette remarque peut être appliquée à la réception positive du solidarisme sur la période, puisqu'en effet, elle signera l'élaboration d'un régime dérogatoire, spécialement pour la matière travailliste, qui ne connaîtra pas véritablement, du moins dans un premier temps, l'impératif jurisprudentiel général de bonne foi, les constructions techniques devant suffire. Quant à la source organique de ce régime exorbitant, il semble que ce soit Ripert

---

[632] L. JOSSERAND, *La protection des faibles par le droit*, in *Evolutions et Actualités,* conférences de droit civil, Sirey, 1936 , p. 177.

[633] L. JOSSERAND, *Cours de droit civil*, 3ème éd., 1939, t. 2, n°106. Il remarque cependant plus loin : « *En revanche, il convient de critiquer, de flétrir les mesures qui ont pour effet de désorganiser le contrat en permettant au débiteur, dit trop facilement "de bonne foi", de se soustraire à l'exécution des engagements qu'il avait régulièrement, librement assumés, et à bouleverser l'économie d'une opération jusque-là considérée comme à peu près intangible [...] ; la destruction du contrat est aussi celle de la confiance et de la sécurité juridique ; si elle se généralisait, si, sous prétexte d'ouvrir des soupapes de sûreté afin de sauvegarder la paix sociale, on la faisait entrer dans nos mœurs, elle entraînerait le retour à ce régime non contractuel qui, au dire de Summer-Maine, était celui des sociétés primitives ; elle nous ramènerait ainsi à l'âge des cavernes ; à quoi bon contracter lorsque l'on sait que les engagements n'engagent pas ? Organisation et socialisation du contrat, oui ; désorganisation et anarchie contractuelle, non* » (n^{o} 405 bis).

[634] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à144)*, Paris, Librairie générale de droit, 1901. p. 229.

qui ait fait œuvre prédictive cette fois. En effet, constatant que « *les plus faibles dans le jeu contractuel sont les plus forts dans le jeu politique »,* il augurait : « *Contre la souveraineté du contrat, ils n'ont qu'à dresser la souveraineté de la loi* »[635].

PARAGRAPHE 2 : L'EMERGENCE D'UN DROIT SOCIAL D'EXCEPTION

198. Du point de vue formel, on relève en effet sur la période l'émergence d'une branche nouvelle, celle d'un droit du travail, autonome et dérogatoire de droit commun, qui intègre progressivement les spécificités de la matière. Ainsi, on admet que le pouvoir exorbitant de l'employeur dans le contrat individuel de travail a généré une subordination qu'il convient de protéger (I). De même que l'on reconnaît la validité des *contrats collectifs* et le fait qu'ils doivent raisonnablement pouvoir bénéficier d'aménagements particuliers aux fins d'en garantir une application effective (II). Il faut aussi évoquer, du point de vue organique, qu'en termes de socialisation, l'œuvre sera majoritairement légale. Elle sera enfin largement concentrée sur la phase d'exécution des rapports conventionnels de travail.

I : LA PROTECTION LEGALE DE LA SUBORDINATION DANS L'EXECUTION DU CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL

199. Il est reconnu que l'ouvrier supporte une domination contractuelle (A), l'encadrement législatif, s'il ne vise qu'une protection minimum à l'origine, tend progressivement à s'étendre (B).

A. L'admission de la subordination individuelle en droit positif

200. Après la consécration jurisprudentielle et l'admission doctrinale de la subordination, corolaire indissociable du pouvoir, s'imposait une reconnaissance légale, du moins politique. Avant de protéger la partie faible, encore fallait-il en préalable reconnaître et justifier ce statut contractuel, la subordination individuelle devait ainsi être formalisée. En effet, alors que les débats autour de la particularité de la matière industrielle résonnaient depuis la moitié du XIX^{ème} siècle, réclamant, selon les époques et les doctrines, tantôt une révision du Code civil, tantôt l'élaboration d'une législation spécifique, ou encore une

[635] G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1ère éd. 1936 ; 2ème éd. 1948, n° 96.

abstention purement libérale[636], les troubles sociaux du tournant du siècle, et l'inévitable socialisation des rapports de travail qu'ils appelaient, a quelque peu bouleversé la question. Les options se limitaient désormais à la reconnaissance de la faiblesse des ouvriers et à la mise en œuvre de mécanismes particuliers de protection, quand bien même d'autres questions ne manquaient pas d'être soulevées quant à la nature ou l'ampleur de cette nouvelle législation[637]. Les projets qui emportaient des définitions neutres se voyaient

[636] Rappelons que dès le premier tiers du XIX^{ème} siècle, des critiques s'étaient en effet élevées, arguant de l'inadaptation du code civil aux relations industrielles (A. TISSIER, *Le code civil et les classes ouvrières,* in *Le code civil. 1804-1901. Livre du centenaire*, t 1. Paris, 1904, p. 71-89), qu'il s'agisse de revendiquer une révision sociale, ou une législation libérale. Ainsi, dès les années 1830, des libéraux avaient réclamé l'inclusion au Code civil d'une législation spécifique du travail, arguant des lacunes du Code civil. Sans pour autant prendre en compte la dureté des relations industrielles pour les ouvriers, ils envisageaient principalement l'efficacité libérale du régime. Rossi en 1837, puis Renouard en 1854, nous l'avons évoqué, soutiennent ces positions notamment au sein de l'Académie des sciences mondes et politiques. De même, en 1866, un comité est formé aux fins d'une refonte du Code civil, il comprend notamment Jules Simon, Jules Ferry, Joseph Garnier, Jean-Gustave Courcelle-Seneuil, mais encore Acellas ou Vacheroi etc. Le dernier explique par ailleurs que *« Le droit social n'a d'autre objet que le respect et le développement du droit de l'individu »* (*La démocratie,* 1860, p. 233). De même, sous la Troisième République, à partir des années 1880, c'est évidemment Glasson, alors doyen de la faculté de droit de Paris, qui se saisit de la question (*Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques,* 1886, t. 25, p. 843, t. 26, p. 129), réclamant une législation spécifique, face à d'autres positions défendues notamment par des économistes, tels Desjardin ou Glatard (*Revue des deux mondes* du 15 mars 1888, p. 350), qui estiment qu'il est préférable de ne pas intervenir davantage quant aux rapports du capital et du travail, misant ainsi sur la suffisance des textes et des jurisprudences. Par la suite, la question prend de l'ampleur, et des manuels de *législation industrielle* sont publiés, notamment par Paul Pic, et Georges Bry, respectivement professeur à Lyon et à Aix-en-Provence (P. PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle*, Paris, 1ère éd., 1894 ; G. BRY, *Cours élémentaire de législation industrielle*, Paris, 1ère éd., 1895). De même, chez les socialistes, ce type de revendications est particulièrement précoce, et sous tendu par des enjeux davantage pratiques. Ainsi, Eugène Buret en 1841 avec *Misère des classes laborieuses*, puis Louis Blanc en 1850 avec *L'organisation du travail.* Le dernier relève ainsi que : « *Si l'État […] manque à son devoir quand il intervient pour mettre obstacle au développement de l'autonomie individuelle, il remplit, au contraire, le plus sacré de ses devoirs lorsqu'il intervient pour écarter les obstacles que mettent à l'essor de la liberté, chez le pauvre, la misère, résultat d'une civilisation imparfaite, et l'ignorance, résultat de la misère »* (*Discours politique*, Paris, 1882, p. 422). On relève également les travaux de Constantin Pecqueur (*Des intérêts du commerce, de l'industrie et de l'agriculture*, Paris, Desessart, 1839), largement repris par les socialistes sous la monarchie de juillet, tels Marrast, Ledru-Rollin, Lamartine etc. La III^{ème} République aura également ses militants d'une réforme en faveur des ouvriers.

[637] Si effectivement au centenaire du Code civil, l'impérieuse nécessité d'une réglementation ouvrière paraît unanimement admise, les débats se déplacent quant à la forme de l'entreprise. S'il doit s'agir d'une révision globale pour Tissier ou Colin, d'autres projettent la création d'une législation du travail spéciale, hors du Code civil, en raison de son caractère de droit public. Les adversaires de la révision insistent quant à eux sur l'aspect duel de la législation du travail, ils proposent donc de dissocier *« deux choses bien différentes, la réglementation du contrat de travail qui est un problème de pur droit civil (Formation du contrat, preuve, capacité, obligations réciproques, rupture), et la réglementation du travail, intervention directe de l'autorité publique dans les entreprises industrielles en vertu de son droit de police »* (L. GERMAIN, *La jurisprudence et la réglementation légale du contrat de travail,* Thèse de droit, Paris, 1906 ; cité par F. HORDERN, *Du Code civil à un droit spécifique*, Cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, p. 4). C'est également la position de P. Pic : *« en tant qu'elle organise une sorte de tutelle administrative des travailleurs, la législation ouvrière ressortit au droit public mais elle se rattache au contraire au droit privé lorsqu'elle légifère sur les contrats industriels. Si donc il peut y avoir un avantage à inscrire dans un code ouvrier, distinct du code civil, une réglementation complète et détaillée du contrat de travail, du moins convient-il de poser dans le code civil les principes directeurs dont le législateur du XXe siècle entend désormais s'inspirer »* (P. PIC, *Le centenaire du code civil et le droit social de demain. Questions pratiques de législation ouvrière,* 1904, p. 475).

nécessairement relégués[638], et l'admission positive de la subordination individuelle représentait ainsi le coût du passage obligé de l'idéalisme au réalisme[639], matérialisé en outre par celui du louage à la nouvelle terminologie de *contrat de travail*[640], réglementé par un *droit du travail*.

201. Ce nouveau vocable, présent dans les commissions parlementaires dès la fin du siècle[641] et consacré par la loi dès 1901[642], allait par ailleurs emporter deux conséquences sensibles.

---

[638] Quant au « contrat de travail », il faut noter que les premières définitions ne font pas toute référence à la subordination, alors même que c'est elle qui commandera *in fine* l'élaboration d'un Code spécifique. Ainsi, l'on trouve cette définition dans une thèse en 1897 : « *Le contrat de travail ou louage d'ouvrage industriel, est la convention que font entre eux un patron ou un employeur qui s'engage à payer un salaire fixe, à un ouvrier ou un employé en échange de services que celui-ci doit lui rendre, ou d'un ouvrage qu'il doit exécuter* » (C. DIDION, *Du contrat de travail,* Thèse de droit, Nancy, 1897 ; de même P. HUBERT-VALLEROUX, *Le contrat de travail,* Thèse de droit, Paris, 1895 ; G. RAUX, *Du louage de service en droit romain et en droit français,* Thèse de droit, Lille, 1893 ; J. VETILLARD, *Du contrat de travail*, Thèse de droit, Rennes, 1898). Ou encore celle-ci, émanant d'un conseiller à la cour de Chambéry, qui estime qu'un contrat de travail est formé dès lors que le contractant met « *son activité au service de l'employeur qui le rémunère* » (H. PASCAUD, *Le contrat de travail au point de vue économique et juridique et l'utilité de sa réglementation législative*, Paris, 2ème éd., 1903).

[639] Pour exemple, les définitions de Glasson dès la toute fin du XIXème siècle (V. note xxx), ou au début du XXème, celle de Perreau : *« Pour qu'il y ait contrat de travail, il faut qu'il existe entre les parties, sinon un rapport de dépendance et autorité, tout au moins une certaine continuité de rapports, d'où résulte que l'un est au service de l'autre* » (*Exposé juridique devant l'Association pour la protection légale des travailleurs*, le 18 janvier 1907 ; cité par F. HORDERN, *Du Code civil à un droit spécifique*, Cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, p. 5). Précisons toutefois que la reconnaissance de la notion de subordination se justifiait principalement par la nécessité de l'application de la loi sur les accidents du travail. En ce sens, les auteurs qui reconnaissent le pouvoir de l'employeur entendent immédiatement lui attribuer la responsabilité des risques, tels Glasson naturellement ou Sauzet.

[640] Il faut par ailleurs évoquer une motivation particulière à l'adoption du terme « contrat de travail », spécialement en doctrine, et qui a sans doute à voir avec la volonté politique de rompre, d'une certaine façon, avec la domination sous entendue par le louage de services au cours des décennies précédentes, par l'instauration d'un nouvel instrument contractuel qui se veut davantage équilibré, moderne en somme. Ainsi, Chambon, au sujet du projet de loi relatif au contrat de travail déposé en 1906, pose la question suivante à la commission parlementaire chargée de l'étudier : *« Convenait-il d'adopter cette épithète nouvelle en droit civil de « contrat de travail » ou de conserver l'ancienne de « louage de services » ? Le mot louage de services qui exclut d'ailleurs les employés contient une idée de dépendance, de subordination qui s'accorde mal avec la conception que l'on se fait du contrat aujourd'hui, et avec les tendances du projet actuel. Il fallait choisir un mot qui pose, en principe, l'égalité des parties contractantes et l'expression plus large de contrat de travail, qui est passée déjà dans l'usage courant et dans la loi elle-même (loi du 18 juin 1901) répond admirablement à cette préoccupation »* (Chambon. *Le projet de loi sur le contrat de travail. Rapport présenté le 27 décembre 1907 à la commission de travail de la Chambre,* 1908, p. 175). F hordern relève en ce sens que « *Toute la réflexion des années 1890 à 1914 porte donc sur une dénomination nouvelle « contrat de travail » pour bien marquer le type nouveau de travail qu'est l'industrie. Le louage de service, expression surannée ne devrait plus servir qu'au travail agricole et domestique. Peut être aussi ne veut-on plus parler de louage, ce qui est trop expressif et brutal. On veut masquer cette relation qui choque* » (F. HORDERN, *Du Code civil à un droit spécifique*, Cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, p. 3). De même, si Capitant se montre favorable à la dénomination de « contrat de travail », les raisons semblent tenir à une certaine moralité de façade. Il explique en effet que le louage des gens de travail, dont dispose l'article 1779 du Code civil, a pour origine le droit romain, au sens duquel l'esclavagisme a pu prédisposer l'assimilation du louage des individus à celui des choses. Il estime en ce sens opportun de marquer la différence de nature et de régime entre le louage de choses et le contrat par lequel un ouvrier s'engage à travailler pour le compte d'autrui, à cette fin la dénomination nouvelle et spéciale de « contrat de travail » lui paraît adaptée (H. CAPITANT, *Cours de législation industrielle,* 1912. p. 130).

[641] « *Elle devient courante dans les délibérations et les travaux des commissions et des sociétés savantes qui étudient et prévoient les conséquences de ce contrat* » (F. HORDERN, *Du Code civil à un droit spécifique*,

La première tient au phénomène de généralisation, puisqu'en effet le changement de terminologie entraînait dans ce sillage tous les rapports de travail, et non pas seulement ceux qui affectaient la classe ouvrière. L'enjeu strictement industriel absorbait ainsi à moyen terme les employés et à long terme les ingénieurs et les cadres[643]. Tous allaient

---

Cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, p. 2). Pour autant, si P. Pic écrit en 1900 : « *Nous tenons pour acquise la dénomination de contrat de travail qui tend de plus en plus à passer dans le langage courant, et que plusieurs législations étrangères ont consacré »* (*Les lois ouvrières,* Paris, 1900, p. 615), il faut relever que le terme ne comptait pas que des adeptes en doctrine. Ainsi, Glatard relève en 1893 que l'expression récente de contrat de travail n'est pas consacrée dans la loi, de même qu'il ne bénéficie pas d'une reconnaissance doctrinale avérée, il vise « *une situation spéciale »* issue des *« progrès de la science, l'invention des machines, l'émancipation de la classe ouvrière, ses réclamations et son* organisation » (F. HORDERN, *Du Code civil à un droit spécifique*, Cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, p. 5). De même, Planiol considérait que l'expression de contrat de travail était « *vide de sens et injustifiable* », dans la mesure où il s'agissait en réalité d'un simple louage de travail de services : « *La chose louée est la force de travail qui réside en chaque personne et peut être utilisée par autrui, comme celle d'une machine ou d'un cheval. Cette force peut être mise en location et c'est justement ce qui arrive dans ce contrat* » (*Manuel de droit civil*, t. 2. 1ère éd., 1899). Enfin, P. Cauwès, président de la société d'économie politique et de l'association nationale pour la protection légale des travailleurs, *« le représentant le plus autorisé de l'école interventionniste éclectique »* (P. PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle,* Paris, 3ème éd., 1908, p. 32) ne mentionne jamais le contrat de travail, seulement le louage de services, dans son Cours à la faculté de droit de Paris (P. CAUWES, *Cours d'économie politique, contenant avec l'exposé des principes l'analyse des questions de législation économique,* Paris, t. 3, 3ème éd., 1893). De même, F. Hordern relève que dans « *les Tables de la jurisprudence générale Dalloz, « contrat de travail » apparaît pour la première fois dans la table 1897-1907, mais renvoie à louage d'ouvrage et d'industrie* » (F. HORDERN, *Du Code civil à un droit spécifique*, Cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, p. 6).

[642] Il s'agit de la loi du 18 juin 1901 relative au service militaire, assurant leur emploi aux appelés, elle sera codifiée à l'article 25 du Code du travail.

[643] Au sujet de ce phénomène, il faut rappeler que la position majoritaire au siècle précédent, défendue notamment par Troplong, mais encore Pothier, Merlin ou Championnière, instaurait une distinction entre le louage d'ouvrage, qui visait l'accomplissement d'une œuvre particulière et technique, et le louage de services, œuvre servile, visant une disposition sur le temps, et exclusivement l'accomplissement de travaux de pure exécution, matériels et mécaniques, rémunérés par un salaire (pour l'extension du louage de services aux louages d'ouvrage, V. avant). Il s'agissait également de réserver le mandat aux actes intellectuels des professions libérales, rétribuées par des honoraires (V. : E. BOULARD, *Du louage de service,* Thèse de droit, Paris, 1888 ; M. GLATARD, *Du louage romain, du contrat de travail français,* Thèse, Grenoble, 1893). L'enjeu consistait naturellement à marquer la différence entre une disposition serviable et le prestige d'un service intellectuel. A la toute fin du siècle cependant, ces constructions sont largement remises en cause par certains auteurs qui entreprennent de démontrer une certaine proximité entre les arts mécaniques et intellectuels. Tel est le cas de Duvergier, bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour Royale de Paris en 1846, puis Ministre de la Justice et des Cultes en 1869 (*Le droit civil français, suivant l'ordre du code civil*, coécrit avec Toullier) qui voit dans les deux contrats une obligation de faire moyennant un prix. Il explique également qu'un travail manuel peut nécessiter des compétences intellectuelles, de même que le Code civil, en son article 1986, permet au mandat d'être salarié, et au mandataire de recevoir à ce titre un véritable salaire, lequel ne serait en ce sens pas si éloigné dans sa nature des honoraires. Enfin, il questionne au sujet du contremaître chargé de la direction d'un atelier, celui-ci agit bien au nom d'un mandant, en tant que son représentant, il est pourtant salarié. Il juge par ailleurs que le louage de services n'est déjà pas réservé aux seuls ouvriers, puisque par exemple un employé supérieur, tel le chef de gare, est généralement lié par un louage de services, alors même qu'il supervise l'exploitation. Ainsi, « *peu à peu l'idée que le louage de service peut s'appliquer à des employés supérieurs et pas seulement à de simples ouvriers fait son chemin. Tout travail peut être loué […] On est alors mûr pour un contrat nouveau qui n'est plus seulement limité aux conditions les plus basses de la société* » (F. HORDERN, *Du Code civil à un droit spécifique*, Cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, p. 2), c'est en effet cette acception qui va prévaloir à la fin du XIXème siècle. Le projet de juillet 1906, qui entérine l'expression, définit par ailleurs « le contrat de travail » comme « *un contrat par lequel une personne s'oblige à travailler pour une autre qui s'oblige à lui payer un salaire calculé, soit à raison de la durée du travail, soit à proportion de la qualité ou de la quantité de l'ouvrage accompli, soit d'après toute autre base arrêtée par*

relever du même contrat, issu de la détermination d'un droit général du travail subordonné. La reconnaissance positive du couple subordination – pouvoir se voyait étendue de l'usine à l'entreprise, de l'industrie au salariat. La seconde conséquence tient évidemment à l'éminente dérogation du droit civil au droit du travail[644], assis sur la domination de l'exécution contractuelle. La prise en compte juridique de l'inégalité du rapport individuel de travail ne pouvait raisonnablement se concevoir au sein d'un Code censé prôner la liberté et l'égalité contractuelle. Le droit du travail à venir, matériellement, allait par ailleurs donner une parfaite assise positive au pouvoir de l'employeur, et indirectement exaucer le souhait de Sauzet, en instaurant, en contrepartie du gouvernement exclusif de l'employeur, une subordination protégée, augurant de la *figure moderne* des relations individuelles de travail : « *Au lieu du schéma d'équité fondé sur l'exigence de consentements réellement réciproques, resurgit et se généralisa le schéma d'équité de la servitude, fondé sur l'échange dissymétrique asservissement – protection […] formulé de façon abrupte […] : subordination protégée contre gouvernement exclusif de l'entreprise* »[645]. Rappelons à ce sujet la réalité politique : le principe de subordination contractuelle du travailleur n'est reconnu qu'en conséquence pratique de la loi sur les accidents du travail d'avril 1898, laquelle pose le principe du pouvoir patronal, « *engageant le droit du travail hors des principes de droit commun* », au nom de la spécificité de la matière et de l'absence de risque zéro. Rappelons également, pour l'anecdote, que le texte écarte de la responsabilité patronale la réparation intégrale issue du

---

l'employeur et l'employé », sans plus aucune distinction entre le louage d'ouvrage ou de services, l'art manuel ou les travaux intellectuels. Le projet précise par ailleurs que le contrat de travail concerne indifféremment l'engagement à temps, pour une entreprise déterminée ou pour une durée indéterminée. Il faut par ailleurs relever l'enjeu du choix du contrat à la lumière des incidences en matière de responsabilité en cas d'accident, une question prégnante en cette fin de siècle (Cass. 24 janvier 1882 ; la cour écarte le mandat au profit du louage de service et oblige ainsi l'employé à prouver la faute de l'employeur dans l'accident, Sirey 1882-1.209 ; cité par E. GLASSON, *Le code civil et la question ouvrière*, Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1886, 1er sem., t. 25, p. 853, note 1).

644 A nouveau droit, nouvelles revues. L'enjeu se mesure en ce sens à l'intérêt porté à la création de supports nouveaux, tels *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale,* créée en 1900 à l'initiative de P. Pic, elle fusionnera en 1929 avec le *Recueil de droit commercial* pour donner naissance au *Recueil de droit commercial et de droit social*, *La Revue politique et parlementaire* créée en 1895, la *Revue de l'Office du Travail*, centrée sur l'aspect administratif, ou encore la *Revue socialiste* créée en 1885 par B. Malon. Elles traitent de ce qui a trait au droit social naissant, étudient les nouvelles lois protectrices relatives aux syndicats, aux grèves, à l'hygiène des ateliers, aux assurances ouvrières, elles répertorient la jurisprudence, et s'entendent comme des publications *« de législation ouvrière et d'économie sociale pour vulgariser et mettre au point les notions indispensables »* (F. HORDERN, *Du Code civil à un droit spécifique*, Cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, p. 4). De même, à nouveau droit, nouveaux enseignements, un cours de législation industrielle est ainsi créé dans les facultés par un décret du 24 juillet 1889, suivi ensuite par la publication de manuels adaptés (P. PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle,* Paris, 1ère éd., 1894 ; G. BRY, *Cours élémentaire de législation industrielle*, Paris, 1ère éd., 1895).

645 A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail* (*France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1554.

droit civil et choisit l'indemnisation forfaitaire, proposée notamment par Saleilles, « *très inférieure à ce qu'aurait été une indemnisation en droit commun* ». « *La loi de 1898, demeurée dans la confusion entre la culpabilité, la responsabilité […] mettait fin aux mises en cause de l'organisation du travail et levait les derniers obstacles de droit à la conception unilatérale du pouvoir patronal : l'employeur y était admis implicitement comme seul organisateur des risques, mais partageait l'imputation des dommages avec la fatalité du risque industriel : responsable, mais non comptable, en quelque sorte* »[646]. S'il s'agit effectivement d'un « *événement philosophique considérable* »[647], la loi justifiait en tout état de cause l'acception contemporaine des rapports individuels de travail.

202. La suite est connue, *« la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie* » affirme la Cour de cassation le 6 juillet 1931. Bardou n'étant pas placé « *sous la direction, la surveillance et l'autorité de la société* », il bénéficie de l'« *indépendance […] dans sa gestion* » et de la libre disposition « *de son temps* », il n'y a donc pas ici de relation contractuelle de *travail*[648]. Celle-ci est en ce sens désormais définie exclusivement par un rapport de pouvoir, lequel induit nécessairement une subordination juridique, qui se révèle une véritable soumission à un employeur authentifié souverain et juge[649]. D'une conséquence

[646] Sur le sujet complexe du risque professionnel, duquel dépendait la législation sur les accidents du travail, après plusieurs décennies de condamnations sévères des propriétaires de grandes usines par des tribunaux qui estimaient « *que ceux qui prétendaient organiser seuls le travail ne pouvaient en même temps prétendre ne pas porter seuls la responsabilité des accidents issus de leur organisation* » (généralement démenties en appel), et face aux contestations patronales contraires, qui arguaient du risque industriel imputable seulement à l'industrie, la solution leur fut donc finalement favorable, voyant consacrer les lobbying patronaux visant à un amoindrissement des responsabilités patronales (PH.-J. HESSE, *Le nouveau tarif des corps laborieux : la loi du 8 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, Deux siècles de droit du travail (sous la dir. de J.-P. LE CROM), Paris, Éditions de l'Atelier, 1999, p. 89), et désavouer « *le régime judiciaire d'équité, installé durant les années 1791-1870, du fait de ses recours systématiques aux appels, rendant inopérants les recours ouvriers aux tribunaux subalternes, lorsqu'il s'agissait d'enjeux importants* ». Le forfait convenait par ailleurs « *à l'impossibilité pour les ouvriers de soutenir de lourds procès, mais elle entraînait aussi une dilution de la responsabilité de l'organisation du travail* » (A. COTTEREAU, *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle)*, Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57, p. 1555-1557).

[647] F. EWALD, *L'Etat Providence*, Grasset, 1986, p. 25. L'auteur évoque également à ce sujet : « *[…] l'institutionnalisation d'un nouveau* régime social de vérité *: c'est-à-dire de nouvelles manières pour les hommes de s'identifier, de gérer la causalité de leurs conduites, de penser leurs rapports, leurs conflits et leurs collaborations, de définir leurs obligations mutuelles* » (p. 26).

[648] Civ. 6 juillet 1931, D.P. 1931. 1. 131, note P. Pic, Grands arrêts, n° 1. Peu importe par ailleurs « *la dépendance économique de la personne* », ou le fait qu'il s'agisse de « *travailleurs économiquement faibles* »

[649] En ce sens, les termes de l'arrêt Société Générale du 13 novembre 1996 suggèrent d'une part une véritable obéissance du salarié aux ordres de l'employeur, et certifient d'autre part la compétence *judiciaire* du second, qui a la faculté de commander et de sanctionner le premier : «*Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* ». En ce sens, le pouvoir est à la fois le signe de la subordination du salarié et de l'existence d'un contrat de travail.

de l'inaction du juge dans le rapport contractuel individuel, l'autorité est devenue le critère même de définition du contrat de travail, au travers celui de la subordination contractuelle. Restait cependant à protéger, du moins à encadrer, cette subordination contractuelle. A ce sujet, on remarque que si l'entreprise de socialisation des rapports contractuels individuels de travail a eu des effets pour le moins spectaculaires – relativement à la généralisation de la subordination contractuelle et au caractère dérogatoire du régime impulsé –, quant au fond, les mesures impulsées, au demeurant légitimes et bienvenues, se sont davantage insérées dans la détermination d'un statut objectif de travailleur subordonné que dans l'élaboration conceptuelle du rapport personnel bilatéral.

B. La protection légale de la subordination contractuelle

203. Les critiques adressées au Code civil en matière de réglementation des rapports individuels de travail ont rendu nécessaire l'élaboration d'un droit nouveau, lequel a marqué l'émergence du « contrat de travail », caractérisé *a priori* par une vocation d'application générale d'une part, et l'admission de l'état subordonné du travailleur d'autre part. Ce processus particulier amenait naturellement ensuite à définir une véritable réglementation du « contrat de travail ». Ce vœu doctrinal devient une entreprise parlementaire en 1906[650]. Le projet de loi devait par ailleurs constituer le régime du « contrat de travail » – trois titres respectivement sur la formation, l'effet des obligations et la résolution –, il n'omettait par ailleurs pas d'établir un cadre aux règlements d'atelier, ceux-là disposant des véritables clauses du rapport de travail, de même qu'aux conventions collectives. Les attentes politiques et juridiques sont vives[651] puisqu'en effet, hors les

[650] Un projet de loi est déposé par le ministre du commerce, de l'industrie et du travail, tout juste créé, en juillet 1906 (*Projet de loi sur le contrat de travail,* composé de 56 articles. C12. Doc. parl. 1906. n° 158, p. 716). Il est issu des travaux du Conseil supérieur du travail, qui a œuvré notamment sur un projet de codification des règles existantes, ajoutées de nouvelles prescriptions, généralement en faveur des salariés (P.-E. LEVASSEUR, *Questions ouvrières et industrielles en France sous la 3ème République,* Paris, 1907, p. 451). Le texte s'inspire également fortement des travaux de la Société des Etudes législatives (*Bulletin de la Société d'Etudes Législatives,* 1905, n° 6 ; 1906 n° 2 et 3 ; Bulletin n° 3 de 1906, p. 209). Il était initialement prévu que l'entreprise se limite à la révision du Code civil, et dégage de nouvelles dispositions applicables à tous les travailleurs subordonnés. Les dispositions spécifiques à chaque groupe ou activité particulière devaient être arrêtées dans un futur Code du travail.

[651] Au-delà de la nouvelle dénomination, certains juristes exhortent à la détermination d'une véritable législation. Ainsi de D. Massé qui, à propos de ce projet de loi, relève en 1909 l'urgence d'une intervention effective : « *Les critiques des juristes, des sociologues, de tous les hommes soucieux de l'ordre et de l'harmonie, et aussi les ébranlements profonds des masses ouvrières, les conflits, les grèves, les mouvements de révolte tournant à l'émeute, démontrent surabondamment l'impérieuse nécessité de pourvoir le monde du travail d'un statut légal, d'une loi adéquate avec les données de la vie économique au vingtième siècle, d'un contrat de travail, pour tout dire, qui règle un acte à qui les conditions de l'état de choses contemporain font une place prépondérante* » (D. MASSE *Législation du travail,* Paris, 2ème éd., 1909, Appendice : législation de 1904 à 1909, p. 1).

premières lois, inspirées davantage par des considérations de santé publique[652], qui relèvent en réalité d'un secours presque « *humanitaire* »[653], de même que les secondes, emportées par les lobbyings patronaux enivrés de la toute récente reconnaissance de leurs exorbitantes prérogatives[654], et malgré l'acuité et l'ancienneté de la question, les rapports contractuels de travail ne sont toujours pas dotés, au début du siècle, d'un régime qui effectivement protégerait la subordination salariale en encadrant le pouvoir patronal. Sur le fond, il faut relever certains points du projet, notamment le renvoi explicite aux usages professionnels et géographiques quant à la licéité de certaines clauses, aux fins de parer aux « *abus* »[655]. Quant au règlement d'atelier, il doit impérativement mentionner certains éléments relatifs à la détermination du salaire, la durée du délai-congé désormais obligatoire[656], le système et la nature des pénalités, les éventuels recours des salariés en cas de sanctions, les modalités de surveillance[657].

204. Le projet envisage également la possibilité de conclure des conventions collectives entre employeurs et syndicats et il est prévu que celles-ci puissent s'imposer alors aux contrats individuels concernés. Si la grève suspend le contrat, le refus de se soumettre « *à la conciliation ou à l'arbitrage est considéré comme une rupture* »[658]. On relève une certaine approbation doctrinale au projet, certains jugeant qu'il « *constituerait un progrès immense, capable de réaliser et satisfaire les espérances de tous les esprits soucieux de l'ordre économique et de la justice sociale. Par le jeu normal de ses dispositions, il deviendrait tôt un instrument d'émancipation entre les mains des travailleurs ; il serait un palliatif*

[652] Notamment la loi du 22 mars 1841 qui pose l'interdiction du travail des enfants de moins de huit ans, limite la journée de travail à huit heures pour les 8-12 ans et à douze heures pour les 12-16 ans. Elle interdit également le travail de nuit aux moins de 13 ans. En 1874, une nouvelle loi interdit le travail aux enfants de moins de 12 ans, à mettre en lien avec l'obligation scolaire jusqu'à 13 ans, mise en place formellement par une loi du 28 mars 1882. Au sujet des premières réformes sociales, apparues dans les années 1830-1840, V. : J. DONZELOT, *L'invention du social*, Fayard, 1984 ; M. DAVID, *Les fondements du social*, Anthropos, 1993). Il semble par ailleurs que les préoccupations hygiéniques précèdent l'enjeu de paix sociale (M.-TH. JOIN-LAMBERT, *Politiques sociales*, Dalloz, FNSP, 2ème éd., 1997).

[653] L'ouvrier est en effet un « *vieillard infirme à 40 ans* » (L.-R. VILLERME, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, Paris, Renouard, 1840, II, p. 126).

[654] Au sujet de la loi du 8 avril 1898 relative aux accidents du travail.

[655] « *Doit être considéré comme illicite toute clause du contrat par laquelle l'une des parties a abusé du besoin, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'autre pour lui imposer des conditions en désaccord flagrant, soit avec les conditions habituelles de la profession ou de la région, soit avec la valeur ou l'importance des services engagés* » (*Projet de loi sur le contrat de travail,* C12. Doc. parl. 1906. n° 158, p. 716).

[656] L'employeur est alors obligé d'octroyer quotidiennement deux heures de liberté au salarié afin que celui-ci puisse chercher une autre place.

[657] De même, il doit être affiché huit jours avant son application, et les salariés peuvent formuler des observations à son encontre.

[658] F. HORDERN, *Du Code civil à un droit spécifique*, Cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, p. 5.

incontestable aux différends d'ordre individuel et collectif, en matière de travail, et permettrait de régler avec sûreté et précision ceux qui viendraient à éclater, malgré lui. Il est empreint d'un large esprit démocratique et d'un désir ardent de justice »[659]. Pour autant, et malgré l'urgence d'apaiser les troubles sociaux, le projet, discuté en commission, ne sera jamais débattu à la Chambre. La volonté de voir élaborer une véritable législation du travail semble vaine, notamment en raison de l'opposition des libéraux. Il y a bien, outre les récentes lois sanitaires relatives au travail des femmes et des enfants[660], la mise en place de mesures de police administrative quant aux conditions de travail du point de vue de l'hygiène et de la sécurité, au demeurant nécessaires à l'ordre du travail[661]. De même, des dispositions commencent à envahir véritablement ce qui, ordinairement, relevait de la seule affaire contractuelle des parties, donc du bon vouloir du patron, tels la durée du travail[662], la rémunération[663], le repos[664] ou la résiliation[665]. Progressivement, l'entreprise d'élaboration d'une législation du travail a cependant déjà laissé place à celle, moins ambitieuse, de la seule codification des mesures existantes[666]. De la promulgation d'un

[659] D. MASSE, *Législation du travail,* Paris, 2ème éd., 1909, Appendice : législation de 1904 à 1909, p. 8.

[660] La loi du 2 novembre 1892 limite et réglemente le travail des femmes et des enfants, de même que celle du 30 mars 1900. Au sujet de la maternité, après la loi de 1882, une loi du 27 novembre 1909 protège les femmes enceintes, leur garantissant l'emploi occupé avant la naissance.

[661] Telle notamment la loi du 10 mars 1894 relative aux normes des installations industrielles (suivie de la loi du 11 juillet 1903 sur l'hygiène et la sécurité des établissements industriels, qui suscitera la colère des employeurs, débauchant massivement les ouvriers pour réembaucher à domicile), de même que celle du 27 juin 1884 qui met en place l'assurance des accidents du travail. Egalement, après la création de l'Inspection du travail en 1874, une loi du 2 novembre 1892 dégage les premières dispositions protectrices en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs, confiant aux premiers « *la mission d'en assurer l'exécution* ». Elle arme par ailleurs les inspecteurs du travail d'un droit d'entrée dans les établissements soumis à leur surveillance, et d'un droit de présentation des registres ou livrets obligatoires. Elle institue en outre un délit d'obstacle de l'employeur à l'accomplissement de leur mission. A ce sujet, v. : J.-L. ROBERT (dir.*), Inspecteurs et inspections du travail sous la III et IVème République*, La Doc. fr., 1998). A noter encore les décrets d'août 1899 négociés par les syndicats et qui imposent, en matière de marchés publics, certaines règles sociales, relatives notamment à la durée du travail ou aux salaires.

[662] Relativement à la durée du travail des adultes, un décret du 9 septembre 1848 fixe la journée à 10h. Le texte, pris à la suite de manifestations populaires à Paris et à la Révolution de 1848, tente un programme résolument social (il est rédigé par Louis Blanc). Il proclame un droit au travail, le suffrage universel et la liberté d'association, de même qu'il évoque la prohibition du marchandage (défini par la spéculation de sous entrepreneurs sur la main d'œuvre qu'ils fournissent à un entrepreneur principal), la création d'un ministère du travail, l'abolition de l'esclavage, ou encore diverses mesures visant le chômage, telle la création des ateliers nationaux. Il sera cependant abrogé l'année suivante (M. BORGETTO et R. LAFORE, *La république sociale*, PUF, 2000, p. 32). La loi Millerand du 30 septembre 1900 réduit ensuite à 11h la durée de travail quotidienne, puis en 1919, la journée de travail est fixée à 8h et la semaine à 48h. En ce qui concerne les mineurs, la loi du 29 juin 1905 pose la journée de travail à 8h.

[663] V. note xx.

[664] Une loi du 3 juillet 1906 impose le repos hebdomadaire de 24h et remplace ainsi la prescription religieuse du repos dominical reléguée par la laïcité.

[665] Par une loi des 27 et 28 décembre 1890, sobrement intitulée « *De la résiliation du louage de services* ».

[666] La question de la codification a été introduite dès 1896. Un député socialiste avait proposé de rassembler et de réviser toutes les lois relatives aux rapports entre les travailleurs et les employeurs dans un Code du travail (Chambre. Doc. parl. 1898, n° 33 ; *Bulletin de l'Office du travail*, 1904, p 522 ; L. GERMAIN, *La jurisprudence de la réglementation du travail,* Thèse de droit, Paris, 1906, p. 58). En 1900, face aux « *lenteurs de l'élaboration*

maigre Code du travail en 1910[667], dont les dispositions étaient en réalité arrachées à un législateur peu volontaire à intervenir en la matière, d'aucuns relèvent cependant, moins qu'une codification, une simple compilation, ou encore « *un travail incomplet, promulgué hâtivement, qui ne change rien à la législation existante* »[668].

205. Si l'œuvre est législative et dérogatoire, elle demeure donc objective – elle s'apparente en ce sens bien souvent à des mesures de police – et superficielle. Le pouvoir individuel de l'employeur résiste parfaitement aux premières décennies de socialisation[669]. Il faut y voir selon nous, malgré l'admission du caractère dérogatoire de la matière, la résilience des conceptions libérales déployées au siècle précédent, lesquelles démontrent encore le caractère opérant de la théorie de l'autonomie de la volonté[670]. Quant à la supériorité de l'employeur au stade de la formation du contrat, aucune disposition n'est prise. Même les projets évoqués du début du siècle renvoyaient, de toute façon, au droit commun et aux vices de consentement classiques, dont l'inefficacité en matière de travail était déjà

---

d'une législation du travail » (F. HORDERN, *Du Code civil à un droit spécifique*, Cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, p. 6), un nouveau projet, à l'initiative socialiste, vise la création d'un code ouvrier, qui centraliserait les lois votées sur le sujet, il est présenté au parlement en 1903 (Chambre. Doc. parl. 15 janvier 1903, n° 649, p. 18). L'année d'après, un projet similaire est déposé par un autre élu, aux fins de rassembler les lois industrielles dans un code du travail. A l'initiative du Gouvernement, est également instituée une commission, chargée d'ordonner et de codifier les lois existantes en matière de travail (P. PIC, *Questions pratiques de législation ouvrière*, 1901, p. 399 ; J.-A. TOURNERIE, *Le Ministère du Travail (Origines et premiers développements)*, Paris, Cujas, 1971, p. 136). En 1905, les travaux de la commission, consistant en 5 titres, sont déposés à la chambre, votés tels quels, et présentés au sénat l'année d'après, ajouté d'un sixième titre (P. PIC, *Traité élémentaire de législation ouvrière,* Paris, 4ème éd., 1912, p. 103).

667 Le 28 décembre 1910, les divers éléments de législation sociale sont regroupés dans la loi instituant le Code du travail. Il sera complété par un décret du 12 janvier 1911 qui signe l'entrée en vigueur du livre I du code du travail (106 articles remplacent seize lois). Le Code du travail reprend l'expression du « contrat de travail » dans sa partie relative aux dispositions légales encadrant le louage de services, d'ouvrage et le marchandage (titre II du livre 1er).

668 F. HORDERN, *Du Code civil à un droit spécifique*, Cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, p. 6. De même, il s'agit d'un « *code en trompe l'œil* » pour P. Pic (cité par A. JEAMMAUD, *La codification en droit du travail*, Droits, 27/4.1998, p. 161).

669 Si le pouvoir de l'employeur a évolué, il demeure. En ce sens, le « *modèle paternaliste précédent* » qui instaurait « *entre patrons et ouvriers des rapports moraux* », faisant du « *patronat le tuteur naturel des hommes qu'il fait vivre par les salaires distribués* » a laissé la place à des « *rapports sociaux qui soient fondés sur la reconnaissance du caractère commercial du contrat de travail* », appelant « *de nouvelles formes de discipline où l'autorité patronale [s'exerce] autrement, ce qui permettra à l'industrie d'atteindre de nouvelles normes de productivité et de diminuer la tension sociale qui est entretenue par les nombreux conflits relatifs au problème disciplinaire* ». « *L'autorité et le pouvoir corrélatif* » sont posés « *comme des fonctions [...] par les lois qui imposent des normes de protection des salariés, la limitation des heures de travail, la réglementation des industries insalubres, du travail des femmes et des enfants, des accidents du travail, de la surveillance par un corps d'inspecteurs du travail, etc.* » (F. HODERN, *Le règlement d'atelier au XIXème siècle*, cahier n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II. 1991, p. 8).

670 V. notes 205.

démontrée[671]. Quant à la phase d'exécution du contrat, le pouvoir réglementaire n'est pas régulé, sous réserve bien sûr des dispositions législatives croissantes relatives au salaire, à la durée de travail, aux contraintes administratives et aux impératifs d'hygiène et de sécurité[672]. Quant, enfin, à la résiliation, la loi de décembre 1890[673], comme celle de 1928[674], ne garantit pas véritablement contre l'arbitraire de la décision de rompre à l'initiative de l'employeur.

206. Si le minimum de protection s'est enrichi progressivement et considérablement au cours des trois premiers quarts du XX^{ème} siècle[675], de même que les assurances sociales se sont considérablement développées[676], relevons que l'acquisition des droits sociaux, en application de politiques sociales, a largement surpassé, durant les deux premiers tiers du XX^{ème} siècle, le perfectionnement ou l'amélioration conceptuel du contrat individuel. D'où la multiplication des commentaires, édifiés dès les années 1920 et confortés par la suite, visant à appréhender le rapport de travail sous un angle institutionnel et non plus contractuel. « *Le droit du travail [...] né contre l'impérialisme du contrat* » a indirectement exigé « *un abandon du régime contractuel libéral* », il a « *englouti le contrat* »[677]. L'expansion et l'intensification des législations spécifiques et protectrices

[671] En effet, le projet de juillet 1906 renvoyait au droit commun pour la formation du contrat. L'inégalité économique, de même que la dépendance, n'étaient pas prises en compte. Le texte, insuffisant sur ce point, prévoyait encore que les effets de la convention étaient ceux qui avaient été déterminés par les parties, à la condition de ne pas être contraires à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il conservait la règle du consensualisme, en ce sens l'écrit n'était pas requis, et il prévoyait que la preuve du contrat était libre.

[672] Sur le caractère croissant : F. SOUBIRAN-PAILLET, *Accélération du temps juridique et questionnement scientifique : le cas de la réglementation française des relations du travail à la charnière des XIX et XX^{ème} siècles*, in *L'accélération du temps juridique*, Fac. Univ. Saint-Louis, Bruxelles, 2000, p. 874.

[673] La loi reflétait particulièrement les conceptions libérales. Rappelons en effet que l'on ne pouvait admettre un engagement pour une durée non déterminée que sous la condition que chaque partie ait la possibilité – en fait la liberté – de rompre à tout moment. Les employeurs, naturellement, en abusaient. La seule avancée, encore qu'elle résultait en réalité d'une jurisprudence ancienne, consistait en l'octroi de faibles dommages et intérêts, sous réserve que l'ouvrier prouve la faute de l'employeur dans la résiliation unilatérale.

[674] Le texte introduit un délai de préavis, et réaffirment la possibilité d'une indemnisation en cas de congédiement abusif.

[675] Le SMIC est créé en février 1950, les congés légaux allongés en 1956, de même qu'est instaurée en 1958 une durée minimale pour congédier. La V^{ème} République mène en ce sens des politiques sociales. L'ordonnance du 7 janvier 1959 dispose du caractère facultatif de la participation aux résultats et à l'intéressement, rendue obligatoire par l'ordonnance du 17 août 1967. Le développement de la participation aux décisions et à la gestion de l'entreprise relève de questions plus complexes, il demeure plus limité (F. BLOCH-LAINE, *Pour une réforme de l'entreprise*, Seuil, 1963).

[676] Les retraites paysannes et ouvrières sont créées en 1910. En 1928, les assurances sociales protègent les travailleurs de la maladie, de l'invalidité et de la vieillesse. En 1945, les actifs sont protégés par le service public de la sécurité sociale contre tous les risques sociaux.

[677] A. LYON-CAEN, *Actualités du contrat de travail, brefs propos*, Dr. soc. 1988, n° 7-8, p. 540, « *Abandon d'abord de la représentation du travail conçue comme une relation entre personnes libres et égales, En termes simples, la relation de travail va trouver son objectif dans l'entreprise et son principe constitutif, son épicentre, dans la dépendance* ».

d'ordre public a en effet eu pour conséquence un amoindrissement, voire un effacement du rôle du contrat dans l'aménagement juridique des relations entre l'employeur et le salarié. Alors même que certains auteurs avaient critiqué d'abord le louage de services pour la simple adhésion qu'il impliquait – la relation étant régie par la seule volonté de l'employeur –, les reproches portent désormais sur la relégation du contrat de travail, voire son inconsistance matérielle – le rapport étant encadré par les seules prescriptions législatives –. Ainsi d'une certaine partie de la doctrine qui dénie « *toute consistance au « soi-disant contrat de travail »* » ou « *pseudo contrat* »[678], n'y voyant « *qu'un acte condition déclenchant sur un individu l'application d'un certain statut, le soumettant à une certaine loi* »[679]. Ces analyses anti contractuelles trouveront un écho particulier dans les différentes expressions des doctrines de l'entreprise[680], ou conceptions institutionnelles, qui émergent au cours du XX^{ème} siècle, notamment les constructions de M. Hauriou[681] puis P. Durand[682], M. Despax[683] ou encore A. Brun qui préfère ainsi évoquer « *le lien d'entreprise* »[684] au contrat de travail. Si la théorie du troisième tend à personnifier l'entreprise, par la détermination d'un intérêt spécifique et l'expression d'une volonté propre, celle du dernier se concentre davantage sur la finalité de l'entreprise, notamment pour justifier l'octroi et l'exercice du pouvoir direction de l'employeur. La théorie de la relation de travail formalisée par le second accorde enfin au contrat une fonction mineure, à l'inverse de la loi et des conventions et accords collectifs, et conditionne l'application du droit positif à l'appartenance objective du travailleur à la communauté de l'entreprise, il justifie le pouvoir de l'entrepreneur par l'adhésion à l'institution de l'entreprise et la communauté d'intérêts qu'elle opère[685]. Au-delà des subtiles spécificités de chaque

[678] G. SCELLE, *Précis élémentaire de législation industrielle*, *Les contrats de travail*, Paris, Sirey, 1927, p 173.
[679] G. SCELLE, *Le droit ouvrier*, 2ème éd., Paris, A. Colin, 1929, p. 109.
[680] G. et A. LYON-CAEN, *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Litec, 1978, p. 599.
[681] M. HAURIOU, La théorie de l'institution et de la fondation, Cahier de la Nouvelle Journée, 1910, n°4.
[682] P. DURAND, Traité de droit du travail, Paris, Dalloz, t. 2, 1950, et antérieurement : *Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail*, JCP 1944, I, p. 387.
[683] M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957. L'auteur s'appuie sur la théorie de « *la réalité des personnes morales* » aux fins d'octroyer la personnalité juridique à l'entreprise (p. 392, n° 366, s'appuyant sur Civ. 28 janv. 1954, JCP 1954, II 7018). Si la gestion de l'entreprise et la poursuite de son intérêt doivent être confiés aux actionnaires, l'auteur reconnaît cependant que les décisions des dirigeants doivent être soumises au contrôle du juge, lequel doit apprécier l'intérêt social à l'aune notamment des équilibres sociaux. Quelques trente ans après avoir théorisé ces constructions, l'auteur relève par ailleurs qu' « *en l'état de l'évolution des esprits, de l'économie et de notre législation que la métamorphose de l'entreprise en une communauté est en bonne voie mais qu'il s'agit pour l'heure que d'une communauté à solidarité limitée* » (M. Despax, *L'évolution du droit de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain,* Ecrits en l'honneur de J. Savatier, Paris, PUF, 1992, p.177).
[684] A. BRUN, *Le lien d'entreprise*, JCP Doctrine, 1962, n°1719. Ce lien est alors autonome du lien contractuel.
[685] L'auteur considère en effet que le contrat de travail est la source du rapport juridique de l'employeur et du salarié en tant qu'il constitue la « *condition d'application du droit du travail* ». Son rôle est cependant limité par

conception, on relève par ailleurs des penchants idéologiques et surtout la détermination d'un intérêt social, presque général, que poursuivrait l'entreprise, plus spécialement sa gestion[686]. Si la doctrine juridique n'a pas véritablement adhéré à cette théorie, on relève par la suite un certain consensus quant au « *passage du contrat au statut* », du moins à l'affirmation d' « *un contrat presque vidé de son contenu* », et dont le rôle en droit positif est « *réduit à peu de choses* »[687]. Ces perceptions confortent par ailleurs leurs auteurs dans leur constat de l'autonomie du droit du travail. Quand bien même quelques observateurs résistent et arguent du « *rôle irréductible* »[688] du contrat dans la détermination des relations individuelles de travail, la période (1920-1980) sera effectivement marquée par l' « *inéluctable déclin du contrat de travail* »[689].

207. Il faut enfin relever que l'éviction ou la relégation du contrat à titre individuel n'est pas le seul fait, et non plus le fait majoritaire d'une loi spéciale et invasive, elle est également le fait des contrats collectifs qui vont largement irriguer l'aménagement des relations professionnelles et la condition juridique du travailleur. Si l'on assiste effectivement dans

---

le fait que le droit positif est davantage justifié par l'existence objective d'une relation de travail, elle-même conditionnée par le « *fait-condition* » de l'entrée et de la présence du travailleur dépendant dans l'entreprise, et son appartenance à la communauté. Sa doctrine de l'entreprise engendre par ailleurs une formalisation de l'intérêt de l'entité qui réalise une communauté d'intérêts entre le capital et le travail (les moyens de production), reléguant ainsi les mécanismes de lutte des classes. Le pouvoir et la mission de réalisation de cet intérêt spécifique à l'entreprise et commun à ses membres (la production) étant alors octroyés aux seuls détenteurs des capitaux ; « *L'entrepreneur qui, dans notre organisation économique, est chargé d'assurer la production et les échanges, qui court le risque de son exploitation, et doit assurer le bien commun des membres de l'entreprise, doit disposer des pouvoirs nécessaires pour parvenir à ses fins* ». Les pouvoirs du chef d'entreprise sur les biens et les travailleurs recouvrent alors une fonction sociale qui réside dans la satisfaction de l'intérêt de l'entreprise, intérêt nécessairement supérieur aux intérêts individuels et catégoriels, et vers lequel ils convergent. Cette conception pallie les limites des incidences du droit de propriété (« *ce droit de propriété, droit réel sur les choses, ne peut expliquer [seul] un pouvoir de commandement sur les personnes* »). Cette « *théorie de la relation de travail* » emmène une véritable doctrine ou « *idéologie de l'entreprise* » (P. DURAND, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 2, 1950, p. 114-121). V. également sur cette position : J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise,* Sirey, 1967, et du même auteur : *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports*?, D. 1999, Chr., p. 157 (relevant plus de vingt ans plus tard la tendance à la corruption de l'intérêt social de l'entreprise issu du « *renforcement considérable de la puissance des actionnaires dans les entreprises* »). L'origine de la théorie institutionnelle doit se trouver par ailleurs dans la doctrine allemande, laquelle préférait voir dans la relation de travail l'engagement du salarié envers l'entreprise à l'échange du travail contre un salaire (A. SUPIOT, *Critique du droit du travail,* Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1994).

[686] G. et A. LYON-CAEN, *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Litec 1978, p. 618. Les auteurs relèvent en ce sens que ces doctrines réalisent « *la symbiose entre l'intérêt social, le but social et l'objet social* ».

[687] G. LYON-CAEN, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, 1955 ; P.-D. OLLIER, 1972 ; J.-C. JAVILLIER, 1976. V. également : G. SCELLE, *Précis élémentaire de législation industrielle*, *Les contrats de travail*, Paris, Sirey, 1927, p 173.

[688] J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, Paris, éd. de 1956 à 1993). Cette position médiane est également partagée par G. COUTURIER.

[689] A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415.

ces années à un déclin du contrat, on voit également un spectaculaire essor des conventions et accords de travail. Les plus grandes innovations affectant la dimension contractuelle du rapport de travail doivent alors se trouver dans son aspect collectif. C'est encore dans l'évolution juridique du cadre des relations collectives que l'on trouve la plus grande contribution sur ces décennies à la correction du déséquilibre structurel des rapports individuels de travail.

II : LA PROTECTION STRUCTURELLE DES DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES COLLECTIVES

208. Ici encore, la réalité et les nécessités sociales semblent prendre progressivement le pas sur les enjeux idéologiques[690]. Le mouvement de socialisation en matière de rapports collectifs de travail apparaît par ailleurs semblable à celui appliqué aux relations individuelles. En ce sens, on trouve dans un premier temps l'admission d'une lacune juridique et dans un second la détermination d'un régime dérogatoire particulièrement cadré. La légalité de l'association syndicale[691] (A) emportait nécessairement d'affecter des conventions collectivement formées, dont l'objet même réside dans la définition des règles professionnelles, d'effets particuliers. Ceux-là se révéleront par ailleurs structurellement et impérativement favorables aux travailleurs. (B).

A. La légalité de l'association collective professionnelle

209. L'interdiction des rassemblements et des actions de type professionnel a inévitablement entravé l'évolution et la pratique conventionnelle collective durant une grande part du XIX^{ème} siècle. Rappelons en effet que l'idéologie révolutionnaire, individualiste et libérale, à l'origine de l'abolition politique bienvenue des privilèges corporatifs de statuts professionnels en 1791[692], a également conduit la même année à l'interdiction des coalitions et des grèves[693], prohibition rappelée en 1803[694], et pénalisée en 1810[695].

---

[690] R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard, p. 207.

[691] Il faut préciser à ce sujet que la question des salaires est centrale. C'est elle en effet qui a cristallisé, tout au long du XIX^{ème} siècle, les conflits sociaux qui ont abouti à la reconnaissance du droit de coalition en 1864, puis à celle des syndicats deux décennies plus tard. C'est encore les revendications relatives à la révision des « tarifs » qui ont généré la formalisation et le développement des mouvements ouvriers sur la fin du siècle. La loi du 21 mars 1884 a en ce sens eu pour première et immédiate conséquence de permettre aux syndicats ouvriers d'engager légalement des négociations professionnelles sur la question de la fixation des tarifs salariaux. Relevons enfin que, bien qu'illégales, les négociations collectives en matières de salaires, de même que les accords salariaux professionnels, ont dans les faits existé bien antérieurement, par le soutien de jurisprudences locales, et l'homologation de certaines municipalités et préfectures (v. notes suivantes).

[692] Rappelons que le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 avait supprimé les anciennes corporations d'Ancien Régime afin de garantir véritablement la liberté du travail. Il s'agissait alors d'abolir les pouvoirs juridiques

210. Les contingences de leur réalité – la misère, la fragilité et la nécessité – ont cependant très tôt contraint la classe ouvrière à se rassembler, causant des désordres et des répressions[696]. A ce propos, si les manifestations populaires de Paris ont permis l'adoption des décrets des 4 et 5 mars 1848[697], la victoire socialiste verra son œuvre abrogée dès l'année suivante, au cours de laquelle sera par ailleurs réaffirmée encore l'interdiction des coalitions[698]. Il faut bien sûr attendre la loi du 25 mai 1864 pour que le législateur abroge l'incrimination de coalition[699], suivie par celle du 6 juin 1868 relative à la réunion. La loi Waldeck-Rousseau, du 21 mars 1884, accorde enfin textuellement la légalité et surtout la liberté d'association syndicale[700]. Si on relève traditionnellement qu'une tolérance a précédé dans les faits de quelques années la reconnaissance légale[701], il faut également préciser qu'il est possible de trouver des *expériences collectives* en la matière bien antérieurement. En effet, nous l'avons évoqué, parallèlement à l'idéologisation politique et jurisprudentielle, s'est développé dès le tout début du XIX[ème] siècle un *droit ouvrier* local et sectoriel fondé sur le bon sens et l'équité[702]. En ce sens, on trouve nombre d'exemples qui attestent de la

---

privés des employeurs, et du même coup les sujétions statutaires des ouvriers (sur l'aspect idéologue et politique, v. notes xx). Le texte fait suite à l'individualisme politique issu de la Révolution de 1789.

693 La loi Le Chapelier des 22 mai et 14 juin 1791 pose l'interdiction des coalitions de métiers et des grèves, aux fins de prévenir le retour des corporations bannies antérieurement. Il s'agit d'éviter que d'autres formes de pouvoirs ne germent au sein de groupements professionnels. En raison de la domination économique exercée par les patrons, elle a nécessairement isolé les travailleurs, et affaibli leur classe (V. notes xx).

694 La loi du 12 avril 1803 relative à la réglementation du travail dans les manufactures et les ateliers renouvelle également l'interdiction des coalitions ouvrières.

695 En février 1810, le Code pénal de Napoléon est promulgué, il instaure la nécessité de l'obtention d'un agrément du Gouvernement à toute association de plus de vingt personnes. Il punit sévèrement toute coalition ouvrière tendant à la cessation du travail ou à la modification des salaires. A noter la loi du 10 avril 1834 relative aux associations qui étend l'agrément aux associations fractionnées en sections de moins de vingt personnes.

696 Notamment la grève des ouvriers de l'industrie de la soie à Lyon, qui s'étendra jusqu'à provoquer une insurrection violemment réprimée en 1831. La grève est alors justifiée par le refus des patrons d'appliquer le tarif négocié par les représentants des salariés.

697 V. note 620.

698 La loi du 15 mars 1849 rappelle l'interdiction des coalitions ouvrières et patronales, et celle du 27 novembre suivant rappelle l'interdiction des grèves.

699 Si elle établit le principe du droit de coalition et de grève, elle maintient, dans une nouvelle rédaction, les sanctions des articles 414 à 416 du Code pénal en cas de « *manœuvres frauduleuses* » ou « *d'atteintes au libre exercice de l'industrie et du travail* ».

700 Les Syndicats peuvent désormais se constituer librement, ils disposent de la personnalité juridique. Si leur fonction initiale demeure la défense des intérêts de leurs adhérents, tous les travailleurs sont concernés, et pas seulement ceux qui sont salariés. La Cour de cassation le reconnaît, de même qu'une loi de 1920 dispose que le syndicat défend « *l'intérêt collectif de la profession* ». On relève par ailleurs dès l'origine qu'une opposition ramène l'antagonisme des relations individuelles, si les syndicats de salariés recherchent une amélioration des conditions de travail, les organisations patronales tentent de répondre aux revendications (G. LYON-CAEN, *Droit syndical et mouvement syndical*, Dr. soc., 1984, p. 5 ; J.-C. JAVILLIER, *Le patronat et les transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. Lyon-Caen, 1989, p.193 ; F. SOUBIRAN-PAILLET, *L'invention du syndicat (1791-1884)*, LGDJ, 1999).

701 Elle résulte de la substitution de l'Empire libéral à l'Empire autoritaire. De même, la grève est tolérée.

702 Par ailleurs, la loi Le Chapelier, bien que datant de 1791, ne fut véritablement appréhendée comme posant l'interdiction des réunions ou groupements professionnels ouvriers qu'au cours de la seconde moitié du XIX[ème] siècle, jusqu'à son abrogation formelle en mars 1884. De même, l'article 7 du décret d'Allarde disposait des

volonté des juges prud'homaux, de paix ou des municipalités de mettre en œuvre de véritables politiques de détermination collective des règles professionnelles au cours du siècle. Qu'il s'agisse d'affirmer la légitimité de la présence d'ouvriers dans les assemblées générales de compagnonnage censées régler les nouvelles règles professionnelles des charpentiers ou des vitriers de Paris[703]. Qu'il s'agisse également de contrôler la validité des règlements intérieurs au regard de la réalité du consentement de la collectivité de travailleurs à laquelle ils doivent s'appliquer, et d'en sanctionner le défaut[704]. Ou encore de favoriser la négociation collective paritaire, en assurant l'égalité réelle des maîtres et des ouvriers[705]. Dans les industries lyonnaises de soierie, les juges prud'homaux ont ainsi encouragé et favorisé la détermination collective des règles relatives à l'évaluation du travail et au salaire. Ils ont encore choisi le compromis en matière de tarifs dans l'industrie mécanique du nord[706]. De même, dans la région rouennaise, ils ont pris acte des grèves et des mouvements sociaux, et modifié, en séances de *conciliation,* la réglementation patronale selon les revendications ouvrières[707]. Dans le secteur du bâtiment, à Paris, la municipalité s'est faite la conciliatrice des négociations, et s'est fondée durant des décennies sur les accords ainsi conclus pour édicter les tarifs publics[708]. Il en est de même en d'autres villes, à propos de l'industrie de la voilerie, ou encore à Nantes, au sujet des tailleurs de pierre… Si l'interdiction légale des regroupements a nécessairement entravé l'essor des débats collectifs, elle n'a en ce sens pas empêché des expériences sectorielles, bien que celles-ci aient été disparates et laborieuses.

211. Sur la fin du siècle, une fois les syndicats formellement autorisés, c'est évidemment l'absence de régime spécifique qui restreint le développement et l'efficacité des discussions collectives[709]. On note cependant des avancées légales, telles les lois du 27 décembre 1892 relatives à la conciliation et l'arbitrage en matière de différends

« *règlements de police* » censés remplacer les anciens règlements corporatistes d'Anciens Régime, ce qui a généré des revendications ouvrières visant à ce que soient constituées des assemblées générales professionnelles aux fins d'élaborer, sur un pied d'égalité – il s'agissait bien de l'objet du décret Allarde – les nouvelles règles de la profession (V. notes 212, 213, 229 et 266).

[703] V. note 229.

[704] V. note 258.

[705] V. note 236.

[706] V. note 259.

[707] V. note 260.

[708] V. note 262.

[709] Les contrats collectifs de travail apparus à la fin du XIX^{ème} siècle sont généralement causés par des grèves, ils s'apparentent donc majoritairement à des accords de fin de conflits. Quant au régime, l'individualisme régnant n'admet idéologiquement pas les rapports sociaux collectifs, et l'interprétation *civiliste* du champ d'application de l'article 1165 du Code civil est évidemment très stricte (M. Despax, *Droit du travail Négociations, conventions et accords collectifs*, t. 7, Dalloz, 2ème éd., p. 33).

collectifs[710], qui apparait alors comme le premier élément d' « *une stratégie bourgeoise de résorption des foyers d'inflammation* »[711] par le recours au juge, et celle du 22 mars 1898 qui consacre les libertés mutualistes[712]. De même, la pratique collective se multiplie, spécialement « *dans les secteurs industriels à forte conflictualité où les syndicats sont fermement implantés (mines et textile)* »[713], puisqu'en effet, *« l'expérience montre qu'il y a moins d'inégalité lorsque le patron traite avec une collectivité organisée* »[714]. On voit la première *vraie* convention collective apparaître en novembre 1891[715]. Sur le fond, on parle de « contrats collectifs ». L'encadrement ressort alors naturellement au droit commun. La reconnaissance de la licéité des groupements de salariés et de patrons permet effectivement de garantir la validité de ces accords, qui conservent la qualification contractuelle classique. Les difficultés proviennent naturellement de leurs effets, nécessairement entravés par le principe de l'effet relatif des conventions, qui limite considérablement leur rayonnement collectif. La multiplication du recours à l'accord collectif sur cette période va par ailleurs permettre de mettre en lumière cet enjeu, et appeler une intervention législative[716] visant à favoriser la pratique en ce qu'elle permet « *la canalisation de l'expression des antagonismes* »[717], et donc participe à la paix sociale.

[710] Il s'agit d'élaborer des procédures facultatives de règlements des conflits par les comités de conciliation et les conseils d'arbitrage, visant à éviter les règles et les conflits judiciaires contentieux. En effet, la résolution des conflits du travail, notamment au sujet des tarifs de salaire, apparaît dès les années 1880 comme une préoccupation majeure. Le texte a été codifié par la loi du 21 juin 1924 au titre II du Livre IV, articles 104 à 118 (à ce sujet, v. : E. LAMBERT et L. CLUZEL, *Conventions collectives, Jurisprudence arbitrale,* Recueil méthodique des décisions de la Cour supérieure d'arbitrage, 2 vol., 1950, Ophrys).

[711] A. SUPIOT, *Le juge et le droit du travail*, Dr. soc., 1980, p. 59.

[712] On relève à cette période un essor certain du syndicalisme. A noter pour exemple, le Congrès constitutif de la confédération générale du travail (CGT) à Limoges, en septembre 1895, qui dispose de l'adhésion des syndicats nationaux et locaux, des unions et fédérations locales de métiers et d'industries. De même, en 1901 est créée l'Union des industries métallurgiques et minières (UIMM), association patronale de branche. En octobre 1903, la « Charte d'Amiens » qui affirme l'indépendance politique des syndicats est adoptée au Congrès de la CGT. Le 19 mars 1919, la CGPF, qui regroupe une vingtaine de fédérations patronales, est constituée. Le 1er novembre suivant, c'est au tour de la CFTC, issue de la fédération des syndicats chrétiens d'employés et de cheminots.

[713] S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011.

[714] D. MASSE, *Législation du travail et lois ouvrières*, Paris, 2ème éd., 1909, Appendice, législation de 1904 à 1909, p. 2 ; Ch. Doc. Parl., n° 158, p. 716).

[715] Elle est signée le 29 novembre 1891, entre les syndicats de mineurs et les compagnies houillères du Pas-de-Calais.

[716] « *De 1891 à 1913, les signatures de conventions collectives se multiplièrent, favorisées par la procédure de conciliation instituée par la loi du 27 décembre 1892. De 34 conventions signées en 1893, on passait à 252 en 1910 et 202 en 1911* » (G. KOUBI et G. LE FLOCH (dir.)*, Continuités (et discontinuités) de la norme conventionnelle en droit du travail* ; in *La notion de continuité, des faits au droit*, coll. Logiques juridiques, éd. Lharmattan, 2011).

[717] A. SUPIOT, *Le juge et le droit du travail*, Dr. soc., 1980, p. 59.

212. Sans influer sur la nature des « contrats collectifs », la loi du 25 mars 1919[718] va poser les bases d'un cadre institutionnel, et marquer l'émergence d'un régime spécifique à cette « *nouvelle forme de contrat* »[719]. S'il s'agit toujours de contrats de droit privé, le texte prévoit cependant deux innovations. D'une part, les dispositions de la convention s'imposent aux contrats individuels des personnes liées par l'accord collectif, lesquels ne peuvent pas contenir de clauses contraires. De même, le législateur fait de la convention collective « *une sorte de coutume à laquelle il faut se référer dans le silence des accords individuels conclus entre personnes non engagées par la convention* »[720]. D'autre part, le texte octroie aux organisations professionnelles le droit d'agir en justice pour obtenir l'exécution des conventions signées par elles, en son nom ou au nom du salarié membre, sous réserve qu'il n'y soit pas opposé. S'il s'agit de déroger au droit civil commun, aux fins de garantir une meilleure efficacité aux accords collectifs de travail, ceux-là demeurent fragiles, notamment en raison de la possibilité pour les employeurs et les salariés de démissionner du syndicat partie à la convention à tout moment. Le régime dessiné se révèle insuffisant et la pratique des conventions collectives décroit sensiblement jusqu'aux années 1830[721]. Le contexte politique va alors permettre la prise en compte de certains travaux doctrinaux développés au début du siècle[722] et impulser un nouvel essor de la pratique contractuelle collective.

B. L'extension des effets de l'accord collectif professionnel

213. La loi du 24 juin 1936[723] constitue « *l'acte de naissance du droit moderne des conventions collectives* »[724]. L'enjeu est politique, plus exactement démocratique[725] mais,

[718] Le projet est examiné par la Chambre des députés en 2013 et adopté par la commission du travail la même année, il ne sera promulgué qu'en 1919 en raison de la guerre (A GROUSSIER, *La convention collective de travail*, Rapport, Paris, 1913). Le texte sera complété et modifié ensuite par une loi du 25 juin 1919, et codifié au livre 1er, chapitre IV bis du titre II « De la convention collective de travail » du Code du travail (C. DIDRY, *Naissance de la convention collective*, éd. EHESS, 2002 ; M. BORGETTO et R. LAFORE, *La république sociale*, PUF, 2000).

[719] La loi du 25 mars 2014 « *a commencé à sortir du droit commun la convention collective* » (A. GAZIER, *Le retour aux conventions collectives*, Revue économique, 1950, vol. 1, n° 2, p. 158).

[720] A. GAZIER, *Le retour aux conventions collectives*, Revue économique, 1950, vol. 1, n° 2, p. 159.

[721] « *Alors que près de 500 conventions furent conclues en 1919, leur nombre ne cessa de décroître, si bien qu'au début de l'année 1936, on n'en dénombrait pas plus d'une vingtaine* » (S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011).

[722] Il s'agit notamment de la théorie institutionnelle développée par L. Duguit (v. note xx).

[723] Elle ajoute au chapitre IV bis du titre II, créé par la loi de 1919, une section IV bis (« De l'organisation professionnelle des rapports entre employeurs et employés par conventions collectives ».

[724] R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard, p. 340. La même année, la loi du 31 décembre relative aux procédures de conciliation et d'arbitrage révèle la volonté politique d'approfondissement de la concertation et de la conciliation sociale, elle précise en ce sens que les litiges d'ordre collectif, dans

une fois de plus, il appelle une entreprise juridique. Il convient de permettre et de justifier une application générale et obligatoire des conventions collectives. La notion de « représentativité »[726] doit en ce sens permettre à la convention de rayonner comme une véritable réglementation professionnelle contraignante et dévoile la préoccupation de s'assurer de la légitimité de ses auteurs. Celle de l' « extension » doit garantir une application générale[727], précisément l'application à l'ensemble de la profession de la convention arrêtée par les organisations les plus représentatives[728], l'accord peut ainsi se révéler obligatoire même pour les entreprises non adhérentes. L'acte s'étend de son cadre conventionnel et s'impose à des parties qui ne l'ont ni discuté, ni accepté. L'enjeu réglementaire se mesure également aux clauses obligatoires, qui doivent nécessairement figurer dans l'accord pour qu'il soit étendu[729], portant sur les éléments essentiels des rapports de travail, dont bien sûr la fixation des salaires minimaux. Quant aux autres thèmes, le principe de « faveur » s'applique. Les parties peuvent décider de nouvelles règles pour autant que leur contenu soit plus favorable que celui des lois et règlements en vigueur. Le texte, s'il maintient en théorie le principe contractuel de la convention collective, la dégage cependant de « *sa gangue contractuelle* »[730], et entame un processus

---

l'industrie et le commerce, devront nécessairement être soumis à ces procédures avant toute grève. Une nouvelle loi intervient sur ce sujet le 4 mars 1938 (S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, p. 3).

[725] La victoire électorale du Front populaire aux législatives du 3 mai 1936 permet en effet le développement de l'organisation juridique des rapports collectifs de travail. Elle permet également la « *consolidation et enrichissement de la législation industrielle* » (G. AUZER et E. DOCKES, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 28ème éd., 2014, p. 11), notamment par les Accords de Matignon du 8 juin (la semaine de travail de 40h, les congés payés, la création des délégués du personnel etc.). « *Les clauses-type de l'Accord Matignon furent reproduites dans toutes les conventions. Jusqu'à la fin de 1938, environ six mille conventions furent signées et six cents furent étendues par arrêté ministériel. Ces conventions sont en fait restées en vigueur pour beaucoup de leurs dispositions jusqu'à leur remplacement par de nouveaux textes bien plus tard, dans les années 1950 et 1960* » (G. LYON-CAEN, *Droit syndical et mouvement syndical*, Dr. soc., 1984, p. 11).

[726] Il s'agit d'une notion issue du droit international, elle servait en effet à désigner les organisations syndicales qui devaient siéger à l'Organisation internationale du travail.

[727] A Gazier relève ainsi qu' *« une étape nouvelle a été franchie […]. A côté de la convention collective ordinaire de droit privé, type 1919, la convention collective de droit public était instituée. Le ministre du Travail reçoit alors le droit de provoquer la discussion des conventions collectives en réunissant sous sa présidence les organisations syndicales les plus représentatives de la profession. Il doit en outre entremettre pour aider à l'accord* » (A. GAZIER, *Le retour aux conventions collectives*, Revue économique, 1950, vol. 1, n° 2, p. 161).

[728] « *Les organisations d'employeurs et de salariés les plus représentatives sont mises en mesure de négocier et de conclure une convention collective vouée à acquérir un plein effet normatif au moyen d'un arrêté ministériel. Le ministre du Travail - dont la compétence est discrétionnaire -, après avoir recueilli l'avis du Conseil national économique et exercé son contrôle de légalité, met l'impérium étatique au service de l'autonomie collective* » (S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, p. 26).

[729] La loi dresse une liste obligatoire, mais non limitative (reconnaissance de la liberté syndicale, procédures de règlement des conflits, modalités de révision de la convention, élection des délégués du personnel dans les établissements de plus de dix salariés, délai-congé, procédures de règlement des conflits, modalités de révision de la convention…).

[730] P. DURAND, *Le dualisme de la convention collective*, RTD Civ., 1939, p. 353.

qui donne à l'acte collectif privé une nature règlementaire et un caractère autonome, loin des effets contractuels classiques.

214. Les événements mettront cependant un rapide coup d'arrêt aux succès de cette loi, créant une parenthèse particulière de 1939 à 1945[731]. De même, la période suivante, en raison notamment du contexte économique difficile et de profondes divisions syndicales, sera davantage propice à l'étatisme et au dirigisme législatif en la matière, qu'au développement de l'autonomie réglementaire des syndicats professionnels[732], en dépit pourtant des termes prometteurs contenus dans le Préambule de la constitution de 1946[733].

---

[731] Le Gouvernement de Vichy substitue en effet le syndicalisme unique et obligatoire à la liberté syndicale (M. MARGAIRAZ et D. TARTAKOWSKY (dir.), *Le syndicalisme dans la France occupée*, PU, Rennes, 2008 ; J.-P. LE CROM, *La profession aux professionnels, Deux siècles de droit du travail*, PU, Rennes, p. 141). Idéologiquement, la période est fortement marquée par les doctrines corporatistes développées antérieurement, et qui entendent proposer une « *troisième voie* », alternative aux conflits sociaux (P. DURAND, *Au-delà de la Charte*, Dr. soc., 1944, p. 221 ; J.-P. LE CROM, *L'organisation des relations professionnelles en France (1940-1944)*, Thèse, Nantes, 1992). L'enjeu était d'« *extirper des rapports entre patrons et salariés tout esprit revendicatif, toute trace de lette des classes […] harmoniser, sous l'égide de l'état, et en vue du bien public, dans un esprit d'union et de coopération sincères, les activités conjuguées du patronat net du salariat* » (P. PIC et J. KREHER, *Le nouveau droit ouvrier français dans le cadre de la Charte du travail*, LGDJ, 1943). La loi du 16 août 1940 interdit les confédérations syndicales et un décret du 9 novembre 1940 prévoit la dissolution de la CGT, de la CFTC et de la CGPF. Si le décret-loi du 27 octobre 1939 dispose que les conventions collectives existantes restent applicables, il conditionne également leur révision à l'accord du gouvernement, désormais seul compétent en matière de salaire. La loi du 4 octobre 1941, ou « Charte du travail », prévoit l'élaboration de nouvelles conventions collectives, pour chaque branche professionnelle, à la charge de comités d'organisation, leurs travaux seront cependant annulés par l'ordonnance du 8 août 1944, qui rétablira également la majorité des syndicats dissous.

[732] Le législateur entend notamment garder exclusivement la main sur la question des salaires, au demeurant « *thème par excellence des conventions collectives* » (S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, p. 6). Aussi, si la liberté syndicale est réaffirmée, la loi du 23 décembre 1946 ne s'inscrit résolument pas dans le mouvement impulsé par celle de 1919 (M. DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2ème éd., 1989, Dalloz, p. 49). En effet, elle instaure un contrôle strict aux négociations collectives (contenu, champ d'application...), et sans agrément du Gouvernement, l'accord ne peut pas produire d'effet. De même, si un conflit survenait au cours de l'élaboration de la convention, il était prévu que l'Etat se substitue aux parties dans la détermination des dispositions. Elle instaure par ailleurs une sévère hiérarchie puisqu'elle prévoit qu'une seule convention nationale soit arrêtée pour chaque branche d'activité, et que les conventions locales et régionales ne peuvent qu'adapter les dispositions conventionnelles nationales. Le « *contrôle étatique en matière salariale à une période où le syndicalisme français avait été affaibli par la scission de 1947, sera la cause d'une quasi-atonie des négociations […]. Au début de l'année 1950, à peine une dizaine de conventions sont entrées en vigueur dans des branches ne couvrant qu'une infime partie des salariés français. Le changement de législation fut alors difficilement contournable* » (S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, p. 6). D'autant qu'en pratique, très peu de secteurs ont vu leur convention parée de l'agrément ministériel (banques, textiles, manutention portuaire…). A noter toutefois que le texte accorde indirectement l'intérêt au principe de la négociation puisqu'il prévoyait que le ministre puisse convoquer des commissions mixtes chargées de négocier les conventions nationales de branches, il permettait et, le cas échéant obligeait, à engager les discussions. Il faut relever enfin l'ordonnance du 22 février 1945 qui instaure l'élection des comités d'entreprise dans les établissements de plus de 100 salariés.

[733] Les libertés politiques et les droits sociaux « *particulièrement nécessaires à notre temps* » sont repris, tels le droit de grève, la liberté et l'action syndicale, le droit à la protection sociale etc. L'article 1er de la Constitution déclare par ailleurs que la République est « *laïque, démocratique et sociale* » (J. RIVERO et G. VEDEL, Les problèmes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946, Dr. soc., 1947, fasc. XXXI). L'article 8 prendra une dimension toute particulière par la suite (« *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à*

215. Il faut attendre la loi du 11 février 1950 pour voir « *le retour aux conventions collectives* »[734] et réamorcer le mouvement entrepris en 1936. La procédure d'extension est rétablie et améliorée[735], le principe de « faveur » réaffirmé, et la convention collective retrouve une certaine efficience normative. Le principe de la détermination collective est par ailleurs étendu matériellement[736], territorialement et professionnellement[737]. De même, le législateur lui octroie la compétence, retirée en 1945, relative aux salaires[738], et garantit une relative autonomie même en l'absence d'*impérium* étatique. Plus précisément, le secteur de la branche d'activité apparait central[739], et la nécessité d'une convention nationale en préalable disparaît, assurant davantage de liberté sur ce plan. Sans extension, la convention s'applique déjà à tous les contrats individuels des salariés liés à l'employeur signataire, indifféremment du fait qu'ils soient eux-mêmes syndiqués. De même, dans une logique de décentralisation des discussions collectives, les accords d'établissements sont

---

la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »). Il faudra cependant attendre l'article 4 de la loi de février 1950 pour que soit prévu que « *la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié* ».

[734] A. GAZIER, *Le retour aux conventions collectives*, Revue économique, 1950, vol. 1, n° 2, p. 158. L'auteur relève également : « *C'est une particularité de la vie sociale française que de considérer les conventions collectives principalement comme des accords de salaire. Il serait éminemment souhaitable que les conventions ne soient pas seulement des barèmes, mais de véritables codes de travail, traitant de tous les aspects de la vie ouvrière* » (p. 158). Et à propos du texte : « *Le législateur a donc voulu profiter du retour à la liberté des salaires pour inciter les futurs négociateurs des conventions collectives à ne pas se limiter aux clauses de salaires, mais essayer de régler par voie d'accord les conditions générales du travail* » (p. 159).

[735] Permettant au ministre du travail d'étendre une convention à l'ensemble des entreprises d'une branche. Les conventions qui ont vocation à être étendues aux non signataires sont naturellement plus formalisées que celles qui ne seront valables qu'entre leurs parties. La convention collective qui vise l'extension doit en ce sens être élaborée par une commission mixte composée des délégués des syndicats les plus représentatifs, et présidée par le ministre du Travail. La procédure d'extension est également simplifiée et accélérée.

[736] La liste des clauses qui doivent obligatoirement être présentes pour que l'accord soit étendu est considérablement enrichie : primes diverses, embauchage, licenciement, délégués du personnel, comité d'entreprise, financement des œuvres sociales, congés payés, délai-congé, modalités de révision, modification et dénonciation des clauses et conventions, conciliation, modalités d'organisation et de fonctionnement de l'apprentissage et de la formation professionnelle, travail des femmes etc. La loi édicte par ailleurs pour la première fois l'enjeu de l'égalité de salaires entre hommes et femmes, reprenant textuellement les revendications syndicales formulées ainsi « *à travail égal, salaire égal* ». Le législateur donne par ailleurs une liste de thèmes dont la négociation demeurait facultative, dans le but d'inciter aux discussions, telles la rémunération des heures supplémentaires, ou les retraites… La volonté politique tend à faire du règlement contractuel des conditions de travail un véritable code professionnel…

[737] En ce sens, la pratique conventionnelle collective s'étend aux autres secteurs du salariat, et n'est plus limitée à ceux de l'industrie et du commerce, illustrant une nouvelle fois le phénomène d'extension des enjeux strictement ouvriers au travail subordonné en général. Le champ d'application de la loi s'étend en ce sens aux salariés agricoles, aux gens de maison, concierges, employés des associations sociétés civiles, offices publics et ministériels, et aux professions libérales.

[738] Si la loi de février 1950 a instauré le SMIG, celle du 18 juillet 1952 (D. 1952. 259) a prévu sa variation automatique en fonction des prix, et renvoie aux conventions collectives la détermination des éléments qui composent les salaires dans branche d'activité. Le SMIC sera créé par la loi du 2 janvier 1970.

[739] La loi définit en ce sens un cadre flexible dans lequel doivent être déterminés les salaires et les conditions de travail au sein de chaque branche économique, aux fins d'adapter les accords professionnels aux spécificités de chaque profession particulière. On relève par ailleurs le succès certain du secteur de la branche, du point de vue matériel et des dispositions favorables qui ont pu en résulter (pour exemple, dans le secteur de la métallurgie, les congés exceptionnels, ou encore le développement du droit syndical).

reconnus, bien que leur négociation demeure conditionnée par l'accord de branche[740]. Par la suite, l'ordonnance du 27 décembre 1967 assouplit les conditions de l'extension, confirmant encore la nature réglementaire de l'accord collectif. Ainsi, sauf désaccord des non signataires, la convention peut être étendue même si elle n'a pas été signée par toutes les organisations les plus représentatives[741]. L'extension peut également être territoriale.

216. Les trois premiers quarts du XX^{ème} siècle ont ainsi vu « *l'irrésistible ascension de la dimension collective dans les rapports de travail* »[742]. Le syndicalisme se développe considérablement[743], de même que l'implication politique des organisations représentatives[744]. Pour autant, il faut relever que l'intérêt porté aux conventions collectives, outre l'enrichissement de leur contenu, se limite essentiellement à leur force obligatoire, leur relation avec le contrat de travail, la loi, ou à leur articulation entre elles. Si la détermination d'un régime dérogatoire paraît, de ce point de vue, tout-à-fait opportune, et nécessaire aux fins d'assurer l'utilité de l'accord professionnel[745], la phase de

[740] A l'exception de la question des salaires, l'accord d'établissement doit être précédé, sur la branche, d'une convention nationale, régionale ou locale. Le législateur présente une certaine méfiance à l'égard du cadre de l'établissement, il doute en effet que les délégués du personnel puissent avoir, face à leur employeur, le même poids et la même liberté que des représentants syndicaux d'une branche entière de l'industrie.

[741] Sur la notion de représentativité, il faut préciser que la loi de février 1950 avait établi les critères « classiques », issus d'un avis de la Cour permanente de Justice internationale de 1922 : effectifs, indépendance (indépendance à l'égard des employeurs pour les ouvriers, indépendance politique pour les employeurs), importance des cotisations, expérience et ancienneté. Fut ajoutée la condition de l'« *attitude patriotique pendant occupation* ». C'est le ministre qui apprécie.

[742] S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, p. 7.

[743] La loi du 27 décembre 1968 qui consacre la liberté d'expression et d'action syndicale dans l'entreprise, de même qu'elle autorise les syndicats à constituer des sections syndicales et à désigner des délégués syndicaux dans les entreprises, permettant à l'institution syndicale d'entrer dans la structure même de l'entreprise, au sein de laquelle on trouve alors déjà l'institution élue. A noter toutefois que, faute d'un régime efficace, les accords d'entreprise, comme les accords interprofessionnels (le législateur ayant marqué sa préférence pour la branche) se développent à cette époque majoritairement hors du cadre légal.

[744] Citons à ce sujet les accords de Grenelle conclus les 25 et 27 mai 1968 entre les représentants du Gouvernement, les syndicats et les organisations patronales, lesquels prévoyaient notamment l'augmentation des salaires, la réduction du temps de travail. Ainsi de l'arrêté du 31 mars 1966, qui reconnaît cinq organisations syndicales comme représentatives au plan interprofessionnel et national, et prévoit que les syndicats affiliés à l'une d'entre elles bénéficient dans les branches et les entreprises d'une présomption irréfragable de représentativité. Un mot encore de la Déclaration de politique générale de 1969, qui promeut une « *politique contractuelle* », et annonce la mise en place de mécanismes de concertation systématique entre les « *partenaires sociaux* » et l'Etat.

[745] Quant à l'opportunité et l'utilité du recours en la matière à la concertation collective. Ainsi, A. Gazier relève : « *En France la tendance est de tout régler par la loi […]. La convention collective a pourtant sur la loi d'incontestables avantages. Elle est plus souple. Elle s'adapte facilement aux particularités et aux nécessités de chaque industrie. Elle permet introduire profession par profession des progrès sociaux et évite ainsi la généralisation massive par à-coups de réformes nouvelles applicables d'emblée à l'ensemble de la profession. Discutée en détail par ceux-là mêmes qui vivent dans industrie, elle évite les erreurs que commet inévitablement le législateur le plus consciencieux. Enfin la convention collective est d'application plus facile que la loi. Ce qui a été librement accepté est toujours mieux respecté que ce qui a été imposé* » (A. GAZIER, *Le retour aux conventions collectives*, Revue économique, 1950, vol. 1, n° 2, p. 161). Et au sujet du texte : « *Le législateur a*

négociation demeure négligée[746], quand bien même il est vrai la loi de 1950 avait libéré matériellement les négociations. Cet oubli semble par ailleurs préjudiciable à la qualité matérielle des dispositions conventionnelles, dans la mesure où l'antagonisme des parties à la négociation demeure, hérité de l'âpreté des relations industrielles et consolidé sur près d'un siècle.

217. La loi du 11 février 1971 révèle une extension générale, de même qu'« *une indifférenciation des niveaux de négociation* »[747] aux fins d'intensifier la pratique collective de manière transversale. En effet, la négociation d'entreprise s'autonomise et ne dépend plus de champs territoriaux et professionnels plus larges. A l'inverse, la loi reconnaît les accords interprofessionnels. Elle accroit l'extension et crée l'élargissement[748] ; une extension également quant aux thèmes sujets à négociation.

218. Cette apparente libéralisation des pratiques collectives demeure cependant très largement cadrée par le principe matériel de faveur, et encadrée des garanties d'un régime éminemment réglementaire. En effet, la loi du 13 juillet 1971 semble investir radicalement l'outil collectif professionnel, et signe « *l'expression d'une orientation politique des pouvoirs publics qui ont fait de la concertation entre les pouvoirs sociaux la clef de voûte de la politique sociale. Il s'agit dès lors de moderniser un instrument à qui on entend demander des services accrus* »[749]. L'enjeu s'affiche clairement, la convention collective est appréhendée comme une véritable loi professionnelle[750]. De ce fait, sans pourtant d'affirmation expresse, la nature réglementaire de l'acte est largement privilégiée, de par ses effets, ce qui confirme les observations, notamment doctrinales mais aussi jurisprudentielles[751], qui dominent depuis les années 1950[752]. Elle apparaît en effet comme

---

donc voulu profiter du retour à la liberté des salaires pour inciter les futurs négociateurs des conventions collectives à ne pas se limiter aux clauses de salaires, mais essayer de régler par voie d'accord les conditions générales du travail » (p. 162). Il faut par ailleurs préciser qu'en matière de conflits collectifs, la loi rend obligatoire la tentative de conciliation, mais pas le recours à l'arbitrage.

[746] Les mouvements sociaux et les grèves massives de 1958 trouveraient en ce sens une cause dans « *la sous estimation […] du syndicalisme comme facteur de régulation sociale, illustrée par l'absence de négociation permanente et obligatoire des conditions de travail et de rémunération* » (G. AUZER et E. DOCKES, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 28ème éd., 2014, p. 18).

[747] M.-A. SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse, Paris I, 1986, p. 1299.

[748] Une procédure qui permet de rendre obligatoires les dispositions d'une convention de branche déjà étendue à un secteur professionnel comparable, à défaut de conclusion d'une convention qui lui soit propre.

[749] Rapport Ass. Nat., n° 1704, p. 3 ; cité par M.-L. DUFRESNE-CASTETS et P. MOUSSY, *A propos du retour en force de la loyauté contractuelle*, Dr. ouv., déc. 2006, p. 581.

[750] Le champ d'application matériel et géographique est largement étendu.

[751] La jurisprudence s'était en ce sens appropriée la volonté législative affichée dès 1950 visant à conférer à la convention collective une application résolument réglementaire. Pour exemple, elle jugeait que l'employeur qui

une norme réglementaire dont le contenu est censé compléter et améliorer le droit positif[753]. Son interprétation est alors similaire à celle de la loi[754] et son application ne se trouve pas limitée par le principe de l'effet relatif. L'action visant à sanctionner ou contrôler son application, ou sa conformité aux dispositions législatives, est par ailleurs ouverte à tout syndicat, quand bien même il ne serait pas un signataire initial[755]. De même, à l'instar de la loi, l'égalité devant la convention conduit à contrôler que son application n'écarte pas les syndicats non signataires sur ce motif[756]. Bien que considérablement éloigné du régime contractuel, il faut relever que le principe absolu de « faveur » attaché au cadre général de la détermination collective des règles professionnelles garantit, en l'absence de cadre particulier aux négociations, un contenu nécessairement mélioratif, dessinant un ordre public absolu et impératif. De même qu'il structure encore la coordination entre les dispositions conventionnelles des différents niveaux. Cette exigence,

---

démissionne du groupement signataire ne se soustrait pour autant pas à l'application des dispositions conventionnelles (Soc. 21 juill. 1965, JCP 1965. IV. 126). Elle décidait également, en présence d'une clause portant sur la dénonciation, du maintien des avantages individuels acquis en l'absence de nouvelle convention (CA Paris, 4 févr. 1962, D. 1963. 122, coll. 2, note J. Savatier). Ces deux solutions ont par ailleurs été par la suite reprises par le législateur de 1982, respectivement aux articles L. 135-1 al. 3 et 132-8 6° du Code du travail. La Cour de cassation a encore entendu donner un plein effet à la *loi professionnelle* et garantir de ce fait un ordre public social, en octroyant aux syndicats des moyens d'action efficaces, aux fins qu'ils puissent veiller au respect de ses dispositions et à leur conformité légale. L'action des syndicats trouvait alors un renfort dans le privilège de l'action syndicale dont disposera ensuite l'article L. 411-11 Code du travail (J.-M. VERDIER, *Accords collectifs et action syndicale en justice : le rôle fondateur de l'article 411-11 du Code du travail*, D. 2002, Chron. 505). La Cour de cassation l'avait en effet devancé en écartant dès 1920 l'application civiliste habituellement restrictive de l'article 1165 du Code civil, ce qui permettait aux organisations syndicales d'agir directement vis-à-vis de la loi instituée en leur faveur, et de défendre leurs acquis professionnels « *indépendamment de toute signature ou adhésion, c'est-à-dire de toute allégeance* » (M.-L. DUFRESNE-CASTETS et P. MOUSSY, *A propos du retour en force de la loyauté contractuelle*, Dr. ouv., déc. 2006, p. 578). Le syndicat dispose de la capacité d'agir au nom de l'intérêt collectif qu'il représente, alors même qu'il s'agit en réalité d'une « *profession* » dépourvue de personnalité juridique, et donc de droits. Cette fiction démontre encore la rupture contractuelle qui caractérise sur la période l'édification du régime des conventions collectives et de ses négociateurs.

[752] G. RIPERT et M. PLANIOL, *Traité pratique de droit civil français*, 2ème éd., 1957, n° 883.

[753] La substance du principe de faveur est réaffirmée. L'application des dispositions de la convention aux contrats individuels des travailleurs est en ce sens conditionnée par leur caractère favorable (articles L. 135-2 et L. 132-4 Code du travail).

[754] Au sujet de l'action en interprétation des syndicats : Ass. Plén. 6 février 1976, JCP 1976, II, 18481, note H. Groutel ; Soc. 16 décembre 1979, Bull. V, n° 957. La Cour de cassation tire ainsi les conséquences du caractère de *loi professionnelle* des accords collectifs (J.-Y. FROIN, L'interprétation de la norme collective, RJS 3/96, 137).

[755] Il s'agit de l'article 411-11 du Code du travail devenu l'article L. 2132-3, selon lequel l'action se fait alors au nom de « *l'intérêt collectif de la profession* », et non pas au nom de l'intérêt des parties (J.-M. VERDIER, *Accords collectifs et action syndicale en justice : le rôle fondateur de l'article 411-11 du Code du travail*, D. 2002, Chron. 505).

[756] La solution se fonde sur les articles 6 et 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. Les principes d'égalité entre les syndicats et vis-à-vis de la convention collective s'appliquent également en matière de négociation d'accords de droit syndical (Soc. 20 nov. 1991, JCP 1992, II, 17521), ils commandent également à inviter tous les syndicats à négocier la révision d'un accord, ils imposent que tout accord ou convention doit résulter d'une négociation avec l'ensemble des organisations représentatives (Soc. 17 sept. 2003, Dr. Ouv. 2003, p 529, note C. Thomas).

intrinsèquement, neutralisait d'une certaine façon la domination structurelle de la partie patronale qui pouvait entraver, sur la forme, les négociations collectives. Le caractère réglementaire de la convention – le strict encadrement de son contenu, sa « *vocation exclusive d'amélioration* »[757] – compensait en ce sens la liberté contractuelle – d'essence libérale – qui présidait à ces négociations et qui avantageait évidemment la partie patronale. En ce sens, « *La production conventionnelle de normes pouvait être reçue comme l'expression d'un conflit d'intérêts tendu vers le dépassement de l'inégalité consubstantielle au contrat de travail, dans un esprit de complémentarité avec la loi protectrice* »[758].

219. Quant aux négociations, le Code du travail voit consacrer, en son article L. 131-1, le « *droit des travailleurs à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi et de travail et de leurs garanties sociales* »[759]. Pour autant, ce droit, ou principe fondamental du droit du travail[760], « *ne s'accompagnant d'aucune obligation corrélative à la charge de l'employeur, l'incitation législative à l'adresse des employeurs et leurs groupements paraissait inexorablement vouée à n'en rester qu'au stade purement incantatoire, ceux-ci demeurant les seuls juges de l'opportunité de négocier* »[761].

220. La socialisation entreprise au début du XX^{ème} siècle trouve sa cause, et un certain reflet, dans la réalité des inégalités structurelles entre les individus et les classes en matière de travail, dont l'arsenal pénal n'aura pu contenir les effets[762]. C'est en effet par le conflit que naît la matière et elle se déroule ensuite dans l'enjeu de prévention des conflits. Le droit social qui émerge et se développe au cours du XX^{ème} siècle signe en ce sens l'abandon de « *la prétention égalitaire du droit individualiste* »[763], par l'admission pratique puis théorique de l'inégalité.

---

[757] M.-L. DUFRESNE-CASTETS et P. MOUSSY, *A propos du retour en force de la loyauté contractuelle*, Dr. ouv., déc. 2006, p. 582.
[758] M.-A. SOURIAC et G. BORENFREUND, *La négociation collective entre désillusion et illusion, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Mélanges offerts à Jean-Maurice Verdier, Dalloz, 2000, p. 181.
[759] La formule précède alors le titre consacré aux conventions et accords collectifs.
[760] Il faut préciser que dès 1970, le Conseil d'État avait expliqué que « *le droit de passer des accords collectifs se rattache aux principes fondamentaux du droit du travail* » (CE 21 juill. 1970, Dr. soc., 1971. 112, note Vénézia).
[761] Les mécanismes incitatifs ou contraignants en place, notamment au sujet des accords préélectoraux, ayant en effet eu une portée limitée (M.-A. SOURIAC, *Le droit à la négociation et sa sanction*, Dr. soc. 1982, p. 730).
[762] J. LE GOFF, *Du silence a la parole*, PU Rennes, p. 266.
[763] R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard, p. 207.

221. Cette figure du droit socialisé a largement utilisé les ressorts de mécanismes dérogatoires au régime contractuel civil de droit commun. Les relations individuelles sont soumises à des règles légales qui déterminent un minimum de protection impératif pour le salarié, et la *réglementarisation* de la convention collective permet le cas échéant d'améliorer le minimum légal au-delà des acquis professionnels, elle apparaît alors comme l'instrument du progrès[764]. Ces deux cadres déterminent alors un droit du travail marqué par un objet spécifique : « *celui qui a pour fonction de corriger le déséquilibre initial de la relation de travail marquée par la subordination* »[765], par « *l'affranchissement des canons contractuels* »[766], en dégageant notamment des obligations impératives à la charge de la partie forte, celle qui exerce le pouvoir, la plus à même de les supporter. On relève en ce sens une certaine unilatéralité et une certaine impérativité[767] dans l'enjeu de protection de la partie faible, et dans l'application des règles conventionnelles et légales.

222. Si les juristes contemporains à ces évolutions ont adopté des positions fluctuantes quant à la nature notamment des *contrats collectifs de travail*, en fonction des *règnes législatifs*, des sensibilités personnelles ou des nécessités contextuelles, ils semblent globalement s'accorder sur la période sur leur dualité : entre contrat de droit privé (notamment pour la phase de formation) et règlement encadré par la loi (pour le contenu et ses effets)[768]. Si l'on relève une césure dès 1919[769], c'est la loi de 1936 qui a cependant clairement marqué une évolution privilégiant la qualification réglementaire à la qualification contractuelle[770], par un enrichissement certain et garanti du droit des accords[771]. L'éloignement de la sphère

[764] Si l'ordonnance du 27 décembre 1967 permettait que la convention collective déroge aux règles légales sans emporter d'amélioration matérielle pour les salariés, elle ne fut cependant pas utilisée (M. DESPAX, *L'ordonnance du 27 septembre 1967 sur l'extension des conventions collectives de travail*, D. 1968, Chron. 147).
[765] A. SUPIOT, *Parité, égalité, majorité dans les relations collectives de travail, Le droit collectif du travail*, Etudes en l'honneur de H. Sinay, Peter Lang, 1994, p. 60.
[766] M.-L. DUFRESNE-CASTETS et P. MOUSSY, *A propos du retour en force de la loyauté contractuelle*, Dr. ouv., déc. 2006, p. 580.
[767] Comme l'avait par ailleurs préconisé Josserand (v. note xx).
[768] M. DESPAX, *Droit du travail, Négociations, conventions et accords collectifs*, t. 7, Dalloz, 2ème éd., p. 70.
[769] Bien que le texte ne crée pas de rupture avec le droit civil (la convention collective demeure un contrat privé, et les salariés sont liés au syndicat par un mandat), il octroie un effet impératif aux dispositions conventionnelles (C. DIDRY, *Naissance de la convention collective*, EHESS, p. 151).
[770] J. Le Goff, au sujet des aspects contractuels et réglementaires de l'accord collectif professionnel, relève en ce sens pour la période qu' « *entre ces deux thèses […], le droit finira par se frayer une voie moyenne néanmoins fortement polarisée par la seconde* » (J. LE GOFF, *Droit du travail et société, Les relations collectives de travail*, PU, Rennes, p. 471).
[771] R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard, p. 340. En effet, le législateur reconnaît un second type de conventions collectives très éloignées de la sphère civile, en plus des contrats de droit commun. Il s'agit alors de véritables lois professionnelles applicables à la branche d'activité toute entière. Elles sont issues de procédures définies par la loi, et négociées par les syndicats représentatifs, les parties se voient imposer un champ géographique et matériel, et surtout elles ne peuvent jamais déroger aux prescriptions législatives dans un

contractuelle ne se démentira plus jusqu'aux années 1980, qu'il s'agisse des nouveaux textes[772] ou de l'édification jurisprudentielle du régime[773]. Le caractère réglementé de la convention issue des rapports collectifs se révèle par ailleurs tout autant profitable aux relations individuelles, en raison du principe de faveur qui garantit une amélioration des conditions de travail, et de l'assurance de son application aux contrats individuels, accréditant ainsi « *l'idée que la négociation collective vient corriger le déséquilibre du rapport individuel de travail* »[774] (et l'on peut affirmer également que l'objet même du droit du travail a pour fonction « *de corriger le déséquilibre initial de la relation de travail marqué par la subordination* »[775]). Cette exigence légale sera par ailleurs reprise par le Conseil d'Etat dans son avis du 22 mars 1973[776], lequel consacre un « *principe général du*

---

sens défavorable aux travailleurs. La procédure d'extension permet enfin l'application de l'accord à tous les employeurs et salariés concernés.

[772] Le corporatisme porté par le Gouvernement de Vichy, puis la politique législative de la Libération, s'inscrivent encore pleinement dans une conception réglementaire des conventions collectives, au sein de laquelle le contrôle de l'Etat demeure fort (J.-P. LE CROM, *La profession aux professionnels, Deux siècles de droit du travail*, PU Rennes, p. 158). La loi de 1950, en renouant avec le principe de faveur et en permettant l'application des conventions collectives à tout le personnel de la branche ou de l'entreprise, constituera une avancée notable. La loi de 1971, qui résulte en réalité de 1968, amplifie encore matériellement et géographiquement la portée du droit conventionnel, toujours dans le respect du principe de faveur, par l'édiction d'obligations unilatérales à la charge de l'employeur, et dégage de la convention une véritable loi professionnelle.

[773] V. notes 699, 702, 703 et 704.

[774] M.-L. DUFRESNE-CASTETS et P. MOUSSY, *A propos du retour en force de la loyauté contractuelle*, Dr. ouv., déc. 2006, p. 586. L'article 135-2 du Code du travail qui est issu de la loi de 1971 dispose en ce sens que les règles conventionnelles s'imposent de plein droit aux contrats individuels, sous réserve qu'elles soient plus favorables.

[775] A. SUPIOT, *Parité, égalité, majorité dans les relations collectives de travail*, Le droit collectif du travail, Etudes en l'honneur de H. Sinay, Peter Lang, 1994, p. 59.

[776] Il résulte ainsi des termes du livre 1er du code du travail que *« conformément aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce droit présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux , lesquels ne peuvent en aucun cas être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle ».* L'article L. 2251-1 du Code du travail reprend par la suite l'ordre public normatif relatif : « *La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements* ». Il existe également un ordre public absolu, consacré également par le Conseil d'Etat dans son avis de 1973, il s'agit alors de l'alinéa 2 de l'article L.2251-1 du Code du travail qui dispose : « *La convention et l'accord collectif de travail ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public des lois et règlements* ». Bien que les textes ne mentionnent que l'éventuelle dérogation aux lois et règlements, la règle concernait alors toutes les normes, notamment conventionnelles, susceptibles d'être appliquées aux salariés. Ainsi, l'article 2252-1 du Code du travail qui prévoit qu'une convention collective régionale peut déroger dans un sens plus favorable à une convention collective nationale (« *une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel ne peut comporter des dispositions (stipulations dans la nouvelle codification) moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large »)*, et l'article 2251-1 qui prévoit la dérogation d'une convention collective nationale à la loi (*« lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent au contrat de travail conclu avec lui sauf disposition plus favorables* »). De par sa valeur, le principe s'imposait au pouvoir réglementaire et aux partenaires sociaux, impliquant pour ceux-là, au stade de l'élaboration de la norme, qu'ils usent de leur fonction normative dans le respect des garanties des normes supérieures, ne pouvant

droit du travail » – confirmant l'éminente spécialité de la matière vis-à-vis du Code civil –, par le recours à la notion très protectrice de l'ordre public social, qui s'applique non seulement vis-à-vis de la loi, mais encore à chaque niveau de négociation. La dérogation *in melius* apparaît alors comme une condition de validité de la norme conventionnelle nouvelle, et ne souffre d'aucune exception. Reconnue comme un « *principe fondamental du droit du travail* » par la Cour de cassation, elle a également pu être appréhendée comme une règle de conflit de normes en faveur du salarié[777]. Le Conseil constitutionnel a encore confirmé, dès 1967, le caractère « *fondamental* » du principe en « *droit du travail* »[778]. Relevons en tout état de cause que la règle de « *faveur* » apparaît sur la période comme « *l'âme du droit du travail* »[779], la « *pièce maîtresse de la combinaison des normes en droit du travail* »[780].

223. Cette figure protectrice et impérative du droit du travail, en d'autres termes sa fonction exclusivement protectrice, sera cependant sensiblement altérée lorsqu'au tournant des années 1970-1980, le contrat, indéniablement réinvesti par le législateur, supportera par ailleurs une entreprise de redéfinition conceptuelle, menée pour grande partie par le juge.

---

qu'ajouter à la protection. Il en résultait que la hiérarchie classique n'existait plus au sein des normes sociales, puisque seule comptait alors, en matière d'application ou de conflits de normes, leur caractère favorable.

[777] Il est dégagé en 1988 (Ass. plén. 18 mars 1988, Dr. soc. 1989, p.221, note. Chauchard) puis qualifié de principe fondamental du droit du travail par trois arrêts rendus le 17 juillet 1996, la Cour consacre dans ses visas « *le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application* ». La Cour de cassation a par ailleurs construit à ce sujet une jurisprudence visant à caractériser et situer l'avantage du salarié lorsque plusieurs textes de différents ou d'égaux niveaux et de différentes ou égales valeurs s'opposent sur une question particulière et amènent des effets indirects et différents, notamment par une comparaison globale des accords en concours et une approche objective, aux fins de préserver notamment l'unité de statut des salariés dans leur ensemble, et non l'intérêt spécifique de celui mis en cause (Soc., 11 janv. 1962, Bull. 1962, n° 54 ; Soc., 17 juill. 1996, Bull. 1996, V, n° 296 ; Soc., 19 fév. 1997, Dr. soc., 1997, p. 432, obs. G. Couturier ; Soc., 3 nov. 1999, Bull. V, n° 429, p. 317 ; Soc., 7 mai 2003, n° 01-41.309 ; Soc., 19 sept. 2007, n° 05-41.156). Il y a cependant eu quelques exceptions de litige individuel qui semblent avoir justifié une méthode de comparaison individuelle (Soc., 11 oct. 1994, Bull. 1994, V, n° 265 ; Soc., 26 octobre 1999, n° 97-45.457).

[778] Le Conseil constitutionnel précise toutefois que si le principe de « *faveur* » relève d'un « *principe fondamental du droit du travail* », celui-ci ne constitue pour autant qu'une règle de niveau législatif et non constitutionnel (Cons. constit., n° 67-46 DC du 12 juillet 1967, dernier cons., Rec. p. 31). La solution est réitérée en 1989 : « *constitue un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution le principe selon lequel une convention collective du travail peut contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements* » (Cons. constit., n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, cons. 11, Rec. p. 59).

[779] Y. CHALARON, *L'application de la disposition la plus favorable*, in Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen, Dalloz, Paris 1989, p. 243.

[780] A. CHEVILLARD, Dr. soc., n° 4, avril 1993.

CHAPITRE 2

UNE SOCIALISATION CONCEPTUELLE

224. Le dernier quart du XX^{ème} siècle a indéniablement porté un réinvestissement du concept contractuel. De manière pratique, il apparaît que la *recontractualisation* des relations de travail sert non plus la satisfaction et / ou la conservation idéologique, mais tend au contraire à réaliser des objectifs, par l'édiction d'un droit contractuel de genre incitatif qui garde appui sur les réalités sociales et insère les contingences économiques difficiles. Le phénomène s'est par ailleurs doublé du mouvement de constitutionnalisation du droit du travail, plus ou moins patent selon le type de relations. Par ailleurs, si le phénomène est commun à la matière des relations de travail, l'objet et les logiques du réinvestissement contractuel diffèrent sensiblement selon qu'il s'agisse de rapports collectifs ou individuels, à l'instar de leurs problématiques propres. En ce sens, la réception des droits fondamentaux apparaît comme une compensation à l'essor des techniques et sophistications contractuelles qui visent à enrichir le champ obligationnel du contrat de travail (SECTION 2). Les impératifs de liberté et d'autonomie qui semblent concourir désormais aux rapports collectifs se trouvent quant à eux justifiés par le fondement constitutionnel du principe de participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail (SECTION 1).

SECTION 1 :

L'INVESTISSEMENT DU CONCEPT CONVENTIONNEL EN MATIERE DE RELATIONS COLLECTIVES

225. On a pu observer en cette matière un double phénomène de retour à la notion de contrat, justifié par les mêmes enjeux d'efficacité et d'adaptabilité juridique, économique et sociale. D'une part, le cadre juridique de la phase de la négociation collective a largement vu resurgir une forme affirmée de liberté et d'autonomie contractuelles (PARAGRAPHE 1). D'autre part, on a vu émerger, dans la ligne de la *réglementarisation* de la convention collective, une véritable tendance institutionnelle à la *conventionnalisation* du droit du travail, et partant de la loi sociale, laquelle nécessite d'accorder encore une certaine liberté et l'autonomie normative aux parties (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : LA *CONTRACTUALISATION* DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE

226. La liberté et l'autonomie octroyées aux parties dans la détermination matérielle du contenu conventionnel (I) a profondément modifié l'objet même de la négociation collective (II).

I : LE PRINCIPE DE LA DEROGATION AU SOUTIEN DE LA LIBERTE ET DE L'AUTONOMIE DES NEGOCIATIONS

227. Le mouvement, entrepris par le législateur (A), sera parfaitement réceptionné par la jurisprudence constitutionnelle, administrative et constitutionnelle (B).

A. Une impulsion législative

228. La loi du 13 novembre 1982 a signé le passage du droit à la négociation au droit de la négociation collective. Celui-ci ne doit cependant pas s'analyser sans prendre en compte l'autre préoccupation portée par le texte, lequel transcrit également « *la volonté [...] d'asseoir l'autorité du droit conventionnel* »[781]. En ce sens, la loi organise clairement les interactions des dispositions conventionnelles issues de différents cadres. De même, elle vise à étirer, au moyen de l'extension et de l'élargissement, la couverture conventionnelle aux fins d'assurer le bénéfice « *d'un statut collectif négocié au plus grand nombre de salariés* »[782]. Sur le fond cependant, cette généralisation de la couverture conventionnelle ne tend pas nécessairement à accroître le minimum de protection légale des salariés, puisqu'en effet la loi confirme ce que l'ordonnance du 16 janvier de la même année avait institué : les accords « dérogatoires »[783]. Le texte encadre strictement ce type d'accords[784], mais l'évolution est structurelle et fondamentale, de même que la potentialité dérogatoire est étendue[785]. La mise en place par la même loi d'un régime spécifique et effectif en

[781] S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, p. 7 (v. note 698).
[782] M. TALLARD, *La généralisation de la couverture conventionnelle*, Travail et emploi 4/90, n° 46 p. 15.
[783] Le texte ne concerne initialement que la question du temps de travail et les congés payés, et permet donc de réduire les droits des salariés par conventions.
[784] Une habilitation expresse du législateur est alors nécessaire (CE, 27 juill. 2001, Fédér. nationale des transports Force ouvrière, req. n° 220067 ; RJS 1/2002. 9, Chron. F. Bocquillon), de même que la négociation dérogatoire est soumise à conditions, celle du droit d'opposition dans l'entreprise ou de l'extension dans la branche.
[785] La possibilité de déroger concerne les conventions ou accords d'entreprise ou de branche étendus, dans les matières visées par la loi. La dérogation s'introduit également entre les dispositions conventionnelles d'entreprise

matière de négociation collective doit en ce sens être appréhendée à la lumière de cette innovation. La loi de 1982 instaure en effet les obligations de négocier[786] sur des thèmes particuliers et selon des procédures précises et spécifiques[787] et, loin de rester à l'état incitatif, ces obligations sont effectivement sanctionnées[788].

229. Le mouvement général impulsé en 1982 respecte par la suite sa logique initiale. Les lois des 28 février 1986, 19 juin 1987 et 20 décembre 1993 étendent matériellement les thèmes ouverts aux accords dérogatoires[789], de même que l'intérêt juridique et stratégique porté à la négociation collective s'accroit. On relève en ce sens la diversité et le volume des aménagements qui rendent possible une négociation même en l'absence d'interlocuteur syndical[790]. La loi du 12 novembre 1996 fera par ailleurs de l'entreprise le cadre phare de la négociation[791], de même que celle du 13 juin 1998 qui confirme la possibilité de négociations dérogatoires dans l'entreprise[792]. La position commune du 16 juillet 2001 est

---

et d'établissement et celles qui relèvent de champs supérieurs (art. L. 2253-4 du Code du travail). Il est désormais permis d'écarter les normes légales ou règlementaires impératives, et de déroger au principe de faveur en cas de conflits entre loi ou règlement et conventions, et entre les accords des différents niveaux. Au sujet de la loi, B. Edelman évoque « *une déjudiciarisation du sujet de droit* » (B. EDELMAN, *La déjudiciarisation du fait de la loi (regards un peu sombres sur les lois Auroux)*, Dr. soc., 1984, p. 290).

[786] Les obligations de négocier sont annuelles pour la question salariale, et elles concernent aussi bien le cadre de l'entreprise que celui de la branche. La négociation d'entreprise doit également porter sur les thèmes de la durée et de l'organisation du temps de travail. Il faut relever aussi l'obligation de renégocier en cas de dénonciation d'un accord ou d'une convention collective faisant suite à une mutation économique ou juridique de l'entreprise. Les obligations de négocier sont en ce sens conséquentes, bien qu'elles ne couvrent pas l'ensemble du champ matériel de la négociation collective (M.-A. SOURIAC, *Le droit à la négociation et sa sanction*, Dr. soc. 1982, p. 734).

[787] Il s'agit en effet de l'émergence d'un droit procédural de la négociation collective, largement guidé par l'impératif de loyauté (v. plus loin).

[788] V. plus loin.

[789] Tel celui de l'aménagement du temps de travail.

[790] L'ANI du 31 octobre 1995 développait déjà une nette préférence pour la négociation d'entreprise, il proposait en ce sens de pallier l'absence de délégués syndicaux (M.-L. MORIN, *L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995*, Dr. soc. 1996, p. 11). La loi du 12 novembre 1996 s'en est sensiblement inspirée. Elle décide en ce sens qu'un accord de branche peut prévoir une négociation dans une entreprise dépourvue de représentation syndicale, soit par le recours aux représentants élus du personnel, soit par celui du mandat confié aux salariés par les organisations syndicales représentatives (J.-M. VERDIER, *Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ?*, Dr. soc. 1997, p. 1040). Quant à la constitutionnalité de ces curieux mécanismes au regard des articles 6 et 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le Conseil s'est prononcé positivement (Décis. Cons. const. n° 96-383, DC du 6 nov. 1996 ; Grands arrêts, 3ème éd., 2004, n° 151 : si les organisations syndicales ont « *vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective* »).

[791] V. plus loin

[792] En effet, la loi du 13 juin 1998 ne dément pas cette tendance, elle investit largement la négociation d'entreprise pour la réduction du temps de travail, confirme la possibilité de négocier dans une entreprise dépourvue de représentants syndicaux, et crée les accords collectifs dérogatoires « à légitimité renforcée » (G. BÉLIER, *Les novations dans le droit de la négociation collective*, Dr. soc. 1999, p. 1014). En matière de temps de travail, il apparaît que l'exigence majoritaire de ces accords tend à « *inscrire dans le droit positif l'idée que l'extension du domaine du négociable est moins guidée par le principe de faveur que par le renforcement*

encore consacrée aux « *voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective* »[793], et va largement influencer la loi du 4 mai 2004[794]. Celle-ci modifie en ce sens l'agencement des dispositions conventionnelles des différents niveaux, de même qu'elle redéploie à cet effet le principe de faveur et reconnait celui de la supplétivité[795]. La loi nouvelle permet alors d'une part aux conventions et accords de déroger défavorablement à la loi, notamment en matière de temps de travail, et d'autre part elle étend les possibilités de déroger pour une norme inférieure donnée à toute norme supérieure[796]. Les lois du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale[797], puis

---

des conditions de validité des accords » (G. BORENFREUND*, Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon*, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 17). V. également sur ce texte : G. BÉLIER, *Les novations dans le droit de la négociation collective*, Dr. soc. 1999, p. 1014 ; J.-E. RAY, *Les grandes manœuvres du droit de la négociation collective*, Dr. soc. 1999, p. 1018).

[793] Elle vise aussi « *le renforcement des moyens du dialogue social et la création d'une dynamique de complémentarité entre le rôle de la loi et celui de la négociation collective* » (Liaisons soc. C1 n°174, 1er août 2001). Elle tend en ce sens à octroyer davantage d'autonomie au niveau de l'entreprise, et elle désinvestit corrélativement la branche. L'intention vise également d'assoir l'autorité du droit conventionnel par la condition majoritaire, et la qualité de la négociation par la protection des interlocuteurs syndicaux à titre individuel (repris par la loi du 4 mai 2004 à l'article L. 2261-22 du Code du travail relatif à la carrière des représentants syndicaux), de même que la création d'un droit de saisine syndicale est envisagée aux fins de renforcer leurs moyens d'action (consacré ensuite par la même loi à l'article L. 2222-3 du Code). L'autre objectif consiste à redéfinir les rôles et les fonctions respectives du législateur et de la négociation collective des partenaires sociaux, par l'extension matérielle du rôle de la seconde dans le cadre de seuls principes généraux dégagés par le premier. Il convient en conséquence de faciliter les initiatives et le développement de la négociation nationale interprofessionnelle, afin qu'elle joue un rôle central dans l'élaboration du droit social.

[794] En ce sens, c'est aussi à la position commune que le Conseil constitutionnel s'est référé pour apprécier l'intelligibilité et la clarté de la loi (Cons. const., 29 avr. 2004, DC n° 2004-494, cons. n° 14).

[795] En effet, il s'agit encore ici de garantir l'autonomie de l'entreprise à l'égard de la branche. Sauf certaines matières particulières (salaires minimaux, formation, classification), la convention ou l'accord de branche peut qualifier certaines de ses dispositions de supplétives, permettant ainsi à l'accord d'entreprise d'y déroger favorablement ou défavorablement. Elle doit encore préciser explicitement les règles auxquelles il est interdit de déroger (L. 2253-1 à L. 2253-3 du Code du travail). Le niveau de la branche est ainsi revu dans sa fonction, et s'impose moins dans la définition d'un socle de règles impératives et communes au secteur, que dans la détermination d'un cadre matériel et formel aux négociations d'entreprise. Pour exemple, le recours à de nouvelles formes de négociation dans les entreprises dénuées de délégués syndicaux est confié à l'appréciation des négociations de branche (art. L. 2232-21 à L. 2232-29 du Code du travail). Ceux-ci sont également en mesure de prévoir des règles particulières de conclusion et de validité des accords. A ce sujet, le droit d'opposition devient la transcription légale de l'exigence majoritaire étendue à tous les textes conventionnels (art. L. 2232-2, L. 2232-6, L. 2232-7, L. 2232-12 à L. 2232-15, L. 2231-5, R. 2232-1, L. 2231-7, à L. 2231-9 du Code du travail). La *loi de la profession* n'est plus guère impérative quant au fond qu'à défaut de tout autre accord de niveau inférieur (elle doit encore exclure la supplétitivité dans les accords de groupe). La supplétivité s'applique également entre conventions et accord de branche (art. L. 2252-1 du Code du travail). Pour autant, les mécanismes légaux ne relèvent que de permissions, ils conservent de ce fait une place certaine aux comportements collectifs. En effet, les négociations de branche peuvent toujours revendiquer une certaine primauté matérielle et formelle sur les accords d'entreprise, en disposant expressément du refus de la supplétitivité, en s'abstenant d'œuvrer à la détermination de nouvelles formes de négociations ou de nouveaux régimes d'accords, en s'attachant à définir, à l'inverse, de nouvelles conditions de validité des conventions et accords d'entreprise. En tout état de cause, la branche se voit investie d'un « *rôle régulateur nouveau* » (M.-A. SOURIAC, *L'articulation des niveaux de négociation*, Dr. soc. 2004, p. 579).

[796] L'entreprise peut, dans un champ toujours plus large, déroger aux prescriptions légales et réglementaires, aux fins de définir des règles précises et adaptées à son secteur et à sa structure même (P. RODIÈRE, *La loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social, une réforme en devenir*, *La réforme du dialogue social*, SSL, suppl. n° 1183, 27 sept. 2006, p. 7). Enfin, à la suite de la jurisprudence (Soc. 30 avr. 2003, n° 01-10.027, Bull. civ. V, n° 155), le législateur consacre les accords de groupe aux articles L. 2232-30 à L. 2232-35 du Code du travail

du 5 mars 2014 relative à la démocratie sociale, sans apporter d'innovations sensibles sur ce sujet en particulier, s'inscrivent pour autant dans la même logique, et démontrent encore l'intérêt politique pour la pratique collective, octroyant progressivement davantage de libertés et d'autonomie aux négociateurs, tout spécialement dans l'entreprise[798], et favorisant les négociations[799]. Il semble enfin que les évolutions réalisées par le législateur en la matière aient été prises en compte par les juridictions administratives.

(P. RODIÈRE, *La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social*, SSL, n° 1148, 15 déc. 2003, p. 4). Il est également possible pour les accords de niveaux inférieurs de déroger *in pejus* à un accord supérieur, même un accord national interprofessionnel (lorsque les signataires du texte ne s'y sont pas opposés pour tout ou partie). La norme inférieure ne va donc pas seulement compléter la norme supérieure, elle va l'écarter et y déroger, sauf pour certaines matières que le législateur énumère : repos obligatoire, indemnité de préavis etc. (F. SARAMITO, *Le nouveau visage de la négociation collective*, Dr. Ouv. 2004, p. 445).

[797] Au sujet de l'expression « démocratie *sociale* », P.-Y. Verkindt relève qu'elle est apparue « *dans le vocabulaire politique français après la Grande Guerre dans le sillage de l'émergence de l'« État consultatif* » » (P.-Y. VERKINDT, *Les élections professionnelles dans l'entreprise*, Dr. soc. 2009, p. 648 ; empruntant l'expression à J. BARREAU (dir.), *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail*, PU Rennes, 2003).

[798] Outre la rénovation réalisée en matière de représentativité syndicale, la loi du 20 août 2008 prévoit certaines mesures relatives notamment aux conditions de validité de l'accord qui devra désormais avoir été signé par des organisations syndicales représentant au moins 30% des suffrages, sous réserve du droit d'opposition. Le texte prévoit également la possibilité pour les entreprises de fixer par accord le contingent d'heures supplémentaires, les contreparties en repos pour les salariés, la durée annuelle etc., sous la seule condition que les organisations syndicales signataires représentent 30% des salariés. Il semble que le texte inverse la hiérarchie conventionnelle classique, en instaurant une primauté de l'entreprise, spécialement en matière d'aménagement du temps de travail où l'accord d'entreprise devient « *la norme organisatrice de la répartition du temps de travail des salariés* » (S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, n° 39). La négociation de branche n'est alors compétente qu'à défaut d'accord d'entreprise. A ce sujet, il apparaît que depuis la consécration des 35h, le champ dérogatoire conventionnel en matière de temps de travail n'ait fait que s'élargir, par les textes de 2000, 2002 (notamment le relèvement des contingents d'heures supplémentaires), 2005 (notamment les modalités du compte épargne temps), puis 2008...

[799] V. le numéro spécial sur la loi relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, La Semaine Juridique, Social, 22 avril 2014, n° 16-17. Des modifications ont été apportées notamment sur le régime juridique du protocole d'accord préélectoral, l'employeur doit désormais inviter les organisations syndicales à négocier le protocole d'accord au moins 15 jours avant la première réunion de négociation (L. 2314-3 et L.2324-4 du Code du travail), et l'invitation doit parvenir 2 mois avant l'expiration des mandats de délégués du personnel ou de membres du comité d'entreprise en cas de renouvellement de ces instances. En cas d'échec des négociations, la DIRECCTE est obligatoirement saisie, le processus électoral est alors suspendu jusqu'à ce que la décision administrative soit rendue (prorogation des mandats des élus jusqu'à la proclamation des résultats des élections). En cas d'absence des organisations syndicales à la négociation, l'employeur répartit unilatéralement le personnel et les sièges entre les collèges, et fixe les modalités d'organisation des élections professionnelles.
Le texte généralise la double majorité pour la validité du protocole d'accord préélectoral, et la règle de l'unanimité ne vaut plus que pour le nombre et la composition des collèges électoraux. A noter également certaines innovations en matière de désignation du délégué syndical (articles L. 2143-3 alinéas 1 et 2, L. 2143-3 alinéa 2, L. 2143-11du Code du travail) et du représentant syndical au comité d'entreprise. Pour ce dernier, il est désormais prévu que chaque syndicat représentatif dans l'entreprise ou l'établissement peut désormais désigner un représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement (article L. 2324-2 du Code du travail), et la condition imposant d'avoir deux élus n'est plus applicable. Enfin, la loi entend renforcer la légitimité de la négociation collective et du dialogue social. Elle a introduit en ce sens un titre consacré à la représentativité des organisations patronales (Titre V de la 2ème partie relative aux relations collectives du travail), et retenu un dispositif très proche de celui des organisations syndicales (L. 2151-1 et s. du Code du travail).

B. L'affirmation jurisprudentielle de la relativité du principe de faveur

230. Après avoir acté du caractère pivot du principe de l'ordre public social et, semble-t-il, d'une certaine autonomie de la matière, le Conseil d'Etat[800], suivi du Conseil constitutionnel[801], se sont finalement rangés à la conception législative, et ont sensiblement circonscrit, à l'image du principe, leur position[802]. Le second précisant en effet dans ses observations qu'il ne faut pas confondre « *les principes qui fondent la compétence du législateur et ceux qui limitent l'exercice de cette compétence* », rappelant que le principe de faveur devait s'entendre au sens de « *l'article 34 de la Constitution [...] de sorte que le législateur a seul le pouvoir de déterminer son contenu et sa portée* »[803], et en l'espèce de le limiter – quant à tous les aspects du principe de l'ordre public social : la validité des normes conventionnelles, leur hiérarchie ou leur application en cas de concours[804] –. Le

[800] Le Conseil d'Etat a réaffirmé le principe de l'ordre public social dans une décision, rendue au contentieux, du 8 juillet 1994 en introduisant la réserve selon laquelle seul le législateur peut interdire la dérogation favorable, admettant ainsi qu'il existe des avantages ou des garanties qui échappent par leur nature aux rapports contractuels (CE, ass., 8 juillet 1994, *Confédération générale du travail*, Rec. p. 356). Le Conseil d'Etat n'avait pu consacrer en effet qu'un principe général du droit qui n'a qu'une valeur supra décrétale, et non constitutionnelle. En ce sens, il acte de l'évolution de la loi en la matière.

[801] Le Conseil constitutionnel a expressément dénié la valeur constitutionnelle au principe dans une décision du 20 mars 1997, il a jugé en effet que « *le principe en vertu duquel la loi ne peut permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés* » ne résultait d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946, et n'était donc pas un principe fondamental reconnu par les lois de la république (Cons. constit., n° 97-388 DC du 20 mars 1997, cons. 43 à 45, Rec. p. 31). Cette position est reprise dans ses décisions ultérieures, notamment : Cons. constit., n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*.

[802] « *Tout porte à croire, avec cette nouvelle articulation des accords collectifs, que le principe de faveur n'a plus l'autorité nécessaire à sa généralité* » (S. MERCOLI, *Le principe de faveur en droit du travail : l'entrée en disgrâce*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 2006-4 (II), p. 2381).

[803] Cons. constit., n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, Rec., p. 91 ; *Les Cahiers du Cons constit*., Cahier n° 14. En ce sens, si le principe relève du domaine des principes fondamentaux du droit du travail, il n'a de ce fait qu'une valeur légale. A l'inverse, la compétence que tire le législateur de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes généraux du droit du travail a, quant à elle, valeur constitutionnelle.

[804] La Cour de cassation n'a pas fait évoluer sa jurisprudence en la matière (v. note 725), ce qui peut paraître curieux dans la mesure où « *la règle de la disposition la plus favorable est parfaitement adaptée à la fonction primordiale de création d'avantages sociaux* », mais « *inopérante, voire embarrassante, au regard de certaines nécessités de l'organisation de la négociation collective. Le postulat est qu'il peut y avoir un intérêt social en soi, non réductible aux relations de l'employeur et de ses salariés, à permettre à une collectivité professionnelle ou interprofessionnelle, d'imposer une certaine cohésion de la négociation en son sein ; le recours à cette méthode est justifié par les nécessités de l'organisation de la négociation collective* » (A. CHEVILLARD, Dr. soc. 1993, p. 373). De même, M. Despax relève que « *l'on peut se demander si la solution traditionnelle pourra, dans un contexte économique où les employeurs sont moins enclins que par le passé à consentir, sans contrepartie, des avantages nouveaux, être maintenue alors que tend à se généraliser une négociation du donnant-donnant qui, en ses résultats, implique une méthode de comparaison entièrement différente* » (M. DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Traité Dalloz, 1989). F. Bocquillon a également souligné « *que le développement des accords collectifs dits donnant-donnant semble faire douter des certitudes attachées à la méthode classique de comparaison (par groupes d'avantages de même objet ou de même cause), et que la solution consistant à interpréter les accords en prenant en compte l'emploi ou d'autres contreparties comme variables d'appréciation de la norme la plus favorable est critiquable, dès lors qu'il est pour le moins*

principe de la dérogation *in melius* a progressivement laissé la place au seul principe de la dérogation. La convention ou l'accord collectif n'apparaissent plus comme les instruments d'une amélioration du statut légal ou conventionnel des salariés, mais peuvent aussi bien servir à leur détérioration.

231. Cet engouement à l'élargissement de la liberté contractuelle et de l'autonomie des volontés des négociateurs, à chaque niveau[805], en ce qu'elle a emmené une véritable contractualisation, a nécessairement soulevé la question de « *l'identité du principe même du droit des salariés à la négociation collective* »[806]. En effet, si celle-ci était fortement structurée auparavant par une vocation exclusive d'amélioration et l'aggravation impérative de la protection des travailleurs, elle se révèle désormais libérée et autonome : contractuelle en somme. Le passage d'une qualification règlementaire à une conception contractuelle civiliste amène par ailleurs des conséquences notables. L'enjeu de la négociation revêt aussitôt une dimension nouvelle et un intérêt neuf. Cette phase voit (re) cristallisé le rapport de force ; il ne s'agit plus pour la partie forte de limiter des concessions avantageuses à la partie salariale, mais de lui en soutirer, de sorte d'être avantagée elle-même. Là où l'on ne prenait qu'à la partie forte pour donner à la partie faible, il s'agit désormais, avec notamment l'avènement des accords dits « donnant, donnant », de prendre aussi à la partie faible.

---

hasardeux d'opérer une appréciation du caractère avantageux d'une norme au regard de ses effets potentiels sur l'emploi et pour le moins audacieux d'opérer une comparaison globale des accords en concours quand on connaît la réalité incertaine des engagements conventionnels sur l'emploi », de même qu'il questionne quant à « *l'amélioration effective de la situation des salariés lorsque la contrepartie conventionnelle par laquelle l'employeur s'engage à maintenir ou créer des emplois, permet seulement de compenser les inconvénients résultant de l'accord pour les salariés* », et juge enfin « *qu'en période de récession économique ou de crise de l'emploi, l'avantage consisterait seulement à compenser une défaveur conventionnelle, infléchissant ainsi sensiblement la portée du principe* » (F. BOCQUILLON, Dr. soc. 2001, n° 3). La remise en cause profonde du principe de faveur sur ces questions là viserait alors à reconnaître pleinement l'autonomie et la liberté contractuelle des parties à la négociation collective (A. JEAMMAUD, Dr. soc. 1999, n° 2).

[805] Cet « *engouement pour une autonomie des volontés accordée a un niveau toujours plus infime* » semble par ailleurs avoir justifié l'adoption de la règle autorisant, en cas de concours d'activités rendant incertaine l'application du critère de l'activité principale, « *une sorte de faculté d'autodétermination au profit des entreprises dans l'application à l'employeur (et donc in fine aux salariés) des conventions collectives ou accords professionnels* » (S. FROSSARD, *Application des conventions collectives : les limites de l'autodétermination*, Dr. soc., 2006, p. 17 ; cité par M.-L. DUFRESNE-CASTETS et P. MOUSSY, *A propos du retour en force de la loyauté contractuelle*, Dr. ouv., déc. 2006, p. 583.).

[806] La dérogation a en ce sens constitué le « *terreau d'une ambiguïté grandissante du rôle qui lui est véritablement assigné* » (M.-A. SOURIAC et G. BORENFREUND, *La négociation collective entre désillusion et illusion, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI*ème *siècle*, Mélanges offerts à Jean-Maurice Verdier, Dalloz, 2000, p. 181).

II : LA SUBSTITUTION DU PARTENARIAT A L'ANTAGONISME DES PARTIES

232. La bilatéralisation induite de la libération des négociations collectives fait désormais primer les logiques gestionnaires (A), et signe l'abandon de la figure protectrice antérieure faite d'impérativité, d'unilatéralité (B).

A. L'enjeu d'optimisation de l'accord

233. La fin du siècle a vu en réalité une véritable rénovation des fonctions de la négociation collective. En effet, les justifications de l'extension de la capacité dérogatoire des conventions et accords, spécialement au niveau *ultime* de l'entreprise, doivent se trouver dans une volonté d'adaptation[807], d'efficacité et de flexibilité des règles[808], celles-la tranchent alors nécessairement par rapport aux enjeux antérieurs d'uniformisation et d'amélioration des conditions des travailleurs au sein d'un même secteur professionnel[809]. En ce sens, le phénomène de contractualisation de la négociation collective a, de manière pratique, consisté à la libérer de l'entrave légale, unilatérale et impérative du principe de faveur adressé – principalement – à l'employeur selon le régime dessiné par les lois de

[807] A. Mazeaud évoque en ce sens un principe de décentralisation qui permet d'appliquer la règle la plus pertinente et la plus proche de la réalité économique et sociale de l'entreprise (A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 5ème éd., Montchrestien, n° 325-1).

[808] Le principe de la dérogation aux normes légales et conventionnelles supérieures se justifie en ce sens par la flexibilité des règles qu'il permet, celui-ci est censé favoriser l'optimisation de la compétitivité des entreprises. Il permet en effet la prise en considération des contraintes, des besoins et des spécificités de chaque entité. Si ces particularités devaient initialement se comprendre dans le strict cadre du principe de faveur, il semble cependant qu'elles s'en soient largement affranchies depuis 1982 (sur la réduction du principe de faveur selon ces justifications : Y. CHALARON, Travail-Traité, fasc. 19-10, n° 35). Il faut souligner encore l'intérêt de l'entreprise au regard de sa dimension transactionnelle, puisque c'est généralement en son sein que les conflits collectifs du travail se développent et se règlent. De ce point de vue, la négociation d'entreprise « *revitalisée par l'obligation de négocier, et rendue plus attractive par l'ouverture du domaine négociable* » s'est considérablement développée (S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, n° 39).

[809] La branche, qui a un temps semblé bénéficier des faveurs du législateur, s'est par ailleurs vue la première octroyer la compétence d'élaborer les règles relatives aux conditions de travail. Elle présentait l'avantage de permettre une amélioration et une adaptation des normes légales aux spécificités de la profession dans son ensemble, elle garantissait de ce fait également une certaine uniformisation selon l'objet économique et le secteur industriel de l'entreprise, de même qu'elle assurait une protection minimale aux salariés relevant de son champ. Quant aux employeurs, « *la négociation professionnelle atténue la concurrence en égalisant le coût du travail et les charges sociales, enjeu d'autant plus important que les tailles des entreprises sont parfois très variables au sein d'une même branche (ex. : la métallurgie). Elle stabilise les conditions de travail dans le temps, facilitant la gestion du personnel en dépit des variations économiques* » (S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, n° 41). L'extension progressive et croissante du domaine de la négociation dérogatoire d'entreprise, en ce qu'elle a nécessairement empiété sur le champ de la branche, a évidemment circonscrit la fonction unifiante des négociations issues de la profession, et affaibli du même coup les innovations conventionnelles qui pouvaient en résulter.

1936, 1950 et 1971. Le principe de la dérogation a insufflé la liberté et l'autonomie, jugées nécessaire à l'optimisation organisationnelle des unités de production[810], tandis que l'édification d'un véritable droit de la négociation collective vise à en garantir l'efficacité.

234. La libéralisation des négociations collectives entreprise en 1982, et poursuivie spécialement dans l'entreprise, a par ailleurs nécessairement influencé les comportements de ses acteurs, *« la loi n'est plus un socle intangible, ses dispositions sont, elles-mêmes, susceptibles de négociation »*. L'autonomisation des négociations en a « *modifié en outre les termes mêmes […], il ne s'agit plus d'une modification en termes d'acquis, d'amélioration, mais d'une négociation en termes d'adaptation qui suppose que des contreparties réciproques puissent être définies* »[811]. Cette réciprocité d'essence contractuelle tend à définir les parties en présence davantage comme des « *partenaires que des antagonistes* »[812]. Pour autant, la réalité démontre encore qu'en la matière, la figure contractuelle des relations de travail profite surtout à l'employeur puisqu'en effet l'objet même de la négociation s'est déplacé, il ne vise plus l'amélioration des conditions de travail et de vie des salariés, mais l'optimisation de la compétitivité ou l'ordre de l'entreprise, il rejoint alors davantage les intérêts patronaux. Il faut encore rappeler qu'à l'antagonisme et l'inégalité structurelle qui opposent employeurs et salariés[813], se superpose le pouvoir juridique et factuel des premiers à l'égard des seconds[814]. De ce point de vue, le partenariat qu'incite à créer la conception contractuelle des négociations collectives paraît précaire. L'entrée « *dans l'ère du tout négocié, du tout contractuel et des accords dits « donnant, donnant »* s'est réalisée en effet *« comme si les parties connaissaient une quelconque égalité des armes* »[815]. Il apparaît ainsi, dans les faits, que ce type de la négociation dérogatoire peut se révéler tout-à-fait favorable à la partie patronale,

[810] J. Barthélémy relève en ce sens que la dérogation favorise *« la conciliation entre aspirations sociales et objectifs économiques. Elle permet la substitution de normes adaptées à une situation précise à des normes banalisées, ce qui en soi est porteur de gains de productivité »*. Et au sujet de la négociation « donnant-donnant », il s'agit de *« l'échange d'avantages au profit des salariés contre l'optimisation des règles de fonctionnement de l'entreprise »* (J. BARTHELEMY, *Conventions et accords collectifs : Pour un vrai droit de leur négociation*, Dr. soc. 2003, n° 9/10, p. 832).

[811] R. SOUBIE, *La négociation collective : déclin ou renouveau ?*, Dr. soc. 1984, p. 671.

[812] V. CHAMBARLHAC et G. UBBIALI, *Epistémologie du syndicalisme*, L'harmattan, p. 106.

[813] « *En régime capitaliste de production, la masse des producteurs immédiats se trouve face à face avec le caractère social de leur production sous forme d'une autorité […], mais les porteurs de cette autorité ne sont plus des seigneurs politiques ou théocratiques ; s'ils la détiennent, c'est simplement qu'ils personnifient les moyens de travail vis-à-vis du travail* » (K. MARX, Le capital, L. III, Ch. LI.)

[814] Le pouvoir issu de la propriété et le lien de subordination issu du contrat opposent irrémédiablement les parties (A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D., 1998, Chron., p. 363).

[815] M.-L. DUFRESNE-CASTETS et P. MOUSSY, *A propos du retour en force de la loyauté contractuelle*, Dr. Ouv., déc. 2006, p. 583.

notamment en matière de réduction et d'aménagement du temps de travail, domaine dans lequel certains accords dits « donnant, donnant » semblent s'être transformés, selon un mot de M.-L. Dufresne-Castets, en accords « *prenant, perdant* »[816]. On constate alors que la réciprocité contractuelle, censée induire des bénéfices bilatéraux, se révèle porteuse d'avantages certains pour l'employeur, définitivement la partie forte, mais ne garantit pas de contreparties réelles au bénéfice des salariés, irrémédiablement la partie faible. Le même constat du « *leurre synallagmatique* » peut s'appliquer aux accords comportant « *des engagements de garantie d'emploi à vocation collective* »[817], lesquels peuvent n'être constitués que de « *concessions unilatérales des salariés* »[818].

[816] Les dispositifs permettant l'aménagement du temps de travail ont été autorisés dès 1996, et il semble que les accords qui en ont résulté ont largement favorisé l'employeur. De la loi, il reçoit des exonérations de charges permettant de diminuer le coût du travail, et de l'accord en lui-même, une modulation du temps de travail permettant la flexibilité tant recherchée (I. MERLIN, *La durée annuelle du temps de travail, une figure en hausse*, Dr. soc., 1999, p 864). M.-L. Dufresne-Castets relève à ce sujet que si la loi du 19 janvier 2000 prévoyait que « *la modulation et les sujétions supplémentaires qu'elle allait imposer aux salariés devaient être justifiées par des « données économiques et sociales » précisées dans l'accord* », de même que la circulaire d'application du 5 mars 2003 rappelait qu'il s'agissait alors d'une « *condition essentielle de la validité de la convention ou de l'accord* », aucun des accords conclus sur ce fondement ne comportent ce type de clause, ou plus exactement, « *ils contiennent une clause de pure forme, dont la rédaction témoigne de préoccupations exclusivement économiques, sans la moindre donnée sociale, hormis une vague déclaration d'intention relative à l'emploi* » (M.-L. DUFRESNE-CASTETS et P. MOUSSY, *A propos du retour en force de la loyauté contractuelle*, Dr. Ouv., déc. 2006, p. 585). Et bien entendu, l'unilatéralité réelle, en ce qu'elle est qualifiée de contractuelle, n'emporte aucun contrôle judiciaire. C'est ainsi que la Cour de cassation a validé de telles clauses, dépourvues de contenu et d'équilibre, « *sans se soucier de trouver aux sujétions nouvelles imposées aux salariés une cause, au sens du droit des contrats, plus particulièrement de ceux que l'on nomme synallagmatiques, c'est-à-dire un engagement corrélatif de l'employeur, les obligations des parties se servant mutuellement de cause en pareille matière* » (Soc. 26 mai 2004, *Synthec et Michelin*, Bull V, n° 143 et 144).

[817] S'il s'agit parfois de « *chantage à l'emploi* », ils permettent en tout état de cause la perte de droits acquis antérieurement par accords (F. CANUT, *La sanction des engagements collectifs en matière d'emploi*, JCP, Ed. Soc. n° 25, p. 1411). Il a par ailleurs été avancé que l'employeur qui s'engage par accord à ne pas licencier, « *sait pouvoir s'en dispenser* », de même qu'il sait en réalité que les conditions légales posées par l'article L. 1233-3 C. trav. ne le lui permettent pas (G. LYON-CAEN, *Les évidences du droit du licenciement pour motif économique*, JCP, Cahiers de Droit de l'Entreprise, n° 6, 2003, p. 2). Son engagement « *est donc vide de contenu* », il s'agirait en ce sens d'un « *mouvement de contractualisation d'obligations fondées sur la loi* », l'auteur affirme d'autant plus son propos « *qu'il s'agit très souvent d'accord conclus dans le cadre de grands groupes florissant sur le plan économique »* (M.-L. DUFRESNE-CASTETS et P. MOUSSY, *A propos du retour en force de la loyauté contractuelle*, Dr. Ouv., déc. 2006, p. 585, note 126 ; se fondant notamment sur l'Accord relatif à la sauvegarde économique et des emplois et avenant du 11 mai 2004 sur l'ARTT, dit « accord Bosh », Liaison soc., bref 14182). Dans un arrêt du 1er avril 1997, la Cour de cassation a validé de telles conventions, tout en accordant réparation au salarié licencié le 1er février 1993, alors même que l'engagement de l'employeur de ne pas licencier pour motif économique, obtenu en échange d'une réduction des salaires et du temps de travail, se limitait à la période comprise entre le 1er février 1992 et le 31 janvier 1993. Se fondant sur les articles 1134 C. civ. et L. 135-3 C. trav. (devenu L. 2262-4), soit l'obligation civiliste d'exécution du contrat de bonne foi et l'exigence de l'absence de déloyauté des parties dans l'exécution des conventions et accords collectifs, la Cour de cassation a estimé que l'employeur avait méconnu l'esprit du texte (Soc. 1er avril 1997, Dr. Ouv. 1998, p. 74 et Dr. soc. 1997, p. 646, note J.-E. Ray). V. également : Soc. 22 janv. 1998, dans lequel la Cour de cassation sanctionne l'engagement du « *maintien d'une activité sur le site* », RJS 1998, n° 337 ; G. Couturier, *La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi (à propos de l'arrêt Briou),* Dr. soc. 1998, p. 375, et Soc. 10 oct. 2002, Dr. soc. 2002, p. 1158, note C. Radé.

[818] M.-A. SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse, Paris I, 1986, 1041.

B. L'abandon de la fonction protectrice de l'accord

235. Du point de vue de la vocation originelle et de la conception précédente de la pratique conventionnelle collective, le phénomène de contractualisation[819] a conduit à opérer un tournant à 180° degrés[820]. Non seulement, les impératifs de flexibilité, d'adaptabilité et de compétitivité de l'entreprise aux contingences de marchés et de clients mondialisés gouvernent désormais sur le fond les négociations et les accords collectifs – coupant totalement avec ceux de l'amélioration exclusive des conditions de travail des seuls travailleurs –, mais sur la forme il est encore demandé aux salariés, sous couvert de réciprocité, de concéder certains de leurs avantages ou acquis, au nom du maintien ou de la sauvegarde de l'emploi et du contexte économique ou financier – rompant clairement avec l'image de l'employeur en tant que seul débiteur des obligations. Si ce portrait n'est évidemment pas généralisé, ni systématique, il n'en demeure pas moins qu'il renseigne sur la nouvelle figure des relations collectives de travail. Il s'agit par ailleurs de l'œuvre de la loi[821], qui a substitué le compromis et l'association bilatérale des parties (ramenées de fait sur un pied d'égalité fictif) dans l'intérêt de l'entité économique à la protection unilatérale et impérative des seuls salariés.

236. Si l'on a observé en ce sens « *une logique qui invers[er]ait les rapports de la loi et de la convention collective* »[822], avec les conséquences que cela induit au regard des caractères de ces sources[823], la négociation est quant à elle passée « *d'une fonction de progrès social*

[819] Satisfaisant par ailleurs la formule « *Moins d'État, plus de contrats* » (J.-E. RAY, *À propos de la subsidiarité horizontale*, Dr. soc. 1999, p. 461).

[820] Si « *l'accord collectif fut d'abord conçu comme un contrat au sens du droit civil […] il s'en est progressivement autonomisé en même temps que se bâtissait un statut légal de protection des salariés* » (M.-L. DUFRESNE-CASTETS et P. MOUSSY, *A propos du retour en force de la loyauté contractuelle*, Dr. Ouv., déc. 2006, p. 583). Au sujet du retour à une conception contractuelle, « *une révolution au sens premier du terme, c'est-à-dire qu'il s'est opéré un tour complet* » (même page), les auteurs se questionnent ; s'agirait-il d'une alternative, se voulant comme un compromis entre le libéralisme et le socialisme ? Les excès de l'individualisme et les dangers de la lutte des classes ? Il ne faut pas oublier que le premier mouvement évoqué était censé déjà parer au socialisme, tout en préservant le libéralisme.

[821] La Cour de cassation a cependant semblé suivre le mouvement, puisqu'elle accepte que la convention collective impose au salarié des clauses défavorables (F. GAUDU et R. VATINET, *Traité des contrats, Contrat de travail*, LGDJ, n° 577 ; A VIOTTOLO-LUDMAN, *Egalité liberté et relation contractuelle de travail*, n° 455).

[822] A. SUPIOT, *Droit négocié, droit imposé ?,* Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, p. 630 ; cité par M.-L. DUFRESNE-CASTETS et P. MOUSSY, *A propos du retour en force de la loyauté contractuelle*, Dr. Ouv., déc. 2006, p. 583.

[823] En ce sens, M. Bonnechère relève que l' « *atomisation des rapports sociaux fait courir les plus grands dangers au principe d'égalité entre les citoyens* », la loi « *seule peut viser l'ensemble des salariés et des entreprises, se fonder sur l'intérêt général, assurer les solidarités sociales nécessaires ; et elle peut, contrairement à l'accord collectif, édicter des sanctions pénales* » (M. BONNECHERE, *La loi, la négociation*

vers une fonction de gestion »[824]. La même remarque pourrait s'appliquer aux syndicats, et certains auteurs ont évoqué un syndicalisme gestionnaire, conforté par une désaffiliation croissante[825], qui semble confirmer de ce point de vue l'éloignement de la vision traditionnelle de lutte des classes[826]. « *Sous couvert d'une démocratisation économique et sociale dont ni les fondements, ni le contenu n'a jamais été explicité* » [827], il s'agirait par ailleurs, selon les intitulés des textes majeurs, de tendre vers la *modernisation* ou la *rénovation* des relations collectives de travail[828], la transformation évoquée serait de ce point de vue tout-à-fait assumée.

237. La transformation fonctionnelle et matérielle de la négociation collective ne s'est cependant pas cantonnée à la seule phase de construction conventionnelle. En effet, il semble que l'évolution contractuelle de ce point ait entraîné une sensible mutation du droit du travail dans son ensemble. Ainsi, nombre d'auteurs étendent les observations formulées au sujet de la nouvelle figure des seules relations collectives à l'entière matière[829], de même que certains soulignent encore l'excessivité de cette évolution contractuelle au regard de l'émergence et de la fonction originelle du droit du travail, marqué de l'ordre public social[830].

---

collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères ?, Dr. Ouv.. 2001, p 415). De même, M.-L. Dufresne-Castets et P. Moussy remarquent que le risque est d'autant plus grand que la capacité dérogatoire, notamment de l'entreprise, n'a cessé d'être étendue, ce qui implique des applications différentes à des communautés de plus en plus restreintes, en ce sens, « *la loi permet de rompre l'égalité au nom qu'il faut prendre en compte les différences* » (M.-L. DUFRESNE-CASTETS et P. MOUSSY, *A propos du retour en force de la loyauté contractuelle*, Dr. Ouv., déc. 2006, p. 584).

[824] T. KATZ, *La négociation collective et l'emploi*, Thèse, 2003, LGDJ, Bibliothèque de Droit social.

[825] A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, p. 365.

[826] « *Là où la convention fut naguère libérée de sa « gangue contractuelle » la négociation collective est aujourd'hui sensiblement affranchie de la dynamique imprimée par le principe de faveur aux rapports qu'entretiennent les sources du droit du travail, son rôle étant de la sorte clairement redéfini* » (S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, n° 38).

[827] M.-L. DUFRESNE-CASTETS et P. MOUSSY, *A propos du retour en force de la loyauté contractuelle*, Dr. Ouv., déc. 2006, p. 583.

[828] Sur ces termes, v. J.-E. RAY, *Quel droit pour la négociation collective de demain ? Avant-propos*, Dr. soc., n° 1, Janvier 2008, p. 3, note 2. L'auteur s'étonne : « *que de « modernisations », même si ce terme paraît étrange en matière sociale…* », et au sujet de la loi de janvier 2002 il relève que « *la modernité avait échappé à beaucoup, et même au Conseil constitutionnel* ».

[829] A. SUPIOT, *Parité, égalité, majorité dans les relations collectives de travail*, *Le droit collectif du travail*, Etudes en l'honneur de H. Sinay, Peter Lang, 1994, p. 59.

[830] G. LYON-CAEN, *Permanence et renouvellement du droit du travail dans une économie globalisée*, Dr. Ouv., 2004, p. 49. L'auteur rappelle à cette fin l'originalité et la caractéristique propre du droit du travail qui réside dans l'instauration de normes impératives établissant un minimum de droits aux salariés. Pour assurer cet objectif, le droit du travail doit par ailleurs demeurer autonome du droit civil.

238. Quant au droit du travail justement, lui-même a subi des mutations sensibles, qui procèdent non seulement des mêmes justifications que celles observées en matière de négociation collective, mais qui tendent à impulser des effets semblables. Il s'agit bien entendu d'évoquer le phénomène de *conventionnalisation* du droit social, poussant l'autonomie des partenaires sociaux jusqu'à, selon un mot de J.-E. Ray, l' « *autono(r)mie* »[831].

PARAGRAPHE 2 : LA *CONVENTIONNALISATION* DU DROIT SOCIAL[832]

239. Loin d'être aussi *aboutie* que le phénomène de contractualisation de la négociation collective, l'apparition formalisée d'un droit social conventionnel tend encore une fois à démontrer que les ressorts contractuels sont décidément d'actualité, puisqu'il s'agit de mettre la négociation interprofessionnelle nationale, et les accords qui peuvent en résulter, si ce n'est au centre, du moins dans le processus de création normative légale (I). Pour aussi matériellement encadrée qu'elle soit, cette évolution doit être appréhendée comme une mutation juridique institutionnelle qui ne se peut se concevoir sans qu'en soit étudié le cadre constitutionnel. Il convient alors notamment de poser la question de la valeur et de la définition constitutionnelle du droit à la négociation collective, mais également du droit de la négociation collective (II).

I : L'EMERGENCE D'UN DROIT SOCIAL

240. L'interaction officieuse mais établie entre les accords nationaux interprofessionnels et les textes législatifs (A) aura finalement conduit à la formalisation d'un engagement gouvernemental en matière de démocratie sociale (B).

[831] J. -E. RAY, *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*, Dr. soc. 2010, p. 496.
[832] On parle encore de « *contractualisation de la loi* » selon un mot de M. Virville, de « *politique contractuelle* » ou de « *norme sociale négociée comme source de loi* » (La *place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes*, Intervention de Jean-Marc Sauvé dans le cadre des entretiens du Conseil d'État en droit social, 5 février 2010).

A. L'influence informelle des partenaires sociaux

241. Si la norme conventionnelle peut *remplacer* et déroger à la loi – ou la convention supérieure – dans l'entreprise, il apparaît qu'elle est susceptible de recouvrer un certain rôle également dans le Code du travail. Il semble en ce sens que la mutation de la figure des relations collectives en matière sociale s'étende sur deux pôles : l'autonomie et la liberté recherchées au plan de l'entreprise trouvent d'une certaine façon un écho au plan national interprofessionnel. Les justifications de ce second mouvement n'épargnent pas la critique du droit du travail, notamment sa rigidité et sa généralité, les caractères attachés à la loi en somme. Si les reproches à la règle légale sont censés avoir trouvé une réponse dans la dérogation en matière de strictes relations collectives[833], il semble que l'idée d'un droit négocié substitué au droit imposé ait également fait son chemin[834].

Bien que le cadre interprofessionnel se soit développé assez tardivement[835], les interactions ou l'influence entre la négociation nationale et la loi sont anciennes, et l'on a vu assez tôt les accords nationaux qui peuvent résulter de la première devenir des projets pour la seconde, ou du moins une source certaine d'inspiration[836]. Les orientations prises au détour

[833] L'admission puis l'extension des mécanismes dérogatoires relèvent en effet des réactions adressées aux rigidités des prescriptions légales. L'enjeu de la dérogation se doublait en ce sens de celui de l'ajustement des normes étatiques aux cercles professionnels. La négociation collective, en ce qu'elle constitue l'instrument de cet ajustement, s'est chargée d'une fonction gestionnaire, laquelle a été encouragée puis favorisée par sa capacité dérogatoire. La liberté matérielle de négocier a en ce sens emmené les appétences de concurrence, de flexibilité, d'optimisation des conditions professionnelles, notamment chez les employeurs, générant une *« transformation de l'architecture du système conventionnel français, où la plus large place doit dorénavant être faite à l'autonomie normative de l'entreprise* » (S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, n° 42).

[834] Depuis les années 1980, il apparaît que « *la place des règles étatiques est de plus en plus discutée et critiquée* » (S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, n° 38). La recherche de flexibilité des employeurs conduira par ailleurs au projet du contrat collectif d'entreprise (J.-C. GUIBAL, *Plaidoyer pour un « contrat collectif d'entreprise »*, Dr. soc. 1986, p. 602 ; et dans un autre registre R. PASCRÉ, *Le « contrat collectif d'entreprise » dévastateur*, Dr. ouvrier 1985, p. 266).

[835] A l'instar de ce qui a été dit pour la négociation d'entreprise, c'est la branche qui a connu initialement les faveurs législatives, et qui a vu de ce fait son régime développé. Pour autant, les accords nationaux interprofessionnels ont eu leur importance dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, notamment pour ce qui relève de certaines avancées sociales, telles les retraites complémentaires ou l'indemnisation du chômage.

[836] « *À dater de 1968, la négociation interprofessionnelle s'est considérablement développée, et nombreux sont les accords qui ont frayé la voie au législateur (mensualisation, formation professionnelle, durée et aménagement du temps de travail, etc.)* » (S. NADAL*, Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, n° 39). Les organisations syndicales et patronales ont en ce sens saisis assez tôt les bénéfices à tirer de la négociation nationale interprofessionnelle, il s'agissait en effet de participer activement à la détermination des règles du droit du travail (J.-M. VERDIER et P. LANGLOIS, *Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif*, D. 1972, Chron. 253). Pour exemple, la nécessité de contreparties relève d'une initiative conventionnelle syndicale, et a été reprise par la loi (ANI du 21 mars 1989, Liaisons soc. C2, n° 6221). De même, la tendance visant à laisser davantage de liberté et d'autonomie aux négociations d'entreprises vis-à-vis des normes conventionnelles supérieures et de la loi, consacrée par la loi du 4 mai 2004, provient aussi de

des années 2000 ont toutefois signé de notables évolutions, quant au rôle de la négociation interprofessionnelle vis-à-vis des normes conventionnelles inférieures[837], mais également vis-à-vis de sa place dans l'élaboration du droit social, et partant de ses rapports avec la loi et le règlement.

242. Jusque-là, si les bénéfices de la négociation collective sont reconnus – flexibilité, adaptabilité aux besoins des salariés et des employeurs, et pertinence – la règle étatique législative ou réglementaire conserve la primauté. De même, le législateur décide autant de la sollicitation des partenaires sociaux, que de la reprise éventuelle des dispositifs élaborés par les accords nationaux interprofessionnels[838]. Il garde encore la main par l'interdiction

---

revendications portées par les partenaires sociaux, au sein notamment de l'ANI du 31 octobre 1995 (G. COIN, *Politique contractuelle : l'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995*, Dr. soc. 1996. 3). A noter également, dès 1999, le projet de « *refondation sociale* » à l'initiative du tout nouveau MEDEF, qui entend mener des réformes structurelles sur les relations sociales, mais également sur le droit social, dont résultera notamment la position commune du 16 juillet 2001 pour partie à l'origine de la loi du 4 mai 2004 (M. LE FRIANT, *La démocratie sociale : entre formule et concept*, Regards, janv. 2001. p. 49). La même loi reprend encore certaines positions développées dans l'ANI de décembre 2003 relatif à la formation tout au long de la vie.

[837] Alors qu'antérieurement, le principe de faveur structurait l'articulation des normes conventionnelles issues des différents niveaux (profession, branche, entreprise), il revient désormais à la négociation interprofessionnelle de déterminer l'effet impératif des règles dégagées dans son cadre, et leur éventuelle supplétivité (art. L. 2252-1 du Code du travail). Cette innovation dans le régime des ANI a par ailleurs pour conséquence « *d'affaiblir leur fonction d'homogénéisation des négociations sur des enjeux d'intérêt national* » (S. NADAL*, Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, n° 43), qu'il faut par ailleurs rapprocher de leur fonction *légiférante*. En effet, les dispositions issues de ces accords ont vocation à traiter de thèmes majeurs du droit du travail (le recours aux CDD, la durée du travail, les congés payés etc.), si elles réduisaient inévitablement la latitude octroyée aux niveaux inférieurs de négociation, et notamment celui des organisations professionnelles pour prendre en compte leurs spécificités, elles permettaient également une certaine uniformisation des règles, d'autant plus vrai dans l'hypothèse d'une extension (art. L. 2261-15, L. 2261-24, L. 2261-25 du Code du travail).

[838] Cons. const., n° 98-401 DC du 10 juin 1998, RFD const. 1998, obs. L. Favoreu, p. 640 (v. les considérants 1 à 6, spéc. les considérants 5 et 6 : « *Sur le grief tiré de l'irrégularité de la procédure législative au regard du « droit à la négociation collective des partenaires sociaux » : 5. Considérant que les députés requérants font valoir que l'élaboration de la loi déférée n'ayant pas été précédée d'une concertation des partenaires sociaux, le " droit constitutionnel de participation déduit du Préambule de la Constitution de 1946 " a été méconnu ; 6. Considérant que ni les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi invoqué par les requérants, ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'obligent le Gouvernement à faire précéder la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions touchant aux principes fondamentaux du droit du travail d'une négociation entre les partenaires sociaux* »). Il revient encore au législateur de décider de solliciter la négociation collective pour la mise en œuvre de dispositifs légaux, bien que celle-ci puisse valablement constituer par la voie conventionnelle une sorte de règlement d'application de la loi (Cons. const. n° 89-257 DC du 25 juill. 1989, Dr. soc. 1989, p. 627, obs. X. Prétot, au sujet de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, et plus particulièrement aux modalités du plan social, v. les considérants 10, 11, 12 et 13, spéc. le cons. 11 : sur le fondement de l'article 34 de la Constitution « *il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte* », et le cons. 12 : « *la référence faite par les articles premier, 6, 10 et 25 de la loi aux notions de "salariés âgés" ou de salariés présentant "des caractéristiques sociales" particulières, qui sont destinées à être précisées par les partenaires sociaux sous le contrôle des administrations et des juridictions compétentes, loin de méconnaître le principe d'égalité devant la loi, permet d'en assurer l'application à des situations diversifiées* »).

faite aux négociateurs qui traitent de matières dans lesquelles il est intervenu de « *déroger aux dispositions d'ordre public des lois et règlements* »[839], ou encore par la nécessité d'une intervention de sa part aux fins d'écarter la règle de faveur[840]. La fonction légiférante de la négociation interprofessionnelle, si elle est indéniable, demeure soumise au pouvoir étatique.

B. L'engagement formel de recourir aux négociations collectives

243. La position commune du 16 juillet 2001, d'inspiration largement communautaire[841], propose d'inverser sensiblement certains mécanismes du modèle. L'initiative législative serait soumise à la saisie préalable des partenaires sociaux pour avis, et ce serait à leurs négociations que reviendrait le cas échéant de régler la question, les solutions arrêtées s'imposant au législateur. Celui-ci ne pourrait intervenir *in fine* qu'en cas d'échec des débats, en somme à défaut d'accord et de manière subsidiaire. La loi du 4 mai 2004[842], si elle ne reprend pas ces suggestions[843], formule cependant l' « *engagement solennel* » de « *renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail* »[844]. L'engagement sera formalisé par la loi du 31 janvier 2007 qui, à la suite des rapports très volontaires de M. Virville[845] en 2004, M. Hadas-Lebel[846] et surtout M. Chertier[847] en 2006, a conduit à l'adoption de l'article L. 1 du

[839] Article L. 2251-1 du Code du travail.

[840] Encore une fois, la règle de faveur structurait l'application en cas de conflit de normes conventionnelles et / ou légales. Une habilitation législative est alors nécessaire aux fins d'appliquer la règle conventionnelle dérogatoire (CE, 8 et 27 juill. 2001, RJS 12/94, n° 1386, cité par G. BORENFREUND et M.-A. SOURIAC, *Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective*, Dr. soc. 2003, p. 72).

[841] Il apparaît en effet qu'en la matière, les mécanismes communautaires, particulièrement aboutis, aient fait office d'exemple. V. Bernaud constate en ce sens que « *le Parlement européen [est] exclu du processus d'élaboration des décisions communautaires en matière sociale* » (V. OGIER-BERNAUD, *Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives*, JCP, Ed. Générale, n° 12, 17 mars 2004, p. 494). Sur ces questions, pour la technicité des mécanismes : B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, 3ème éd., 2006, Litec, p. 44 ; et pour les conséquences d'une éventuelle transposition en droit français au regard de la souveraineté nationale en matière de droit social : J.-E. RAY, *Du tout-État au tout contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ?,* Dr. soc. 2000, p. 574.

[842] Loi n° 2004-391 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social du 4 mai 2004, JO du 5 mai 2004.

[843] Les raisons apparaissent politiques (v. note 797), et juridiques, spécialement constitutionnelles (V. BERNAUD, *Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?*, Dr. soc. 2007, p. 174).

[844] V. OGIER-BERNAUD, *Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives*, JCP, Ed. Générale, n° 12, 17 mars 2004, p. 493.

[845] Rapport de la Commission présidée par M. DE VIRVILLE (L. S., V., n° 3/2004 du 16 janv. 2004).

[846] Rapport Hadas-Lebel, mai 2006, « Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales ».

Code du travail[848], lequel prévoit une concertation préalable à toute entreprise de réforme sociale, et laisse le cas échéant une place à la négociation interprofessionnelle[849]. Si le législateur n'a consacré ni l'autonomie ni la liberté absolue, et encore moins la primauté structurelle de la négociation collective nationale en matière d'élaboration du droit social[850], préférant « *une démarche de type procédural* »[851], il n'en demeure pas moins que celle-ci a acquis une place normative formelle importante au côté de la loi[852], et que cette « association » du concept conventionnel à la norme légale, loin d'être une véritable « substitution », esquisse pour autant une mutation institutionnelle notable[853]. Par ailleurs, il semblerait que la relative liberté et autonomie des partenaires sociaux ne demande qu'à

---

[847] Pour une modernisation du dialogue social - Rapport au Premier ministre, Doc. fr., 2006, ann. 1, p. 80 ; RDT 2006, p. 64. J.-E. Ray relève à ce sujet la volonté de « *se caler sur la pratique communautaire par la reprise intégrale du texte conventionnel* », de même qu'il souligne l'objet de clarification du « *rôle de chaque acteur dans l'élaboration des normes sociales, sous le signe d'un grand pragmatisme en forme de solide réalisme* : *« Il n'existe pas de solution idéale : le principe des champs séparés ne garantit pas totalement l'autonomie des partenaires sociaux. Et le principe de subsidiarité n'a pas encore fait ses preuves sur des sujets non consensuels » »* (J.-E. RAY, *4 mai 2004 - mai 2008 : le droit de la négociation collective entre deux lois - À propos du rapport Chertier*, Dr. soc. 2006, p. 981). V. également à ce sujet : M.-A. SOURIAC et P. LANGLOIS, *Que penser du Rapport Chertier ?,* RDT 2006, p. 216.

[848] P.-Y. VERKINDT, *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale*, Dr. soc. 2010, p. 519. Cet article « *vient s'insérer entre les deux piliers de la démocratie sociale que sont le paritarisme et la négociation collective. Le lien est tout particulièrement fort avec la négociation collective comme en témoignent les contenus des articles L. 1, L. 2 et L. 3 du code puisqu'outre la concertation préalable, les projets de textes législatifs ou réglementaires sont à leur sortie du processus soumis notamment à la commission nationale de la négociation collective. On relèvera au passage que cette institution tout comme le conseil national de la formation professionnelle ou le [conseil national] de l'emploi s'inscrivent dans le paysage paritaire* » (p. 521). Il faut également relever également le rapprochement opéré avec le régime communautaire (J.-E. RAY, *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*, Dr. soc. 2010, p. 496).

[849] Quelques mois après l'adoption de la loi du 31 juillet 2007, des négociations relatives à la modernisation du marché du travail et de la démocratie sociale ont été entreprises. Elles ont abouti à la conclusion de l'ANI du 11 janvier 2008, qui a servi de base aux travaux parlementaires (JCP Ed. Sociale, n° 4, 22 janv. 2008, Act. p. 4). Il faut enfin préciser que le Gouvernement avait averti du fait que les réformes serait menées par la loi en cas d'échec des négociations d'ici la fin 2007 (F. GUIOMARD, RDT 2007, Act. p. 42).

[850] « *Le Gouvernement et le législateur gardent tous deux in fine les mains libres. Si un (bon, pas « faux »), ANI est finalement signé, il peut – et non doit – être repris, et le cas échéant modifié par le parlement* » (J.-E. RAY, *Quel droit pour la négociation collective de demain ? Avant-propos*, Dr. soc. Janv. 2008, n° 1, p. 3, note n° 7).
En effet, « *et c'est heureux, le législateur ne s'est pas engagé dans une logique de pure subsidiarité de la loi ni dans la délimitation d'un domaine réservé aux partenaires sociaux. […], la démocratie sociale n'a pas à se substituer à la démocratie représentative et l'intérêt collectif professionnel, aussi légitime soit-il, n'a pas à prendre le pas, dans une démocratie, sur l'intérêt général* » (P.-Y. VERKINDT, *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale*, Dr. soc. 2010, p. 524).

[851] S. NADAL, *Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective,* Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011, n° 48. V. également sur cet aspect : J.-F. CÉSARO, *Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social*, JCP S 2007, n° 8, 20 févr. 2007, Étude, n° 1117, p. 9.

[852] J.-E. RAY, *Quel droit pour la négociation collective de demain*, Dr. soc. janv. 2008, n° 1, p. 5.

[853] Cette évolution est également celle « *De l'État législateur à l'État régulateur* », elle accompagne les « *mutations profondes et complexes que connaît notre société* » (J.-E. RAY, *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*, Dr. soc. 2010, p. 496). « *La négociation collective des relations de travail […] a suscité l'émergence d'un type particulier de gouverne politique qui reconnaît et encourage l'existence d'un ordre institutionnel distinct de celui organisé par la démocratie représentative. Dans ce contexte, la particularité des relations professionnelles est que salariés et employeurs, dont les représentants sont investis d'un pouvoir normatif dans la négociation collective, peuvent se forger eux-mêmes leur propre loi, mais souvent dans un cadre défini par le législateur* » (L. DUCLOS, G. GROUX, O. MERIAUX (dir.), *Relations professionnelles et régulations sociales : les nouvelles dimensions du politique*, LGDJ, 2010).

se développer[854] puisqu'en effet l'année 2008 aura vu réaffirmer les volontés des négociateurs syndicaux et patronaux en ce sens[855]. A tel point que l'on a pu évoquer « *la revanche du petit droit (conventionnel) sur le grand droit (légal)* »[856] en matière sociale.

244. De ce point de vue, il s'agit effectivement de mesurer le caractère exceptionnel de la transformation opérée par la loi dans le système juridique français. « *La relation qui s'établit entre la démocratie politique (et représentative) et la démocratie sociale* »[857] peut être en ce sens appréhendée comme une sorte de révolution, au regard des fonctions assignées jusque là à l'Etat et aux négociateurs-travailleurs, et plus globalement au droit du travail en général qui vise à arbitrer les relations salariés-employeurs à la faveur exclusive des premiers. A « *la tradition d'intervention unilatérale de l'Etat dans les relations professionnelles ou la gestion des prestations sociales* »[858] semble se superposer une mécanique associative et contractuelle qui porte « *un lien substantiel avec l'idéal de liberté dans sa double dimension de liberté-autonomie (celle de l'homme rationnel capable de se*

[854] Il apparaît à ce propos que la volonté d'être davantage associé à l'élaboration des règles en la matière est assez ancienne. En ce sens, les termes du préambule du second ANI du 31 octobre 1995 semblent déjà revendiquer le futur article L. 1 du Code du travail : *« Ce dispositif traduit la volonté des parties signataires de se réapproprier la conduite de la politique sociale en faisant prévaloir la négociation collective sur le recours au législateur ».*

[855] J.-E. Ray relève en ce sens qu'en réponse au pouvoir politique qui se disait ouvert « *sur les moyens et la méthode* », mais intraitable « *ni sur les objectifs ni sur les principes […] le dialogue social ne doit pas être un alibi à l'inaction* », la déclaration commune de l'ensemble des organisations patronales et syndicales réaffirmait « *leur volonté d'assumer, dans le respect de leur autonomie leurs responsabilités dans cette négociation* » (J.-E. Ray, *Quel droit pour la négociation collective de demain*, Dr. soc. janv. 2008, n° 1, p. 6). Par ailleurs, sur ce sujet, le même auteur n'est pas sûr « *que la dynamique d'autonomie revendiquée par les partenaires sociaux français mette définitivement fin aux mauvaises habitudes. […] Plutôt que de négocier ensemble longuement et devoir nécessairement faire des concessions, saisir un ministre, voire un président politiquement proche semble plus rapide et moins coûteux. […] Mais c'est une époque révolue, nous dit-on des deux côtés de la table* » (J.-E. RAY, *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*, Dr. soc. 2010, p. 496). V. Bernaud formule la même remarque : « *Paradoxales organisations syndicales qui souhaiteraient une négociation collective plus autonome mais n'ont jamais réussi à se passer de l'État »* (V. BERNAUD, *Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?*, Dr. soc. 2007, p. 174).

[856] J.-E. RAY, *Quel droit pour la négociation collective de demain*, Dr. soc. janv. 2008, n° 1, p. 15. L'auteur souligne par ailleurs que « *le droit conventionnel français s'inscrivant dans le sillage communautaire veut prendre son essor et son autonomie* ». Il relevait encore que les négociateurs, de culture européenne sur ce point là, se positionnent « *moins dans la grande confrontation à la gauloise sur de grands principes que de solide pragmatisme pour mieux assurer la protection de salariés chahutés à tous points de vue par la folie d'un monde qui confond la fin avec les moyens* » (même page).

[857] P.-Y. VERKINDT, *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale*, Dr. soc. 2010, p. 522. Sur la notion de démocratie sociale et son évolution : A. CHATRIOT, *La démocratie sociale à la française*, La Découverte, Paris, 2002, p. 3 ; G. GROUX, *La démocratie sociale. Enjeux historiques et nouvelles régulations,* in Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?, PU Rennes 2003, p. 51).

[858] J. LE GARREC, *La démocratie sociale*, Rapport au nom de la commission des Affaires culturelles, familiales, et sociales de l'Assemblée nationale, 4 avril 2000. Cette tradition trouverait par ailleurs sa justification dans la crainte de « *dérive corporatiste* », ou la « *peur de voir remettre en cause l'unité et l'indivisibilité de la République* » (J.-F. AMADIEU et D. BOISSARD, *La démocratie sociale en danger*, Édit. Liaisons, Paris, 2001. p. 8). On assiste alors à un affrontement entre « *la volonté des pouvoirs publics d'investir le « social » et celle des partenaires sociaux d'en garder le contrôle* » (P.-Y. VERKINDT, *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale*, Dr. soc. 2010, p. 522).

donner à lui-même sa propre norme) et de liberté-participation (celle du citoyen reconnu apte à participer aux décisions qui le concernent) »[859].

245. Au-delà du constat du changement de « méthode » normative[860], il apparaît par ailleurs que la sensible transition de la démocratie politique à la démocratie sociale[861] tend à redéfinir la place mais surtout *in fine* la compétence de la loi en matière de droit du travail[862]. En effet, *« À l'image de la démocratie politique, la démocratie sociale se présente à la fois comme une valeur (un projet) et comme un mode d'agencement des pouvoirs »*[863]. La question pourrait alors se poser sous l'angle du respect de l'article 34 de la Constitution. Il s'agit également de s'intéresser à la même question sous l'angle, plus pertinent, de sa justification et partant des fondements constitutionnels à la négociation collective.

---

[859] P.-Y. VERKINDT, *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale*, Dr. soc. 2010, p. 523. Une filiation pourrait être établie en ce sens avec la « démocratie industrielle » qui vise, selon son inventeur, à « *intéresser l'ouvrier au travail de l'entreprise, en lui faisant prendre des responsabilités directes dans un certain nombre de fonctions, soit individuellement soit collectivement par l'intermédiaire des groupes autonomes ou des comités d'entreprise* » (A. PHILIP, *La démocratie industrielle*, PUF, Paris, 1955 p. 9). La démocratie sociale peut encore être confrontée à la « démocratie salariale » (J.-P. LE CROM, *L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1890-2002)*, Syllepse, Paris, 2003).

[860] On remarque par ailleurs que si la « méthode » évolue, l'organisation des rapports collectifs conserve certains des aspects de son émergence, telle la prévention des conflits. F. Morel définit ainsi en 2009 la démocratie sociale : *« Cette société de dialogue est au service d'un idéal, celui qui consiste à construire un vivre ensemble apaisé et constructif et surtout à faire la preuve que dans la France du XXI*[ème] *siècle, c'est par le dialogue qu'on trouve des issues au conflit plutôt que par le conflit lui-même* » (F. MOREL, *La rénovation de la démocratie sociale : vers une société de dialogue*, Dr. soc. 2009, p. 885).

[861] A la lumière de sa traduction positive, il semble que l'on peut définir la démocratie sociale comme « *l'extension des procédés démocratiques du domaine politique au plan économique et social* » (G. BURDEAU, *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, 2ème éd. 1973, t. VII, n° 171, p. 462, cité par P.-Y. VERKINDT, *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale*, Dr. soc. 2010, p. 524. Elle implique par ailleurs le renforcement de la légitimité de ses acteurs (L. BONNARD-PLANCKE, *Droit et démocratie sociale. Contribution à l'étude des rapports entre démocratie sociale et organisations syndicales*, Thèse, Lille 2, 2004). De manière beaucoup plus précise, la démocratie sociale est définie par J. Le Garrec comme « *la mise en place et le fonctionnement d'une sphère de régulation du social entre le marché et l'État, confiée aux partenaires sociaux […] gard[ant] un rôle essentiel* » (J. LE GARREC, *La démocratie sociale*, rapport au nom de la commission des Affaires culturelles, familiales, et sociales de l'Assemblée nationale, 4 avril 2000, cité par P.-Y. VERKINDT, *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale*, Dr. soc. 2010, p. 525).

[862] La déresponsabilisation indirecte de l'Etat ne semble pas, de ce point de vue, présenter d'exclusifs désavantages. En effet, « « *si la victoire a mille pères, la défaite est orpheline », et si la puissance publique avait été le grand organisateur de la conquête de toujours plus d'avantages sociaux financés par une forte croissance […], l'État ne voit pas d'inconvénient majeur à partager aujourd'hui cette lourde charge, laissant au besoin les partenaires sociaux « faire le sale boulot ». Comme l'avait par exemple pudiquement résumé le Conseil européen du 23 mars 2004 : « Les gouvernements ne doivent pas être les seuls à préconiser et à soutenir le changement »* […]. Et de souhaiter *« favoriser les initiatives associant les partenaires sociaux, la société civile et les pouvoirs publics » »* (J.-E. RAY, *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*, Dr. soc. 2010, p. 496).

[863] P.-Y. VERKINDT, *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale*, Dr. soc. 2010, p. 524.

II : LA CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT A LA NEGOCIATION COLLECTIVE

246. En dépit des intentions affichées du politique et des ambitions affirmées des partenaires sociaux, la démocratie sociale n'a pas la valeur d'un enjeu constitutionnel (A). Pour autant, la question aura permis de dégager avec certitude que le principe de participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail a bien la valeur constitutionnelle d'un droit fondamental (B).

A. L'absence de fondement constitutionnel à la négociation collective légiférante

247. Si « *la norme conventionnelle devient le droit commun* »[864], c'est que le contrat remplace la loi et les partenaires sociaux se substituent au législateur. Se pose inévitablement la question de la légitimité des nouveaux auteurs du droit et partant du contenu de ce nouveau droit élaboré, comme c'est la logique en matière contractuelle, par les sujets mêmes de son application[865], et qui a vocation à s'appliquer à un ensemble de personnes non parties à son élaboration, comme c'est la logique en matière de norme légale. La question de la légitimité paraît d'autant plus importante, qu'elle est sur ce sujet amplement reprise et posée. Elle est d'abord revendiquée par les partenaires sociaux, qui attendent par ailleurs de la loi qu'elle s'applique à *« renforcer la légitimité des accords collectifs et [à] consolider la légitimité des organisations syndicales* »[866]. Elle est ensuite largement questionnée par une partie de la doctrine, qui souligne bien souvent pour exemple une souveraineté manquante[867] ou regrette un dessaisissement parlementaire[868]. La question de

---

[864] J. BARTHELEMY, *Conventions et accords collectifs : pour u vrai droit de leur négociation*, Dr. soc. 2003, p. 832 (au sujet du contingent et du taux des heures supplémentaires dans la loi Fillon du 3 janvier 2003).

[865] J.-E. Ray souligne les avantages politiques de cette « *régulation apaisée* » : « *La source conventionnelle de la loi associant alors légitimité sociale et légitimité politique est source d'avantage de consensus, à tous les stades […]. Cette double légitimité assure enfin au texte légal une meilleure stabilité (ex. : ANI puis loi du 12 juillet 1990 sur le CDD), lui évitant des modifications successives en cas d'alternance politique. Car politiquement, l'affaire devient plus délicate. Et juridiquement, modifier la loi ne supprimera pas l'ancien ANI qui continuera à s'appliquer, avec des conflits de normes difficiles à résoudre* » (J.-E. RAY, *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*, Dr. soc. 2010, p. 496).

[866] F. CHEREQUE, *Quel droit pour la négociation collective de demain ?*, Dr. soc. 2008, p. 16.

[867] Pour exemple : V. OGIER-BERNAUD, *Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives*, JCP, Ed. Générale, n° 12, 17 mars 2004, p. 493 (plus spécialement au sujet des partenaires européens).

[868] Ainsi de J.-E. Ray qui déplore, non sans une certaine ironie les contraintes diversifiées des parlementaires : « *Pauvres élus de la Nation (Comme l'a indiqué lors du colloque le député Dominique Dord, « Pour un parlementaire, l'article L. 1 est un texte un peu castrateur, dans la mesure où il apporte une restriction à la légitimité parlementaire » […] : entre le droit communautaire leur imposant d'en haut nombre de règles à travers des directives transcrivant parfois elle-même un accord européen tellement précises qu'elles ressemblent à des règlements, et un accord national interprofessionnel qui leur aurait imposé d'en bas une simple transcription : le législateur ne pourrait vraiment plus tout faire, sinon se soumettre à son subordonné d'hier*. »

la légitimité est enfin duelle. Elle concerne la légitimité des partenaires sociaux à représenter les travailleurs – elle se pose alors, même en l'absence de transposition législative, avec d'autant d'acuité que la dérogation *in pejus* est désormais presque érigée en principe –, mais aussi la légitimité des organisations syndicales à élaborer des règles qui sont susceptibles d'être légalement transposées et donc généralement appliquées[869]. Si le premier aspect semble aujourd'hui à peu près réglé[870] – les solutions apportées s'inscrivant par ailleurs dans une logique tout-à-fait contractuelle[871] –, le second en revanche mérite que l'on s'y attarde davantage. Plus précisément, il convient de s'intéresser à la position du Conseil constitutionnel[872] – « *partenaire incontournable* »[873] en cette matière institutionnellement chahutée – vis-à-vis de l'œuvre de la loi lorsque celle-ci, avec toutes les réserves évoquées[874], soutient progressivement un « *droit [...] du travail plus contractuel* »[875]. La légitimité se conçoit en effet de la constitutionnalité. Au surplus, les

(J.-E. RAY, *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*, Dr. soc. 2010, p. 496).

[869] « *Dans notre société salariale (cf. l'impact sociétal des 35 h) est-il bien raisonnable de donner ainsi la plume à des confédérations regroupant à elles cinq un peu plus de 6 % de syndiqués dans le secteur privé (le droit du travail français en étant largement responsable) ? [...] Nous voilà ramené au bon vieux débat intérêt général/intérêt des actifs salariés/intérêt des adhérents, récurrent en France* » (L. DUCLOS, G. GROUX, O. MERIAUX (dir.), *Relations professionnelles et régulations sociales : les nouvelles dimensions du politique*, LGDJ, 2010).

[870] La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a refondé entièrement les règles de la représentativité syndicale, et notamment abandonné les mécanismes de présomption de représentativité aux fins d'établir et de garantir démocratiquement une représentativité des organisations syndicales réelle et prouvée. Le texte a en ce sens « *posé les bases d'une profonde modification de la représentation du personnel et des syndicats dans l'entreprise, notamment en ce qu'elle a érigé l'audience électorale en nouveau critère* » (B. INES, *Représentativité des syndicats : portée de la loi du 20 août 2008,* D. 2010, p. 820). Le recours au critère électoral permet par ailleurs une « *adéquation entre la volonté exprimée des porte-parole et la volonté de ceux qu'ils sont censés représenter […] l'adéquation des représentants aux intérêts représentés* » (A. JEAMMAUD, *Le droit de la négociation collective dans son rapport aux relations professionnelles. Constats, mystères et hypothèses*, in *Les conventions collectives de branche. Déclin ou renouveau ?*, Marseille, Céreq, Collection Études, n° 65, 1993, p. 131). D'un point de vue plus contractuel, relevons que si « *l'accord des sujets de droit une condition nécessaire à la légitimité des règles qui les obligent* », la mesure de l'audience électorale apparaît comme un substitut acceptable (A. SUPIOT, *La loi dévorée par la convention ?*, in *Droit négocié, droit imposé*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1996).

[871] L'enjeu de légitimité des accords porté par la loi du 4 mai 2004 par la condition majoritaire ou le droit d'opposition, mis en place aux différents niveaux de négociation, a fait place à l'enjeu de légitimité des négociateurs eux-mêmes. Cette solution est d'autant opportune que l'intérêt collectif qu'ils servent classiquement tend à s'étendre à l'intérêt général, notamment par le fait que les accords collectifs se voient souvent utilisés à des fins réglementaires et tendent alors à préciser les modalités d'application des dispositions législatives. De même, « *la relativisation du principe de faveur induit une exigence de légitimité des acteurs sociaux à l'égard de la collectivité du personnel alors que la classique hiérarchie des sources autorise la seule signature d'un syndicat minoritaire s'il est représentatif* » (J. BARTHELEMY, *Conventions et accords collectifs : pour un vrai droit de leur négociation*, Dr. soc. 2003, p. 832).

[872] M.-L. Morin, *Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective*, Dr. soc. 1999, p. 30.

[873] V. BERNAUD, *Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?*, Dr. soc. 2007, p. 174.

[874] V. note 795.

[875] J. BARTHELEMY, *Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation*, Dr. soc. 2003, n° 1, p. 23 (au sujet de la loi du 3 janvier 2003).

débats relatifs au passage de la démocratie politique à la démocratie sociale portaient inévitablement « *la nécessité d'inclure le paramètre constitutionnel* »[876].

248. Retenons déjà à ce stade qu'à défaut de légitimité, on trouve la légalité. En effet, la légalité de la participation accrue et croissante des partenaires sociaux à l'élaboration du droit se trouve indubitablement dans les différents textes qui, à partir des lois Auroux de 1982, ont visé à distiller davantage d'autonomie et de liberté aux parties en inaugurant la technique de la dérogation, puis celle de la concertation préalable. Rappelons encore que le Conseil constitutionnel a, à ce sujet, réaffirmé la compétence et la liberté du législateur[877], en vertu des articles 3[878] et bien sûr 34[879] de la Constitution.

249. Pour autant, s'il est du ressort de la loi de déterminer les grands principes de la matière, et d'entériner celui de la dérogation *in pejus*, avec les conséquences que cela emporte, est-il « *concevable »*[880] de déléguer la détermination du contenu des futures règles à des organisations extérieures, quand bien même une transposition législative demeure nécessaire[881] ? Le recours du législateur au contrat (collectif) en matière de définition du droit social est-il constitutionnellement acceptable ? Posée ainsi, la question appelle nécessairement une réponse biaisée. L'article 34 de la Constitution désigne le législateur comme seul compétent pour définir et réglementer les libertés et principes fondamentaux du droit du travail, lui assignant ainsi une réserve de compétences dont il ne saurait

---

[876] V. BERNAUD, *Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?*, Dr. soc. 2007, p. 174.

[877] V. notes 748 et 750.

[878] *« La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice »*.

[879] « *La loi détermine les principes fondamentaux : […] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale* ».

[880] V. OGIER-BERNAUD, *Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives*, JCP, Ed. Générale, n° 12, 17 mars 2004, p. 493.

[881] Ch. Radé relève à ce propos que la « *coproduction législative* » issue de la nécessité de transposer l'accord, au demeurant légitime, peut présenter certains inconvénients. D'une part, la complexité et la souplesse des termes ou des mécanismes utilisés dans l'accord (aux fins de satisfaire les nombreux signataires) peut se doubler des renvois, des réserves ou des rajouts contenus dans les lois de transposition, participant encore à « *la cacophonie juridique* » et manquant aux impératifs de clarté et d'intelligibilité. D'autre part, il souligne que la modification législative qui accompagne bien souvent la transposition peut conduire à l'altération de l'accord (et les difficultés d'application qui en résulte), produit fragile d'une négociation spécifique à ses acteurs (CH. RADE, *De l'accord national interprofessionnel*, Dr. soc. 2010, p. 284). Ainsi de l'ANI du 7 janvier 2009 sur le développement de la formation, sur la professionnalisation et la sécurisation des parcours professionnels, transposé par la loi du 24 novembre 2009 sur l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie qui a du reste ajouté de nouveaux mécanismes étrangers à la volonté des parties, alors même que l'accord précisait que *« Si les dispositions législatives et réglementaires n'étaient pas en conformité avec celle du présent accord, les signataires conviennent de se réunir pour examiner les conséquences de cette absence de conformité »* (J.-E. RAY, *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*, Dr. soc. 2010, p. 496).

évidemment se délester au profit d'autorités normatives inférieures, sans commettre une incompétence négative[882].

250. Mais, en réalité, l'interrogation est mal formulée. La loi ne déserte pas ses obligations en matière sociale, et il faut évidemment compter avec l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : *« Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail »*. Malgré son positionnement ancien dans le bloc de constitutionnalité, il apparaît que le Conseil constitutionnel, à l'instar des autres juridictions suprêmes[883], n'attache initialement pas d'effet direct ou de contenu normatif à cet alinéa[884]. Le juge n'a donc pas érigé à partir de cette disposition une sorte de concurrence contractuelle à la loi, encore moins formalisé d'obligation de consultation ou de concertation des travailleurs réunis en organisations syndicales avant toute réforme. Le juge constitutionnel n'a pas même consacré la négociation collective. Si effectivement, c'est par ce processus que s'est traduit positivement le droit des travailleurs « *à la détermination collective des conditions de travail »* – aspirant par ailleurs d'autres compétences au passage – il faut reconnaître, comme le relève V. Bernaud, que rien n'allait « *nécessairement de soi à la lecture de l'alinéa 8 du Préambule* »[885]. Comme enfin le relève G. Vedel, le Conseil constitutionnel est « *un contrôleur, non un fondateur* »[886]. Le chemin qu'a finalement pris le droit de

[882] L'action normative inférieure, même justifiée par la carence et l'inaction de la loi, serait alors invalidée. La Cour de cassation a ainsi tiré la conséquence de la compétence législative lorsqu'elle a jugé l'illicéité d'un préavis conventionnel d'attente avant grève, « *rappelant aux partenaires sociaux les limites constitutionnelles de leurs compétences* » (Soc. 7 juin 1995, *Transports Séroul*, Dr. soc. 1995, p. 835 :*« Une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu : seule la loi peut créer un délai de préavis s'imposant aux salariés »*). Par ailleurs, en vertu de la compétence qu'il tire de l'article 34 de la Constitution, le législateur se voit également théoriquement « contraint » de réglementer positivement la négociation collective.

[883] Ainsi du Conseil d'Etat qui nie en 1961 que l'alinéa 8 puisse recouvrir un contenu positif (CE, 15 fév. 1961, *Sieur Leseur et autres,* Rec., p. 115), puis dénie dans une espèce de 1974 le caractère de principe général de droit à la représentation syndicale (CE, 28 juin 1974, *Fédération nationale des syndicats de service de santé et services sociaux de la CFDT,* Rec., p. 380). Les juges du fond et la doctrine sont également septiques quant à la mobilisation de cette disposition.

[884] A l'inverse des alinéas 6 et 7 du même Préambule relatifs à l'action et la liberté syndicale et au droit de grève, qui ont constitués des fondements opérants plus tôt.

[885] V. BERNAUD, *Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?*, Dr. soc. 2007, p. 174 (l'auteur évoque en ce sens la « *prudence justifiée du conseil constitutionnel […] ni la Constitution, ni son Préambule, pas plus que les textes auxquels celui-ci se réfère ne mentionnent explicitement la négociation, les conventions ou accords collectifs de travail. Face à cette disposition à la formulation des plus générales, que pouvait, que devait faire le Conseil constitutionnel ?* »)

[886] En ce sens, la « *constitutionnalisation* » à venir relève d'une réception de « *la conceptualisation développée [...] antérieurement et même postérieurement à l'institution de son propre contrôle* » (G. VEDEL, *Aspects généraux et théoriques*, in *L'unité du droit*, Mélanges en hommage à Roland Drago, Paris, Economica, 1996, p. 6, cité par V. BERNAUD, *Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?*, Dr. soc. 2007, p. 174, qui prend par ailleurs en exemple la recherche plus poussée du Conseil

participation est en ce sens issu de politiques législatives innovantes, économiquement et socialement circonstanciées, qui se voulaient et se veulent encore modernes[887]. Si le Conseil doit en vérifier la constitutionnalité *a posteriori*, il ne lui revenait pas *a priori* de les impulser. Lorsqu'inévitablement, le Conseil a été amené à se prononcer sur la dangereuse liaison installée entre la loi et les conventions, et « *en l'état actuel de notre constitution* »[888], il a assez naturellement assuré la primauté du législateur. Il lui est ainsi *loisible* de reprendre ou d'abandonner un accord né de la participation des travailleurs « *à la détermination collective des conditions de travail* », quand bien même celui-ci aurait été formé « *à son instigation* »[889]. Il lui est encore permis de le modifier, quand bien même sa nature contractuelle répond à « *un équilibre d'ensemble* » [890]. Le législateur n'est pas non

---

constitutionnel « *à recevoir le modèle français de négociation collective construit à partir des années 1950 […], voire à demeurer strictement fidèle aux considérations exprimées par les membres de l'Assemblée constituante en 1946. […] c'est sur la participation à la gestion, dont l'inscription dans le Préambule constitutionnel se voulait à l'époque particulièrement novatrice et audacieuse, que sa jurisprudence aurait insisté* »).

[887] C'est bien ainsi que les divers textes et rapports rendus sur le sujet depuis une dizaine l'année l'entendent. Pour exemple, le Rapport Chertier qui invite à « *moderniser sans plus tarder les méthodes d'élaboration des normes sociales qui lui permettront de répondre aux enjeux des temps nouveaux* » (V. note 792 et 774).

[888] J.-E. RAY, *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*, Dr. soc. 2010, p. 496. Sur la nécessité d'une réforme constitutionnelle, les avis sont partagés. V. Bernaud relève en ce sens la « *paradoxale doctrine* », dont « *une partie a longtemps soutenu que « le droit du travail s'alimente à d'autres sources que constitutionnelles* » (G. LYON-CAEN, Constitucionalización del derecho del trabajo, in *Los trabajadores y la Constitutión*, Madrid, Sociedad de estudios laborales, 1980, p. 31), *mais qui n'exclut plus aujourd'hui de trouver dans la Constitution un début de salut au droit du travail ou quelques solutions pour réformer le dialogue social* !» (V. BERNAUD, *Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?*, Dr. soc. 2007, p. 174). En ce qui concerne les acteurs du dialogue social, v. note 50.

[889] Cons. const., n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, Les Cahiers du Cons. const., cahier n° 8 : *« Il est loisible au législateur de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation en décidant au vu de la teneur desdits accords, soit de maintenir les dispositions législatives existantes, soit de les modifier, dans un sens conforme, ou non, aux accords ».* Malgré cette position de principe justifié par l'article 3 de la Constitution, la loi a cependant été censurée car, « *dans les circonstances particulières de l'espèce* », elle ne présentait pas un motif d'intérêt général suffisant et portait de ce fait atteinte à l'économie des accords en cours : « *l'atteinte portée par la loi déférée à l'économie de conventions légalement conclues viole, sans motif d'intérêt général suffisant, tant la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* ». Sur la protection constitutionnelle de la liberté contractuelle et de la sécurité juridique, v. note xx.

[890] Cons. const., n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes (considérant 4). L'équilibre fragile d'un ANI est soumis en ce sens au droit d'amendement des parlementaires. C'est en conséquence du risque d'altération que des « *clauses d'autodestruction* » sont insérées dans les accords. Pour exemple l'ANI du 11 janvier 2008 qui prévoit concernant l'entrée en application que *« les dispositions du présent accord correspondent à un équilibre d'ensemble. Sa validité est subordonnée à l'adoption des dispositions législatives et réglementaires indispensables à son application. Il entrera en vigueur à la date de publication au Journal officiel des dispositions législatives et réglementaires précitées »*. J.-E. Ray relève en ce sens diverses formules : « *Nous tenons à ce que l'accord tel qu'il a été signé soit porté tel quel par le Gouvernement dans la loi, car il est le fruit d'intenses discussions » (Cathy Kopp, Medef) ; « La démocratie sociale s'est exprimée, la démocratie parlementaire ne doit pas y contrevenir » (Pierre Martin, UPA) ; « Nous exigerons que l'équilibre de l'accord, son esprit et sa lettre, soient respectés car nous nous sommes engagés en tant que signataires dans un compromis » (Marcel Grignard, CFDT) ; « Si les parlementaires touchent à un point de l'accord, ils risquent de mettre l'ensemble du texte en péril » (Alain Lecanu CFE-CGC) »* (J.-E. RAY, *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*, Dr. soc. 2010, p. 496).

plus tenu de précéder son intervention d'une négociation[891]. De même, les latitudes laissées aux partenaires sociaux quant à la détermination des modalités de mise en œuvre d'une loi[892], ou encore la possibilité *expérimentale* de voir régler par accord des matières « *touchant aux principes fondamentaux* »[893] conservent toujours au législateur l'ultime maîtrise. Mais il ne s'agit pour autant pas d'une incompatibilité à la détermination constitutionnelle du principe.

[891] Rappelons en effet le caractère informel de la pratique ancienne de concertation. Le préambule de la loi du 4 mai 2004 évoquait pour sa part un « *engagement solennel* » de « *consultation préalable et approfondie* » qui ne pouvait avoir pour conséquence constitutionnelle de lier le législateur à ses paroles. Avant la loi du 31 janvier 2007 et l'article L. 1 du Code du travail qu'elle instaure, le Conseil constitutionnel avait ainsi jugé que : « *Ni les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'obligent le Gouvernement à faire précéder d'une négociation entre les partenaires sociaux la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions touchant aux principes fondamentaux du droit du travail* » (Cons. const., n° 98-401 du 10 juin 1998, loi d'orientation et d'incitation à la réduction du temps de travail, v. note 783).

[892] Cons. const., n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion : sur le fondement de l'alinéa 8 du Préambule et de l'article 34 de la Constitution, « *il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte* » (B. GENEVOIS, *Ann. Int. Just. Const.*, 1989, p. 488, v. note 783). La solution est réitérée dans une décision du 23 juillet 1991, puis une décision du 16 décembre 1993 vient préciser que l'alinéa 8 du Préambule « *n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer que dans tous les cas cette détermination soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs* », de même qu'elle substitue à la formule « *après une concertation appropriée* » celle de « *notamment par la voie de la négociation collective* », (X. PRETOT, *Le Conseil constitutionnel et la participation des travailleurs*, Dr. soc. 1994, p. 139). La décision du 29 avril 2004, reprenant les termes de la décision de juillet 1989 explique encore : « *que le législateur peut en particulier laisser les partenaires sociaux déterminer, dans le cadre qu'il a défini, l'articulation entre les différentes conventions ou accords collectifs qu'ils concluent au niveau interprofessionnel, des branches professionnelles et des entreprises ; que, toutefois, lorsque le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation* » (n° 2004-494 DC, Loi relative à la formation tout au long de la vie et au dialogue social). Au sujet de ces jurisprudences, V. Bernaud relève que « *Les critiques n'ont pas manqué de se multiplier, dénonçant aussi bien l'absence de consécration explicite de la négociation collective, que la possibilité de laisser aux employeurs le soin de mettre en œuvre unilatéralement une loi après une concertation appropriée* » (V. BERNAUD, *Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?*, Dr. soc. 2007, p. 174). L'auteur voit cependant, dans les décisions de 1989 et de 1993 la reconnaissance latente de la potentialité normative du dialogue social, lequel se traduit tantôt par une « *concertation appropriée* » tantôt par « *la voie de la négociation collective* », laquelle peut aboutir « *à la fixation à la suite de discussions et de concessions, d'un ensemble de décisions de caractère contraignant, dans un document conventionnel* (G. LYON-CAEN, *La Constitution française et la négociation collective, commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil constitutionnel par un esprit non prévenu*, Dr. ouv. 1996, p. 479). Précisons enfin que le recours conventionnel pour l'application réglementaire de la loi est un mécanisme très utilisé en droit communautaire (M.-L. MORIN, *Loi et négociation collective : concurrence et complémentarité*, Dr. soc. 1998, p. 419).

[893] Dans une décision du 6 novembre 1996, le Conseil a validé le dispositif *« dès lors que cette latitude permet au législateur d'adopter par la suite des règles nouvelles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation et d'une évaluation des pratiques qui en sont résultées »* (Cons. const., n° 96-383 DC, loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective autorisant les partenaires sociaux à insérer dans leurs accords des stipulations touchant aux principes fondamentaux, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n° 2, v. note précédente).

B. L'affirmation d'un droit fondamental de participation

251. Si l'on voit finalement davantage de facultés offertes à la loi que d'obligations mises à sa charge vis-à-vis de la convention collective et partant de la négociation, cette dernière n'a pour autant pas été constitutionnellement occultée, d'autant que nous l'avons évoqué, elle se développe considérablement aux niveaux inférieurs. Alors même qu'il confirme la valeur constitutionnelle et le caractère normatif et contraignant de l'alinéa 8 du Préambule de 1946 par une décision du 5 juillet 1977[894], il faut cependant attendre celle du 6 novembre 1996 pour qu'une décision énonce sur le fondement des alinéas 6 et 8 du Préambule que les « *organisations syndicales ont vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs* »[895]. Le juge a par ailleurs mis en lien explicite pour la première fois la négociation collective avec l'alinéa 8 dans une décision du 16 décembre 1993, puisqu'il évoquait jusqu'alors « *la concertation appropriée* »[896]. La CEDH suivra, par un arrêt remarqué du 12 novembre 2008[897], en consacrant le droit à la négociation collective à partir de l'article 11 de la convention.

252. En retenant le droit à la négociation collective, le Conseil constitutionnel consacre une liberté constitutionnelle et incorpore de fait l'accord collectif qui peut résulter dans la hiérarchie des normes qu'il contrôle[898]. Si cette reconnaissance n'emporte pas d'obligation

[894] Cons. const. n° 77-79 DC du 5 juillet 1977, loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale (L. HAMON, D. 1979, p. 41 ; M. DEBENE, JCP éd. G, II, 19186)

[895] Cons. const., n° 96-183 DC du 6 novembre 1996, loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective (M.-L MORIN, *Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective*, Dr. soc. 1997, p. 25).

[896] V. note 800. Les décisions ultérieures reprendront cette formule (Cons. const., n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social).

[897] CEDH, Grande Chambre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, requête n° 34503/97 : « *le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » énoncé à l'article 11 de la Convention, étant entendu que les États demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs* » (J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, *L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux (à propos de CEDH 12 novembre 2008, Demir et Baykara c/ Turquie*), D. 2009, p. 739 ; et pour une lecture un peu différente : N. HERVIEU, *La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale*, Revue de droit du travail 2009, p. 288).

[898] Sur la source constitutionnelle du pouvoir normatif des partenaires sociaux, qui ne tiendraient le droit à la participation ni d'une habilitation légale, ni « *d'une capacité originaire d'autoréglementation* » : G. BORENFREUND, M.-A. SOURIAC, *Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective*, Dr. soc. 2003, p. 75 ; M.-L. MORIN*, Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France*, in *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Belgique, facultés

active substantielle pour le législateur, il paraît dès lors acquis qu'il ne doit pas y porter atteinte, de même que la loi doit désormais garantir l'exercice et l'effectivité de ce droit – le processus de négociation –, mais encore ménager l'exécution conventionnelle et, le cas échéant, les éventuels effets « *règlementaires* » qui ont pu être octroyés aux accords[899]. L'aspect duel de la norme conventionnelle collective, de ce point de vue, connaît une résurgence. Si la dimension contractuelle de la négociation collective doit être davantage garantie qu'autonomisée[900], la dimension normative de l'accord implique que son application soit sécurisée et respectée. La jurisprudence constitutionnelle a en ce sens saisi le concept contractuel en matière de participation collective d'une part par la promotion de la liberté contractuelle, et d'autre part la garantie de la sécurité contractuelle[901] ; deux thèmes qu'elle développe par ailleurs sensiblement sur la période, et qui conduisent *in fine* à un renforcement positif de la négociation collective et de l'*auto-nomie* des partenaires sociaux[902] ; « *Que l'on ne s'y méprenne pas. Certes, la finalité normative de la négociation*

---

universitaires Saint-Louis, 1996, p. 650 ; L. FAVOREU, *Droit constitutionnel*, 5ème éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 58.

[899] Il apparaît en effet qu' « *au fil des années les accords collectifs ont fini par occuper la place des règlements d'application des lois dans la jurisprudence constitutionnelle* » (V. BERNAUD, *Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?*, Dr. soc. 2007, p. 174)

[900] Le Conseil constitutionnel ayant préalablement refusé de consacrer le principe d'autonomie de la volonté (Cons. cont., n° 97-388 DC du 20 mars 1997, N. MOLFESSIS, *La prudence est définitivement de rigueur au Conseil constitutionnel... À l'encontre de la liberté contractuelle*, Revue trimestrielle de droit civil, 1998, p. 99).

[901] Sans renier la constitutionnalité de la compétence générale de la loi en matière sociale, le Conseil constitutionnel tend à garantir également la liberté et la sécurité juridique des contractants. Pour exemple, la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 (v. note xxx) dans laquelle il énonce (cons. 29) que : *« Le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme »*. A noter également la décision n° 2003-465 DC du 13 janvier 2003, dans laquelle le déni de la valeur constitutionnelle du principe de faveur permet encore de renforcer la protection de la liberté et de la sécurité contractuelle, mais également de l'autonomie normative des partenaires sociaux (B. MATHIEU, *La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail*, D. 2003, n° 10, p. 638 ; X. PRETOT, *Le Conseil constitutionnel et les sources du droit du travail : l'articulation de la loi et de la négociation collective (décision du 13 janvier 2003)*, Dr. soc. 2003, p. 260). La décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007 (loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs), précise encore *« que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de 1946* ». Le considérant est repris tel quel dans la décision du 7 août 2008 (n° 2008-568 DC, loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail). Les termes s'affinent et se précisent au fil des décisions, ainsi le Conseil constitutionnel énonce le 13 juin 2013 qu' « *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* » (Cons. const. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, loi relative à la sécurisation de l'emploi, considérant 6).

[902] Il faut effectivement souligner la récence de la consécration constitutionnelle de la liberté contractuelle. Le Conseil constitutionnel s'y est en ce sens longtemps refusé (Cons. const., n° 94-348 DC du 3 août 1994, Rec. p. 117, cons. 9). C'est la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 qui pour la première fois énonce et protège la liberté contractuelle. La décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 (loi relative à la couverture maladie universelle) adjoint l'exigence d'un motif d'intérêt général pour justifier la remise en cause de conventions

collective fait l'objet d'une plus grande attention de la part du Conseil constitutionnel que son caractère contractuel. Toutefois, celui-ci contribue quand même implicitement à un phénomène plus général de contractualisation des relations de travail »[903]. Il semble en effet que le réinvestissement contractuel, après avoir gagné les parties et le législateur soit également acté par le juge constitutionnel.

253. Pour autant, cette accélération, aussi sensible soit-elle en matière de participation collective ne doit pas se comprendre excessivement, au sens de la jurisprudence constitutionnelle la loi demeure pleinement compétente en matière de travail[904]. Il apparaît toutefois que le Conseil constitutionnel la tienne pour si compétente qu'il a accepté que celle-ci entreprenne de développer une démocratie sociale de prime abord peu compatible avec les règles contenues dans la Constitution *en l'état*, soit qu'elles amènent indirectement une délégation matérielle (notamment la loi du 4 mai 2004), soit qu'elles prévoient un dessaisissement formel (notamment la décision du 29 avril 2004)[905]. C'est

---

légalement conclues (N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil*, Revue trimestrielle de droit civil, 1998, p. 796). Celle de 2007 (n° 2008-568 DC) ajoute le fondement de l'alinéa 8 du Préambule de 1946 (V. note précédente). Par ailleurs, par la reconnaissance de la liberté contractuelle, on constate que le juge protège également la sécurité juridique des conventions de l'effet intempestif de lois inconstantes, *a fortiori* lorsque les premières ont été formées à l'initiative des secondes (Cons. const., n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, loi relative à la réduction négociée du temps de travail, Les Cahiers du Cons. const., cahier n° 8, v. note 26). Sur l'agencement de la liberté contractuelle et du principe de participation des travailleurs : F. MODERNE, *La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ?*, Rev. fr. dr. adm. 2006, p. 6, qui privilégie « *la liberté contractuelle au soutien du principe de participation des travailleurs* » ; B. MATHIEU, *La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail (observations sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003)*, D.2003, p. 638, qui à l'inverse estime que le principe de participation renforce la liberté contractuelle.

[903] V. BERNAUD, *Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?*, Dr. soc. 2007, p. 174.

[904] Le législateur conserve en effet une compétence et un domaine réservés. A l'inverse des partenaires sociaux qui n'ont, outre leur liberté de conclure des accords collectifs, pas vu consacrer un monopole de compétences particulières sur le fondement de l'alinéa 8 du Préambule de 1946. Leur rôle demeure ainsi tributaire du cadre législatif, et *réduit* à la détermination des conditions de travail, définies comme « *tous les avantages collectifs dont sont susceptibles de bénéficier les salariés et anciens salariés, à raison de l'existence d'une relation de travail* » (Décision 97-388 DC du 20 mars 1997, v. note xx).

[905] Malgré la clarté et l'exclusivité sur ce point des articles 3 et 34 de la Constitution, le juge constitutionnel valide en effet les mécanismes informels de participation des organisations syndicales et patronales à l'élaboration de la loi, la question de la constitutionnalité de la compétence législative ou conventionnelle serait de ce point de vue *« un faux dilemme »* (A. SUPIOT, *Un faux dilemme, la loi ou le contrat,* Dr. soc. 2003, p. 61). Les exemples sont nombreux. La transposition des ANI, les lois dites expérimentales, l'influence informelle des projections syndicales (v. note xx), puis l'engagement solennel de solliciter un dialogue social issu de la loi du 4 mai 2004 (pour l'appréciation de laquelle le Conseil s'est référé « *à la position commune adoptée par les partenaires sociaux le 16 juillet 2001* », de sorte que même si le législateur s'est « *borné à mettre en œuvre un document conventionnel »,* celui-ci pas « *méconnu les exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi* », ce faisant le juge a admis la retranscription législative partielle d'un texte purement déclaratif, v. note xxx). Dans le même sens, J.-E. Ray relève une « *vieille pratique de concertation officieuse* », évoquant les accords Matignon et la loi sur les 40 heurs ; l'ANI de décembre 2003 sur la formation tout au long de la vie devenu loi du 4 mai 2004, ou l'ANI du 7 janvier 2009 sur le développement de la formation, sur la professionnalisation et la sécurisation des parcours professionnels repris par la loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation

dans ce contexte juridique que le législateur a procédé à l'adoption de la loi du 31 janvier 2007, de laquelle est issu l'article L. 1 du Code du travail, dont le « *bilan positif* »[906] n'a pas non plus conduit à ériger « *les confédérations en tant que pré-législateur* »[907].

254. Si la négociation collective dispose aujourd'hui d'un fondement constitutionnel clair, et bénéficie d'une protection constitutionnelle conséquente[908], il faut préciser cependant que le droit à la négociation collective n'implique pas un droit à « *la conduite de la politique sociale en faisant prévaloir la négociation collective sur le recours au législateur* »[909]. Le meilleur promoteur de la participation des partenaires sociaux à l'élaboration de la loi en la matière demeure aujourd'hui le législateur[910] – en atteste la tentative avortée du

---

professionnelle tout au long de la vie (V. J. FREYSSINET, Négocier *l'emploi : cinquante ans de négociations interprofessionnelles*, Editions Liaisons, mars 2010). En définitive, « *peu de lois récentes en matière de droit du travail n'entretiennent aucun lien, en amont ou en aval, avec la négociation collective* » (*La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes*, Intervention de Jean-Marc Sauvé dans le cadre des entretiens du Conseil d'État en droit social, 5 février 2010). La négociation collective, que l'on savait une source de droit (X. PRETOT, *Les sources du droit du travail au regard du droit public*, in *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1998, p. 150), est en ce sens *déjà* une source de loi (J.-M. Olivier, *La place de la négociation collective parmi les sources du droit*, in *Le nouveau droit de la négociation collective*, Paris, LGDJ, Éd. Panthéon-Assas, 2005). La prise en compte du droit communautaire conforte davantage ce constat (V. OGIER-BERNAUD, *Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives*, JCP éd. G, 2004, I, 118). Aucun de ces dispositifs n'a été censuré, alors même qu'ils ne satisfont pas strictement aux dispositions constitutionnelles (réserve de compétence législative et initiative législative, impératifs de clarté et d'intelligibilité…).

[906] CH. RADE et M. GRIGNARD, *Constitutionnalisation du dialogue social*, Constitutions, 2012, p. 543. Les avis sont assez partagés quant aux effets de la loi. Les critiques visent généralement les limites structurelles du mécanisme de concertation préalable : les seuls projets de loi sont concernés, et non les propositions, l'absence de réelle contrainte quant à la saisie des partenaires sociaux du fait de la possible procédure accélérée notamment, l'absence d'obligation de respecter l'accord provoqué (pour exemple la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 n'a que partiellement repris l'ANI du 11 janvier 2008), et la liberté du législateur de modifier les dispositions conventionnelles (CH. RADE, *Que reste-t-il de l'accord de modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008 après la loi du 25 juin 2008 ?*, Lexbase Hebdo, édition sociale, n° 319, 25 sept. 2008). Quant au fonctionnement cependant, il semble que les avis soient plutôt positifs. (*La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ?*, Dr. ouvrier 2010, p. 319).

[907] J.-E. RAY, *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*, Dr. soc. 2010, p. 496. L'auteur relève par ailleurs que la formule oublie sur ce point « *la partie patronale ou plutôt les patronats* ».

[908] Il convient par ailleurs de préciser que si *« la jurisprudence relative à la négociation collective est ancienne, abondante* », celle relative au droit à la participation et à la gestion des entreprises est bien plus réduite. Le Conseil constitutionnel a jugé en 1993 « *que le respect du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise* » (Cons. const. n° 93-328 DC du 16 décembre 1993). Il a également énoncé en 2006 (Cons. const., n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006) « *que le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue même s'ils n'en sont pas les salariés* » (O. DUTHEILLET de LAMOTHE, *Les normes constitutionnelles en matière sociale*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 29 - octobre 2010).

[909] J.-E. RAY, *4 mai 2004 - mai 2008 : le droit de la négociation collective entre deux lois. À propos du rapport Chertier*, Dr. soc. 2006, p. 981.

[910] On trouve par ailleurs le législateur à l'origine même de la formulation positive du « *droit à la négociation collective* » : « *Le présent titre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés*

Gouvernement de constitutionnaliser « *le dialogue social* »[911]. Ce qui ne signifie pas non plus que le phénomène de constitutionnalisation des relations collectives de travail doit être minoré. Au contraire, le droit jurisprudentiel constitutionnel ne se limite pas à « *une insertion dans la Constitution*»[912], et doit s'entendre « *comme le fait qu'une matière subit l'influence des normes constitutionnelles et que [...] les règles qui régissent ladite matière doivent désormais être appliquées ou interprétées en tenant compte des exigences constitutionnelles* »[913]. Si les sages n'inaugureront évidemment pas seuls l'entrée dans la pleine démocratie sociale, de même qu'il n'y a, à proprement parler, pas de fondement constitutionnel à la *conventionnalisation* du droit social à ce jour[914], la négociation

---

; il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail et de leurs garanties sociales » (article L. 131-1 du Code du travail devenu l'article L. 2221-1 du Code du travail).

[911] Le Président de la République avait formulé dès 2012 sa volonté d'inscrire le dialogue social dans la Constitution (« *une priorité majeure* »), aux fins qu'il n'y ait « *pas de lois qui pourront être votées par le Parlement sans qu'il y ait eu une phase de concertation* » (Le Monde, 13 juin 2012). Pour l'heure, le projet de révision constitutionnelle « *relatif à la démocratie sociale* » déposé le 14 mars 2013 à l'Assemblée Nationale a du être « *remis à plus tard* », les conditions n'étant pas « *réunies pour obtenir la majorité des 3/5ème du Congrès* » (Le JDD, 8 juillet 2013). Le texte confirme par ailleurs que l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 constitue effectivement le fondement du dialogue social et de la négociation collective. Il reconnaît le « *rôle des partenaires sociaux et de leur légitimité à agir pour organiser les relations du travail* ». Très inspiré du « *mécanisme introduit à l'article L. 1 du code du travail par la loi du 31 janvier 2007 […],le projet de loi dispose que les organisations syndicales représentatives de salariés et d'employeurs seront désormais mises en mesure de négocier préalablement à l'adoption de tout projet de loi ou d'ordonnance ou de toute proposition de loi portant réforme en matière de droit du travail, d'emploi ou de formation professionnelle. Le projet de loi ou d'ordonnance ne pourra être délibéré en conseil des ministres et la proposition de loi être inscrite à l'ordre du jour d'une des deux assemblées qu'au terme de cette procédure. Seule une situation d'urgence pourra justifier de ne pas suivre cette procédure »*. Le projet de loi constitutionnelle ne définit pas « *un domaine réservé aux partenaires sociaux pour élaborer directement la norme* », précisant qu' « *Un tel changement, étranger à notre vision de la démocratie politique, n'était souhaité ni par les partenaires sociaux, ni par le Parlement, ni par le Gouvernement* ». Il est également prévu que « *le législateur garde ses prérogatives institutionnelles d'auteur de la loi. Mais il tiendra compte et se nourrira des accords nationaux interprofessionnels signés dans ce cadre par les partenaires sociaux* ».

[912] V. BERNAUD, *Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?*, Dr. soc. 2007, p. 174 (au sujet de l'inscription des droits constitutionnels des travailleurs).

[913] L. FAVOREU, *Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit*, Rev. fr. dr. constit. 1990, p. 71, cité par V. BERNAUD, *Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?*, Dr. soc. 2007, p. 174.

[914] Au sujet de la nécessité d'une révision constitutionnelle en ce sens, si la position Gouvernement est désormais claire, il apparaît que les avis des acteurs du dialogue social sont partagés. Si certaines confédérations syndicales semblent *« admettre que seul un acte législatif ou constitutionnel est susceptible de protéger la négociation entre partenaires sociaux de l'intervention intempestive de l'État* » (J. PEYRELEVADE, *Sociétal*, 2006, n° 53, p. 83), et attendent *« un acte de reconnaissance formelle* », garantissant le « *respect de leur autonomie et de la négociation collective comme les leviers essentiels de la complémentarité entre démocratie sociale et démocratie politique* » (F. Chérèque, JDD, 9 juillet 2013), d'autres estiment que « *Ce n'est pas utile […] c'est perdre son temps* » (J.-C. Mailly, JDD, 9 juillet 2013). « *Le dialogue social est indispensable. De là à l'inscrire dans la Constitution… Je suis moins attaché aux valeurs symboliques des lois qu'à la manière de les appliquer et de les respecter […] l'esprit de concertation relève davantage d'une culture, et elle se construit dans le temps car il faut établir la confiance* » (Bernard Van Craeynest, CFE-CGC, L'Express, 20 mai 2012). Quant au patronat : « *S'il y a un nouveau pas à franchir dans le dialogue social, c'est celui de la constitutionnalisation du dialogue social […] C'est ça le mot-clé, le concept qui permettrait à la France d'être à la pointe de la modernité sociale* », de même qu'est formulé le souhait de voir « *la liberté d'entreprendre inscrite également dans la Constitution* » (L. PARISOT, Le Monde, 13 juin 2012).

collective, dans sa nature dualiste[915] plus que dans ses ambitions normatives légales, a acquis une valeur et revêt désormais un contenu positif contraignant[916]. Celui-ci est par ailleurs évolutif, les juges réceptionnent et absorbent des enjeux avant de dégager et de déterminer des impératifs qui s'imposent aux normes inférieures, telles la loi et les conventions et accords collectifs[917], au premier desquels pour ce qui nous intéresse une certaine figure de la contractualisation des relations de travail impulsée par le législateur. En ce sens, « *la constitutionnalisation récente mais certaine du droit des relations collectives du travail* » invite à s'intéresser au régime juridique qui encadre la négociation collective sans omettre de « *prendre en considération les normes constitutionnelles et les solutions dégagées par le Conseil constitutionnel sur leur fondement* »[918]. Autrement dit, le phénomène de contractualisation des relations collectives de travail, s'il procède d'une impulsion initiale du législateur, a révélé une liberté constitutionnelle, appréhendée comme telle par les juges du travail. En ce sens, « *du côté du juge constitutionnel, le principe de participation prend une signification constitutionnelle qui embrasse le droit du travail, sans pour autant s'y limiter. De l'autre côté, celui des juridictions du travail, les références à ce principe constitutionnel témoignent de son acclimatation dans le cadre du contentieux du droit du travail. Désormais intégré à la légalité du droit du travail, son influence est alors double. Il supporte la reconnaissance et la protection de droits et garanties qui en dérivent, notamment à la faveur des QPC. De plus, il exerce une indéniable influence sur l'évolution du droit positif à mesure que les juges s'en saisissent comme norme de contrôle et d'interprétation* »[919]. Soulignons enfin que la constitutionnalisation du droit à la négociation collective, posée initialement au sujet des appétits de la négociation nationale interprofessionnelle vis-à-vis de la loi, a finalement largement profité aux niveaux

[915] Il s'agit en effet de garantir un « *acte juridique […] qui repose sur un accord de volonté* » (CH. RADE, *Droit du travail*, 3ème éd., Paris, Montchrestien, 2004, p. 9), mais qui a également une vocation normative à s'appliquer aux tiers. Le législateur doit en ce sens protéger et concilier la liberté de participation des partenaires sociaux (la négociation collective) ; à cet effet la détermination d'un statut protecteur des négociateurs constitue une garantie légale, de même pour les conditions de la représentativité, ou toute autre disposition qui tend à réglementer et garantir le droit syndical de participation collective. Il en est encore de même pour les obligations de négocier. Quant à l'acte normatif conventionnel, le législateur doit également, à défaut de se le voir imposer, ne pas porter une atteinte injustifiée à son exécution (v. note 26 et 40). La constitutionnalisation du droit des relations collectives de travail appréhende ainsi son objet sous cet angle double : une liberté d'exercice collectif, et l'application élargie de l'acte conventionnel.

[916] I. ODOUL-ASOREY, *Principe de participation des travailleurs et droit du travail*, Dr. soc. 2014, p. 356.

[917] Le mécanisme de constitutionnalisation est en ce sens complexe. La reconnaissance constitutionnelle d'un droit (elle est généralement progressive, en atteste la prudence du Conseil vis-à-vis du principe de faveur, les juges ayant sans doute senti le vent tourner, ne se sont pas risqués à le consacrer) emmène une protection constitutionnelle, laquelle est intégrée ensuite par les autorités et les normes qui constituent l'ordre juridique.

[918] B. TEYSSIE, *Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2004, n° 17.

[919] I. ODOUL-ASOREY, *Principe de participation des travailleurs et droit du travail*, Dr. soc. 2014, p. 356.

inférieurs, et au phénomène de dérogation. La négociation de branche, et surtout d'entreprise, largement encouragée par la loi, se sont vues *ragaillardies* par l'octroi d'un fondement constitutionnel, indirect et involontaire soutien à la contractualisation de la détermination des règles professionnelles à ces niveaux.

255. En un mot, la contractualisation des relations collectives de travail (bercée à la marge par une tendance à la conventionnalisation du droit) ne pouvait, eu égard à l'antagonisme structurel qui domine ces rapports, se réaliser sans garanties ; des garanties d'autant plus impérieuses que le droit de participation revêt un caractère *fondamental.* Ces garanties, mises en œuvre par les juges des juridictions de travail, à la tête desquelles la Cour de Cassation, sont donc nécessaires du point de vue constitutionnel. Quant à leur objet, il est double : elles doivent neutraliser la domination d'un employeur qui, malgré sa volonté conventionnelle de principe, conserve une position structurelle qui lui permet de corrompre le processus à sa faveur[920], mais elles doivent encore assurer une négociation effective et utile, c'est-à-dire sérieuse et honnête – nouvelle figure de la maxime qui veut que le pouvoir amène la responsabilité –. Ce dernier vœu ne permet par ailleurs pas de faire l'économie d'une bilatéralisation des obligations qui découle nécessairement du régime de la négociation collective.

256. La bilatéralisation des obligations à laquelle on a pu assister également en matière de relations individuelles révèle enfin le même phénomène de retour au concept contractuel. Les similitudes avec les transformations opérées en matière de rapports collectifs ne s'arrêtent par ailleurs pas à ce simple constat.

[920] Le XIX[ème] siècle a effectivement « *façonné un mode de relations sociales basé sur une forte conflictualité, dont nous avons encore du mal à sortir* (F. CHEREQUE, *Quel droit pour la négociation collective de demain ?*, Dr. soc. 2008, n° 1, p. 16). L'auteur fait également le constat de l'échec du droit du travail, incapable « *d'empêcher la précarité de s'installer, les conditions de travail de se dégrader, le chômage de s'amplifier et les inégalités de se creuser* ». Partant du postulat que « *l'Etat et la loi ne peuvent pas tout* », le recours à la négociation collective permettrait de « *concilier intérêt général et intérêts collectifs et permettre de nouvelles garanties pour les salariés* ».

SECTION 2 :

LE REINVESTISSEMENT DU CONCEPT CONTRACTUEL EN MATIERE DE RELATIONS INDIVIDUELLES

257. *« On a choisi la voie contractuelle et non institutionnelle […]à une conception « institutionnelle » traitant ce rapport comme une « relation de travail » […] ne naissant point d'un contrat et ne donnant aucune prise à l'accord des parties […], le droit français a préféré l' « option contractuelle »* »[921]. Si l'on doit à la jurisprudence d'avoir affirmé le plus clairement ce choix[922], nous souhaitons démontrer, conformément à l'évolution des relations collectives, que le législateur a lui-même, et antérieurement, affiché et inauguré la préférence contractuelle (PARAGRAPHE 1). La contractualisation ne peut en outre, ici encore, se traiter sans évoquer les évolutions de la sphère constitutionnelle ; il s'agit bien entendu de dire un mot des conséquences de la constitutionnalisation des droits relativement au phénomène contractuel, qu'elle le soutienne ou le limite (PARAGRAPHE 1).

PARAGRAPHE 1 : LA REHABILITATION DU CONTRAT DANS LE RAPPORT D'EMPLOI

258. Le « *renouveau du contrat de travail* »[923] se mesure, à notre sens, selon deux procédés. D'une part, les grandes orientations contemporaines d'impulsion législative sous tendent une neutralisation du pouvoir quasi-institutionnel de l'employeur, notamment en lui assignant une cause, érigée en obligation personnelle ; elles visent également à déterminer subtilement un objet – ou plutôt un objectif – contractuel, suggérant ainsi « *la nature contractuelle du rapport d'emploi* »[924] (I). La jurisprudence l'admet parfaitement. Elle permet la souplesse et une certaine autonomie dans l'aménagement des relations entre l'employeur et chacun de ses salariés, mobilisant le contrat comme « *un véritable*

---

[921] M. MORAND et E. DOCKES, *Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ?*, Revue de droit du travail 2007, p. 144. Il est précisé que la conception « *institutionnelle* » doit s'entendre « *au sens que Paul Durand, notamment, donnait à cette expression* », et que l'absence de « *prise à l'accord des parties* » qu'elle sous tend ne concerne pas « *l'entrée du travailleur dans l'entreprise* ».

[922] Ainsi de A. Jeammaud qui relève en 2003 à ce sujet que si « *le retour au contrat est largement observé et commenté aujourd'hui* », il est « *notamment souligné par le magistrat le plus influent de la Chambre sociale de la Cour de cassation au cours de ces dernières années* », qualifiant Ph. Waquet de « *principal inspirateur de certaines orientations majeures d'une juridiction qui a été l'un des opérateurs de cette orientation* ». Celui-ci, « *par la publication de ses nombreux commentaires de l'évolution de la jurisprudence* » a ainsi confirmé que « *la Cour avait délibérément opté pour ce renouveau* » (A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415).

[923] A. LYON-CAEN, *Le renouveau du contrat de travail*, Dr. soc. 1992 ; PH. WAQUET, *Le renouveau du contrat de travail*, *RJS* 1999, p. 383.

[924] A. JEAMMAUD, *Le droit du travail en changement. Essai de mesure*, Dr. soc. 1998, p. 211.

instrument d'agencement »[925] (II).

I : LA NATURE CONTRACTUELLE DU RAPPORT D'EMPLOI SUGGEREE PAR LA LOI

259. L'ordonnancement formel des règles qui régissent la relation d'emploi constitue le meilleur indice (A), il n'est cependant pas exclusif (B).

A. La localisation des principales règles relatives au rapport individuel d'emploi

260. Si la loi porte selon nous une volonté contractualiste en matière de relations individuelles de travail, cela ne signifie pas pour autant le rejet total des théories institutionnelles, non plus celui d'une abolition de la figure classique d'un droit du travail impératif et protecteur. Les constructions demeurent en ce sens favorables, de prime abord, au salarié. Il semble en effet que *le renouveau contractuel* se soit davantage superposé que substitué aux statuts salariés. De ce point du vue, il convient de relativiser le renforcement de la figure contractuelle en cette matière[926]. S'il est indéniable, les observateurs s'accordant unanimement à le constater depuis le début des années 1980[927], certains encore plus tôt[928], d'autres pour le critiquer[929], le phénomène a engendré un dualisme et non une reconfiguration structurelle totale du rapport d'emploi[930]. En ce sens, l'« *évolution du droit*

---

[925] A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, in *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415.

[926] A. JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne,* in *Analyse juridique et valeur en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier,* Dalloz, 2004, p. 299 ; P. LOCKIEC, *Contrat et pouvoir – Essai sur les transformations de droit privé des rapports contractuels,* Thèse, Nanterre Paris X, 2002.

[927] Il y a bien quelques exceptions. Ainsi de S. Le Gac-Pech, qui relève que « *le phénomène ancien [de contractualisation] semble aujourd'hui en retrait par rapport au mouvement opposé de décontractualisation* ». L'auteur met en cause l'interprétation jurisprudentielle du contrat de travail (v. note xx), mais également une « *instrumentalisation du contrat* » au regard de sa problématique « *soumission […] à la théorie générale* » (S. LE GAC-PECH, *La figure contractuelle en droit du travail*, D. 2005, p. 2250). Il est vrai que le régime et les conditions de validité et de mise en œuvre des clauses particulières qui apparaissent comme constitutives du renouveau se sont progressivement révélés, pour certaines d'entre elles, particulièrement stricts (v. note xxx), pouvant nourrir, malgré une validité de principe, un nouveau sentiment de déclin. Il en est de même au sujet de la non incorporation contractuelle des éléments qui relèvent du statut collectif (v. note xx).

[928] Tel G. Lyon-Caen, qui reconsidère la fonction du contrat de travail dans les relations individuelles du travail dès 1968, après avoir acté en 1955 de son déclin (v. note 646) : G. LYON-CAEN, *Défense et illustration du contrat de travail*, Arch. Phil. Droit, Sirey, 1968, t. XIII, p. 59.

[929] Pour la critique d'un renouveau contractuel dont la tendance est admise : A. SUPIOT, *Homo Juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit,* Seuil, 2005 ; CH. RADE, *La figure du contrat dans le rapport de travail*, Dr. Soc. 2001, p. 802 ; S. ERBES-SEGUIN, *Le contrat de travail, une relation hybride,* in *Le contrat, Usages et abus d'une notion*, Sociologie Economique, Desclée de Brouwer, 1999.

[930] P.-H. ANTONMATTEI, *Les éléments du contrat de travail*, Dr soc. 1999, p. 330. L'auteur souligne la concurrence inhérente à ce dualisme : « *Habitué à l'importance des sources législatives, réglementaires ou conventionnelles, on avait sans doute fini par admettre la marginalisation de la dimension contractuelle du*

positif » ou le « *retournement de tendance (méthodologique)* » a emmené « *une sorte de dualité du contrat de travail* »[931], et qui doit s'ajouter à celle observée en matière de conventions collectives. Cette concomitance s'entend d'une part du caractère institutionnel du contrat, en ce que, comme l'avaient relevé les auteurs attachés à la doctrine de l'entreprise, il constitue « *un acte condition* »[932] qui signe l'entrée dans la communauté de travail, et partant l'application de législations protectrices[933], mais également l'octroi de droits subjectifs « *non contractuels* »[934], d'exercice individuel ou collectif, et enfin la mise en œuvre des pouvoirs de l'employeur (et la soumission corrélative des salariés), dont le pouvoir de direction, et d'autre part, il relève d' « *un authentique contrat […] gouverné par les règles générales et fondamentales du droit commun des obligations […] réseau de créance et d'obligations réciproques sous l'empire du principe de la force obligatoire attachée à tout contrat par le Code civil* »[935]. En d'autres termes, le rapport juridique qui lie l'employeur au salarié, s'il est fondamentalement contractuel, emporte également l' « *insertion du statut dans le contrat* »[936].

261. En ce qui concerne spécifiquement le législateur, il apparaît que sa participation au renouveau contractuel se vérifie d'abord relativement à la forme, au volume, mais surtout à la localisation de ses interventions. A. Jeammaud relève ainsi que « *la prospérité législative de ce contrat constitue le premier signe, le plus manifeste et le moins discutable, quant à son interprétation, de cette nouvelle centralité* »[937]. Le « *caractère fondamentalement légiféré* » du droit du travail n'est cependant pas la meilleure preuve de

---

contrat de travail. […] dominé par un statut collectif omniprésent, le contrat de travail est entré en résistance : le dualisme structurel du contrat de travail n'est pas mort, loin s'en faut. Le collectif n'a pas définitivement écarté l'individuel ».

[931] P.-H. ANTONMATTEI, *Les éléments du contrat de travail*, Dr soc. 1999, p. 330.

[932] G. SCELLE, *Précis élémentaire de législation industrielle*, *Les contrats de travail*, Paris, Sirey, 1927, p 173.

[933] Lesquelles constituent dans le même temps des limites « *exogènes* » à l'espace et l'action contractuelles ; soit par l'application du régime d'agencement et d'application des sources normatives, encore – un peu – gouverné par le principe de faveur (v. note xxx), soit par l'encadrement direct et spécifique des conditions de mise en œuvre de certaines clauses, les dispositions conventionnelles collectives pouvant alors participer (v. notes xxx) (A. JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne,* in *Analyse juridique et valeur en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier,* Dalloz, 2004, p. 299).

[934] C'est-à-dire « *indépendants du contrat, et sur lesquels celui-ci ne peut exercer aucune influence, tel le droit de grève […] ou de participer à l'exercice de certains droits proprement collectifs (en matière syndicale, de négociation collective, de représentation élective des travailleurs dans l'entreprise etc.* » (A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415).

[935] CH. RADE, *La figure du contrat dans le rapport de travail*, Dr. Soc. 2001, p. 802.

[936] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 2ème éd. 2007, Paris, PUF, p. 27.

[937] A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415.

l'attention législative portée au contrat en cette matière[938]. L'auteur lui ajoute le positionnement puisque « *de très nombreux et emblématiques dispositifs normatifs trouvent place dans le très long titre de ce Code consacré au contrat de travail, et qu'ils s'ordonnent donc autour de ce mécanisme contractuel, de cette figure juridique de base* ». Il est vrai que si l'on admet que l'on trouve dans cette partie « *ce qui constitue […] le régime légal d'un contrat civil spécial* », il faut tirer les conséquences du fait qu'une immense part des règles aménageant le rapport d'emploi y est localisée. Ainsi, des normes relatives à l'embauche[939], à la rupture du contrat « *synonyme de perte d'emploi* »[940], ainsi encore des « *dispositions, nées de la politique publique de l'emploi* »[941], et de celles qui visent à assurer « *la stabilisation de l'emploi du salarié* » par celle du contrat de travail[942], et ainsi encore d' « *autres corps de règles, qui ne visent pas directement le rapport contractuel entre l'employeur et chacun de ses salariés, ou qui ne l'affectent qu'indirectement* »[943]. Il apparaît en ce sens une faculté contractuelle d'attraction des dispositions législatives et règlementaires qui interviennent en matière de travail[944].

---

[938] En effet, la profusion législative doit être ramenée aux circonstances réelles et factuelles de son émergence et de son développement. L'immense législation sociale actuelle a procédé d'une législation industrielle contrainte, éparse et ponctuelle, les nombreuses dispositions postérieures s'y sont greffées sans non plus résulter d'une réflexion axiologique globale de la matière, notamment sur la place du contrat dans le rapport de travail. De même, les codifications successives de 1910, 1927, 1973 puis 2008 se sont contentées d'un simple reclassement normatif. Il ne faut donc pas accorder un excès d'importance à « *la structure de ce document légiféré* ». Pour autant, l'auteur estime qu' « *il est permis de penser, quelle que soit la nature de ce Code du travail, que les choix de localisation des textes – des textes en vigueur au temps de la confection du code, comme des innombrables textes nouveaux produits depuis lors – révèlent une certaine perception du cadre juridique des relations de travail* » (A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415).

[939] Relativement aux formes et pratiques d'embauche.

[940] Notamment le droit commun du licenciement, révélant l'affirmation que le CDI est le contrat de travail de droit commun (A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415).

[941] Celles-ci utilisent en ce sens le relais du contrat de travail. A. Lyon-Caen relève en ce sens que le renouveau du contrat, de ce point de vue, est clairement le « *fruit des politiques publiques* », en ce qu'elles ont eu pour objet « *depuis le milieu des années 1970, de diversifier les formes juridiques d'accès à l'emploi […] par la promotion de la diversité* ». Ainsi, des CDD, des contrats de travail à temps partiel, des intermittents ; « *des contrats particuliers dont diversité s'est accrus* » (A. LYON-CAEN, *Actualités du contrat de travail*, brefs propos, Dr. soc. 1988, n° 7-8, p. 540). Même constat de recours et d'instrumentalisation de la figure du contrat pour A. Jeammaud quelques années plus tard. Les objectifs de politique sociale reposent « *sur des contrats de travail de type particuliers (contrat de qualification, contrat de formation en alternance, contrat emploi-jeune) réglés dans diverses subdivisions du Code organisant la politique de l'emploi ou régissant la formation professionnelle* ».

[942] Il s'agit notamment de la règle du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise (art. L. 1224-1 du Code du travail), et encore des règles qui organisent la suspension du contrat du salarié malade ou victime d'un accident.

[943] Tel le règlement intérieur, dont le régime est situé dans le titre du Code du travail relatif au contrat.

[944] Au sujet notamment du régime du travail à temps partiel (A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415).

B. Les procédés législatifs d'encadrement du rapport individuel d'emploi

262. Il faut enfin relever que la nature contractuelle de la relation de travail peut se déduire des procédés utilisés dans les principales lois qui se sont tout-à-tour, depuis les années 1970, intéressées à la rupture du contrat à l'initiative de l'employeur (la loi du 13 juillet 1973), l'exercice du pouvoir réglementaire (la loi du 4 août1982), puis celui du pouvoir de sélection (la loi du 31 décembre 1992). Relevons au passage le traitement inversé du contrat : la résiliation (ou le péril imminent de la perte d'emploi) d'abord, ensuite l'exécution, puis la formation. Les mécanismes instaurés par les textes procèdent d'obligations mises à la charge de l'employeur : l'obligation de justifier et de motiver la décision de rompre, l'obligation d'une finalité dans l'exercice du pouvoir réglementaire, et l'obligation de pertinence dans les méthodes et pratiques de recrutement employées. Outre la neutralisation, ou l'orientation du pouvoir qu'elles sous tendent, on peut déceler la détermination d'un objet contractuel par les causes suggérées aux obligations instaurées, qui se double par ailleurs de l'évocation d'un objectif à la relation de travail.

263. Il apparaît que le législateur traite principalement la relation de travail à partir de sa dimension contractuelle, quand bien même il participe à élaborer aussi la dimension institutionnelle du droit du travail. Si la remarque, du point de vue de la localisation des textes dans le Code du travail, est ancienne, pour ne pas dire originelle, il semble que, sur le fond, la loi ait entrepris plus récemment d'instrumentaliser cet aspect aux fins de garantir le rapport d'emploi. En tout état de cause, il faut retenir ici la confirmation de la nature contractuelle du rapport qui lie l'employeur à ses salariés. Bien plus audacieuse fut la réception de cette affirmation par la jurisprudence, et notamment la Cour de cassation ; le processus de la réhabilitation contractuelle prend alors véritablement tout son sens.

II : LA STRUCTURE CONTRACTUELLE DU RAPPORT D'EMPLOI MOBILISEE PAR LA JURISPRUDENCE

264. La jurisprudence a globalement validé le recours aux techniques contractuelles innovantes, participant à la libéralisation et l'aggravation de la bilatéralisation du rapport d'emploi (A). Nombre d'éléments ont cependant résisté au phénomène d'attraction contractuelle ; sans supporter la *décrédibilisation* du renouveau contractuel, ils trahissent en réalité son enjeu (B).

A. La validité des clauses spécifiques dans le rapport d'emploi

265. Si la loi reconnaît et utilise le concept contractuel dans la sphère de l'emploi, les juges ont aménagé avec vigueur ces dernières décennies un régime contractuel spécifique, usant, abusant ou excluant des mécanismes civilistes des obligations selon les problématiques induites du rapport d'emploi[945]. En cela, le rôle renouvelé du contrat de travail n'a pas signé une remise en cause absolue de la spécificité ou de l'autonomie de la matière, la réhabilitation jurisprudentielle de la technique juridique contractuelle, si elle emprunte nécessairement au régime des obligations de droit commun, et renoue clairement avec le Code civil, a révélé une œuvre innovante. Les nombreuses manifestations prétoriennes, particulièrement significatives, du phénomène de renforcement contractuel, semblent par ailleurs avoir procédé d'enjeux similaires à ceux que l'on a pu évoquer en matière de réinvestissement du concept conventionnel collectif – décidément inhérents à l'emploi. Il apparaît en ce sens que l'adaptabilité et l'efficacité – pour ne pas dire la flexibilité – ont, si ce n'est présidé, au moins concouru à faire du contrat individuel la nouvelle « *figure de base de l'ordonnancement des relations du travail et d'abord le support et l'architecte principal du rapport d'emploi* »[946]. Les contingences intrinsèques liées à la gestion de la main d'œuvre ont en effet une large part dans la vigueur du phénomène de contractualisation[947]. La souplesse et l'autonomie permises par un rapport de nature contractuelle admettent inévitablement une instrumentalisation à des fins gestionnaires, qui n'est cependant pas nécessairement défavorable au salarié. En ce sens, « *la centralité retrouvée du contrat de travail* »[948] a conduit effectivement à ce que soit appréhendée, et très largement mobilisée la relation individuelle comme un rapport optimisé et personnalisé[949]. Il rejoint, de ce point de vue, « *l'une des tendances majeurs de l'évolution*

[945] A. JEAMMAUD, *Les polyvalences du contrat de travail*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes a G. LYON-CAEN,* Paris, Dalloz, 1989, p. 299.

[946] M. MORAND et E. DOCKES, *Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ?*, Revue de droit du travail 2007, p. 144. La « *position centrale* » du contrat dans le rapport d'emploi « *configure les relations entre les acteurs principaux de la sphère : patronat, travailleurs, organisations syndicales et professionnelles* » (A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, Recueil Dalloz, 1998).

[947] A. LYON-CAEN, *Actualité du contrat de travail*, *brefs propos*, Dr. soc. 1988, p. 540.

[948] A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415.

[949] « *Bien entendu, cette vitalité instrumentale est surtout celle d'un instrument de gestion de la main d'œuvre pour l'employeur* » (A. JEAMMAUD, *Les polyvalences du contrat de travail*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen,* Paris, Dalloz, 1989, p. 299).

récente du droit du travail, que l'on désigne d'une expression assez équivoque – mais c'est que cette tendance est elle-même ambivalente ; l'individualisation »[950].

266. De manière pratique, le renouveau contractuel s'est traduit par celui de la liberté et de *l'auto-nomie* des parties dans le rapport d'emploi. Plus précisément, la Cour de cassation a assuré « *un espace de stipulations* »[951]. Il apparaît inévitablement que l'autonomie et la liberté du salarié demeurent tributaires de sa force de négociation face à l'employeur. S'il est parfaitement admis qu'il puisse obtenir des conditions individualisées avantageuses, telle une rémunération bien supérieure aux prescriptions conventionnelles, des primes ou avantages particuliers, une clause de garantie ou de stabilité d'emploi, des indemnités contractuelles de rupture plus élevées que celles prévues par la loi ou limitatives quant aux causes de licenciement etc., admettons tout de même qu'il ne s'agira pas ici du cas le plus répandu. Bien plus fréquent est le cas d'une mobilisation optimale de la liberté et de l'autonomie de l'employeur. Le contrat – toujours et généralement d'adhésion – est alors utilisé « *pour se soustraire provisoirement à certaines contraintes légales (avec la classique clause d'essai)* »[952]. Il permet surtout de dégager une certaine marge d'application à l'imagination des gestionnaires pour l'ajustement de la main d'œuvre, et de fait d'« *élargir ou sophistiquer les sujétions des salariés* »[953], de « *préciser ou renforcer la subordination engendrée par tout contrat de travail* »[954]. Il s'agit bien entendu d'évoquer

---

[950] A. JEAMMAUD, *La place du salarié individu dans le droit français du travail*, in *Le droit collectif du travail, Etudes en l'hommage à Hélène Sinay*, Frankfurt, Peter Lang, 1994, p. 347. La singularisation du rapport de travail individuel emporte nécessairement la réduction du caractère institutionnel, et vide de son contenu la sphère du statut du salarié dans la communauté de travail. Pour exemple, la spécificité et la flexibilité des horaires substituées à l'horaire collectif.

[951] A. JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 299.

[952] Sur les clauses de ce type, il faut mentionner l'encadrement légal, susceptible par ailleurs de renvoyer à la convention collective, issu notamment des articles 1242-10, 1251-14, 1251-15, 7313-5 du Code du travail (A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415).

[953] M.-C. ESCANDE-VARNIOL, *La sophistication des clauses du contrat de travail*, Dr. ouvr. 1997, p. 478.

[954] La consolidation du dualisme du rapport d'emploi tend à « *renforcer l'emprise de l'employeur sur la force de travail ou la situation du salarié* », par l'accroissement des « *droits contractuels* », ou le renforcement des « *pouvoirs de l'employeur* », spécialement de direction. (A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415). Relevons cependant la relative sévérité de l'interprétation jurisprudentielle au sujet de la rédaction des clauses qui visent à contractualiser un élément au demeurant non contractuel. La Cour de cassation a ainsi jugé que « *la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information, à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu* » (Soc. 3 juin 2003, Dr. soc. 2003, p. 884, Obs. J. SAVATIER ; Soc. 21 janv. 2004, SSL 2 fév. 2004, n° 1154, note G. LYON-VAEN. Sur la distinction entre les clauses informatives et les clauses contractuelles : J. PELISSIER, *Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail*, RJS, 1/04, p. 3. Par les restrictions mises en œuvre dans l'interprétation des contrats de travail, la Cour de cassation affecterait « *la puissance contractuelle* » (A. JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, in *Analyse juridique et valeurs en droit social,*

toutes ces clauses apparues depuis une trentaine d'années dans les rapports d'emploi et qui tendent à les enrichir, et largement les définir : les clauses de mobilité[955], de non concurrence, d'exclusivité[956], les clauses de résultats ou d'objectifs[957], les clauses de dédit formation[958], de forfait[959], de résidence, ou les clauses dites de différend[960] etc. Nées de la

---

Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 299). Même remarque pour S. Le Gac-Pech qui évoque en ce sens une tendance jurisprudentielle à la déqualification des clauses contractuelles visant à « *renforcer l'exercice du pouvoir de direction patronale* », devenues « *de simples « clauses informatives », des sortes de « quasi-clauses »* » qui perdent de fait « *leur pouvoir contraignant* », et pose la question de savoir « *si la figure contractuelle en droit du travail n'est pas qu'une simple illusion* » (S. LE GAC-PECH, *La figure contractuelle en droit du travail*, D. 2005, p. 2250). A l'inverse, nous pensons que la détermination d'un régime jurisprudentiel, aussi strict soit-il ne doit pas remettre en question la licéité de principe de l'action contractuelle. Quant à l'amoindrissement ou la circonscription jurisprudentielle des effets de la contractualisation dans le rapport d'emploi par la mise en œuvre d'une interprétation stricte, voire restrictive, des clauses par la Cour de cassation, v. plus loin.

[955] La mise en œuvre d'une clause visant à contractualiser un élément classiquement considéré comme étant hors sphère contractuelle peut être assujettie à des conditions particulières définies par la convention collective (Soc. 4 fév. 2003, D. 2003, somm. 1658, obs. S. FROSSARD : en l'espèce, la convention collective imposait une notification écrite précisant la nature de la modification relativement à une clause de mobilité). De même, la convention collective peut également et valablement ajouter des conditions matérielles à la mise en œuvre de la clause de mobilité (Soc. 22 janv. 2003, RJS, 4/03, n° 410 : une disposition conventionnelle prévoyait que « *toute mutation non provoquée par de sérieuses nécessités de services n'est prononcée qu'après l'accord de l'agent intéressé si cette mesure rend nécessaire un changement de domicile* » ; Soc. 14 nov. 2007, n° 06-45164 ; Soc. 19 déc. 2007, n° 06-44988 ; Soc. 24 janv. 2008, n° 06-45088). Quant au régime jurisprudentiel, v. plus loin.

[956] La loi limite cependant dans certaines circonstances son opposabilité (art. L. 1222-5 du Code du travail).

[957] A. Lyon-Caen relève que l'expansion de ce type de clauses, initialement réservé au secteur de la vente, pallie en réalité une évolution judiciaire opérée à la fin des années 1980, et qui a conduit les tribunaux, appréciant souverainement les faits, à ne plus considérer que le manque de résultat ne puisse justifier le licenciement sans que ne soit établi qu'il résulte d'un manque d'activité du salarié (Soc. 9 avr. 1987, Juri-social 1987, F 39), alors même qu'antérieurement la Cour de cassation avait plutôt tendance à garantir le pouvoir discrétionnaire de l'employeur quant à l'appréciation de l'aptitude professionnelle du salarié, et lui permettait d'invoquer l'insuffisance de résultat même si celle-ci ne lui était pas imputable (Soc. 16 juin 1983, Bull. V, n° 325, p. 230). La clause d'objectifs, ou de résultats permet en ce sens à l'employeur de contractualiser la performance du salarié, de retrouver un pouvoir discrétionnaire dans son évaluation, et éventuellement son licenciement, mais aussi de transférer une partie des risques de l'activité sur son salarié (Soc. 16 fév. 1987, Sem. Soc. Lamy, n° 351, p. 161). Il est également possible d'assortir la clause d'une habilitation de l'employeur à modifier les objectifs fixés au cours de l'exécution du contrat (A. LYON-CAEN, *Actualité du contrat de travail*, *brefs propos*, Dr. soc. 1988, p. 540). Pour autant, le juge exerce un contrôle du licenciement fondé sur l'insuffisance de résultats, qu'il y ait une clause ou non. Précisons enfin que la convention collective peut restreindre la portée des clauses d'objectifs. Ainsi d'une convention collective de transports routiers qui prévoyait que les contrats de travail des chauffeurs ne pouvaient pas contenir de clause qui incite, par des bénéfices salariaux, la performance du salarié, de nature à compromettre la sécurité par l'incitation directe ou indirecte au dépassement de la durée du travail ou du temps de conduite (Soc. 13 nov. 2003, Bull civ. V, n° 282, au sujet notamment de prime de rendement au kilomètre parcouru).

[958] La clause qui prévoit que chaque nouvelle formation suivie durant l'exécution du contrat de travail conduira à proroger la durée pendant laquelle le salarié ne peut rompre le contrat sans devoir rembourser à l'employeur les frais engagés pour sa formation est valide (Soc. 23 nov. 1983, D. 1984, IR 372, obs. A. LYON-CAEN), alors même qu'elle permet à l'employeur de faire supporter indirectement, le cas échéant, au salarié le coût de la formation professionnelle, et rend quasiment impossible la rupture à l'initiative du salarié sans qu'il soit redevable. De même pour la clause qui laisse la possibilité à l'employeur de rompre lui-même le contrat durant la période (Soc. 19 mars 1987, Bull. V, n° 176, p. 111).

[959] La loi conditionne les conventions individuelles de forfait en heures sur l'année à l'existence préalable d'une convention ou d'un accord collectif qui précise la catégorie de salariés concernés, les modalités et les caractéristiques principales (article L. 3121-40 du code du travail)

[960] Sur le même thème, on compte aussi les clauses attributives de juridictions (déclarées nulles par l'article L. 1221-5 du Code du travail), ou les clauses de conciliation (interdites également au titre de l'article L. 1411-4 ; Soc. 14 fév. 2003, Dr. soc. 2003, p. 890, obs. M. KELLER). L'article L. 1231-4 du Code du travail interdit

pratique[961], il est revenu à la jurisprudence d'en apprécier la validité et, sous certaines réserves et strictes conditions dégagées progressivement, les juges ont semblé admettre que ces clauses « *occupent un espace de stipulation que ménage, par nature, tout contrat* », attestant du même coup « *la nature contractuelle du rapport d'emploi et la consistance que peut prendre le contrat de travail* » [962]. Ce faisant, la jurisprudence a confirmé qu'une part, au demeurant considérable, du rapport de travail pouvait relever du champ contractuel et partant de spécifications individuelles[963]. Celles-ci s'ajoutent, à l'initiative des parties, au « *contenu obligationnel* de *droit commun* »[964] qui leur est déjà imposé[965], à moins qu'elles visent seulement à le préciser, sans réelle innovation[966]. Naturellement, le domaine contractuel peut être étendu, encore faut-il qu'il soit garanti. Lorsque la loi renvoie à une disposition contractuelle, elle participe de la sanction de la liberté octroyée aux parties dans la définition de leur rapport d'emploi[967], mais c'est encore la jurisprudence qui assure au mieux la sanction des aspects contractuels du rapport d'emploi, lorsqu'elle élabore un régime d'encadrement.

---

cependant aux parties de renoncer par avance au droit du licenciement, lequel est en ce sens d'ordre public (il en est de même au sujet du préavis : articles L. 1234-1 et L. 1234-2 du Code du travail).

[961] C'est ainsi que A. Lyon-Caen souligne que les entreprises ont été les premiers acteurs du renouveau contractuel (A. LYON-CAEN, *Actualité du contrat de travail*, *brefs propos*, Dr. soc. 1988, p. 540).

[962] « *Un tel espace n'existerait pas, par hypothèse, si le rapport entre l'employeur et le salarié était une pure relation de travail (au sens original), naissant en droit de l'entrée du travailleur dans l'entreprise et de son appartenance à celle-ci, sans que l'accord initial sur l'établissement de cette relation puisse avoir la moindre prise sur la conditions juridique de ce travailleur* » (A. JEAMMAUD, *La place du salarié individu dans le droit français du travail*, in *Le droit collectif du travail, Etudes en l'hommage à Hélène Sinay*, Frankfurt, Peter Lang, 1994, p. 347).

[963] Relevons à ce sujet que le Code du travail, en sa partie législative, renvoie parfois directement aux prescriptions des parties. Ainsi de l'article L. 3121-7 du Code du travail qui laisse à la convention collective ou à l'employeur et aux institutions représentatives le soin de déterminer les contreparties aux astreintes. Egalement de l'article L. 3121-2 qui renvoie également aux conventions collectives ou au contrat de travail.

[964] S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Existe-t-il une théorie générale du contrat de travail ?*, RRJ 2003/3, Droit prospectif, p. 1985 ; A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT, *L'ordonnancement des relations de travail*, Dalloz, 1998, n° 15.

[965] Dont la détermination est étatique et relève en réalité de la définition ou plutôt de la qualification même du contrat spécial qu'est définitivement le contrat de travail, il s'agit d' « *obligations essentielles pour la qualification du contrat* » (J. GHESTIN, C. JAMIN, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3ème éd., LGDJ, n° 74), ou encore du « *contenu obligationnel légal* » ou « *étatique* » (A. JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 299). Aux obligations de l'employeur de confier des tâches au salarié et de lui payer un salaire, la jurisprudence de la Chambre sociale a ajouté, par les arrêts du 28 février 2002, l'obligation de sécurité de résultat (Dr. soc. 2002, p. 445, note A. LYON-CAEN). Le salarié doit la prestation de travail et se tenir à disposition de l'employeur (Soc. 19 nov. 2002, Dr. soc. 2003, p. 166, note P. LYON-CAEN).

[966] Les clauses d'objectifs ne font en ce sens que préciser et renforcer l'obligation d'exécuter une prestation dont le salarié est débiteur.

[967] V. note contrepartie-astreinte-temps-habillage juste avant.

B. La rigueur des règles professionnelles exclue du rapport contractuel

267. La force de cette tendance – la flexibilisation et l'individualisation des relations de travail par le relais de leur contractualisation – se mesure encore au regard des éléments qui à l'inverse ont résisté sur la même période à l'attraction du champ contractuel, notamment « *des avantages et garanties issus des sources professionnelles* »[968], alors même qu'ils relevaient pourtant à l'origine du contrat. Ainsi du règlement intérieur[969], de l'engagement unilatéral, de l'usage[970], des conventions et accords collectifs[971] qui, malgré leur pleine appartenance et leur application au rapport d'emploi – voire le cas échéant leur substitution

[968] A. JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 299. L'auteur relève que « *le contrat de travail n'a donc pas reconquis la totalité du champ du rapport d'emploi* […] *maints déterminants de la situation juridique du salarié restent (ou sont clairement devenus) extérieurs à la dimension contractuelle de son rapport d'emploi* ». De ce point de vue, la « *clarification jurisprudentielle des rapports entre le contrat individuel d'une part, et d'autre part la convention ou l'accord collectif, l'usage, l'engagement unilatéral, tous constitutifs de ce que l'on nomme désormais « le statut collectif des travailleurs de l'entreprise »* » constitue une limite au renouveau contractuel, lequel n'a pas signé « *la reconquête par extension du champ contractuel recouvrant les composantes du statut collectif* », de même que « *le contrat a perdu une part de son aptitude à étayer la résistance du salarié à certains changements normatifs* ».

[969] L'arrêt des Sabots (v. note xx) faisait du règlement intérieur une annexe contractuelle (solution confirmée par Soc. 21 avril 1961, Dr. soc. 1961, p. 48). Il s'agit désormais d'un acte règlementaire de droit privé (Soc. 25 sept 1991, Dr. soc. 1992, p. 24, note J. SAVATIER). Quant aux interactions avec le contrat de travail, il faut relever que la loi du 4 août 1982, en limitant strictement l'objet du règlement intérieur, a nécessairement circonscrit le pouvoir règlementaire de l'employeur (v. note xx), de sorte que celui-ci ne peut raisonnablement intervenir dans le champ contractuel. Il apparaît donc peu probable que le contrat individuel et le règlement intérieur puissent entrer en concurrence, le salarié ne saurait également opposer son contrat à l'application d'une disposition du règlement intérieur prise postérieurement (A. JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 299). Toutefois, en cas de concurrence, il apparaît que la règle de faveur doive s'appliquer. La Cour de cassation a par ailleurs jugé que la signature lors de l'embauche du salarié du règlement intérieur contenant une clause de mobilité, au demeurant tout-à-fait étrangère à son objet et partant irrégulière à ce titre, ne manifeste pas un consentement clair et non équivoque à l'intégration de celle-ci dans son contrat (Soc. 2 oct. 1997, RJS, 11/97, n° 1236 ; Soc. 19 nov. 1997, n° 95-41260). Il en est de même pour le cas d'une disposition règlementaire régulière, le renvoi du contrat ne saurait emporter contractualisation.

[970] La Cour de cassation avait jugé en 1941 que les parties étaient censées avoir adhéré à l'usage (Ch. Réunies, 5 août 1941, DH 1941, 321), la dénonciation emportait dès lors une modification du contrat de travail (Soc. 20 fév. 1986, Dr. soc. 1986, p. 915, note J. DEPREZ). Elle considère désormais que les avantages résultant des usages d'entreprise ne sont pas incorporés au contrat individuel, leur dénonciation n'emporte donc plus une modification contractuelle, soumise à l'accord du salarié. L'employeur doit cependant respecter une procédure particulière aux fins de dénoncer un usage, mais il ne s'agit pas d'une procédure de nature contractuelle (Soc. 12 fév. 2003, RJS, 4/03, n° 548 ; Soc. 25 fév. 2009, n° 07-45447 07-45448 07-45449 07-45450 07-45451 07-45452 07-45453 07-45454 07-45455 07-45458 07-45459, Bull. 2009, V, n° 52). Enfin, l'usage demeure une règle applicable au rapport d'emploi, il ne peut en conséquence de la règle de faveur être écarté par le contrat ou par une clause moins favorable (Soc. 27 mars 2001, Bull. civ. V, n° 106). Il en est de même au sujet des avantages issus d'un engagement unilatéral de l'employeur.

[971] A l'inverse des usages ou du règlement intérieur, la Cour de cassation a toujours jugé que les avantages qui pouvaient résulter des conventions et accords collectifs ne s'incorporaient pas au contrat individuel (Soc. 21 juin 1967, Dr. soc. 1968, p. 177, obs. J. SAVATIER). En conséquence, lorsque la convention collective ou un accord collectif cesse de s'appliquer dans l'entreprise, il n'y a pas modification des contrats (Soc. 17 mars 1993, Dr. soc. 1993, p. 464 ; Soc. 27 mars 2001, Dr. soc. 2001, p. 667, obs. CH. RADE).

aux clauses contractuelles au regard du principe de faveur[972] –, demeurent extérieurs au contrat de travail, aux fins justement de flexibilité[973]. L'employeur qui entendrait modifier le rapport d'emploi par la dénonciation ou la modification de ces éléments n'a en ce sens pas à procéder à la modification contractuelle de chacun des salariés concernés, en application des principes civilistes, et à se confronter à leur volonté, sauf bien entendu, le cas où l'avantage aurait été dûment contractualisé ou conventionnalisé, et prendrait désormais sa source dans l'accord des parties[974]. Peut-on déduire alors que l'enjeu de flexibilité qui anime semble-t-il – il serait naïf de penser qu'il s'agit d'une conséquence fortuite – le phénomène de contractualisation des relations individuelles peut également commander de faire primer le statut collectif, autrement dit sa dimension institutionnelle ? A moins que la Cour ne mette en œuvre la contractualisation selon une qualification organique de la convention[975].

268. Il faut également remarquer que si le renouveau contractuel met à l'honneur la liberté et l'autonomie de l'employeur, il nécessite aussi la volonté du salarié[976]. Bien souvent fictive

[972] La non incorporation contractuelle des dispositions conventionnelles ne s'oppose effectivement pas à leur application aux relations individuelles, et notamment leur substitution aux clauses contractuelles moins favorables (Soc. 17 juillet 2001, Bull. civ. V, n° 273). L' « *application* » aux contrats prévue par l'article L. 2254-1 du Code du travail n'emporte pas l'incorporation contractuelle.

[973] La « *limitation spatiale du champ contractuel, au sein du rapport d'emploi semble inspirer par le souci de ménager une certaine flexibilité des facteurs de coût et de rigidité de la main d'œuvre* » (A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, in *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415).

[974] L'avantage né de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur devient alors une obligation contractuelle qui bénéficie de la force obligatoire (Soc. 7 avril 1998, Dr. soc. 1998, p. 623, obs. J. SAVATIER). La jurisprudence est toutefois assez stricte quant aux conditions d'une contractualisation. En ce sens, la rédaction de la clause doit être explicite (Soc. 2 déc. 2003, RJS 2/04, n° 204 : en l'espèce, la clause, suffisamment claire, a contractualisé certaines dispositions d'une convention collective plus favorable que celle applicable à l'entreprise), elle ne doit à l'inverse pas contenir un simple renvoi. Pour exemple, l'employeur qui propose aux salariés de reprendre dans un avenant un usage modifié ne signe pas pour autant sa contractualisation (Soc. 10 fév. 1998, Bull. civ. V, n° 83). Même solution pour la reprise, dans un accord collectif, d'un engagement unilatéral de l'employeur dans le cadre d'un engagement de maintien dans l'emploi (Soc. 10 juil. 2001, Bull civ. V, n° 257). Il a également été jugé qu'il ne résultait pas de la remise au salarié, lors de son embauche, d'un document résumant les usages de l'entreprise et les engagements unilatéraux de l'employeur la contractualisation des avantages décris (Soc. 11 janv. 2000, D. 2000, p. 893, note G. PIGNARRE). De même au sujet de la remise d'un document relatant les engagements de l'employeur, mentionné au contrat à titre de renseignement sur le statut collectif (Soc. 2 mai 2001, Dr. soc. 2001, p. 1002, obs. B. GAURRIAU).

[975] Elle ne permet dans ce cas la contractualisation qu'en ce qui concerne les éléments dont la détermination émane des parties au contrat (l'employeur et le salarié), et rejette nécessairement les éléments définis par d'autres (les dispositions conventionnelles collectives des syndicats, les usages édictés unilatéralement par l'employeur etc.).

[976] La nature contractuelle implique, avant même la sophistication des clauses, qu'une place soit accordée à la volonté des parties, spécialement celle du salarié, qui ne peut *a fortiori* se déduire, comme c'est le cas pour l'employeur, de sa qualité de rédacteur habituel des stipulations. Il apparaît en ce sens que si, autrefois, la volonté visait davantage à se soumettre qu'à s'engager (A. LYON-CAEN, *Actualité du contrat de travail*, *brefs propos*, Dr. soc. 1988, p. 540, l'auteur prend en exemple les termes de l'arrêt rendu le 3 mars 1983 pour illustrer que l'application des règles ne doit rien à la volonté contractuelle puisque « *la seule volonté des parties est*

à la formation du contrat de travail, cette exigence apparaît favorable au salarié en cours d'exécution, lorsque l'employeur souhaite pousser la flexibilité au-delà des prévisions initiales. La nécessité de son accord constitue alors un obstacle au pouvoir de l'employeur[977]. Le caractère extracontractuel des règles professionnelles qui lui sont applicables paraît alors favorable à l'employeur.

269. Il faut enfin relever, comme cela a été évoqué en matière de relations collectives au regard du même phénomène de contractualisation et d'autonomisation des négociations et partant des conventions, que le principe de l'ordre public social ne s'oppose pas à ce que le contrat contienne des dispositions accroissant ou étendant les obligations des salariés, eu égard à ce qui est prévu par les normes qui lui sont théoriquement supérieures, telles la loi, le règlement, ou les conventions[978]. Les clauses mentionnées ci-dessus tendent en effet à créer et ajouter des sujétions, elles sont pourtant, par principe, valides[979], sous la réserve bien entendu qu'elles ne privent pas le salarié, ou ne réduisent pas un droit ou un avantage traité et prévu par la loi ou une norme conventionnelle[980]. De ce point de vue, la Cour de cassation traite de manière égale le principe de faveur ou de l'ordre public social en matière de relations collectives et individuelles, et permet *in fine* à l'outil contractuel (individuel) et conventionnel (collectif) de servir respectivement d'instrument de « *gestion*

---

impuissante à soustraire le salarié au statut social qui découle impérativement des conditions d'accomplissement de son travail » (Ass. plén. 3 mars 1983, D. 1983, p. 381, concl. Cabannes), le retour du concept du contrat tend à rééquilibrer son poids et sa valeur. Pour une analyse du rôle de l'engagement contractuel dans la définition des conditions de travail et d'emploi, en lien avec l'individualisation des rapports de travail : CH. BESSY, *Les limites de la contractualisation des relations de travail*, in *Approche renouvelée de la contractualisation*, S. CHASSARNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), P.U. Aix-Marseille, 2007.

[977] Au sujet de la modification du contrat, v. plus loin.

[978] Attestant par ailleurs que « *le contrat reste la forme juridique de la relation de travail, il est ainsi la technique d'accès à l'emploi salarié, et en principe la technique unique et exclusive* », c'est donc valablement qu'il organise ce rapport et crée « *certaines obligations en complément de celles qu'édictent les règles étatiques ou professionnelles* » (A. LYON-CAEN, *Actualité du contrat de travail*, *brefs propos*, Dr. soc. 1988, p. 540).

[979] Ce qui n'allait pas nécessairement de soi au regard du principe de l'ordre public social, lequel pouvait raisonnablement commander l'exclusion de toute dérogation contractuelle moins favorable au salarié relativement à la loi ou aux conventions collectives, ce qui est le cas au regard des clauses évoquées.

[980] En effet, il apparaît que le principe de l'ordre public social doit être circonscrit (et naturellement concilié avec le régime de l'incorporation et de l'application des normes hiérarchiquement supérieures au contrat). Le principe admet la dérogation favorable par contrat aux prescriptions législatives, règlementaires et conventionnelles, de même qu'en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit être appliquée (Soc. 17 juil. 1996, Dr. soc. 1996, p. 1049, concl. P. LYON-CAEN, note J. SAVATIER). Le contrat du salarié ne saurait donc en conséquence le priver du bénéfice d'un usage ou d'un engagement unilatéral plus favorable (Soc. 4 fév. 2003, Dr. soc. 2003, p. 532, obs. CH. RADE). Rappelons également que sur le fondement de l'article L. 2254-1 du Code du travail, « *les parties liées par un contrat de travail ne peuvent déroger par un accord particulier, sauf dispositions plus favorables pour le salarié, aux stipulations de la convention collective dont ils relèvent* », sous peine de nullité des clauses (Soc. 6 juil. 1994, JCP 1995, II, 22363, concl. Y. CHAUVY ; au visa de l'article 1134 du Code civil : Soc. 4 fév. 2003, Dr. soc. 2003, p. 532). Le principe de l'ordre public social ou de faveur n'empêche pour autant pas les clauses contractuelles d'avoir pour effet d'imposer des sujétions et des obligations supplémentaires inconnues de la loi.

de l'entreprise » et de « *flexibilisation de la main d'œuvre* »[981], notamment en obligeant davantage le ou les salarié(s).

270. Si la jurisprudence a contribué pour une très large part à libéraliser le contrat de travail, par l'exploitation et la mobilisation fonctionnelle de sa nature contractuelle, elle a naturellement dans le même temps aménagé et limité l'instrumentalisation contractuelle susceptible d'être d'une part exercée abusivement par un employeur qui n'a pas vu, sur la même période, son pouvoir fondamentalement réduit, et d'autre part exercée en défaveur d'un salarié, qui n'a pas plus vu, sur la même période, sa position renforcée. Deux remarques s'imposent alors à ce stade. Premièrement, les limites jurisprudentielles à l'instrumentalisation du contrat de travail ont relevé pour une part d'un aménagement strictement contractuel, il s'agit alors d'une « *limite à la puissance du contrat* » de nature « *endogène* »[982]. C'est en effet à partir de dispositions issues du régime général des obligations, l'article 1134 al. 3 du Code civil – répété inutilement par deux fois dans le Code du travail[983] – en tête, que la Cour de cassation a défini une méthode juridique visant tantôt à encadrer, tantôt à limiter, tantôt à soutenir l'exécution des obligations – fondamentalement contractuelles – des parties.

271. En d'autres termes, les éventuelles limites posées à l'autonomie et la liberté contractuelle des contractants en matière de travail, de ce point de vue, relèvent en réalité de l'édification d'un régime particulier, qui poursuit alors les mêmes enjeux que ceux que la

[981] A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, in *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415.

[982] A. Jeammaud classe en ce sens les limites au champ contractuel et aux clauses innovantes. A cette limite endogène issue en réalité davantage de l'encadrement prétorien et civiliste du contrat, du « *droit commun des contrats et obligations, notamment le principe de force obligatoire* », largement relayé par l'article 1134 du Code civil, et les obligations de bonne foi et de loyauté contractuelle, il oppose des « *limites exogènes* ». Celles-là constituent alors les véritables « *bornes et résistances que notre droit pose à l'action du contrat individuel qui concernent la validité ou les conditions de mise en œuvre de certaines clauses* ». Il faut compter avec les limites qui « *découlent du régime des sources normatives qui ordonnent les relations de travail et restreignent fortement la liberté contractuelle* » (v. notes op social, ct prive sal élément favorable loi ou conv coll , clause qui prive sal ctrl juge cause licene), celles ensuite qui relèvent de « *l'encadrement légal ou conventionnel particulier de certains clauses spécialement affectées par elles et qui compromet leur validité, les soumet à des conditions, limite leur portée ou leur usage* » (v. notes déni droit liceine, conv coll précise modalités mise en œuvre clauses), celles encore qui tiennent au contrôle de l'article L. 1121-1 du Code du travail, et enfin « *de la censure d'un éventuel abus ou d'une exigence de justification de certaines clauses ou de leur mise en œuvre* » (A. JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 299) ; ces deux dernières limites devant selon nous être appréhendées comme les conséquences de l'affirmation des droits fondamentaux dans le rapport d'emploi.

[983] Alors même que l'article L. 1221-1 du Code du travail disposait déjà que « *Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* », renvoyant implicitement notamment à l'article 1134 du Code civil, la loi du 17 janvier 2002 a pourtant créé l'article L. 1222-1 qui rappelle encore que « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ».

tendance même qu'il encadre sous tend : c'est-à-dire l'utilité et l'efficacité du rapport contractuel (ou conventionnel) d'emploi. Deuxièmement, les limites jurisprudentielles à l'instrumentalisation contractuelle procèdent de mouvements extérieurs, quant à leur source, et d'impératifs supérieurs, quant à leur valeur, aux contrats. Il s'agit naturellement d'évoquer le phénomène de constitutionnalisation des droits et libertés, ou limite « *exogène* »[984], notamment en ce qu'il s'immisce désormais pleinement dans le rapport contractuel individuel, appelant nécessairement certaines oppositions, et révélant également certains soutiens.

PARAGRAPHE 2 : L'AFFIRMATION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE RAPPORT D'EMPLOI

272. Participant d'un mouvement institutionnel global, le droit constitutionnel s'est effectivement intéressé au droit du travail, spécialement au rapport d'emploi, jusqu'à s'y incorporer pleinement. Ramenée au réinvestissement de la figure contractuelle, la constitutionnalisation des droits et libertés des parties emmène deux mouvements distincts. D'une part, les incidences de la protection constitutionnelle des pouvoirs de l'employeur participent à soutenir la liberté et l'autonomie contractuelle du patron (I). D'autre part, l'immixtion des droits fondamentaux des individus dans la relation individuelle privée, déjà marquée de l'affirmation de ceux des travailleurs, implique à l'inverse de limiter et de contrôler la mobilisation contractuelle dans l'agencement relationnel du travail (II).

I : LA CONTRACTUALISATION SOUTENUE PAR LES FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS AUX POUVOIRS DE L'EMPLOYEUR

273. Le Conseil constitutionnel admet les sources fondamentales aux prérogatives patronales en matière de gestion de l'entreprise (A). La Cour de cassation, juge de droit du lourd contentieux des réorganisations, tire les conséquences de la supériorité de la liberté d'entreprendre sur l'objectif du maintien de l'emploi (B).

[984] V. note précédente.

A. La reconnaissance constitutionnelle aux droits de l'employeur

274. « *Le droit social est entièrement structuré autour de la question des pouvoirs de l'employeur* »[985]. A l'origine factuel et nié, puis présumé contractuel, un temps institutionnel, il apparaît qu'effectivement le droit du travail s'est construit en réaction au pouvoir de l'employeur. S'il a tenté de le limiter, de le circonscrire ou encore de l'encadrer, le droit du travail a également vu la nécessaire consécration du pouvoir de l'employeur, exercé sous des formes variées. C'est par ailleurs là « *toute l'ambivalence du droit du travail, limitant le pouvoir patronal tout en le légitimant* »[986]. En tant qu'élément central de la matière, la dominance patronale a donc naturellement pu jouir de reconnaissances juridiques diverses, qui constituent, pour ses prérogatives, autant de fondements à ajouter aux seules bases textuelles internes, européennes et communautaires[987].

275. Il faut évoquer en premier le droit de propriété, qui fonde alors un pouvoir général de l'employeur vis-à-vis à l'entreprise. De fait, il en est le chef ; de fait, et de droit puisqu'il tire ce pouvoir, duquel dérive une compétence, d'un droit au demeurant *naturel, inaliénable, sacré* et *inviolable*[988] au sens des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[989]. Rappelons à ce sujet que l'article 544 du Code civil dispose que « *la propriété est le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et règlements* ». Rappelons encore que les deux parties de ce dernier texte n'ont jamais été investies de la même *puissance normative*. L'entrepreneur peut donc disposer, en théorie, de son entreprise de la manière la plus absolue, les restrictions, aussi nombreuses soient-elles, n'ont que la nature d'exceptions.

[985] F. GUIOMARD, *Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur*, in *Droits fondamentaux et droit social*, (dir.) A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, Dalloz, 2005, p. 75.
[986] J.-E. RAY, *Du salarié citoyen au citoyen salarié*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011 (au sujet de l'a rticle L.120-2, aujourd'hui L. 1121-1 suite à la recodification du Code du travail).
[987] La liberté d'entreprendre est consacrée par l'art. 43 al. 2 du traité instituant la Communauté européenne, et la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne mentionne également, en son article 16, la liberté d'entreprise.
[988] Soulignons que si les trois premiers qualificatifs, énoncés en préambule de la DDHC, sont communs à tous les droits figurant dans la déclaration, le dernier est expressément réservé à la propriété, puisqu'inscrit dans le corps même de l'article 17. Notons enfin que cet article pose, à l'instar du Code civil, immédiatement des limites au droit de propriété et que celles-ci, contrairement à celles, générales et indéterminées, énoncées par le Code civil, transcrivent la valeur fondamentale que les rédacteurs ont voulu attacher à la propriété puisqu'elle serait limitée exclusivement par les expulsions d'utilité publique, « *et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». En ce sens, il apparaît que si le texte de 1789 semble effectivement issu d'une idéologie libérale, celui de 1804 est bien davantage propice aux limitations sociales intrinsèques d'une doctrine matérialiste.
[989] Cons. const., n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation (v. note plus bas).

Voilà donc un premier fondement juridique au pouvoir de l'employeur sur son entreprise, car en effet « *là où est la propriété, là est le pouvoir* »[990], et notamment le pouvoir de contrôle sur l'utilisation de la chose au sens général : l'entreprise et les éléments matériels[991] et immatériels la constituant[992]. Rappelons au passage que Ripert définissait l'entreprise en son temps comme un «*faisceau de droits de propriété formé par l'entrepreneur* […] *juxtaposant des « contrats de société, de prêt et de louage* »[993].

276. Le droit – le plus – commun assoit et garantit le pouvoir de l'entrepreneur sur l'entreprise, par sa propriété. Le droit spécial le renforce et l'étend, par la reconnaissance d'un pouvoir de gestion de l'employeur vis-à-vis de sa société[994]. Ce pouvoir est alors fondé par un autre droit fondamental ; il s'agit de la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie[995]. La première, connexe au sens de la jurisprudence constitutionnelle au droit de propriété[996], et proche également de la liberté contractuelle[997],

---

[990] J. SAVATIER, *Pouvoir patrimonial et direction des personnes*, Dr. soc. 1982, p. 3.

[991] A évoquer à ce sujet une circulaire du 15 mars 1983 du ministère du travail précisant que les biens de l'entreprise, utilisés par les salariés pour l'exercice de leurs fonctions, devaient servir uniquement « *l'objectif économique de leur propriétaire* ».

[992] Sous réserve bien entendu des règles applicables en matière de droit commercial, et des infractions pénales qui y correspondent.

[993] G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2ème éd. 1951, p. 268 et 277. V. également : G. et A. LYON-CAEN, *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairie Technique, 1978.

[994] E. Sarin relève en ce sens : « *Le droit du travail français s'est attaché à prolonger dans sa sphère propre cette réalité juridique du propriétaire dirigeant sans partage. En des termes souvent reproduits dans des décisions prétoriennes des années 1960-1980, et auxquels le célèbre arrêt Brinon de la Chambre sociale de la Cour de cassation a donné un lustre tout particulier, « l'employeur est seul juge »* » (E. SARIN, *Introduction conceptuelle à la science des organisations*, coll. Questions contemporaines, éd. L'Harmattan, 2003, p. 70).

[995] Instituée par l'article 7 de la loi des 2 et 17 mars 1791. Alors même que la loi d'Allarde ne mentionne pas expressément ce principe (la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions remédiera à cette lacune aux articles 4, 48 et 66), il a été de nombreuses fois utilisé par le Conseil d'Etat pour protéger les activités industrielles et commerciales, libérales ou artisanales (notamment de l'action des pouvoirs publics). Il a par ailleurs été érigé par la juridiction administrative en principe général du droit (CE, Ass. 22 juin 1951, Daudignac, Rec.362, D.1951 p.589, concl. GAZIER ; CE, Sect. 18 octobre 1960, Martial de Laboulaye, Rec. 570, A.J. 1961 p.20, DS 1961, p.143, concl. HEUMANN ; CE, Ass.,13 mai 1983, société René Moline ; CE, Ass., 13 mai 1994, Présid. de l'assemblée territoriale de la Polynésie française). Au niveau constitutionnel, il semble, après une décision ambigüe (Cons. const. n° 81-129 DC du 30 octobre 1981, Loi portant dérogation au monopole d'Etat de la radiodiffusion), qu'il faille considérer que le véritable choix du Conseil constitutionnel se soit porté sur la seule consécration de la liberté d'entreprendre, bien que certains auteurs considèrent qu'il ne s'agit en réalité pour ces deux libertés que d'un seul principe, dual dans ses aspects.

[996] Le Conseil procède fréquemment à un contrôle fondé sur la liberté d'entreprendre qu'il met en lien avec d'autres libertés dont notamment très souvent l'exercice du droit de propriété (Cons. const. n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, cons. 19 et 20 ; n° 2014-375 QPC et autres, *M. Bertrand L. et autres*, cons. 14 ; v. également notes plus bas). Un ancien membre relève en ce sens que « *Le Conseil relie la propriété à la liberté d'entreprendre [condition du libéralisme économique] ; c'est donc un régime économique qui est ainsi affirmé. La France est une république sociale (article 1er de la Constitution de 1958) ; elle n'est pas une république socialiste* » (F. LUCHAIRE, *La Constitution de la République française - Analyses et commentaires*, 2ème éd., Paris, Economica, 1999). La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit de propriété est abondante et stable ; ainsi il décide que « *la propriété figure au nombre des*

est reconnue expressément par le Conseil constitutionnel en 1982, à partir de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[998] et du Préambule de 1946[999]. Elle semble cependant avoir attendu le début des années 2000 pour recouvrer une valeur et une protection constitutionnelle « *pleine* »[1000], nécessairement étendue par l'adoption de la

---

droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété au sens de cet article, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi » (Cons. const. n° 2013-369 QPC du 28 février 2014, *Société Madag* ; n° 2013-370 QPC du 28 février 2014, *M. Marc S. et autres*, cons. 12).

[997] Pour exemple : Cons. const. n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, *Association Temps de Vie,* cons. 6 et 7.)

[998] « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas autrui* ».

[999] « *le Préambule de la Constitution réaffirme les principes posés tant par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que par le Préambule de la Constitution de 1946 ; qu'au nombre de ceux-ci, il y a lieu de ranger la liberté d'entreprendre »* (Cons. const., n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, JO 18 janvier, p. 1053).

[1000] On remarque en effet que les formulations évoluent sensiblement au cours de la période, révélant *in fine* une progression quant à l'intensité de la valeur constitutionnelle et du contrôle correspondant exercé par le juge. Si le Conseil énonce en 1982 que *« la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* » (Cons. const. n° 81-152 DC du 16 janvier 1982, loi de nationalisation – texte éminemment politique –), il est précisé en 1989 « *que la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée* » (Cons. const. n° 89-254 DC du 4 juillet 1989 loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, cons. 5). Sa protection est encore minorée en 1997 : « *la liberté d'entreprendre, qui n'est ni générale ni absolue, s'exerce dans le cadre des règles instituées par la loi ; que les contraintes établies par le législateur en vue de préserver la sécurité financière des salariés, en ce qui concerne la création, la gestion et le contrôle des fonds d'épargne retraite ne portent pas à cette liberté des atteintes excessives propres à en dénaturer la portée* » (Cons. const. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, loi créant les plans épargne retraite, cons. 51). A partir de 1998, le Conseil introduit la condition que les limitations portées à cette liberté soient justifiées par des exigences constitutionnelles ou des motifs d'intérêt général : « *qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles , à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ; qu'il revient par ailleurs au législateur de fixer les principes fondamentaux du droit du travail, et notamment de poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés* » (Cons. const. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, cons. 26 ; v. également Cons. const. n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, loi relative à la réduction négociée du temps de travail). Par la suite, le contrôle constitutionnel suit cette évolution quant aux atteintes pouvant légitimement atteindre la liberté d'entreprendre : « *qu'il est cependant loisible au législateur de lui apporter des limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles ; [...] que, par suite, il incombe au législateur, en fixant les règles tendant à la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, de veiller à ce que leur application ne limite pas la liberté d'entreprendre dans des proportions excessives au regard de l'objectif constitutionnel du pluralisme* » (Cons. const. n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, cons. 40). De même, en 2001, le Conseil semble admettre que la liberté d'entreprendre connaît une valeur égale aux autres droits et libertés fondamentales, et adopte une formulation qu'il conservera par la suite : « *qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* » (Cons. const. n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001 loi relative à l'archéologie préventive, cons. 13). Précisons enfin que lorsque la conciliation met en cause, non un principe constitutionnel, mais un motif d'intérêt général, le contrôle du Conseil constitutionnel se renforce (v. notes plus bas).

question préjudicielle de constitutionnalité, laquelle a notamment permis au Conseil d'affirmer nettement les deux composantes de cette liberté qui se manifeste au sens de l'accès[1001], puis de l'exercice d'une activité économique ou d'une profession[1002]. La décision rendue le 27 mars 2014 au sujet de l'obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement, visant à dissuader les licenciements boursiers par la cession des sites rentables, réaffirme ainsi la protection de la liberté d'entreprendre couplée au droit de propriété, mais encore elle renforce la compétence de gestion économique de l'employeur – quand bien même celle-ci mènerait à la cessation de l'activité –, et auquel le juge judiciaire ne saurait substituer son appréciation[1003]. Cette décision s'inscrit par ailleurs dans une tendance jurisprudentielle mise en œuvre, depuis une quinzaine d'années, par le Conseil constitutionnel, et qui vise à assurer la primauté de la compétence économique patronale – ou du moins à effectuer un contrôle très poussé – par rapport aux enjeux et aux mécanismes visant à favoriser le maintien de l'emploi[1004]. En

[1001] Cons. const. n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique.*

[1002] « *La liberté d'entreprendre comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité* » (Cons. const. n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, *M. Christian S.,* cons. 7).

[1003] Cons. const. 2014-692 DC du 27 mars 2014, loi visant à reconquérir l'économie réelle. La liberté s'entreprendre se trouve alors en tension avec le droit à l'emploi issu « *de la première phrase du cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* » (cons. 5). Rappelant la compétence du législateur en matière de droit du travail, et partant de conciliation entre les objectifs du maintien de l'emploi et ensemble, le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, le juge constitutionnel a jugé « *d'une part, qu'en permettant un refus de cession en cas d'offre de reprise sérieuse dans le seul cas où il est motivé par la « mise en péril de la poursuite de l'ensemble de l'activité de l'entreprise » cessionnaire, les dispositions contestées ont pour effet de priver l'entreprise de sa capacité d'anticiper des difficultés économiques et de procéder à des arbitrages économiques à un autre niveau que celui de l'ensemble de l'activité de l'entreprise* » (cons.19), et d'autre part, « *que les dispositions contestées imposent à l'entreprise qui envisage de fermer un établissement d'accepter une « offre de reprise sérieuse » ; que si le législateur précise que ce caractère sérieux des offres de reprise s'apprécie « notamment au regard de la capacité de leur auteur à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement », ces dispositions confient au tribunal de commerce […] le pouvoir d'apprécier ce caractère sérieux ; […] que les dispositions contestées conduisent ainsi le juge à substituer son appréciation à celle du chef d'une entreprise, qui n'est pas en difficulté, pour des choix économiques relatifs à la conduite et au développement de cette entreprise* » (cons. 19), concluant « *que l'obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime et la compétence confiée à la juridiction commerciale pour réprimer la violation de cette obligation font peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion des contraintes qui portent tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* » (cons. 21).

[1004] Un mot de la décision qui a censuré la loi de modernisation sociale et sa réforme du régime du licenciement pour motif économique (Cons. const. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale). En l'espèce, le caractère restrictif de la définition proposée par la loi de 2002 aurait « *conduit le juge non seulement à contrôler, comme c'est le cas sous l'empire de l'actuelle législation, la cause économique des licenciements décidés par le chef d'entreprise […], mais encore à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles* », et « *le cumul des contraintes que cette définition fait ainsi peser sur la gestion de l'entreprise a pour effet de ne permettre à l'entreprise de licencier que si sa pérennité est en cause* » ; en conséquence, « *le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi* ». Au sujet de la définition issue de la loi de modernisation, v. J. PELISSIER, Dr. ouv. 2002, p. 145.

ce sens, le juge constitutionnel a plusieurs fois mis en garde un législateur préoccupé davantage par le droit à l'emploi du salarié[1005] que par le droit de l'employeur d'administrer de façon optimale l'entreprise[1006], sur le fondement de la liberté d'entreprendre, rappelant du même coup la nécessité de permettre à l'entrepreneur de gérer son unité selon son appréciation économique[1007].

277. De ces décisions, on a pu déceler puis affirmer une accélération et un approfondissement dans la protection constitutionnelle de la « *liberté patronale* »[1008], évoquant une « *fondamentalisation des pouvoirs de l'employeur* »[1009] qui, indirectement, participe à les renforcer, et constitue pour certains auteurs une attaque au droit du travail, appréhendé classiquement comme une matière à visée protectrice[1010], et désormais traité comme « *une*

[1005] De son obtention et de sa conservation.
[1006] De choisir ses collaborateurs, mais surtout de s'en séparer.
[1007] Il ne faut pas douter du fait que cette décision visait à rappeler au législateur que le chef de l'entreprise doit pouvoir bénéficier de certaines marges de manœuvre lorsqu'il entend restructurer son unité dans une logique d'optimisation, et licencier en conséquence pour motif économique. Certains commentateurs ont par ailleurs noté qu'il s'agissait pour le Conseil de rappeler au législateur que l'intérêt de l'entreprise ne devait pas céder nécessairement devant le droit à l'emploi (B. TEYSSIE, *L'intérêt de l'entreprise*, Aspects de droit du travail, D. 2004, n° 24, Chron., p. 1681).
[1008] E. DOCKES, *Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation*, Dr. ouv., janv. 2005, p. 1.
[1009] F. GUIOMARD, *Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur*, in *Droits fondamentaux et droit social*, (dir.) A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, Dalloz, 2005, p. 75.
[1010] E. DOCKES, *Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation*, Dr. ouv., janv. 2005, p. 1. Rappelons les faits de l'espèce qui supporte le commentaire et les critiques de l'auteur : la Cour de cassation avait refusé d'ordonner le déplacement d'une pointeuse qui placée près des caisses et loin des vestiaires et salles de repos, amenait à amputer une part du temps de pause des caissières, du fait des temps de trajet aller et retour, considérés par ailleurs comme du temps de travail effectif, elle avait cependant ordonné que les temps de pause mesurés par les pointeuses soit allongés des temps de trajet. E. Dockès, s'il admet qu'effectivement, le pouvoir de l'employeur pouvait s'opposer au déplacement matériel des machines, relève cependant l'excessivité de l'attendu de principe, par lequel la Cour de cassation relie le pouvoir de direction à la liberté fondamentale d'entreprendre : « *une motivation […] clinquante, plus puissante, tirée de la problématique des droits de l'Homme* ». Il explique que « *cette liberté, apparue dès le décret d'Allarde, des 2 et 17 mars 1791, est un droit fondamental de première génération. En cette qualité, elle peut être opposée occasionnellement à tel ou tel autre droit fondamental, pour justifier certains compromis. Mais, parce qu'elle est un droit fondamental parmi d'autres, elle prend sens au sein de la problématique des droits fondamentaux. Or, il est totalement exclu d'interpréter un droit fondamental contre tous les autres droits fondamentaux, contre l'idée même de droit fondamental. Or c'est bien ce qu'a fait la Cour de cassation dans son arrêt du 13 juillet 2004* ».
L'auteur estime encore que « *c'est le droit du travail dans son entier, qui est ainsi menacé par le raisonnement tenu au sein de l'arrêt Carrefour du 13 juillet 2004* », et plus généralement par la fondamentalisation de la liberté entreprendre au profit de l'employeur, laquelle se déploie nécessairement « *contre le droit du travail* », mais de manière « *encore timorée* » chez le Conseil constitutionnel (n ° 98-401 DC du 10 juin 1998 ; n° 99-423 DC du 13 janvier 2000).

nuisance économique »[1011]. Il est au demeurant curieux de voir une liberté proclamée initialement à la faveur des travailleurs devenir le bras armé du pouvoir de l'employeur[1012].

B. La protection judiciaire des compétences économiques de l'employeur

278. Il faut effectivement dire un mot du traitement des pouvoirs patronaux par les juridictions du travail, et notamment la Cour de cassation. On remarque alors que l'employeur jouit également, à ces niveaux, d'une reconnaissance et d'une protection particulière. La jurisprudence, confrontée au contentieux des réorganisations – généralement coûteuses en emploi – a permis d'affiner les manifestations de sa compétence légitime.

279. La Cour de cassation a ainsi estimé que le pouvoir de gestion de l'employeur devait se comprendre comme sa capacité à créer et diriger l'entreprise comme bon lui semble. Outre la compétence, il y a par ailleurs l'exclusivité, puisqu'au sens de la formulation originelle issue de la célèbre jurisprudence Brinon : « *l'employeur est seul juge de la gestion* »[1013] de l'entreprise. On pourrait ajouter qu'il est aussi – en conséquence – *un* juge privilégié de son intérêt. Quant à la notion d'intérêt de l'entreprise[1014] justement, notons que si celui-ci

---

[1011] E. DOCKES, *Le pouvoir dans les rapports de travail. Essor juridique d'une nuisance économique*, Dr. soc. 2004, p. 620 ; *Justifications et moyens d'un droit du travail mondial*, in *La mondialisation du droit*, Litec 2000, p. 463 (l'auteur relève que le droit du travail, au contraire, permet de garantir des conditions économiques efficientes).

[1012] Rappelons en effet qu'à l'origine le décret d'Allarde, qui contient la première proclamation de cette liberté, visait l'abolition des corporations et de la subordination statutaire des ouvriers ; « *Comme l'ensemble des autres droits fondamentaux de première génération, la liberté d'entreprendre a été pensée, construite, et édictée au nom de la protection des individus contre les pouvoirs qu'ils subissent ». L'invoquer au soutien d'un pouvoir contre les individus qui lui sont soumis, contredit frontalement toute la problématique des droits de l'Homme* ». Et de ce point de vue, « *c'est peu dire que l'arrêt du 13 juillet 2004, qui invoque la liberté d'entreprendre pour renforcer la subordination, serait alors paru incongru* » (E. DOCKES, *Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation*, Dr. ouv., janv. 2005, p. 1, renvoyant à G. AUBIN et J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, PUF 1995, p. 79).

[1013] Soc. 31 mai 1956, Bull. civ. n° 499. Rappelons que les salariés avaient alors été déboutés de demandes d'indemnisation après leur licenciement, alors même que l'employeur avait laissé péricliter l'entreprise, ce qui était à l'origine de la cessation totale d'activité. Cette jurisprudence célèbre démentait alors la « *doctrine juridique institutionnelle ou corporative de l'entreprise* » (V. à ce propos les commentaires de J. BRETHE DE LA GRESSAYE à l'arrêt d'appel confirmé en cassation : JCP 1955 II 8559), celle-ci demeurant la chose exclusive de l'employeur.

[1014] Il s'agit ici d'une notion particulièrement complexe et peu définie ; en ce sens, les avis sont nombreux et divergents. Alors que M. Teyssié a avancé que, peut-être, le législateur avait tendance à assimiler l'intérêt de l'entreprise à « *l'intérêt du salarié considéré individuellement ou en tant que membre d'une communauté de travail (prise comme la seule communauté des salariés) à laquelle il convient de donner des moyens d'expression et d'action pour la défense des intérêts des travailleurs* » (B. TEYSSIE, *L'intérêt de l'entreprise, Aspects de droit du travail*, D. 2004, n° 24, Chron., p. 1680), tout en regrettant que, parfois, la Cour de cassation « *vise les intérêts ou les « intérêts légitimes de l'employeur » dans des circonstances où il serait plus pertinent de viser les intérêts ou les intérêts légitimes de l'entreprise* » (p. 1681, au sujet de Soc. 26 nov. 2002, RJS 2/03, n° 149, où il avait été jugé *« qu'une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée*

est naturellement « *au-delà des seuls intérêts des travailleurs… comme de l'employeur* »[1015], ce dernier a tout de même le droit au chapitre[1016], sans doute davantage que les premiers, il s'agit en effet de l'intérêt de *son* entreprise. Si l'employeur n'est naturellement pas le seul juge de l'intérêt de l'entreprise[1017], il demeure donc un interprète privilégié[1018] ; et nombreuses seront les situations dans lesquelles c'est lui qui aura eu non seulement l'initiative d'une décision mais également l'appréciation de son opportunité[1019].

---

de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur »). M. Barthélémy s'est rangé pour sa part à l'analyse de M. Despax (M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1957, n° 893, l'intérêt spécifique de l'entreprise « *comporte nécessairement une limitation des droits de l'entrepreneur* »), et a ainsi centré la problématique de la notion au regard du pouvoir de l'employeur : « *l'intérêt de l'entreprise est la seule limite de fond de ce pouvoir* » (J. BARTHELEMY, *L'intérêt de l'entreprise*, Les cahiers du DRH, n° 146, Septembre 2008, p. 38, l'auteur raisonne selon la théorie institutionnelle de l'entreprise). Peu importe en réalité. Il n'y a en effet pas grand intérêt, pour l'instant, à décliner et arbitrer les décisions ou les comportements guidés ou autorisés par la notion pour comptabiliser et décider laquelle des parties est alors la plus avantagée, la tâche serait immense et il y en a sans doute autant d'applications favorables *in fine* à l'employeur qu'au(x) salarié(s) En effet, bien que soit visé un intérêt considéré comme supérieur, celui d'une communauté de travail globale, d'une entité économique nécessaire, la lucidité pousse à admettre que salariés et employeurs, qui en sont les uniques composantes, ont finalement des préoccupations bien différentes, voire contradictoires. En ce sens, une mesure favorable à l'intérêt de l'entreprise privilégiera très souvent soit une partie, soit l'autre, rarement les deux. Pour exemple, la question du repos hebdomadaire dans certaines entreprises (L. 3132-5 C. trav.). G. Couturier, selon nous, est plus proche de l'enjeu véritable lorsqu'il souligne qu'il faut prendre garde à ne pas considérer l'intérêt de l'entreprise comme relevant de la seule appréciation de l'employeur (G. COUTURIER, *L'intérêt de l'entreprise*, in *Mélanges J. Savatier*, 1992, p. 143). L'auteur met en garde contre une « *mystification qui tend à atténuer l'acuité des luttes sociales et à faire oublier aux salariés leurs véritables intérêts* », la notion « *ne pouvait être présentée que comme une « formule magique » créant l'illusion et appelant une « longue démystification »* » (p. 146). En effet, la question se pose raisonnablement de savoir quelle partie au contrat de travail est la plus légitime et/ou privilégiée à juger de l'intérêt de la structure. En réponse, il semble que l'employeur ait l'avantage.

[1015] B. TEYSSIE, *L'intérêt de l'entreprise, Aspects de droit du travail*, D. 2004, n° 24, Chron., p. 1680.

[1016] Notamment en cas de réorganisation, la Cour de cassation accepte ainsi qu'une restructuration décidée dans l'intérêt de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement, c'est l'employeur qui devra, dans l'exercice de sa compétence de gestion, apprécier, décider, puis motiver et démontrer que celle-ci répond bien à l'intérêt de sa structure, et permet par exemple « *un meilleur fonctionnement de l'entreprise* » (Soc., 1er avril 1992, n° 90-44.697, *Bull.* V, 1995, n° 223 ; deux ans plus tard, la Cour se prononcera quant aux groupes de sociétés et la délicate question de la délocalisation avec l'arrêt Thomson, à noter que l'intérêt du groupe n'est pas nécessairement identique à l'intérêt de l'entreprise, c'est pourtant le premier qui prime : v. supra).

[1017] Le juge bien sûr, mais également l'administration ou les organisations syndicales de salariés, lorsqu'elles négocient un accord ou une convention collective, peuvent prendre une large part dans l'appréciation de ce qu'est l'intérêt de l'entreprise. Cet intérêt doit ainsi être pris en considération lorsque l'inspecteur du travail est saisi d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé (CE, 8 janvier 1986, n° 1986-040013, CE, 14 février 1986, n° 1986-601466, et pour le salarié investi d'un mandat représentatif CE, 9 octobre 1987, JCP éd. E, 1988, II, 15111, 1ère espèce, note F. MODERNE). Pour autant, le Conseil d'Etat avait souligné que les inspecteurs du travail n'ont pas « *à vérifier les options de gestion décidées par l'entreprise* » (CE, 1 / 4 SSR, 27 février 1981, 15624 15719, mentionné aux tables du recueil Lebon).

[1018] Il en serait même l'interprète *officiel* selon la théorie institutionnelle, notamment développée par Hauriou (M. HAURIOU, *L'institution et le droit statutaire*, Recueil de législation de Toulouse, 2ème série, t. 11, 1906, p. 134 ; *La théorie de l'institution et de la fondation*, Cahiers de la Nouvelle Journée 1925, n° 4, p. 2 ; ou E. MILLARD, *Hauriou et la théorie de l'institution*, Droit et société 1995, n° 30/31). Pour une critique de la notion d'intérêt de l'entreprise : G. et A. LYON-CAEN, *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Litec 1978, p. 599.

[1019] Entre autres un changement des conditions de travail, dès lors qu'il est justifié par l'intérêt de l'entreprise, peut être imposé au salarié (Soc., 5 décembre 1989, n° 1989-004271). Il faut souligner par ailleurs que la jurisprudence reconnait désormais la présomption que l'employeur a agi dans l'intérêt de l'entreprise en cas de modifications des conditions de travail : « *La bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à*

280. A ce sujet, il convient de relever que l'affirmation péremptoire issue de la Jurisprudence Brinon, bien que datée et assortie de certaines inflexions[1020], demeure tenace puisque certaines décisions rendues quelques décennies plus tard, et encore très récemment, rappellent fortement l'essence du principe. Allusions faites aux conséquences de l'application du pouvoir quasi exclusif de gestion de l'employeur, largement étendues notamment en matière économique, issues des arrêts Vidéocolor[1021], SAT[1022], Pages

---

rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; qu'il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle » (Soc. 23 février 2005, Bull. civ. V, n° 64). Ou encore le refus du salarié, exprimé sans motif valable, d'effectuer une tâche urgente justifiée par l'intérêt de l'entreprise, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement (Soc., 2 février 1994, Dr. trav. 1994, n° 3, p. 8, 123). Il s'agit ici de l'appréciation de l'employeur. C'est encore lui qui apprécie la nécessité d'insérer des clauses d'exclusivité et/ou de non concurrence dans les contrats de travail pour protéger *les intérêts légitimes de l'entreprise* (pour la clause de non-concurrence : Soc. 10 juillet 2002, trois arrêts, D. 2002, Jur. p. 2491, note Y. SERRA, Somm. p. 3111, obs. J. PELISSIER, et 2003, Somm. p. 1222, obs. B. THULLIER ; et pour l'exclusivité : Soc. 11 juillet 2000, RJS 11/00, n° 1155). Il arrive cependant que la notion se révèle au secours du salarié, et en opposition à la volonté de l'employeur (Soc. 9 mai 1990 : la mutation du salarié ne pouvait lui être imposée par l'employeur, alors même que son contrat prévoyait une clause de mobilité, car ce dernier n'établissait pas que celle-ci était dictée par un intérêt pour la société). Sur ces questions, v. plus loin.

[1020] Soc., 1er décembre 1999, Société Miko c/ Mme Schaffer (n° 98-42.746, *Bull.*, V, 1999, n° 466), la Cour de cassation, en contrôlant la sauvegarde de la compétitivité comme motif autonome de réorganisation de l'entreprise, s'assure que les modifications de contrats de travail ou les suppressions d'emplois en résultant ne sont pas fondées sur le seul souci d'économie ou d'amélioration de la rentabilité de l'entreprise : « *Mais attendu que la cour d'appel, après avoir constaté que le chiffre d'affaire de la société était en nette progression en 1991, a retenu que la suppression des emplois permanents à laquelle elle s'était livrée répondait moins à une nécessité économique qu'à la volonté de l'employeur de privilégier le niveau de rentabilité de l'entreprise au détriment de la stabilité de l'emploi ; qu'ayant ainsi fait ressortir que la réorganisation n'avait été décidée que pour supprimer les emplois permanents de l'entreprise et non pour sauvegarder sa compétitivité, […] le licenciement n'était pas justifié par un motif économique* ».

[1021] Soc., 5 avril 1995, Société Thompson Tubes et Displays, 93-42.690, RJS 5/95, n° 497, Dr. soc. 1995, p.487, G. LYON-CAEN, comm. P. WAQUET ; D. 1995, p.503, note M. KELLER. La Cour de cassation pose le principe selon lequel « *constitue un licenciement pour motif économique le licenciement résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail consécutives […] à une réorganisation ;[…] si la réalité de la suppression ou transformation d'emploi ou de la modification substantielle du contrat de travail est examinée au niveau de l'entreprise, les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée ; […] lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité* ». Deux éléments étendent, du moins ménagent considérablement, le pouvoir d'appréciation et de gestion de l'employeur. D'une part, la Cour étend les causes justificatives de licenciement économique, donc en réalité le pouvoir de l'employeur sur sa structure, à un motif à l'appréciation large : la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du secteur (dont l'employeur, sous réserve de motivation, reste seul juge), et d'autre part, elle accroit le champ d'appréciation de la cause justificative, puisque les difficultés doivent s'apprécier au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise qui se réorganise, si celle-ci appartient à un groupe (c'était le cas en l'espèce, et la problématique visait les délocalisations projetées).

[1022] Ass. plèn., 8 déc. 2000, G. LYON-CAEN, *A propos de l'arrêt SAT*, Semaine sociale Lamy n° 1010, 8 janv. 2001 ; P. DE CAIGNY, *L'employeur seul juge du choix économique*, Dr. soc. 2001, p. 126 ; A. CRISTAU et G. COUTURIER, *Licenciement économique : choix de l'employeur et contrôle du juge*, Liaisons sociales, fév. 2001, p. 58 ; J. PELISSIER, *Réorganisation de l'entreprise et pouvoir du juge*, D. 2001, p. 1125 ; M. SCHEIDT, *Existe-t-il des limites au contrôle judiciaire des choix économiques de l'employeur ?*, RPDS 2001, p. 13. « *Le juge n'a pas à contrôler le choix effectué par l'employeur entre différentes options de réorganisation dès lors que toutes satisfont à l'exigence de sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité concerné* ». Le juge

Jaunes[1023] ou encore Viveo[1024], dans des registres certes différents, mais qui démontrent, semble-t-il, que la valeur constitutionnelle des pouvoirs patronaux a engendré une évolution dans l'intensité de leur protection. En ce sens, la Cour de cassation juge également que le droit de gestion de l'employeur de son entreprise l'emporte sur le droit du salarié à conserver son emploi[1025].

---

conserve cependant ici le contrôle du fait générateur, la cause justificative du licenciement pour motif économique, c'est-à-dire la réalité et le sérieux des difficultés auxquelles s'affronte l'entreprise (Soc. 17 déc. 2002, contrairement aux affirmations de l'employeur, la mesure prise n'est pas nécessaire pour la sauvegarde de la compétitivité du secteur de l'entreprise ; Soc. 9 mars 2004, le licenciement économique est censuré s'il a pour objectif la rentabilité de l'entreprise). Il conserve également, en aval, le contrôle du respect des obligations de l'employeur en matière d'élaboration du PSE.

[1023] Soc. 11 janvier 2006, *Société Pages Jaunes c/Marque et a.*, Dr. Soc. 2006, p.138 note J.E. RAY ; J.-Y FROUIN, *Retour sur la notion de sauvegarde de compétitivité*, RJS 3/06 p.187 ; P. WAQUET, *Emploi et profit*, RJS 5/06. La Cour de cassation précise la notion de réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité et met à l'honneur l'anticipation de l'employeur dans sa gestion (conformément au principe de la gestion prévisionnelle des emplois qui vient alors d'être introduit par la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 à l'article L. 2242-15 à L. 2242-18 C. trav.), avec en justification ultime, non seulement la sauvegarde de la compétitivité future, mais également de l'emploi futur : « *La réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient ; répond à ce critère la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement ;[…]il ne peut être reproché à l'employeur d'avoir anticipé des difficultés prévisibles et mis à profit une situation financière saine pour adapter ses structures à l'évolution de son marché dans les meilleurs conditions* ». Au sujet de ce motif, A. Chirez relève : « *Rien de plus nébuleux que la mesure prise pour "prévenir des difficultés économiques à venir, liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences pour l'emploi". L'aléa qui planera sur un contentieux animé sans doute par des parties et des juges qui devront être des voyants extralucides dissuadera certainement les demandeurs. C'est dire que le système est parfaitement cohérent. Le droit du travail s'inscrit dans un univers d'une précarité sans précédent […]. Il gravite aujourd'hui autour d'un pouvoir de gestion irresponsable au sens juridique du terme, sous la menace des licenciements préventifs…* ». Un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry a par ailleurs quelques semaines plus tard appliqué cette jurisprudence tout en sanctionnant l'employeur qui n'avait pas suffisamment motivé la réorganisation, la Cour avait relevé en ce sens *« qu'il revient à l'employeur d'établir que la compétitivité de son entreprise était en danger et rendait nécessaire la mise en place de mesures pour anticiper sur les difficultés prévisibles et éviter des licenciements ultérieurs en nombre plus importants »* (CA Chambéry, 21 mars 2006, n° 05 /01362, Madame Aubry et autres c/ SA Fromageries Picon). Même solution dans un arrêt rendu par la Chambre sociale (Soc. 18 septembre 2007, n ° 06-42.401), mais solution inverse dans un arrêt du 31 mai 2006 dans lequel la Cour a considéré que l'employeur avait bien rempli son obligation de justification de la qualité de son acte de gestion (Soc, n° 04-47.376, Mme Marie-Joseph Geslin c/ Société Catimini).

[1024] Soc., 3 mai 2012, JCP S 2012, 1241, obs. F. FAVENNEC-HERY. La sanction de l'*erreur* – volontaire en l'espèce ? – de gestion de l'employeur est pour le moins légère « *seule l'absence ou l'insuffisance du PSE soumis aux représentants du personnel entraîne la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique* ; *[…] la procédure de licenciement ne peut être annulée en considération de la cause économique du licenciement, la validité du plan étant indépendante de la cause du licenciement* ». La Cour applique la maxime *pas de nullité sans texte*, de ce fait l'absence de cause économique ne justifie pas l'annulation du PSE et des licenciements pour motif économique subséquents (J. PELISSIER, *Défaut de cause économique et absence de nullité*, RJS 2012, 427, n° 536 ; E. DOCKES, *Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt Viveo*, Dr. soc., 2012, p. 606 ; F. GEA, *La problématique Viveo : Au législateur de prendre la main*, RDT 2012, p. 608).

[1025] Dans l'arrêt Brinon, la Cour de cassation avait ainsi ajouté que « *l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise, est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du Travail* » (Dr. ouv., 1956, p. 340). En ce qui concerne l'arrêt SAT, précisément sur la question du droit à l'emploi, il avait été relevé que la Cour de cassation n'y semblait pas véritablement « *sensible* », voire qu'elle était même

281. En tout état de cause, il faut relever que « *la vision classique de l'entrepreneur monolithique*[1026] *issue de la conception absolutiste du droit de propriété* »[1027] est, à l'image de la vision idéaliste de la théorie contractuelle, persistante en droit positif, malgré la notoriété des critiques qu'elle a pu essuyer depuis plusieurs décennies. Les offensives régulières et répétées d'un législateur pour qui la sauvegarde et le maintien de l'emploi sont devenus le plus grand défi, mais aussi la plus grande difficulté, a sans doute une part dans la constitutionnalisation des pouvoirs de gestion économiques patronaux, fermement impulsée au XXI[ème] siècle. Pour autant, d'autres aspects du pouvoir de l'employeur ont reçu valeur constitutionnelle. Si le Conseil constitutionnel a admis, de manière très large, la liberté patronale quant aux choix économiques, il a encore protégé l'appréciation et la liberté de l'employeur quant au licenciement économique, censurant les définitions et les contrôles trop restrictifs[1028], il a encore énoncé la liberté d'embaucher de l'employeur, en

---

« *réticente* », que ce droit à l'emploi n'avait « *pas la consistance de ces dernières prérogatives [la liberté du travail ou le droit de grève], et encore moins celle du droit de propriété* » (A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT, *Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi*, Dr. soc. 2001, p. 417). A noter enfin que la jurisprudence est désormais très claire quant au moment où le concept de préservation de l'emploi va s'appliquer, et ce n'est pas au stade crucial du choix de la restructuration économique, mais *seulement* à celui de l'élaboration du PSE, une fois que l'étendue du mal est arrêtée, et qu'il s'agit d'en ménager – ou d'en édulcorer – les effets. La loi du 18 janvier 2005 a par ailleurs institué l'obligation d'une gestion prévisionnelle des emplois pour prévenir les plans sociaux, avec les limites tirées des décisions sus mentionnées.

[1026] H. SIMON, *Models of bounded rationality*, M.J.T press, vol.2-1982, p. 408sq.

[1027] E. SARIN, *Introduction conceptuelle à la science des organisations*, coll. Questions contemporaines, éd. L'Harmattan, 2003, p. 69. L'auteur poursuit « *cette approche ne laisse aucune place à un hypothétique statut ontologique de l'entreprise, qui lui conférerait une unité d'identité. La firme-entreprise, pour elle-même, ne dispose pas de ce que l'on appelle une personnalité juridique* ».

[1028] Cons. const. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, JO 18 janvier, p. 1053 ; D. 2003, Somm. p. 1129, obs. L. GAY ; Dr. ouv. 2002, p. 59 ; A. LYON-CAEN, *Le droit du travail et la liberté d'entreprendre*, Dr. soc. 2002, p. 258, cons. 46 à 50). Le Conseil a censuré la définition très restrictive du licenciement pour motif économique qu'entendait poser la loi de modernisation sociale : « *Considérant, en premier lieu, que la nouvelle définition du licenciement économique résultant de l'article 107 de la loi déférée limite aux trois cas qu'elle énonce les possibilités de licenciement pour motif économique à l'exclusion de toute autre hypothèse comme, par exemple, la cessation d'activité de l'entreprise ; […] Considérant, en deuxième lieu, qu'en ne permettant des licenciements économiques pour réorganisation de l'entreprise que si cette réorganisation est "indispensable à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise "et non plus, comme c'est le cas sous l'empire de l'actuelle législation, si elle est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, cette définition interdit à l'entreprise d'anticiper des difficultés économiques à venir en prenant des mesures de nature à éviter des licenciements ultérieurs plus importants ; […] Considérant, en troisième lieu, qu'en subordonnant les licenciements économiques à "des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen", la loi conduit le juge non seulement à contrôler, comme c'est le cas sous l'empire de l'actuelle législation, la cause économique des licenciements décidés par le chef d'entreprise, […] mais encore à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles ; […] Considérant que le cumul des contraintes que cette définition fait ainsi peser sur la gestion de l'entreprise a pour effet de ne permettre à l'entreprise de licencier que si sa pérennité est en cause ; qu'en édictant ces dispositions, le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi* ». En ce sens, lorsqu'il édicte des règles visant à assurer au mieux « *le droit pour chacun d'obtenir un emploi* », le législateur « *peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas*

consacrant le choix de ses collaborateurs[1029], la liberté dans la fixation des tarifs[1030] et la publicité commerciale[1031]. La Cour de cassation a elle-même, par un arrêt du 13 juillet 2004, participé à la « *fondamentalisation des pouvoirs de l'employeur* ». Elle énonce en ce sens que le pouvoir de direction dérive « *du principe fondamental de la liberté d'entreprendre* […]. *Ce qui lui donne une place enviable dans la hiérarchie des normes, puisqu'il prend ainsi valeur constitutionnelle* » [1032], aux côtés des autres manifestations évoquées du pouvoir patronal.

282. Sans raisonner excessivement au regard de la place hiérarchique désormais occupée par les pouvoirs patronaux[1033], il convient cependant de mesurer les conséquences du phénomène à l'aune du « *renouveau contractuel* » évoqué précédemment. Ces jurisprudences, en octroyant les fondements constitutionnels, tendent à renforcer les droits de l'employeur ; elles soutiennent indirectement la figure contractuelle du rapport d'emploi à son avantage. Quant au recrutement du contractant[1034], à la détermination du contenu obligationnel[1035], à l'exécution[1036] et la modification[1037] de ses obligations, et à la

---

d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ». En l'espèce, au sujet de la nouvelle définition du licenciement pour motif économique est excessive.

[1029] Cons. const. n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, cons. 22 : « *La liberté d'entreprendre de l'employeur […] responsable de l'entreprise »* nécessite qu'il *« doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs* ». Le maintien des contrats en cours lors du transfert d'une entreprise prévu par l'article L. 1224-1 du Code du travail, bien qu'il implique pour le nouvel employeur de se voir imposer le personnel en place, ne doit pas être qualifié de tempérament au principe de l'*intuitu personae*. Il s'agit d'une règle spéciale dont la justification doit être recherchée du côté de la sécurité souhaitée des contrats des salariés alors en place, lesquels ont par ailleurs éprouvé l'*intuitu personae* du précédent employeur

[1030] Cons. const. n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales, cons. 21.

[1031] Cons. const. n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle, cons. 12 et 13 ; n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, cons. 15.

[1032] Soc. 13 juillet 2004, Société Carrefour France / Union des Syndicats CGT (ou « les pointeuses »), E. DOCKES, *Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation*, Dr. ouv., janv. 2005, p. 1 (à noter un arrêt plus ancien, qui la circonscrit cependant : Civ.1ère, 29 nov. 1985, n°83-17366, Bull. n° 275, p. 246).

[1033] « *Devenu liberté fondamentale, le pouvoir de direction devient ainsi un principe opposable aux conventions collectives, pour écarter une convention collective il suffirait d'invoquer l'article L. 120-2 du Code du travail, aux côtés la liberté d'entreprendre, ou même aux lois. Et les règles de droit du travail ne peuvent plus être appliquées que si les restrictions qu'elles font subir au pouvoir de l'employeur sont justifiées et proportionnées. Rien n'empêcherait plus un juge d'écarter la limitation de la durée du travail […], certaines règles d'hygiène et de sécurité […], l'encadrement du licenciement […], voire même le salaire minimum […], dès lors que ces règles lui paraissent insuffisamment justifiées ou disproportionnées* » (E. DOCKES, *Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation*, Dr. ouv., Janv. 2005, p. 1).

[1034] V. note n° 986.

[1035] V. note n° 976.

[1036] V. note n° 976.

[1037] V. note n° 980 et 985.

résiliation du contrat[1038], la décision de l'employeur bénéficie à chaque étape d'un potentiel soutien fondamental et d'une assise constitutionnelle théorique.

283. De ce point de vue, la constitutionnalisation des droits des travailleurs, puis l'immixtion des droits fondamentaux *ordinaires* dans le rapport contractuel individuel révèlent une acuité particulière, et permettent *in fine* un combat égal entre les prérogatives de l'employeur et les droits de ses salariés. L'affrontement entre ces deux blocs, qui demeurent structurellement antagonistes, relève alors de mécanismes classiques de conciliation entre différents droits et libertés constitutionnels[1039]. Le plus innovant résidant dans le support de leur réception et de leur conciliation : le contrat.

II : LA CONTRACTUALISATION SANCTIONNEE PAR LES DROITS FONDAMENTAUX DES SALARIES

284. S'il n'y a, à proprement parler, rien d'innovant à ce que les droits dits des travailleurs trouvent une pleine application dans le rapport d'emploi et limitent en conséquence de leur étendue et de leur protection les libertés contractuelles ou l'exercice du pouvoir de l'employeur (A), il en est autrement des droits des citoyens, dont les salariés ne pouvaient jouir, auparavant, que dans le cadre de leur vie extra professionnelle, et qui irriguent désormais massivement la relation individuelle de travail (B).

A. Les limites substantielles tirées des droits des travailleurs

285. Quant aux droits dits des travailleurs, leur reconnaissance, leur positionnement et leur protection constitutionnelle paraissent désormais parfaitement établis[1040]. Leur immixtion dans le rapport individuel (et collectif), de par leur nature, n'amène pas ici de remarques particulières. En effet, le fait que les droits des travailleurs soient « *directement invocables*

[1038] V. notes n° 982 et n° 985.
[1039] Il est en effet rappelé qu' « *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre […] les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée* » (Cons. const. n° 99-423 DC, 13 janvier 2000, JO 20 janvier, p. 992, D. 2001, Somm. p. 1837, obs. V. BERNAUD).
[1040] V. BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Thèse, Aix-en-Provence, 2001 ; *Les droits constitutionnels des travailleurs au cœur de l'évolution du contrôle de constitutionnalité du Conseil d'Etat. De l'arrêt Dehaene à l'arrêt Syndicat national des huissiers de justice…*, in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1487.

dans les relations inter-individuelles »[1041] de travail ne participe pas d'une évolution matérielle ou institutionnelle particulière, mais plutôt de leur substance. Il faut également souligner que leur consécration constitutionnelle a été retranscrite par la loi et de nombreuses dispositions visent en ce sens à en garantir et en sanctionner l'exercice dans le cadre contractuel[1042]. En dépit des questionnements actuels quant à la mise en œuvre et l'encadrement du droit de grève[1043], ou des incidences de la liberté syndicale, et bien que ces droits sociaux conduisent inévitablement à limiter le pouvoir de l'employeur, spécialement disciplinaire, de même que le mouvement de recontractualisation des relations individuelles (et collectives[1044]), il s'agit ici d'évoquer une autre mutation, plus significative et plus surprenante[1045], de la constitutionnalisation du droit du travail[1046]. Il apparaît en effet que « *la pleine reconnaissance de l'existence d'un pouvoir de l'employeur, non seulement en fait, mais en droit, a logiquement conduit à la reconnaissance d'une opposabilité de l'ensemble des droits fondamentaux aux employeurs* »[1047].

[1041] *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011.

[1042] Il en est ainsi notamment au sujet du pouvoir disciplinaire que l'employeur tient du contrat, et du lien de subordination qu'il fait naître. Le salarié gréviste ne peut être sanctionné du seul fait de sa participation à un mouvement de grève (article L.2511-1 du Code du travail) dans la mesure où le droit de grève a inévitablement pour effet de suspendre le lien de subordination qui l'unit à l'employeur. De même, l'article L.1132-1 du Code du travail s'applique, et comme pour les autres motifs prohibés par la loi (croyance, origine ethnique, handicap, sexe, âge etc.), la participation à une grève ne peut fonder un traitement discriminatoire. L'aménagement de la charge de la preuve bénéficie par ailleurs au salarié gréviste (article L.1134-1 du Code du travail). La Cour de cassation juge enfin que le caractère illicite du motif du licenciement tiré de la participation à une grève entraîne à lui seul la nullité du licenciement, peu importe que d'autres motifs indépendants de la grève puissent justifier un licenciement (Soc. 8 juill. 2009, n° 08-40.139). Le même type de protection s'applique en ce qui concerne la liberté syndicale, et la Cour de cassation sanctionne de nullité le licenciement d'un représentant du personnel en raison de ses activités de défense des droits des salariés (Soc. 14 juin 1972 ; Ch. Mixte 21 juin 1974).

[1043] Si ce droit bénéficie d'une protection assez étendue, notamment au regard de la Cour de cassation, le législateur n'a à ce jour toujours pas entrepris d'élaborer un régime, comme pourtant le prévoit la Constitution. Il est protégé, comme la liberté syndicale, par l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946.

[1044] Pour exemple, le célèbre arrêt rendu par la Cour de cassation rappelant qu'une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève, en exigeant la transmission d'un préavis à l'employeur (Soc. 7 juin 1995, n° 93-46448).

[1045] Dans le sens où un certain nombre de juristes civilistes pensaient les droits et libertés fondamentaux « *sans incidence dans cette sphère de rapports juridiques privés* » que constituent les rapports contractuels de travail (A. LYON-CAEN et I. VACARIE, *Droits fondamentaux et droit du travail*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^ème^ siècle*, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Paris, Dalloz, 2001, p. 421).

[1046] Bien qu'elles soient « *en pleine ascension (la dérive anthropomorphiste va même jusqu'à lui reconnaître des droits fondamentaux : Cour de Strasbourg, Charte des droits fondamentaux de l'UE), les libertés de l'entreprise en tant que personne morale* » ne seront pas abordées ici (J.-E. RAY, *Du salarié citoyen au citoyen salarié*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011).

[1047] E. DOCKES, *Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation*, Dr. ouv., janv. 2005, p. 1.

B. Les limites innovantes tirées des droits des citoyens

286. Les trois dernières décennies ont vu « *l'émancipation de l'individu par rapport à son statut de salarié* ». Le doyen Philippe Waquet, pour y avoir œuvré[1048], formulait ainsi le passage « *du salarié-citoyen au citoyen salarié* », lequel a emmené avec lui ses « *libertés dans l'entreprise* »[1049]. En ce sens, « *au-delà d'être un salarié, celui qui travaille en entreprise est aussi un citoyen, et peut de ce point de vue faire valoir des droits qui lui sont reconnus à ce titre* »[1050].

287. Pour aussi affirmé qu'il soit désormais[1051], ce phénomène, issu de l'intérêt originel du Conseil constitutionnel pour la matière sociale[1052] et amplement accentué par des évolutions sociales, économiques et technologiques[1053], s'est révélé innovant pour de

[1048] J.-E. RAY relève à ce sujet : « *les premiers contentieux portant sur la loi du 4 août 1982 arrivant à la Cour de cassation sont souvent confiés à un récent conseiller à la Chambre Sociale, Philippe Waquet, […] très fin connaisseur de la jurisprudence du Conseil d'État comme de la CEDH et très attaché à la problématique des libertés […]. Une puissante dynamique est ainsi lancée […], impressionnant le législateur lui-même qui, plein de crainte révérencielle et dans une curieuse inversion de la hiérarchie des normes, légalise ces audacieuses jurisprudences. Dans ces années là, le droit du travail a surtout avancé à coup d'arrêts* » (J.-E. RAY, *Du salarié citoyen au citoyen salarié*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011).

[1049] PH. WAQUET, *Les libertés dans l'entreprise : du salarié-citoyen au citoyen salarié*, Éd. Liaisons, 2003 ; *Vie professionnelle et vie personnelle du salarié*, Cahier Sociaux du Barreau de Paris 1994, p. 289.

[1050] « *Le droit du travail est en train de changer de paradigme : il passe d'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail* » (J.-E. RAY, *D'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail*, Dr. soc. 2010, p. 3, numéro spécial *Vie professionnelle et vie personnelle*).

[1051] Alliant les causes aux effets, on peut également trouver à ce phénomène juridique des airs de déjà-vu. J.-E. Ray établit en ce sens un parallèle entre le paternalisme d'antan (illustré par la citation d'une maxime de 1850 : « *Piété, propreté et ponctualité font la force d'une bonne affaire* »), et les tendances actuelles visant la promotion du « *bien-être au travail* » compris comme « *un état de complet bien-être physique, mental et social* », induit pour partie par la réception de ces droits et libertés dans l'entreprise, et transcrit par ailleurs « *par le développement des concierges de bureau, crèches d'entreprise, « congé papa-poule », aides patronales à la parentalité voire lutte contre la toxicomanie ou les violences conjugales* », des actions qui sont généralement « *plébiscité par le personnel* », mais qui incite « *les entreprises à évoluer de la sorte, au risque de créer un nouveau et toujours envahissant « maternalisme »* ». Cette évolution serait, de ce point de vue, illustrée par le passage des « œuvres sociales » soumis à la gestion des comités d'entreprise en 1946, à celle des « *activités sociales et culturelles* » inaugurées en 1982 (J.-E. RAY, *Du salarié citoyen au citoyen salarié*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011).

[1052] Un intérêt originellement institutionnel, qui a glissé progressivement vers l'œuvre substantielle (A. JEAMMAUD, *Le droit constitutionnel dans les relations de travail*, AJDA, 1991, p. 612). V. également : L. HAMON, *Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* Dr. soc. 1980, p. 431 ; J.-F. FLAUSS, *Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* Dr. soc. 1982, p. 645 ; P. TERNEYRE, *Droit constitutionnel social. Inventaire en guise d'ouverture,* Rev. fr. dr. consl. 1990, p. 339 ; X. PRETOT, *Les bases constitutionnelles du droit social,* Dr. soc. 1991, p. 187 ; B. Mathieu et S. Dion-Loye, *Le syndicat, le travailleur et l'individu : trois personnages en quête d'un rôle constitutionnellement défini,* Dr. soc. 1990, p. 525).

[1053] Les plus emblématiques relevant des technologies de l'information et de la communication ou TIC (H. BOUCHET, *A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié*, Dr. soc. 2002, p. 178 ; J.-E. RAY, *Droit du travail et TIC*, Chroniques semestrielles, Dr. soc. 2007, p. 140, 275 et 423 ; même auteur, *Actualités des TIC*, Dr. soc. 2008, p. 1072 et 2009, p. 22), sur les effets desquelles nous reviendrons plus loin. Il faut compter

multiples raisons[1054], et notamment en ce qu'il a transporté les droits et libertés fondamentales de l'individu dans la relation d'emploi, mais également la vie et les contingences professionnelles dans la sphère personnelle[1055]. Le Conseil constitutionnel a en ce sens œuvré à la promotion de nouvelles règles substantielles[1056], et incité de fait les juges du contentieux à les mobiliser à leur juste valeur. Si justement le mouvement trouve largement son développement dans la jurisprudence, l'introduction par la loi du 31 décembre 1992 de l'article L. 120-2 devenu l'article L. 1121-1 du Code du travail[1057], placé dans un titre relatif aux « *Droits et libertés dans l'entreprise* », a nécessairement

---

avec une « *révolution culturelle* » engagée au cours des années 1990 (J.-E. RAY, *Du salarié citoyen au citoyen salarié*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011), sur laquelle nous reviendrons également plus loin, et bien entendu les faits de crise et de chômage récurrents depuis les années 1970.

1054 « *Le corps de la Constitution de 1958 ne contient, pour ainsi dire, que des règles institutionnelles et procédurales organisant l'Etat, fixant les attributions ou compétences respectives de ses principaux organes, les bases de leur fonctionnement et les principales conditions de validité de leurs actes. On n'y trouve aucune de ces majestueuses déclarations de droits que l'on rencontre dans certaines constitutions étrangères et qui, lorsqu'elles font place à des droits sociaux, confèrent une dimension immédiatement constitutionnelle au droit local du travail* » (A. JEAMMAUD, *Le droit constitutionnel dans les relations de travail*, AJDA, 1991, p. 61). De même, O. Dutheillet de Lamothe relève que « *la Constitution de 1958 ne comporte qu'une disposition de fond en matière sociale. Aux termes de son article 1er : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion... La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales […] L'essentiel, pour ne pas dire la quasi totalité des normes sociales, figurent dans le Préambule de la Constitution de 1946 qui proclame les principes économiques et sociaux « particulièrement nécessaires à notre temps* » (O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Les normes constitutionnelles en matière sociale*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 29 - octobre 2010).

Sur ce caractère constitutionnel innovant, v. également : F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel,* in *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à G. Lyon-Caen,* Dalloz, 1989, p. 97 ; G. LYON-CAEN, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail,* D. 1989, Chron. p. 289).

1055 Pour l'exemple significatif de « *l'irruption massive des TIC dans la vie de l'entreprise* », M. Laigneau relève que celle-ci a « *induit une intensification technologique du temps du travail. Ce sont les blogs, les réseaux sociaux, les podcasts, le web 2.0, les wiki. C'est la vie de l'entreprise d'aujourd'hui. La moitié de la population active travaille sur un ordinateur. Toutes ces ressources vont aussi permettre aux salariés, notamment par internet ou la messagerie, de se livrer à des activités personnelles pendant son temps de travail, de la même façon qu'il se livre à des activités de travail pendant son temps personnel, le soir ou le week-end : faire ses courses, dialoguer avec ses amis sur les réseaux sociaux, regarder les prochains films qui vont sortir, animer un blog ou un site personnel* » (M. LAIGNEAU, *L'entreprise et l'évolution du salarié citoyen vers le citoyen salarié*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011).

1056 « *Grâce aux interventions d'un Conseil constitutionnel dont la vocation juridictionnelle s'est affirmée, la constitutionnalisation de diverses branches de l'ordre juridique français - du droit du travail en particulier - ne fait aucun doute* » (L. FAVOREU, *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les différentes branches du droit,* in *Itinéraires. Etudes en l'honneur de Léo Hamon,* Economica, 1982, p. 235). V. également : M. FRANGI, *L'apport du droit constitutionnel aux droits des personnes et aux droits économiques individuels. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation du droit privé,* Thèse, Aix-Marseille III, 1990. L'influence de la jurisprudence constitutionnelle en droit du travail semble par ailleurs désormais tout-à-fait établie (V. BERNAUD, *De quelques apports « estivaux » du droit constitutionnel au droit du travail*, Dr. soc. 2009, p. 147).

1057 « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Un article « *particulièrement explosif dans notre domaine placé sous le signe de la subordination* » (J.-E. RAY, *Du salarié citoyen au citoyen salarié*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011), qui fait suite au rapport de G. Lyon-Caen (G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport, La Documentation française, déc. 1992), et qui reprend, pour l'élargir à l'ensemble du pouvoir patronal, l'ancien article L. 122-35.

justifié le contrôle du respect en toute circonstance par l'employeur des « *droits et libertés individuelles et collectives* », et confirmé du même coup leur immixtion dans le rapport d'emploi.

288. La mobilisation *massive* des droits constitutionnels *ordinaires* dans cette sphère contractuelle privée doit également trouver une source indirecte dans la loi 4 aout 1982[1058], qui inaugure notamment les premières mesures antidiscriminatoires[1059] (dérivées du principe d'égalité), garantit un droit d'expression des salariés sur leurs conditions de travail et met en place le contrôle des dispositions du règlement intérieur à l'égard des droits et libertés[1060]. Elle procède surtout d'une « *exceptionnelle dynamique jurisprudentielle* »[1061]. D'abord constitutionnelle, mais également administrative et surtout judiciaire. En ce sens, il faut rappeler l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 1er février 1980[1062], qui introduit par ailleurs, avant la généralisation du législateur à l'ensemble du pouvoir patronal, le contrôle administratif de proportionnalité et de justification en matière sociale, au sujet des droits de la personne et du pouvoir règlementaire de l'employeur[1063]. De même, il faut souligner l'apport considérable de la CEDH en matière de définition et de protection des droits

---

[1058] « *Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise* » : J. AUROUX, *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier ministre, Paris, la Documentation française, 1981, p. 4).

[1059] « *Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou de ses convictions religieuses* »

[1060] L'article L. 122-35 du Code du travail prévoit alors : « *Il ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. Il ne peut comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison de leur sexe, de leur situation de famille, de leurs opinions ou confessions, ou de leur handicap, à capacité professionnelle égale* ».

[1061] J.-E. RAY, *Les libertés dans l'entreprise*, *Pouvoirs*, n° 130, oct. 2009, p. 127-142, numéro spécial : *L'état des libertés*. L'auteur évoque également une « *synergie improbable législateur / juges français en aval* ». De même, A. Jeammaud souligne le « *rôle décisif […] de la sensibilité des parties et des juges à la présence et aux ressources de la hiérarchie normative […] puisque la vocation de ces règles constitutionnelles à régir directement les rapports juridiques privés paraît acquise* » (A. JEAMMAUD, *Le droit constitutionnel dans les relations de travail*, AJDA, 1991, p. 61).

[1062] CE, 1er fév. 1980, *Sté Peintures Corona*, Dr. soc. 1980, p. 310, concl. A. BACQUET ; Dr. ouv. 1980, p. 211.

[1063] Au sujet du contrôle par alcooltest prévu dans l'entreprise par une disposition du règlement intérieur, les juges ont relevé qu' « *Eu égard à l'atteinte qu'elles portent aux droits de la personne, les dispositions du règlement intérieur excèdent par leur généralité l'étendue des sujétions que l'employeur pouvait légalement imposer* ». En ce sens, les mesures doivent être limitées aux seuls salariés occupés à l'exécution de certains travaux, ou à la conduite de certaines machines. « *Le principe de proportionnalité du droit administratif entrait par la petite porte en droit du travail* » quelques mois avant que la loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise ne mette en place formellement un tel contrôle du pouvoir réglementaire, précisément disciplinaire, patronale à l'article L. 122-35, devenu L. 1321-3 du Code du travail (J.-E. RAY, *Du salarié citoyen au citoyen salarié*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011).

fondamentaux[1064]. C'est cependant la Cour de cassation qui a œuvré ici le plus significativement. Celle-ci a développé, dès la fin des années 1980, une jurisprudence considérable en matière de protection des droits citoyens des salariés, notamment au regard de la sanction de l'employeur qui y porterait atteinte[1065], précisant elle-même les libertés fondamentales concernées[1066]. C'est encore, et surtout, le juge de cassation qui met en œuvre la conciliation et juge de la proportionnalité et de la justification des restrictions apportées aux droits et libertés des salariés par l'exercice du pouvoir de l'employeur[1067], et notamment lorsqu'il est exercé par le recours aux nouvelles techniques contractuelles qui visent principalement la détermination d'obligations particulières à la charge du salarié, telles les clauses évoquées précédemment. Ainsi de la liberté d'expression[1068], du droit à la

[1064] J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, *Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte*, Revue de droit du travail, 2008, p. 16.

[1065] Elle a en ce sens mobilisé de façon optimale le seul article L. 122-35. La Chambre sociale a passé outre la règle issue de la maxime « *pas de nullité sans texte* » avec l'arrêt du 28 avril 1988, et juge que le salarié licencié pour l'exercice d'une liberté publique peut prétendre non seulement à indemnisation, mais également à sa réintégration (Soc. 28 avr. 1988, n° 87-41.804, *Société anonyme Dunlop France c/ M. Clavaud*, en l'espèce le salarié était licencié suite à une interview donnée au journal l'Humanité, en dépit de sa liberté d'expression). « *Passant d'une logique d'indemnisation à une logique de pouvoir assure l'efficacité de ses sanctions* », elle décourage également « *côté patronal une gestion économique des risques juridiques : devoir payer six mois minimum au titre de dommages-intérêts n'est guère dissuasif. Fixant surtout un prix à l'éviction illégale d'un salarié, cette logique conduisait à évaluer le coût de la violation d'une liberté, permettant à l'employeur d'acheter indirectement l'exercice d'un droit constitutionnel* » (Dr. soc. 1988, p. 428, note G. COUTURIER). En même temps que l'article L. 1121-1, la loi du 31 décembre 1992 a, par la mise en place de l'article L. 1132-4 du Code du travail, suivi cette jurisprudence en établissant la nullité de plein droit de l'acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions relatives à l'interdiction de la discrimination. La Cour de cassation a étendu cette nullité (et la possibilité d'une réintégration) à tout acte pris en violation d'une liberté fondamentale du salarié (Soc. 13 mars 2001, RJS 5/01 n° 590, « *pas de nullité sans texte* » reçoit application en matière de licenciement et nécessite de ce fait un texte expresse, « *à défaut de violation d'une liberté fondamentale* »).

[1066] On trouve un certain consensus quant à la sanction de nullité de l'acte pris en violation de l'exercice d'un droit ou d'une liberté fondamentale du salarié au sein de la doctrine. Ainsi de J.-E. Ray qui explique qu' « *En licenciant, l'employeur a porté atteinte à une liberté ou un droit fondamental... Une issue indemnitaire n'est alors pas assez dissuasive, ce type de liberté n'étant pas à vendre* » (J.-E. RAY, *Droit du Travail, Droit vivant*, 9ème éd. n° 212), de G. Couturier qui relève que « *dans les cas les plus typiques...l'atteinte à des principes d'ordre public est évidente et la nullité doit s'en trouver directement justifiée* » (G. COUTURIER, *Les nullités du licenciement*, Dr. Soc. 1977, p. 277), ou encore de A. Mazeaud qui estime qu' « *il n'est plus discuté aujourd'hui que la violation d'une liberté fondamentale doit être sanctionnée par la nullité* » (A. MAZEAUD, Droit du Travail, 3ème éd. 2002, n° 524). Pour autant, le premier relève également, au sujet des libertés fondamentales, que « *la liste précise n'est pour l'instant pas d'une aveuglante clarté* » (11ème éd. n° 218, p. 251).

[1067] Une conciliation nécessaire et consubstantielle à la notion même de droits fondamentaux (X. PRETOT, *Les bases constitutionnelles du droit social,* Dr. soc. 1991, p. 196). En effet, si « *l'évaluation de la constitutionnalité dépend souvent d'une combinaison de normes constitutionnelles compatibles qui peuvent se heurter sur une question concrète, ou encore de l'équilibre recherché entre les effets d'une de ces règles et des objectifs d'action législative ou d'autres exigences, reconnus légitimes au point d'acquérir eux-mêmes « valeur constitutionnelle » aux yeux du Conseil* », il apparaît que « *cette conciliation semble tout particulièrement concerner les « droits sociaux », dont on a relevé la « relativité » dans un ordre juridique d'obédience foncièrement libérale* » (A. JEAMMAUD, *Le droit constitutionnel dans les relations de travail*, AJDA, 1991, p. 61, citant B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs,* STH, 1988, n° 342).

[1068] V. note n° 1027. Elle est mobilisée notamment au sujet des éventuelles obligations de réserve ou de confidentialité pesant sur le salarié (v. plus loin).

vie personnelle et familiale et du droit au respect de la vie privée[1069], du droit au libre exercice d'une activité professionnelle[1070], du principe d'égalité[1071], tous et bien d'autres[1072] reçus au contrat et dans la sphère de l'entreprise au titre des droits et libertés citoyennes des salariés.

[1069] Il s'agit de notions protéiformes qui ne recoupent pas nécessairement le même contenu (*Vie professionnelle et vie personnelle*, Dr. soc. numéro spécial de janvier 2010). On relève classiquement que si la première doit être prise en compte par l'employeur, la seconde exige davantage une abstention. On compte en tout état de cause ici, pêle-mêle et de manière non exhaustive, la liberté du mariage (Soc. 27 avril 1964, Dr. soc. 1964, p. 574, obs. J. SAVATIER ; D. 1965, p. 213, note A. ROUAST ; Soc. 7 mars 1968, D. 1968, p. 428), le secret des correspondances, la confidentialité des conversations téléphoniques, le droit à l'image, ou encore celui du choix du domicile familiale. Ces droits sont amplement mobilisés en matière d'appréciation de la validité et surtout de la mise en œuvre des clauses de mobilité, ils sont encore largement circonscrits à l'occasion des contentieux relatifs aux TIC et aux moyens de surveillance informatisés des salariés mis en place par l'employeur (v. plus loin sur ces derniers points). Il faut enfin souligner que la jurisprudence européenne a ici une importance particulière.

[1070] Elle est principalement invoquée au sujet du régime jurisprudentiel de la clause de non concurrence (v. plus loin).

[1071] On trouve ici les mécanismes anti discriminatoires, mais également la règle de l'égalité de traitement. En tout état de cause, il s'agit d'une égalité relative en ce que le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation accepte que des différenciations puissent être réalisées lorsque les situations sont différentes. En ce qui concerne le premier et l'affirmation constante selon laquelle *« le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes* », v. notamment A. LYON-CAEN, *L'égalité et la loi en droit du travail,* Dr. soc. 1990, p. 68, n° 7 ; CH. LEBEN, *Le Conseil constitutionnel et l'égalité devant la loi,* RDP 1982, p. 295. Quant à la seconde, au sujet précisément de la condition d'une justification objective à la différenciation : G. VACHET, A travail égal, salaire égal, Dr.soc. 2008, p. 1046 ; CH. RADE, *De l'effectivité du principe « à travail égal, salaire égal »*, Dr. soc. 2008, p. 530 ; même auteur, *Variations autour de la justification des atteintes au principe « à travail égal, salaire égal »*, Dr. soc. 2009, p. 399 ; J. MOULY, *Exercice du pouvoir disciplinaire et égalité de traitement*, Dr. soc. 2014, p. 385. En ce qui concerne spécialement la démonstration des limites induites du principe d'égalité de traitement au regard du renouveau contractuel et du développement des techniques et clauses contractuelles individualisantes : A. JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 299, spéc. « *La menace des exigences d'égalité des salariés* », p. 322).

[1072] Telle la liberté d'acheter les biens, produits et marchandises de son choix (Soc. 27 janv. 1992), la liberté d'utilisation d'un parking public pour y stationner son véhicule personnel, (Soc. 1er juin 1994), la liberté de gestion du patrimoine et du choix de sa banque (CE 3 octobre 1997 ; Soc. 16 décembre 1998) etc. (arrêts cités par M. LYON-CAEN, Avocat général à la Cour de cassation, *L'atteinte portée à la liberté de se vêtir constitue-t-elle un trouble manifestement illicite ?,* Avis, mai 2003, http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/lyon_caen_7940.html). A l'inverse, certains droits ou libertés ne figurent pas dans cette catégorie. Pour exemple, celui de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail. La Cour de cassation en a ainsi jugé : « *Si, en vertu de l'article L. 1121-1, un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales* », le contrôle de proportionnalité et de justification est cependant mis en œuvre (Soc. 28 mai 2003, D. 2003, p. 2718, au sujet de l'agent technique, sans contact direct avec la clientèle présente sur le site, qui vient travailler en bermuda sous sa blouse malgré les nombreux rappels à l'ordre de son employeur, le licenciement est licite et fondé sur l'image de l'entreprise). La solution est réitérée le 23 mars 2005 (Soc. 23 mars 2005, licenciement pour faute grave du chef de chantier qui refuse de porter son casque). Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a jugé le 10 juin 2009, au sujet de l'accès à Internet qu' « *En l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services* » (Cons. const n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet), ne permettant ainsi pas d'en déterminer avec certitude la valeur.

289. La « *fondamentalisation du droit social* » n'a donc pas oublié les droits citoyens des salariés. Il faut encore souligner qu'en ce qui les concerne, on relève une « *multiplication des sources de référence et des cadres juridiques d'application* »[1073]. De leur nécessaire concours, et de leur conciliation, a émergé une sorte de nouvel ordre public social de protection des individus dans la relation de travail, mais avec des caractéristiques propres, non plus strict, il est souple, à l'image des droits qu'il protège, mais aussi de l'instrument contractuel qui supporte pour partie son intrusion dans la relation d'emploi. Ramenée au réinvestissement contractuel remarqué en matière de relations individuelles de travail, la réception des droits fondamentaux révèle en effet une limite puissante, par le positionnement hiérarchique des valeurs protégées, mais elle constitue également une limite intelligente, en ce qu'elle est véhiculée notamment par la technique de la conciliation et de l'équilibre des intérêts. La figure contractuelle n'est de ce point de vue pas annihilée par l'enjeu constitutionnel des libertés en présence. Mieux, c'est une notion toute contractuelle qui œuvre face à ces mouvements juridiques d'ampleur.

[1073] J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Droit constitutionnel, droit international et droit européen des droits de l'homme : concurrence, confusion, complémentarité ?*, Dr. soc. 2014, p. 301.

CONCLUSION DU TITRE 2

290. La socialisation du droit du travail a emprunté successivement deux chemins. D'abord, la mise en place d'un droit spécial, justifié et caractérisé par sa seule fonction de protection du salarié à titre individuel et collectif. La loi apparaît alors comme l'instrument privilégié de la régulation des relations de travail, en ce qu'elle garantit impérativement un minimum de protection intangible, auquel le cocontractant employeur ne peut déroger que dans un sens plus favorable. Le concept contrat est quant à lui durablement abandonné. De ce fait, le recours aux conventions collectives, de même que la formation d'un contrat individuel, n'emportent pas l'application d'un régime contractuel à proprement parler. Le droit a ainsi réceptionné sur la période les problématiques économiques et sociales. Cette protection, impérative du fait des puissants mouvements syndicaux et ouvriers, est par ailleurs permise par la santé économique des entreprises et la figure encore simplifiée de la sphère d'emploi.

291. La fin du XX^{ème} siècle voit émerger, sur fond de crises et de chômage, de nouvelles problématiques. Celle de l'emploi n'est plus caractérisée par le seul enjeu de protection de la partie faible. Il s'agit désormais d'en assurer l'accès et, surtout, de l'optimiser, de le flexibiliser, de l'adapter, de l'individualiser et bien souvent de l'aggraver. C'est le temps des logiques gestionnaires et de la recherche de compétitivité. Les rapports d'emploi réinvestissement naturellement l'instrument conventionnel puisqu'en tant que concept, il permet d'approcher les enjeux contemporains. Le droit réceptionne ce renouveau en admettant la relativité de l'ordre public social. La protection due aux travailleurs se trouve nécessairement abaissée du fait de la libéralisation des rapports de travail. Elle n'est cependant pas totalement aliénée puisque l'irruption d'abord, le rayonnement ensuite, des droits fondamentaux dans la sphère privée contractuelle tendent à soutenir la garantie des libertés à forte valeur sociale. De ce point de vue, l'individualisme véhiculé par le retour au concept contrat se heurte et doit se concilier avec l'individualisme prégnant des droits de l'homme.

292. La transformation du contrat (ou de la convention), en ce qu'elle renseigne sur l'évolution actuelle de son régime en la matière, doit en ce sens se comprendre au regard de ces mutations : d'une part, la conception contractuelle comme outil d'adaptation conforme à l'objet actuel d'efficacité de la relation au regard des logiques contemporaines

d’emploi, et d’autre part la réception des droits, fondements et impératifs constitutionnels au titre des mêmes relations d’emploi.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

293. Il semble que l'étude des différents mouvements qui ont participé à structurer l'évolution du droit du travail renseigne sur sa figure contemporaine. Les notions de bonne foi et de loyauté contractuelles ont émergé au début des années 1980, en même temps que s'amorçait le réinvestissement de l'outil contractuel dans les relations de travail, et que s'affirmait la constitutionnalisation du droit du travail. Si ce simple constat chronologique ne peut à lui seul justifier autre chose que des présomptions, l'utilité de leur formalisation s'impose en préalable d'une confrontation au regard des applications positives de la bonne foi et de la loyauté.

294. Il convient en ce sens d'exposer clairement nos intuitions avant de les vérifier. Trois éléments doivent, à ce titre, être distingués. D'abord, les notions de bonne foi et de loyauté procèdent d'évolutions juridiques globales ; de ce point de vue, la morale ou l'idéologie pour elles-mêmes strictement appliquées au contrat doivent être récusées. Ensuite, il s'agit de notions fonctionnelles ; elles constituent en ce sens des outils à l'ordre juridique du travail, et doivent être appréhendées au regard de la finalité qu'elles servent. Enfin, elles révèlent une nature éminemment contractuelle. Le support d'intervention est contractuel, les ressorts d'application sont contractuels et le fondement textuel est contractuel.

LA LOYAUTE : UNE NOTION JURIDIQUE

295. Il est souvent mentionné que le recours croissant à l'obligation de bonne foi, de laquelle est issue l'obligation de loyauté, procède du déclin de la théorie de l'autonomie de la volonté. Le besoin d'équité, de justice aurait alors commandé l'intervention du juge aux fins de rééquilibrer le contrat dans cette optique. C'est en ce sens que les théories solidaristes ont, depuis une vingtaine d'années, connu un développement conséquent, qu'il s'agisse de plaider pour leur consécration ou de convaincre de leur reconnaissance[1074]. La bonne foi et le solidarisme sont largement rattachés de ce point de vue au courant solidariste, lequel se veut l'alternative à la théorie classique, voire une alternance. On relève alors l'opposition patente ou latente entre les solidaristes « durs », accusés bien

[1074] L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?*, Etudes juridiques, Economica, 2004.

souvent d'un sentimentalisme désuet[1075], et les libéraux « adoucis »[1076]. Ce mouvement idéologique prend des racines « sociales », pour ne pas dire « morales » dans une part des théories élaborées au début du XX^{ème} siècle, à l'initiative de Saleilles ou Demogue, lesquelles, il est vrai prônent la mobilisation de la notion de bonne foi contractuelle, sans pour autant la rattacher à l'article 1134 al. 3 du Code civil, et sans dénier son règne à la théorie classique. Cette pensée trouve sa cause dans l'injustice – et le danger – des relations contractuelles d'antan et son prolongement dans le solidarisme moderne, elle se caractérise largement par un enjeu de protection ; qu'il s'agisse de nommer la coopération, la solidarité ou la fraternité, la conséquence tient au sauvetage de la partie qui connaît un péril contractuel à un moment de l'exécution.

296. Il est également vrai que le recours à l'article 1134 al. 3 du Code civil est exactement concomitant à la « découverte » de l'imposture historique[1077], de même que l'admission progressive de l'erreur dogmatique accompagne le développement exceptionnel de la bonne foi, confortant l'idée d'une substitution plus ou moins directe entre deux théories contractuelles et, partant entre deux acceptions du régime. Cette analyse idéologique strictement contractuelle doit pourtant être réfutée. D'abord parce que la Cour de cassation, censément son premier acteur, la réfute elle-même clairement[1078]. Ensuite, il faut rappeler que la crise qui a vu émerger les doctrines solidaristes s'est résorbée non pas par l'essor

[1075] Pour exemple : D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 603.

[1076] Pour exemple : CH. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, L.G.D.J. 2001, p. 441.

[1077] La liste n'est évidemment pas exhaustive, relevons déjà, parmi les auteurs qui ont les premiers inaugurés la remise en cause de cette acception particulièrement ancrée, X Martin dont nous avons particulièrement exploité les travaux, J.-L. Halpérin ou J.-F. Niort, sans préjudice des nombreux auteurs qui ont, à leur suite, évoqué et largement étudié la matière des obligations sous l'angle nouvellement révélé: X. MARTIN, *L'insensibilité des rédacteurs du code civil à l'altruisme*, Rev. hist. dr. fr. et étr. 1982, p. 610 ; Bull. soc. fr. histoire des idées et histoire religieuse, vol. 3, 1986, p. 37 ; *Nature humaine et Révolution française (du siècle des Lumières au Code Napoléon)*, DMM, 1994 ; *L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie*, Rev. hist. fac. droit et sc. jur., vol. 4, *La doctrine et le droit naturel*, I, 1987, p. 87 ; *Politique et droit privé après Thermidor, La Révolution et l'Ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?*, Actes du Colloque d'Orléans (sept. 1986), 2 vol. Paris, 1988, t. 1, p. 173 ; *Aux sources thermidoriennes du Code civil. Contribution à une histoire politique du droit privé*, Droits, RF Théorie juridique, vol. 6, 1987, p. 107 ; *Fondements politiques du Code Napoléon*, RTD Civ. 2003, p. 247 ; J.-L. HALPERIN, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, coll. Histoires, 1992 ; *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1996 ; J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français*, Thèse, Paris I, 1995, préface J.-L. Halpérin, postface J. Carbonnier, PUAM, 2004 ; *Le Code civil dans la mêlée politique et sociale, Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national*, RTD Civ. 2005 p. 257.

[1078] V. notamment : *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, par M. J. CEDRAS, Avocat général à la Cour de cassation en service extraordinaire, Publications, Rapport annuel, Rapport 2003, 2ème partie, Etudes et documents. Evoquant les doctrines, les arguments et les aspirations solidaristes, puis les confrontant aux décisions jurisprudentielles prises en matière d'obligations depuis deux décennies, l'auteur conclut au « *maigre […] bilan du solidarisme* », et assène : « *Il paraît donc que la Cour de cassation n'est pas prête au « grand soir », espéré par les uns, redouté par les autres, de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil* ».

d'une jurisprudence solidariste mais par l'élaboration d'une législation impérative protectrice, totalement indifférente du reste aux concepts de bonne foi et de loyauté, et particulièrement respectueuse de ce fait des postulats classiques civilistes. La première réponse de l'ordre juridique à l'injustice contractuelle, spécialement en matière de travail, s'est révélée un abandon de la figure contractuelle en termes de concept. Le rééquilibrage de la relation de travail, s'il a bien emprunté aux propositions doctrinales évoquées au centenaire, a limité son influence à la notion de fonction sociale, en l'occurrence celle de la protection du salarié. Il a donné le droit du travail « première génération ». Tellement dérogatoire et objectif qu'il a, à juste titre, fait le lit pendant des décennies des conceptions institutionnelles. Enfin, la loyauté et la bonne foi, si elles étaient solidaristes, devraient raisonnablement assurer le même objectif impératif de protection. Or, tel n'est pas le cas. Elles emmènent avec elles un rééquilibrage certes, mais tout autant à la charge de l'employeur que du salarié, au crédit duquel, et conformément au renouveau contractuel observé sur la période, la loyauté attache, encadre et permet des sujétions supplémentaires souvent aggravantes. La première caractéristique de la loyauté demeure en ce sens la bilatéralité des obligations qu'elle commande, elle participe de ce point de vue à remettre en cause la figure d'un droit du travail autonome, protecteur, impératif et unilatéralement adressé à l'employeur. Par ailleurs, quand bien même elle se décline à la faveur du salarié, peut-on pour autant évoquer à chaque fois une stricte protection ? L'obligation emblématique faite à l'employeur d'adapter son salarié à l'évolution de son emploi ne sert-elle pas autre chose que la seule protection du travailleur, assimilable traditionnellement à une réponse indemnitaire ou à une circonscription négative particulière du pouvoir patronal ? Ici, il s'agit bien d'instrumentaliser positivement les prérogatives patronales, et d'assujettir le travailleur à de nouvelles charges de formation, en sus de ses obligations classiques. Il y a là l'indice d'une finalité sans doute plus éloquente que la seule protection du salarié, d'autant que le licenciement du travailleur « adapté » demeure potentiellement licite, l'effort patronal ne le protège donc pas irrémédiablement. Les logiques libérales et sociales pour elles-mêmes ne doivent ainsi pas être opposées frontalement, à l'image d'une intangibilité opposée à l'enrichissement prétorien.

297. Les notions de bonne foi et de loyauté ne doivent pas abuser par leur intitulé, et n'ont sans doute que peu à voir avec l'idéologie solidariste ou la morale axiomatisée au contrat. Par ailleurs, quelle morale ou quelle solidarité peuvent raisonnablement s'entendre de contraintes ? La loyauté et la bonne foi ne s'imposent pas, elles s'appliquent ou se

sanctionnent. Il apparaît peu probable alors que les juges, par impulsion spontanée, aient mobilisé et développé, quelques décennies après que le législateur ait lui-même élaboré un ordre contraignant colossal, autonome et protecteur – en réaction à l'injustice même de relations d'emploi gouvernées par une théorie civiliste –, des notions morales de solidarité spécialement contractuelles, s'entendant comme l'adoucissement de l'autonomie de la volonté. Quand bien même les juges ont la plus grande part dans l'essor de la bonne foi contractuelle, il semble déraisonnable et erroné de s'en tenir à une telle lecture prônant la création contractuelle strictement prétorienne.

298. La loyauté est contractuelle, en ce qu'elle procède notamment d'une histoire contractuelle faite d'impératifs matérialistes, d'influence idéologique, de propositions doctrinales, d'instrumentalisation philosophique, de critiques libérales, de suggestions techniques et de préoccupations sociales et économiques, mais elle n'est assurément pas seulement et exclusivement contractuelle. Elle résulte en effet de mouvements et d'impératifs juridiques d'ampleur supérieure, qu'elle tend à réceptionner, à concilier et à retranscrire au niveau ultime du contrat, conformément à la logique éminemment juridique tenue de la hiérarchie des normes. Elle procède en ce sens davantage d'une lecture téléologique qu'idéologique du droit. Il demeure en conséquence vain de lui chercher une définition contractuelle précise, conforme à la sécurité juridique tant appréciée en matière d'obligations, ou de lui octroyer une théorie ou des postulats dogmatiques déterminés.

299. L'émergence de la loyauté ne doit pas être réduite au contrat et son juge, mais entendue au regard du droit du travail, ses rédacteurs, ses interprètes et ses juges. Le champ s'ouvre alors considérablement, et l'aspect fonctionnel de la notion s'en trouve conforté.

LA LOYAUTE : UNE NOTION FONCTIONNELLE

300. Alors que l'essor des notions de bonne foi et de loyauté contractuelle correspond aux mouvements de constitutionnalisation du droit du travail[1079] et de contractualisation des

[1079] E. DOCKES, *Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation*, Dr. ouv., janv. 2005, p. 1. L'auteur, évoquant le phénomène apparu « *progressivement, à partir de la fin du XIX*^{ème} *siècle* », énumère « *les premières libertés susceptibles d'être dirigées contre des pouvoirs privés* » (liberté de coalition, liberté syndicale puis droit de grève), et relève finalement que « *ce n'est cependant qu'à partir des années 1980, que cette évolution a connu son aboutissement* », et que l'employeur s'est vu « *opposer ces protections essentielles contre le pouvoir que sont les droits de l'Homme* ». De même que « *l'extension de la*

relations d'emploi, il apparaît que ces trois phénomènes, au demeurant novateurs si on les ramène à la chronologie globale de la matière[1080], sont rarement traités en relation directe. Certes, le second et le troisième ont largement été caractérisés et liés dans leurs effets, de même que leur étude appelle généralement à dire un mot ou plus des applications de la bonne foi et de la loyauté en la matière[1081]. La triple relation n'a en revanche pas fait l'objet, à notre connaissance, d'une théorisation explicite. Les indices de l'interdépendance entre ces différentes mutations juridiques nous apparaissent pourtant concordants, et il semble que la loyauté constitue un instrument de réception du droit constitutionnel social dans la relation d'emploi, mais un instrument ajusté à la nature affirmée du support juridique de la relation.

301. Quant à la constitutionnalisation du droit du travail, il faut relever la double implication ou « *incorporation* ». Les relations collectives ont vu dans un premier temps dégager un fondement constitutionnel à la négociation collective et partant au recours conventionnel de détermination des règles professionnelles. Le principe de participation trouve en ce sens au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 l'expression d'un droit fondamental dont l'effectivité appelle nécessairement la mise en œuvre positive de garanties particulières[1082], dans la mesure notamment où il faut pallier la force de

---

problématique des droits de l'Homme au droit du travail sera rapide » (les articles L. 122-35 puis L. 120-2 C. trav. suivant l'arrêt du Conseil d'Etat Corona du 1er fév. 1980).

[1080] Ils s'insèrent en ce sens dans une évolution d'appréciation et d'interprétation particulière, et non dans la mutation matérielle des textes au plan formel. En effet, quant à l'affirmation des droits fondamentaux dans le rapport d'emploi, les textes de référence ont émergé dès la Constitution de 1946 et n'ont pas connu de modifications par la suite. Il a pourtant fallu attendre une mobilisation jurisprudentielle tardive pour que leur contenu emporte des conséquences positives « *Ce Préambule définit comme l'ont relevé Jean Rivero et Georges Vedel, un véritable « statut du travailleur» : « Quatre alinéas votés par l'assemblée sous les numéros 5, 6, 7 et 8, proclament successivement le devoir de travailler et le droit à l'emploi, le droit syndical, le droit de grève, le droit de participer à la détermination des conditions du travail et à la gestion des entreprises* » (O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Les normes constitutionnelles en matière sociale*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 29, octobre 2010). De la même manière, « *l'admission de la juridicité* » du principe de participation résulte sans doute de l'évolution même du droit du travail qui, indéniablement, « *a inspiré le contenu et l'orientation du Préambule de 1946* » par le juge constitutionnel (I. ODOUL-ASOREY, *Principe de participation des travailleurs et droit du travail*, Dr. soc. 2014, p. 356).

[1081] Ainsi de A. Jeammaud qui, traitant ensemble de la « *centralité retrouvée* » de la figure contractuelle dans les relations individuelles, et de ses « *limites exogènes* » tirés de l'affirmation des droits fondamentaux des salariés, relève, au sujet de l'obligation de loyauté : « *Il apparaît que la teneur d'une clause contractuelle ou les circonstances de son invocation par l'employeur, ne peuvent porter atteinte à un droit ou une liberté fondamentale, notamment un droit ou une liberté garanti par une norme constitutionnelle* » (A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415).

[1082] Parmi les *« principes économiques et sociaux du Préambule de 1946 »,* l'alinéa 8 fournit un fondement *« grâce à l'intervention du législateur, à des droits individuels à une prestation matérielle, c'est-à-dire les « droits-créances « au sens strict du terme* ». Si le texte recouvre en réalité « *deux droits distincts : le droit à la négociation collective et le droit de participer à la gestion des entreprises* », le dernier n'a fait l'objet que d'une jurisprudence « *peu abondante* ». Il est vrai à ce sujet que les implications tirées du principe de participation à la

négociation patronale. Les relations individuelles de travail ont vu également les droits fondamentaux opérer un mouvement ascendant pour justifier ou sanctionner directement les comportements et les obligations des parties, ils agissent ainsi souvent comme des limites à l'exercice du pouvoir patronal.

302. La loyauté est issue de ces mouvements. Elle participe de la détermination d'un régime de la négociation collective, ses commandements tendent par ailleurs à garantir, si ce n'est l'efficacité ultime des débats, au moins leur réalité, leur sérieux, leur intégrité et leur bilatéralité. La loyauté concilie encore les droits fondamentaux des parties reçus au titre individuel. Elle met en œuvre de ce point de vue les techniques de conciliation que l'on pouvait observer auparavant au seul niveau constitutionnel. Les arbitrages récurrents et divers qu'elles opèrent entre le pouvoir patronal et les droits des salariés révèlent de ce point de vue la prégnance des droits et libertés fondamentales dans le rapport d'emploi, et justifient en ce sens particulier les reproches formulés à l'encontre de cette multitude de décisions d'espèce, participant d'une impression d'insécurité juridique, mal tolérée en matière d'obligations. La relative imprévisibilité des techniques de conciliation d'ordre constitutionnel se répercute nécessairement par le relais de l'instrument chargé de les réitérer au rapport direct et privé d'emploi[1083].

---

gestion paraissent encore minces (O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Les normes constitutionnelles en matière sociale*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 29, octobre 2010). A noter cependant que le juge constitutionnel en a déduit que les représentants des salariés doivent bénéficier « *des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise* » (Cons. const. n° 93-328 DC du 16 décembre 1993, Loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle), et que « *le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue même s'ils n'en sont pas les salariés* », censurant la disposition réservant aux seuls salariés liés par un contrat de travail à l'entreprise la qualité d'électeur aux institutions représentatives du personnel, et étendant ainsi le bénéfice du principe (Cons. const. n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social). A l'inverse, la jurisprudence relative à la négociation collective est « *ancienne, abondante et a donné lieu […] à une construction originale quant à l'articulation des différentes normes sociales entre elles* ». Elle fait par ailleurs largement appel au législateur pour la mise en place des modalités de son aménagement, puisqu'en application de l'article 34, « *c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect des principes qui sont énoncés au huitième alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre* » (Cons. const. n° 77-79 DC du 5 juillet 1977, Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes). I. Odoul-Asorey évoque en ce sens une « *inscription du principe de participation dans la légalité du droit du travail* » (I. ODOUL-ASOREY, *Principe de participation des travailleurs et droit du travail*, Dr. soc. 2014, p. 356).

[1083] Il en va nécessairement ainsi de la qualification des normes en présence, et de leur impérative « *articulation* ». F. Guiomard qualifie en ce sens les droits fondamentaux de « *références nominales dépourvues de contenu prédéterminé* », et relève que leur « *expression normative […] doit être vue comme une conséquence de leur fonction axiologique : les valeurs protégées et unanimement reconnues ne peuvent faire l'objet d'un consensus que si elles sont énoncées dans les termes les plus larges* ». Pour autant, « *la grande généralité des formules qui les énoncent conduit ces droits à entrer en conflit avec d'autres droits fondamentaux ou*

303. La loyauté doit en ce sens être appréhendée comme une notion fonctionnelle globale, qui reflète et qui participe des mutations institutionnelles observées concomitamment à la matière sociale. Elle concourt à la constitutionnalisation du droit du travail, et spécialement à celle du rapport collectif et individuel d'emploi. Elle est un instrument du « *mouvement […] de transformation des sources du droit du travail* »[1084], de l'incorporation des « contingences » constitutionnelles au rapport d'emploi[1085]. Elle arbitre plus précisément la rencontre conventionnelle entre les droits fondamentaux des salariés et les prérogatives constitutionnelles de l'employeur.

---

prérogatives juridiques ». La particularité de leur formulation et leur spécificité fonctionnelle implique alors que les droits fondamentaux soient largement « *caractérisés par l'utilisation de techniques juridiques de contrôle très particulières* », de même que *« les techniques de mise en œuvre des droits fondamentaux sont reconnaissables en ce qu'elles permettent de résoudre des conflits de normes (à l'instar de la règle de proportionnalité) »*. Elles nécessitent « *le déroulement d'un raisonnement, d'une argumentation permettant aux droits fondamentaux de s'insérer dans l'ordre juridique* ». Il s'agit en ce sens de droits, par nature « *relatifs* », « *dont la réalisation exige une conjugaison avec les autres règles et principes de l'ordre juridique* ». Ils ne constituent donc « *jamais des droits absolus, protégés de façon ferme et inconditionnelle* » (F. GUIOMARD, *Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur*, in *Droits fondamentaux et droit social*, (dir.) A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, Dalloz, 2005, p. 75). J.-E. Ray concède également à ce sujet que « *la notion de droits fondamentaux est une question de vases communicants. Plus vous protégez un droit, moins vous protégez un autre droit* », et « *en matière de droits fondamentaux, il est toujours très difficile, contrairement à ce qu'on dit, de considérer qu'il y a une notion univoque de progrès* » (J.-E. RAY, *Du salarié citoyen au citoyen salarié*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011). Cette technique de contrôle a été incorporé textuellement à la relation directe d'emploi par l'article L. 120-2 C. trav. (art. L. 1121-1 nouveau), qui reprend en effet la « *méthode générale, applicable en cas de conflit entre plusieurs droits fondamentaux* », tirée du « *contrôle de justification, de nécessité ou de proportionnalité des restrictions faites aux libertés et droit fondamentaux* », et mis en œuvre par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme (E. DOCKES, *Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation*, Dr. ouv., janv. 2005, p. 1, s'appuyant sur V. GOESEL-LE BIHAN, *Contrôle de proportionnalité et Conseil constitutionnel*, R.F.D.C. 1997, n° 30 ; et S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2001). C'est ainsi que ce type de conciliation a été étendu à toutes les manifestations de pouvoir de l'employeur, c'st-à-dire *« toutes les prérogatives de l'employeur qui lui permettent d'exiger quelque acte ou activité du salarié* », peu important par ailleurs leur source : « *contrat, statut collectif, pouvoir unilatéral etc.* » (F. GUIOMARD, *Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur*, in *Droits fondamentaux et droit social*, (dir.) A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, Dalloz, 2005, p. 75).

[1084] A. SUPIOT, *Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?*, Dr. soc. 2003, p. 61.

[1085] « *Le processus de constitutionnalisation répond à une logique qui consiste en partie à donner un fondement constitutionnel aux diverses branches du droit en cristallisant à bon escient l'existant à ce rang, et non pas de révolutionner celles-ci* » (V. BERNAUD, *Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ?*, Dr. soc. 2007, p. 174). C'est ainsi que l'on a pu observé une jurisprudence tendant à renforcer *« une tendance décelée dans l'évolution contemporaine du droit du travail : l'affirmation des droits de la personne et plus largement des droits fondamentaux, comme la reconnaissance de la pertinence des normes constitutionnelles ou des conventions internationales dans les relations de travail* » (A. JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne,* in *Analyse juridique et valeur en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier,* Dalloz, 2004, p. 299).

304. Il faut encore dire un mot du contexte matériel dans lequel la loyauté exerce cette fonction normative de conciliation[1086], du reste commune dans sa substance aux relations individuelles et collectives de travail. En effet, la puissance des ressorts de la figure contractuelle dans les relations d'emploi contemporaines révèle également un paramètre central. Elle peut encore s'apparenter, du point de vue de l'antienne institutionnelle, originelle et spécifique en cette matière, à un véritable mouvement institutionnel[1087]. La contractualisation des relations de travail répond à des logiques « modernes » similaires, au premier rang desquelles la singularisation à titre individuel et la dérogation à titre collectif, susceptibles de répondre aux besoins prégnants d'adaptation économique et de flexibilité des conditions de production et d'emploi. Si la loyauté apparaît comme un outil particulier de la constitutionnalisation de la relation directe d'emploi, elle doit se conjuguer aussi avec la libération et l' « *auto-normisation* » de la relation collective ou individuelle. La conciliation vise alors également ce double phénomène, sous réserve cependant de deux remarques. D'abord, l'intégration au niveau relationnel privé des impératifs fondamentaux n'emporte pas systématiquement la faveur au salarié[1088], nous l'avons évoqué, l'employeur profite également, certes dans une moindre mesure, de l'octroi et de la clarification de fondements constitutionnels à ses prérogatives. De ce point de vue, le renouveau de la mobilisation contractuelle dans ces rapports n'apparait pas systématiquement en tension directe avec la protection des droits fondamentaux des salariés ; le concept contractuel,

[1086] Leur qualité, leur contenu, leur positionnement et leur rayonnement font des droits fondamentaux des normes. F. Guiomard explique ainsi que « *par leur genre, les droits fondamentaux appartiennent sans aucun doute à la catégorie des normes […]. Ils constituent des énoncés qui signifient un modèle qui a vocation à mesurer la conformité des comportements des destinataires avec ce modèle. Les droits fondamentaux constituent donc des normes, mais ce sont des normes particulières* » (F. GUIOMARD, *Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur*, in *Droits fondamentaux et droit social*, (dir.) A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, Dalloz, 2005, p. 75). Lorsqu'elle procède à un arbitrage visant à les concilier, la loyauté exerce bien une fonction normative.

[1087] CH. RADE, *La figure du contrat dans le rapport de travail*, Dr. soc. 2001, p. 802. L'auteur relève en ce sens l'envergure spectaculaire de l'évolution : « *Alors que la doctrine s'était légitimement interrogée, au début du vingtième siècle, sur le devenir du contrat dans les rapports juridiques fortement marqués par l'inégalité des parties et que certains avaient même parié sur sa disparition progressive, tout indique aujourd'hui que le contrat a magnifiquement résisté à l'épreuve du temps* ». La remarque s'applique parfaitement en droit du travail, puisque la matière a suscité tout particulièrement « *la crainte d'une disparition progressive de la figure du contrat* », augurant « *à ce que le rapport individuel de travail se trouve totalement happé dans un vaste statut, comparable à celui de la fonction publique* », et de conclure que « *là encore le contrat a conservé toute sa place au prix, il est vrai, d'un profond renouveau* ».

[1088] Si la faveur au salarié n'est pas systématique, c'est en revanche majoritairement le cas. J.-E. RAY relève à ce propos que « *l'évolution du droit contribue à réduire les sujétions qui s'imposent à l'individu salarié pour valoriser les droits qui appartiennent au citoyen par ailleurs salarié* », ce qui amène bien souvent « *en termes de droits fondamentaux* » à « *reléguer au second rang […] les exigences de l'entreprise […] liées à la liberté d'entreprendre*». De ce point de vue, l'article L. 1121-1 du Code du travail s'inscrit véritablement « *dans un but de protection du salarié des abus […] dans un contrat par essence inégalitaire* » (J.-E. RAY, *Du salarié citoyen au citoyen salarié*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011).

dont les applications sont généralement favorables à l'employeur, peut également être soutenu par la constitutionnalisation. Ensuite, il faut sans doute supposer un lien de cause à effet entre contractualisation et constitutionnalisation des interactions sociales de travail. La nécessité de recourir aux bénéfices contractuels de l'agencement des rapports de travail a emmené le recul des mécanismes protecteurs classiques, en ce qu'ils constituaient des entraves évidentes à la souplesse attendue du concept contrat – telles la dérogation *in melius* impérative en matière collective ou l'élaboration législative de statuts du travailleur en matière individuelle –, mais la nécessité de garantir effectivement les relations inter-individuelles a en même temps acquis la qualification d'une certitude absolue. L'ordre public de travail « strict » a donc reculé devant le renouveau contractuel, mais il s'est également renforcé et assoupli par sa constitutionnalisation[1089]. En reflet, la loyauté prend la forme d'une obligation de nature contractuelle véhiculant souplement des impératifs constitutionnels. La fonction de la loyauté ne permet en ce sens pas à elle seule de circonscrire la notion, et ne doit pas occulter sa nature.

LA LOYAUTE : UNE NOTION CONTRACTUELLE

305. La nature éminemment contractuelle de la loyauté s'entend évidemment, au premier chef, du fondement de la bonne foi dont elle est issue. La mobilisation audacieuse et optimale de l'article 1134 al. 3 du Code civil depuis les années 1980 constitue par ailleurs, s'il en était besoin, la preuve de « *la centralité retrouvée du contrat dans les relations de travail* »[1090]. Pour autant, à rebours des vœux d'un Portalis, la loyauté a inauguré l'édification d'un régime contractuel novateur et évolutif, dans la détermination duquel les juges ont amplement pris leur part et, loin des considérations idéologiques, semblent avoir acté de la nécessité de l'équité, mais également de l'utilité, de la régulation de l'ordonnancement des relations d'emploi. De ce point de vue, le renouveau contractuel en la matière ne s'entend pas d'une « *reconquête* »[1091] des postulats autonomistes et des présupposés volontaristes,

[1089] De ce point de vue, l'article L. 1121-1 du Code du travail constituerait le centre de détermination d'un ordre public social absolu de nature ou de source constitutionnelle, emmenant avec lui la conciliation, l'arbitrage, la justification et la proportionnalité.

[1090] Cette centralité, particulière dans la sphère du travail, ne s'y limite évidemment pas, et la vitalité du concept contrat transcende désormais toutes les matières juridiques, « *non seulement le contrat occupe toujours une place de choix dans le secteur des activités marchandes, ce qui est parfaitement logique, mais il a conquis d'autres sphères plus éloignées* » ; ainsi du droit administratif, de la famille, de la politique de l'emploi etc. ; « *tout aujourd'hui semble avoir été happé par la figure du contrat* » (CH. RADE, *La figure du contrat dans le rapport de travail*, Dr. soc. 2001, p. 802).

[1091] A Jeammaud souligne effectivement que le réinvestissement de la figure contractuelle n'a pas emporté « *reconquête* » des conceptions antérieures : « *le droit français ne revient pas au stade primitif où régnait la*

que l'on peut raisonnablement espérer abandonnés pour de bon. L'ère nouvelle de l'emploi est mondialisée, fragilisée et pressurisée d'enjeux politiques socio-économiques[1092]. Elle méritait bien une rénovation juridique, d'impulsion pratique. Et effectivement, le phénomène général de contractualisation des relations de travail s'est exprimé précisément « *par l'apparition de nouveaux concepts et de nouvelles techniques juridiques qui visent à dépasser l'opposition de l'hétéronomie et de l'autonomie* »[1093].

306. L'innovant régime contractuel que la loyauté, en conséquence, perfectionne, complète, enrichit ou corrompt – selon les interprétations –, n'a pas changé la substance de la matière, qui demeure ordonnée autour de l'illustre confrontation entre le pouvoir et la subordination, elle a cependant intégré de nouveaux impératifs et de nouvelles finalités – qui appréhendent le contrat comme un moyen et non plus une fin, l'insérant dans une logique juridique d'ampleur – ce qui manquait par ailleurs aux conceptions solidaristes centenaires et à l'élaboration du droit du travail, telle qu'elle s'est faite au cours des deux premiers tiers du XX^{ème} siècle, visant la *seule* protection immédiate de la partie faible.

307. Bien qu'elle serve selon nous des enjeux juridiques globaux, la loyauté est une notion éminemment contractuelle pour au moins deux raisons. D'une part, elle remplit sa fonction par l'utilisation du support contractuel, et d'autre part elle interfère dans la relation d'emploi par la mobilisation de ressorts et de techniques contractuelles, qu'elle impose de

---

liberté contractuelle (légitimée par la philosophie juridique, ou l'idéologie, de l'autonomie de la volonté) ». De même qu'il précise plus loin que « *la présence d'un contrat à la source de tout rapport d'emploi, et la soumission, par le Code du travail lui-même, de ce contrat spécial « aux règles du droit commun » sur tous les points qui ne font pas l'objet de règles spéciales (dérogatoires) ou particulières, ne débouchent pas sur une validité incontrôlée des clauses si fréquemment insérées dans les contrats de travail* » (A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415).

[1092] L'enjeu social et économique de l'emploi constitue incontestablement le défi majeur depuis le début des années 1970. Il n'y a qu'à s'attarder sur les nombreuses et diverses politiques d'emploi menées par le pouvoir politique depuis près de trois décennies pour s'en constituer un indice. J.-E. Ray évoque encore certaines évolutions qui participent incontestablement de l'affirmation selon laquelle « *Les temps ont changé* ». Ainsi de l'autorité et « *la discipline, fondement de toute productivité avec Taylor et Ford* » qui structuraient autrefois « *l'ensemble de la Société* », et qui désormais représente un modèle « *pyramidal […] devenu contre-productif pour les nouvelles générations de travailleurs du savoir* », qui n'ont plus pour moteur « *la peur d'un blâme* ». Ce sont « *désormais l'autonomie, la liberté qui est source de productivité* ». L'auteur relève encore que les « *collaborateurs se sentent aujourd'hui pleinement citoyens quand ils travaillent dans l'entreprise*, *[…] habitués davantage au consensus qu'à l'autorité, ils ne goûtent guère la subordination* », et sont attachés au respect, « *y compris de leur vie privée* ». Et de conclure que « *pour le droit du travail fondé sur la subordination et donc placé sous le signe de l'ordre public de protection, l'évolution est aussi considérable que redoutable* » (J.-E. RAY, *Du salarié citoyen au citoyen salarié*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011).

[1093] A SUPIOT, *Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?*, Dr. soc. 2003, p. 61.

nouvelles obligations ou précise les modalités d'exécution d'obligations antérieures[1094]. La loyauté participe en ce sens d'une redéfinition, voire d'une *réinvention* conceptuelle de l'acte conventionnel en matière d'emploi. Elle signe par ailleurs le retour au droit commun, par le relais de l'article 1134 al. 3 du Code civil, qui se révèle l'outil (très) privilégié de la « *la vigueur heuristique* »[1095] du concept contrat en matière d'emploi.

308. L'émergence de la notion ne pouvait, raisonnablement, se comprendre sans traiter des mouvements institutionnels qui ont affecté, et qui structurent désormais, le domaine de la loyauté. Il s'agit en ce sens d'une notion qui participe activement du réinvestissement conventionnel et du développement constitutionnel observés dans le rapport d'emploi. Ces présomptions, si elles renseignent sur la substance de la loyauté, ont cependant été dégagées en envisageant la loyauté comme une notion juridique, et sous le seul angle de son émergence. Il s'agit désormais de vérifier cette conception en appréhendant la loyauté comme une véritable obligation contractuelle, aux fins de confronter l'utilité de ses applications concrètes dans le rapport d'emploi, et surtout d'en délimiter l'exacte portée.

[1094] En effet, « *le fait que le rapport entre l'employeur et le salarié trouve sa source dans un contrat commande d'interpréter et traiter les éléments de ce rapport comme ceux d'un rapport contractuel, et les événements qui les affectent, comme des événements affectant un contrat. A cet égard, ce contrat de travail fonctionne comme une figure permettant de dire le sens « en droit » d'une situation sociale et d'opérations la concernant. Cette vocation se manifeste désormais avec une importance sans précédent* » (A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415).

[1095] A. JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne,* in *Analyse juridique et valeur en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier,* Dalloz, 2004, p. 299

PARTIE 2

L'UTILITE DE L'OBLIGATION DE LOYAUTE

309. L'obligation de loyauté dépasse, dans ses applications, les textes qui constituent ses fondements. En effet, au sens de l'article 1134 al. 3 du Code civil, « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi* », de même qu'aux termes de l'article L. 2262-4 du Code du travail, « *Les organisations de salariés et les organisations ou groupements d'employeurs, ou les employeurs pris individuellement, liés par une convention ou un accord, sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à en compromettre l'exécution loyale* ». Les formulations se révèlent en ce sens lapidaires et la loi, ailleurs, ne donne pas plus d'indication sur le contenu de l'obligation. C'est en conséquence à la jurisprudence que l'on doit non seulement l'application de la loyauté au stade de la formation contractuelle – le recrutement individuel et la négociation collective – (TITRE 1), mais également le développement considérable de l'obligation au stade de l'exécution contractuelle – davantage au sujet du contrat que de la convention (TITRE 2). On remarquera par ailleurs que si la jurisprudence a eu bien souvent l'initiative d'une manifestation de la loyauté, le législateur a, en de nombreuses hypothèses, consacrées par la suite les avancées prétoriennes.

TITRE 1 : L'OBLIGATION DE LOYAUTE DANS L'EDIFICATION DU RAPPORT D'EMPLOI

TITRE 2 : L'OBLIGATION DE LOYAUTE DANS LA REALISATION DU RAPPORT D'EMPLOI

TITRE 1

L'OBLIGATION DE LOYAUTE DANS L'EDIFICATION DU RAPPORT D'EMPLOI

310. Le principe général de loyauté préside à l'élaboration de tout contrat, y compris les conventions et accords collectifs. La phase est d'autant plus sensible que la qualité de son déroulement conditionne le contenu de l'acte et les obligations respectives auxquelles les parties se contraignent. L'édification n'est cependant pas d'une même nature dans la négociation collective et dans le recrutement individuel. Elle est cependant d'une égale importance. En effet, le processus du recrutement, sensible du point de vue des droits des candidats, conduit à former un contrat par lequel l'*adhérent* se verra placer sous la subordination de l'employeur. De la négociation collective, il résultera le cas échéant un acte dont le champ d'application dépasse ses auteurs et le contenu déroge aux normes supérieures. En tout état de cause, la phase de l'édification contractuelle se révèle déterminante à l'égard du rapport d'emploi appelé à s'établir entre les parties. Le processus libéralisé et autonomisé de la négociation collective posera en effet un cadre aux conditions de travail, de production et d'emploi, il participera également à organiser une sphère professionnelle donnée ; en cela la garantie d'une négociation loyale et sérieuse se révèle indispensable (CHAPITRE 1). Le nécessaire processus du recrutement individuel ne peut quant à lui se suffire d'un encadrement législatif objectif, fût-il conséquent, en ce que l'employeur demeure souverain, spécialement quant au choix de son cocontractant, en cela l'assurance d'une sélection et d'une appréciation loyale s'avère essentielle (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 : LA LOYAUTE DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE

CHAPITRE 2 : LA LOYAUTE DU RECRUTEMENT INDIVIDUEL

CHAPITRE 1

LA LOYAUTE DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE

311. L'obligation de loyauté s'attache à l'entier processus de négociation collective. Dans la mesure où elle contribue à garantir effectivement que les travailleurs participent, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail, elle apparaît nécessairement très tôt. En ce sens, la loyauté s'applique à la désignation des « *délégués* » et à la précision de la caractéristique « *collective* » de la participation normative. La loyauté est également une obligation contractuelle. A cet égard, elle s'attache aux comportements des parties dans l'élaboration de l'acte conventionnel et tend à garantir la sincérité et le sérieux du dialogue. La loyauté apparaît dès lors particulièrement étendue puisque ses applications visent à encadrer d'une part l'octroi de la qualité ou de la qualification des parties (SECTION 1), et d'autre part la conduite des négociations (SECTION 2).

SECTION 1

LA LOYAUTE DE L'IDENTIFICATION DES PARTIES A LA NEGOCIATION

312. L'impératif de loyauté qui irrigue la négociation collective s'intéresse légitimement en préalable à la qualité de ses acteurs. En ce sens, ses prescriptions s'appliquent aux processus participant de l'identification et de la qualification des négociateurs. Précisément, la loyauté se déploie dans les opérations issues du mode de désignation électorale « *de ceux qui, directement ou indirectement, deviendront négociateurs* »[1096] ; appliquée aux élections professionnelles, elle concourt alors à assurer leur légitimité (PARAGRAPHE 1). L'obligation de loyauté se trouve également dans la détermination des modalités de la participation collective des négociateurs ; appliquée aux aspects organisationnels de la négociation, elle tend à garantir l'utilité de leur implication (PARAGRAPHE 2).

[1096] F. PETIT, *Loyauté et sincérité lors des élections professionnelles*, colloque, Droit et loyauté, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 10 oct. 2014.

PARAGRAPHE 1 : LA LOYAUTE DANS LE MODE DE DESIGNATION ELECTORALE DES NEGOCIATEURS

313. Il s'agit de satisfaire aux exigences démocratiques applicables en matière électorale politique. Elles sont ici ramenées et justifiées par l'action réglementaire qui sera potentiellement menée *in fine* par le recours contractuel. La loi du 20 août 2008 s'est en ce sens inévitablement intéressée aux déterminantes élections professionnelles[1097], puisque ce sont elles qui permettront d'identifier les syndicats représentatifs. La matière électorale professionnelle se révèle de ce point de vue un enjeu considérable, amplifié par la multiplication des contentieux électoraux portés notamment par les syndicats et candidats malheureux. C'est encore une phase sensible, ce qui explique que la Cour de cassation ait la nullité « facile ». La jurisprudence a en effet un rôle prépondérant ici, et on remarque que d'une part les juges ont fortement étoffé les principes généraux du droit électoral, d'ordre public – et partant les irrégularités susceptibles d'affecter les élections[1098] –, et d'autre part ont corrélativement abaissé leur « seuil de tolérance »[1099]. En ce sens,

[1097] Sans pour autant poser clairement de principes généraux du droit électoral professionnel, ou reprendre formellement les impératifs dégagés par la jurisprudence. L'absence de régime légal à la campagne électorale dans l'entreprise demeure la lacune la plus évidente. Il en résulte que l'encadrement est quasiment exclusivement d'origine prétorienne (F. PETIT, *La campagne électorale dans l'entreprise*, JCP éd. soc. 19 mai 2009, n° 21, p. 1222), et largement issu des « principes » du Code électoral dédié aux élections politiques, sous réserve de quelques nécessaires inflexions (M. PATIN, *L'obligation de neutralité au cours de la campagne électorale dans l'entreprise*, JCP éd. soc. 16 octobre 2012, n° 42, p. 1428). La loi du 20 août 2008 a notamment modifié les règles applicables aux candidatures du premier tour du scrutin, sans remettre toutefois en cause le monopole des organisations syndicales représentatives (art. L. 2314-8, L. 2314-24, L. 2324-11 C. trav.). Les articles L. 2314-3 et L. 2324-4 disposent en ce sens désormais que les « *organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés* » et les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, peuvent aussi présenter des candidats au premier tour des élections. Sur les conséquences électorales de la loi d'août 2008 : L. PECAUT-RIVOLIER et F. PETIT, *Le redéploiement des forces syndicales, Enjeux et mesures de l'audience électorale*, Dr. soc. 2010, p. 1168 ; F. PETIT, *Les effets de seuils électoraux en matière syndicale depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 (à propos de deux arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation le 22 sept. 2010*), Dr. ouv. 2010, p. 655).

[1098] Pour l'ébauche d'une liste, non exhaustive mais documentée en référence aux applications jurisprudentielles, des irrégularités qui appellent « *à elles-seules* » une annulation des élections, et qui permettent de révéler, de fait, des principes généraux du droit électoral : G. FRANCOIS*, L'annulation des élections professionnelles pour violation des principes généraux du droit électoral*, JCP éd. soc. 12 juin 2012, n° 24, 1261. Il faut encore citer la définition des principes généraux du droit électoral, donnée par M. Cohen : « *le droit électoral est fondé sur les principes d'égalité, de neutralité et de citoyenneté que l'on peut transposer aux élections professionnelles : absence de discrimination dans l'électorat, neutralité de l'employeur, liberté d'exercice du droit de vote et de candidature* » (M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9ème éd. 2009, p. 294).

[1099] Alors même qu'un arrêt de principe rendu le 13 mars 1985 décidait que *« les irrégularités commises dans l'organisation et le déroulement du scrutin ne sont une cause d'annulation que si elles ont exercé une influence sur le résultat des élections* » (Soc. 13 mars 1985, Bull. civ. V, n° 164). De cette solution, il résulte que « *le*

l'irrégularité constatée, par nature en violation de ces PGD, « *justifie à elle-seule l'annulation des élections* »[1100], sans que soit nécessairement établie ou même supposée une influence sur le résultat du vote, et sur la détermination de la représentativité des syndicats ou des délégués syndicaux, suggérant que le régime s'approprie d'une certaine façon une théorie des apparences[1101]. L'absence de réponse pénale possible aux auteurs des irrégularités en matière électorale professionnelle a sans doute également sa part dans l'extension de la nullité[1102].

314. Quant à la loyauté, elle est, en cette matière, exclusivement prétorienne. Ce qui ne signifie pas qu'elle procède d'une logique de pure création. En effet, la Cour de cassation

---

défaut de validité du scrutin s'apprécie in concreto, c'est-à-dire à l'aune des résultats effectifs des élections et de leur comparaison avec les résultats qui auraient été obtenus en l'absence d'irrégularité » (Soc. 13 juill. 2004, Bull. civ. V, n° 215). Si cette jurisprudence a été réitérée et réaffirmée de nombreuses fois (Soc. 18 nov. 2008, Bull. civ. V, n° 225 ; JCP éd. soc. 2009, p. 1070, note KERBOURC'H), la Cour de cassation a progressivement ajouté des hypothèses d'irrégularité dans le déroulement des élections, justifiant que soit prononcée la nullité, sans que soit nécessairement apportée la preuve que l'irrégularité a entaché le scrutin. Des hypothèses qui font alors figure d' « *exceptions à cette règle* », et qui concernent notamment les cas où l'irrégularité a porté atteinte à la loyauté du scrutin. Mais encore les cas où l'atteinte concerne « *un texte d'ordre public (Soc. 27 janv. 2010, Bull. civ. V, n° 21 ; JCP éd. soc. 2010, n° 1175, obs. GAURIAU ; Soc. 2 mars 2011, Bull. civ. V, n° 62 ; D. Actualité, 15 mars 2011, obs. B. INES) ou aux principes généraux du droit électoral (Soc. 13 janv. 2010, Bull. civ. V, n° 7 ; D. 2010. IR 271, Pan. 2019, obs. ARSEGUEL ; RDT 2010, p. 314, obs. E. PESKINE ; Sem. soc. Lamy, n° 1429, p. 6, note PECAUT-RIVOLIER)* » (B. INES, *Détermination des irrégularités affectant les élections professionnelles*, D. Actualité, 15 mai 2012). G. François relève encore qu' « *au fur et à mesure des arrêts de la Cour de cassation, il est intéressant de relever que la liste des irrégularités majeures entraînant l'annulation de plein droit des élections professionnelles s'étoffe* ». Il s'agit par ailleurs de poser également le problème de « *la nécessaire détermination des principes généraux du droit électoral* » au regard du « *gage à la sécurité juridique* ». Puisqu'en effet, ces PGD, largement développés par la Cour de cassation, « *ne sont pas énumérés dans la loi, et la jurisprudence n'en a pas donné, à ce jour, de définition précise, indiquant simplement que la violation d'un de ces principes au cours du processus électoral, est de nature à affecter la sincérité du vote* » (G. FRANCOIS, *L'annulation des élections professionnelles pour violation des principes généraux du droit électoral*, JCP éd. soc. 12 juin 2012, n° 24, 1261). Il faut enfin relever que la même année 1985 a vu un autre arrêt fondateur, puisque la Cour de cassation énonce le 25 mars qu' « *à défaut de dispositions spéciales dans le code du travail, celles du droit commun électoral qui ont pour but de permettre un contrôle indispensable des conditions d'électorat et d'éligibilité sont applicables aux élections des représentants du personnel dans les entreprises* » (Soc. 25 mars 1985, n° 84-60856, Bull. civ. V, n° 206).

[1100] Il s'agit d'une formule récurrente dans la jurisprudence de la Cour de cassation ; « *lorsqu'elles sont « directement contraires aux principes généraux du droit électoral », les irrégularités commises au cours du scrutin ont pour conséquence d'entraîner ipso facto son annulation* ». Cette formulation « *permet d'ailleurs de protéger autant les principes généraux proprement dits que les règles textuelles, considérées comme d'ordre public, qui en sont la traduction* » (F. PETIT, *Principes généraux du droit électoral, Candidatures, Dépouillement*, Dr. soc. 2012, p. 534, au sujet de Soc. 28 mars 2012 pourvoi n° 11-16141 ; v. également : Soc. 13 janv. 2010 et Soc. 10 mars 2010, F. PETIT, *Les causes d'annulation d'un scrutin*, Dr. soc. 2010, p. 595).

[1101] Appliquée notamment par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement de l'article 6.1 de la Convention au droit administratif français, et plus spécialement l'institution du commissaire du gouvernement, jusqu'à imposer l'abandon de ce titre au nom d'un impératif d'impartialité exacerbé (CEDH, Kress c/ France, 7 juin 2001).

[1102] « *En matière professionnelle, il n'existe pas de sanctions pénales permettant de poursuivre les auteurs de ces faits et actes. C'est pourquoi la Cour de cassation n'apporte guère d'attention à leur origine. Son regard se porte davantage sur les effets : elle n'hésite pas à annuler les élections* » (F. PETIT, *Loyauté et sincérité lors des élections professionnelles*, colloque, Droit et loyauté, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 10 oct. 2014).

s'appuie largement sur le Code du travail et sur le Code électoral dès lors qu'il s'agit de participer au régime électoral de l'entreprise ou d'en étoffer les principes généraux. De ce point de vue, l'obligation participe du mouvement de détermination des bases d'une démocratie sociale similaire à l'intransigeante démocratie politique[1103], et justifie alors les nullités causées par le manquement « *à la loyauté du scrutin* ». Quand bien même les applications de la loyauté demeurent éclatées, elles tendent invariablement à garantir l'intégrité des élections, trahissant en ce sens sa fonction institutionnelle. On observe enfin que l'obligation ne se réserve pas au seul scrutin, aux seuls candidats ou encore aux seuls électeurs. Palliant parfois l'absence de texte explicite, elle rejoint et appuie généralement des impératifs communs, constants et intrinsèques à la matière électorale, tels la liberté, l'information, l'égalité, le secret du vote etc. Si l'obligation de loyauté ne se cantonne pas à un élément électoral en particulier, relevons qu'elle suit nécessairement les logiques de la matière. Malgré l'obligation de neutralité qui pèse sur lui[1104], l'employeur est largement

[1103] F. Petit relève en ce sens que les élections professionnelles « *n'ont pas cessé de vivre à l'ombre des élections politiques* ». Les différences fondamentales qui existent entre ces deux types d'élections, telles les qualités de l'électorat (éclaté et catégoriel pour les premières, citoyen et unitaire pour les secondes), et les enjeux électoraux (l'organisation des pouvoirs publics d'un côté, la défense des intérêts et la détermination des règles d'une collectivité restreinte de l'autre) n'empêchent pas en effet de fortes influences. Quand bien même il est vrai que la question électorale professionnelle, dans son origine (G. COUTURIER, *Droit du travail, Les relations collectives de travail*, 1994, PUF, Coll. droit Fondamental, p. 116) et son objet (L. PECAUT-RIVOLIER, *L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise*, Dr. soc. 2013, p. 502), demeure juridiquement spécifique, « *il existe pourtant un nécessaire point de rencontre sur la forme de la représentation mise en place : il s'agit, pour chaque collectivité concernée, de mettre en place des porte-parole et de s'en remettre à eux pour assurer l'expression collective du groupe considéré* ». Le cadre électoral politique sert ainsi de « *cadre institutionnel* » pour les « *élections sociales* » (G. VEDEL, *Comparaison du régime des élections sociales et du régime juridique des élections politiques*, *RFSP* 1953, p. 231), de même qu'il existe bien un « *droit commun électoral* » applicable aux élections organisées dans l'entreprise (B. PACTET, *Le droit des élections sociales*, Dr. soc. 1964, p. 134). F. Petit explique par ailleurs que « *sans même attendre l'intervention du législateur, le juge n'a pas hésité à citer en référence le droit électoral politique pour réglementer l'organisation des élections dans l'entreprise. La Cour de cassation avait décidé « qu'en l'absence d'accord préélectoral, fixant notamment les modalités de contrôle des opérations de vote, et à défaut de dispositions en la matière, (le juge) pouvait faire application des règles de droit commun électoral* » (Soc. 26 mai 1976, Bull. V, n° 330). De même, l'auteur souligne que le législateur est lui-même intervenu pour poser des références en la matière aux principes généraux du droit électoral, augurant « *d'une nouvelle méthode de transposition du droit électoral* », au sujet des articles L. 423-13 et L. 433-9 C. trav., issus de la loi n° 82 915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, devenus les articles L. 2314-23 et L. 2324-21, lesquels disposent notamment que « *les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales font l'objet d'un accord préélectoral entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales intéressées. Cet accord doit respecter les principes généraux du droit électoral* » (F. PETIT, *L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise*, Dr. soc. 2000, p. 603). De ce point de vue, si la matière électorale politique n'est évidemment pas parfaitement transposable à l'entreprise, son influence considérable, et croissante depuis plusieurs décennies, en matière d'élections professionnelles permet raisonnablement de suggérer le parallèle entre les enjeux de la démocratie politique et ceux de la démocratie sociale, laquelle absorbe au besoin, « instrumentalise » parfois, les principes généraux du droit électoral aux fins de les adapter aux particularités de l'entreprise (F. PETIT, *L'application sélective du Code électoral dans l'entreprise (vademecum du salarié électeur)*, Dr. ouv. 2014, p. 22), spécialement en matière de propagande électorale (M. PATIN, *L'obligation de neutralité au cours de la campagne électorale dans l'entreprise*, JCP éd. soc. 16 octobre 2012, n° 42, p. 1428).

[1104] Bien qu'elle ne figure « *ni dans le Code du travail ni dans le Code électoral* », cette obligation, fortement mobilisée, est qualifiée de « *principe essentiel du droit électoral* » par la Cour de cassation (Soc. 31 mai 2011, n°

débiteur en matière d'élections puisqu'il lui revient la charge de l'organisation. De ce point de vue, la neutralité ne s'entend pas de sa passivité[1105]. Il lui revient d'inviter les syndicats à négocier le protocole préélectoral dont l'objet est de fixer les modalités et le déroulement des opérations électorales[1106], mais encore d'en garantir effectivement le processus et le scrutin.

315. Etendue et transversale, l'obligation de loyauté s'applique, en tant qu'instrument de contrôle, tant à l'organisation des élections entendues au sens large (I), qu'à la phase cruciale et particulière du scrutin, entendu au sens matériel (II).

10-60228). On trouve cependant certaines sources légales : l'interdiction faite à l'employeur ou à ses représentants de faire pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale (art. L. 2141-7 C. trav.), l'interdiction faite aux représentants de l'autorité publique de « *distribuer des bulletins de vote, professions de foi et circulaires des candidats* » (art. L. 50 C. élect.), l'obligation faite à l'employeur d'octroyer *« des emplacements spéciaux pour l'apposition des affiches électorales d'une surface égale pour chaque candidat ou chaque liste* » (art. L. 51 C. élect.), la possibilité pour l'autorité de communiquer sur les élections mais seulement sur papier blanc (art. L. 48 C. élect.), l'ouverture de la campagne électorale du second tour seulement le lendemain du premier tour (art. R. 26 C. élect.). M. Patin tire de ces règles les principaux principes « *intégré par la Cour de cassation* » composant l'obligation de neutralité de l'employeur quant aux élections professionnelles : « *l'interdiction pour l'employeur de donner son opinion sur les candidats ; le traitement égal de tous les candidats ; le cantonnement de la communication de l'employeur sur les élections au rappel des règles légales ; l'absence de toute intervention de nature à inciter directement ou indirectement à voter en faveur d'une liste ou de prêter à confusion avec une liste ; l'attente du terme du premier tour avant d'organiser le second* ». En somme, cette obligation « *oblige l'employeur et ses représentants à rester en dehors des débats électoraux. Le terme de la campagne électorale leur permet de recouvrer l'intégralité de leur pouvoir de direction, ce qui les autorise à sanctionner les salariés ayant fait un usage disproportionné de leur liberté d'expression et à commenter le processus électoral clos. Demeure une réserve : ne pas exercer de pressions à l'encontre des syndicats* » (Crim. 2 sept. 2008, n° 07-81661, Bull. crim. 2008, n° 174, JCP éd. soc. 2009, 1019, note J.-F. CESARO). De ce point de vue, « *l'obligation d'une certaine forme de neutralité persiste en tout temps, à leur égard, dans l'entreprise* » (M. PATIN, *L'obligation de neutralité au cours de la campagne électorale dans l'entreprise*, JCP éd. soc. 16 octobre 2012, n° 42, p. 1428)

[1105] Sa passivité peut même, en de nombreuses hypothèses, constituer un manquement à l'obligation de neutralité, et entraîner l'annulation des élections. Pour exemple, un arrêt récent qui a jugé que : *« manque à son obligation de neutralité pendant les élections professionnelles, l'employeur qui laisse diffuser la veille et le jour des élections un tract anonyme mettant gravement en cause les représentants du syndicat précédemment élus et appelant à ne pas voter pour eux au premier tour* » (Soc. 7 nov. 2012, n° 11-60184, *De l'obligation de neutralité de l'employeur*, JCP éd. soc. 20 novembre 2012, n° 47). Il s'agit en tout état de cause d'un exercice difficile, voire périlleux pour l'employeur ; « *la frontière entre le (bon) organisateur et l'intervenant est parfois délicate* » note ainsi un conseiller référendaire à la Cour de cassation (L. PECAUT-RIVOLIER, *L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise*, Dr. soc. 2013, p. 502).

[1106] Les articles L.2314-23 et L. 2324-21 C. trav. disposent en ce sens, respectivement au sujet des élections des délégués et des représentants du personnel au comité d'entreprise, que « *Les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées, conclu selon les conditions de l'article L. 2314-3-1. Cet accord doit respecter les principes généraux du droit électoral. Les modalités sur lesquelles aucun accord n'a pu intervenir peuvent être fixées par une décision du juge judiciaire* ». Au sujet de la forme, du contenu et du régime légal et jurisprudentiel de cet accord : D. JOURDAN, *Le protocole d'accord préélectoral*, JCP éd. soc. 27 mars 2012, n° 13, 1132.

I : LA LOYAUTE QUANT A L'ORGANISATION DES ELECTIONS

316. Les élections professionnelles supposent, comme en matière politique, une phase de campagne électorale[1107] qui associe l'égalité et la liberté des candidats (1) à celle des électeurs, qui doivent par ailleurs disposer également de l'information aux fins d'exercer un choix éclairé au moment du scrutin (2).

A. La loyauté quant aux candidats

317. Avant même de s'appliquer aux candidats (2), la loyauté se trouve déjà dans le traitement des candidatures (1).

1. La loyauté quant au traitement des candidatures

318. La première liberté est ici celle de la candidature, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'en préciser les contours, et d'en sanctionner les entraves[1108].

319. Pour exemple, il a été jugé que « *l'employeur n'était pas juge de la validité des candidatures et qu'il ne pouvait les refuser quelle qu'en soit la raison sans décision préalable du tribunal d'instance* ». La même espèce a par ailleurs conduit à la censure des juges de première instance, alors même qu'avait été relevée cette règle, pour avoir refusé l'annulation au motif *« qu'il n'était pas établi que le rejet de la candidature de M. X... par le président de la mutuelle ait pu fausser le résultat des élections, le nombre de voix qu'il aurait pu obtenir à lui seul, si l'on prend pour référence le score obtenu par lui en 1993, n'apparaissant pas déterminant sur le résultat du scrutin* ». La Cour de cassation met en

[1107] Pour l'étude du régime largement prétorien de la campagne électorale dans l'entreprise : F. PETIT, *La campagne électorale dans l'entreprise*, JCP éd. soc. 19 mai 2009, n° 21, p. 1222.

[1108] Sur le monopole de présentation des candidatures au premier tour des syndicats représentatifs : Soc. 16 nov. 1993, n° 92-60306, Bull. civ. 1993, V, n° 275, p. 187, RJS 1994, n° 58 ; Soc. 28 mars 2012, n° 11-61180 ; F. PETIT, *Syndicat. Liste de candidats. Annulation des élections*, Dr. soc. 2012, p. 531 : « *Si les syndicats représentatifs peuvent choisir comme candidats soit leurs propres adhérents soit des salariés non syndiqués ou adhérents à une autre organisation syndicale, même non représentative, ils ne sont pas en droit, en raison du monopole de présentation des candidatures dont ils bénéficient au premier tour, de présenter une liste commune avec des syndicats non représentatifs* ». Lorsque les syndicats représentatifs présentent des salariés adhérents à une organisation syndicale non représentative, il doit être fait mention de leur appartenance à celle-ci. Ce monopole d'ordre public (Soc. 14 fév. 1984, n° 83-60947 ; Soc. 27 janv. 2010, n° 09-60103) ne bénéficie qu'aux organisations syndicales de salariés, et non aux sections syndicales (Soc. 30 mai 2001, n° 00-60159). Son non respect est une cause de nullité de l'élection, peu important son influence sur les résultats (Soc. 30 mai 2001, n° 00-60159).

œuvre de ce point de vue une protection stricte : *« le refus d'une candidature par l'employeur est une irrégularité de nature à fausser la loyauté du scrutin* », elle justifie à elle seule l'annulation[1109].

320. La Cour de cassation a encore mis en relation la liberté de candidature avec l'obligation de loyauté dans un arrêt du 13 octobre 2010, rendu, à l'inverse, au sujet d'un retrait de candidature tardif à l'initiative du candidat. La Cour rappelle effectivement qu'« *un syndicat ne peut présenter aux élections professionnelles un candidat sans son accord* ». En l'espèce, le candidat s'était désisté de sa liste à l'issue du premier tour et avait décidé de se présenter en tant que candidat libre titulaire pour le second tour. L'employeur, seul prévenu par le candidat, avait exécuté ses demandes, conformément à ses obligations, et modifié les bulletins et les listes en conséquence. Si la Cour de cassation a jugé qu'il ne revenait pas au syndicat « *de s'assurer de la persistance de cet accord entre les deux tours* », elle relève qu'en revanche, il devait « *être informé du retrait d'un candidat de la liste présumée reconduite pour le second tour* », et précise que « *le syndicat n'ayant pas été informé de ce retrait, ni par l'employeur ni par la candidate elle-même* », le défaut d'information « *d'un tel retrait de candidature constitue une irrégularité de nature à fausser la loyauté du scrutin* ». Peu importe enfin « *la signature sans réserves du procès-verbal de dépouillement des résultats* » ou la présomption que l'on pourrait tirer de l'absence de remarques immédiates, l'action « *visant à faire sanctionner par la juridiction compétente les irrégularités survenues durant les opérations électorales* » demeure recevable[1110].

321. S'il est question ici de sanctionner la liberté de candidature, il s'agit surtout de garantir la pleine information des électeurs et plus généralement de toutes les parties au scrutin (tel le syndicat ayant subi la défection jugée « *intempestive* », qui n'a, faute de temps, pas pu ajuster légitimement sa liste pour le second tour), aux fins de préserver la liberté de candidature du syndicat, et *in fine* la liberté de vote des électeurs[1111]. De ce point de vue, la

[1109] Soc. 18 mai 1995, n° 94-60333.
[1110] Soc 13 oct. 2010, n° 09-60233, Bull. 2010, V, n° 224 ; *Elections professionnelles : modification de la liste entre les deux tours*, D. 2010, p. 2523.
[1111] F. PETIT, *Les incidences d'un retrait de candidature*, Dr. soc. 2011, p. 107 (au sujet du même arrêt). L'auteur relève en effet qu'il est « *indispensable que soient connus des électeurs les éventuels désistements, pour maintenir intacte leur liberté de vote ; ce serait en effet tromper l'électeur que de le laisser donner son vote à un candidat qui s'est retiré. On ne peut donc être étonné que le défaut d'information des électeurs sur un tel retrait de candidature constitue une irrégularité de nature à fausser la loyauté du scrutin* ».

liberté de candidature au second tour, dont pouvait légitimement jouir le candidat[1112], doit ici céder devant les nécessités de l'intégrité de l'information relative à la généralité du scrutin. Il semble que l'on trouve les mêmes justifications dans un arrêt rendu le 2 juillet 2014 au sujet des élections de la délégation du personnel au CHSCT, lesquelles ont été annulées au motif que la modification de la composition des listes déclarées dans le délai imparti par le collège désignatif et consistant, postérieurement à l'expiration de ce délai, à fusionner trois listes en une seule, porte atteinte à la loyauté du scrutin[1113].

322. Il importe peu enfin de savoir, comme le relevait le pourvoi formé par l'employeur (arguant par ailleurs de l'information verbale du syndicat et par l'affichage des listes de candidats plus de quinze jours avant le second tour pour les électeurs), si cette irrégularité a pu exercer une influence sur le résultat du scrutin, le seul fait qu'elle soit constitutive d'une irrégularité constitue un manquement à l'obligation de loyauté du scrutin et justifie l'annulation, conformément aux décisions antérieures.

323. Il faut enfin souligner le fait que la Cour de cassation considère que « *les contestations afférentes aux conditions de présentation des listes électorales* », dont notamment la question de l' « *annulation des listes de candidats* »[1114], de la qualité de candidat ou de la contestation relative à la candidature, relèvent du contentieux de la régularité des opérations électorales, qui bénéficient d'un délai de contestation plus étendu, et non pas de celui de l'électorat, enfermé dans le délai de 3 jours[1115]. Une fois les candidatures valablement déclarées, la loyauté s'adresse encore aux candidats.

[1112] F. PETIT, *Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, D. 2005, n° 27, p. 1815 (« *l'article de référence* » selon L. PECAUT-RIVOLIER, *L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise*, Dr. soc. 2013, p. 502).

[1113] Soc. 2 juill. 2014, n° 13-60236. En l'espèce, la date limite de dépôt des candidatures avait été fixée au 24 juillet 2013, à minuit, et cinq listes avaient été valablement déposées. Le 29 juillet, jour de l'élection, et à peine 3h avant le scrutin, trois candidats qui s'étaient présentés séparément ont indiqué qu'ils avaient décidé de constituer une liste commune, et l'élection avait finalement attribué trois sièges à leur liste. La Cour de cassation, au visa des principes généraux du droit électoral, avait censuré le tribunal de première instance et décidé « *que le scrutin pour les élections des membres du CHSCT est un scrutin de liste et que toute candidature individuelle constitue une liste ; qu'il en résulte que la modification de la composition des listes déclarées dans le délai imparti par le collège désignatif consistant, postérieurement à l'expiration de ce délai, à fusionner trois listes en une seule, porte atteinte à la loyauté du scrutin* ».

[1114] Un arrêt de mai 2010 (Soc. 26 mai 2010, n° 09-60373), confirmé par une décision du 28 mars 2012 (Soc. 28 mars 2012, n° 11-16141 ; B. INES, *Détermination des irrégularités affectant les élections professionnelles*, D. Actualité, 15 mai 2012), a en effet jugé que la demande d'annulation d'une liste de candidats relève de la contestation de la régularité de l'élection. Dans les deux espèces, l'employeur avait également modifié une liste électorale entre les deux tours.

[1115] F. PETIT, *Principes généraux du droit électoral, Candidature, Dépouillement,* Dr. soc. 2012, p. 534.

2. La loyauté quant au traitement des candidats

324. L'égalité des candidats dans les élections professionnelles constitue un principe général du droit électoral que la Cour de cassation a clairement affirmé dans un arrêt du 11 mars 1992[1116]. Il emporte alors certaines conséquences tenant à la loyauté des élections professionnelles, telle « *une allocation égale des moyens aux candidats, comme doit l'être l'attribution des moyens entre les syndicats* »[1117]. Le débiteur de l'obligation est ici clairement l'employeur, qui doit, en raison de la neutralité qui lui est imposée, se garder de favoriser un ou plusieurs candidats.

325. La Cour de cassation a ainsi jugé que le fait, pour un comité de section, de signer une circulaire de soutien aux délégués sortants portant l'en-tête de la mutuelle et de demander au bureau national de débloquer des fonds pour payer l'expédition de ladite circulaire, a pour effet de conférer « *un caractère officiel à certaines candidatures* » et de rompre « *l'égalité des moyens de propagande des candidats* », ce qui porte atteinte à la loyauté du scrutin.

326. Par ailleurs, il est encore fait application de la sanction de nullité. La même espèce, en effet, portait dans les moyens au pourvoi l'affirmation selon laquelle « *il résulte des principes généraux du droit électoral que seule constitue une irrégularité grave de nature à altérer la sincérité du scrutin, la manœuvre qui a été de nature à influer sur les résultats de l'élection* » reprochant ainsi au juge de première instance l'absence de recherche de l'impact avéré au scrutin. La Cour de cassation, précisant la « *matière d'ordre public de la*

[1116] Soc. 11 mars 1992, Bull. V, n° 174, p. 107. V. également : F. PETIT, *L'égalité de traitement comme principe général du droit électoral*, JCP éd. soc. 15 avril 2014, n° 15, p. 1152, au sujet de Soc. 14 janv. 2014, n° 13-60165 et 13-60166 ; l'auteur suggérant par ailleurs que l'égalité qui vaut « *entre les syndicats-personnes morales* » peut « *aussi être invoquée entre les candidats-personnes physiques* ». Au sujet de la différenciation entre le syndicat et le candidat, un arrêt du septembre 2011 a pu décider que « *le score électoral exigé d'un candidat pour sa désignation en qualité de délégué syndical est un score personnel qui l'habilite à recevoir mandat de représentation par un syndicat représentatif* » (Soc. 28 sept. 2011, n° 10-26762). Cette solution, au demeurant justifiée, « *n'en présente pas moins un inconvénient sur le terrain de la loyauté électorale. […] En effet, elle paraît tolérer la pratique indélicate et contestable consistant pour un salarié à se présenter sous une étiquette, pour une fois le score voulu obtenu, se faire désigner par une autre* » (L. PERRIN, *Élections professionnelles : score électoral = score personnel*, D. actualité, 27 octobre 2011). Au sujet de la question de savoir si le vote des électeurs est déterminé par la personne du candidat ou par son affiliation syndicale (à ce sujet : P.-H. ANTONMATTEI, *Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008*, Dr. soc. 2008, p. 773), L. Perrin juge par ailleurs que si « *la part déterminante de chaque élément est fonction de la personne de chaque électeur, […] la double fonction attribuée aux élections professionnelles depuis la loi du 20 août 2008 exige que l'on appréhende la signification du vote des électeurs sous ces deux aspects* ».

[1117] F. PETIT, *L'égalité de traitement entre les syndicats*, D. 2002, n° 1, Jurisp., p. 34.

contestation de la régularité des opérations électorales » a une fois de plus répondu que la seule irrégularité affectant la loyauté du scrutin justifie l'annulation des élections[1118].

327. Les notions d'égalité, d'information et de loyauté semblent par ailleurs invasives en la matière, puisqu'elles s'appliquent encore dans la désignation non électorale des représentants syndicaux. La Cour de cassation a en ce sens pu juger que « *ni un usage de l'entreprise ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent modifier les dispositions légales relatives au nombre des délégués syndicaux ; […] il s'ensuit que l'employeur qui décide unilatéralement d'autoriser la désignation de délégués syndicaux alors même que la condition d'effectif n'est pas remplie, peut unilatéralement décider de revenir à l'application des textes légaux qui n'ont cessé d'être applicables, sous réserve de ne pas méconnaître le principe d'égalité entre tous les syndicats concernés et, pour répondre à l'exigence de loyauté qui s'impose en la matière, de les en informer préalablement* »[1119].

328. Les négociateurs potentiels ne sont cependant pas les seuls visés par l'obligation de loyauté, et celle-ci s'applique encore à leurs électeurs.

B. La loyauté quant aux électeurs

329. L'obligation de loyauté trouve une application naturelle lorsqu'il s'agit de sanctionner « *les contraintes exercées sur les électeurs* »[1120] (2), et plus surprenante lorsque sont en cause « *les manœuvres des électeurs* »[1121] (1).

1. La loyauté quant aux « *manœuvres des électeurs* »

330. Il faut citer ici un arrêt rendu le 8 décembre 2010 au sujet du vote électronique, et des nouvelles techniques de fraude qu'il a pu engendrer. En l'espèce, des délégués syndicaux ont saisi le tribunal d'une demande d'annulation des élections des membres du Conseil

[1118] Soc. 18 déc. 1991, n° 90-60490 et 90-60492, Bull. civ. 1991, V, n° 596, p. 370 ; F. PETIT, *La propagande électorale dans l'entreprise*, JCP éd. soc. 2009, 1222, p. 18.
[1119] Soc. 25 janv. 2012, n° 11-14151, Bull. 2012, V, n° 30 ; Soc. 10 oct. 2012, n° 11-60197 ; Soc. 15 janv. 2013, n°12-11751.
[1120] F. PETIT, *Loyauté et sincérité lors des élections professionnelles*, colloque, Droit et loyauté, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 10 oct. 2014.
[1121] *Ibid*.

d'administration d'une mutuelle, arguant notamment de la collecte frauduleuse des codes internet nécessaires au vote. Alors que les juges de première instance avaient admis plusieurs éléments ; tel un vote majoritairement effectué par la voie électronique, l'annulation par le vote interne de plus de 50% des votes par correspondance, et la preuve du fait que cinquante votes avaient été envoyés par voie électronique, par l'intermédiaire d'un même poste et de la même adresse IP en un temps record de 40 minutes, ils ont cependant refusé de tirer de ces constats, et notamment de celui du double vote, l'établissement de la collecte frauduleuse des codes numériques et la détention suspecte par une personne unique des codes internet d'au moins cinquante électeurs. Le Tribunal, prudent, avançait ainsi la possibilité que les votants aient cru devoir confirmer par correspondance le vote issu de la nouvelle procédure électronique mise en place, de même qu'il relevait l'absence de preuve d'une remise forcée des codes internet au profit d'un responsable syndical, ou encore du détournement d'une éventuelle délégation informelle.

331. La Cour de cassation, lapidaire, tire de la seule existence des « *irrégularités constatées* », sans même que soit nécessaire l'établissement de votes frauduleux, que celles-ci « *étaient de nature à entacher la loyauté et la sincérité du scrutin* », au visa des seuls principes généraux du droit électoral, admettant au passage que l'impératif de loyauté des élections en fait bien partie. Elle confirme encore que ces irrégularités « *constituent une cause d'annulation des élections* » à elles seules[1122].

332. L'obligation de loyauté, si elle peut conduire à sanctionner le comportement des électeurs, commande également de protéger leur liberté de vote.

2. La loyauté quant aux « *contraintes sur les électeurs* »

333. Dans un arrêt du 28 février 1989, la Cour de cassation a jugé que les contraintes exercées sur le vote d'électeurs lors des élections des délégués du personnel constituaient des irrégularités qui, compromettant « *dans son ensemble la loyauté du scrutin entraînaient l'annulation des élections* ». Peu important qu'en l'espèce le Tribunal n'ait pas répondu « *à l'argument essentiel […], à savoir d'une part, que les irrégularités n'étaient pas établies et qu'en tout état de cause ces irrégularités à supposer qu'elles le*

[1122] Soc. 8 déc. 2010, n° 10-60173 et 10-60174.

soient étaient sans influence sur le résultat du scrutin », et peu important enfin que celles-ci n'aient pu être clairement imputées à l'employeur[1123].

334. A noter également un arrêt rendu le 20 juin 2012 au sujet de l'individualisation et de la distribution sélection des bulletins de vote selon les catégories d'électeurs. Les juges ont ici encore estimé que ces éléments étaient de nature à porter atteinte à la loyauté ainsi qu'à la sincérité du scrutin et constituaient une irrégularité directement contraire aux principes généraux du droit électoral, de sorte que le scrutin devait être annulé[1124].

335. La Cour de cassation protège la liberté de vote des électeurs-travailleurs. De ce point de vue, il apparaît légitime que l'existence de faits susceptibles de provoquer une confusion ou un trouble dans leur esprit avant ou au moment du suffrage entraîne son annulation, de même que l'organisation matérielle du scrutin appelle nécessairement la mise en place de contrôles particuliers.

II : LA LOYAUTE QUANT A L'ORGANISATION DU SCRUTIN

336. Le scrutin constitue, si ce n'est la phase cruciale, du moins le moment décisif des élections[1125]. En conséquence, l'obligation de loyauté concerne tant les dispositifs matériels qui permettent d'en garantir le secret et la sincérité (A), que les dispositifs humains qui visent à en contrôler le déroulement (B).

A. La loyauté quant aux dispositifs matériels de contrôle du scrutin

337. Le secret et la sincérité d'un vote loyal suppose que sa confidentialité soit assurée par des dispositifs permettant l'isolement (2). L'usage de bulletins blancs identiques par principe à tous les candidats et toutes les listes se révèle garant de l'égalité et assure en cela la liberté de vote (1).

[1123] Soc. 28 fév. 1989, n° 88-60516, Bull. civ. 1989, V, n° 149, p. 90.
[1124] Soc. 20 juin 2012, n° 11-20392.
[1125] En ce sens, les contestations portant sur son déroulement matériel et sa régularité bénéficient évidemment d'un délai de 15 jours à compter de la proclamation des résultats (F. PETIT, *Principes généraux du droit électoral, Candidature, Dépouillement,* Dr. soc. 2012, p. 534). Précisons toutefois que « *la sincérité ne peut se limiter au seul scrutin lui-même* », les principes d' « *égalité, la liberté des élections* » s'ajoutent à cette fin au « *caractère secret du vote* » (R. GHEVONTHIAN, *La notion de sincérité du scrutin,* Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 13, janvier 2003).

1. La loyauté dans l'utilisation de bulletins blancs

338. La Cour de cassation a pu juger en effet que « *l'utilisation de bulletins blancs pour tous les candidats, comme le prévoit l'article 66 du Code électoral en matière d'élections politiques* » était impérative, et « *qu'il ne peut être fait exception à ce principe dans l'intérêt des électeurs, que lorsque le justifient des circonstances particulières constatées soit par le protocole préélectoral, soit par le juge saisi d'une contestation portant sur l'organisation des élections* »[1126]. En l'espèce, un protocole d'accord avait prévu l'usage de papiers de couleurs aux fins de différencier les bulletins de chaque syndicat. Le Tribunal avait annulé les élections en retenant que le protocole d'accord en cause n'avait pas été signé « *par toutes les organisations syndicales, et qu'à défaut d'accord de toutes les parties concernées, la clause prévoyant l'emploi de papiers de couleur pour le vote n'était pas applicable* ». Une fois encore, la Cour est indifférente à la question de savoir si la faible différenciation de couleurs de certains des bulletins de vote avait pu entraîner une confusion dans l'esprit de l'électeur, ou empêcher les électeurs d'exercer leur choix de façon éclairée entre les listes de candidats en présence, bref fausser le résultat du scrutin[1127].

339. Précisons également que la décision est rendue « *en vertu des principes généraux du droit électoral* », et que l'utilisation des bulletins blancs traduit « *l'égalité des candidats [...] dans les élections professionnelles* »[1128].

340. Les moyens matériels nécessaires au scrutin doivent être fournis par l'employeur, c'est donc sur lui que pèse ces obligations. Il en est de même au sujet des dispositifs permettant l'isolement.

[1126] Tel est le cas, par exemple de l'entreprise qui compte un nombre important de travailleurs étrangers lisant peu ou mal le français. En l'espèce, l'utilisation de bulletins de couleur devait pallier l'analphabétisme des salariés, et la Cour de cassation a pu juger de l'existence de circonstances particulières (Soc. 24 fév. 1993, n° 91-60313).

[1127] Sur ce sujet : M. BERAUD, *La nouvelle fonction des élections professionnelles*, Sem. soc. Lamy 2011, n° 1485.

[1128] Soc. 11 mars 1992, n° 91-60160, Bull. 1992, V, n° 174, p. 107. Il faut encore relever que la fourniture de bulletins de votes blancs est possible. La Cour de cassation a précisé en ce sens « *qu'aucun texte n'interdit aux électeurs de voter blanc et qu'aucune disposition légale ne prohibe la mise à la disposition de ces derniers par l'employeur de bulletins blancs leur permettant d'user de la faculté qui leur est ainsi offerte […], la mise à disposition de bulletins blancs ne constitue donc pas une pression de l'employeur sur les élections* » (Soc. 25 fév. 1992, n° 89-61135 ; Soc. 30 oct. 1996, n° 95-60882). Un arrêt antérieur avait également décidé que le fait de mettre des bulletins blancs à la disposition des électeurs permettait à ceux-ci d'exprimer leur sentiment, et n'était pas en lui-même constitutif d'une pression de la part de l'employeur (Soc. 28 nov. 1984, n° 83-63622).

2. La loyauté dans la nécessité de l'isolement

341. L'isolement est le moyen qui, par nature, garantit le secret du vote, impératif au sens des articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du Code du travail, lesquels disposent que « *l'élection a lieu au scrutin secret* » pour les délégués du personnel et les représentants du Comité d'entreprise.

342. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'il était nécessaire que les électeurs bénéficient d'un dispositif permettant l'isolement, aux fins de voter. Au Tribunal qui relevait d'une part que le demandeur à l'annulation du scrutin ne justifiait pas « *que l'absence d'isoloir ait pu porter atteinte au secret du vote et […] d'autre part que les irrégularités alléguées dans le déroulement des opérations électorales ont été sans influence sur le résultat du scrutin* », la Cour oppose la cassation[1129]. Il a également été précisé, dans un arrêt du 9 juin 1998, que la méconnaissance de la règle du scrutin secret entraînait la nullité des élections ; en l'espèce, le collège électoral avait voté « *à main levée, candidat par candidat* », et la Cour de cassation avait pu préciser que si le secret du vote comprend l'isolement, les élections se font également « *au scrutin secret sous enveloppe* »[1130], sauf bien entendu en cas de recours au vote électronique[1131].

343. Si l'enjeu de modernisation[1132] a nécessairement emporté l'admission juridique de ce procédé particulier, le législateur n'a pas omis l'élaboration d'un régime impératif[1133], que

[1129] Soc. 26 mai 1998, n° 97-60092, Bull. 1998, V, n° 279, p. 212 ; RJS 98, n° 876.
[1130] Soc. 9 juin 1998, n° 96-60455.
[1131] Comme le prévoit les articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du Code du travail au sujet respectivement des élections des délégués du personnel et des représentants au comité d'entreprise : « *L'élection a lieu au scrutin secret sous enveloppe ou par vote électronique, dans les conditions et selon les modalités définies par décret en Conseil d'Etat. La mise en œuvre du vote par voie électronique est subordonnée à la conclusion d'un accord d'entreprise* ».
[1132] De même que la volonté des entreprises de voir réduits les coûts financiers de « *la participation électorale* » (S. BEROUD, *L'essor du vote électronique dans les élections professionnelles : un terrain d'expérimentation ?*, Dr. soc. 2013, p. 522).
[1133] La Cour de cassation, confrontée aux évolutions issues des nouvelles TIC, avait d'abord refusé le recours au vote électronique (Soc. 20 oct. 1999, n° 98-60359, Bull. civ. V, n° 390 ; D. 1999, IR 254). C'est la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 qui a autorisé cette pratique, suivie d'un décret et d'un arrêté du 25 avril 2007 précisant les conditions et les modalités de vote électronique pour l'élection des délégués et des représentants du personnel au comité d'entreprise (J. DALEAU, *Vote électronique pour les représentants du personnel*, D. Actualité 30 avril 2007). Le décret insère l'article R. 423-1-2 (devenu R. 2314-8 à R. 2314-21) pour l'élection des premiers, et R. 433-2-2 (devenu R. 2324-5 à 2324-17) pour celle des seconds. On relève notamment, parmi les dispositions ainsi mises en place, les articles R. 2314-9 et R. 2324-5 C. trav., qui disposent que : *« le système retenu assure la confidentialité des données transmises, notamment de celles des fichiers constitués pour établir les listes électorales des collèges électoraux, ainsi que la sécurité de l'adressage des moyens d'authentification, de l'émargement, de l'enregistrement et du dépouillement des votes* ». La jurisprudence a accepté la licéité des

la jurisprudence a par ailleurs pu préciser[1134]. Ajoutons enfin que la Cour de cassation impose les mêmes exigences de confidentialité en matière de vote électronique, aux fins de garantir là encore impérativement la sincérité du scrutin[1135].

344. Quant aux votes physiques « classiques », il a été jugé que l'installation d'isoloirs proprement dits n'est pas obligatoire dans la mesure où le secret du vote est respecté. En ce

élections issue du vote électronique dans un arrêt du 8 décembre 2004, en précisant toutefois que les dispositions du protocole d'accord doivent garantir « *l'identité des électeurs ainsi que la sincérité et le secret du vote électronique, comme la publicité du scrutin, conformément aux principes généraux du droit électoral* » (Soc. 8 déc. 2004, n° 03-60509 ; Bull. civ. V, n° 321 ; F. PETIT, *2004-2005 : deux années de jurisprudence en matière d'élections professionnelles*, CSBP 2006, n° 179, p. 162). Depuis, « *la Cour de cassation s'est montrée soucieuse d'en assurer l'effectivité ; elle s'attache toutefois à vérifier scrupuleusement l'existence de garanties qu'il revient aux partenaires sociaux de négocier pour assurer la fiabilité du système électoral - en particulier la confidentialité du vote - et la sincérité du scrutin* » (F. PETIT, *Le vote électronique est-il adapté aux élections des représentants du personnel ?*, RDT 2012, p. 413).

[1134] Pour exemple, au tribunal qui soutenait que la décision d'y recourir devait être confirmée dans le protocole préélectoral, et qu'en l'absence d'accord majoritaire sur ce point, le juge, qui ne pouvait décider de la mise en place d'un vote exclusivement électronique, devait enjoindre l'employeur à organiser « *un double mode de scrutin, électronique et sous enveloppe avec bulletins secrets* », la Cour de cassation a répondu, sur le fondement des articles L. 2314-21 et R. 2324-4 C. trav., que « *dès lors qu'un accord d'entreprise prévoit le recours au vote électronique, les modalités de mise en œuvre de ce procédé peuvent, en l'absence de protocole préélectoral valide, être fixées par l'employeur ou, à défaut, par le tribunal d'instance, dans les conditions prévues par l'accord d'entreprise* » (Soc. 4 juin 2014, n° 13-18914, *Elections professionnelles (vote électronique) : fixation par le tribunal des modalités de mise en œuvre*, D. 2014, p. 1282). V. également B. INES, *Clarifications sur les conditions de conclusion des accords relatifs au vote électronique*, D. Actualité, 20 octobre 2011, au sujet de Soc. 28 sept. 2011, n° 10-27370 : « *Si le protocole d'accord préélectoral fixant les modalités de mise en œuvre du vote électronique doit satisfaire aux conditions de majorité prévues aux articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code du travail, l'accord d'entreprise autorisant le recours au vote électronique est soumis aux conditions prévues à l'article L. 2232-12 du même code* ».

[1135] Pour exemple, dans les élections syndicales, il a été jugé qu' « *Ayant constaté que les dispositions prises par l'employeur assuraient, conformément aux articles R. 2314-9 et R. 2324-5 du Code du travail la confidentialité du vote électronique et que le technicien informatique de l'entreprise, soumis, aux termes des articles R. 2314-12 et R. 2324-8 du Code du travail, à une obligation de confidentialité, s'était connecté aux postes des salariés à leur demande expresse pendant les opérations de vote, le tribunal a pu en déduire que n'était caractérisée aucune atteinte à la sincérité du scrutin* » (Soc. 14 nov. 2013, n° 13-10519, D. 2013, p. 2704). De même, en matière d'élections des représentants et délégués du personnel, sur le fondement des alinéas 2 des mêmes articles R. 2314-9 et R. 2324-5, la Cour énonce que « *l'envoi de leurs codes personnels d'authentification sur la messagerie professionnelle des salariés, sans autre précaution destinée notamment à éviter qu'une personne non autorisée puisse se substituer frauduleusement à l'électeur, n'était pas de nature à garantir la confidentialité des données ainsi transmises, ce dont il résultait que la conformité des modalités d'organisation du scrutin aux principes généraux du droit électoral n'était pas assurée* », et les élections devaient être annulées (Soc. 27 février 2013, n° 12-14415, *Elections professionnelles : vote électronique*, D. 2013, p. 645). Peu importait par ailleurs qu'en l'espèce, le protocole préélectoral ait prévu que l'envoi sur la boîte mail soit doublé d'un envoi du mot de passe au domicile, que le site web était sécurisé, que le flux de vote et celui de l'identification soient séparés, « *en sorte que l'opinion émise par l'électeur sera cryptée et stockée dans une urne électronique dédiée, sans lien aucun avec le fichier d'authentification des électeurs* ». Il faut, selon J. Siro, apprécier l'intransigeance de cette solution à la lumière de la jurisprudence relative à la consultation patronale de la messagerie professionnelle du salarié. En proscrivant ce procédé de communication, aux fins d'éviter qu'une tierce personne n'ait une connaissance frauduleuse des codes, ou se substitue à l'électeur, la Cour semble effectivement concilier les modalités de la confidentialité de l'organisation du vote électronique avec les pouvoirs de surveillance de l'employeur. En effet, « *sauf règlement intérieur restreignant le pouvoir de consultation de l'employeur, les courriels reçus par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, si bien que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf s'ils sont identifiés comme personnels* » (J. SIRO, *Élections professionnelles et modalités d'organisation du vote électronique*, D. Actualité 5 avril 2013).

sens, le Tribunal qui relève « *qu'à l'intérieur même du bureau de vote […], les électeurs ont eu la possibilité de s'isoler à l'abri des regards derrière un rideau et qu'un bureau inoccupé face à celui où se déroulaient les élections, avait été mis à leur disposition* » juge à bon droit que les élections n'ont pas été entachées d'irrégularités en affectant la validité[1136].

345. Il faut encore préciser que ces dispositions sont d'ordre public, et qu'un accord collectif ne peut déroger au respect de l'impératif du secret du vote[1137]. Un arrêt plus récent a établi un lien direct entre le secret, la sincérité et la loyauté du scrutin. Le 13 janvier 2010, la Cour de cassation a en ce sens prononcé l'annulation d'élections au motif, entres autres irrégularités, « *que le vote n'avait pas eu lieu au scrutin secret, ce qui était de nature à fausser sa loyauté et sa sincérité* »[1138]. Ici encore, il importait peu que de savoir si ces « *prétendues irrégularités dans l'organisation du scrutin pouvaient […] avoir eu une quelconque influence sur les résultats du scrutin* »[1139].

346. Les juges du contentieux électoral ont pu, à plusieurs reprises, lier la loyauté du scrutin à sa sincérité, ainsi qu'à l'impératif du vote secret[1140] : « *en organisant un vote secret,*

[1136] Soc. 12 oct. 2000, n° 99-60368 : « *Mais attendu que l'obligation de respecter et d'assurer le secret du vote n'impose pas l'installation d'isoloirs identiques à ceux utilisés pour les élections politiques, dès lors que les électeurs bénéficient d'un dispositif leur permettant l'isolement* ».

[1137] « *La règle de départage prévoyant, pour les élections interne au comité d'établissement, qu'en cas d'égalité des voix « est élu le candidat pour lequel a ou ont élu le ou les élus des listes ayant obtenu le plus grand nombre de suffrages aux élections du comité d'entreprise » a été considérée comme contraire à la règle du secret du scrutin* » (Soc. 9 juin 1998, RJS 1998, n° 884, p. 569 ; cité par F. PETIT, *Loyauté et sincérité lors des élections professionnelles*, colloque, Droit et loyauté, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 10 oct. 2014).

[1138] Cette notion de « sincérité du scrutin » est effectivement « *l'une des plus répandues du droit électoral* ». R. Ghevonthian relève en ce sens que « *le juge électoral, quel qu'il soit, l'utilise très fréquemment dans ses décisions et lui fait même jouer un rôle majeur puisque c'est son respect ou son atteinte qui détermine, le plus souvent, le sort du contentieux en cours* ». Il apparait en conséquence que la sincérité du scrutin constitue « *le révélateur de la volonté réelle de l'électeur* ». La notion recouvre alors « *un rôle essentiel en ce sens qu'elle permet de s'assurer que le système a bien fonctionné et que le véritable choix conscient des électeurs a bien été pris en compte* ». Si « *celle-ci ne peut pas être connue de manière certaine, et donc qu'il est impossible de connaître avec certitude le choix majoritaire des électeurs, l'élection est annulée par le juge* » (R. GHEVONTHIAN, *La notion de sincérité du scrutin*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 13, janvier 2003).

[1139] Soc. 13 janv. 2010, n° 08-18802.

[1140] F. PETIT, *Le vote électronique dans l'entreprise*, JCP éd. Soc. mai 2008, p. 17. « *Secret du vote, loyauté et sincérité du scrutin ne sont pas synonymes, même s'il existe un lien étroit entre les trois. La sincérité d'un scrutin ne peut être confondue avec la liberté de l'électeur et, son corollaire, le secret du vote, même s'il existe un lien étroit entre les trois* ». L'auteur souligne encore que « *la Cour de cassation fait référence, pour contrôler la régularité d'un scrutin, au principe de sincérité, qu'elle désigne parfois principe de loyauté du scrutin* ». Pour exemple, un arrêt de février 2000 (Soc. 9 févr. 2000, RJS 2000, n° 299, p. 1999 : « *en cas de vote par correspondance, la signature de l'électeur sur l'enveloppe extérieure, renfermant celle contenant le bulletin de vote, est une formalité substantielle qui a pour objet d'assurer la sincérité des opérations électorales, principe auquel un protocole d'accord préélectoral, même unanime, ne peut déroger* »), ou un autre de juillet 2005 (Soc. 6 juill. 2005, n° 04-60422, RJS 2005, n° 1010 : ayant « *constaté que, dans un certain nombre de cas, la liste d'émargement avait été complétée aux lieu et place des votants par les membres du bureau de vote, ce qui ne*

l'employeur met en place des conditions de vote qui permettent à la loyauté de s'imposer : l'électeur échappera aux pressions diverses qui peuvent se manifester dans l'entreprise. Par ailleurs, cette loyauté est de nature à assurer la sincérité du scrutin : effectivement, le vote qui est exprimé de manière secrète et sereine tend à devenir sincère »[1141].

347. Encore faut-il cependant garantir l'expression du vote intègre. C'est ici qu'interviennent les mécanismes et dispositifs de contrôle humain, au premier rang desquels on trouve le bureau de vote : *« les opérations de dépouillements permettent une transcription exacte et fidèle de l'expression des votes ; c'est pourquoi la sincérité du scrutin, qui se révèle surtout au moment de l'ouverture des bulletins et de leur comptabilisation, doit permettre la mise en place de mécanismes de contrôle extérieur du déroulement du scrutin, d'authentification de la liste d'émargement et de sauvegarde des votes, en cas d'incidents* »[1142]. L'obligation de loyauté pèse en ce sens également sur la détermination des personnes et des groupes autorisés à intervenir dans le contrôle du scrutin.

B. La loyauté quant aux personnes chargées de contrôler le scrutin

348. S'il s'agit principalement d'évoquer la composition du bureau de vote (1), la jurisprudence a toutefois admis que les représentants syndicaux mandatés et les candidats puissent participer aux opérations de contrôle du scrutin (2).

1. La loyauté dans la composition du bureau de vote

349. Dans un arrêt rendu le 27 mai 1987, elle a jugé que le fait que le directeur régional, salarié non électeur, et en contravention aux dispositions du protocole d'accord préélectoral, se soit porté président de l'unique bureau de vote, et ait choisi comme second assesseur une personne non inscrite sur les listes électorales constituaient, « *en raison de l'importance des attributions du bureau de vote, des irrégularités graves qui, par leur*

---

permettait pas de garantir la sincérité du scrutin […] »). Enfin, il est observé que « *le législateur respecte lui aussi cette distinction entre « sincérité » du scrutin et « liberté » des électeurs, par exemple lorsqu'il prévoit, à l'article L. 2324-9 du code du travail, la mise en place judiciaire, préalablement aux élections, « d'un dispositif de contrôle de leur régularité, de la liberté et de la sincérité du scrutin » »* (F. PETIT, *Principes généraux du droit électoral, Candidature, Dépouillement,* Dr.soc.2012, p. 534).

[1141] F. PETIT, *Loyauté et sincérité lors des élections professionnelles*, colloque, Droit et loyauté, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 10 oct. 2014.

[1142] F. PETIT, *Principes généraux du droit électoral, Candidature, Dépouillement,* Dr.soc.2012, p. 534

nature, portent atteinte au déroulement normal des opérations électorales, compromettent dans son ensemble la loyauté du scrutin et entraînent l'annulation des élections »[1143].

350. Dans une autre espèce, l'employeur avait organisé les élections des délégués et des représentants du personnel sur la même journée, en installant des bureaux de vote fixes sur chaque chantier regroupant quinze salariés, rapprochant, conformément au « *vœu du législateur* », « *le lieu de vote de celui du lieu de travail* ». Un syndicat avait alors contesté ces modalités, demandant à voir réduit le nombre de bureaux de vote permanents, nombre qui le mettait dans l'impossibilité de surveiller les opérations de vote, mis en place plutôt des bureaux de vote itinérants, et étaler les élections sur plusieurs journées, il exigeait enfin la présence en permanence dans chaque bureau de vote d'un délégué habilité par chaque liste de candidats à contrôler toutes les opérations électorales. Le Tribunal, et à sa suite la Cour de cassation ont réaffirmé la vocation de contrôle du bureau de vote, et estimé que « *sans méconnaître les principes généraux du droit électoral, […] il y avait lieu d'installer des bureaux de vote fixes sur chaque chantier regroupant quinze salariés et que la mission de surveillance du bon déroulement des opérations électorales par les bureaux de vote, notamment, et l'absence d'étalement des élections sur plusieurs journées étaient de nature à garantir la loyauté du scrutin* »[1144].

351. Plus récemment, il a été jugé que « *l'absence de président désigné dans les bureaux de vote, en violation des principes généraux du droit électoral, constitue, en raison de l'importance de ses attributions, une irrégularité qui porte atteinte au déroulement normal des opérations électorales et compromet dans son ensemble la loyauté du scrutin* », et en justifie l'annulation, quand bien même c'est le protocole d'accord préélectoral,

[1143] Soc. 27 mai 1987, n° 86-60382, Bull. civ. 1987, V, n° 345, p. 219. Plus récemment, la Cour de cassation a jugé que « *si la constitution d'un bureau de vote ne s'impose pas pour les élections de la délégation du personnel au CHSCT, la présence, parmi les personnes en exerçant les attributions, de l'employeur ou de ses représentants constitue une irrégularité entraînant nécessairement la nullité du scrutin* », en l'espèce un représentant de l'employeur avait signé le procès-verbal des résultats en qualité de « Président », et un autre représentant de l'employeur avait participé aux opérations de dépouillement (Soc. 17 avril 2013, n° 12-21876, Bull. 2013, V, n° 102). Toujours au sujet du CHSCT, la Cour avait déjà pu juger de la régularité d'un bureau de vote composé de personnes n'ayant pas la qualité d'électeur. Au tribunal qui retenait que « *la présence de deux personnes extérieures non membres du collège désignatif en tant que président du bureau et de scrutateur ne saurait à la fois faute de texte l'interdisant et faute de grief entraîner la nullité du vote alors qu'elles n'y ont pas pris part et ont joué un rôle seulement technique dans le scrutin* », la Cour de cassation a répondu que « *la présence de personnes n'ayant pas la qualité d'électeur dans la composition du bureau de vote constitue une irrégularité entraînant nécessairement la nullité du scrutin* ». Sa solution se basait alors sur l'article R. 42 du Code électoral qui dispose que « *Chaque bureau de vote est composé d'un président, d'au moins deux assesseurs et d'un secrétaire choisi par eux parmi les électeurs de la commune* » (Soc. 16 janv. 2008, n° 06-60286, Bull. 2008, V, n° 5 ; F. PETIT, *L'unité économique et sociale peut-elle accueillir un CHSCT ?*, Dr. soc. 2008, p. 560).

[1144] Soc. 18 fév. 1998, n° 96-60416.

unanimement signé, qui omettait intentionnellement l'absence de désignation d'un président. Peu importe également que le procès-verbal de dépouillement ne mentionne aucune réserve et ne soulève aucune irrégularité, ni bien sûr que cette irrégularité ait « *pu exercer une influence sur le résultat des élections professionnelles* »[1145].

352. Si la présence d'un président au bureau de vote est impérative, et que la validité du scrutin ne nécessite, en principe, aucune autre présence particulière, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer quant à celle des candidats et des délégués de liste.

2. La loyauté dans l'admission des représentants mandatés et des candidats au scrutin

353. Dans un arrêt du 26 mai 1976, la Cour de cassation a fait application des articles L. 67[1146] et R. 47[1147] du Code électoral aux fins d'annuler le scrutin au cours duquel l'employeur s'était opposé à ce que des candidats et des représentants syndicaux fussent membres du bureau de vote et participent au contrôle de la régularité de l'élection. En l'espèce, il s'agissait de l'élection des délégués du personnel, et le représentant de l'employeur avait estimé que la qualité de candidat était incompatible avec les fonctions de membre du bureau électoral. A l'annulation des élections prononcée par le Tribunal, l'employeur soutenait qu'en l'absence d'une disposition particulière instituant des délégués des

[1145] Soc. 13 fév. 2008, n° 07-60097, Bull. 2008, V, n° 37 ; S. MAILLARD, *Nullité des élections professionnelles en l'absence de désignation du président du bureau de vote*, D. Actualité 3 mars 2008, qui voit en l'article R. 42 du Code électoral l'origine de la règle, puisque le texte dispose que chaque bureau de vote est composé d'un président, d'au moins quatre assesseur et d'un secrétaire choisi parmi les électeurs. De même qu'il est relevé que cet arrêt participe à la construction progressive d' « *une sorte de droit commun électoral à partir de certaines dispositions du Code électoral qu'elle fait entrer dans la catégorie des principes généraux du droit pour en justifier l'application à l'ensemble des élections, politiques et professionnelles* ». De fait, la « *la chambre sociale comble les silences du code du travail et, le cas échéant, des protocoles préélectoraux et élabore ainsi un droit des élections professionnelles* ». En ce qui concerne spécialement le bureau de vote, la Cour réaffirme ici indirectement sa « *mission générale de conduite et d'information des électeurs dans l'accomplissement matériel du vote ; il veille à la bonne organisation du scrutin et à la régularité des opérations électorales* ». Plus particulièrement, « *le président du bureau constate publiquement l'heure de clôture du scrutin qui est reportée au procès-verbal et proclame les résultats électoraux. Il dirige ainsi les opérations électorales et veille donc, avec les autres membres du bureau, à ce que le scrutin se déroule normalement, dans les conditions qui permettent de garantir la sincérité, la liberté et la loyauté du scrutin* ». Enfin, il faut relever que cette décision, notamment par la sanction prononcée, élève « *cette règle relative à la composition du bureau au rang des principes généraux du droit électoral* », puisque « *l'organisation du scrutin qui ne respecte pas les principes généraux du droit électoral ne peut qu'être déclarée irrégulière* ».

[1146] « *Tout candidat ou son représentant dûment désigné a le droit de contrôler toutes les opérations de vote, de dépouillement des bulletins et de décompte des voix, dans tous les locaux où s'effectuent ces opérations, ainsi que d'exiger l'inscription au procès-verbal de toutes observations, protestations ou contestations sur lesdites opérations, soit avant la proclamation du scrutin, soit après* ».

[1147] « *Chaque liste de candidats ou, en cas de scrutin uninominal, chaque candidat a le droit d'exiger la présence en permanence dans chaque bureau de vote d'un délégué habilité à contrôler toutes les opérations électorales, dans les conditions fixées par l'alinéa 1 de l'article L. 67 ; un même délégué peut toutefois être habilité à exercer ce contrôle dans plusieurs bureaux de vote* ».

candidats auprès du bureau électoral, le contrôle de la régularité de l'élection appartenait au seul bureau électoral. La Cour de cassation a jugé au visa des articles généraux mentionnés « *qu'en l'absence d'accord préélectoral, fixant notamment les modalités de contrôle des opérations de vote, le Tribunal a pu, à défaut de dispositions spéciales en matières d'élections des représentants du personnel, faire application des règles du droit commun électoral, lesquelles prévoient que chaque liste a le droit d'avoir en permanence dans chaque bureau de vote un délégué habilité, comme les candidats eux-mêmes, à contrôler toutes les opérations électorales et décider qu'en s'opposant à l'application de ces dispositions […], l'employeur avait commis des irrégularités d'une gravité suffisante pour avoir une influence sur les résultats du scrutin et entraîner l'annulation des élections* »[1148].

354. Un arrêt du 6 février 2002 est ensuite venu mettre en lien l'obligation de loyauté et les modalités de contrôle du scrutin. En l'espèce, une entreprise avait délégué la mise en place « *au siège d'une société de prestataires de services privés et sous la seule présence des bureaux de vote et d'une Commission d'élection, d'un système de dépouillement automatique des votes* ». Au Tribunal qui avait prononcé le caractère licite des élections, un syndicat contestataire invoquait qu' « *en vertu des principes généraux du droit électoral applicables aux élections des administrateurs salariés dans les sociétés anonymes, le secret et la sincérité du scrutin sont garantis par le droit de contrôle reconnu aux électeurs, seuls chargés de veiller au bon déroulement des opérations de vote et de participer au dépouillement des votes* ». La Cour de cassation a estimé qu' « *après avoir relevé que les votes et spécialement les opérations d'émargement et de dépouillement avaient eu lieu sous le contrôle effectif de deux bureaux de vote composés d'électeurs et d'une commission électorale comprenant les représentants de chaque liste en présence, que toutes les garanties prévues par le protocole préélectoral avaient été respectées, le tribunal d'instance a pu décider que l'intervention d'un tiers, chargé d'opérations purement matérielles n'avait affecté ni la sincérité ni la loyauté des élections* ». Le même arrêt a également précisé que « *seuls les salariés détenant une délégation particulière d'autorité établie par écrit permettant de les assimiler à l'employeur peuvent être exclus de l'électorat* »[1149].

[1148] Soc. 26 mai 1976, n° 76-60035, Bull. V, n° 330, p. 272.
[1149] Soc. 6 fév. 2002, n° 00-60488.

355. Dans le même sens, mais également dans le prolongement de la règle dégagée en 1976, et au même visa des mêmes articles, la Cour de cassation a encore énoncé en 2005 que l'avenant préélectoral qui limite aux seules parties signataires de l'accord le droit d'assister aux élections et le droit de porter des observations sur le procès-verbal des élections est contraire à l'article L. 67 du Code électoral, et partant contraire à un principe du droit électoral ; de fait cette disposition compromettait la loyauté du scrutin et devait entraîner l'annulation de l'élection contestée, quand bien même, comme l'avait relevé le jugement, les observations avaient été présentées devant le juge des élections et les demandeurs avaient pu assister aux opérations qu'ils décrivaient. L'arrêt précise encore, dans un attendu de principe formel, d'une part « *que tout candidat ou son représentant a le droit de contrôler toutes les opérations de vote et de dépouillement des bulletins et de décompte des voix ainsi que d'exiger l'inscription sur le procès-verbal de toutes observations, protestations ou contestations* » (reprenant ainsi presque mot pour mot l'article L. 67 du Code électoral), et d'autre part « *que le protocole d'accord préélectoral doit respecter les principes généraux du droit électoral applicables à l'ensemble des parties intéressées à l'élection* »[1150].

356. Enfin, un arrêt du 28 mars 2012 étend cette faculté à tous les électeurs et juge en ce sens que « *la circonstance que les électeurs n'avaient pas eu accès librement au lieu du dépouillement était de nature à affecter la sincérité des opérations électorales et constituait une irrégularité justifiant à elle seule l'annulation des élections* »[1151].

La loyauté dans les élections professionnelles tend à soutenir les principes généraux du droit électoral. De ce point de vue, elle s'inscrit parfaitement dans la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle « *confère aux élections professionnelles une véritable*

[1150] Soc. 20 avril 2005, n° 04-60250, Sem. soc. Lamy 2008, n° 1355, p. 7, obs. PECAUT-RIVOLIER et STRUILLOU ; et Soc. 6 janvier 2011, n° 09-60398, Bull. civ. V, n° 7, D. Actualité, 4 févr. 2011, obs. J. SIRO ; JCP éd. soc. 2011, n° 1276, obs. KERBOURC'H, qui reprend le même visa des articles empruntés au Code électoral. Il en ressort que le protocole d'accord préélectoral ne peut pas réserver le droit d'assister aux élections à ses seuls signataires, de même qu'il n'a pas à autoriser les candidats à être présents lors des opérations de dépouillement, puisqu'il s'agit d'un droit.

[1151] Soc. 28 mars 2012, n° 11-16141 ; B. INES, *Détermination des irrégularités affectant les élections professionnelles*, D. Actualité, 15 mai 2012 (qui relève que « *le droit d'assister au dépouillement du scrutin est accordé, pour la première fois, à tous salariés* ») ; G. FRANCOIS*, L'annulation des élections professionnelles pour violation des principes généraux du droit électoral*, JCP éd. soc. 12 juin 2012, n° 24, 1261 (l'auteur souligne qu'en l'espèce, « *la Cour de cassation […] identifie trois nouvelles circonstances justifiant à elles seules la nullité du scrutin* »). La Cour de cassation rejoint ici la position du Conseil d'Etat qui, sur le fondement de l'article R. 63 du Code électoral (« *Les tables sur lesquelles s'effectue le dépouillement sont disposées de telle sorte que les électeurs puissent circuler autour* »), avait pu sanctionner « *l'impossibilité dans laquelle étaient placés les électeurs de circuler librement autour des tables de dépouillement* » (CE 16 déc. 2008, req. n° 317162, AJDA 2009, p. 1308, Chron. LIEBER et BOTTEGHI).

inscription dans le concept de démocratie sociale »[1152]. Elle tient aussi compte des particularités inhérentes aux élections dans l'entreprise, « *et parmi elles, la place très spécifique et parfois ambiguë qu'occupent les organisations syndicales* » et qui génère à la charge de l'employeur « *des aménagements conséquents de l'organisation de ces élections* »[1153]. Les principes électoraux de droit commun doivent en conséquence connaître impérativement certaines inflexions. L'obligation de loyauté, lorsqu'elle s'applique aux candidatures, aux candidats, aux électeurs ou à la campagne électorale[1154], transcrit cette adaptation, elle devient plus audacieuse. A l'inverse, certains éléments paraissent immuables. En ce sens, on peut observer « *que la ligne de partage entre ce qui peut admettre dérogation par rapport au droit électoral et ce qui ne peut le tolérer s'est construite à partir de la reconnaissance de deux principes intangibles : les principes de secret et de sincérité du scrutin* »[1155]. Là encore, on trouve la loyauté. Qu'elle s'applique en termes de « *sincérité-transparence* » au regard des conditions dans lesquelles le vote est exercé, ou en termes de « *sincérité-fiabilité* » au regard de la garantie du contrôle de la réalité des résultats électoraux[1156]. En matière de droit électoral professionnel, l'obligation de loyauté supporte en ce sens une fonction éminemment constitutionnelle, puisqu'elle participe à intégrer les impératifs qualifiés par le Conseil constitutionnel à la sphère

[1152] L. PECAUT-RIVOLIER, *L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise*, Dr. soc. 2013, p. 502.
[1153] L. PECAUT-RIVOLIER, *L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise*, Dr. soc. 2013, p. 502.
[1154] R. GHEVONTHIAN, *La notion de sincérité du scrutin*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 13, janvier 2003. La campagne électorale est ainsi marquée, comme en matière politique, par le principe de liberté entendu au sens de « *la neutralité et l'objectivité dans l'organisation des élections* », et le principe de l'égalité, qui implique « *l'égalité des conditions de la compétition* », et « *l'égalité de décompte* ». Et en ce qui concerne l'électorat, il faut appliquer la formule : « *un électeur, une voix* » (P. GARRONE, *Le patrimoine électoral européen. Une décennie d'expérience de la Commission de Venise dans le domaine électoral*, RD publ. 2001, n° 5, p. 1417). Ces principes sont appliqués par la Chambre sociale, et ils ont été jugés applicables aux élections professionnelles par le Conseil Constitutionnel (Cons. const., n° 78-101 DC du 17 janv. 1979, *Conseils de prud'hommes, Rec*,. p. 23 ; RJC I-67).
[1155] « *Le choix de recourir au vote pour la mise en place des institutions représentatives du personnel impose que soient respectés les principes généraux applicables aux élections, et, avant tout, les principes de secret et de sincérité du scrutin* ». En ce sens, « *le secret du vote est une exigence absolue […], et la Chambre sociale y veille tout particulièrement, à tous les moments du processus électoral. Il peut arriver que la Chambre sociale admette une certaine souplesse dans l'organisation de l'élection, par rapport aux élections politiques, mais la limite ultime reste toujours la préservation du secret du vote* » (L. PECAUT-RIVOLIER, *L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise*, Dr. soc. 2013, p. 502).
[1156] « *Fondamental et transversal* », c'est ainsi que l'auteur dissocie le principe de sincérité du scrutin selon ces deux axes (L. PECAUT-RIVOLIER, *L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise*, Dr. soc. 2013, p. 502). Le principe, « *une conquête de la démocratie* », est très largement tributaire du caractère secret qui agit comme une garantie et permet « *d'en assurer la liberté, s'appliquant " en bout de chaîne ", au moment décisif, c'est finalement sur lui que repose in extremis le respect de la sincérité du scrutin* » (R. GHEVONTHIAN, *La notion de sincérité du scrutin*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 13, janvier 2003).

professionnelle. Le droit électoral a en effet connu un fort mouvement de « *constitutionnalisation* »[1157].

357. A l'instar du droit électoral politique, et surtout des principes généraux du droit électoral largement mobilisés par la Chambre sociale[1158], la loyauté, par le relais de la protection scrupuleuse de « *la libre détermination des électeurs* »[1159], tend à sécuriser *in fine* la légitimité des élus qui, en l'espèce, deviendront des négociateurs. Ce n'est, en effet, qu'au prix des garanties issues de l'exigence de sincérité du scrutin « *que la volonté des citoyens, librement exprimée, sera véritablement la source de [leur] pouvoir* ». Il est en conséquence primordial que « *le droit de suffrage accordé à chaque citoyen puisse s'exercer dans des conditions telles que sa volonté réelle soit déterminante pour la désignation des élus* »[1160].

[1157] R. GHEVONTHIAN, *La notion de sincérité du scrutin*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 13, janvier 2003. Il a en ce sens été évoqué à ce sujet « *le déplacement de normes de droit public en droit privé* » (F. PETIT, *L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise*, Dr. soc. 2000, p. 603). Par ailleurs, si les principes généraux du droit électoral sont appliqués par la Chambre sociale, il faut préciser qu'ils ont, dès 1979, été jugés applicables aux élections professionnelles par le Conseil Constitutionnel (Cons. const., n° 78-101 DC du 17 janv. 1979, *Conseils de prud'hommes, Rec*,. p. 23 ; RJC I-67). L'article 3 de la Constitution de 1958 prévoit que « *le suffrage est universel, égal et secret* ».

[1158] F. Petit relève en ce sens que « *depuis l'intervention du législateur en 1982* », le recours à ces principes « *est devenu l'instrument privilégié du juge pour combler les vides du Code du travail en matière d'élections […]. Il lui permet de forger lui-même les règles applicables à l'entreprise en s'inspirant de principes qu'il est difficile d'identifier […], et d'isoler, voire de viser certains textes du Code électoral pour les appliquer directement* ». Il arrive encore à la Cour de cassation de « *créer les règles propres aux élections professionnelles […] en s'inspirant peu ou prou des dispositions du Code électoral, et de déterminer celles qui relèvent du droit commun électoral* ». Enfin, l'auteur souligne que la notion de droit commun électoral « *se conjugue mieux, par ailleurs, avec la règle selon laquelle il revient aux partenaires sociaux de s'accorder sur l'organisation matérielle et le déroulement du scrutin : il est possible en effet d'envisager l'existence d'un droit commun supplétif, que l'accord préélectoral pourrait écarter, alors qu'il est contestable d'admettre qu'un accord puisse déroger à un principe général du droit* » (F. PETIT, *L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise*, Dr. soc. 2000, p. 603).

[1159] Il s'agit d'un principe qui occupe *« une place essentielle dans l'organisation des élections professionnelles en raison de leur finalité* ». Celles-ci, en effet ne s'entendent pas d' « *un simple moyen de choisir des organes de représentation ; elles constituent également pour les différents corps électoraux d'une entreprise l'outil adéquat pour se faire entendre* ». En effet, « *le fractionnement des salariés au sein de collèges distincts, la brièveté des mandats électifs, les relations très proches que nouent les élus avec leurs électeurs et l'étroitesse des unités de représentation permettent aux individus formant un groupe catégoriel de faire connaître leurs sentiments, voire leurs volontés, leurs demandes spéciales ainsi que les motifs sur lesquels ils s'appuient* ». De ce point de vue, il apparaît « *primordial que la liberté des électeurs soit en tout point respectée et que les intentions de vote soient scrupuleusement restituées* » (F. PETIT, *L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise*, Dr. soc. 2000, p. 603).

[1160] Et que soit assuré « *l'adéquation totale entre ce qu'a choisi en toute liberté la majorité des citoyens et le résultat proclamé du scrutin* » (R. GHEVONTHIAN, La notion de sincérité du scrutin, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 13, janvier 2003).

358. La remarque est d'autant plus juste qu'il ne s'agit pas « *d'élire des représentants qui vont, au nom du peuple et pour son compte, gouverner l'entreprise. Il s'agit d'élire des représentants qui vont servir d'interlocuteurs entre les électeurs et celui qui gouverne l'entreprise, l'employeur* »[1161]. Les spécificités de la création normative dont ils auront alors le cas échéant la charge, et qui s'induisent encore de leur grande diversité et d'une sensible fragilité, impliquent par ailleurs de déterminer strictement les modalités impératives de leur participation à l'entreprise de la négociation.

PARAGRAPHE 2 : LA LOYAUTE DANS LES MODALITES DE PARTICIPATION COLLECTIVE DES NEGOCIATEURS

359. L'acte qui résultera de la négociation revêt une nature conventionnelle. A ce titre, la détermination des modalités de participation collective des parties relève d'un enjeu central, d'autant que l'élaboration découle en partie du rapport de force qui se joue entre les parties syndicales et patronales. Légitimement, la loyauté commande à ce que toutes les organisations syndicales représentatives dans le ressort de l'accord bénéficient d'un accès à son entière négociation (I). La conception d'une négociation loyale implique encore que toutes les parties participent en même temps et en des termes identiques, du début jusqu'à l'achèvement du processus (II).

I : LA LOYAUTE DANS LA CONVOCATION DE TOUS LES PARTICIPANTS A LA NEGOCIATION

360. La loyauté de la négociation doit s'accorder des prérogatives de la représentation élue quant à la marche générale de l'entreprise. En ce sens, dès lors qu'il s'agit de discuter d'un accord ou d'une convention collective qui a vocation à traiter de matières particulières énumérées par la loi, l'employeur supporte une obligation de consultation des représentants du personnel[1162] (A), qui s'ajoute et doit se concilier avec l'obligation d'application générale qui lui impose d'inviter à la négociation toutes les organisations syndicales représentatives (B).

[1161] L. PECAUT-RIVOLIER, *L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise*, Dr. soc. 2013, p. 502.
[1162] J. Barthélémy traite en ce sens « *parmi les règles de fonctionnement de la négociation collective celles qui concernent l'intervention du comité d'entreprise* » (J. BARTHELEMY, *L'accord de méthode de la négociation collective*, Les Cahiers du DRH, Lamy, 26 oct. 2001, n° 46).

A. L’obligation de loyauté quant à la consultation des institutions représentatives du personnel

361. Le cas échéant, et en raison de l’entremêlement des incidences de la détermination professionnelle, l’employeur peut être contraint d’entamer un processus complexe et contraignant de consultation avec tous les représentants élus du personnel, susceptible d’envahir le domaine de la négociation (1). Le principe de participation, appuyé de la constitutionnalité de l’exercice syndical et relayé par l’obligation de loyauté, permet cependant de garantir aux organisations syndicales la plus grande part de leurs prérogatives en matière de négociation collective (2).

1. Une consultation étendue du point de vue de la représentation du personnel

362. Les élus du personnel doivent être obligatoirement informés et consultés par l'employeur quant aux décisions susceptibles d’intéresser les matières énumérées aux articles L. 2323-6 et L. 2323-27 du Code du travail, quand bien même celles-ci prendraient la forme de négociations visant l’élaboration d’un accord collectif[1163]. Il s’agit précisément et respectivement des questions relatives à « *l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle* », et aux « *problèmes généraux intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération* »[1164]. Cette définition des « *circonstances nécessitant sa consultation est suffisamment large pour multiplier, à l’infini, les sujets pour lesquels le comité d’entreprise a son mot à*

[1163] Soc. 5 mai 1998, n° 96-13498, Bull. civ. V, n° 219, RJS 6/98, n° 750, p. 435 : « *il résulte de la combinaison des articles L. 431-5 et L. 432-1 du Code du travail que la décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise quand elle porte sur l'une des questions ou mesures visées par le second de ces textes, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale ou prend la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise* ».

[1164] « *[…] A cet effet, il étudie les incidences sur les conditions de travail des projets et décisions de l'employeur […] et formule des propositions. Il bénéficie du concours du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les matières relevant de sa compétence. Les avis de ce comité lui sont transmis* ».

dire »[1165], elle a de ce fait pu nourrir également un large contentieux. L'imprécision des exigences induites de la « *consultation* » a encore ajouté aux difficultés d'application du texte[1166], et largement favorisé son accroissement.

363. L'obligation de consultation est par ailleurs étendue puisqu'elle concerne tous les élus, mais également toutes les phases du processus. En ce sens, le comité d'entreprise et le CHSCT ou, à défaut, les délégués du personnel et, le cas échéant les comités d'établissement, le comité central d'entreprise et/ou le comité d'entreprise européen, doivent être consultés dès l'ouverture des négociations. Lorsque l'accord projeté s'inscrit dans les matières relevant du champ de compétences du comité, il a été jugé que la consultation doit avoir lieu « *concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord* »[1167], et la loi du 18 janvier 2005 a permis de faciliter l'engagement de la procédure[1168].

364. Ils ont également la possibilité d'émettre un avis sur les décisions prises pendant l'élaboration de l'acte. En effet, la consultation s'entend d'un véritable processus, qui

---

[1165] I. AYACHE et M. AYADI, *Consultation du comité d'entreprise : comment faire face à des situations de blocage à la lumière de la jurisprudence*, Sem. soc. Lamy, 24 nov. 2008, n° 244, p. 4.

[1166] L'article L. 2323-6 ne précise en effet pas les obligations de l'employeur à ce sujet ; et notamment les contours de la consultation, qui pouvait s'entendre aussi bien de la sollicitation d'un avis ou de son obtention. L'article L. 2325-15 du Code du travail, qui évoque les « *consultations rendues obligatoires par une disposition législative, réglementaire ou par un accord collectif de travail* » ne définit pas plus la notion. Immanquablement, il est revenu à la jurisprudence de répondre aux questionnements soulevés.

[1167] Soc. 5 mai 1998, n° 96-13498, Bull. civ. V, n° 219 (la consultation doit intervenir dans cette période au moment où « *elle est de nature à produire l'effet le plus utile* » : Rapport du conseiller J.-Y. FROUIN, Dr. soc. 1998, p. 579) ; Soc. 19 mars 2003, n° 01-12094, Bull. civ. V, n° 105. Raisonnablement, le comité doit être informé le plus tôt possible sur le projet, aux fins d'être en mesure de s'exprimer efficacement, notamment quant aux effets sur les conditions de travail du personnel (Soc. 12 nov. 1997, n° 96-12314, Jurisp. soc. Lamy, 18 déc. 1997, n° 4-3). Un jugement plus récent évoque l'intervention du processus de consultation du comité d'entreprise dès lors qu'un projet peut être considéré comme suffisamment précis (TGI Lyon, référé, 30 nov. 2005, RG n° 05/02699 ; TGI Grenoble, référé, 8 déc. 2005, RG n° 05/01265, JSL 2006).

[1168] La loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, a permis de simplifier et d'accélérer le déclenchement de la procédure de consultation. Alors qu'antérieurement, l'inscription de l'ordre du jour des réunions du comité d'entreprise nécessitait l'action conjointe de l'employeur et du secrétaire au comité d'entreprise, le premier pouvait ainsi se heurter à un défaut de « coordination », qui lui imposait la saisine du juge des référés afin qu'il le fixe lui-même (Soc. 8 juill. 1997, n° 95-13177, RJS 10/97, n° 1109). Cette solution judiciaire emmenait des lourdeurs particulières, puisqu'il revenait généralement à l'employeur de prouver que les démarches entreprises pour établir conjointement l'ordre du jour avaient échoué (généralement en raison d'une défaillance intentionnelle du secrétaire aux fins notamment de retarder la mise en œuvre d'une réorganisation couteuse en emploi). Désormais, l'alinéa 2 de l'article L. 2325.15 C. trav. prévoit que *« lorsque sont en cause des consultations rendues obligatoires par une disposition législative, réglementaire ou par un accord collectif de travail, elles y sont inscrites de plein droit par l'employeur ou le secrétaire »*, la partie diligente peut donc inscrire l'examen d'une consultation obligatoire de manière unilatérale, du moment que cette inscription a suivi un échange visant une élaboration commune (TGI Angers, référé, 3 mars 2005, n° 05-118., RJS 10/05, n° 998). L'employeur peut ainsi passer outre l'inaction du secrétaire (TGI Paris, référé, 18 sept. 2008, RG n° 08/57164), ou son opposition systématique (CA Paris, 14e ch. A, 14 janv. 2007, RG n° 06/21.586).

nécessite la tenue de véritables débats évolutifs en fonction des orientations prises par les négociations elles-mêmes. En ce sens, « *la compréhension du projet par le comité, indispensable à la remise de son avis, implique l'instauration d'un débat constructif, au cours duquel l'employeur doit laisser aux élus un délai d'examen pour leur permettre de poser des questions* »[1169], auxquelles il est par ailleurs impérativement tenu de répondre[1170], sous peine de se voir judiciairement contraint[1171].

365. Ils sont encore susceptibles d'être consultés par l'employeur juste avant la rédaction du projet, et enfin à l'issue des négociations, avant la signature de l'accord[1172], qu'ils peuvent légitimement amender[1173]. Les attributions de la représentation du personnel sur ce thème sont par ailleurs protégées et sanctionnées. L'employeur doit en conséquence se montrer particulièrement diligent lorsqu'il met en œuvre la ou les procédures de consultation obligatoires, en application des négociations collectives.

366. L'enjeu de la participation-consultation de la représentation élue du personnel doit se trouver, du point de vue de la négociation, dans la volonté d'assurer une discussion enrichie et pertinente. Elle peut cependant se voir obstruer par la multiplication éventuelle des procédures impérativement mises en œuvre. Le cas notamment à l'issue de la consultation, au moment de la remise de l'avis, lorsque le sujet a appelé, en plus de la consultation du comité, celle du CHSCT, dont l'avis doit précéder celui du comité

[1169] I. AYACHE et M. AYADI, *Consultation du comité d'entreprise : comment faire face à des situations de blocage à la lumière de la jurisprudence*, Sem. soc. Lamy, 24 nov. 2008, n° 244, p. 4.

[1170] L'employeur doit répondre clairement aux questions des représentants du personnel au sujet du projet soumis à la consultation, d'autant plus lorsque les élus conditionnent leur avis à ses réponses. Il doit également le cas échéant analyser leurs suggestions. L'employeur peut encore être amené à fournir des informations complémentaires aux fins d'éclairer la consultation. Les informations et éléments complémentaires, nécessairement écrits (et formalisés aux fins de preuve) s'accompagnent nécessairement de l'octroi aux élus de délais « *suffisants* » visant à permettre une appréciation approfondie (art. L. 2323-4 C. trav.).

[1171] Le non respect de ces obligations, comme l'insuffisance d'informations en elle-même, peut en effet justifier la saisine du juge des référés, et constituer un trouble manifestement illicite (Soc. 16 avr. 1996, n° 93-15417, Bull. civ. V, n° 163). A noter enfin que la Cour de cassation a pu juger que dans l'hypothèse où le comité d'entreprise s'estime insuffisamment informé dans le cadre d'une consultation obligatoire, les organisations syndicales ont le droit de saisir le juge des référés (Soc. 24 juin 2008, n° 07-11411), lequel peut suspendre la procédure au titre d'une irrégularité de procédure.

[1172] Généralement, la dernière réunion du comité intervient entre le moment où les négociations entre l'employeur et les organisations syndicales ont abouti à un accord et sa signature, aux fins que le projet demeure amendable à la suite de l'ultime consultation. L'employeur communique alors évidemment le texte du projet, et communiquera encore avec le comité dans l'hypothèse où, suivant ses suggestions, il aura modifié le texte.

[1173] Bien que l'employeur puisse licitement attendre qu'un projet soit suffisamment consistant avant de le soumettre à la consultation, il ne peut s'agir pour autant de mettre le comité d'entreprise devant le fait accompli ; en ce sens, l'employeur qui présenterait un projet non amendable au comité d'entreprise ne satisferait pas à son obligation de consultation (Soc. 12 nov. 1997, n° 96-12314, Bull. civ. V, n° 375 ; Soc. 18 juin 2003, n° 01-21424).

d'entreprise et lui être remis[1174]. L'articulation des processus de conciliation entre ces deux instances peut s'avérer problématique[1175]. Il en est de même, *a fortiori*, lorsque coexistent un comité central d'entreprise et des comités d'établissement[1176], voire un comité d'entreprise européen[1177].

367. La consultation menée par l'employeur avec les représentants élus du personnel est encore susceptible d'influer plus ou moins sensiblement sur les négociations, et *in fine* sur l'accord élaboré avec les organisations syndicales représentatives. La discussion que mène légitimement l'employeur en parallèle avec les organisations syndicales représentatives peut encore être limitée ou entravée, par l'effet des suggestions formulées par les représentants des salariés au cours de la procédure de consultation[1178], ou l'éventuelle suspension du processus de négociation, obtenue en référé et demandée au titre d'un défaut d'information ou de l'absence même de consultation[1179]. Il s'agit alors d'articuler la consultation et les négociations. Si la jurisprudence protège largement les compétences syndicales, elle a également tendance à élargir les hypothèses qui nécessitent la sollicitation de l'avis des représentants élus : ainsi de la dénonciation d'un accord collectif[1180], ou de l'application d'un accord frappé d'extension. Il a en effet été jugé que si l'employeur, en raison de l'extension, n'a pas d'autre choix que d'appliquer les nouvelles dispositions, la consultation ne peut être omise, notamment quant aux modalités et méthodes employées aux fins de mettre en œuvre les nouvelles dispositions[1181], suggérant

[1174] Art. L. 2323-7 C. trav.
[1175] TGI Nanterre, référé, 3 juil. 2007, RG n° 07/01776.
[1176] TGI Paris, référé, 10 oct. 2003, RG n° 03-59933 ; TGI Paris, 27 avr. 2007, RG n° 07-52509.
[1177] Soc. 16 janv. 2008, n° 07-10597.
[1178] Soc. 12 nov. 1997, n° 96-12314, Jurisp. soc. Lamy, 18 déc. 1997, n° 4-3
[1179] Soc. 24 juin 2008, n° 07-11411
[1180] Pour exemple, la Cour de cassation a décidé que le comité d'entreprise devait être consulté sur la dénonciation par l'employeur d'un accord collectif qui intéresse l'organisation, la gestion ou la marche de l'entreprise, à défaut, la dénonciation demeure sans effet jusqu'à l'accomplissement de cette formalité (Soc. 5 mars 2008, n° 07-40273, Bull. civ. V, n° 49).
[1181] La question de l'articulation entre la négociation collective et le rôle du comité d'entreprise a notamment pu être posée au sujet d'une espèce récente. Une unité économique et sociale a vu négocier par les organisations syndicales représentatives dans sa branche une nouvelle classification étendue ensuite par un arrêté. Alors que les diverses entités formant l'UES se conformaient aux nouvelles dispositions, le comité central d'entreprise a saisi la juridiction des référés, aux fins de voir ordonner aux directions une procédure de consultation. L'action est menée sur le fondement des articles L. 2323-6 et L. 2323-27 C. trav.. Ce dernier texte imposant encore l'information et la consultation du comité d'entreprise « *sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération* », et prévoyant notamment le « *concours du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les matières relevant de sa compétence* ». A l'employeur qui arguait de l'application de l'article L. 2262-6 C. trav., et partant du caractère obligatoire de la nouvelle disposition du fait de son extension, la Cour de cassation a jugé en faveur du comité central, et énoncé, au visa de l'article L. 2323-6 C. trav. qu'il n'y a pas « *lieu de distinguer selon que la mise en œuvre de ces*

« *une consultation post-signature, sur la manière dont sera appliqué l'accord* »[1182]. Si par ailleurs le comité d'entreprise doit être consulté sur l'application d'un accord collectif étendu, comme il a été décidé, il doit pouvoir l'être *a fortiori* sur l'application d'un accord collectif non étendu.

368. En ce sens, l'obligation de consultation de la représentation élue du personnel, légalement imprécise et sensiblement étendue par la jurisprudence, peut se révéler particulièrement contraignante pour l'employeur par ailleurs négociateur. Si le seul fait que « *la loi organise la consultation du personnel sur des sujets qui font l'objet de négociation* » entraînait « *inévitablement un concours entre la consultation des représentants du personnel et la négociation avec les organisations syndicales* »[1183], les aménagements progressifs du régime ont participé à accentuer l'éventuelle et relative concurrence entre les institutions représentant les salariés. L'article L. 2323-6 du Code du travail traite en ce sens des « *questions* » et l'article L. 2323-27 des « *problèmes* », non pas des seules décisions ou des projets de l'employeur. Exploitant la généralité des termes, une « *jurisprudence intransigeante* »[1184], appuyée de « *mises au point législatives successives* »[1185], a enrichi le régime de la consultation du comité d'entreprise, qui ne se limite pas aux seules décisions, projets ou actions de l'employeur.

369. La participation des institutions du personnel, bien qu'indirecte, doit de ce point de vue être prise en compte, de même que la loi du 20 août 2008 a facilité la négociation en

---

mesures résulte d'une décision unilatérale de l'employeur ou lui soit imposée par un accord collectif étendu », et prononcé la suspension de la procédure de mise en œuvre de l'accord (Soc. 21 nov. 2012, n° 11-10625).

[1182] « […] *lorsque, bien sûr, le thème de l'accord, non seulement relève de la compétence du comité mais peut prêter à discussion sur la façon de le mettre en œuvre* », comme c'est déjà le cas en ce qui concerne l'application de la loi (M. HAUTEFORT, *Le CE doit-il être consulté lorsque l'employeur applique un accord collectif ?*, Jurisp. soc. Lamy, n° 335).

[1183] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 496. L'auteur souligne par ailleurs qu' « *il faut compter avec le jeu des qualifications : là où des syndicats verront une négociation pour laquelle l'employeur n'a pas donné aux syndicats le rôle qui doit leur être réservé, l'employeur verra une décision unilatérale qu'il peut prendre après avoir consulté les membres du personnel, en ignorant les organisations syndicales* ».

[1184] De même, si l'article L. 2323-2 C. trav. dispose très généralement, au sujet des attributions du comité, que « *les décisions de l'employeur sont précédées par la consultation du comité d'entreprise* », la définition du comité d'entreprise donnée par l'article L. 2323-1 C. trav. cautionne d'une certaine façon que son rôle soit accru ; son objet étant « *l'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* ». En ce sens, la Cour de cassation a pu juger de certaines obligations de consultations même dans les hypothèses où « *la décision échappe à l'employeur* », tel est le cas dans l'arrêt rendu le 21 novembre 2012 (M. HAUTEFORT, *Le CE doit-il être consulté lorsque l'employeur applique un accord collectif ?*, Jurisp. soc. Lamy, n° 335).

[1185] Ainsi des modes de recrutement, de la formation et du travail des handicapés.

l'absence de délégué syndical dans l'entreprise. En ce sens, la complexification dans les modalités de la participation collective est susceptible de résulter de l'extension des compétences de la représentation élue du personnel, ou de l'accroissement de la composition de son cercle, observés lorsque les institutions représentatives du personnel se voient octroyer des attributions exceptionnelles, notamment en l'absence de représentation syndicale dans l'entreprise[1186].

370. La même loi est par ailleurs venue préciser clairement les conditions de négociation des accords dans les entreprises dépourvues de délégué syndical. Elle a pu, à cette occasion, rappeler et exiger le respect de la loyauté dans ses diverses manifestations. L'article L. 2232-27-1 du Code du travail dispose en ce sens : « *La négociation entre l'employeur et les élus ou les salariés de l'entreprise mandatés se déroule dans le respect des règles suivantes : 1° Indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur ; 2° Elaboration conjointe du projet d'accord par les négociateurs ; 3° Concertation avec les salariés ; 4° Faculté de prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche. Par ailleurs, les informations à remettre aux élus titulaires ou aux salariés mandatés préalablement à la négociation sont déterminées par accord entre ceux-ci et l'employeur* ». Si on avait pu déplorer une « *substitution aux organisations syndicales d'autres interlocuteurs* », considérée comme résultant d'une mauvaise application du « *principe de loyauté* » au sujet de la licéité des accords conclus avec le comité d'entreprise[1187], il apparaît désormais

[1186] Le comité d'entreprise peut être admis à conclure des accords collectifs en l'absence de délégués syndicaux ou de délégués du personnel dans l'entreprise ou l'établissement (art. L. 2232-21 et L. 2232-29 C. trav.). Un accord de branche ou un accord professionnel conclu avant le 31 décembre 2009 et ayant fait l'objet d'une extension peut autoriser la négociation avec les représentants du personnel. L'accord doit cependant préciser les thèmes ouverts à la négociation et les conditions de majorité requises, de même que l'ensemble du personnel siégeant au comité doit alors pouvoir participer à la négociation. La délégation unique du personnel peut également conclure un accord dans les mêmes conditions. De même que le cas échéant, le comité central d'entreprise, ou les comités d'établissement. Enfin, pour avoir la valeur d'accords collectifs et être valablement appliqués, ils doivent être approuvés par une commission paritaire nationale de branche, et déposés auprès de la Direccte (art. L. 2232-24 C. trav.). Les accords de branche étendus qui autorisent les entreprises dépourvues de délégués syndicaux à négocier avec des élus ou des salariés mandatés demeureront applicables après le 31 décembre 2009, et pour le temps où ils n'auront pas été dénoncés (art. 14 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008). Les entreprises de moins de 200 salariés non couvertes par un accord de branche étendu peuvent elles aussi négocier avec des élus du personnel (les autres n'ayant accès qu'au mandatement en l'absence d'élus). Les accords collectifs d'entreprise ou d'établissement ne sont cependant valables que s'ils sont signés par des membres titulaires élus au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel titulaires, représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Ils doivent recevoir la même approbation de la commission paritaire de branche, et ne peuvent concerner des matières dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, à l'exception des accords de méthode. La négociation entre l'employeur et les élus doit par ailleurs se dérouler dans le respect des principes inhérents à la négociation collective.

[1187] Si « *ces accords sont considérés comme atypiques et ne sont pas soumis au régime juridique des conventions collectives* », il n'en demeure pas moins que, concernant l'ensemble ou une catégorie du personnel, et relevant

que le législateur ait entendu en réalité attacher la loyauté davantage à l'idée de négociation qu'à l'identité syndicale de l'interlocuteur.

371. On ne peut en conséquence pas déduire de toutes les hypothèses où la négociation collective ne peut être conduite qu'avec des organisations syndicales que l'employeur ne peut pas, ou ne doit pas, introduire d'autres représentants des salariés dans la discussion[1188], la remarque doit être relativisée. En effet, il faut déjà réserver certaines matières et les cas de négociation obligatoire. Ensuite, il faut relever que si elle est étendue et contraignante pour l'employeur, la consultation des représentants élus, en application de l'ouverture de négociations syndicales portant sur les matières évoquées, demeure circonscrite à son régime. En ce sens, l'accord collectif, issu des seules prérogatives syndicales, bénéficie d'un régime autonome, hermétique aux incidences de la consultation.

2. Les incidences de la consultation limitée aux prérogatives de la représentation syndicale

372. Dès lors que l'on se place du point de vue des prérogatives des organisations syndicales, on remarque que le régime législatif, tout aussi protecteur, garantit efficacement leur « *auto-normie* », et permet de fait une conciliation favorable avec la procédure de consultation. Il revient en ce sens davantage à l'employeur qu'aux représentants syndicaux ou élus de supporter les risques et les interactions de la conciliation-négociation.

« *incontestablement au sens commun du terme des accords collectifs* », il peut paraître surprenant de les voir valablement signés par des institutions autres que les organisations syndicales, quand bien même celles-ci sont informées. Il s'agit par ailleurs, en théorie, « *d'une atteinte grave aux attributions des délégués syndicaux d'entreprise* » susceptible de tomber sous le coup de l'infraction du délit d'entrave. La même remarque avait été formulée au sujet de la licéité de la fixation du mode de rémunération d'une catégorie de personnel, obtenue après que l'employeur ait consulté les salariés de ladite catégorie, sans négocier avec les organisations syndicales de l'entreprise. L'entrave à l'exercice du droit syndical n'a cependant pas été retenue par les juges. Ceux-là ont estimé que « *la décision prise par l'employeur après la consultation des salariés ou d'institutions représentatives du personnel autres que les organisations syndicales, ne constitue pas un accord d'entreprise au sens de l'article 132-19 du Code du travail* » (Crim, 28 mars 1995, CSB1, 1995, n° 71, A31). J. Pélissier relève alors qu' « *il est difficilement admissible que le choix d'autres interlocuteurs que ceux que la loi impose entraîne une requalification de l'acte juridique, requalification qui permettrait ensuite de déclarer l'acte licite* ». Le même arrêt pose cependant une limite à « *ce qui est en réalité une fraude a la loi : lorsque la négociation est obligatoire, le chef d'entreprise ne peut pas exclure du champ de la négociation obligatoire des questions qui en relèvent normalement, au motif qu'une solution aurait déjà été trouvé en utilisant d'autres voies* » (J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 496).

[1188] Un mot de l'article L. 2242-15 C. trav., au sujet de la négociation obligatoire triennale en entreprise sur la gestion prévisionnelle des emplois et la prévention des conséquences des mutations technologiques, qui semble faire, « *à l'issue des négociations et à défaut d'accord* », de la consultation du comité d'entreprise une sorte de palliatif.

373. La Cour de cassation a ainsi pu préciser par un arrêt de principe, qu'une fois la négociation aboutie, *« le défaut de consultation […] n'a pas pour effet d'entraîner la nullité ou l'inopposabilité de l'accord collectif dont la validité et la force obligatoire demeurent soumises aux règles qui lui sont propres »*. L'autonomie normative des partenaires sociaux est ainsi préservée. Le manquement aux dispositions légales précitées peut en revanche « *être sanctionné […] selon les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise* »[1189]. A défaut de pouvoir obtenir la suspension de la mise en œuvre de l'accord collectif pris sans sa consultation préalable, en ce qu'elle reviendrait à le priver d'effet[1190] le comité d'entreprise qui n'aurait pas été consulté peut saisir le TGI en référé de demandes tenant à la suspension de la négociation en cours, ou au report de la signature de l'accord tant que la procédure n'aurait pas été régularisée[1191]. Il est également possible pour l'institution représentative du personnel d'agir en référé aux fins de voir ordonner à l'employeur de procéder aux consultations obligatoires. Le comité peut encore engager une action en réparation, pour violation des attributions légales de l'institution, s'il atteste du fait que l'absence de consultation lui a bien causé un préjudice. Les sanctions civiles, incertaines et concentrées sur l'employeur, se heurtent ainsi à l'application légitime de l'accord, et ne concernent le cas échéant que le déroulement formel du processus, notamment son retardement.

374. Il reste bien entendu les sanctions pénales afférentes au délit d'entrave aux fonctions des institutions représentatives du personnel. Généralement efficaces[1192], elles sont applicables également en cas de détournement de l'objectif de la consultation. Tel est le cas de l'employeur qui tenterait par exemple d'user du manquement à l'obligation de consultation de la représentation élue du personnel aux fins d'invalider la négociation collective d'entreprise. Outre l'inefficacité de la manœuvre au regard des sanctions civiles – la Cour de cassation s'opposant à ce que soit prononcée la nullité ou l'inopposabilité –, le juge pénal sanctionnerait le détournement au titre du délit d'entrave syndical. La même

[1189] Soc. 5 mai 1998, n° 96-13498, Bull. civ. V, n° 219, RJS 6/98, n° 750, p. 435 ; Soc. 19 mars 2003, n° 01-12094.
[1190] Soc. 19 mars 2003, n° 01-12094, Bull. civ. V, n° 105.
[1191] CA Rennes, 26 nov. 1998, Liaisons soc. déc. 1998, n° 610 ; Soc. 5 mai 1998, n° 96-13498, RJS 1998, n° 750, p. 435.
[1192] L'infraction du délit d'entrave a été retenue par la Chambre criminelle dans un arrêt du 13 décembre 1994, au sujet d'un accord collectif prévoyant l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise, signé par l'employeur sans que le comité d'entreprise n'ait été consulté préalablement (Crim. 13 déc. 1994, n° 93-85092, RJS 1995 n°252). V. également à ce sujet : TGI Nanterre, 11 mars 1994, D. 1994, p. 310, note M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC. Il faut encore préciser que le comité peut agir sur le fondement du délit d'entrave à n'importe quelle étape de la consultation.

infraction est par ailleurs constituée lorsque sont résultées de la « consultation » la négociation et la conclusion d'un accord avec les représentants du personnel[1193].

375. En effet, hors les exceptions légales prévues au monopole de négociation détenu par les organisations syndicales, tels l'épargne salariale[1194] ou le maintien de l'emploi[1195], le comité d'entreprise n'est évidemment pas autorisé à négocier des accords collectifs[1196], et il est fait interdiction à l'employeur de faire un usage déloyal de la consultation des représentants du personnel. A ce sujet, le Conseil constitutionnel a pu circonscrire l'intervention des salariés élus, jugeant que celle-ci n'est licite que si elle « *n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives* »[1197].

376. De même, la Chambre sociale a jugé que s'agissant d'un accord d'entreprise conclu dans le cadre de la négociation annuelle entre l'employeur et les organisations syndicales

[1193] Soc. 18 nov. 1997, D. 1998, p. 260, note M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC.

[1194] Le comité d'entreprise peut conclure avec l'employeur des accords de participation ou d'intéressement ainsi que des accords mettant en place un plan d'épargne entreprise ou un plan d'épargne interentreprises (PEI). La validité de l'accord est cependant subordonnée à son acceptation par la majorité des membres titulaires présents lors de la réunion qui préside à sa conclusion.

[1195] La loi n° 2013-504 de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a prévu que le nouveau dispositif des accords de maintien de l'emploi, dont la négociation est facultative, peut être, à défaut de délégué syndical, négocié par un ou plusieurs représentants élus du personnel expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel. L'accord doit également être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés (art. L. 5125-1 à L. 5125-7 C. trav.)

[1196] En dehors des hypothèses prévues par la loi, le comité d'entreprise ne peut jamais être partie à la négociation collective, sous peine de voir l'employeur reconnu coupable du délit d'entrave à l'exercice des fonctions syndicales, *a fortiori* lorsque la négociation a porté sur des thèmes réservés, et l'éventuel accord conclu requalifié en simple engagement unilatéral de l'employeur (Soc. 27 mars 1996, n° 92-41584). Il devra en conséquence être dénoncé selon les règles applicables, notamment le respect d'un préavis suffisant pour permettre des négociations, et la notification aux représentants du personnel et le cas échéant individuellement à tous les salariés concernés (Soc. 18 mars 1997, n° 93-43989). Sur ce sujet, il a également été jugé que l'accord atypique conclu par le comité d'entreprise ne peut avoir pour objet de remettre en cause les avantages résultant pour le personnel d'un accord d'entreprise, ni imposer des contraintes particulières aux salariés sans l'accord individuel de chacun d'entre eux. Il peut cependant accorder des avantages supplémentaires aux salariés relativement à la loi ou aux règles issues du statut collectif (Soc. 23 oct. 1991, n° 88-41661). Pour exemple, l'accord signé par l'employeur avec le comité d'entreprise, dérogeant aux dispositions législatives et conventionnelles sur les heures supplémentaires, n'est pas opposable aux salariés, lesquels peuvent obtenir le paiement des heures supplémentaires prévu par la convention collective applicable (Soc. 25 janv. 2006, n° 03-48000).

[1197] Cons. const. n° 96-383 du 6 nov. 1996 DC, loi n° 96-985 du 12 novembre1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective ; Rec. Cons. const. p. 128 ; D. 1997. Chron. 152, obs. B. MATHIEU ; D. 1998. Somm. 152, obs. J. TREMEAU. S'il exclut dans sa décision de reconnaître la valeur constitutionnelle du monopole syndical en matière de négociation collective, le Conseil protège cependant la participation et l'indépendance des syndicats représentatifs à la négociation collective, sur le fondement du principe de participation des travailleurs (al. 6 du Préambule de la Constitution de 1946) et celui de la liberté syndicale (al. 8 du Préambule de la Constitution de 1946).

représentatives, le comité d'établissement, qui n'est ni partie à cet accord ni de droit partie à sa négociation, n'a pas, quel que soit son intérêt à agir, qualité pour en critiquer la validité[1198]. Il résulte de ces développements que la procédure de consultation des représentants du personnel peut aussi bien constituer une source de loyauté de la négociation collective que se révéler une source de déloyauté qui conduira à invalider la négociation[1199].

377. Le principe doit se trouver dans la participation des organisations syndicales représentatives en matière de négociation collective, elles-mêmes tenues d'une obligation de loyauté à l'égard des salariés[1200], de même que les adhérents doivent eux-mêmes une certaine fidélité envers leurs syndicats. « *Qu'il s'agisse des dispositions communes à l'ensemble des conventions et accords collectifs, ou des dispositions spéciales aux conventions et accords d'entreprise, la loi prévoit que les groupements d'employeur ou les employeurs doivent négocier avec les organisations syndicales de salariés représentatives* »[1201]. Le principe s'applique également à l'égard des salariés eux-mêmes ; la consultation directe que l'employeur mettrait en œuvre ne doit non plus avoir « *pour objet ou pour effet de porter atteinte au monopole que la loi confère aux organisations syndicales pour représenter les intérêts des salariés dans la négociation collective* »[1202]. A cet égard, la discussion de l'employeur avec une partie des salariés ne peut se voir exclue de la négociation annuelle obligatoire ; il faut qualifier de déloyales les manœuvres de l'employeur visant à contourner les organisations syndicales en restreignant le champ de la négociation collective[1203].

378. De ce point de vue, « *l'application loyale* » et respective des articles L. 2231-1 et L. 2232-16 du Code du travail « *devrait logiquement entraîner deux conséquences* », constitutives « *des deux expressions de l'obligation de loyauté* »[1204]. La première tient

[1198] Soc. 1er juin 1994, n° 92-18896, Bull. civ. V, n° 186, Dr. soc. 1994, p. 715, obs. A. LYON-CAEN ; D. 1994, p. 294, obs. M.-A. SOURIAC-ROTSCHILD.
[1199] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52.
[1200] Le syndicat doit en effet représenter tous les travailleurs de manière égale et loyale au sens de l'article L. 2131-1 C. trav. : « *Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* ».
[1201] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 496.
[1202] Crim. 18 nov. 1997, RJS 1/98, n° 76.
[1203] Crim. 28 mars 1995 ; AJ, 1995, n° 50, note M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC.
[1204] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 496.

effectivement à ce que la négociation interdit « *de faire jouer un rôle parallèle ou de substitution à d'autres organes de représentants comme les élus du personnel* ». Sous les réserves ci-avant évoquées, il apparaît effectivement que les seules organisations syndicales représentatives peuvent et doivent participer à la négociation. La seconde conséquence, qu'il y a lieu désormais de vérifier, tient à ce que « *les employeurs ou groupements devraient négocier avec toutes les organisations syndicales représentatives, en s'interdisant de donner à telle ou telle organisation une position privilégiée* »[1205]. Il apparaîtra que ce second principe, à l'inverse du premier, n'a cessé de voir son application étendue et renforcée, et qu'il ne tolère aucune réserve.

B. L'obligation de loyauté quant à la convocation de toutes les organisations syndicales représentatives

379. L'obligation de convoquer tous les syndicats représentatifs à la négociation prend une source légale qui connait par ailleurs une portée générale (1). La jurisprudence a toutefois contribué à « *garantir l'expression du pluralisme syndical* »[1206] en favorisant de manière optimale l'extension de l'obligation (2).

1. La généralité de l'obligation légale de convocation

380. L'obligation faite à l'employeur d'inviter à la négociation toutes les organisations syndicales représentatives à la négociation résulte d'un texte général. Il est prévu en effet à l'article L. 2231-1 du Code du travail que « *la convention ou l'accord est conclu entre : d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord ; d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement* ». La prescription est reprise ensuite (inutilement) à l'article 2232-16 du Code du travail : « *La convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise. Une convention ou des accords peuvent être conclus au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissements dans les mêmes conditions* ».

[1205] *Ibid*.
[1206] « *[…] dans le cadre des conditions d'entrée en vigueur d'un accord collectif introduites par la loi du 20 août 2008* » (I. ODOUL-ASOREY, *Le défaut de convocation de tous les syndicats représentatifs à la négociation de la révision d'un accord collectif constitue le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical*, RDT 2009, p. 245).

381. La stricte et implicite interprétation de ces prescriptions implique *a priori* que l'employeur ait la charge de convoquer aux réunions de négociation toutes les organisations syndicales représentatives ou délégués syndicaux, présents ou implantés dans l'entité où est organisée la négociation (entreprise, établissement ou groupe d'établissements, unité économique et sociale, groupe). La possibilité de dialoguer avec des représentants syndicaux non salariés est licite, en ce qu'elle participe à garantir le droit des salariés à la négociation au travers de leurs représentants, notamment pour le cas où ceux-là n'auraient pas une présence effective dans l'entreprise[1207]. Il en est de même au sujet de la possibilité pour une organisation syndicale de mandater un salarié de l'entreprise, si aucun délégué syndical ne se trouve dans le périmètre de l'accord[1208]. Enfin, la formulation et le positionnement du texte ci-avant, relatifs aux conditions de validité de la négociation et de la conclusion des conventions et accords collectifs de travail (Titre 3, Chapitre 1), commandent à octroyer une large portée à l'obligation de convocation.

382. La Cour de cassation est intervenue en ce sens. Admettant la généralité des termes, elle a pu préciser que l'obligation de convocation concerne toutes les organisations syndicales, toutes les phases de la négociation, et qu'elle a vocation à s'appliquer aussi bien lorsque celle-ci est obligatoire que facultative, à défaut est qualifiée une « *attitude discriminatoire à l'encontre, ou en faveur d'une organisation syndicale* » constitutive « *d'un manque de loyauté dans la conduite des négociations* »[1209].

383. En ce sens, l'arrêt rendu le 13 juillet 1988 affirme non seulement la généralité de l'obligation, mais admet encore la sanction de l'employeur qui n'aurait pas convoqué tout syndicat représentatif dans l'entreprise à chacune des réunions consacrées à la négociation d'un accord d'entreprise, sur le fondement d'une discrimination. Il s'agit alors de respecter

[1207] Soc. 19 oct. 1994, n° 91-20292 ; Bull. 1994, V, n° 281, p. 190. Il a en ce sens été jugé que « *si la grève impose l'existence de revendications de nature professionnelles, le juge ne peut, sans porter atteinte au libre exercice d'un droit constitutionnellement reconnu, substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien fondé de ces revendications, en l'absence d'abus de droit de la part des salariés ; s'ensuit qu'en cessant le travail pour obtenir la présence dans une délégation syndicale chargée de la négociation annuelle obligatoire d'un permanent syndical étranger à l'entreprise, les salariés ont voulu appuyer une revendication de caractère professionnel qui ne présentait aucun caractère abusif, et n'ont fait qu'exercer le droit de grève* ». De ce point de vue, le refus du chef d'entreprise de négocier avec un représentant syndical extérieur pourrait constituer un manquement au devoir de loyauté.

[1208] Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, une ou plusieurs organisations syndicales peuvent pour exemple mandater un salarié en vue de la négociation et de la signature d'un accord sur la réduction du temps de travail. Il bénéficie alors d'une protection similaire à celle des délégués syndicaux (Soc., 20 juin 2006, n° 05-44256).

[1209] TGI Paris, référé, 1er oct. 1993, AJ mars 1994, n° 105, p. 20 ; cité par M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52.

« *l'égalité de traitement entre toutes les organisations syndicales représentatives* » et, selon un mot de J. Goineau, de refuser « *une parodie de négociation* »[1210]. Il est encore admis que le juge des référés puisse ordonner la convocation d'un syndicat représentatif à toute réunion consacrée à la négociation d'entreprise, en cours ou à venir, et partant à l'élaboration de l'acte. La décision consacre également l'obligation pour l'employeur de tenir, avec les organisations syndicales représentatives, des réunions communes pour toute négociation d'accords collectifs, et ce alors même qu'en l'espèce la réception séparée des organisations syndicales résultait notamment du refus de l'une d'entre elles de se rendre à toute réunion commune[1211].

384. Par la suite, un arrêt du 10 mai 1995 est venu réaffirmer l'illicéité d'un accord d'entreprise à la négociation duquel l'organisation syndicale représentative ayant un délégué syndical dans l'entreprise n'avait pas été invitée. Par ailleurs, le visa sous lequel est rendue la décision permet de déduire que l'obligation de convocation de tous les syndicats représentatifs s'applique aussi bien à la négociation obligatoire qu'à toute négociation facultative[1212]. Il faut par ailleurs préciser, au titre des sanctions du défaut de convocation, et en sus de la nullité de l'accord, que l'article L. 2243-1 du Code du travail prévoit, au sujet des négociations périodiques obligatoires en entreprise, que « *Le fait de se soustraire aux obligations prévues à l'article L. 2242-1, relatives à la convocation des parties à la négociation annuelle et à l'obligation périodique de négocier, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros* ».

385. Il faut encore évoquer l'arrêt du 9 juillet 1996, par lequel la Cour de cassation décide que les syndicats qui ont participé à une négociation sont recevables à agir en nullité contre un

[1210] Soc. 13 juillet 1988, n° 86-16302, Bull. civ. 1988, V, n° 454, p. 291 ; D. 1989, Somm. 202, note J. GOINEAU ; cité par M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52.
[1211] Soc. 13 juillet 1988, n° 86-16302, Bull. civ. 1988, V, n° 454, p. 291 ; D. 1989, Somm. 202.
[1212] Soc 10 mai 1995, n° 92-43822, RJS 6/95, n° 676 : « *l'accord collectif n'était pas valable, dès lors que l'organisation syndicale dont il était le délégué n'avait pas été invitée à participer à sa négociation* ». La jurisprudence confirme la portée générale de l'obligation ; J. Pélissier relève à ce sujet que l'arrêt du 10 mai 1995 « *est rendu en visant l'article L. 132-19 C. trav. [L. 2232-16 nouveau] placé dans la sous-section 1 « dispositions générales », les dispositions concernant spécialement la négociation annuelle obligatoire étant placées dans une sous-section 2* » (J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 496). Pour la réitération de la solution, v. Soc. 9 fév. 2000, Liaisons sociales 28 fév. 2000, n° 663.

accord collectif dès l'instant qu'ils invoquent une nullité absolue, même s'ils ne l'ont pas signé[1213].

386. La jurisprudence a en ce sens participé à garantir la généralité de l'obligation de convocation simultanée de tous les syndicats représentatifs à la négociation d'un accord collectif, de son ouverture à son issue, à peine de nullité[1214]. Elle a encore permis d'étendre l'obligation à certaines hypothèses particulières[1215].

2. L'extension jurisprudentielle de l'obligation de convocation

387. L'obligation de convocation de toutes les organisations syndicales se limitait auparavant aux seules négociations initiales. En ce sens, le chef d'entreprise ou le groupement patronal qui engageait des négociations portant sur l'aménagement, l'exécution ou la révision d'une convention collective pouvait licitement écarter les organisations syndicales représentatives de salariés qui avaient refusé de signer l'acte en cause. Il était admis que n'étant pas partie à la convention, elles ne pouvaient bénéficier de la qualité pour l'interpréter ou la modifier. Cette exception résultait littéralement de l'article L. 2261-7 du Code du travail[1216], lequel dispose que les organisations syndicales signataires de la convention ou de l'accord ou y ayant adhéré sont seules habilitées à signer les avenants portant révision[1217].

[1213] Soc. 9 juil. 1996, n° 95-13010. En l'espèce, la Cour d'appel avait jugé les deux syndicats irrecevables à invoquer la nullité d'un accord d'entreprise pour indétermination de son objet et pour avoir été contracté sous une condition potestative de la part de l'employeur, au motif que lesdites organisations syndicales n'avaient pas signé l'accord collectif et n'étaient donc pas parties au contrat. Les juges décidaient ainsi « *qu'à leur égard les décisions prises concernant notamment la flexibilité des salaires revêtent le caractère de décisions unilatérales ; qu'elles ne sont pas en conséquence recevables à invoquer un vice de nullité relative relevant du droit privé* ».

[1214] La solution est confirmée par un arrêt du 29 mai 2001, n° 98-23078, sur le fondement de la discrimination syndicale.

[1215] L'obligation s'applique au niveau de l'entreprise à tous les accords conclus susceptibles d'y être négociés (M.-L. MORIN, *Les accords conclus pour mettre en œuvre les dispositions d'une convention collective sont des accords d'entreprise qui doivent être négociés avec toutes les organisations syndicales représentatives de l'entreprise*, D. 1999, p. 177).

[1216] « *Les organisations syndicales de salariés représentatives, signataires d'une convention ou d'un accord ou qui y ont adhéré conformément aux dispositions de l'article L. 2261-3, sont seules habilitées à signer, dans les conditions prévues au chapitre II du titre III, les avenants portant révision de cette convention ou de cet accord* ».

[1217] L'employeur ne peut évidemment pas écarter une organisation signataire de la révision d'un accord, ou de la négociation d'un avenant (Soc. 18 déc. 1991, Dr. ouv. 1992, p. 247). La même interdiction lui est faite au sujet des organisations adhérentes à l'accord initial (Soc. 2 déc. 1998, RJS 1/99, n° 78).

388. Il était pour autant acquis que cette analyse n'était « *acceptable qu'autant qu'il n'y a[vait] pas d'interférence entre la révision d'une convention collective et l'obligation annuelle de négocier les salaires effectifs, la durée ou l'organisation du temps de travail* »[1218]. Celle-ci, bien que récurrente sur les mêmes sujets, ne pouvant s'analyser en une révision des accords antérieurs, et commandait l'invitation de tous les syndicats représentatifs.

389. Par un arrêt du 26 mars 2002, la Cour de cassation a énoncé que « *tous les syndicats représentatifs qui ont un délégué syndical dans l'entreprise doivent être appelés à la négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, y compris lorsque la négociation porte sur des accords de révision* ». Elle a toutefois précisé immédiatement que *« les accords de révision ne peuvent être conclus qu'avec les organisations syndicales signataires de la convention ou de l'accord initial et, le cas échéant, avec les organisations syndicales non-signataires sous condition qu'elles aient préalablement adhéré à ladite convention ou audit accord collectif* ». En l'espèce, devait être annulé « *l'accord de révision conclu avec les seuls syndicats signataires de la convention ou de l'accord collectif, sans que les autres syndicats représentatifs dans l'entreprise aient été convoqués en vue de la négociation* »[1219]. Une dissociation est en ce sens mise en œuvre entre la phase de négociation des révisions et celle de la signature des accords. Autrement dit, si l'obligation de convocation de toutes les organisations syndicales représentatives se voit étendue aux négociations portant sur la révision d'un accord dont elles n'étaient pas toutes signataires, elle se trouve en revanche bornée aux seules négociations, la participation des organisations syndicales non signataires ou non adhérentes devant légitimement céder au moment de la signature.

390. Il faut relever qu'un arrêt du 17 septembre 2003 a par la suite étendu cette même règle aux accords de branche, et érigé du même coup la solution en principe général : « *Attendu cependant qu'un accord collectif ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives aient été invitées à sa négociation* », au visa des

[1218] « *[…] l'obligation pour l'employeur de négocier chaque année avec les syndicats représentatifs de salariés, la rémunération ou l'aménagement du temps de travail lui interdit d'écarter un syndicat représentatif d'une négociation qui ne peut pas être présentée comme la révision d'un accord antérieur* » (J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 496).

[1219] Soc 26 mars 2002, n° 00-17231, Bull. civ. V, n° 107, p. 115, RJS 6/02, n° 704 ; D. 2002, n° 43, Jur. 3231, note F. PETIT ; Dr. soc. 2002, p. 617, note M.-L. MORIN. V. également : F. PETIT, *De la négociation à la conclusion d'un avenant portant révision d'un accord collectif*, D. 2002, n°49, p. 3231 ; J.-M. OLIVIER, *Est nul l'accord de révision négocié avec les seuls syndicats signataires de l'accord révisé*, TPS, juin 2002, p. 16.

articles L. 131-1 (art. L. 2221-1 nouveau)[1220] et L. 132-7 (art. L. 2261-7 nouveau) du Code du travail, et des alinéas 6 et 8 du Préambule de 1946[1221]. Le juge mobilise en ce sens les principes constitutionnels tirés de la participation des salariés et de l'exercice du droit syndical, aux fins de transposer l'exigence de la convocation de toutes les organisations syndicales représentatives, mêmes non signataires, à la négociation de révision d'un accord collectif de branche. Une décision rendue le 12 septembre 2007 reprend la même formule au visa des mêmes articles et des mêmes alinéas 6 et 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ajoutés de l'article L. 132-12 du Code du travail (art L. 2241-1 nouveau) : « *l'obligation de négocier des organisations liées par la convention n'est pas exclusif du droit des autres organisations représentatives de participer aux négociations pouvant conduire à la révision de la convention antérieurement conclue et, partant, de l'obligation de les inviter à cette négociation* »[1222].

391. Si le recours à ces fondements soutient et confirme indubitablement la portée générale de l'obligation d'inviter tous les syndicats représentatifs des salariés à la négociation d'un accord collectif, il a également été relevé que « *cette conjonction assoit la négociation collective comme une forme de l'action syndicale constitutionnellement garantie* »[1223].

[1220] « *Le présent titre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés ; il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail et de leurs garanties sociales* ».

[1221] Soc. 17 sept. 2003, n° 01-10706, Bull. civ. V, n° 240, p. 249 ; RJS 11/2003, n° 1297 ; D. 2004, Somm. 388, obs. I. ODOUL-ASOREY ; JCP E 2004. II, p. 513, obs. S. DARMAISIN.

[1222] Soc. 12 sept. 2007, n° 06-41841 ; RJS 11/2007, n° 1194 ; Soc. 8 juil. 2009, RJS 10/09, n° 817.

[1223] « *Elle est en cela nettement relayée par la Cour de cassation* » (I. ODOUL-ASOREY, *Le défaut de convocation de tous les syndicats représentatifs à la négociation de la révision d'un accord collectif constitue le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical*, RDT 2009, p. 245). Pour la critique du recours aux principes constitutionnels : L. PERRIN, *Le droit des conventions collectives face au juge administratif et à la Constitution*, D. actualité, 2007, 2393. L'auteur admet en ce sens que ce visa « *éclaircit pourtant la portée de l'utilisation des dispositions constitutionnelles affirmant le droit à la liberté syndicale, et à la participation des travailleurs* ». Par ailleurs, il est souligné que si *« le code du travail ne prévoit de monopole au bénéfice des organisations signataires et adhérentes qu'en ce qui concerne la signature de l'avenant portant révision [art. L. 2261-7 C. trav.], il n'établit d'obligation de négociation qu'à l'égard de ces seules organisations [art. L. 2241-1 C. trav.]* ». En conséquence, la Cour pouvait dès lors affirmer, sans l'appui des dispositions constitutionnelles, que le Code du travail ne s'oppose pas à la participation des organisations non signataires à la négociation. Or, « *le visa des dispositions constitutionnelles est uniquement sollicité en ce qui concerne l'affirmation d'une obligation d'invitation des syndicats non signataires* ». Enfin, L. Perrin s'interroge sur l'utilité de l'obligation d'inviter à la négociation, « *si les organisations non signataires ne peuvent in fine, signer et conclure l'avenant* ». Et de conclure qu' « *envisager l'utilisation potentielle de ces dispositions constitutionnelles aux fins d'évincer le monopole des organisations liées par la convention pour la signature de l'avenant n'est pas raisonnable* ». En effet, « *les droits énoncés par ces dispositions sont tout à fait observés en l'état puisque, d'une part, l'obligation d'invitation est utile dès lors que ces organisations pourront par leur participation à la négociation, peser sur la discussion du contenu de l'avenant, et d'autre part, parce que si elles ne peuvent signer l'avenant, elles pourront toujours adhérer à la convention par la suite* ».

392. La Chambre criminelle a, par un arrêt du 28 octobre 2008, confirmé « *sur le terrain répressif une solution consacrée par le juge social* »[1224], et unifié du même coup le régime des syndicats signataires et non signataires de l'accord initial sur le volet pénal, donnant « *ainsi à voir une collaboration jurisprudentielle à l'entrecroisement du droit de la négociation collective et du droit syndical* »[1225]. Il a en ce sens été jugé que « *constitue une entrave à l'exercice du droit syndical le fait de ne pas appeler, contrairement aux prescriptions de l'article L. 132-19 du Code du travail, devenu l'article L. 2232-16 du même code, un syndicat représentatif ayant un délégué syndical dans l'entreprise à des négociations portant sur la révision d'accords collectifs, même si ces accords n'ont pas été signés par ce syndicat* »[1226]. Cette décision accroit encore la portée de l'obligation de convocation de tous les syndicats représentatifs, « *s'agissant de la négociation collective d'entreprise, en reliant sa méconnaissance au délit d'entrave à l'exercice du droit syndical* »[1227]. Il a également été relevé que « *la référence opérée à l'article L. 2232-16 du Code du travail souligne le nécessaire respect de cette exigence là où demeure le monopole syndical en matière de négociation collective, en particulier dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux* »[1228]. Enfin, la décision de la Chambre criminelle « *prolonge […] le lien entre le droit syndical et le droit à la négociation collective qu'elle avait mis en relief en sanctionnant au titre du délit d'entrave à l'exercice du droit syndical, le fait de négocier dans l'entreprise avec d'autres représentants que les syndicats représentatifs en dépit de la présence de délégués syndicaux* »[1229].

[1224] Dr. soc. 2009, p. 504, obs. F. DUQUESNE. « *Si la loi impose une obligation de négocier aux organisations liées par la convention, cela n'est pas exclusif du droit des autres organisations représentatives de participer aux négociations pouvant conduire à la révision de la convention antérieurement conclue et, partant, de l'obligation de les inviter à cette négociation* ». L'employeur qui n'invite pas l'ensemble des organisations « *aptes à la négociation, ainsi que le prescrit l'article L. 2232-16 du Code du travail, y compris celles qui ne se sont pas rendues signataires de l'accord* » réalise l'infraction de l'entrave à l'exercice du droit syndical (art. L. 2146-1 C. trav.).

[1225] I. ODOUL-ASOREY, *Le défaut de convocation de tous les syndicats représentatifs à la négociation de la révision d'un accord collectif constitue le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical*, RDT 2009, p. 245. Au sujet de la participation du Conseil d'État : CE, Ass., 16 déc. 2005, RFDA 2006. 48, obs. J.-H. STAHL ; RTD civ. 2006, p. 75, obs. P. DEUMIER ; RDT 2006, p. 113, obs. S. NADAL.

[1226] Crim. 28 oct. 2008, pourvoi n° 07-82.799. Le délit d'entrave sanctionne l'exercice du droit syndical dans l'entreprise « *dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution de la République* » (au sens des articles L. 2141-4 et L. 2146-1 C. trav.).

[1227] Puisqu'en effet, « *à la sanction civile de la nullité de l'accord collectif conclu sans que tous les syndicats représentatifs n'aient été invités à sa négociation, s'ajoute désormais la sanction pénale attachée au délit d'entrave* » (I. ODOUL-ASOREY, *Le défaut de convocation de tous les syndicats représentatifs à la négociation de la révision d'un accord collectif constitue le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical*, RDT 2009, p. 245).

[1228] I. ODOUL-ASOREY, *Le défaut de convocation de tous les syndicats représentatifs à la négociation de la révision d'un accord collectif constitue le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical*, RDT 2009, p. 245.

[1229] Il est renvoyé à Crim. 18 nov. 1997, Bull. crim. n° 390 ; RJS 1/98, n° 76 ; Dr. soc. 1998, p. 409, obs. M. COHEN ; D. 1998, Somm. 260, obs. M.-A. SOURIAC-ROTSCHILD.

393. A rebours de ce qui a été évoqué précédemment au sujet de l'extension du rôle des représentants élus relativement à la négociation collective, il semble, *a contrario*, que la Cour de cassation ait davantage tendance ces dernières années à renforcer le monopole syndical du point de vue de l'ensemble des organisations représentatives[1230]. En ce sens, « *la mise en relation de l'obligation de convoquer tous les syndicats représentatifs à la négociation d'un accord collectif avec le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical est remarquable* ». La convocation de tous les syndicats représentatifs à la négociation d'un accord collectif est « *ainsi mise en avant comme une exigence participant non seulement du droit des travailleurs à la négociation collective, mais également du droit syndical* »[1231].

394. La loyauté du dialogue social commande en ce sens à l'employeur de respecter scrupuleusement l'obligation d'inviter tous les négociateurs habilités à la négociation. L'arrêt du 13 juillet 1988 souligne par ailleurs l'importance de la simultanéité de l'invitation pour chacune des réunions consacrées à l'élaboration d'un accord, de même qu'il est évoqué la tenue impérative de réunions communes[1232]. Il convient en effet de prolonger l'obligation de convocation au cours des discussions, et d'imposer que le déroulement de la négociation implique la participation effective et concomitante de toutes les organisations convoquées à son ouverture.

II : LA LOYAUTE DANS LA SIMULTANEITE DE LA PARTICIPATION A LA NEGOCIATION

395. L'impératif de loyauté ne se limite pas en effet à la seule phase de l'ouverture des négociations. Il commande également à ce que l'entier processus d'élaboration de l'accord implique pleinement ensemble les interlocuteurs syndicaux. En conséquence, l'obligation de loyauté doit se trouver spécialement dans l'injonction de réunions de négociation communes (A). Les signatures séparées font en revanche l'objet d'une tolérance

[1230] A ce sujet ; Soc 16 janv. 2008, n° 07-60166, Bull. 2008, n° 9 : « *si un accord d'entreprise ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise […] aient été invitées à la négociation, l'employeur n'est pas tenu d'y inviter l'intégralité des organisations syndicales qui se prévalent d'une affiliation à une même confédération représentative au plan national* ». Dès lors qu'un syndicat a été invité a la négociation, l'absence de convocation de l'union locale, ou de toute organisation se prévalant d'une affiliation a la même confédération représentative au plan national, ne peut entraîner la nullité de l'accord (S. JEAN, *Droit du travail : les arrêts décisifs 2007/2008*, Liaisons sociales, éd. Liaisons, 2008, p. 278).
[1231] I. ODOUL-ASOREY, *Le défaut de convocation de tous les syndicats représentatifs à la négociation de la révision d'un accord collectif constitue le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical*, RDT 2009, p. 245.
[1232] Soc. 13 juillet 1988, n° 86-16302, Bull. civ. 1988, V, n° 454, p. 291.

jurisprudentielle. En conséquence, elles ne constituent pas un manque de loyauté et ne remettent pas en cause la validité de l'accord (B).

A. L'obligation de loyauté quant à la négociation simultanée avec toutes les organisations syndicales représentatives

396. Parce qu'elle participe non seulement à la qualification de la négociation, mais aussi à son efficacité (1), la Cour de cassation a reconnu, après quelques hésitations, cet aspect de la loyauté (2).

1. Une exigence consubstantielle à la notion de négociation

397. J. Pélissier relève à très juste titre que « *d'un point de vue logique, la négociation simultanée avec toutes les organisations syndicales représentatives s'impose* ». La loyauté la plus élémentaire implique en effet que « *tous les acteurs de la négociation reçoivent les mêmes informations, les mêmes propositions, les mêmes contrepropositions, entendent les mêmes argumentations émanant d'une même personne* ». De la même manière que la plus évidente déloyauté concourt à reconnaître la possibilité des négociations parallèles ; « *l'existence de réunions séparées n'a d'intérêt que si l'on dissimule à certains ce que l'on accepte de dire à d'autres ; le comportement qui consiste à modifier les données de la négociation selon son interlocuteur* »[1233] amène par ailleurs à réfuter le terme même de négociations.

398. En effet, la simultanéité des discussions est consubstantielle de toute véritable négociation[1234]. L'employeur qui aurait la possibilité de s'engager isolément avec une organisation, pour soumettre successivement à l'approbation des autres le projet ainsi arrêté, éventuellement amendé ou rejeté, réaliserait en réalité une discussion fractionnée. L'acte en résultant serait issu d'une élaboration unilatérale, « enrichie » au surplus aux avis successifs et parallèles de négociateurs réduits à la consultation.

[1233] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 498.
[1234] J. BARTHELEMY, *Négociations collectives d'entreprises : dérogations et concessions*, Dr. soc. 1988, p. 402. L'auteur évoque l' « *antinomie entre négociations et conduite de discussions séparées* ».

399. Par ailleurs, il se déduit du principe de participation la nécessité de l'élaboration conjointe des règles professionnelles. De ce point de vue, la discussion simultanée de toutes les parties constitue un impératif inéluctable[1235]. La présence concomitante de l'employeur ou du groupement d'employeur et de tous les interlocuteurs syndicaux permet encore de garantir une négociation loyale du point de vue de ses termes, c'est-à-dire des éventuelles concessions et contreparties proposées et consenties par chaque partie. Il s'agit alors d'assurer l'égalité et l'équilibre des « prestations ». Enfin, la simultanéité des débats participe à rétablir l'équilibre, que l'on sait structurellement affecté, entre l'employeur et son éventuel groupement et les interlocuteurs syndicaux, plus à même de faire force groupée ensemble. La simultanéité concourt également à renforcer leur information relativement aux thèmes de la négociation, et partant leur efficacité dans la négociation ; ils pourront ainsi entendre, répondre, confirmer et participer des critiques, suggestions et données formulées par telle ou telle organisation. Enfin, la simultanéité se déduit de l'exigence qui est faite aux négociateurs de formuler des contre-propositions ; cette prescription n'est envisageable que pour autant que chacun puisse entendre les propositions de tous.

400. La prescription visant à négocier avec toutes les organisations représentatives en même temps, dans le même lieu et en des termes identiques paraît en ce sens s'induire de l'admission même des négociations professionnelles et de leur objet. Au surplus, elle sanctionne la justice et l'utilité de l'entreprise. Il semble en conséquence peu concevable que la loyauté n'ait pas reçu, sur ce point, une reconnaissance positive, et qu'il n'en soit pas formulée l'obligation à l'employeur.

2. Une exigence reconnue à toutes les hypothèses de négociation

401. Si la seule « *idée de loyauté de la négociation condamne les négociations séparées* »[1236], elle n'a pas pour autant semblé s'imposer à la Cour de cassation. Celle-ci dissocie, nous l'avons vu, la convocation à l'ouverture des négociations des réunions de négociation, de même qu'elle dissocie les négociations de la signature de l'accord. En conséquence,

[1235] « *Plus encore depuis la loi du 20 août 2008, dans ce contexte nouveau où la sanction par l'audience devient essentielle, chaque organisation devra assumer les responsabilités qu'elle aura prises en signant ou en refusant de signer un accord, et ce en face des autres organisations syndicales et de l'employeur* » (G. BELIER et H.-J. LEGRAND, *La négociation collective en entreprise*, éd. Liaisons, coll. Droit vivant, 4ème éd., 2013, n° 394).
[1236] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52.

l'obligation d'inviter toutes les organisations syndicales représentatives de salariés à participer aux discussions n'emportait pas nécessairement reconnaissance de l'obligation de convoquer toutes les organisations syndicales en même temps à chaque réunion visant l'élaboration de l'accord.

402. La décision du 13 juillet 1988 évoque cette simultanéité. La pratique des négociations séparées, même à l'initiative d'un syndicat, est clairement sanctionnée par la possibilité reconnue au juge des référés d'y mettre fin en imposant à l'employeur la convocation de toutes les organisations syndicales à toute réunion consacrée aux négociations, et en l'espèce aux réunions que celui-ci tenait avec un seul syndicat[1237]. Si « *la règle est présentée par les juges comme une règle tout-à-fait générale – elle s'applique aussi bien aux négociations facultatives qu'aux négociations obligatoires* – »[1238], la forme et la rédaction de l'espèce pouvaient légitimement nourrir le souhait de voir reprise la solution sous une forme plus solennelle.

403. Une confirmation partielle et spécifique est intervenue en matière administrative la même année. Dans une décision rendue le 26 octobre, le Conseil d'Etat a refusé l'extension d'une convention collective au motif qu'un syndicat l'a signée après la dernière réunion de la commission paritaire. La portée de cet arrêt doit cependant être circonscrite aux prescriptions légales particulières qu'il applique. En effet, l'article L. 2261-19 du Code du travail (art. L. 131-1 ancien) dispose que « *La convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, leurs avenants ou annexes doivent, pour pouvoir être étendus, avoir été négociés et conclus en commission composée des représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré* ». Il en résulte strictement que l'existence de négociations ou de signatures réalisées hors les réunions de la commission s'oppose à l'extension de la convention[1239]. Si cette règle revêt une portée générale en ce qu'elle a vocation à

[1237] Soc. 13 juillet 1988, n° 86-16302, Bull. civ. 1988, V, n° 454, p. 291 ; D. 1989, Somm. 202, note J. GOINEAU.
[1238] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 498.
[1239] CE 28 oct. 1988, Féd. Nat. Chimie CGT, Dr. ouv. 1989, p. 228 ; Dr. soc. 1989, p. 237, obs. AUFRERE-PHILBERT ; cité par J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 498. L'auteur de préciser : « *Certes, la négociation peut se poursuivre si une organisation convoquée refuse de participer aux travaux et la convention peut être valablement conclue et être étendue si une organisation syndicale représentative refuse de signer ; mais la signature doit obligatoirement intervenir au cours d'une réunion de la commission* ».

s'appliquer tant aux négociations facultatives qu'aux négociations obligatoires, elle se limite cependant à la validité de l'extension.

404. Après quelques hésitations jurisprudentielles observées notamment chez les juges du fond[1240], l'arrêt rendu le 9 juillet 1996 par la Cour de cassation, remarquable quant aux autres applications de la loyauté, entretient une certaine confusion au sujet des négociations séparées. Il est en effet simplement énoncé, sur ce propos, « *que la négociation doit régulièrement menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales* » [1241]. Il est vrai cependant que la question ne concernait pas, à proprement parler, l'existence de négociations séparées. De fait, l'exigence énoncée tenant à ce que « *toutes les organisations syndicales aient été mises à même de faire valoir leurs propos et leurs observations jusqu'au terme de la négociation* »[1242] n'implique pas intrinsèquement la tenue impérative de réunions communes.

405. Un arrêt du 12 octobre 2006 est venu davantage préciser les contours de la loyauté attendue sur ce point. Aux syndicats qui demandaient, sur le fondement des alinéas 6 et 8 du Préambule de 1946 et des articles L. 2221-1 et L. 2232-16 du Code du travail, l'annulation d'un accord collectif étendu au motif que celui-ci aurait été modifié après la dernière séance de négociation et avant l'expiration du délai prévu pour sa signature, la Cour de cassation a répondu que « *si la nullité d'un accord est encourue lorsque toutes les organisations syndicales représentatives n'ont pas été convoquées à sa négociation, une partie ne peut critiquer les modifications apportées au projet d'accord soumis à la signature après la dernière séance de négociation lorsque l'existence de négociations séparées n'est pas établie et lorsque ni cette partie ni aucune autre partie à la négociation*

[1240] J. Pélissier évoque en ce sens un jugement rendu en référé par le TGI de Paris le 1er octobre 1993, dans lequel il est décidé que « *le chef d'entreprise doit mener les négociations collectives en y invitant ensemble et simultanément depuis leur début jusqu'à leur achèvement toutes les organisations syndicales les plus représentatives (TGI Paris, référé, 1er oct. 1993, Act. Jur. mars 1994, p. 20)* ». La solution, confirmée par le TGI de Nanterre l'année suivante (TGI Nanterre, 17 juin 1994, Dr. soc. 1994, p. 876) est cependant infirmée par la Cour d'appel de Versailles (14ème Ch.) par un arrêt du 6 janvier 1995. Enfin, l'auteur souligne un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, rendu le 1er juin 1994 (Soc. 1er juin 1994, Dr. soc. 1994, p. 715). Si celui-ci « *a été présenté comme opérant un revirement de jurisprudence par rapport à la solution retenue en 1988* », il apparaît qu' « *en réalité, la portée de cet arrêt est difficile à établir ; si la lecture de l'arrêt de la Cour d'appel donne a penser qu'il y a eu effectivement après une première réunion commune, une négociation séparée avec une seule organisation syndicale, l'arrêt de la Cour de cassation qui conclut à la validité de la convention ne fait aucune référence à des négociations séparées et à leur licéité* ». Il ne s'agit donc pas, selon J. Pélissier, « *d'un arrêt de principe mais plutôt d'un arrêt de circonstances* » (J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 498).

[1241] Soc. 9 juil. 1996, n° 95-13010.

[1242] G. BELIER et H.-J. LEGRAND, *La négociation collective en entreprise*, éd. Liaisons, coll. Droit vivant, 4ème éd., 2013, n° 393.

n'en a sollicité la réouverture en raison de ces modifications avant l'expiration du délai de signature »[1243]. Rappelant l'obligation de convocation initiale de toutes les organisations syndicales, la solution est doublement intéressante. D'abord, parce qu'elle confirme que l'existence de négociations séparées peut entraîner la nullité de l'accord, encore que ce défaut apparaît devoir être couplé d'une part à la modification du projet intervenue après la dernière séance de négociation, et d'autre part à l'existence d'une action utile du syndicat qui argue de l'irrégularité. Il s'agit du second apport de la solution ; celle-ci tend à responsabiliser les syndicats à la négociation, puisqu'elle exige d'eux de ne pas seulement subir les éventuels événements suspects affectant l'élaboration de l'acte mais, pour l'exemple de l'espèce, de solliciter la réouverture des négociations avant l'expiration du délai de signature pour le cas où elles auraient constaté une modification de l'acte après la dernière réunion de discussion.

406. La Cour de cassation a elle-même, par un communiqué, pu préciser le sens de cette décision[1244], présentée à tort comme la consécration de l'interdiction des négociations séparées. Si elle énonce, sur le fondement de la loyauté, que « *l'adjonction à ce qui n'est encore qu'un projet d'accord de modifications qui auraient été négociées séparément n'est pas admissible* », de même que « *ne seraient pas non plus admissibles des modifications intervenues dans des conditions telles que l'ensemble des parties n'aurait pas été à même d'en discuter ou de faire des contre-propositions avant la date fixée pour la signature de l'accord* », elle explique pour autant que « *l'exigence de loyauté dans la négociation* » n'interdit pas nécessairement « *d'apporter des modifications unilatérales au projet d'accord adressé aux parties pour signature, après la dernière séance de négociation mais avant l'expiration du délai de signature, lorsque celles-ci ont été à même d'en apprécier l'importance pour faire le cas échéant des observations ou demander la réouverture des négociations* ». Il est relevé à ce sujet que si le Conseil d'Etat, comme les juges du fond, « *avaient écarté la critique en raison du caractère purement formel ou déclaratif des modifications contestées* » et « *en avaient ainsi apprécié la portée eu égard au contenu de l'accord* », la décision de la Chambre sociale « *repose au contraire sur l'analyse des conditions de la négociation de l'accord : elle considère que les partenaires sociaux sont maîtres de son déroulement et qu'il leur appartient d'apprécier l'importance des*

[1243] Soc. 12 oct. 2006, n° 05-15069, Bull. 2006, n° 305.
[1244] Communiqué de la Cour de cassation, Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, au sujet de Soc. 12 oct 2006, n° 05-15069, Bull. 2006, n° 305, *http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/communique_9391.html*

modifications apportées et l'opportunité de demander la réouverture des négociations ». Les juges justifient en ce sens l'extrême rigueur de leur solution ; d'une part, « *le terme de la négociation est […] la signature de l'acte dans les conditions légales par un ou plusieurs syndicats* », et d'autre part « *la loi n'exige une signature lors d'une réunion de la commission mixte où toutes les parties doivent être convoquées que pour les conventions susceptibles d'extension* ». En jugeant que « *jusqu'à l'expiration du délai de signature convenu, les parties ont la possibilité de demander la réouverture des négociations pour faire leurs observations ou contre-propositions* », la Cour estime que « *jusqu'à cette date, la négociation est en cours, et invite ainsi implicitement les partenaires sociaux à fixer un terme au délai de signature pour marquer le terme de la négociation* ». S'ils s'abstiennent de demander la réouverture des négociations, « *la signature vaut approbation des modifications apportées, la non signature désapprobation* ». La solution, particulièrement dure à l'encontre des interlocuteurs syndicaux est présentée comme la marque de la « *confiance [octroyée] aux négociateurs pour apprécier l'importance des modifications apportées* » et la nécessité « *d'une nouvelle discussion* ».

407. On a pu évoquer au sujet de cette décision « *un désengagement du juge du contrôle de la loyauté procédurale de la négociation* », lequel « *s'accommode[rait] trop facilement d'une certaine confusion des genres entre l'unilatéral et le négocié* » [1245]. Il est vrai qu'en pratique, la « *phase de finalisation des accords collectifs baigne facilement dans une pénombre propice à quelques manipulations* ». L'ambivalence des dispositions légales, qui a suivi leur inexistence[1246], appelait la vigilance du juge. A cet égard, le fait qu'à l'inverse « *les protagonistes sociaux [soient] renvoyés à une gestion autonome des litiges nés d'une modification in extremis de l'accord* »[1247] peut interpeller.

[1245] M.-A. SOURIAC, *Loyauté dans la négociation collective : le juge se désengage* (à propos de Soc. 12 oct. 2006, n° 05-15069, RDT 2007, p. 186.

[1246] La loi du 4 mai 2004, en ce qu'elle dispose de « *la procédure de signature* » (art. L. 132-2-2 IV C. trav.) pouvait inciter le juge à l'élaboration d'un régime plus transparent, et surtout d'un contrôle plus efficace de la dissociation entre la phase de négociation et celle de la signature.

[1247] M.-A. SOURIAC, *Loyauté dans la négociation collective : le juge se désengage* (à propos de Soc. 12 oct. 2006, n° 05-15069, RDT 2007, p. 186. « *A eux et eux seuls d'apprécier, en fonction de leur propre évaluation de l'importance des changements, la nécessité de faire rouvrir les pourparlers, s'il en est encore temps […]. L'arrêt a au moins le mérite d'appeler les représentants des salariés à la vigilance voire à une implication plus grande dans l'écriture même des accords* »

408. La portée de cet arrêt, dont la méthode dépareille au regard des jurisprudences antérieures dégagées sur le sujet, aurait toutefois pu être relativisée, en raison de la nature de la modification en cause – tenant simplement à « *la mise en forme de l'acte* » selon les termes de la Cour d'appel. Elle doit en tout état de cause être abaissée en raison de l'existence d'un arrêt postérieur, dont les termes semblent porter une solution bien différente sur le point particulier des négociations séparées, et qui renoue avec la généralisation et l'extension des exigences concourant à garantir la loyauté des négociations.

409. Le 10 octobre 2007, la Chambre sociale énonce en effet que « *la nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation, ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant le cas échéant la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour celle-ci* »[1248]. L'usage d'une formulation alternative quant aux hypothèses de nullité renforce par ailleurs l'obligation de loyauté, puisque chaque manquement est susceptible d'entraîner à lui seul la nullité de l'accord. C'est explicitement le cas des négociations séparées, qui peuvent résulter « *le cas échéant d'une discordance entre le texte soumis à la dernière séance et le texte finalement et curieusement signé seulement par certaines organisations* »[1249]. L'exigence de diligence à l'égard des syndicats semble enfin, sur le dernier point particulier de la modification unilatérale de l'accord à l'issue des négociations, quasiment inchangée[1250]. Quant à ces modifications finales, il est précisé en

[1248] Soc. 10 oct. 2007, n° 06-42721, Bull. 2007, n° 156.

[1249] G. BELIER et H.-J. LEGRAND, *La négociation collective en entreprise*, éd. Liaisons, coll. Droit vivant, 4ème éd., 2013, n° 394. Les auteurs soulignent cependant que la pratique des négociations séparées *« ne saurait se confondre avec une pratique constante et utile : l'organisation de discussions bilatérales entre les organisations qui souhaitent en tenir et l'employeur* » ; ces discussions permettent alors de « *« déminer » certains sujets, de favoriser une expression plus libre de chaque organisation, et surtout ne font pas obstacle a ce que les choix politiques de négociations voire de signatures, s'expriment et se débattent nécessairement en présence de l'ensemble des organisations syndicales représentatives à la négociation* ».

[1250] M.-A. SOURIAC, *Loyauté dans la négociation collective : une nouvelle étape ?*, RDT 2008, p. 188 (à propos de Soc. 10 oct. 2007, n° 06-42721. Marquant « *la vulnérabilité de la phase de finalisation des accords collectifs à des manœuvres diverses* », cet arrêt semble marquer toutefois « *une inflexion* ». La même exigence, pour autant, « *semble guider le juge : toutes les organisations syndicales doivent avoir été mises à même de prendre connaissance des modifications apportées in extremis et de faire valoir leur point de vue sur celles-ci, jusqu'au terme de la négociation* ». En l'espèce, il faut comprendre que *« lorsque le projet d'accord a subi des modifications dont il n'est pas contesté qu'elles sont l'œuvre unilatérale du chef d'entreprise, hypothèse correspondant à l'arrêt du 12 octobre 2006, si toutes les organisations syndicales ont pu prendre connaissance de ces modifications, en apprécier l'importance et, le cas échéant, demander la réouverture des négociations, hormis les cas de non-convocation de tous les syndicats ou de preuve de négociations séparées, la nullité ne pourra résulter que d'un éventuel refus de la direction de reprendre les discussions* ». Par ailleurs, « *lorsqu'aucune procédure de signature n'a été organisée, la règle sera identique si, d'une manière ou d'une autre, les parties ont toutes été à même de connaître et d'apprécier les modifications unilatérales. Mais, le plus*

effet que si « *un projet d'accord peut être modifié par la partie patronale après l'achèvement des négociations, lorsque le texte est ouvert à la signature ; il appartient à chaque syndicat d'apprécier les modifications et de demander le cas échéant la réouverture des négociations* »[1251].

410. La loyauté de la négociation vise en ce sens l'intégralité de la discussion et des propositions. Elle s'applique à toutes les hypothèses de négociation, et non pas seulement aux accords susceptibles d'être étendus. Elle commande que celle-ci soit menée conjointement avec l'ensemble des interlocuteurs syndicaux, de son ouverture à son terme, et implique une discussion du projet et de ses éventuelles modifications jusqu'à la signature de l'accord. Il semble en revanche que la simultanéité de la signature de l'accord constitue une exigence restant à conquérir pour la loyauté.

B. L'absence d'obligation quant à la signature simultanée avec toutes les organisations syndicales représentatives

411. La Cour de cassation n'a pas consacré à ce jour une obligation relativement à la simultanéité des signatures valant conclusion de l'accord collectif (1). Si cette lacune doit être regrettée du point de vue de l'expansion souhaitable des exigences issues de l'impératif d'une négociation loyale, elle demeure en tout état de cause justifiable autrement (2).

---

souvent, faute de procédure, il apparaîtra que le texte n'a pas été soumis à toutes les organisations dans des conditions leur permettant de réagir si elles l'estiment opportun. L'apport de l'arrêt SEB consiste alors à admettre ouvertement la nullité de l'accord conclu dans ces conditions. On n'en reste pas moins étonné qu'une modification unilatérale par l'employeur après la dernière séance de négociation ne soit pas condamnée dans son principe même ». L'auteur évoque enfin que « *l'intérêt attaché à la procédure de signature retient l'attention. Sans oser, faute de texte précis, en imposer l'organisation, le juge y incite* » ; « *la loyauté procédurale de la négociation retrouve ainsi un peu de tonus* ». Qu'il s'agisse cependant « *d'apprécier l'importance des modifications de fin de parcours ou de mettre en place volontairement une procédure de signature, c'est encore et surtout à l'autogestion de la négociation par les interlocuteurs sociaux que l'on fait renvoi non sans risque de quelque nouvelle opacité* ». Sans doute cette espèce doit-elle également se comprendre comme « *un appel du juge à l'adresse du législateur en vue d'une formalisation plus nette de la phase de signature dont on pourrait peut-être tirer, si elle est bien conçue, des exigences plus claires* ».

[1251] S. JEAN, *Droit du travail : les arrêts décisifs 2007/2008*, Liaisons sociales, éd. Liaisons, 2008, p. 278.

1. L'absence d'exigence de simultanéité des signatures de l'accord

412. Si « *la jurisprudence ne permet pas à l'employeur de négocier séparément avec ses interlocuteurs syndicaux, […] elle est plus ouverte quant à la possibilité de signatures isolées* »[1252]. Peu d'arrêts ont été rendus sur le sujet. Nous tiendrons cependant des espèces recensées, faute de mieux, une position jurisprudentielle que l'on admettra précaire.

413. Dans une décision du 1er juin 1994, la Cour de cassation ne tire aucune conséquence de l'existence de signatures séparées intervenues après la dernière réunion de négociation 1994[1253]. M. Miné relève à ce propos que « *la référence faite à « la validité de l'accord » qui n'est « pas subordonnée à la signature de l'ensemble des organisations syndicales » montre que la Haute cour négligeait le lien entre négociation et conclusion* »[1254].

414. La Chambre sociale a encore pu juger dans un arrêt rendu le 7 mai 1996, après avoir constaté l'existence de signatures séparées après la fin des négociations et « *en dehors d'une réunion rassemblant l'ensemble des interlocuteurs* », que l'accord était valable[1255]. Le 9 juillet de la même année, alors que les organisations syndicales invoquaient une « *signature […] acquise dans une clandestinité complète* », il est confirmé « *qu'après la fin des négociations, une signature séparée est possible, en dehors d'une réunion rassemblant l'ensemble des organisations syndicales* »[1256].

415. De ces décisions anciennes, il résulte que l'existence de signatures séparées ne constitue pas, à elle seule, une irrégularité affectant la validité de l'accord, au même titre que le défaut de convocation de toutes les organisations syndicales aux réunions de la négociation[1257]. Cette appréciation semble par ailleurs devoir trouver une confirmation indirecte dans la jurisprudence, plus récente, relative à la modification unilatérale de

[1252] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52.
[1253] Soc. 1er juin 1994, n° 92-18896, Bull. civ. V, n° 186, D. 1994, p. 294, obs. M.-A. SOURIAC-ROTSCHILD.
[1254] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52.
[1255] Soc. 7 mai 1996, RJS 8-9/96, n° 953 ; cité par J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 498.
[1256] Soc. 9 juil. 1996, Bull. n° 269, p. 189 ; RJS 9/96, n° 953 ; D. 1998, somm. com., p. 258, note M.-A. SOURIAC-ROTSCHILD ; Dr. ouv. 1997, p. 30.
[1257] Dans la mesure où la Chambre sociale admet que « *la nullité puisse être accueillie dès lors que la négociation apparaitrait entachée d'irrégularités* », mais refuse de la prononcer au sujet des signatures séparées (G. BORENFREUND, *Le droit du travail en mal de transparence*, Dr. soc. 1996, p. 46).

l'accord effectuée par l'employeur à l'issue de la négociation. Il convient cependant de préciser, au regard du caractère évolutif et progressif de l'élaboration jurisprudentielle du « régime » de la loyauté, qu'une telle position est susceptible, pour autant qu'une espèce soit soumise à l'appréciation de la Cour de cassation, de se voir appliquer un revirement.

Une partie de la doctrine intéressée à cette question particulière trouverait par ailleurs satisfaction à voir une évolution de l'interprétation prétorienne. Certains auteurs ont pu considérer en effet que la pratique des signatures séparées relevait, dans bien des cas, d'un manquement au devoir de loyauté.

2. L'intérêt d'une simultanéité des signatures de l'accord

416. A. Lyon-Caen et M. Miné ont notamment désapprouvé l'indulgence dont a pu faire preuve la Cour de cassation à ce sujet. Ainsi du premier, qui relève à propos de l'espèce du 1er juin 1994 que « *d'un tel arrêt, la loyauté de la négociation collective ne sort pas grandie* »[1258]. Le second estime encore que la nullité de l'accord encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été invitées ensemble à la négociation « *mériterait de trouver application quand une organisation a été partiellement écartée de la négociation, notamment à son issue* »[1259]. Si l'auteur espère ici un engagement des juges au titre de l'obligation de la loyauté, il le justifie par « *la confusion* » née « *du fait que le temps de la négociation et le temps de la signature sont rarement, sauf dans quelques grandes entreprises, clairement délimités* » ; en ce sens « *la difficulté existant au sujet de la possibilité de signature séparée à l'issue de la négociation pèse sur le déroulement des négociations* », et « *rejaillit sur [leur] loyauté* »[1260].

417. De ce point de vue, il apparaît qu'effectivement, à l'instar de la phase de négociation, la phase de conclusion mérite de se voir appliquer un certain cadre, notamment quant à la possibilité de modification patronale de l'accord induite de la permission de signatures successives et isolées. Les précisions jurisprudentielles apportées à ce sujet, notamment par les arrêts du 12 octobre 2006 et du 10 octobre 2007, n'ont par ailleurs pas permis de

[1258] Soc. 1er juin 1994, n° 92-18896, Bull. civ. V, n° 186, Dr. soc. 1994, p. 715, obs. A. LYON-CAEN.
[1259] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52.
[1260] L'auteur reconnaît toutefois que la délimitation des deux phases demeure complexe. Le moment où la négociation peut être considérée comme terminée relève d'une « *question parfois délicate* » : « *Tous les points objectifs de la négociation ont-ils été abordés avec des propositions et des contre propositions des uns et des autres ? Le temps de réflexion a-t-il été respecté ? La réponse renvoie au déroulement de la négociation* » (p. 52).

réduire les incertitudes. Il faut rappeler que, dans un communiqué, il avait été précisé au sujet de la première décision que « *l'exigence de loyauté dans la négociation* » n'interdit pas nécessairement « *d'apporter des modifications unilatérales au projet d'accord adressé aux parties pour signature, après la dernière séance de négociation mais avant l'expiration du délai de signature, lorsque celles-ci ont été à même d'en apprécier l'importance pour faire le cas échéant des observations ou demander la réouverture des négociations* »[1261]. Les partenaires sociaux, *« maîtres de son déroulement* », se voyaient ainsi responsabiliser quant aux modifications permises par le décalage des éventuelles signatures de l'acte.

418. De même, ces deux espèces n'ont pas rendu « *l'identification de la fin […] de la négociation* » moins « *malaisée* »[1262]. Il était ainsi énoncé en 2006 que « *le terme de la négociation est […] la signature de l'acte dans les conditions légales par un ou plusieurs syndicats* », et que « *jusqu'à l'expiration du délai de signature convenu, les parties ont la possibilité de demander la réouverture des négociations pour faire leurs observations ou contre-propositions* ». Si « *jusqu'à cette date, la négociation est en cours* », la Cour invite les partenaires sociaux à « *fixer un terme au délai de signature pour marquer le terme de la négociation* », admettant ainsi l'éventuelle confusion des deux phases. Et s'ils s'abstiennent de demander la réouverture des négociations, « *la signature vaut approbation des modifications apportées, la non signature désapprobation* »[1263].

419. En autorisant d'une part la tenue de signature isolées et successives et d'autre part la modification unilatérale par l'employeur de l'accord à l'issue de la phase des négociations, la Cour de cassation semble choisir une option complexe. La simplicité fut en effet d'exiger, comme c'est le cas pour l'accord de branche susceptible d'extension, des signatures simultanées en réunion unique, couplée de l'interdiction des modifications de l'accord à l'issue de la phase impartie des négociations. Cette prescription avait par ailleurs le mérite de garantir l'exacte et unanime connaissance du contenu de l'acte conclu ; elle garantissait ainsi l'utilité et le respect, somme toute la loyauté, des négociations y ayant

[1261] Communiqué de la Cour de cassation, Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, au sujet de Soc. 12 oct. 2006, n° 05-15069, Bull. 2006, n° 305, *http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/communique_9391.html*

[1262] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52.

[1263] Communiqué de la Cour de cassation, Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, au sujet de Soc. 12 oct. 2006, n° 05-15069, Bull. 2006, n° 305, *http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/communique_9391.html*

présidé. Elle choisit cependant d'instaurer des mécanismes empreints d'une certaine lourdeur ; d'une part elle exige des syndicats une attention particulière quant au contenu exact de l'accord au moment d'une signature isolée intervenue pendant le délai imparti, et d'autre part elle incite les interlocuteurs syndicaux à la diligence pour l'hypothèse où les modifications seraient refusées, par la formulation d'une requête visant le cas échéant la réouverture des discussions.

420. Si ce choix demeure tout-à-fait critiquable, principalement au titre de sa complexité, il peut toutefois se voir justifier par au moins deux raisons dont nous avons pu antérieurement évoquer la prégnance. D'une part, la Cour encourage à la responsabilisation et à l'autonomie des parties. D'autre part, l'indulgence quant à la modification de l'accord au terme des négociations, de même que la possibilité de les rouvrir pendant la phase de signature apparaissent au service d'une flexibilité et d'une souplesse que l'on sait, en ces matières, recherchées.

421. Il faut encore rappeler que la position stricte affichée en 2006 quant aux négociations séparées, alors même qu'elle était justifiée par une lecture toute aussi stricte de la loi qui n'exigeait des négociations simultanées qu'en matière d'accord étendu, s'est vu modifiée en 2007, l'interdiction des négociations séparées se trouvant généralisée à toutes les hypothèses. Rien ne s'oppose donc à ce que la Cour de cassation revienne également sur la position de 2006 consistant à refuser d'étendre l'interdiction des signatures séparées, sur le même fondement d'une stricte lecture de la loi, réservant le cas à l'extension. De même, la modification, dès lors impérativement unilatérale, rendue possible par l'autorisation des signatures séparées doit être ramenée aux cas de négociations séparées ; l'employeur qui modifierait l'accord, après le terme des négociations, et en application de débats isolés avec une ou plusieurs organisations syndicales verrait prononcer la nullité du texte au titre de l'obligation de négocier avec toutes les organisations syndicales représentatives dans le même temps et en des termes identiques[1264].

422. Il faut, en conséquence de ce qui précède, rejoindre M. Miné lorsqu'il énonce que « *le temps de la signature devrait […] être mieux encadré par des normes empreintes de loyauté* », et que si la signature séparée d'un accord ne peut être totalement exclue, elle

[1264] Soc. 10 oct. 2007, n° 06-42721, Bull. 2007, n° 156.

mérite en revanche d'être plus strictement admise. L'objectif, notamment et « *comme en ce qui concerne la négociation proprement dite, est d'éviter que l'employeur s'appuie sur la division syndicale pour obtenir d'une organisation sa signature dans des conditions douteuses* ». M. Miné propose de s'en remettre à « *l'existence d'un calendrier de négociations, son caractère consensuel ou unilatéral* »[1265], et d'inciter les parties à fixer une date unique de signature[1266]. L'auteur évoque encore, avant même que la jurisprudence établissant ce mécanisme ait été rendue, son renversement. Il propose en ce sens de prescrire « *qu'aucune nouvelle proposition patronale ne puisse être formulée sans ouvrir de nouveau la phase de négociation en commun* » ; il s'agit alors de l'exacte opposée de la position adoptée par la Cour de cassation, qui décide que la formulation d'une nouvelle proposition patronale doit inciter les partenaires sociaux à demander la réouverture d'une phase négociation. La différence est sensible.

423. Quant à la signature de l'accord, il faut enfin évoquer la liberté de choix des parties, qui participe également de la loyauté[1267], puisqu'en effet « *la validité de l'accord n' [est] pas subordonnée à la signature de l'ensemble des organisations syndicales* »[1268]. Sur cet élément, la jurisprudence est stable. L'enjeu de la négociation demeure certes l'élaboration d'un acte, mais rien ne peut obliger toutes les parties à conclure si elles ne parviennent pas à s'accorder ; il s'agit de respecter la liberté contractuelle, dans son application à la négociation collective. Il en est de même concernant les obligations légales de négocier ;

[1265] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52.

[1266] Celle-ci devrait intervenir le cas échéant « *à l'issue du calendrier de négociations, ayant fait l'objet d'un accord* » (M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52-53).

[1267] La phase de conclusion mérite en ce sens également un cadre du point de vue « *du processus conduisant au choix de signer ou non au sein des organisations syndicales* ». Cette liberté de choix « *suppose que les représentants syndicaux disposent du temps de la réflexion, pour se concerter entre eux et consulter les syndiqués et salariés* ». En effet, « *le facteur temps, essentiel dans toute négociation, apparaît de nouveau* », et il doit être, comme pour la consultation du comité d'entreprise, « *suffisant* ». M. Miné pose encore *« la question de la négociation du délai d'ouverture à signature* ». Il souligne que « *le fait de limiter ce temps de réflexion en essayant d'obtenir des signatures de manière précipitée apparaît contraire au devoir de loyauté, du fait de la pression exercée sur les négociateurs et de l'impossibilité pour eux de décider en ayant sollicité les appréciations « de la base »* ». Enfin, l'auteur se félicite que « *la loi Aubry II permet aux organisations syndicales de soumettre le projet d'accord, dans sa version définitive, préalablement à sa conclusion, à l'approbation du personnel* » (M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52-53).

[1268] Soc. 1er juin 1994, n° 92-18896, Bull. civ. V, n° 186 ; Soc. 9 juil. 1996, n° 95-13010 ; D. 1998, Somm. p. 258, note M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC ; RDSS 1997, p. 840, obs. G. MEMETEAU et M. HARICHAUX. Il est encore précisé dans l'arrêt du 1er juin 1994 que la forme de la convocation des organisations syndicales à la négociation n'étant pas précisée par les textes, les juges doivent rechercher si la négociation a bien été conduite avec l'ensemble des interlocuteurs syndicaux, et non pas si ceux-ci ont été formellement ou expressément convoqués à la négociation.

celles-ci ne sauraient contraindre à la conclusion effective d'un accord. L'obligation de loyauté, de ce point de vue, se limite à prescrire des postures impératives dans la négociation, aux fins de garantir et d'optimiser son déroulement, et le cas échéant l'efficacité et l'utilité de la convention ainsi formée, tout en respectant une liberté de valeur constitutionnelle. Elle participe alors de la nécessaire et impérative conciliation entre d'une part le principe de participation, dont elle tend à affirmer le sérieux et l'effectivité, et d'autre part le principe de liberté, dont la substance demeure inaltérable.

424. Les implications de la loyauté au sujet des modalités de participation collective des négociateurs recoupent sur cet angle ses applications en matière de conduite des négociations. L'arrêt rendu le 9 juillet 1996 ci-avant évoqué l'énonce clairement : « *dès lors que la négociation a été régulièrement menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales qui ont pu constamment exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contre-propositions dont certaines ont été retenues, la validité de l'accord n'est pas subordonnée à la signature de l'ensemble des organisations syndicales* »[1269]. On observera ainsi que l'obligation de loyauté exige de ses débiteurs, quant aux modalités pratiques de la négociation, davantage une résolution mutuelle – constituée de la bilatéralité des efforts et du sérieux de la coopération –, que la seule obtention d'un acte pour lui-même.

[1269] Soc. 9 juil. 1996, Bull. n° 269, p. 189 ; RJS 9/96, n° 953.

SECTION 2

LA LOYAUTE DANS L'ELABORATION DE L'ACTE CONVENTIONNEL

425. Quant à l'élaboration de l'acte conventionnel, les négociations doivent être conduites de manière sérieuse et loyale. Spécifiée légalement aux seules négociations relatives à la réduction des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes[1270] et à l'instauration du travail de nuit[1271], cette prescription apparaît en réalité étendue, voire consubstantielle, à toute négociation. Si la loyauté participe à la clarification des étapes de la négociation, et concerne en ce sens ses aspects matériels, il faut souligner l'entreprise de conciliation menée par l'obligation. En effet, s'adressant aux comportements des négociateurs, la loyauté accorde l'intérêt professionnel des antagonismes catégoriels structurels. Si par ailleurs la conception d'une négociation loyale présume *a priori* que ses parties sont animées de la volonté de parvenir à un accord, la loyauté tend plutôt à permettre aux parties d'établir un véritable dialogue. On relève en conséquence qu'en ce qui concerne la conduite des négociations, l'obligation compose utilement avec l'exigence d'une certaine mutualité adaptée à la structure du rapport collectif de travail (PARAGRAPHE 1). L'obligation de loyauté sanctionne par ailleurs raisonnablement la manifestation de l'unilatéralité, selon qu'elle provienne de l'employeur, des salariés ou de leurs représentants (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : LOYAUTE ET BILATERALITE DANS L'ELABORATION DE L'ACTE

426. La difficulté de prescrire une parfaite bilatéralité des obligations dans la négociation collective tient principalement à la différence de statuts des parties. La loyauté n'échappe pas à cette observation. Il faut donc s'attendre à une bilatéralité différenciée. En ce sens, l'employeur se voit débiteur de certaines initiatives particulières à l'égard de la partie syndicale, et plus généralement à propos du dialogue bilatéral inhérent à toute négociation. S'il lui revient de convoquer, de provoquer et d'organiser matériellement la négociation lorsqu'elle est obligatoire[1272], il lui incombe également de le faire utilement, c'est-à-dire qu'il doit transmettre les informations nécessaires aux organisations syndicales, afin

[1270] Il s'agit de l'article L. 2242-10 C. trav. pour la négociation obligatoire d'entreprise relative aux salaires, et de l'article L. 2241-12 pour la négociation obligatoire de branche.
[1271] Art. L. 3122-36 C. trav.
[1272] Art L. 2242-1 C. trav. et L. 2241-2-1 C. trav.

qu'elles soient en mesure de discuter en toute connaissance de cause. L'initiative de l'employeur ne se limite pas à l'engagement initial, il doit également permettre d'impulser et de développer la négociation, notamment en formulant des propositions construites, afin que les interlocuteurs syndicaux puissent à leur tour émettre des contre-propositions. De ce point de vue, l'initiative imposée à l'employeur au titre de l'obligation de loyauté participe d'une part de la garantie d'une connaissance mutuelle des thèmes de la négociation (I), et permet d'autre part la mise en place d'un échange argumenté absolument nécessaire à l'élaboration d'un accord efficace (II).

I : LA LOYAUTE DANS L'OBLIGATION PREALABLE D'INFORMATION

427. On note sur cette question une nette évolution. Alors qu'il était déploré antérieurement que « *quant à l'obligation de prendre des initiatives, le législateur français donne peu d'indications* »[1273], et définit « *assez mal* » la seule obligation d'information, la loi est récemment venue préciser les contours de l'initiative *informative* de l'employeur. L'évolution est cependant partielle et ne concerne que les hypothèses de négociations obligatoires (A). La nécessité de l'information se révèle pour autant impérative à l'idée même de négociation, en ce qu'elle permet d'une part l'égalité des parties quant à la connaissance des thèmes abordés, et d'autre part participe à impulser un dialogue éclairé et pertinent. De fait, la relative incertitude de l'information préalable dans les négociations libres constitue un terrain de conquête pour la loyauté (B).

A. Une information précise et explicite quant à la loyauté des négociations obligatoires

428. Bien que l'on trouve certaines similitudes, il convient de dissocier selon qu'il s'agit de la négociation obligatoire de branche (1) ou d'entreprise (2).

[1273] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 501.

1. Les précisions légales en matière de négociation de branche

429. Hors certains thèmes de négociation obligatoires, pour lesquels le Code du travail soit ne prévoit aucune référence particulière[1274], soit formule des références spécifiques à des sources extérieures[1275], on remarque que les textes évoquent avec plus ou moins de précisions les contours de l'information préalable dès lors qu'il s'agit de mettre en œuvre les obligations de négocier.

430. Au sujet de la négociation annuelle de branche relative aux salaires[1276], il est ainsi précisé qu' « *un rapport est remis par les organisations d'employeurs aux organisations syndicales de salariés au moins quinze jours avant la date d'ouverture de la négociation* ». De même qu' « *Au cours de l'examen de ce rapport, les organisations d'employeurs fournissent aux organisations syndicales de salariés, les informations nécessaires pour permettre de négocier en toute connaissance de cause* »[1277]. La généralité de la disposition permet de créditer l'étendue de l'information.

431. Quant à l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes qui doit animer toute négociation professionnelle, notamment celle qui porte sur les salaires[1278], le législateur prévoit précisément les données objet de l'examen et support des discussions, lesquelles doivent légitimement être fournies par l'employeur. L'article L. 2241-2 du Code du travail prévoit en ce sens que « *La négociation sur les salaires est l'occasion, pour les parties, d'examiner […] au niveau de la branche les données suivantes : 1° L'évolution économique, la situation de l'emploi dans la branche, son évolution et les prévisions annuelles ou pluriannuelles établies, notamment pour ce qui concerne les contrats de travail à durée déterminée et les missions de travail temporaire ; 2° Les actions*

[1274] Telle la négociation triennale relative aux priorités, objectifs et moyens de la formation professionnelle des salariés, dont dispose l'article L. 2241-6 C. trav. C'est encore le cas de la négociation relative aux modalités d'organisation du temps partiel, obligatoire dès lors qu'au moins un tiers de l'effectif de la branche professionnelle occupe un emploi à temps partiel (art. L. 2241-13 C. trav.). De même à propos de la négociation quinquennale portant sur l'épargne salariale (art. L. 2241-8 C. trav.).

[1275] Ainsi des négociations triennales obligatoires portant sur « *les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, et sur la prise en compte de la pénibilité du travail* ». Cette négociation « *s'appuie sur les travaux de l'observatoire prospectif des métiers et des qualifications mis en place par la commission paritaire nationale de l'emploi au niveau de chaque branche, tout en veillant à l'objectif de mixité des métiers. Cet observatoire porte une attention particulière aux mutations professionnelles liées aux filières et aux métiers de la transition écologique et énergétique* » (art. L. 2241-4 C. trav.).

[1276] Art. L. 2241-1 C. trav.

[1277] Art. D. 2241-1 C. trav., auquel renvoie l'article L. 2241-1.

[1278] Art. L. 2241-1 C. trav. (qu'il faut coupler avec l'obligation de négociation quinquennale relative à l'examen de la nécessité de réviser les classifications, dont dispose l'article L. 2241-7 C. trav.).

éventuelles de prévention envisagées compte tenu de ces prévisions ; 3° L'évolution des salaires effectifs moyens par catégories professionnelles et par sexe, au regard, le cas échéant, des salaires minima hiérarchiques ». Il est encore précisé que les informations nécessaires à la négociation annuelle sont déterminées par voie réglementaire. Effectivement, l'article R. 2241-2 du Code du travail évoque également un diagnostic des écarts de rémunération, établi sur la base d'un rapport écrit extrêmement complet et détaillé sur la situation[1279].

432. Le même renvoi aux dispositions réglementaires est opéré pour la négociation triennale relative à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés[1280]. Il s'agit alors de prendre pour base des débats un rapport également rédigé par l'employeur[1281]. La méthode est encore la même en ce qui concerne l'obligation triennale de négocier relativement à l'égalité professionnelle[1282] ; l'article D. 2241-7 du Code du travail évoque une fois de plus un rapport, couplant avec certaines points de celui évoqué plus haut sur la même question, de même que des indicateurs pertinents, reposant sur des éléments chiffrés, pour chaque secteur d'activité, et l'établissement d'un diagnostic des écarts éventuels[1283].

433. Si les textes satisfont à l'évocation d'une information impérative et spécifique à chaque type de négociation, on ne relève ici qu'un seul article qui permet de lier expressément la loyauté et l'information préalable due par l'employeur aux interlocuteurs syndicaux.

[1279] Art. R. 2241-2 C. trav. : « *Afin de parvenir, en application de l'article L. 2242-7, à la suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, un diagnostic des écarts éventuels de rémunération est établi sur la base des éléments mentionnés au deuxième alinéa de l'article L. 2323-57* » ; cet article, relatif aux attributions économiques et à l'information du comité d'entreprise, prévoit en ce sens en son second alinéa que « *Ce rapport comporte une analyse permettant d'apprécier, pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise, la situation respective des femmes et des hommes en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail, de sécurité et de santé au travail, de rémunération effective et d'articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice de la responsabilité familiale. Il analyse les écarts de salaires et de déroulement de carrière en fonction de leur âge, de leur qualification et de leur ancienneté. Il décrit l'évolution des taux de promotion respectifs des femmes et des hommes par métiers dans l'entreprise* ».

[1280] Art. L. 2241-5 C. trav., la négociation porte notamment sur les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle ainsi que sur les conditions de travail, d'emploi et de maintien dans l'emploi.

[1281] Art. D. 2241-8 C. trav. : « *La négociation triennale sur l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés se déroule à partir d'un rapport établi par l'employeur présentant, pour chaque secteur d'activité, la situation par rapport à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 et suivants* ».

[1282] Art. L. 2241-3 C. trav.

[1283] « *La négociation triennale sur l'égalité professionnelle se déroule à partir d'un rapport présentant la situation comparée des femmes et des hommes dans les domaines mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 2241-3. Elle s'appuie également sur des indicateurs pertinents, reposant sur des éléments chiffrés, pour chaque secteur d'activité. Un diagnostic des écarts éventuels de rémunération est établi sur la base de ce rapport* ».

L'article L. 2241-12 du Code du travail contient les dispositions communes à la négociation annuelle et quinquennale relatives à la suppression des écarts de rémunération entre hommes et femmes[1284]. La référence à la loyauté de l'information vise par ailleurs à évoquer sa sanction, ce qui permet s'il était besoin de la créditer de l'effet contraignant. Il est ainsi prévu qu' « *Une commission mixte est réunie […] si la négociation n'a pas été engagée sérieusement et loyalement* ». S'ensuit la définition selon laquelle : « *L'engagement sérieux et loyal des négociations implique que la partie patronale ait communiqué aux organisations syndicales les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et ait répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales* ». La précision de ces prescriptions légales se retrouve en matière de négociation obligatoire d'entreprise.

2. Les précisions légales en matière de négociation d'entreprise

434. Au sujet des obligations de négocier dans l'entreprise[1285], il est prévu notamment à l'article L. 2242-2 que lors de la première réunion seront précisés « *1° Le lieu et le calendrier des réunions ; 2° Les informations que l'employeur remettra aux délégués syndicaux et aux salariés composant la délégation sur les matières prévues par le présent chapitre et la date de cette remise. Ces informations doivent permettre une analyse comparée de la situation des hommes et des femmes concernant les emplois et les qualifications, les salaires payés, les horaires effectués et l'organisation du temps de travail. Elles font apparaître les raisons de ces situations* ». Si l'obligation d'information demeure étendue, elle tend à s'autonomiser, puisqu'il n'est pas renvoyé aux dispositions réglementaires, mais aux parties.

[1284] L'article L. 2241-9 C. trav. prévoit en effet que « *Les négociations annuelle et quinquennale prévues aux articles L. 2241-1 et L. 2241-7 visent également à définir et à programmer les mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes* ».

[1285] Art. L. 2242-1 C. trav. : « *Dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage chaque année une négociation sur les matières prévues par le présent chapitre. A défaut d'une initiative de l'employeur depuis plus de douze mois suivant la précédente négociation, celle-ci s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative. La demande de négociation formulée par l'organisation syndicale est transmise dans les huit jours par l'employeur aux autres organisations représentatives. Dans les quinze jours qui suivent la demande formulée par une organisation syndicale, l'employeur convoque les parties à la négociation annuelle* ».

435. Des précisions sont toutefois formulées au sujet de certains thèmes[1286]. Ainsi de la négociation annuelle relative aux objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise[1287], pour laquelle il est fait renvoi aux éléments figurant dans le rapport de situation comparée déjà évoqué au sujet de la négociation annuelle de branche portant sur le même thème[1288], complété éventuellement des indicateurs tenant compte de la situation particulière de l'entreprise[1289].

436. De même, la négociation annuelle portant sur les salaires effectifs, la durée effective, la formation, l'organisation ou la réduction du temps de travail[1290], implique l'examen de données particulières devant légitimement être fournies par l'employeur. L'article L. 2242-9 du Code du travail dispose ainsi que « *La négociation annuelle est l'occasion d'un examen par les parties de l'évolution de l'emploi dans l'entreprise, et notamment : 1° Du nombre des contrats de travail à durée déterminée, des missions de travail temporaire, du nombre des journées de travail effectuées par les intéressés ; 2° Des prévisions annuelles ou pluriannuelles d'emploi établies dans l'entreprise* ». Il est encore fait mention de la communication d'informations sur les mises à disposition de salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs[1291].

437. La négociation relative à l'insertion et à l'emploi des travailleurs handicapés[1292] doit, comme dans la branche, se dérouler sur la base d'un rapport établi par l'employeur présentant la situation par rapport à l'obligation légale d'emploi des handicapés[1293].

[1286] On relève cependant, comme dans la branche, qu'aucune référence particulière à l'information n'est faite au sujet des négociations portant l'intéressement, la participation et l'épargne salariale (art. L. 2242-12 C. trav.), ou la protection sociale complémentaire (art. L. 2242-11 C. trav.).

[1287] Art. L. 2242-5 et L. 2242-5-1 C. trav.

[1288] L'article R. 2241-2 renvoie en effet à l'article L. 2323-57 C. trav.

[1289] Il faut ajouter ici les prescriptions issues de l'article D. 2242-2 C. trav., lequel prévoit que « *L'accord collectif ou, à défaut, le plan d'action prévu à l'article L. 2242-5-1 fixe les objectifs de progression et les actions permettant de les atteindre portant sur au moins trois des domaines d'action mentionnés au troisième alinéa de l'article L. 2323-47 pour les entreprises de moins de 300 salariés et sur au moins quatre des domaines mentionnés au deuxième alinéa de l'article L. 2323-57 pour les entreprises de 300 salariés et plus. Ces objectifs et ces actions sont accompagnés d'indicateurs chiffrés* ».

[1290] Art. L. 2242-8 C. trav.

[1291] L'article L. 2242-9-1 C. trav. prévoit en ce sens que « *La négociation annuelle donne lieu à une information par l'employeur sur les mises à disposition de salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1. Dans les entreprises qui ne sont pas soumises à l'obligation annuelle de négocier prévue à l'article L. 2242-1, l'employeur communique aux salariés qui en font la demande une information sur les mises à disposition de salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1* ».

[1292] Art. L. 2242-13 C. trav.

[1293] Art. L. 2242-14 C. trav., renvoyant à l'obligation d'emploi prévue par les articles L. 5212-1 et suivants.

438. Une fois encore, un seul texte évoque clairement l'obligation de loyauté relativement, entres autres, à l'information. L'article L. 2242-10 du Code du travail conditionne le dépôt administratif des accords collectifs d'entreprise relatifs aux salaires effectifs à la présence d'un procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, et consignant les propositions respectives des parties. Ce procès-verbal doit par ailleurs attester que l'employeur a engagé sérieusement et loyalement les négociations. La définition qui suit paraît plus précise que celle dont dispose l'article L. 2241-12 au sujet de la branche : *« L'engagement sérieux et loyal des négociations implique que l'employeur ait convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions. L'employeur doit également leur avoir communiqué les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et avoir répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales* ».

439. Quant aux sanctions liées aux négociations obligatoires d'entreprise, l'article L. 2243-2 du Code du travail prévoit que *« Le fait de se soustraire aux obligations prévues aux articles L. 2242-5, L. 2242-8, L. 2242-9 et L. 2242-11 à L. 2242-14 relatives au contenu de la négociation annuelle obligatoire, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros* ».

440. Bien qu'il ne soit pas placé dans la partie du Code consacrée aux négociations obligatoires, mais dans celle relative à la répartition et à l'aménagement des horaires, il faut encore évoquer l'article L. 3122-36 relatif aux conditions de mise en œuvre du travail de nuit. Le texte dispose en effet que « *Par dérogation aux dispositions de l'article L. 3122-33, à défaut de convention ou d'accord collectif de travail et à condition que l'employeur ait engagé sérieusement et loyalement des négociations tendant à la conclusion d'un tel accord, les travailleurs peuvent être affectés à des postes de nuit sur autorisation de l'inspecteur du travail accordée notamment après vérification des contreparties qui leur seront accordées au titre de l'obligation définie à l'article L. 3122-39, de l'existence de temps de pause et selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat* ». On trouve à l'alinéa suivant une définition sensiblement similaire à celle-ci-avant énoncée : « *L'engagement de négociations loyales et sérieuses implique pour l'employeur d'avoir : 1° Convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions ; 2° Communiqué les informations*

nécessaires leur permettant de négocier en toute connaissance de cause ; 3° Répondu aux éventuelles propositions des organisations syndicales ».

441. Quand bien même la loi posait déjà « *certaines exigences à l'égard de l'employeur que l'on [pouvait] considérer comme des manifestations d'une obligation de bonne foi* », et notamment celle l'obligeant à « *fournir aux organisations interlocutrices un certain nombre d'informations en début de négociations* »[1294], le législateur de 2007 a pu préciser de manière assez significative les obligations d'information de l'employeur à l'égard de ses interlocuteurs. De nombreuses dispositions du Code du travail se réfèrent ainsi à l'information dès lors que sont envisagées des négociations. Il faut également reconnaître l'effort de la spécialisation de l'information au regard de chaque thème, de même qu'il convient de souligner l'opportunité de l'exigence tenant à ce que les informations communiquées puissent permettre aux parties, spécialement syndicales, de négocier « *en toute connaissance de cause* »[1295].

442. Précisons en revanche que ces obligations d'information *précisées* se limitent légalement aux seules hypothèses de négociation obligatoire. On peut aussi regretter que l'information ne soit mise en lien explicite avec l'impératif de loyauté des négociations qu'au travers de trois dispositions, dont l'appréciation stricte des termes et de la localisation ne permettent pas de dégager *a priori* une véritable obligation générale de loyauté en matière informative. Ce constat permet par ailleurs de préjuger de l'incertitude de l'information – et de son lien avec l'obligation de loyauté – en matière de négociation facultative.

[1294] M.-L. DUFRESNE-CASTETS, *L'obligation de l'employeur à une certaine loyauté dans négociation collective : une construction jurisprudentielle qui s'affirme* (à propos de Soc. 17 sept. 2003, n° 06-41841), Chronique ouvrière, 2 déc. 2007. Les juges avaient ainsi été amenés à préciser la nature et le contenu des informations que les employeurs devaient fournir à leurs interlocuteurs. J. Pélissier relève en ce sens qu'il a été jugé que l'employeur n'avait pas, dans le cadre des négociations obligatoires en entreprise, *« à fournir aux délégués syndicaux des informations sur les salaires individuels des salariés de l'entreprise* » (CA Versailles, 27 mai 1993, 1ère Ch. 1ère sect. ; CA Paris, 9 fév. 1996, RJS 4/96, n° 427). A l'inverse, il a été décidé dans l'arrêt rendu le 9 février 1996 que « *la communication des seuls salaires de base est insuffisante ; les employeurs doivent fournir des documents faisant apparaître tous les accessoires du salarie, tels que les primes ayant le caractère d'éléments de rémunération* » (J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 501).

[1295] Quand bien même il est vrai que l'imprécision de cette formule est susceptible de soulever certains questionnements.

B. Une information autonome et incertaine quant à la loyauté des négociations facultatives

443. Si l'imprécision des textes relatifs à l'information paraît, comparativement aux prescriptions applicables en matière de négociation obligatoire, regrettable du point de vue de la loyauté et de l'utilité des discussions facultatives (1), l'approche globale permet en revanche de conforter la thèse du développement constant de l'obligation de négocier de bonne foi dans ses diverses acceptions (2).

1. Une application à conquérir pour l'obligation de loyauté

444. Dès lors que la négociation est libre, les dispositions légales sont particulièrement évasives. En ce sens, l'article L. 2232-20 du Code du travail prévoit que « *L'objet et la périodicité des négociations ainsi que les informations nécessaires à remettre préalablement aux délégués syndicaux de l'entreprise ou de l'établissement sont fixés par accord entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, sans préjudice des dispositions prévues aux articles L. 2242-1 et suivants relatives à la négociation annuelle obligatoire en entreprise* ». L'effort de précision du législateur s'est donc bien réduit aux cas de négociations obligatoires. Le Code, sur cette question, renvoie exclusivement à l'autonomie des parties, et ne fait nullement mention de la loyauté. Si cette omission légale est évidemment regrettable, elle est peut-être excusable.

445. La concision du Code sur ce point est d'abord dommageable au regard de la substance même de la négociation collective. En effet, il ne peut y avoir véritable négociation qu'en présence de parties dûment et pleinement informées. La négociation, fut-elle collective, participe d'un processus éminemment contractuel qui implique que le consentement donné *in fine* au contrat[1296] soit non seulement exempt de violence et d'erreur, mais également de dol[1297]. Sans assimiler l'éventuelle rétention d'information patronale à des manœuvres dolosives[1298], il résulte du droit commun des contrats l'impérative condition d'un

[1296] Art. 1108 C. civ. : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation* ».
[1297] Art. 1109 C. civ. : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ».
[1298] Art. 1116 C. civ. : « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne*

consentement libre et éclairé, à peine de nullité[1299]. L'employeur étant structurellement le détenteur des informations sociales, économiques, financières et administratives liées et nécessaires aux négociations professionnelles[1300], la mention d'une telle obligation dans le Code du travail aurait été bienvenue, de même qu'une disposition générale tendant à justifier l'information au regard de l'obligation de loyauté aurait été opportune[1301].

446. Cette abstention peut-elle pour autant être excusée ? Le renvoi opéré par le Code du travail aux « *règles du droit commun* » ne vise explicitement que la formation du contrat de travail[1302]. Il en de même au sujet de l'article L. 1222-1 du même Code qui prescrit l'exécution de bonne foi du contrat individuel, de laquelle une obligation d'information a pu être déduite[1303]. De ce point de vue, on peut regretter l'absence d'un tel renvoi aux bases contractuelles civilistes en matière de relations collectives de travail, spécialement au sujet des négociations et des conventions collectives.

447. De manière générale, cette remarque s'inscrit et conforte le constat global tenant à l'absence d'un véritable droit commun de la négociation, porté par des principes directeurs clairs, au nombre desquels la loyauté justifierait entre autres l'information. Cette incertitude légale est encore dommageable du fait que l'information – dérivée ou pas de l'exigence de loyauté – sert tout particulièrement l'utilité des négociations. En effet, l'existence de débats éclairés permet l'élaboration d'un acte adapté et efficace, cet enjeu est par ailleurs d'autant plus prégnant que la négociation est libre. De même, le caractère

---

se présume pas et doit être prouvé ». Se pose cependant la question d'une assimilation à la réticence dolosive, que la jurisprudence a pu admettre. Il a ainsi été jugé que l'existence d'un dol peut être « *déduit du silence volontairement gardé* » par un contractant (Soc. 1er avr. 1954, JCP 1954, II, 8384, note LACOSTE : « *Le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter ; mais le silence ainsi gardé doit être relatif à une circonstance ou à un fait que le cocontractant était excusable de ne pas connaitre* » ; Civ. 1ère, 6 févr. 1957, Bull. civ. I, n° 61 ; Civ. 1ère, 19 mai 1958, Bull. civ. I, n° 251 ; Civ. 1ère, 13 févr. 1967, Bull. civ. I, n° 58, D. 1967, somm. 74, obs. J. GHESTIN : « *Le dol peut résulter du silence d'une partie [...] l'erreur, provoquée par le dol, peut être prise en considération, même lorsqu'elle ne porte pas sur la substance de la chose, dès lors qu'elle a déterminée le consentement du cocontractant.* » ; Civ. 3ème, 15 janv. 1971, Bull. civ. III, n° 38, p. 25, RTD civ. 1971, p. 839, obs. LOUSSOUARN).

[1299] Art. 1117 C. civ. : « *La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre* ».

[1300] A. SUPIOT, *Les syndicats et la négociation collective*, Dr. soc. 1983, p. 63.

[1301] En effet, la *« bonne foi et la loyauté dans la conduite des négociations exclut le recel d'informations essentielles* » (B. TEYSSIE, *A propos de la négociation collective d'entreprise, Dr. soc. 1990*, p. 577).

[1302] Art. L. 1221-1 C. trav.

[1303] Pour exemple : Soc. 26 sept. 2012, RJS 12/12, n° 989 (l'employeur, tenu d'une obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, doit informer le salarié expatrié de sa situation au regard de la protection sociale pendant la durée de son expatriation).

facultatif des négociations ne permet pas de justifier que soit laissée à la seule autonomie des parties la détermination des informations nécessaires aux débats, comme en reflet de la plus pure liberté de négocier mise en œuvre dans cette hypothèse. Il ne peut non plus y avoir ici matière à excuser l'imprécision légale ; d'une part en raison de l'inégalité résiliente en matière de relations de travail, même collectives, et d'autre part en application du principe de participation qui commande de garantir effectivement les droits des travailleurs et partant d'intervenir à la négociation, de faire primer, en somme, la réalité de la *participation* à l'idée de l'autonomie.

448. Il convient cependant de mesurer la critique faite ici à l'endroit du législateur, puisqu'en effet l'obligation de loyauté de la négociation collective, qu'elle se trouve dans l'information ou ailleurs, participe d'un mouvement général dont il faut savoir saluer les avancées, fussent-elles laborieuses et éclatées. On reconnaîtra également qu'en matière de négociations libres, par nature imprévisibles dans leur thème, leur objet et leur contenu, il est délicat de reprocher au législateur de ne pas avoir prévu le type d'informations et les modalités de leur transmission.

2. Une garantie d'effectivité pour l'impératif de loyauté de la négociation

449. Quant aux trois articles à la lecture desquels on peut constater effectivement que la loyauté s'exprime à travers l'obligation pour l'employeur de fournir aux organisations syndicales toutes les informations nécessaires au déroulement de la négociation, la difficulté demeure. En effet, s'il faut reconnaître aux articles L. 3122-36 relatif à l'instauration du travail de nuit, L. 2242-10 relatif à la négociation des accords d'entreprise sur les salaires effectifs et L. 2241-12 relatif à la négociation de branche portant sur l'égalité salariale, la clarté de la définition donnée de l'engagement sérieux et loyal des négociations, le conflit résultant de l'opposition entre le positionnement et la formulation des dispositions ne s'en trouve pas pour autant résolu.

450. A propos de la formulation, deux remarques méritent d'être exposées. Les trois textes évoquent « *l'engagement sérieux et loyal des négociations* »[1304] ou « *l'engagement de négociations loyales et sérieuses* »[1305], de même qu'ils mettent très clairement à la charge

[1304] Art. L. 2242-10 et L. 2241-12 C. trav.
[1305] Art. L. 3122-36 C. trav.

du seul « *employeur* »[1306] ou de la seule « *partie patronale* »[1307] les obligations énoncées, et qu'enfin chacun prévoit la communication aux organisations syndicales des « *informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause* ». On relève également que seuls les articles L. 2242-10 et L. 3122-36 (applicables à la négociation ayant pour cadre l'entreprise) rangent expressément dans l'impératif de loyauté le fait d'avoir « *convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions* ». De même, si les articles L. 2241-12 et L. 2242-10 disposent de la nécessité d'avoir « *répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales* », le caractère motivé de la réponse patronale disparaît à l'article L. 3122-36.

451. En dépit de ces *imperfections* – qui ajoutent encore à l'éclatement d'ensemble de l'obligation de loyauté dans la négociation collective –, il faut admettre que la formulation de ces dispositions admet parfaitement la généralité de l'obligation d'information, en ce que la communication des informations nécessaires permet « *de négocier en toute connaissance de cause* ». Plus globalement, la formulation retranscrit efficacement les déclinaisons connues de l'obligation de loyauté. On relève en ce sens la confirmation légale des développements précédents tenant à l'obligation prétorienne de convoquer la totalité des organisations syndicales représentatives de manière simultanée, ce dernier principe pouvant être indirectement soutenu par la mention faite à la fixation du lieu (au singulier), et du calendrier (de même) des réunions, sur le fondement explicite de la loyauté.

452. Pour autant, leur localisation particulière, de même que la spécificité des alinéas qui précédent, dénient toute portée générale, laissant même à penser que l'information qui participe de la loyauté des négociations constitue une préoccupation spécifique aux négociations obligatoires.

453. Cette dernière remarque doit cependant être relativisée, et celle qui la précède valorisée, au regard notamment de considérations matérielles et chronologiques. En effet, l'ancien article L. 213-4 du Code du travail (L. 3122-36) est issu de la loi du 9 mai 2001, et les articles L. 2241-12 et L. 2242-10 du Code du travail sont nés eux de la loi du 12 mars 2007

[1306] Art. L. 2242-10 et L. 3122-36 C. trav.
[1307] Art. L. 2241-12 C. trav.

(ce qui peut expliquer certaines dissemblances anecdotiques de formulation). Il a pu être remarqué à très juste titre qu'en réalité, au travers de ces prescriptions, le législateur consacrait enfin l'obligation de loyauté, impulsée jusque là en matière de négociation par la seule jurisprudence, au travers des obligations de convoquer la totalité des interlocuteurs représentatifs et de négocier simultanément. De ce point de vue, ces trois dispositions doivent être considérées comme la preuve de la vigueur du mouvement visant l'édification laborieuse mais progressive d'un véritable régime de la loyauté en cette matière. En effet « *pour la première fois, une obligation de négocier de bonne foi est explicitement mise à la charge de l'employeur par le Code du travail* »[1308]. De même qu'il a été qualifié par le même auteur de « *remarquable* » le fait que ces textes ne se bornent pas « *à inscrire dans le Code un principe sans consistance* », mais au contraire « *liste[nt] les conditions concrètes sans lesquelles la négociation ne pourrait être considérée comme loyale* »[1309].

454. Si l'on peut toujours regretter que l'entreprise n'ait pas visé une démarche globale, saluons au moins l'effectivité de la construction graduelle de l'obligation de loyauté, dont participe avec d'autres la prescription de l'information. Il faut également relever le phénomène tenant à l'entremêlement des interventions des autorités officiant sur ces matières ; les avancées jurisprudentielles relatives notamment à « *la loyauté dans le choix des négociateurs* »[1310] sont explicitement actées par la loi, laquelle prend une sorte de relais en matière d'information. Il ne s'agit là que d'un exemple, et nous verrons en effet que l'obligation de loyauté appelle généralement une étroite collaboration entre la Cour de cassation et le législateur, l'un se satisfaisant bien souvent de reprendre les solutions dégagées par l'autre, notamment en matière de relations individuelles de travail. De même, ce mouvement évoque la perméabilité évoquée au sujet notamment de la réception légale, judiciaire et contractuelle d'impératifs constitutionnels.

[1308] En effet, avant cette consécration légale, « *l'article L. 135-3 du Code du travail [L. 2262-4 nouveau] interdisant aux organisations de salariés ou d'employeurs et aux employeurs pris individuellement liés par un accord collectif de ne rien faire qui soit de nature à en compromettre l'exécution loyale, était le seul texte faisant référence à la notion de loyauté en matière d'accords collectifs* ». En ce sens, « *il ne se trouvait dans le Code aucune règle imposant une obligation de loyauté dans la négociation de ces accords qui devaient ensuite être exécutés de bonne foi* » (M.-L. DUFRESNE-CASTETS, *L'obligation de l'employeur à une certaine loyauté dans négociation collective : une construction jurisprudentielle qui s'affirme* (à propos de Soc. 17 sept. 2003, n° 06-41841), Chronique ouvrière, 2 déc. 2007).

[1309] Au sujet notamment de la loi du 9 mai 2001 qui « *a posé dans l'article L 213-4 du Code du travail [L. 3122-36 nouveau] une interdiction pour l'employeur, à défaut d'accord collectif, d'introduire le travail de nuit dans l'entreprise s'il n'a « engagé sérieusement et loyalement » des négociations destinées à aboutir à un accord* » (M.-L. DUFRESNE-CASTETS, *L'obligation de l'employeur à une certaine loyauté dans négociation collective : une construction jurisprudentielle qui s'affirme* (à propos de Soc. 17 sept. 2003, n° 06-41841), Chronique ouvrière, 2 déc. 2007).

[1310] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 496.

455. Au sujet de la synthèse de la conception d'une négociation loyale reprise par les articles L. 2241-12, L. 2242-10, il faut encore évoquer la nécessité pour l'employeur d'avoir « *répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales* ». Cette prescription s'affirme entre 2001 et 2007, puisque l'article L. 3122-36 ne fait pas encore mention du caractère motivé de la réponse patronale mais fait cependant mention des propositions. La bilatéralité sous tendue de cette composante de la loyauté dans la négociation collective est symbolique de la volonté d'instauration d'un dialogue réel entre les parties. Elle participe de ce point de vue autant au sérieux des débats qu'à leur loyauté.

II : LA LOYAUTE DE L'OBLIGATION RECIPROQUE DE DIALOGUER

456. Si la nature contractuelle de l'acte collectif emporte par principe une association équivalente des parties à son élaboration, les spécificités de la matière professionnelle, et l'inégalité qui la structure, ont pour effet de faire peser l'obligation de dialoguer loyalement davantage au débit de l'employeur. En ce sens, celui-ci supporte l'obligation d'initier les discussions et de répondre de manière motivée aux contre-propositions syndicales (A). De ce point de vue, l'autonomie conventionnelle des partenaires sociaux montre des limites relativement à la bilatéralisation de la négociation collective. Il est d'autant plus surprenant de le constater alors que la qualité et l'approfondissement du dialogue sont susceptibles d'être assurés par le recours à la stricte technique contractuelle, et de fait par la mobilisation de la stricte autonomie contractuelle des négociateurs (B).

A. La loyauté quant à l'obligation de formuler des propositions et des contre-propositions motivées

457. L'obligation de dialoguer de manière construite, inhérente *a priori* de la volonté de parvenir à un accord utile, n'est pas clairement formulée, elle est davantage suggérée. C'est en effet « *de façon implicite* » que « *le législateur reconnaît que la négociation implique propositions et contre-propositions* »[1311], alors même qu'il admet pourtant clairement que l'échange entre les parties relève de la loyauté (1). L'effectivité de l'obligation de loyauté

[1311] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 501.

est par ailleurs explicitement garantie par l'application de sanctions aux manquements constatés à la rigueur du dialogue (2).

1. L'ambivalence de la loi à propos de l'obligation d'échanger des propositions motivées

458. Si l'obligation est latente en ce qu'elle se déduit de certains textes, la prescription selon laquelle les parties doivent réciproquement faire des propositions et des contre-propositions motivées apparaît, une fois encore, littéralement consubstantielle à toute négociation. « *Si l'on admet que les employeurs doivent faire tout effort raisonnable pour aboutir à un accord, cela implique que ceux-ci fassent des propositions motivées, qu'ils écoutent les objections, qu'ils analysent les contre-propositions présentées par les organisations syndicales, qu'ils expliquent pourquoi ils peuvent ou ne peuvent pas accepter tout ou partie de ces contre-propositions* »[1312]. Il est en effet inconcevable qu'une négociation puisse se réaliser sans échanges appuyés entre ses parties. De ce point de vue, on peut se demander si l'absence de consécration d'obligation explicite ne doit pas se trouver dans l'évidence même de la nécessité du dialogue en matière de négociation.

459. Eu égard à la spécificité et à la potentielle âpreté des négociations professionnelles, il est cependant regrettable que l'obligation d'échanger soit seulement déduite de dispositions légales. Son fondement textuel *originel* doit en ce sens être trouvé à l'article L. 2242-4 du Code du travail relatif aux modalités (générales) de la négociation obligatoire en entreprise, lequel dispose que : « *Si, au terme de la négociation, aucun accord n'a été conclu, il est établi un procès-verbal de désaccord dans lequel sont consignées, en leur dernier état, les propositions respectives des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement* ». L'évocation des « *propositions respectives des parties* » est par ailleurs indifférenciée de l'employeur ou des organisations syndicales représentatives, confortant ainsi la parfaite bilatéralité de l'obligation.

460. Cet incertain fondement a été complété plus récemment de celui de l'article L. 3122-36 du Code du travail qui a pu préciser que la loyauté de la négociation s'entend pour l'employeur du fait d'avoir « *répondu aux éventuelles propositions des organisations*

[1312] *Ibid.*

syndicales ». La bilatéralité indifférenciée remarquée ci-avant semble se muer ici en bilatéralité différenciée ; les propositions relèvent du domaine des interlocuteurs syndicaux, et de la réponse de l'employeur.

461. Il faut par ailleurs s'intéresser au contexte dans lequel il est fait mention du dialogue des parties. D'abord, la consignation des « *propositions respectives des parties* » fait suite à l'échec des négociations, *in fine* infécondes en accord. On peut supposer que la retranscription des débats et de leur état d'avancement (« *en leur dernier état* ») tend, en matière de négociation obligatoire, à prouver la réalité et l'effectivité de la tenue des discussions, du moins y contribue-t-elle. De même, l'instauration du travail de nuit étant subordonnée par principe à la négociation d'un accord[1313], l'exigence se ramène ensuite, à défaut d'obtention d'un texte conventionnel, à la tenue effective des débats, attestée d'un engagement sérieux et loyal, lequel comprend la réalité d'un véritable dialogue, composé de « *propositions* » et de « *réponses* ». Du point de vue de ces analyses, l'effectivité de l'échange construit prouve la réalité des négociations obligatoires. L'impératif du dialogue constitue alors une obligation de dialoguer.

462. Les articles L. 2241-12 et L. 2242-10 du Code du travail révèlent les mêmes obligations et s'inscrivent dans le même contexte. Il est fait obligation à l'employeur qui négocie loyalement d'avoir « *répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales* ». Si la motivation des réponses fait son apparition, élevant ainsi le niveau d'exigence de l'échange, les rôles demeurent étrangement attribués ; les propositions aux organisations syndicales, leur réponse motivée à l'employeur. Il s'agit dans le premier cas de sanctionner par la réunion d'une commission mixte[1314] le défaut d'accord au niveau de la branche en matière d'égalité salariale ; il s'agit alors de s'assurer que la négociation a bien été sérieuse et loyale et partant constituée d'un échange. Dans le second cas, il apparaît que les accords collectifs d'entreprise relatifs aux salaires effectifs

[1313] Art. L. 3122-33 C. trav. : « *La mise en place dans une entreprise ou un établissement du travail de nuit au sens de l'article L. 3122-31 ou son extension à de nouvelles catégories de salariés sont subordonnées à la conclusion préalable d'une convention ou d'un accord collectif de branche étendu ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement. Cette convention ou cet accord collectif comporte les justifications du recours au travail de nuit mentionnées à l'article L. 3122-32* ».

[1314] Art. L. 2241-11 C. trav. : « *L'accord visant à supprimer les écarts de rémunération conclu à la suite des négociations annuelle et quinquennale fait l'objet d'un dépôt auprès de l'autorité administrative dans les conditions définies à l'article L. 2231-6. En l'absence de dépôt d'un accord ou de transmission d'un procès-verbal de désaccord auprès de cette autorité, contenant les propositions des parties en leur dernier état, la commission mixte mentionnée à l'article L. 2261-20 est réunie à l'initiative du ministre chargé du travail afin que s'engagent ou se poursuivent les négociations prévues à l'article L. 2241-9* ».

doivent s'accompagner impérativement « *d'un procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, consignant les propositions respectives des parties* ». Ici aussi, le sérieux de la négociation implique la démonstration d'un véritable dialogue.

463. S'il est vrai que le fondement légal de l'obligation de dialoguer est relativement implicite, de même que l'obligation plutôt suggérée qu'affirmée, le législateur a pour autant reconnu de manière particulièrement explicite qu'une négociation loyale et sérieuse implique des propositions et des contre-propositions, notamment aux trois articles portant définition de la loyauté de la négociation collective mentionnés auparavant, lesquels font expressément du dialogue effectif une composante de l'obligation de loyauté. On peut enfin s'interroger sur la dernière version de l'obligation de dialoguer, notamment en ce qu'elle semble réserver aux seules organisations syndicales l'énoncé de propositions, et imposer au seul employeur l'obligation des réponses motivées. La bilatéralité clairement évoquée à l'article L. 2242-4 (et reprise pourtant à l'alinéa 1er de l'article L. 2242-10) paraît en ce sens plus fidèle à l'idée de dialogue. L'unilatéralité distinctive que l'on retrouve dans les textes postérieurs peut cependant apparaître plus adaptée aux spécificités des négociations professionnelles, au sein desquelles les parties n'ont ni la même position, ni le même statut, et au cours desquelles l'employeur est susceptible de demeurer intentionnellement passif face aux sollicitations syndicales. En ce sens, il ressort clairement des derniers textes que l'employeur, sur qui pèse l'initiative des négociations, a l'obligation de répondre aux « *éventuelles* » propositions des organisations syndicales s'il entend mener des négociations loyales. De ce point de vue, l'obligation principale de loyauté semble peser unilatéralement et exclusivement sur l'employeur, l'éventualité des propositions déniant *a priori* le caractère obligatoire du dialogue pour les interlocuteurs syndicaux. Cette interprétation textuelle stricte ne sert véritablement pas la loyauté de la négociation. Il semble en effet plus opportun et plus utile d'élargir la portée de l'obligation de formuler des propositions et des contre-propositions motivées à tous les négociateurs, sans distinctions liées aux statuts, aux fins de voir la phase des négociations efficacement enrichie.

464. L'obligation de dialoguer utilement, pour aussi loyale qu'elle nous paraisse, demeure tributaire des sanctions qui peuvent lui être appliquées, hors les conséquences spécifiques tirées du manquement à la loyauté des articles L. 3122-36 (impossibilité d'instaurer le

travail de nuit) [1315], L. 2241-12 (réunion d'une commission mixte ministérielle chargée de poursuivre les négociations) et L. 2242-10 du Code du travail (impossibilité du dépôt administratif de l'accord d'entreprise relatif aux salaires effectifs).

2. La nécessité des sanctions au manquement de l'obligation d'échanger des propositions motivées

465. Avant de poser la question de la sanction, encore faut-il qualifier les manquements à l'obligation de dialoguer loyalement dans la négociation. Il apparaît qu'au même titre que l'initiative obligatoire de l'information préalable, l'employeur est tenu d'initier les négociations en formulant des propositions précises permettant l'engagement d'une discussion qui peut être suivie de contre-propositions syndicales.

466. L'arrêt IBM rendu le 9 juillet 1996 relève en effet que « *la négociation avait été menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales qui avaient pu constamment exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contre-propositions dont certaines ont été retenues* », il en résulte que « *la négociation avait été régulièrement menée* ». Le juge de cassation confirme ainsi la position de la Cour d'appel qui avait affirmé qu'au cours des séances de négociation, les parties avaient négocié de bonne foi et tenté de trouver un accord, et avait refusé en conséquence de sanctionner l'employeur. Les syndicats contestataires déboutés demandaient par ailleurs la nullité de l'accord résultant des négociations. Ils invoquaient au soutien de cette sanction le défaut d'utilité du dialogue, né notamment du fait que, par son organisation, le chef d'entreprise « *avait mis un terme à toute possibilité de véritable négociation* », de même que « *la direction avait formulé ses propositions finales* » de manière à ce qu'il pouvait s'en déduire « *nécessairement l'absence pour les organisations syndicales de possibilité de faire des propositions, de motiver leur refus et de formuler des contre-propositions* »[1316].

[1315] L'article R. 3122-16 C. trav. prévoit en ce sens que « *La demande d'autorisation d'affectation de travailleurs à des postes de nuit présentée à l'inspecteur du travail par l'employeur sur le fondement de l'article L. 3122-36 justifie, de façon circonstanciée : 1° Les contraintes propres à la nature de l'activité ou au fonctionnement de l'entreprise qui rendent nécessaire le travail de nuit eu égard aux exigences de continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale ; 2° Le caractère loyal et sérieux de l'engagement préalable de négociations dans le délai maximum de douze mois précédant la demande ; 3° L'existence de contreparties et de temps de pause ; 4° La prise en compte des impératifs de protection de la santé et de la sécurité et des salariés […]* ».

[1316] Soc. 9 juil. 1996, n° 95-13010 ; D. 1998, Somm. p. 258, note M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC ; RDSS 1997, p. 840, obs. G. MEMETEAU et M. HARICHAUX.

Deux enseignements peuvent ainsi être tirés de cette décision de principe : d'une part la loyauté de la négociation appelle l'effectivité de la discussion, et la possibilité d'un vrai dialogue s'entend de l'énoncé de propositions précises avancées par l'employeur, suivi de contre-propositions syndicales, et de réponses motivées ; d'autre part cette caractéristique de la loyauté de la négociation emmène la sanction civile la plus efficace et participe bien de la validité de l'accord *in fine* conclu.

467. Cette jurisprudence se retrouve par ailleurs dans la décision du 10 octobre 2007. En l'espèce, constatant que le texte signé par deux syndicats était différent de celui discuté lors de la dernière réunion de négociation, et sans qu'il soit allégué que le projet ait été préalablement soumis à l'ensemble des organisations syndicales, la Cour d'appel a pu valablement en déduire que l'accord était nul. De ce point de vue, la justification de l'interdiction des négociations séparées rejoint l'exigence d'un dialogue effectif, et de fait l'impératif loyal que le projet d'accord patronal ait pu être soumis à l'étude des interlocuteurs syndicaux[1317]. Il s'agit par ailleurs d'assurer la bilatéralité de l'édiction de l'acte, celui-ci devant recevoir à peine de nullité la contradiction syndicale, et celle-ci la motivation patronale.

468. De même, l'évidence de la mauvaise foi apparaît « *lorsque tout en prétendant être engagé dans la négociation, l'une des parties fait en sorte que sur le fond aucune discussion n'ait lieu* »[1318]. L'employeur qui doit argumenter ses propos et étudier les propositions syndicales pourrait voir son comportement sanctionné[1319]. Il en est de même au sujet des organisations syndicales ; « *les parties sont obligées de négocier de bonne foi, et celle qui s'y refuserait ou n'aurait pas négocié de bonne foi pourrait être condamnée à des dommages et intérêts* »[1320].

469. L'éventuelle sanction du manquement à l'obligation de dialoguer ne se limite cependant pas, à l'instar des autres exigences de la loyauté, à la seule sanction de nullité. En ce sens, les organisations syndicales peuvent engager une action en réparation du préjudice causé par la déloyauté de l'employeur dans la négociation. Un problème se pose toutefois au

[1317] Soc. 10 oct. 2007, n° 06-42721.
[1318] Y. CHALARON, *La conduite de la négociation*, Dr. soc. 1990, n° 7-8, p. 584.
[1319] TGI Valence, 24 juil. 1993, AJ 1994, p. 22 ; cité par M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 51.
[1320] PH. WAQUET, Dr. soc. 1990, p. 149 (accord relatif à la réduction progressive de la durée du travail de 39 à 35 heures).

sujet de l'action en référé visant à contraindre l'employeur à exécuter positivement les diverses applications de l'obligation de loyauté dans la négociation collective. Si les organisations syndicales peuvent utilement saisir en référé le président du TGI aux fins de forcer l'employeur à engager la négociation annuelle, de lui imposer de convoquer l'ensemble des syndicats représentatifs à chacune des réunions de négociation, ou de communiquer à tout syndicat concerné la liste des négociations en cours et à venir, et de fournir tous les documents et toutes les informations qui s'en rapportent, le cas du dialogue effectif se révèle plus délicat. Si théoriquement les interlocuteurs syndicaux peuvent demander au juge des référés d'enjoindre à l'employeur de faire des propositions, l'efficacité d'une telle décision de justice apparaît peu vraisemblable. Quand bien même « *le juge des référés répond[ait] favorablement à la demande des syndicats, il ne peut pas imposer à l'employeur de présenter des propositions d'un niveau déterminé* » ; de même que « *la condamnation de l'employeur à faire des propositions à ses interlocuteurs a ainsi peu d'utilité puisque celui-ci a le droit de proposer le statut quo* »[1321]. Les possibilités de sanctions civiles se heurtent ici à la particularité de l'objet de l'obligation de dialoguer. Au sujet des limites aux pouvoirs du juge des référés en matière de négociation collective, il faut évoquer un arrêt rendu le 13 mars 2013. En l'espèce, un syndicat a saisi le juge des référés de l'annulation d'un accord d'aménagement du temps de travail. Il était également demandé au juge d'ordonner à l'employeur l'interdiction d'en poursuivre l'application et de lui enjoindre d'entreprendre de nouvelles négociations réelles et loyales avec les organisations syndicales. La Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel et juge que la compétence du juge des référés est limitée à la seule « *violation manifeste de l'article D. 3122-7-7 du Code du travail* »[1322] ; en tout état de cause, « *l'appréciation de la loyauté des négociations qui ont précédé la mise en place unilatérale par l'employeur d'une durée de travail sous forme de périodes, chacune d'une durée de quatre semaines au plus, excédait les pouvoirs du juge des référés* »[1323].

[1321] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 501.

[1322] « *En l'absence d'accord collectif, la durée du travail de l'entreprise ou de l'établissement peut être organisée sous forme de périodes de travail, chacune d'une durée de quatre semaines au plus. L'employeur établit le programme indicatif de la variation de la durée du travail. Ce programme est soumis pour avis, avant sa première mise en œuvre, au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, s'ils existent. Les modifications du programme de la variation font également l'objet d'une consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'ils existent. L'employeur communique au moins une fois par an au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel un bilan de la mise en œuvre du programme indicatif de la variation de la durée du travail. Les salariés sont prévenus des changements de leurs horaires de travail dans un délai de sept jours ouvrés au moins avant la date à laquelle ce changement intervient* ».

[1323] Soc. 13 mars 2013, n° 11-25042.

470. Quand enfin à la qualité des propositions attendues des parties, et spécialement à leur caractère raisonnable, l'appréciation du juge apparaît délicate, au regard notamment du principe de la liberté contractuelle. Il faut en conséquence douter de la mise en œuvre d'un véritable contrôle du juge quant à la valeur des propositions avancées, de même que le caractère déraisonnable d'un point de vue ne doit sans doute pas constituer un manquement à l'obligation de loyauté[1324].

471. Pour ce qui relève des sanctions pénales, on ne trouve pas d'incrimination spécifique, comme c'est le cas pour le fait de se soustraire aux obligations prévues à l'article L. 2242-1, relatives à la convocation des parties à la négociation annuelle d'entreprise et à l'obligation périodique de négocier, puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros au sens de l'article L. 2243-1 du Code du travail[1325]. De même qu'il est encore spécialement incriminé à l'article suivant le fait de se soustraire aux obligations prévues aux articles L. 2242-5, L. 2242-8, L. 2242-9 et L. 2242-11 à L. 2242-14, relatifs au contenu de la négociation annuelle obligatoire, et puni de la même peine. Il semble par ailleurs que la Chambre Criminelle ait adopté une lecture assez stricte de ces dispositions qui ne permet pas de sanctionner l'employeur qui s'abstient de négocier loyalement, mais seulement de punir l'employeur qui ne satisfait pas aux obligations relatives à l'ouverture des négociations, ou aux thèmes obligatoires. Un arrêt rendu par le 4 octobre 1990 a ainsi cassé l'arrêt de la Cour d'appel qui sanctionnait « *la volonté de l'employeur de se soustraire à l'application loyale du texte imposant l'obligation de négocier* ». Le juge énonce en effet que « *le comportement de l'employeur au cours des réunions consacrées à cette négociation n'entre pas dans les prévisions de ces textes* ». En l'espèce, la direction était absente lors de la première réunion de négociation et les représentants présents étaient dépourvus de tout pouvoir ; ceux-là avaient adopté une attitude passive, conditionnant les débats à la dénonciation des accords antérieurs[1326]. Quand bien même il a pu être relevé d'autres décisions au sens desquelles les juges font une application plus souple des dispositions issues de l'article L. 2243-2, il faut considérer peu probable la sanction pénale de l'employeur dont le manquement se limiterait à ne pas engager un véritable

[1324] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 50.

[1325] De telles sanctions pénales sont par ailleurs encourues par l'employeur qui n'a pris aucune initiative de négociation dans les douze mois suivant la négociation précédente, n'a pas convoqué les organisations dans les 15 jours suivant la demande de l'une d'entre elles présentée à l'expiration du délai de douze mois, et ne négocie pas sur les thèmes obligatoires selon les modalités prévues au Code du travail.

[1326] Crim. 4 oct. 1990, Dr. soc. 1990, p. 154, note J. SAVATIER ; Dr. ouv. 1990, p. 131 ; D. 1990, p. 166, note A. LYON-CAEN.

dialogue[1327]. En ce sens, « *l'attitude passive, voire systématiquement opposante de la direction ne permettant aucune discussion de fond n'est pas répréhensible pénalement* ». J. Pélissier relève que si cette solution est « *habituellement présentée comme une application normale du principe de la légalité des délits et des peines ; elle est cependant contestable* ». En effet, l'auteur souligne à juste titre qu' « *engager une négociation ne se limite pas à envoyer une convocation à une réunion ; pour engager une négociation, il faut d'abord être présent lors de la réunion et faire de premières propositions pour que la discussion puisse s'engager ; le chef d'entreprise qui n'est pas présent lors de la première réunion et qui, aux réunions suivantes, adopte une attitude purement passive n'engage pas les discussions* » ; il devrait alors tomber sous le coup de l'infraction pénale prévue à l'article L. 2243-2 du Code du travail. La sanction pénale, limitée au demeurant aux cas de négociations obligatoires[1328], demeure donc incertaine sur ce point particulier, ce qui invite à privilégier les sanctions civiles, notamment pécuniaires.

472. Hors l'aspect strictement punitif et, il est vrai dissuasif, on peut également trouver un moyen de *contourner* les difficultés nées de la nécessité d'un véritable échange argumenté et transparent entre les parties. De ce point de vue, l'accord de méthode, en ce qu'il permet une clarification autonome des étapes de la négociation, et une optimisation par nature consensuelle de l'organisation des débats, participe d'un bilatéralisme censé, en principe, permettre ou en tout cas favoriser une véritable élaboration conjointe.

[1327] En ce sens, un arrêt remarqué par J. Pélissier rendu le 28 mars 1995. La Chambre criminelle juge en effet que « *l'infraction pénale est constituée quand l'employeur négocie sur les salaires, en refusant d'inclure dans la négociation les salaires d'une catégorie de personnel* ». Il s'agit alors d' « *admettre au moins implicitement que l'infraction pénale ne consiste pas uniquement en l'absence de convocation à une réunion de négociation* », puisqu'en l'espèce « *alors même que la convocation des syndicats a eu lieu dans les délais imposés par la loi, un chef d'entreprise est pénalement condamné pour ne pas avoir donné a la négociation l'ampleur qui devait être la sienne* » (Crim. 28 mars 1995, RJS 10/95, n° 1033). Et l'auteur de conclure qu' « *il faut aller au bout du raisonnement : il y a infraction pénale de la part de l'employeur lorsqu'il ne présente pas une proposition lors de la première réunion sur l'ensemble des questions faisant l'objet d'une négociation obligatoire* ». Cette position permettrait de sanctionner pénalement l'employeur qui refuse de négocier loyalement (J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 501). Si la solution de l'arrêt présente un intérêt évident, du point de vue de l'effort jurisprudentiel visant à garantir effectivement et à sanctionner la loyauté du dialogue dans la négociation (et pas seulement son ouverture formelle), elle doit être relativisée puisqu'en effet un tel manquement quant au contenu de la négociation est désormais expressément incriminé à l'article L. 2243-2 C. trav..

[1328] En matière de négociation annuelle obligatoire d'entreprise, il faut encore ajouter aux sanctions pénales et civiles les sanctions sociales. En effet, la loi du 3 décembre 2008 fait peser sur l'entreprise qui n'ouvre pas chaque année la négociation obligatoire sur les salaires la possibilité de voir les allégements de charges dont elle bénéficie le cas échéant sur les bas salaires réduits de 10% en cas de manquements sur deux années, voire supprimés si le manquement est réitéré une troisième fois.

B. La loyauté quant à l'optimisation contractuelle des modalités de la négociation

473. L'aménagement préalable et consensuel des étapes de la négociation collective permise par l'accord de méthode doit être envisagé sous l'angle de l'impératif de loyauté. Il apparaît que cette méthodologie est susceptible de participer au renforcement contractuel de l'obligation de loyauté, spécialement du point de vue de la qualité et de la construction du dialogue inhérent à la négociation (1). L'accord de méthode offre par ailleurs une perspective intéressante quant à la méthode d'exercice du droit de participation des travailleurs (2).

1. L'aménagement autonome et volontaire du dialogue social

474. L'accord de méthode, ou l'accord-cadre[1329], est un accord préalable aux négociations permettant de détailler toutes les étapes indispensables à l'élaboration d'une convention ou d'un accord collectif. Il peut se révéler plus ou moins précis, suivant que ses dispositions se contentent de préciser les modalités légales obligatoires, ou que les parties aient entendu développer une véritable stratégie de négociation. De même, son contenu est amené à différer sensiblement selon que le cadre soit constitué de l'entreprise ou de la branche. En tout état de cause, l'accord de méthode s'intéresse aux instruments garantissant un fonctionnement efficace au dialogue social, relativement à une négociation en particulier ou à la négociation collective en général.

475. Il participe alors nécessairement de la clarification, du renforcement et de l'amélioration de l'échange, notamment par l'énoncé de clauses favorisant un comportement de bonne foi ou l'équilibre des pouvoirs des négociateurs. De ce point de vue, la technique contractuelle civiliste se révèle un moyen particulièrement utile en ce qu'elle permet de matérialiser l'objectif inhérent à toute négociation : l'élaboration d'un acte efficace et juste. Outre l'appui et l'agencement précis de prescriptions impératives, telles l'interdiction des négociations séparées ou la prohibition des décisions unilatérales, l'accord peut prévoir l'engagement mutuel des parties à ne pas en rester à une proposition unique. Le texte peut encore dépasser la seule obligation de négocier, et formaliser la volonté de conclure des négociateurs, en interdisant contractuellement le fait de se retrancher sur une proposition,

[1329] Sur les difficultés nées de l'existence d'un caractère obligatoire : M.-L. MORIN et B. TEYSSIE, *L'accord-cadre*, Dr. soc. 1988, p. 741.

sauf démonstration du respect de l'intérêt général de l'entreprise. De même, l'accord peut encore préciser les contours du comportement loyal des négociateurs, élevant ainsi les exigences en termes de bilatéralité de l'élaboration collective.

476. L'intérêt de ce type d'accord ne se limite par ailleurs pas à cette seule composante de la loyauté ; l'amélioration et l'optimisation du dialogue social sont susceptibles d'irriguer l'ensemble de la négociation. L'accord de méthode permet le cas échéant de garantir davantage les prescriptions issues de l'impératif de loyauté des négociations, mais encore de sécuriser les éléments et les phases du processus qui sont susceptibles de s'avérer problématiques du point de vue de la conception loyale de la négociation. Il en est ainsi respectivement de la négociation simultanée avec toutes les organisations syndicales représentatives et des signatures séparées de l'accord.

477. Au sujet de l'organisation des débats, l'article L. 2232-20 dispose que « *L'objet et la périodicité des négociations ainsi que les informations nécessaires à remettre préalablement aux délégués syndicaux de l'entreprise ou de l'établissement sont fixés par accord entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise* ». Le droit commun de la négociation confie en ce sens aux partenaires d'en édicter eux-mêmes et en accord les modalités, et notamment le calendrier des réunions et les informations à transmettre. On ne retrouve pas la même prescription à l'article L. 2242-2 du Code du travail spécifique à la négociation obligatoire d'entreprise, lequel dispose que « *Lors de la première réunion sont précisés : 1° Le lieu et le calendrier des réunions ; 2° Les informations que l'employeur remettra aux délégués syndicaux et aux salariés composant la délégation sur les matières prévues par le présent chapitre et la date de cette remise […]* », sous entendant que l'employeur a la possibilité, à défaut d'accord, d'en déterminer unilatéralement les modalités ; cette observation est par ailleurs confortée par l'article L. 2242-10, lequel exige aux fins de loyauté que le seul employeur ait « *fixé le lieu et le calendrier des réunions* ». Il en est de même en matière de négociation obligatoire de branche ; où les textes prévoient seulement l'initiative patronale de l'engagement des négociations et sa sanction[1330], de même que l'article L. 2241-12 ne range pas expressément dans la définition de la loyauté le fait d'avoir prévu au préalable les modalités de la négociation.

[1330] Art. L. 2241-2-1 C. trav. et suivants.

478. On peut regretter qu'il soit seulement fait mention de la nécessité d'un accord de méthode en matière de droit commun, et que la négociation obligatoire d'entreprise et de branche n'en requiert spécialement pas. On peut également regretter le cas échéant un usage *a minima* de l'accord qui se bornerait, au sens du texte, à prévoir le nombre, la durée et la fréquence des réunions de négociation, éventuellement les informations. Si ces éléments permettent effectivement de clarifier le déroulement du processus, ils révèlent un potentiel plus ambitieux.

479. Les modalités de la détermination du calendrier des réunions de négociation peuvent en ce sens favoriser l'efficacité du dialogue social, en aménageant les modalités de l'étude par les syndicats des propositions patronales. Il peut être prévu également d'acter progressivement les accords de principe susceptibles d'intervenir au cours des débats sur des points particuliers des négociations, par le biais notamment de procès-verbal à chaque tenue d'une réunion. La fixation impérative et précise des modalités encadrant la tenue des réunions en fonction des thèmes de la négociation permet par ailleurs de faciliter l'examen des propositions ou contre-propositions syndicales, notamment en dédiant explicitement certains temps à cet objet. De même que la clarté et la précision sur ce sujet permettent d'éviter tout *risque* de négociations séparées informelles.

480. Quant aux informations, l'accord de méthode doit le cas échéant composer avec les prescriptions obligatoires prévues par la loi. Dans la mesure où l'information des organisations syndicales contribue à l'équilibre des pouvoirs, l'accord de méthode peut en revanche parfaitement pallier le silence des textes, et préciser les modalités et les délais de transmission, de même que les conditions de présentation. Lorsque la négociation est facultative, la liberté quant à la détermination de l'information due est d'autant plus étendue. Les parties peuvent en ce sens décliner selon la nature et le niveau des informations. Il peut encore être prévu des exigences particulières tenant à la lisibilité et la pertinence de l'information ; présentée sous forme de rapport, dans le cadre d'une réunion explicative, complétée de l'avis d'un expert (financé le cas échéant par l'employeur).

481. L'intérêt de s'accorder sur une méthode claire et précise quant au déroulement des différentes phases de la négociation permet enfin de neutraliser la problématique des signatures séparées. En ce sens, les parties peuvent convenir que la signature de l'acte aura

pour cadre une réunion spécialement dédiée. On évite alors les difficultés qui peuvent naître de l'ouverture d'une phase globale emmenant nécessairement des signatures isolées, évoquées plus haut au titre de la potentielle confusion avec la phase des négociations, et l'éventuelle impossibilité pour certains syndicats de faire valoir leur position sur le projet arrêté. La clarification des phases de négociation et de conclusion par l'édiction d'un calendrier précis est encore opportune du point de vue du moment de l'éventuelle information et consultation du comité d'entreprise, que l'on peut par ailleurs dissocier afin de prévenir les difficultés nées de la représentation élue ; il s'agit ici encore de pallier l'insuffisance des règles puisque la Cour de cassation exige seulement que la consultation ait lieu avant la signature. La prescription selon laquelle un procès-verbal de désaccord doit être dressé en cas d'impossibilité de trouver un accord peut également être généralisée ; elle tend en effet à attester d'une négociation loyale et sérieuse en ce qu'elle reprend l'état d'avancement des propositions.

482. Les parties peuvent faire preuve d'inventivité en matière de loyauté, et prévoir en ce sens d'instaurer des mécanismes d'interprétation ou de révision au cas où l'économie générale de l'acte serait bouleversée par une évolution du contexte. Ce type de clauses favorise effectivement l'exécution de l'accord et partant la loyauté de l'application. Les parties peuvent encore adopter des clauses privilégiant la conciliation au sujet des éventuelles difficultés à venir, notamment sur l'appréciation des dispositions conventionnelles.

483. L'accord de méthode peut en ce sens non seulement favoriser la négociation mais il peut également apaiser et prévenir les conflits professionnels qui lui sont liés, et de fait déjudiciariser le contentieux issu de la négociation collective. La présence d'un accord de principe a enfin du point de vue du processus même de négociation la vertu d'éviter, du moins de réduire, les incidences nées du strict rapport de force et de la gestion immédiate des difficultés et des oppositions. En ce sens, le recours à la technique contractuelle peut participer efficacement de la recherche de l'équilibre des pouvoirs, et contribuer à l'approche organisationnelle du droit social qui tend par ailleurs à se matérialiser[1331].

[1331] JACQUES BARTHELEMY, *Le droit social, technique d'organisation de l'entreprise*, Liaisons sociales, éd. Lamy, 2003. Au sujet du « *renouvellement de l'efficacité des accords collectifs par une négociation organisationnelle* », et du lien entre l'autonomie et loyauté de la négociation : I. KAPPOPOULOS, *Un nouveau droit de la négociation collective, Essai sur la négociation organisationnelle*, Thèse, Université Lille 2, 2011.

484. Outre les avantages à tirer de l'existence d'un accord de méthode du point de vue de la loyauté, de l'efficacité et de la fluidité de la négociation collective en tant que processus d'élaboration conventionnelle, il convient de mesurer également l'intérêt de l'accord préalable des parties sur la forme quant à l'exercice de la négociation, envisagée cette fois comme un droit.

2. L'exercice consensuel et optimisé du droit de participation

485. En effet, si la négociation collective permet d'élaborer une convention, elle est aussi le mode d'exercice du droit constitutionnel de participation à la détermination collective des travailleurs. Si le législateur a acté et participé du mouvement de conventionnalisation du droit social, on relève cependant que la loi demeure assez silencieuse quant au processus même de négociation collective. La remarque est d'autant plus vraie si l'on compare les régimes de la consultation et des prérogatives de la représentation élue du personnel avec ceux de la négociation et des prérogatives des interlocuteurs syndicaux, et bien que des précisions ont pu être apportées plus récemment.

486. Pourtant, le dialogue social, parce qu'il cristallise une évolution fondamentale du droit des relations collectives et se heurte à la structure inégalitaire du rapport d'emploi, revêt un enjeu conséquent, surtout au sein de la seule entreprise ou de la branche. Il a par ailleurs été relevé au moins deux motifs qui invitent « *à porter intérêt aux instruments du dialogue social* »[1332]. Le premier tient à la nature de la convention collective, objet de la négociation. Si la convention collective a effectivement les effets d'une loi professionnelle, et quelle que soit la portée réglementaire qui lui est attribuée, sa nature contractuelle « *eu égard en particulier à la qualité et aux rapports entre eux de ses négociateurs* » en fait avant tout « *un compromis destiné à faire la loi des parties* »[1333]. Le second motif tient à l'antagonisme structurel de ses parties. Si la convention collective d'addition emmenait initialement la neutralisation de la subordination des salariés, l'avènement de la négociation de substitution et des accords dérogatoires ne permet plus de s'en remettre au seul et immédiat consensualisme, et des règles précises s'imposent, notamment au sujet des modalités d'exercice de la négociation collective.

[1332] J. BARTHELEMY, *L'accord de méthode de la négociation collective*, Les Cahiers du DRH, oct. 2001, n° 46.
[1333] *Ibid*.

487. En ce sens, la libéralisation de la négociation collective, issue de la relativisation du principe de faveur et de la fonction protectrice du droit du travail, rend indispensable « *de se préoccuper des règles qui visent non seulement à favoriser l'équilibre des pouvoirs entre acteurs sociaux, mais encore à promouvoir un comportement de bonne foi de leur part ainsi qu'à concevoir les instruments d'une exécution loyale de la convention, c'est-à-dire de tout ce qui contribue à faire du contrat la loi des parties au sens de l'article 1134 du Code civil* »[1334]. Si la jurisprudence a effectivement participé à la promotion de l'impératif de loyauté dans cette matière, de même que dans une moindre mesure le législateur, il demeure que « *contrairement à ce qui vaut pour la composition et le fonctionnement du comité d'entreprise, les règles ne sont que très peu développées par la loi, qui préfère renvoyer au contrat* », transférant « *aux partenaires sociaux la responsabilité de l'établissement de ces règles* » [1335]. Il paraît en conséquence justifié et opportun que les parties se saisissent elles-mêmes d'organiser les règles relatives aux rapports entre négociateurs. La voie contractuelle s'inscrit par ailleurs dans la logique d'autonomie professionnelle impulsée par la loi. De même, les impératifs de bonne foi et de loyauté rendent possible l'équilibre contractuel ; ces deux notions constituant par ailleurs « *des conditions indispensables pour le transfert de la fonction protectrice du droit du travail sur les acteurs sociaux* »[1336]. De ce point de vue, l'accord de méthode acquiert un « *caractère substantiel* »[1337].

488. L'optimisation du recours à l'accord de méthode permet par ailleurs de répondre à la logique de gestion de l'emploi observée en matière de négociation et impulsée par la partie patronale. Il peut en ce sens être utilisé pour construire une stratégie protectrice[1338] ; tenant par exemple à conditionner contractuellement les revendications salariales aux évolutions

---

[1334] « *L'accord collectif est un contrat qui ne peut faire la loi des parties que si sont assurés : l'équilibre des pouvoirs entre les parties, le comportement de bonne foi des négociateurs et la volonté d'exécuter loyalement la convention* » (J. BARTHELEMY, *L'accord de méthode de la négociation collective*, Les Cahiers du DRH, Lamy, 26 oct. 2001, n° 46).

[1335] « *Tandis que les règles concernant le comité d'entreprise sont définies minutieusement par le législateur, sont d'ordre public et voient leur non respect sanctionné pénalement, celles qui concernent la négociaton ne sont qu'évoquées par le Code du travail comme devant faire l'objet d'un accord, même si dans certains domaines est prévue une solution réglementaire de substitution* » (J. BARTHELEMY, *L'accord de méthode de la négociation collective*, Les Cahiers du DRH, Lamy, 9 janv. 2001).

[1336] J. BARTHELEMY, *L'accord de méthode de la négociation collective*, Les Cahiers du DRH, Lamy, 26 oct. 2001, n° 46).

[1337] « *L'autonomie accrue des accords d'entreprise et l'élargissement du champ de la négociation impose une véritable institutionnalisation du dialogue social* » (J. BARTHELEMY, *L'accord de méthode de la négociation collective*, Les Cahiers du DRH, Lamy, 26 oct. 2001, n° 46).

[1338] J. BARTHELEMY, *L'ingénierie de l'accord de méthode*, Les Cahiers du DRH, oct. 2001, n° 46.

des salaires effectifs relativement au SMIC. De ce point de vue, la technique contractuelle se met au service de l'optimisation du dialogue social, tout en intégrant les objectifs économiques et sociaux qui lui sont inhérents.

489. L'existence d'un accord préalable des parties quant aux modalités du déroulement de la négociation collective est de nature à permettre d'améliorer la qualité du dialogue social et l'efficacité de l'accord susceptible d'en résulter ; il participe alors d'une optimisation de l'exercice du droit fondamental de participation, en ce qu'il sécurise les modalités d'exécution de la négociation et résulte de la propre autonomie des interlocuteurs sociaux. Pour satisfaire à ce schéma, il convient cependant que les parties trouvent en préalable un accord sur la méthode ; il faut encore que les parties soient animées de la volonté réelle de conclure de bonne foi.

490. Si la conclusion d'un tel accord nécessite la mise en œuvre d'une initiative contractuelle impliquant une véritable bilatéralité dans l'œuvre des parties, la loi, moins ambitieuse, n'en demande pas tant aux négociateurs. En ce sens, les initiatives concernent généralement le seul employeur, et l'obligation bilatérale de dialoguer, sensiblement différenciée selon la partie à laquelle elle s'adresse, n'emporte guère une telle intensité. La timidité – ou la lucidité – du législateur sur ce point n'empêche pas évidemment l'interdiction des actes unilatéraux durant la phase des négociations (incompatibles par ailleurs avec l'obligation de dialoguer). Il s'agit, une fois de plus, d'une prescription évidente, inhérente à la notion de négociation. C'est également une composante de la loyauté.

PARAGRAPHE 2 : LOYAUTE ET SANCTION DE L'UNILATERALITE PENDANT LES NEGOCIATIONS

491. La loyauté de la négociation collective ne s'entend en effet pas exclusivement d'initiatives positives imposées à l'employeur aux fins de permettre l'élaboration conjointe de l'accord. Elle commande également d'interdire la mise en œuvre de décisions unilatérales qui emporteraient de fait l'échec de la discussion. Il s'agit en effet de composer avec les limites induites de l'obligation de négocier, qui n'emporte pas obligation de conclure, et de renforcer en conséquence les exigences liées aux postures. Aux fins d'en garantir l'effectivité, il est imposé que la négociation soit menée de bonne foi ; l'employeur, tenu de permettre l'avancement des débats, doit dans le même temps s'abstenir d'adopter un comportement de nature à entraver la recherche d'un projet

commun. C'est ainsi que la loyauté sanctionne l'unilatéralité. Celle de l'employeur, en ce qu'elle se heurte à l'objet même de la négociation, est sévèrement punie (I). Celle de la partie syndicale, ou des salariés, parce qu'elle s'exerce dans la cadre d'un droit fondamental, est tout-à-fait acceptée (II).

I : LA DELOYAUTE DES MESURES UNILATERALES PRISES PAR L'EMPLOYEUR AU COURS DE LA NEGOCIATION

492. Il apparaît effectivement que l'exercice du pouvoir unilatéral de l'employeur durant la période de négociation doit impérativement être proscrit, au sens de la plus élémentaire exigence de loyauté (A). L'interdiction ne saurait cependant suffire ; la garantie de son effectivité dans la négociation collective appelle à sanctionner l'unilatéralité manifestée par l'employeur (B).

A. L'obligation de loyauté garantie par l'interdiction de l'action unilatérale

493. Si la proscription de l'exercice du pouvoir unilatéral de l'employeur s'impose forcément durant la phase des négociations, sans qu'il soit même nécessaire de la fonder sur un texte explicite (1), elle emmène certaines difficultés d'application. Il apparaît en ce sens impératif d'identifier précisément le temps exact de la négociation, et la nature des mesures unilatérales interdites (2).

1. La portée générale du principe

494. « *La prise de décision unilatérale par l'employeur est incompatible avec la négociation ; elle en est la négation même* »[1339]. Il apparait en effet que l'interdiction des actes unilatéraux portant sur les matières concernées en cours de négociation participe de son effectivité. Si les parties ont convenu de discuter aux fins de trouver ensemble et de manière consensuelle un accord sur un ou plusieurs sujets déterminés, l'employeur ne peut vraisemblablement décider unilatéralement de fixer la solution par l'exercice de son pouvoir de direction ou de gestion. De fait, « *en prenant une décision unilatérale, le chef*

[1339] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 502.

d'entreprise met fin à la négociation ; il refuse d'entendre les arguments de la partie syndicale et affirme son pouvoir »[1340].

495. Si l'on a pu évoquer la « *volonté affirmée du législateur de privilégier désormais le négocié aux dépens de l'unilatéral* »[1341], cette prescription n'est pourtant rappelée qu'au seul article L. 2242-3 du Code du travail, lequel dispose : « *Tant que la négociation est en cours […], l'employeur ne peut, dans les matières traitées, arrêter de décisions unilatérales concernant la collectivité des salariés, à moins que l'urgence ne le justifie* »[1342]. Sans doute « *le législateur ne fait qu'expliciter une règle nécessaire qui s'impose d'elle-même* »[1343], la difficulté se pose toutefois au sujet du champ d'application que la loi a entendu donner explicitement à l'interdiction. Le texte est en effet placé dans un chapitre consacré aux modalités de la négociation obligatoire d'entreprise. La nécessité logique de cette proscription commande cependant à préjuger de sa généralité ; elle doit légitimement pouvoir s'appliquer dans toutes les hypothèses de négociation obligatoires et facultatives. De ce point de vue, l'obligation de loyauté de la négociation collective a pour effet de limiter les prérogatives de l'employeur[1344], quel que soit le type de négociation. Si l'employeur qui se voit contraint de négocier ne peut dans le même temps vider de toute substance la portée de son obligation, l'employeur ou le groupement patronal qui a consenti librement à s'engager dans la négociation doit pareillement exécuter l'obligation de négocier qu'il a acceptée de faire naître.

496. La jurisprudence n'ayant pas véritablement pu – ou voulu – confirmer cette interprétation[1345], il convient dès lors de considérer que l'interdiction des décisions

[1340] *Ibid.*
[1341] M. DESPAX, *Les paradoxes de la négociation d'entreprise*, Mélanges G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 69.
[1342] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 502.
[1343] *Ibid.*
[1344] J. SAVATIER, *L'interdiction des décisions unilatérales de l'employeur au cours de la négociation annuelle d'entreprise*, Dr. soc. 1995, p. 43.
[1345] Dans un arrêt rendu le 29 juin 1994 par la Chambre sociale (ci-après évoqué), l'employeur, à qui il était reproché d'avoir pris une mesure unilatérale durant la phase des négociations, soutenait justement que la négociation en cause ne relevait pas de la négociation obligatoire d'entreprise, mais d'une négociation de branche. Cet élément du pourvoi visait bien entendu l'objectif d'éviter de tomber sous le coup de l'article L. 2242-3 C. trav., explicitement applicable à la seule négociation périodique d'entreprise. L'employeur arguait ainsi du fait que : « *l'interdiction faite à l'employeur de prendre une décision unilatérale pendant le cours de la négociation collective n'est prévue que pour la négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise ; qu'aucune disposition légale n'édicte une semblable restriction au pouvoir de l'employeur pendant la négociation d'une convention ou d'un accord collectif de branche* ». La Cour, à qui il était donné l'occasion de généraliser au titre de l'obligation de loyauté, l'interdiction des mesures unilatérales pendant la période des négociations, notamment au moyen du visa ou de la formulation d'un attendu de principe clair, se contente de confirmer la qualification de la négociation obligatoire d'entreprise en l'espèce : « *Mais attendu que s'agissant*

unilatérales sur les thèmes qui font l'objet de la négociation connaît une portée générale. Si cette lecture excède le champ de son seul fondement textuel, l'extension de l'interdiction de régler unilatéralement les questions ouvertes à la négociation en cours se justifie au titre de l'impératif de loyauté, élevé au rang de principe. L'obligation de négocier loyalement condamne par essence l'unilatéralité exercée de manière simultanée[1346]. La clarification de sa portée ne renseigne toutefois pas sur les modalités pratiques d'application de l'interdiction, au regard notamment de la condition liée au temps de la négociation, et à la qualification des mesures unilatérales de l'employeur.

2. Les difficultés d'application du principe

497. L'interdiction faite à l'employeur de prendre des décisions unilatérales ne s'applique que pendant le cours de la négociation. La détermination exacte et précise du commencement et de la fin de la période des négociations relève en conséquence d'une nécessité. Car en effet, s' « *il n'appartient pas à celui qui est obligé de négocier de se libérer unilatéralement de son obligation* »[1347], il est en revanche légitime qu'il puisse connaître avec certitude la délimitation temporelle de l'obligation, c'est-à-dire l'exacte période fixée pour la négociation.

498. En ce qui concerne la date de début de la négociation, la question pouvait se poser notamment au sujet du choix de son point de départ ; on peut en effet retenir la date de la convocation à la première réunion ou la date de la réunion elle-même. La Cour de cassation a pu préciser, par un arrêt du 29 juin 1994, que le début de la phase des négociations devait être situé à la date prévue pour la première réunion, quand bien même celle-ci avait été reportée, choisissant ainsi le point de la première convocation. Elle a ainsi élargi la phase de négociations, puisque les décisions unilatérales prises entre la date prévue initialement pour la première réunion et la date de sa tenue effective ont pu être considérées comme ayant été prises en cours de négociation, alors même que les

---

d'une négociation qui avait été engagée, non par une organisation d'employeurs, mais par plusieurs employeurs pris individuellement, peu important, à cet égard, que leurs entreprises aient ou non constitué un groupe, la cour d'appel a pu décider que cette négociation, qui n'avait pour objet que de conclure un accord au niveau de chacune des entreprises en cause, et non pas au niveau de la branche professionnelle, était une négociation d'entreprise soumise aux dispositions des articles L. 132-18 à L. 132-29 du Code du travail » (Soc. 29 juin 1994, n° 91-18640, Bull. civ. V, n° 219, Dr. soc. 1995, p. 47, note J. SAVATIER ; JCP éd. E. 1995, I, 419, n° 7, obs. P.-H. ANTONMATTEI).

[1346] J. PELISSIER, *La négociation sur les salaires, problèmes juridiques*, Dr. soc. 1984, p. 661.

[1347] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 502.

négociateurs ne s'étaient en pratique pas encore réunis[1348]. La même décision a pu également préciser la notion de mesure unilatérale. La Cour a apprécié de manière souple puisqu'en l'espèce, il s'agissait de la dénonciation d'un accord collectif. Au pourvoi de l'employeur qui soutenait par ailleurs que l'interdiction issue de l'article L. 2242-3 « *n'a pour but que d'empêcher l'employeur de priver d'objet la négociation même en substituant sa décision unilatérale à celle devant résulter de la négociation* », et « *que cette interdiction ne peut donc pas s'appliquer à la décision de dénonciation d'une convention collective, laquelle reste impérativement en vigueur pendant le délai d'un an et de surcroît entraîne nécessairement l'obligation de négocier* », le juge de cassation a opposé le fait que « *cette dénonciation constituait une décision unilatérale qui ne pouvait être prise par l'employeur pendant le cours de la négociation* »[1349]. Cette appréciation large doit par ailleurs être opposée à la solution dégagée par les juges dans un jugement antérieur. En l'espèce, l'employeur avait pris une décision unilatérale visant à réduire le temps de travail et les salaires, après une première négociation obligatoire qui avait vu son refus de réduire le temps de travail, et juste avant la nouvelle négociation périodique relative aux salaires et à l'organisation du temps de travail, la vidant ainsi de tout contenu et de toute utilité. Le juge, faisant une application stricte des textes, avait cependant estimé que la mesure, hors des périodes de négociation, n'était pas illicite[1350].

499. Au sujet de la fin de la période de négociation, rappelons que le Code du travail impose au titre de la loyauté que l'employeur, ou les parties ensemble, aient fixé au cours de la première réunion la date du terme des négociations. Au sujet spécifique de la négociation obligatoire d'entreprise, la loi semble régler en partie la question puisqu'est exigée la signature d'un procès-verbal d'échec définitif des négociations ; l'employeur est en ce sens tenu de l'interdiction des mesures unilatérales jusqu'à cette date. En tout état de cause, et en l'absence de précisions prétoriennes sur ce sujet, retenons qu'une fois la fin des négociations acquise, l'employeur est le cas échéant tenu d'exécuter loyalement l'accord conclu et, de fait dans l'impossibilité de prendre des mesures unilatérales contraire dans son champ. En cas d'impossibilité de parvenir à un accord, l'employeur peut légitimement

[1348] La question peut se poser de savoir si cet élément a pu influencer les juges ; il s'agirait alors d'une décision d'espèce visant à sanctionner l'employeur qui aurait voulu, par une manœuvre frauduleuse tenant au report de deux semaines de la première réunion de négociation, échapper à l'application de l'article L. 2242-3 C. trav.
[1349] Soc. 29 juin 1994, n° 91-18640, Bull. civ. V, n° 219, Dr. soc. 1995, p. 47, note J. SAVATIER ; JCP éd. E. 1995, I, 419, n° 7, obs. P.-H. ANTONMATTEI. Le groupement d'employeurs était lié par différents accords collectifs, dont l'un portait sur le thème de la rémunération et s'inscrivait dans le cadre de la négociation périodique d'entreprise.
[1350] TGI Paris, 6 mars 1989, D. 1990, Somm. com. M.-A. SOURIAC-ROTSCHILD.

exercer son pouvoir sur les matières négociées. La difficulté proviendra dans ces conditions davantage de l'incertitude quant au terme exact de la fin des discussions, évoquée notamment au sujet de la confusion qui peut être observée entre phase de négociation et phase de signature.

500. S'agissant toujours de la date de fin de la négociation, les incidences et les difficultés éventuelles nées de la prise d'une décision unilatérale par l'employeur commandent de souligner l'importance de fixer clairement la date de la dernière réunion de négociation lors de la fixation du calendrier en début de négociation, ou d'un éventuel aménagement au cours des débats. Les éventuelles dispositions d'un accord de méthode sur ce point peuvent par ailleurs être opportunes. En ce sens, l'interdiction des mesures unilatérales peut être précisée contractuellement quant à la négociation d'entreprise obligatoire. Pour les autres cas de négociation, l'accord de méthode qui procède de la liberté contractuelle des parties peut prévoir explicitement l'application de la proscription issue de l'article L. 2242-3 du Code du travail au titre de l'obligation de négocier loyalement. Il peut encore généraliser la pratique du procès-verbal d'échec des négociations, et subordonner le terme des discussions à la signature soit du P.-V., soit de l'accord, en réunion unique. L'inscription d'une clause interdisant explicitement aux parties de prendre des mesures unilatérales durant la phase des négociations, ou disposant clairement d'une suspension des pouvoirs de décision unilatérale de l'employeur sur les matières traitées, permettrait en outre d'engager la responsabilité contractuelle de l'auteur d'un éventuel manquement. La sanction contractuelle devrait alors s'ajouter aux sanctions civiles encourues au titre de la déloyauté de l'action unilatérale intervenue au cours des négociations.

B. La sanction de la déloyauté née de l'exercice du pouvoir unilatéral

501. Si l'on a pu évincer la nécessité d'un fondement textuel quant à l'affirmation du principe de loyauté sur cette application, il est plus délicat de pallier l'absence d'un texte quant à la détermination de la sanction. La jurisprudence a cependant adopté à ce sujet une position constante ; elle sanctionne de nullité les incidences emportées par un comportement déloyal, sans préjudice des autres sanctions civiles applicables au défaut de loyauté (1). De ce point de vue, l'incertitude doit davantage se trouver au cas exonératoire de l'urgence expressément prévu par le législateur à l'article L. 2242-3 du Code du travail (2).

1. La détermination des mesures civiles

502. Dans l'arrêt rendu le 29 juin 1994, la Cour de cassation a prononcé la nullité de la dénonciation réalisée par l'employeur, alors même que celui-ci soutenait légitimement que l'article L. 2242-3 « *ne prévoit pas la nullité de la décision unilatérale prise par l'employeur pendant le cours de la négociation collective d'entreprise* ». Le défaut de fondement textuel ne s'oppose pas à l'application de la sanction de nullité encourue en cas de manquement à l'une quelconque des applications de l'obligation de loyauté en matière de négociation collective. Il apparaît en effet que la Cour de cassation ait opportunément unifié sur ce point les conséquences des démonstrations de déloyauté, manquant certes à l'adage qui veut qu'il n'y ait « *pas de nullité sans texte* », mais interprétant les textes de manière suffisamment souple pour que l'obligation de loyauté soit effectivement garantie. Cette position a toutefois fait l'objet de critiques. En effet, si la nullité est une sanction opportune lorsque la mesure unilatérale prise par l'employeur en violation de son obligation de négocier loyalement a pour objet d'abaisser ou de refuser l'octroi d'un avantage direct ou indirect à la communauté des salariés, il peut en être autrement. Pour exemple, le cas où la décision unilatérale de l'employeur vise à l'inverse à anticiper l'octroi d'un avantage (prime, repos etc.). L'annulation d'une telle décision participe certes à assurer l'effectivité du dialogue, elle demeure cependant désavantageuse pour les travailleurs qui s'en trouvent nécessairement pénalisés. Il apparaît pourtant que la Cour de cassation ait choisi de faire primer le respect de l'obligation de négocier loyalement, et le « *moyen d'atteindre ce résultat est de rendre nul et de nul effet tout acte qui entrave le déroulement normal de la négociation* » ; en conséquence « *l'avantage immédiat dont pourraient occasionnellement profiter certains salariés ne doit pas amener à sacrifier un droit à portée plus générale qu'est le droit pour la collectivité des salariés à la négociation de bonne foi* »[1351]. La sanction de nullité peut par ailleurs se révéler tout aussi profitable aux salariés.

[1351] « *Cette solution a été critiqué au motif qu'elle était inadaptée à la situation ; on avance que les décisions unilatérales prises irrégulièrement par l'employeur ne sont pas nécessairement défavorables aux salariés ; en prononçant la nullité de la décision unilatérale, on pénaliserait en quelque sorte les salariés* » (J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 502 ; au sujet des critiques formulées par J. SAVATIER, Dr. soc. 1995, p. 46).

503. La Cour de cassation a en ce sens jugé le 13 février 2002, qu'en application des articles L. 2242-3, L. 2242-4 et L. 2242-8 du Code du travail, les salariés étaient fondés à demander la restitution de sommes que leur employeur avait retenues sur leur salaire en application d'une décision unilatérale concernant une modification du calendrier de travail et la fixation de jours de récupération, dans la mesure où, à l'issue de la négociation, « *les discussions relatives à l'aménagement du temps de travail n'avaient pas donné lieu à dépôt d'un procès-verbal de désaccord, ce qui interdisait à l'employeur de prendre toute mesure unilatérale* »[1352]. La portée de cette solution, qui s'en tient à une appréciation stricte de la fin des négociations, doit cependant être limitée aux seuls cas dans lesquels la signature d'un procès-verbal de désaccord est obligatoire ou contractuellement prévue.

504. La sanction de l'annulation de l'acte prohibé, si elle constitue la première conséquence jurisprudentielle, et sans doute la mesure la plus audacieuse sur le plan juridique, n'est évidemment pas la seule qui permette de sanctionner la violation de l'obligation de négocier de bonne foi. La faute résultant de l'acte unilatéral est susceptible de constituer « *un préjudice non seulement pour les syndicats privés de leur droit de négocier, mais aussi pour chaque salarié qui a été privé de la chance d'obtenir de meilleures conditions de travail ou de rémunération grâce à une négociation qui aurait pu être conduite jusqu'à son terme* »[1353]. L'action en réparation peut également laisser la place à la demande visant à obtenir en référé une injonction interdisant à l'employeur d'appliquer la décision unilatérale, tant que la négociation n'aura pas pris fin par l'édiction d'un procès-verbal de désaccord ou à la conclusion d'un accord. A ce sujet, il faut mentionner un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 23 juin 1998, dans lequel le juge des référés a pu suspendre une décision de gestion de l'employeur prise hors de la stricte périodicité légale, donnant ainsi un « *effet utile* »[1354] au principe de loyauté. Considérant que cette mesure unilatérale avait un effet sur les salaires effectifs et qu'elle relevait de ce fait du cadre de la négociation obligatoire annuelle, le juge a en effet prononcé la suspension de la mesure jusqu'à ce que la négociation sur les salaires ait lieu[1355].

[1352] Soc. 13 févr. 2002, n° 99-4668. En l'espèce, seules les discussions en matière de salaires avaient été consignées dans le procès-verbal de désaccord, l'employeur était donc autorisé à agir unilatéralement sur ces seules matières.
[1353] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 502.
[1354] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52.
[1355] CA Paris, 23 juin 1998, RJS 12/98, n° 1521.

505. Au plan pénal, la mise en œuvre d'une interprétation stricte des articles L. 2243-1[1356] et L. 2243-2[1357] du Code du travail ne doit pas permettre d'assurer la sanction du manquement à l'interdiction dont dispose l'article L. 2242-3 du Code du travail ; dans la mesure où effectivement les renvois effectués ne visent pas expressément cette disposition.

506. Il faut encore dire un mot de la dernière partie du texte, en ce qu'elle semble réserver un cas d'exonération à l'interdiction, et une exception à la sanction des mesures unilatérales pour le temps des négociations. Il s'agit de la justification tirée de « *l'urgence* ».

2. L'imprécision de la notion justificative de l'urgence

507. L'hypothèse d'une situation d'urgence justifiant la prise d'un acte unilatéral par l'employeur au cours des négociations, bien qu'expressément formulée, n'a fait l'objet d'aucune illustration et d'aucune précision. L'incertitude demeure et l'on ne peut, en attendant que la jurisprudence ou l'administration ait l'occasion de s'exprimer, que supposer que la notion appelle le risque de l'inaction. Il faut également réserver ici le cas d'une modification contraignante d'application immédiate, telle l'augmentation du Smic au 1er janvier, ou l'application d'une disposition conventionnelle de branche emportant une hausse des salaires applicable à l'entreprise.

508. Des incertitudes demeurent quant au régime de la loyauté de la négociation collective, spécialement au sujet de la proscription des mesures unilatérales, au sujet duquel on ne dispose par ailleurs que d'un matériau jurisprudentiel très réduit. Cette imprécision amène à envisager d'autres manifestations de l'unilatéralité, notamment du côté des syndicats et des salariés.

[1356] « *Le fait de se soustraire aux obligations prévues à l'article L. 2242-1, relatives à la convocation des parties à la négociation annuelle et à l'obligation périodique de négocier, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros* ».
[1357] « *Le fait de se soustraire aux obligations prévues aux articles L. 2242-5, L. 2242-8, L. 2242-9 et L. 2242-11 à L. 2242-14, relatives au contenu de la négociation annuelle obligatoire, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros* ».

II : L'ABSENCE DE DELOYAUTE DANS L'EXERCICE DU DROIT DE GREVE DES SALARIES AU COURS DE LA NEGOCIATION

509. En toute réciprocité, la loyauté due par l'employeur aux organisations syndicales représentatives dans le cadre de la négociation collective devrait se doubler d'un devoir de loyauté des seconds à l'égard du premier. Il apparaît en réalité que les statuts des parties emmènent immanquablement de part et d'autre des différenciations résistantes à l'obligation de loyauté, en principe commune aux acteurs de la négociation. En ce sens, si l'exercice de la grève relève bien d'un acte unilatéral de la communauté des salariés, quel que soit le rôle qu'y prennent leurs représentants syndicaux, le recours à la cessation concertée du travail peut s'avérer, si ce n'est loyal, du moins légitime, dans le cadre de la négociation collective (A). Le caractère fondamental du droit s'oppose par ailleurs à ce que l'on puisse qualifier cette manifestation de déloyale, quand bien même elle interviendrait pendant la phase des négociations et signerait l'irréversible corruption du processus de l'élaboration conjointe (B).

A. La manifestation d'une mesure unilatérale utile

510. Si l'exercice d'une grève ne s'inscrit pas pleinement dans une logique d'absolue coopération, il ne signe pas pour autant le retrait irrévocable de ceux qui l'exercent de toute négociation, ni n'emporte un échec définitif quant au projet d'accord (1). Ce serait davantage dans le cadre d'un abus du droit de grève que l'on pourrait déceler l'abandon total du processus d'élaboration conjointe (2).

1. La grève à l'appui des revendications professionnelles

511. L'exercice du droit de grève ou l'exercice du droit à la négociation collective relèvent en effet du même enjeu du point de vue des organisations syndicales et des salariés qu'elles représentent ; la défense des intérêts des travailleurs par la participation à la détermination professionnelle des conditions de travail et de vie. Ils s'inscrivent tous deux dans la même conception des relations sociales. De ce point de vue, l'unilatéralité manifestée par l'employeur lorsqu'il règle, par une décision unilatérale, les questions soulevées par la négociation n'est pas de la même nature que la grève mise en œuvre unilatéralement, aux

fins de peser plus significativement dans le débat social. Alors que la cessation concertée et collective du travail a pour objet d'appuyer des revendications syndicales, et participe de fait de l'issue du projet commun, l'action unilatérale du chef d'entreprise met fin à toute possibilité de consensus.

512. La grève a encore des effets sensiblement proches de ceux observés en matière de négociation. Elle se révèle en effet un moyen de rétablir un certain équilibre entre les partenaires sociaux[1358], au même titre que la négociation collective. La grève menée au cours même d'une négociation peut en ce sens s'avérer complémentaire, et la cessation concertée et collective du travail qui trouverait son objet dans l'obtention d'un accord collectif n'en serait pas moins légitime.

513. Si la grève et la négociation collective constituent toutes deux des instruments d'expression et de défense des salariés dans l'entreprise, il est cependant des différences sensibles. L'exercice du droit de grève suppose en effet *a priori* une opposition, de même qu'il entraîne nécessairement la conflictualité des discussions pour la suite. Le démarrage d'une grève intervient par ailleurs bien souvent lorsque les acteurs de la négociation ne parviennent pas à s'accorder par la voie conventionnelle, ou encore lorsque l'employeur refuse de négocier et qu'il faut l'inciter. A l'inverse, l'exercice de la négociation collective est davantage sécurisé. Les parties sont volontaires, soumises à des procédures et un processus formalisé. Elle résulte de la volonté d'instaurer un dialogue pacifique, structuré et optimisé. En d'autres termes, si les deux méthodes relèvent de l'expression du droit des salariés à déterminer leurs conditions de travail, la première préfère opter pour la stratégie de l'élaboration en opposition à l'employeur, et la seconde résulte davantage du partenariat. L'aspect conflictuel inhérent à tout mouvement de grève peut également engendrer des perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise. Au demeurant légitimes et consubstantiels, ces troubles peuvent par leur intensité ou leur durée s'avérer excessifs.

[1358] Soc. 7 juin 1995, Bull. n° 180, Dr. soc. 1996, p. 37, note CH. RADE ; CEDH, 25 avr. 1996, D. 1997, Jurisp. p. 363, note J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY.

2. La difficile qualification de l'abus du droit de grève

514. L'abus du droit de grève résulte d'une conception étroite et d'un contrôle réduit ; il demeure en conséquence difficile à qualifier et partant à sanctionner. Si effectivement le caractère illicite des revendications salariales peut par exemple constituer un abus[1359], les hypothèses sont restrictives. Il est par ailleurs de jurisprudence constante que le juge ne peut substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien fondé des revendications[1360]. Le mouvement collectif illicite, ne répondant pas aux conditions posées, peut cependant permettre d'engager la responsabilité des salariés qui y participent, et le déploiement du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Les syndicats qui auraient encadré ou suscité les actes illégaux peuvent également être considérés comme responsables. Il faut effectivement dissocier les organisations syndicales représentatives qui négocient par ailleurs et la communauté des salariés, quand bien même les premières sont censées représenter les seconds.

515. Quand bien même un mouvement collectif ou certains actes commis par des grévistes sont susceptibles de se voir sanctionner civilement ou pénalement, il ne s'agit pas pour autant de qualifier la déloyauté du comportement relativement à l'éventuelle et concomitante négociation collective. L'absence de jurisprudence explicite sur le sujet, de même que le caractère fondamental, voire sacré, du droit de grève dans le système français des relations professionnelles ne permet pas en effet de préjuger de la qualification du comportement déloyal des négociateurs à l'égard de l'employeur, pour le cas où de tels faits surviendraient au cours d'une négociation et qu'ils y seraient liés.

B. L'exercice d'un droit fondamental des travailleurs

516. La protection juridique attachée à l'exercice du droit de grève (1) amène à considérer que si effectivement un tel recours ne s'insère raisonnablement pas dans la conception d'une négociation loyale, du point de vue des exigences de dialogue construit et formalisé, il ne peut pour autant être jugé comme participant d'une déloyauté. L'exercice du droit de grève constitue en ce sens une limite à l'obligation de loyauté (2).

[1359] Soc. 19 oct. 1994, Dr. soc. 1994, p. 958, obs. PH. WAQUET.
[1360] Soc. 2 juin 1992, Dr. soc. 1992, p. 699, note J.-E. RAY.

1. La protection constitutionnelle du droit de grève

517. Consacré depuis la décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1974, sur le fondement de l'article 7 du préambule de la Constitution de 1946[1361], la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu confirmer à son tour la fondamentalisation du droit de grève[1362]. Il faut encore ajouter le développement de la reconnaissance et de la protection du droit au niveau international et européen. Le régime du droit de grève se révèle ainsi étendu et particulièrement favorable à la liberté de ses sujets. Il en résulte que l'exercice de ce droit est particulièrement protégé ; l'encadrement syndical n'est pas nécessaire, et seul le législateur peut venir le réglementer[1363].

518. Si son évolution juridique au cours du XX^{ème} siècle a contribué à faire de la grève un outil de force remarquablement efficace en matière de défense des intérêts des travailleurs, et en cela elle a pu apparaître effectivement et « *particulièrement nécessaire à [ce] temps* », la politique contractuelle du XXI^{ème} siècle tend à privilégier la négociation en continu, et l'évitement du conflit collectif. De ce point de vue, l'obligation périodique et l'incitation constante au dialogue social auraient pour conséquence l'*effacement* de la grève. L'autonomie collective prendrait le pas sur l'opposition professionnelle. Il ne s'agit cependant que d'un vœu politique, spécialement législatif. En ce sens, si le Conseil constitutionnel a acté des ambitions de la démocratie sociale à tous les niveaux professionnels et a pu participer de la reconnaissance effective d'un principe de participation à la détermination des conditions de travail, il n'a pas procédé pour autant à un abaissement du droit de grève. Les droits et libertés fondamentales s'ajoutent, elles ne s'annulent pas ; le droit de participation consensuel ne s'est en ce sens pas substitué au principe de participation conflictuelle porté par le droit de grève.

[1361] Cons. const. n° 79-105 DC du 25 juil. 1974, Loi relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, Rec. p. 33 : « *Considérant qu'aux termes du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958 : «le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent » ; qu'en édictant ces dispositions les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général, auquel la grève peut être de nature à porter atteinte* ».

[1362] Soc. 7 juin 1995, Bull. n° 180. La Cour décide que les clauses de préavis sont illégales : *« une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu […] seule la loi peut créer un délai de préavis de grève s'imposant à eux* ».

[1363] CH. RADE, *Exercice du droit de grève et négociation collective*, Dr. soc. 1996, p. 27 (au sujet de Soc. 7 juin 1995, Bull. n° 180).

519. S'il paraît évident que l'exercice du droit de grève s'oppose dans son objet et ses effets à la négociation collective, envisagée en tant que processus de création normative mais aussi en tant que droit social d'exercice collectif, la mobilisation du premier ne peut être appréhendé comme constitutif d'un manquement à la loyauté du second.

2. Une limite à l'obligation de loyauté dans la négociation collective

520. « *Le droit à la négociation ne limite pas le droit de grève* »[1364]. L'obligation de loyauté des salariés et de leurs représentants trouve en ce sens « *rapidement une limite ; ils disposent du droit constitutionnel de grève* »[1365]. Le droit de grève doit être en conséquence qualifié d'exception à l'obligation de loyauté qui irrigue l'entière négociation collective. De cela, il ressort deux idées. La première tient à la conciliation opérée entre ces deux droits fondamentaux dans la matière des relations collectives de travail ; si la force du premier résulte de la simplicité de son exécution (une cessation collective et concertée du travail visant à appuyer des revendications professionnelles[1366]), la faiblesse du second se trouve dans les limites de son objet (l'exigence de la négociation n'emmène pas l'obligation de conclure un accord collectif). La deuxième tient à la hiérarchie des droits et impératifs fondamentaux. La négociation collective résulte de l'autonomie normative accordée aux représentants professionnels, elle-même née – ou exercée – de la liberté contractuelle. Les parties ne peuvent en ce sens convenir d'une réglementation ou d'une limitation du droit de grève, quand bien même le motif tiendrait à l'optimisation du dialogue social ; toute clause de ce type est illicite[1367]. Peu importe également qu'une procédure de conciliation légale[1368] ou conventionnelle[1369] ait été prévue par accord. Il en est de même au sujet des éventuelles clauses issues d'un accord de méthode, par lesquelles les parties auraient entendu renforcer la loyauté des discussions, en prévoyant notamment

[1364] M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, p. 492. Le recours à la grève, en tant que procédure constitutionnelle, ne saurait en conséquence, quelle que soit la négociation en cause, constituer une pratique déloyale.
[1365] Soc. 26 fév. 1992, JCP éd. E. 1992, p. 575.
[1366] Soc. 4 nov. 1992, n° 90-41899, Bull. civ. V, n° 529.
[1367] Il convient en ce sens de ne pas surestimer la portée des engagements de modération salariale que l'on peut trouver notamment dans certains accords de réduction du temps de travail ou de garantie d'emploi.
[1368] Soc. 7 juin 1995, Bull. n °180 ; RJS 8-9/95, p. 607, n° 933 ; RTD Civ. 1996, p. 153, n° 8, obs. J. MESTRE ; Soc. 12 mars 1996, JCP éd. G. 1996, n° 14, Actualités ; RJS 4/96, n° 439, p. 263.
[1369] Soc. 28 oct. 1954, Bull. civ. IV, n° 642 ; D. 1955, p. 84 (le fait ne pas avoir saisi les organismes de conciliation ne justifie pas le rejet de la nature professionnelle du conflit survenu entre des ouvriers et l'employeur).

d'éviter le recours au conflit collectif pendant la période des négociations[1370]. En cas d'engagement d'une grève, seuls les syndicats pourraient être tenus par leur responsabilité contractuelle au titre d'un manquement à la loyauté pour les cas où ils auraient effectivement incité aux mouvements de grève[1371]. S'agissant d'une liberté individuelle, les organisations représentatives ne sauraient s'engager valablement à limiter l'exercice du droit de grève, fut-ce sur le fondement de la loyauté de la négociation collective, laquelle doit le cas échéant céder.

521. S'il est délicat de présenter en conséquence l'exercice du droit de grève comme un terrain restant à conquérir pour la loyauté de la négociation collective, il faut bien reconnaître que la question se pose, raisonnablement, de l'opportunité de conditionner, de prévenir ou de restreindre sous conditions le droit d'un tel recours pendant la phase sensible des négociations, aux fins d'optimiser les chances d'une élaboration conjointe et consensuelle des règles[1372]. La question se pose aussi du point de vue de la logique même de la négociation[1373]. La question se pose d'autant plus pour un pouvoir politique qui a choisi de faire du dialogue social le principe à chaque niveau de relations professionnelles, et d'imposer par ailleurs aux acteurs de la négociation l'obligation de négocier loyalement et sérieusement. J.-E. Ray relevait en ce sens qu' « *à une époque où les conventions collectives se rapprochent de plus en plus de contrats synallagmatiques (accords « donnant-donnant »), qui plus est à durée déterminée, un préavis conventionnel afin d'éviter l'affrontement ouvert n'apparaît pas du tout archaïque, mais au contraire signe d'une maturation de notre système de relations industrielles* »[1374].

[1370] Pour exemple, l'accord d'établissement Photo Service/Color Photo France du 18 mars 98 : « *Pendant la durée de la négociation, les parties retiennent le principe de privilégier l'usage de solutions négociées entre elles par opposition à toute autre solution qui s'éloignerait de l'esprit du paritarisme* » (Liaisons soc. n° 7848, 17 avr. 1998).
[1371] Tribunal corr. Paris, 24 janv. 1997, Dr. ouv. 1999, p 78 ; Civ. 1ère 19 mai 1998, Bull. n° 182, RJS 9/98, n° 1081, Dr. soc. 1998, p. 848, note X. PRETOT ; JCP, éd. G, I, 109, note F. BOUSEZ.
[1372] M.-A. SOURIAC, *Conflits du travail et négociation collective, quelques aspects*, Dr. soc. 2001, p. 705 : « *C'est sans doute moins dans des dispositifs spécifiques d'encadrement du conflit que dans le développement d'une négociation authentique traitant à temps et au fond les thèmes conflictuels qu'on peut placer l'espoir raisonnable d'une prévention du conflit, lequel n'est en tout cas pas vu par notre droit comme une anomalie ou un dysfonctionnement mais comme une composante de la négociation sociale* ».
[1373] B. TEYSSIE, Le droit du lock-out, Dr. soc. 1994, p. 795 (« *Ne serait-il pas logique d'interdire aux salariés de faire grève, pendant la période de négociations, sur les thèmes traités* ? »).
[1374] Soc. 7 juin 1995, Bull. n °180, Dr. Soc. 1995, p. 835, note J.-E. RAY.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

522. Quant à la maturité de l'obligation de loyauté, et relativement à l'étendue matérielle de son application dans l'ordonnancement des relations collectives, quelques remarques s'imposent. Il s'agit en effet de confronter l'obligation de loyauté à la fonction que nous avons entendu lui attribuer. Si l'on parvient, au terme de cette présentation, à dégager sans mal les nombreux et divers principes traduits par l'impératif de loyauté de la négociation collective[1375], on constate dans le même temps que l'étendue de l'application n'a pas pour autant emporté un approfondissement ou un renforcement conséquent de l'exigence de loyauté dans le processus de négociation collective. Le législateur et le juge, pareillement en cause, ont toutefois des responsabilités propres qu'il convient de préciser. L'insuffisance du développement de l'obligation doit enfin être ramenée à l'objet global attaché à la diffusion de la loyauté en cette matière, et ses incidences caractérisées.

523. De part et d'autre, on trouve une insuffisance des sources de loyauté. Les manquements du législateur sont d'autant plus critiquables qu'après un très long silence, il n'a agi finalement qu'avec une certaine parcimonie. Longtemps en effet, le constat selon lequel *« la loi dit peu de choses sur la négociation elle-même »*[1376] a pu être partagé par la doctrine et la jurisprudence, bien que l'on trouve assez tôt quelques « *manifestations de l'exigence de bonne foi* »[1377] dans le Code. La loi du 13 juin 1998 puis celle du 19 janvier 2000 se sont révélées très peu disertes quant au déroulement de la négociation, à l'inverse des procédures de consultation impliquant la représentation élue du personnel qui bénéficient d'un strict encadrement. Outre la réforme de la représentativité syndicale opérée en 2008 et les nombreuses incidences des prérogatives de la représentation élue, les phases d'identification des parties à la négociation demeurent peu encadrées par le législateur. C'est particulièrement vrai en matière électorale où l'on se trouve face aux

[1375] On relève en ce sens un droit d'accès à la négociation de toutes les organisations syndicales, quand bien même elles n'auraient pas signé l'accord sur lequel porte la révision. Les organisations syndicales ont également un droit à l'information, l'employeur est ainsi tenu d'informer préalablement ses partenaires des conditions économiques et sociales de la négociation. Un droit au dialogue semble également devoir se dessiner, comprenant notamment un étalement dans le temps des séances de négociations, puisque l'employeur doit établir un calendrier des négociations, et l'échange réel de points de vue motivés, en application duquel est prohibée la prise de mesures unilatérales par l'employeur.

[1376] « *Les exigences fondamentales en la matière tiennent à la nécessité de la présence de tous les syndicats représentatifs, ainsi qu'à la loyauté de la négociation* » (Communiqué de la Cour de cassation, Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, au sujet de Soc. 12 oct. 2006, n° 05-15069, Bull. 2006, n° 305, *http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/communique_9391.html*).

[1377] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 502.

seules prévoyances du législateur de droit commun. Quant aux modalités tenant à la rencontre des acteurs à la négociation, il a fallu s'en remettre à la généralité et à la neutralité du seul article L. 2231-1 du Code[1378]. Au sujet du comportement des négociateurs, les législateurs de 2001 et de 2008 ont semblé préciser davantage les implications du devoir de loyauté. Il faut cependant regretter que les articles L. 2242-10, L. 2241-12 et L. 3122-36, alors même qu'ils exposent explicitement certaines exigences tenant à la loyauté de la négociation, sont ainsi rédigés et positionnés qu'ils emmènent *a priori* une application limitée aux seules hypothèses qu'ils contiennent. Quand bien même ils résultent des termes exacts de l'arrêt rendu le 9 juillet 1996[1379], dont la portée apparaît générale[1380], on ne peut manquer de déplorer que leur application légale semble circonscrite aux seules négociations obligatoires visées. Cette même spécificité se retrouve au sujet de l'interdiction des mesures unilatérales au cours de la négociation, limitée textuellement à la seule négociation obligatoire d'entreprise au sens de l'article L. 2242-3 du Code du travail. L'imprécision est également de mise puisqu'aucune sanction n'est prévue par le texte. La question du dialogue, qui comprend les initiatives en matière d'information et les exigences quant aux propositions, souffre également d'un défaut d'encadrement, plus marqué cependant au sujet de la notion d'échange, le législateur de 2008 ayant raisonnablement sécurisé l'information des négociations obligatoires. De même, la loi est lacunaire à propos de la gestion de l'espace-temps des discussions, se contentant de seulement prescrire que soient arrêtés au préalable un calendrier et un lieu pour les réunions, sans toujours assortir de sanction.

524. La loi cumule en ce sens les défauts relativement au renforcement de l'exigence de loyauté des négociations ; qu'elle se montre silencieuse[1381], insuffisante[1382] ou

[1378] Dont les termes sont inutilement repris au sujet de la négociation d'entreprise à l'article L. 2232-16 C. trav. : « *La convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise. Une convention ou des accords peuvent être conclus au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissements dans les mêmes conditions* ».

[1379] La Cour de cassation a refusé de sanctionner un employeur au titre du manquement à l'obligation de loyauté, après avoir constaté que « *la négociation avait été menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales qui avaient pu constamment exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contre-propositions dont certaines ont été retenues* » (Soc. 9 juil. 1996, n° 95-13010 ; D. 1998, Somm. p. 258, note M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC ; RDSS 1997, p. 840, obs. G. MEMETEAU et M. HARICHAUX).

[1380] Il s'agit en ce sens d'une appropriation et d'une confirmation de l'obligation de loyauté telle qu'elle a été dégagée par la Cour de cassation.

[1381] Puisqu'antérieurement à la loi du 20 août 2008, le seul texte évoquant la loyauté dans le Code du travail visait l'exécution des conventions et accords collectif. Il n'existe par ailleurs toujours pas de dispositions d'ordre général, prescrivant la loyauté à l'ensemble de la phase de négociation, comme c'est le cas en matière d'exécution des conventions et accords collectifs au sens de l'article L. 2262-4 C. trav.

[1382] Ainsi du positionnement et de la formulation des articles L. 2241-12, L. 2242-10 et L. 3122-36 C. trav.

spécifique[1383]. On peut en conséquence regretter qu'à l'occasion de son intervention de 2008, le législateur n'ait pas entendu placer l'obligation de loyauté dans la détermination d'un régime général de droit commun de la négociation, ni qu'il ait par ailleurs explicité plus précisément les différentes composantes positives issues de l'obligation de loyauté qui pèse sur les négociateurs[1384].

525. Le *procès* du juge est d'une nature différente. « *Bien qu'aujourd'hui inscrite dans la loi dans les dispositions relatives au travail de nuit, [à la négociation d'entreprise portant sur les salaires, et à la négociation de branche portant sur égalité professionnelle], l'obligation de loyauté dans la négociation collective est essentiellement de construction prétorienne* »[1385]. Le rôle central qu'a pu jouer la Cour de cassation dans l'expansion de la loyauté en matière de négociation collective commande en effet de s'attacher d'abord aux applications prétoriennes existantes avant de s'attarder ensuite sur les applications manquantes. Il apparaît en effet que le juge a fait jusqu'ici un emploi différent de la structure des dispositions légales en matière de négociation loyale. Alors qu'il a su mobiliser et tirer avantage de la généralité et / ou de la spécificité des textes en matière d'identification et de choix des négociateurs, le contexte textuel a paru handicapant sur les questions liées au déroulement des discussions et partant aux comportements des parties[1386].

526. Il est généralement admis qu'au sujet de l'identité des négociateurs, « *la construction est désormais aboutie* »[1387]. Ainsi de l'obligation de convoquer tous les syndicats représentatifs à la négociation (les non signataires et les non adhérents compris) ; qui révèle une « *maturité de l'exigence de loyauté des négociations* »[1388]. Ainsi également de

[1383] Dans la mesure notamment où les prescriptions les plus précises visent surtout la négociation obligatoire d'entreprise, à l'inverse des négociations facultatives, pour lesquelles le régime est particulièrement mince.
[1384] Sur les modifications tenant aux conditions de validité des accords : G. BELIER et H.-J. LEGRAND, *La négociation collective après la loi du 20 août 2008 - Nouveaux acteurs, nouveaux accords*, Éditions Liaisons, 2009, coll. « Droit vivant » ; M.-A. SOURIAC ; Les réformes de la négociation collective, RDT 2009, p. 14.
[1385] M.-L. DUFRESNE-CASTETS, *L'obligation de l'employeur à une certaine loyauté dans négociation collective : une construction jurisprudentielle qui s'affirme* (à propos de Soc. 17 sept. 2003, n° 06-41841), Chronique ouvrière, 2 déc. 2007.
[1386] Généralement, « *les textes généraux s'avèrent plus performants que les textes précis pour saisir la multiplicité et la diversité des situations* » (M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 50).
[1387] M.-L. DUFRESNE-CASTETS, *L'obligation de l'employeur à une certaine loyauté dans négociation collective : une construction jurisprudentielle qui s'affirme* (à propos de Soc. 17 sept. 2003, n° 06-41841), Chronique ouvrière, 2 déc. 2007.
[1388] M.-A. SOURIAC, *Actualité et devenir de l'obligation de négocier, quelques aperçus*, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, p. 498.

l'exigence tenant à la simultanéité des négociations impliquant l'ensemble des interlocuteurs. La jurisprudence a par ailleurs sur ces points pu juger que de telles applications de la loyauté devaient concerner tous les niveaux et tous les types de négociations, à l'inverse d'un législateur plus parcellaire et plus ambivalent dans l'énoncé de ses prescriptions[1389]. L'extension de la loyauté sur ces questions résulte en ce sens soit d'une appréciation, soit d'une généralisation menée par le juge.

527. Si l'on doit à la Cour de cassation la construction d'un véritable principe de « *loyauté dans le choix des interlocuteurs* »[1390] et dans les modalités de leur rencontre, elle a également participé à en garantir l'effectivité. En ce sens, la sanction de l'obligation de loyauté se révèle tout aussi aboutie, et se décline en de multiples mesures. La plus emblématique de la loyauté correspond à la nullité de l'acte déloyal et des conséquences induites ; ainsi de l'accord négocié sans qu'ait été convoqué à chaque réunion de négociation l'ensemble des organisations syndicales représentatives, et alors même qu'aucun texte ne le prévoit. Les mesures civiles comprennent encore la possibilité de l'action en réparation du préjudice né de la déloyauté de l'employeur. Le cas échéant, l'action en référé visant à contraindre l'employeur au respect de l'obligation de loyauté est également envisageable. La sanction pénale demeure sans doute à la fois la plus efficace et la moins efficace, puisqu'elle permet d'une part la condamnation pénale du manquement, et d'autre part elle demeure soumise à l'interprétation stricte de l'incrimination. Il est d'autant plus remarquable que la Chambre criminelle ait pu, par une lecture souple, sanctionner l'employeur coupable de n'avoir pas convoqué tous les syndicats représentatifs à la négociation au titre du délit d'entrave syndical, dans l'arrêt rendu le 28 octobre 2008. De ce point de vue, il faut considérer que le fait que plusieurs juges puissent alternativement ou cumulativement sanctionner le défaut de loyauté dans la négociation collective[1391], participe de son effectivité, de même que l'opportunité de la saisine du juge

[1389] La remarque tient notamment à l'investissement du législateur au sujet de la négociation obligatoire d'entreprise ; laquelle connaît donc un régime plus précis.
[1390] Un principe « *mis à la charge de l'employeur* » (M.-L. DUFRESNE-CASTETS, *L'obligation de l'employeur à une certaine loyauté dans négociation collective : une construction jurisprudentielle qui s'affirme* (à propos de Soc. 17 sept. 2003, n° 06-41841), Chronique ouvrière, 2 déc. 2007).
[1391] L'administration est également susceptible de jouer un rôle ; ainsi d'une circulaire qui demande aux inspecteurs « *d'inciter et d'aider à la négociation* » (Circ. 5 mai 1983, D. 83, p. 330), de même qu'une autre enjoint aux services déconcentrés de « *s'assurer de la réalité du processus de négociation et de l'effectivité du lien entre l'organisation mandante et le salarié mandaté* » (Circ. 24 juin 1998, J.O. 25 juin 1998, p. 9632).

civil[1392], du juge des référés[1393] et / ou du juge répressif[1394] permet à la victime d'ajuster la sanction aux conséquences de la déloyauté de son partenaire[1395].

528. Les mêmes sanctions s'appliquent en effet aux manifestations de déloyauté qui peuvent affecter la conduite des négociations, et de ce point de vue le régime de la loyauté est unifié, l'obligation apparaissant clairement comme « *une condition de validité de l'accord comme source de règle collective qui se rattache directement au caractère contractuel de l'acte* »[1396]. L'insuffisance jurisprudentielle se trouve davantage dans la qualification des manquements susceptibles d'entraîner une sanction et, partant, dans la détermination des comportements des parties au sens d'une négociation loyale. Il faut à ce propos réserver l'arrêt rendu le 9 juillet 1996. Cette décision formule et formalise en effet les attitudes et les comportements attendus des parties dans une négociation loyale. Parce que la solution était novatrice[1397] et innovante[1398], elle a semblé nourrir l'espoir de voir bientôt élaborer en jurisprudence un véritable régime quant aux modalités attendues du dialogue social ; il a pu ainsi être relevé que la solution énoncée « *pourrait bien ouvrir de riches perspectives quant aux standards de la négociation loyale* »[1399]. Il faut cependant préciser qu'outre une formulation imprécise et générale, il était relevé qu'en l'espèce l'employeur avait pu transmettre certaines informations à un seul syndicat en dehors des réunions de négociation. De même, elle n'a finalement pas impulsé la détermination attendue et aucun

[1392] Le juge civil pourra prononcer la nullité de l'accord collectif conclu en violation de l'obligation de loyauté. Au sens de l'arrêt rendu le 10 octobre 2007, trois hypothèses peuvent justifier cette sanction : « *lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation* », « *si l'existence de négociations séparées est établie* », et « *si elles n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant le cas échéant la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour celle-ci* ».

[1393] La saisine du juge référé permet de faire cesser un trouble manifestement illicite ; elle peut être utile lorsqu'il s'agit de suspendre la mesure unilatérale prise par l'employeur pendant la négociation, lorsqu'il s'agit d'enjoindre à l'employeur la communication des informations obligatoires, ou encore de lui ordonner de convoquer à la négociation toutes les organisations syndicales représentatives. Les pouvoirs du juge des référés ne permettent cependant pas de contraindre l'employeur à négocier loyalement, ni même, sans doute, à formuler des propositions motivées. En ce sens, les limites du recours en référé s'entendent de la nature même de l'obligation de négocier ; dans la mesure où les parties ne sont pas tenues d'arriver à un résultat, l'employeur ne se trouve débiteur que d'une obligation de moyens. Il faut également composer avec la restriction des compétences du juge, opérée par l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 mars 2013, au sujet de « *l'appréciation de la loyauté des négociations* ».

[1394] Le juge pénal pourra être saisi lorsqu'un manquement à l'obligation de loyauté est constitutif du délit d'entrave à l'exercice du droit syndical.

[1395] Notamment dans l'hypothèse où les mesures unilatérales prises par l'employeur pendant la phase des négociations sont favorables aux salariés.

[1396] M.-L. MORIN, *Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord*, Dr. soc. janv. 2008, n° 1, p. 29.

[1397] Il s'agit en effet de la première décision de principe intervenue sur le comportement des négociateurs et la conduite des négociations.

[1398] Il s'agit en effet de la première décision donnant une définition générale de la loyauté en matière de négociation.

[1399] Soc. 9 juil. 1996, n° 95-13010 ; D. 1998, Somm. p. 258, note M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC.

arrêt postérieur n'est venu préciser pour le moment selon quelle intensité les propositions, contre-propositions et motivations devaient s'entendre. Au sujet du processus même de négociation, on remarque en effet une certaine « *timidité* »[1400] jurisprudentielle, hors le cas de la décision unilatérale de l'employeur, pour lequel a été mise en œuvre une construction efficace qui tend à renforcer l'exigence de loyauté. La question de l'information, dont la nature est précisée par la loi pour les seuls cas de négociations obligatoires, mériterait par exemple de voir son cadre complété, à propos notamment des modalités de remise ou de présentation, dans la mesure où la pertinence et la lisibilité des données renforcent nécessairement la loyauté des discussions. En ce que la connaissance des éléments de fonctionnement de l'entreprise révèle « *l'inégalité des parties* »[1401], sa nature mais également « *son volume et sa pertinence* »[1402] relèvent effectivement d'enjeux centraux à la qualité de la négociation. De même, au sujet de la réalité et du sérieux du dialogue, il est surprenant d'observer la réticence de la Cour de cassation à s'exprimer et à sanctionner les attitudes adoptées par les parties au cours de la négociation, spécialement celles de l'employeur consistant en une passivité intentionnelle, se bornant à relever dans les espèces évoquées le respect du seul engagement des négociations et le silence des textes, ou la seule absence des thèmes obligatoires. En effet, « *un devoir général d'information et surtout un devoir général de favoriser la conclusion de l'accord existent probablement, et peuvent servir de base à des solutions que les textes à eux seuls ne justifieraient pas* »[1403]. L'employeur tenu de l'initiative des négociations doit nécessairement afficher la volonté minimale d'aboutir. Il en est également ainsi au sujet de « *la gestion de l'espace-temps* »[1404] de la négociation, à propos de laquelle et malgré l'importance d'une organisation transparente des débats[1405], aucune précision de fond n'a été livrée par la jurisprudence. La loyauté ne peut raisonnablement pas se désintéresser des modalités de

[1400] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 503.
[1401] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 48.
[1402] *Ibid*.
[1403] Y. CHALARON, *La conduite de la négociation*, Dr. soc. 1990, n° 7-8, p. 584.
[1404] Il faut regretter en effet que ni la loi ni la jurisprudence n'ait encadré véritablement l'organisation pratique des négociations, tels l'objet de la négociation, l'accord quant au processus, les informations préalables ; ces éléments interrogent la loyauté, en ce que leurs « *dimensions qui renvoient au temps et au moment de la négociation, à leur choix et leur gestion dans la durée* » (M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 49).
[1405] La négociation doit être transparente quant à l'objet des négociations et la totalité des négociateurs (G. BORENFREUND, *Le droit du travail en mal de transparence*, Dr. soc. 1996, p. 46).

fixation du calendrier, le législateur lui-même l'admet[1406]. On regrette par ailleurs que le juge administratif, suivant apparemment une tendance générale, se soit refusé à contrôler la qualité de la négociation[1407]. Si la grande rareté des décisions ne permet pas d'imputer avec certitude aux juges la réalité d'un désengagement clair en la matière, il n'en demeure pas moins que l'étude de l'étendue de la loyauté en matière de négociation collective fait apparaître davantage de batailles que de conquêtes, spécialement au sujet des comportements de nature à participer de l'élaboration d'un acte utile et efficace. Ce constat est d'autant plus regrettable que le contexte juridique global dans lequel s'insère la nécessité de garantir la loyauté de la négociation collective en fait d'une part un enjeu central et d'autre part un outil adapté.

529. Il apparaît en effet que l'aspect fonctionnel de l'obligation de loyauté ne doit pas être sous-estimé. A cet égard, l'accent mis sur l'exigence de la loyauté dans la négociation collective se révèle utilement justifié. Le phénomène de promotion politique du dialogue social à tous les niveaux des relations professionnelles, et spécialement à celui de l'entreprise, nécessite que le processus d'élaboration normative connaisse un encadrement propre à neutraliser l'inégalité et l'antagonisme de ses auteurs[1408], aux fins de satisfaire par ailleurs aux exigences constitutionnelles en matière de participation des travailleurs. En effet, « *la création de normes au niveau de l'entreprise confère à la question de la loyauté du comportement des négociateurs une importance particulière* »[1409] ; de même que « *les risques d'un échange inégal augmentent, à la mesure de l'hétérogénéité des entreprises appelées à négocier, au regard de l'existence ou non de traditions de négociations, de la structuration et de l'expérience des organisations soutenant les négociateurs salariés* »[1410].

[1406] Art. L. 2242-10 C. trav. : « *L'engagement sérieux et loyal des négociations implique que l'employeur ait convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions* ».

[1407] Alors que la Cour administrative refusait d'accorder l'aide légale à une entreprise qui avait procédé par voie d'accord à la réduction du temps de travail, arguant que l'accord n'avait pas été précédé « *d'une négociation sociale réelle et approfondie* », mettant ainsi en œuvre un contrôle portant non pas sur la régularité mais sur la qualité des discussions, le Conseil d'Etat invoque l'erreur de droit, et énonce que « *dans le cadre de la vérification de la conformité d'un accord aux dispositions légales, il appartient seulement à l'administration, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de s'assurer que l'accord a été précédé d'une négociation, et non de porter une appréciation sur la qualité de celle-ci* » (CE, 1er juil. 2009, n° 309796, Lebon ; Sem. soc. Lamy, 4 août 2009, Jurisp., n° 54, note PH. WAQUET ; C. NICOD, *Quel contrôle juridictionnel de la régularité de la négociation collective ?*, RDT 2009, p. 665).

[1408] La négociation collective relève en effet d'une « *procédure susceptible d'aboutir sur un accord doté d'effet normatif* » (A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail*, D. 1998, Chron. p. 359, n° 29).

[1409] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 48.

[1410] *Ibid*.

Cette mutation n'est cependant pas exclusive à justifier que l'intérêt soit porté aux conditions de négociations ; « *la décentralisation de la production normative s'est [également] accompagnée d'une modification de l'objet de la négociation* »[1411]. La négociation d'addition, prémunie du risque d'une dégradation des conditions de travail des salariés, a fait place aux négociations de gestion, potentiellement défavorables et en tout cas stratégiques. A cet égard, le processus de négociation collective mérite d'être pleinement sécurisé et efficacement optimisé, et l'autonomie collective encadrée de l'exigence de loyauté.

530. L'importance de trouver des « *ressources jurisprudentielles susceptibles d'aider à bâtir des négociations loyales, gages nécessaires, quoique non suffisants d'un bon accord* »[1412], accompagne ainsi la volonté de faire de la négociation un mode privilégié de « *régulation sociale* »[1413], spécialement dans l'entreprise, en ce qu'elle cristallise tous les antagonismes. Dans « *le prolongement du concept civiliste de la bonne foi des parties au contrat, le concept de loyauté de la négociation* »[1414] apparaît particulièrement adéquat. A cet égard, l'obligation de loyauté épouse le « *paradoxe* »[1415] de la négociation collective, qui incite et oblige à négocier, sans imposer de conclure un accord[1416]. La difficulté provient en effet du fait que sans attacher des prescriptions particulières de sérieux aux discussions, la convention ou l'accord a peu de chances d'être formé et s'il est conclu, peu de chances d'être juste et efficace. Le droit de la négociation apparaît « *ainsi par excellence comme un droit procédural* »[1417], et la loyauté, née de la bonne foi, permet de véhiculer les exigences de posture susceptibles de permettre des débats utiles. Cette « *règle*

[1411] S. YANNAKOUROU, *L'état, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, 1995. V. également sur l'accélération de la promotion de l'accord d'entreprise, et la « *redéfinition de sa place dans l'édifice normatif* » : E. PESKINE, *La célébration de l'accord collectif d'entreprise, Quelques enseignements de la loi relative à la sécurisation de l'emploi*, Dr. soc. 2014, p. 438.
[1412] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 51.
[1413] A. SUPIOT, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, Dr. soc. 1989, p. 196.
[1414] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 51.
[1415] « *Ce paradoxe, la loi qui rend la négociation obligatoire ne l'impose comme telle que là où elle peut aboutir à des résultats qui peuvent se révéler différents de ceux qui seraient obtenus du seul fait de l'application de la loi, voire dans certains cas qui seront en retrait par rapport a un régime légal protecteur* » (M. DESPAX, *Les paradoxes de la négociation d'entreprise*, Mélanges G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 279).
[1416] La liberté contractuelle constitue également une limite à l'obligation de négocier puisque celle-ci autorise également l'employeur à refuser la demande d'une négociation formulée par les syndicats portant sur une matière non obligatoire, son refus ne pourrait en conséquence constituer un manquement à l'obligation de loyauté (M. DESPAX, *Traité de droit du travail*, t. VII, Négociations, conventions et accords collectifs, Dalloz, 2ème éd, 1989, p. 68).
[1417] M.-A. SOURIAC-ROTCHIELD, *Le droit à la négociation et sa sanction*, Dr. soc. 1982, p. 729.

juridique, source de droits et d'obligations, aux multiples applications pratiques »[1418], constitue un fil discret qui permet de pallier le silence ou l'insuffisance des textes, et en tout cas de participer à l'élaboration et la garantie des « *canons d'un processus loyal de négociation* »[1419].

531. S'il a pu être avancé que « *le concept de bonne foi est inadéquat à la conception française de la négociation collective* », parce qu'il est « *intimement lié aux principes de réciprocité et d'interdiction de nuire dont la transposition à [la] matière soulève des problèmes de fond* »[1420], il semble au contraire que la bilatéralité sous tendue par l'obligation, et imposée par ailleurs par les négociations mêmes, ne s'oppose pas à ce que son application soit différenciée selon la partie à laquelle elle s'adresse. En effet, la loyauté intègre les distinctions inhérentes aux statuts des parties, et c'est sans doute une nécessité qu'elle tient de la dualité de sa fonction. Si l'investissement de la figure contractuelle s'intègre au rapport d'emploi, l'aspect constitutionnel du principe de participation commande à ce que la détermination conventionnelle des règles professionnelles respecte le droit des salariés et aménage leur inégalité. En ce sens, « *le droit à la négociation collective est un droit des travailleurs, et non un droit de l'employeur, l'obligation de négocier loyalement pèsera donc plus naturellement sur eux que sur les salariés* »[1421], et parce qu'elle vise à assurer l' « *équilibre des pouvoirs entre les négociateurs, employeur et salariés* »[1422], elle est évidemment plus contraignante à l'égard du premier. « *Face à un déséquilibre des pouvoirs, reconnaître l'obligation de loyauté apparait indispensable pour éviter des manœuvres destinées à invalider le droit unilatéral des salariés à la négociation collective* »[1423].

532. Au regard de ces développements, et sans remettre en cause les succès positifs de l'obligation, on peut légitimement s'interroger sur l'état *limité* du développement

[1418] D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, Mélanges Henri Blaise, Economica, 1995, p. 127.
[1419] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 51.
[1420] M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, *Le droit à la négociation et sa sanction*, Dr. soc. 1982, p. 729.
[1421] J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 499. Par ailleurs, si la loyauté ne vise pas à garantir les droits des salariés, elle n'est plus qu'un « *mot-alibi* » qui renforce le pouvoir de l'employeur dans la réglementation de l'entreprise (G. LYON-CAEN, *Critique de la négociation collective*, Dr. soc. 1979, p. 350).
[1422] G. LYON-CAEN, *Critique de la négociation collective*, Dr. soc. 1979, p. 350. La négociation collective est « *surtout en quête de la loyauté de l'employeur* » (M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 59).
[1423] M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 48.

jurisprudentiel et législatif de l'obligation de loyauté dans la négociation collective[1424]. Une hypothèse peut par ailleurs être avancée. C'est la tolérance jurisprudentielle des signatures séparées, et l'indulgence générale démontrée par les juges sur cette question, qui en fournit la base. Rappelons que la Cour de cassation, prenant la plume *a posteriori* pour clarifier ses intentions, est venue préciser qu'à l'inverse des juges du fond qui avaient apprécié « *eu égard au contenu de l'accord* » les modifications apportées pendant la phase de signature, sa solution reposait « *au contraire sur l'analyse des conditions de la négociation de l'accord : elle considère que les partenaires sociaux sont maîtres de son déroulement et qu'il leur appartient d'apprécier l'importance des modifications apportées et l'opportunité de demander la réouverture des négociations* »[1425]. De ces termes, il ressort que le juge a entendu faire primer la responsabilité des négociateurs, fussent-ils syndicaux, sur la sécurisation de la négociation. La question se pose, raisonnablement, de savoir si l'autonomie normative des partenaires sociaux, en ce qu'elle s'exerce par le recours à l'outil contractuel, n'implique pas au sens de la jurisprudence une certaine abstention aux rapports des parties ; « *orientation en phase avec une certaine vision du dialogue social favorable au recul de l'intervention du juge étatique, à la limitation des actions en nullité et à la prise en charge des règles du jeu de la négociation par les acteurs eux-mêmes* »[1426]. En d'autres termes, des résidus idéologiques ne commanderaient-ils pas de laisser toute la place à l'autonomie des volontés ? Sans préjuger ni de la pertinence, ni de la réalité de cette remarque[1427], quelques observations doivent cependant être formulées au sujet de cette hypothétique « *orientation préoccupante* »[1428]. D'abord, la négociation collective, bien qu'évoluant dans un rapport de nature conventionnelle, relève de l'exercice du droit de participation des travailleurs, lequel nécessite de se voir encadré, assuré et

[1424] L'obligation devrait en ce sens être davantage mobilisée (A. JEAMMAUD, *Les règles juridiques et l'action*, D. 1993, 207).

[1425] Communiqué de la Cour de cassation, Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, au sujet de Soc. 12 oct. 2006, n° 05-15069, Bull. 2006, n° 305, *http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/communique_9391.html*

[1426] M.-A. SOURIAC, *Loyauté dans la négociation collective : le juge se désengage* (à propos de Soc. 12 oct. 2006, n° 05-15069, RDT 2007, p. 186.

[1427] Il faut en effet évoquer les mots du Président honoraire de la Chambre sociale de la Cour de cassation : « *La Chambre sociale de la Cour de cassation attache beaucoup de prix à la notion de loyauté dans la négociation […], il faudrait sans doute combler des lacunes en prenant des mesures propres a faciliter la conduite et le contrôle de négociations loyales* » (G. GELINEAU-LARRIVET, *Le temps et le droit du travail*, Dr. soc. 2000, p. 238 ; cité par M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 48 ; qui en déduit que *« le travail jurisprudentiel de définition des lignes directrices du devoir de loyauté dans la négociation devrait donc connaître, à partir de ses premières fondations, d'importants développements de nature à rendre plus effectif le droit des travailleurs à la négociation collective* »).

[1428] M.-A. SOURIAC, *Loyauté dans la négociation collective : le juge se désengage* (à propos de Soc. 12 oct. 2006, n° 05-15069, RDT 2007, p. 186.

protégé. Ensuite, le strict recours à la négociation en matière d'élaboration des conditions de travail vise, au travers de l'obligation de loyauté, à « *civiliser les relations sociales, c'est-à-dire d'y substitu[er] des rapports de droit aux rapports de force* »[1429]. Sans garanties et sans loyauté, les rapports de force ressurgissent, et l'idée même de négociation n'a plus d'intérêt. Enfin, « *à l'heure où la convention collective est en mesure de déroger en tous sens sur des thèmes de plus en plus nombreux à la norme légale, voire conventionnelle, le processus qui y conduit doit voir son authenticité garantie sur des bases claires* »[1430].

533. Si l'on peut en outre tout-à-fait valoriser et encourager l'exploitation de l'autonomie des négociateurs, des limites sont indépassables. En effet, si les accords de méthode peuvent s'avérer particulièrement utiles et efficaces, en ce qu'ils optimisent stratégiquement la gestion du temps et de l'espace, et « *révèlent la bonne foi des négociateurs* »[1431] ; leur propre élaboration par la voie de la négociation nécessite que soit posé un cadre et notamment une exigence de loyauté[1432]. Autrement, on ne fait que déplacer le déploiement du rapport de force ; au lieu de s'appliquer à la négociation de l'accord collectif de fond, il s'applique à celle de sa méthode. On peut en outre douter de l'utilité et de l'efficacité d'un tel accord s'il est négocié sans loyauté. Il apparaît en conséquence que la négociation collective, pour autonome qu'elle puisse passer, ne peut être dispensée d'un encadrement loyal ; la loyauté supplétive née de l'accord préalable sur la méthodologie ne peut se passer d'une loyauté impérative.

534. Si l'évolution et l'expansion de l'obligation de loyauté dans la négociation professionnelle sont avérées, elles demeurent fragiles, tant du point de vue législatif que jurisprudentiel ; en cause l'éparpillement des obligations légales de loyauté et l'insuffisance des constructions jurisprudentielles. Toujours « *en cours d'élaboration* »[1433],

---

[1429] A SUPIOT, *Critique du droit du travai*l, PUF, 1994, p. 151.
[1430] M.-A. SOURIAC, *Loyauté dans la négociation collective : le juge se désengage* (à propos de Soc. 12 oct. 2006, n° 05-15069, RDT 2007, p. 186.
[1431] C. SACHS-DURAND, *La légitimité syndicale dans l'entreprise*, Dr. ouv. 1993, p. 39.
[1432] « *Dans un contexte défavorable pour les salariés, la loyauté serait l'arme des faibles* » (M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 54).
[1433] En effet, « *toutes les conséquences que l'application du principe de loyauté devraient entraîner n'ont […] pas encore été consacrées par la jurisprudence. Il appartient aux acteurs sociaux et à leurs conseils de présenter des demandes très argumentées pour que ce principe ait rapidement la portée qui doit être la sienne* » (J. PELISSIER, *La loyauté dans la négociation collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 506).

l'« *élément essentiel de loyauté* »[1434] n'a pas encore acquis la place et l'ampleur qu'il mérite, eu égard au développement du principe constitutionnel de participation et à l'objet désormais « *habituel* »[1435] des négociations. Dominant effectivement le droit de la négociation collective[1436], affirmé par la doctrine et confirmé par le législateur, le principe de l'obligation de loyauté invite en effet un approfondissement de ses applications effectives et, si ce n'est l'audace de la jurisprudence, du moins davantage de lisibilité. Les incertitudes qui émaillent la loyauté en matière de négociation collective ne se retrouvent par ailleurs pas dans la sphère des rapports individuels de travail, au sein de laquelle la jurisprudence a pu impulser et développer considérablement l'obligation de loyauté. La phase du recrutement, mené pareillement par l'employeur avec un salarié, a ainsi vu ces dernières années une forte et diverse mobilisation du concept de bonne foi.

[1434] G. BELIER et H.-J. LEGRAND, *La négociation collective en entreprise*, éd. Liaisons, coll. Droit vivant, 4ème éd., 2013, n° 394.

[1435] E. DOCKES, *La réciprocité des dispositions dans la convention collective*, Dr. ouv. déc. 1997, p. 503. Au sujet des négociations dites « donnant-donnant », l'auteur souligne que si elles ont pu être « *perçues comme accidentelles, elles sont devenues habituelles* » ; « *Comparée au temps que prend une jurisprudence pour naître et s'épanouir, l'évolution est brutale, quasi instantanée. La négociation collective est devenue un moyen d'échange, de réciprocité, et la mesure des conséquences juridiques de cette rupture n'est pas encore prise* ». Evaluant l'ampleur de l'évolution du droit de la négociation collective, l'auteur formule par ailleurs le souhait que « *celle-ci sera maîtrisée* ».

[1436] Ce droit s'entend de manière générale, et comprend également la négociation d'un accord de méthode ou celle de l'accord préélectoral (Soc. 17 avr. 2013, n° 11-26659).

CHAPITRE 2

LA LOYAUTE DU RECRUTEMENT INDIVIDUEL

535. L'obligation de loyauté préside et irrigue indéniablement le processus de recrutement individuel. On observe cependant des applications contractuelles diverses et particulièrement étendues desquelles ressortent une loyauté omniprésente mais disparate. Il apparaît en effet que la relation de travail, dans son aspect précontractuel, cristallise des enjeux généraux qui dépassent la nature conventionnelle du rapport envisagé. En ce sens, la phase de formation du contrat de travail correspond naturellement à la phase de l'accès à l'emploi ; cet aspect matériel de la relation contractuelle semble influencer tant l'application que la finalité de la loyauté. A cet égard, on observe en effet que l'obligation tend à s'affuter, à se préciser, mais également à s'altérer ou à s'émanciper, dès lors que la problématique de l'emploi – la sécurité de son accès, sa garantie immédiate ou son péril éventuel – apparaît. Il semble également que la manifestation et le contenu de l'obligation soit largement tributaire des droits des futurs contractants en présence. Leur confrontation, inévitable puisqu'en effet au pouvoir de sélection de l'employeur s'opposent les libertés des candidats, appelle une conciliation particulière à laquelle la loyauté prend une large part.

Quand bien même les enjeux afférents à la loyauté s'entremêlent, le support de l'application demeurant contractuel, il convient en tout état de cause de dissocier l'obligation selon qu'elle s'applique au choix du cocontractant (SECTION 1), puis aux modalités de l'élaboration du contrat (SECTION 2).

SECTION 1

LA LOYAUTE DES MODALITES DE SELECTION DU CONTRACTANT

536. A l'égard de la sélection du salarié, il apparaît que la fonction institutionnelle de la loyauté recouvre une large ampleur. Bien qu'elle prenne des appuis étonnants sur des constructions civilistes *purement* contractuelles, au premier rang desquelles le dol du contractant, elle se révèle pleinement au service des droits fondamentaux des parties, de même qu'elle intègre avec une remarquable acuité un impératif de nature constitutionnelle particulièrement prégnant. S'ordonnant effectivement selon les parties, elle livre des exigences sensiblement différenciées. Celles-ci procèdent vraisemblablement d'un arbitrage amplement favorable au candidat à l'emploi – au mépris cependant de la bonne foi *civiliste* –, de même qu'elles révèlent une certaine indifférence à l'égard des garanties dues au pouvoir fondamental de sélection du chef d'entreprise[1437].

Résolument à décharge pour le salarié dès lors que l'échange précontractuel est licite, la loyauté tend à dénaturer l'exigence de sincérité du candidat, aux fins semble-t-il de sécuriser l'emploi que sa mauvaise foi a pu lui permettre d'obtenir (PARAGRAPHE 1). Nettement à charge pour l'employeur dès lors que l'échange est illicite, la loyauté cherche à aggraver ses exigences et à encadrer strictement l'exercice de ses prérogatives, afin notamment d'assurer une protection efficace des droits fondamentaux des salariés (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : LA DENATURATION DE L'OBLIGATION DE LOYAUTE DU CANDIDAT A L'EGARD DE LA LEGITIMITE DE L'EMPLOYEUR EN MATIERE DE RECRUTEMENT

537. L'obligation de loyauté, qui demande habituellement davantage à l'employeur qu'au salarié, ne manque pas ici à cette caractéristique. Alors que la loi reconnaît au chef d'entreprise la légitimité et la compétence pour mener les opérations de recrutement, et impose corrélativement au candidat de s'y soumettre loyalement, la jurisprudence a construit une modulation de l'obligation invariablement favorable au salarié. La loyauté du postulant à l'égard de l'employeur se trouve en ce sens profondément altérée au regard de l'absence de véritable sanction aux manifestations de son insincérité (I). La curieuse

[1437] « *En effet, il est nécessaire au bon développement d'une entreprise que les collaborateurs soient pourvues des compétences professionnelles requises pour occuper le poste, l'employeur a donc véritable pouvoir de sélection entre différents candidats au recrutement* » (Cons. const. n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, 22ème cons., D. 1989, p. 269, note F. LUCHAIRE).

répartition de ses applications dans le processus même du recrutement contribue à affecter également l'intégrité de l'obligation contractuelle de loyauté légitimement attendue du candidat à l'emploi (II).

I : L'ABAISSEMENT DE L'OBLIGATION DE LOYAUTE DANS LA SINCERITE DU RECRUTEMENT

538. La reconnaissance puis la fondamentalisation des pouvoirs de l'employeur à l'égard de l'entreprise motivent sa compétence en matière de recrutement et justifient que soit imposées au candidat à l'emploi une certaine loyauté et la sincérité des informations transmises (A). La jurisprudence sociale ne nie par ailleurs pas que la fausseté des renseignements fournis constitue un manquement à la loyauté, elle se refuse cependant à sanctionner le comportement déloyal du postulant hors un régime restrictif et éminemment dérogatoire de droit commun (B).

A. La loyauté du candidat à l'emploi justifiée par la légitimité de l'employeur

539. Légitimement, le chef d'entreprise est celui qui propose et celui qui dispose. Il a en ce sens la maîtrise du poste à pourvoir (1) et le choix de la personne à recruter (2).

1. La maîtrise de l'objet du contrat

540. A chaque contrat de travail correspond naturellement un emploi, et c'est l'emploi qui nécessite, pour être pourvu, un contrat de travail. A cet égard, le contrat n'est qu'un instrument, un moyen d'accéder à un emploi pour l'un et d'y pourvoir pour l'autre. Le recrutement et partant la formation d'un contrat de travail supposent en préalable impératif la vacance d'un poste. L'emploi étant créé par un besoin de l'entreprise, et l'entreprise évidemment gérée par l'employeur qui l'organise et aménage ses différentes unités.

541. Par son statut et les prérogatives juridiques qui lui sont octroyées, l'employeur connaît donc de nombreux *avantages* lorsqu'il entre en relation avec un potentiel contractant. Le schéma d'égalité contractuelle classique est alors nécessairement démenti, mais il est surtout parasité par ces *éléments*. Il ne s'agit plus de la rencontre de deux contractants égaux, libres et définis seulement par leur individualité, mais de deux contractants totalement inégaux, en fait mais aussi en droit. L'employeur est en ce sens juridiquement le

propriétaire des moyens de production, mais également de l'emploi auquel souhaite accéder le salarié. Il est également le sachant légitime des modalités d'occupation du poste espéré, le gestionnaire des orientations auxquelles il doit satisfaire. Il maîtrise, avant même la rédaction du contrat, son entier objet : l'emploi, et les conditions d'exécution de la prestation de travail correspondante. De ce point de vue, il est légitimement à la fois le maître et l'auteur de l'emploi qui justifie et caractérise le recrutement. Il en domine à cet égard les modalités. L'individu qui postule à l'emploi et se soumet au recrutement afférent se place de fait sous le pouvoir d'appréciation de l'employeur.

542. A l'argument qui soutient que le pouvoir de gestion et de propriété de l'employeur ne s'exerce directement que sur les choses (l'entreprise), en aucun cas sur la personne du contractant[1438], il faut répondre que, loin d'affaiblir notre propos, cet élément le conforte. En effet, le pouvoir impacte l'emploi, le poste, donc le travail et partant la prestation exigée du – futur – salarié. Celle-ci constituant l'objet même du contrat de travail, l'entrepreneur agit directement sur l'obligation de son potentiel contractant, avant même de le connaître et le cas échéant de le recruter. A l'argument qui souligne que ce pouvoir ne s'exerce indirectement sur le salarié qu'une fois le contrat formé et au cours de son exécution, il faut répondre que la prestation de travail, objet du contrat, est déjà définie au moment de la formation contractuelle. La volonté de l'employeur s'est donc déjà déployée lorsque s'ouvre la phase de recrutement.

543. Le matériau contractuel, c'est-à-dire la traduction formalisée des conditions particulières relatives à l'accès du salarié à l'emploi détenu par l'employeur, se révèle constitué unilatéralement et préalablement. Quand bien même l'employeur doit impérativement satisfaire aux nombreux impératifs objectifs du droit du travail, il ne conviera pas le futur salarié à la définition des modalités contractuelles qui demeurent *libres* ; celle-ci sont déjà arrêtées par l'employeur, en application de ses droits de propriété et de gestion lorsque le candidat postule. En effet, le type d'emploi et de contrat, la rémunération au sens large, le lieu de travail, la nature des tâches, l'existence et la durée (dans une certaine mesure) d'une période d'essai sont généralement prédéterminés, voire statufiés en application d'une gérance antérieure des unités de production et de l'organisation des services de l'entreprise.

[1438] V. à ce sujet : J. SAVATIER, *Pouvoir patrimonial et direction des personnes*, Dr. soc. 1982, p. 1.

544. Le statut de l'employeur dans l'entreprise – qu'il tire de celui d'entrepreneur et de propriétaire – surpasse en réalité sa qualité de cocontractant de ses employés. En effet, l'employeur vis-à-vis des salariés est – avant tout ? – le chef de l'*institution* et, à cet égard, sa « *première mission est d'améliorer les performances de l'unité qu'il dirige* »[1439]. La prééminence de sa volonté est ainsi justifiée par la compétence que sa qualité induit. Le droit lui-même accorde et garantit à l'employeur l'expression et le respect de sa volonté dans l'entreprise, avant même que ne soit envisagée la relation contractuelle avec un salarié.

545. L'analyse des conditions de formation d'un contrat de travail ne doit pas se faire sans la prise en compte de son objet. Le contrat de travail est un moyen, certes fondamental, qui vise, en tant que fin, un emploi, et non l'inverse. La liberté d'entreprendre, et le pouvoir de gestion qu'elle suppose, justifie et garantit l'exercice de prérogatives économiques et organisationnelles de l'entrepreneur sur l'emploi, en tant que figure des moyens de production. L'opposition surannée entre capital et travail demeure de ce point de vue tout-à-fait d'actualité. Et l'encadrement quasi schizophrénique de la formation du contrat de travail n'a que peu d'impact sur cet élément.

546. L'employeur maîtrise et définit l'objet contractuel en amont de la mise en relation avec un cocontractant quelconque, grâce à la propriété et la liberté de gestion de ses unités matérielles. On relèvera que lorsqu'il s'agit d'envisager la formation du contrat en insérant – enfin – la personne du cocontractant, l'employeur conserve encore un *avantage* puisqu'alors c'est encore sa liberté qui prime.

2. Le choix du contractant

547. Le contrat de travail est en effet un contrat conclu *intuitu personae*[1440], c'est-à-dire que sa formation est dominée par la considération de la personne du cocontractant, précisément « *il y a considération de la personne dans un contrat lorsque le cocontractant, au lieu de considérer uniquement la prestation qu'il attend de ce contrat, considère également la*

[1439] M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, n° 2, p. 129.
[1440] Il est même « *extrêmement marqué, dans ce contrat* » (P.-Y. GAUTIER, *Le bébé de la jeune maman et la main de l'épouse complaisante : vers la disparition du dol dans la convention de louage de services* ?, RTD Civ. 1995, p. 143.

personne qui doit lui fournir ladite prestation »[1441]. Pour autant, la généralité de la définition ne doit pas tromper sur sa véritable substance. Si le salarié peut parfaitement revendiquer un *intuitu personae* dit patronal, c'est l'employeur qui l'exerce véritablement. On remarque en ce sens que l'*intuitu personae* qu'est susceptible de mettre en œuvre un salarié, s'il commande des conséquences remarquables, se limite clairement à une certaine catégorie de salariés, jugés haut de gamme[1442]. A l'inverse de l'employeur pour qui la personne du salarié demeure quasiment systématiquement déterminante.

548. Rappelons en effet que « *le recrutement est une opération effectuée par le chef d'une entreprise, qui consiste à rechercher les personnes susceptibles de tenir les emplois disponibles dans l'entreprise et à sélectionner celles qui semblent les plus aptes* »[1443]. L'employeur dispose à cet égard de la liberté dans le choix de ses collaborateurs. Le fondement de cette prérogative lui confère par ailleurs, nous l'avons évoqué, une valeur constitutionnelle, à l'instar des pouvoirs de gestion et de propriété. Le Conseil des sages a estimé en effet par une décision du 20 juillet 1988 que « *la liberté d'entreprendre de l'employeur […] responsable de l'entreprise* » nécessite qu'il « *doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs* »[1444]. En ce sens, le chef d'entreprise, maître

[1441] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris II, 1974, p. 33.

[1442] Une hypothèse, certes restrictive mais notable. Ainsi, certains cadres supérieurs ont « *souvent égard, non seulement aux conditions de travail et de rémunération, mais également à l'image de marque de l'entreprise* » (M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, n° 2, p. 129). Et si la Cour de cassation, il est vrai, n'a jamais affirmé clairement que le contrat de travail était par principe, pour l'une, l'autre, ou les deux parties, conclu *intuitu personae* (Soc. 11 oct. 2006, n° 04-47456 ; 1er févr. 2011, n° 09-40033 ; 16 févr. 2012, n° 10-23541 ; dans lesquels le moyen au pourvoi ou la décision de la Cour d'appel pose clairement la question), elle accepte en revanche de valider des clauses qui induisent nécessairement d'une part que le salarié a contracté en considération de la personne physique de l'employeur, ou celle morale de la direction, et d'autre part qui impliquent de lourdes conséquences contractuelles, telle notamment la rupture du contrat imputable à l'employeur, et à ses frais. Pour exempe : Soc. 10 avr. 2013, n° 11-25841 (la clause en cause prévoyait une possible rupture et des indemnités en cas de démission du président du directoire ou de « *changement de contrôle portant sur plus de 33 % du capital de la société »,* au pourvoi qui soutenait notamment, en invoquant les articles 1108 et 1131 du Code civil, que la clause était dépourvue de cause, la Cour a répondu que celle-ci se trouvait dans *« les avantages que la société Altran technologie tirait du recrutement de ce salarié et de l'importance des fonctions qui lui avaient été attribuées »*). A noter un autre arrêt, antérieur et similaire (Soc. 26 janv. 2011, n° 09-71271), dans lequel la Cour valide le même type de clause *pénale* (« *tout changement d'actionnariat entraînant une modification importante de l'équipe de direction* » devant s'analyser comme la modification d'un élément essentiel du contrat de travail imputable à l'employeur), et souligne également la nature des fonctions dirigeantes de la salariée. Dans ces espèces, il s'agissait d'appliquer une clause particulière qui induisait des relations particulières entre salariés et dirigeants, en raison de la participation des premiers à l'équipe des seconds. Autrement dit et selon nous, plus on s'approche de la direction d'une unité, plus *l'intuitu personae* de la relation de travail se conçoit aisément. L'inverse, c'est-à-dire la considération de l'employeur pour un salarié appelé à diriger dans ses fonctions, se justifie d'autant plus. La Cour de cassation sait cependant s'affranchir de la présence d'une clause expresse pour cautionner l'*intuitu personae* d'une relation de travail.

[1443] J. PELISSIER. G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2013, p. 161.

[1444] Cons. const. n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, 22ème cons., JCP 1989, II, 21202, note PAILLET. Le maintien des contrats en cours lors du transfert d'une entreprise prévu par l'article L. 1224-1 du Code du travail, bien qu'il implique pour le nouvel employeur de se voir imposer le personnel en place, ne doit

légitime de la détermination de l'objet du contrat, l'est encore quant à la détermination de son partenaire contractuel[1445].

549. Faute de l'analyser comme une prérogative légitime, il faut comprendre qu'il s'agit à tout le moins d'une règle cohérente. En effet, l'employeur, en tant que propriétaire de son entreprise et / ou responsable de sa gestion, ne pourrait raisonnablement se voir nier le droit de recruter selon son appréciation personnelle des candidats[1446]. Rappelons qu'il « *cherche alors à ce que le recrutement du candidat à l'emploi […] soit compatible avec les intérêts de l'entreprise. Il se doit donc de choisir, à raison de leurs qualités, ceux qui apparaissent les plus aptes à permettre le développement futur de cette dernière et à en constituer le véritable « capital social »* »[1447]. Car c'est bien la personne, avec toutes les spécificités qu'une personnalité emporte, qui sera salariée. Et celle-ci transportera nécessairement les éléments de son individualité – ses qualités comme ses défauts – au sein de l'entreprise en se mettant à son service. En matière de relation de travail, « *c'est la personne humaine qui est en réalité l'objet du contrat en même temps qu'elle en est le sujet* »[1448]. Elle est en ce sens « *incorporée dans l'objet de la prestation ; une partie de la personne du cocontractant devient ainsi objet de commerce »*[1449].

---

pas être qualifié de tempérament au principe de l'*intuitu personae*. Il s'agit d'une règle spéciale dont la justification doit être recherchée du côté de la sécurité souhaitée des contrats des salariés alors en place, lesquels ont par ailleurs éprouvé l'*intuitu personae* du précédent employeur.

[1445] Sour réserve des obligations d'embaucher telles qu'elles ressortent des priorités d'emploi et de réembauchage prévues notamment aux articles L. 5212-2 et s. (handicapés, mutilés de guerre et assimilés), L. 1233-45 (salariés licenciés pour motif économique), L. 1225-67 (salariés ayant rompu leur contrat à l'issue d'un congé de maternité ou d'adoption), L. 3123-11 C. trav. (salariés à temps partiel ou à temps plein travaillant déjà dans l'entreprise) dans la mesure où elles résultent en réalité de politiques sociales et d'insertion particulières, et qu'en réalité, notamment pour le réembauchage, le salarié a déjà antérieurement éprouvé l'*intuitu personae* de l'employeur. Non plus des interdictions d'embauche qui concernent principalement les mineurs (L. 4153-1), les femmes enceintes, qui viennent d'accoucher ou qui allaitent (D. 4152-9 et -10 et L. 1225-29 C. trav.), car leur justification est naturellement à rechercher du côté des politiques de santé publique. Par ailleurs, aucune de ces règles n'a véritablement pour finalité d'atteindre la liberté de l'employeur, seulement de favoriser l'emploi, ou de l'interdire, pour certaines catégories d'individus sujets à l'exclusion, ou nécessitant une protection particulière.

[1446] A ce sujet, une distinction entre les qualités actives et les qualités passives de la personne a été proposée : F. VALEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1938, n° 44, p. 103. Les premières étant directement liées avec la prestation attendue, contrairement aux secondes. Pour cet auteur, seules les caractéristiques dites actives du potentiel contractant, et se rapportant ainsi à l'objet du contrat, doivent être prises en compte, en excluant la considération de la personne, celle-ci présentant un risque accru d'immixtion dans sa vie privée et ses libertés.

[1447] M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, n° 2, p. 129.

[1448] G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 2ème éd., LGDJ, 1947, n° 2948.

[1449] M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. 1995, n° 2, p.130 ; faisant allusion à la thèse de M. CONTAMINE-RAYNAUD, précitée, p. 33.

550. Lorsqu'il met en œuvre une procédure de recrutement, l'employeur cherche à mettre en correspondance l'emploi qu'il a légitimement pu définir avec la personne qu'il a licitement pu choisir. Dans la mesure où il a arrêté lui-même les modalités du poste, il doit pouvoir en effet apprécier véritablement les aptitudes et les qualités professionnelles des candidats aux fins de jauger de leur concordance relativement aux caractéristiques de l'emploi. La compétence et l'efficacité des personnes embauchées à leur poste participent par ailleurs pleinement de l'intérêt de l'entreprise. Son chef n'est cependant en mesure d'exercer cette *compétence constitutionnelle* que s'il est mis corrélativement à la charge du salarié l'obligation de répondre aux questions et de se soumettre à l'examen de ses capacités loyalement.

B. L'admission jurisprudentielle de la déloyauté du candidat à l'emploi

551. Si la jurisprudence sociale a intégré le principe de sincérité issu des prescriptions légales applicables au pré rapport contractuel de travail (1), la construction qu'elle a par ailleurs mise en place à l'égard de la sanction de l'insincérité du candidat à l'emploi emporte *in fine* une admission extrêmement large de sa déloyauté à l'égard de l'employeur (2).

1. Le principe de l'obligation de sincérité du postulant

552. La loi du 31 décembre 1992 a imposé à l'employeur des obligations visant à respecter les libertés individuelles du candidat en matière de recrutement ; il eut été injuste de ne pas « *contraindre ce dernier à un comportement équivalent eu égard aux intérêts de l'entreprise* »[1450]. A cet égard, l'article L. 1221-6 du Code du travail (L. 121-6 ancien) dispose : « *Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations* ». Sous réserve que les questions relèvent des impératifs de recrutement, le candidat doit donc y répondre de bonne foi. Outre ses applications pratiques, la mention d'un commandement tiré de la bonne foi à la phase précontractuelle doit être soulignée,

[1450] W. ROUMIER, *Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?*, TPS, févr. 2003, p. 9.

puisqu'en effet le droit commun auquel est soumis le contrat de travail[1451] ne pose l'obligation de la bonne foi qu'à la phase de l'exécution des conventions[1452].

553. S'il faut saluer la précision légale – la jurisprudence ne s'étant pas arrêtée à cette délimitation implicite et textuelle de la bonne foi –, on peut en revanche évoquer la répétition de la prescription. Le contrat de travail, soumis aux dispositions du droit commun, se voit appliquer également les articles 1108 et suivants du Code civil relatifs au consentement. Ceux-là commandent nécessairement que les échanges précontractuels soient empreints de sincérité et de loyauté. Parce que « *contracter, ce n'est pas seulement consentir, c'est consentir en pleine connaissance de cause* »[1453], le droit civil impose tacitement l'obligation de bonne foi aux parties qui s'apprêtent à conclure. Il exige spécialement, aux fins de validité du contrat, que le consentement exprimé soit libre et éclairé ; il n'y a point de consentement valable, *a fortiori* de contrat, si celui-ci « *n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* »[1454]. En ce sens, le candidat à l'emploi se voit interdire par le seul Code civil et la bonne foi précontractuelle qu'il sous-tend de donner de fausses indications à l'entreprise[1455]. On constate également que c'est effectivement par l'application des vices du consentement civilistes que la jurisprudence – avant comme après la création de l'article L. 1221-6 – condamne (du moins vise) le manquement à la loyauté du candidat qui ne répond pas sincèrement aux questions posées, en ce qu'il est de nature à commettre un dol.

554. C'est en conséquence aux visas des articles 1134 et 1116[1456] du Code civil, et non de l'article L. 121-6 du Code du travail, que la Cour de cassation a pu relever que le salarié manque « *à son obligation de loyauté* » en ne fournissant pas à l'employeur des informations exactes concernant ses diplômes[1457]. De même qu'il est généralement admis que le salarié qui communique des renseignements professionnels inexacts lors de son embauche adopte un comportement déloyal. Si la bonne foi du postulant est exigée sur un

[1451] Art. L. 1221-1 C. trav.
[1452] Art. 1134 al. 3 C. civ.
[1453] F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 2013, n° 205.
[1454] Art. 1109 C. civ.
[1455] Sous la condition que l'information demandée présente un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé et qu'elle a pour finalité d'apprécier ses aptitudes professionnelles ou sa capacité à occuper ledit poste.
[1456] « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé* ».
[1457] Soc. 30 mars 1999, n° 96-42916, JCP éd. G. 1999, II, 10195, n° 4, note J. MOULY.

fondement civil et caractérisée par la seule absence d'honnêteté dans les réponses formulées, on remarque que la sanction de la déloyauté du salarié est bien plus restrictive que la qualification de ses manquements.

555. Il apparaît en effet que toute déloyauté du candidat ne constitue pas un dol justifiant la nullité du contrat, ni même une faute permettant le licenciement du salarié. La jurisprudence a en ce sens bâti une construction très rigoureuse en la matière ; elle requiert une forte intensité de déloyauté pour qualifier le dol, et la seule connaissance par le salarié de l'inexactitude des informations professionnelles transmises ne suffit pas. De même, la *simple* rupture contractuelle ne peut être justifiée qu'autant que le salarié qui a manqué à son obligation de loyauté s'est révélé *in fine* inapte à occuper efficacement l'emploi. La Cour de cassation, par un arrêt rendu le 30 mars 1999, a jugé en ce sens que « *la fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'embauche n'est un manquement à l'obligation de loyauté susceptible d'entraîner la nullité du contrat de travail que si elle constitue un dol ; qu'elle ne constitue une faute susceptible de justifier le licenciement que s'il est avéré que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté* »[1458].

556. De ce point de vue, l'éloignement des positions du droit commun est patent et la spécificité de l'interprétation de l'article 1116 du Code civil effectivement prégnante en matière sociale. Si le principe de l'obligation de bonne foi dans la transmission des informations demandées n'est pas remis en cause, les conditions de qualification du vice du consentement issu du dol du salarié ou de sa seule faute, visiblement restrictives, conduisent inévitablement à en amoindrir la portée à l'égard de l'employeur. Elles révèlent par ailleurs une véritable indulgence jurisprudentielle à l'égard du salarié qui adopte un comportement déloyal, et emmènent *a contrario* une sévérité certaine à l'endroit de l'employeur, dont la déloyauté ne bénéficie en aucune circonstance d'une telle tolérance.

557. Il convient cependant de mesurer clairement les particularités et les incidences de l'obligation de loyauté du salarié à l'instant de former le contrat avant d'en tirer toutes les conséquences, au regard notamment de la compétence légitime de l'employeur à mener la phase de recrutement et à s'informer des aptitudes professionnelles du candidat.

[1458] Même arrêt.

2. La difficile sanction de la déloyauté du salarié

558. La qualification du *dol salarié* justifiant la nullité du contrat révèle certaines particularités et procède d'une sensible évolution jurisprudentielle. On remarquera que les difficultés se sont accumulées et renforcées par un effet de cascade. La délicate qualification du comportement dolosif du postulant à l'emploi aggrave les exigences probatoires à la charge de l'employeur, qui réduisent à leur tour les possibilités d'une sanction, au demeurant particulièrement complexe à appliquer. L'évocation préalable du régime du dol du candidat à l'emploi permettra par ailleurs d'appréhender plus utilement les contours de la faute justifiant le licenciement du salarié qui se révèle incompétent à exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté.

559. Pour qualifier le dol, les juges du travail doivent en principe exiger les mêmes éléments constitutifs que ceux observés en droit commun. A cet égard, il faut que « *la faute intentionnelle commise par la partie ait provoqué chez l'autre une erreur l'ayant déterminé à contracter* »[1459]. Les manœuvres réalisées par le salarié lors de la conclusion du contrat de travail doivent en conséquence recouvrir un caractère déterminant et intentionnel pour être constitutives d'un dol et justifier la sanction de nullité du contrat. Le caractère déterminant s'entend du fait que sans les manœuvres du candidat, l'employeur ne l'aurait pas recruté ; celles-ci doivent s'être révélées primordiales dans le consentement exprimé. Le caractère intentionnel suppose que les manœuvres utilisées par le salarié soient caractérisées par l'intention de tromper et de provoquer sciemment une erreur dans l'esprit de l'employeur. L'annulation du contrat ne pourra être obtenue que sous la réserve que l'employeur parvienne à prouver l'existence de ces deux éléments. Si ces critères relèvent du droit le plus commun, leur appréciation subit en matière sociale certaines adaptations particulières, qui révèlent une conception particulièrement stricte de la notion de dol, dès lors que c'est l'employeur qui s'en prétend victime. Il faut enfin ajouter une troisième condition spécifique à la constitution d'un dol salarié ; il s'agit de l'incapacité réelle du salarié à occuper l'emploi pour lequel il a été recruté.

[1459] Soc. 9 nov. 1910, D. 1911, I, p. 88.

560. Quant au caractère déterminant des manœuvres mises en œuvre par le salarié, précisons immédiatement que celles-ci ne peuvent, par nature, que porter sur des éléments licites. Les caractères ayant trait à la vie privée du salarié ou relevant des mécanismes antidiscriminatoires, en ce qu'ils ne peuvent emporter ni le consentement ni le refus de conclure de l'employeur, demeurent indifférents et ne peuvent évidemment en aucun cas supporter un dol. Les manœuvres doivent en ce sens relever d'éléments en lien direct avec les capacités du salarié à occuper l'emploi considéré, tels ses aptitudes et expériences professionnelles, ses diplômes, ses qualifications etc., lesquels sont présumés être déterminants dans le recrutement. De même qu'il est présumé que l'employeur qui recrute est motivé par la stricte capacité du salarié à remplir ses fonctions. Il faut encore préciser que les manœuvres, du moment qu'elles sont déterminantes et résultent de questions posées par l'employeur, peuvent en principe s'entendre de « *toute espèce d'agissement tendant à créer une fausse apparence* »[1460].

561. Afin de s'assurer que ces inexactitudes ont véritablement emporté le consentement de l'employeur, la jurisprudence exige que soit caractérisé un lien de causalité clair entre les manœuvres et le consentement. En ce sens, l'erreur provoquée doit avoir été déterminante dans la décision de conclure et avoir engagé « *une représentation inexacte de la réalité sur un point essentiel, et doit avoir joué un rôle déterminant dans la naissance de cette représentation* »[1461]. Il s'agit de la dissimulation d'un fait qui, s'il avait été connu, aurait empêché le recruteur de contracter en ce qu'il affecte les compétences et les aptitudes du salarié à occuper l'emploi considéré. Le juge se réfère par ailleurs à des éléments particulièrement précis pour apprécier le caractère déterminant. En ce sens, il a pu être jugé le 23 avril 1960 que le salarié qui donne de fausses indications au moment de son embauche et cache sa qualité d'aspirant de réserve n'a pas réalisé un dol susceptible d'emporter la nullité du contrat, ni même une faute justifiant un licenciement. Les juges avaient ainsi relevé que « *cette qualité n'avait pas été déterminante quant à la qualification professionnelle de l'intéressé et n'avait pu avoir aucune influence sur ses capacités et son rendement* »[1462]. Quand bien même la fonction d'aspirant n'a rien de privé, dans la mesure où elle ne présente aucun lien particulier avec les capacités ou les aptitudes du salarié à occuper l'emploi, elle n'a pas pu se révéler déterminante de la

[1460] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3ème éd., 1993, LGDJ, n° 563.
[1461] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3ème éd., 1993, LGDJ, n° 556.
[1462] Civ. 23 avr. 1960, Bull. civ. IV, n° 380, p. 297.

volonté de l'employeur de conclure le contrat. Des lors que la qualité faussement alléguée ou dissimulée n'influe pas sur les compétences professionnelles réelles, elle ne peut pas être considérée comme déterminante et partant justifier un dol, ou seulement caractériser une faute. Il en est de même au sujet des éléments anecdotiques ou accessoires.

562. A l'inverse, lorsque les renseignements inexacts donnés par le candidat ont pu exercer une influence sur ses aptitudes réelles à tenir l'emploi, le caractère déterminant de l'erreur provoquée a semblé être considéré comme établi. Il en est ainsi du salarié postulant à un poste de professeur de techniques commerciales qui se prévaut d'un DESS en technique et pratique des relations économiques extérieures Paris I (Dauphine) et d'une formation suivie à « Sub de Co » à Bordeaux. Ses mensonges ont effectivement une incidence sur ses qualifications professionnelles et ses capacités d'enseignement, ils compromettent non seulement l'exécution de la prestation, mais encore la réputation de la structure qui l'a employé. En l'absence totale de formation du salarié, l'arrêt rendu le 17 octobre 1995 relève que « *ces fausses affirmations avaient eu un rôle déterminant pour son recrutement* », juge que le dol est établi et que le contrat doit être annulé[1463]. Il en est de même, selon un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 septembre 1990, au sujet du salarié qui produit un *curriculum vitae* mensonger, de faux certificats de travail portant la signature contrefaite d'un précédent employeur, mentionnant une durée de service antérieure de deux ans, alors qu'il ne s'était agi que d'un stage de 4 mois, au terme duquel il avait par ailleurs été licencié pour vol. Le contrat de travail a pu être annulé pour vice du consentement ; les mensonges, qui affectent gravement la qualification professionnelle du postulant, ayant vraisemblablement emporté la décision de conclure[1464].

563. Le caractère déterminant peut également déborder positivement des seules qualifications professionnelles. Pour qu'une qualité non professionnelle soit considérée comme licitement déterminante du consentement de l'employeur, elle doit être entrée préalablement dans le champ contractuel et se justifier des seules caractéristiques de l'emploi. Il faut par exemple, selon les termes d'un arrêt rendu le 23 janvier 1992 par la Cour de cassation, qu'il ait été mentionné expressément lors de l'embauche l'exigence et la nécessité de la possession du permis de conduire pour l'exécution de la prestation

[1463] Soc. 17 oct. 1995, JCP 1996, I, 3923, n° 3, obs. O. RAULT ; JCP éd. E, 1996, I, p. 543, obs. O. RAULT ; RDT 1995, n° 477.
[1464] CA Versailles, 19 sept. 1990, RJS 1991, n° 5 ; CA Rennes, 22 oct. 1998, JCP éd. E, 1999, p. 1658.

demandée ; auquel cas le recrutement d'un salarié resté silencieux et non titulaire du permis ne pourra être annulé sur le fondement d'un dol[1465].

564. Le caractère déterminant des manœuvres du salarié peut également se voir altérer négativement par le contexte. Il en est ainsi lorsque l'employeur, informé des mensonges du salarié, tarde à invoquer une nullité pour dol, laissant supposer que le mensonge n'a pas affecté véritablement la relation contractuelle. L'arrêt rendu le 5 octobre 1994 par la Cour de cassation a vu à l'inverse un employeur invoquer le dol de son salarié dès le moment où il en a eu connaissance, soit plus de quatre années après l'avoir embauché, suggérant ainsi que le recrutement avait convenu. En l'espèce, le salarié avait fourni lors de son embauche et à la demande de l'entreprise un *curriculum vitae* et une lettre de motivation manuscrite, écrite non pas de sa main, mais de celle de son épouse. Les juges du fond avaient accepté de prononcer la nullité du contrat au motif que, comme il était soutenu par l'employeur, l'analyse graphologique qui avait été réalisée sur la lettre avait révélé un certain nombre de points positifs en rapport avec le profil du poste à pourvoir ; ce qui avait pu déterminer l'employeur à engager le salarié. La qualité personnelle de l'écriture présentant un caractère manifestement déterminant de la décision de recruter l'auteur, l'erreur justifiait la nullité du contrat. La Cour de cassation refuse de qualifier les manœuvres du salarié de dolosives. Visant et reproduisant l'article 1116 du Code civil, la solution censure « *la Cour d'appel n'ayant pas constaté que si les manœuvres invoquées n'avaient pas existé, il est certain que la société n'aurait pas contracté* »[1466]. L'exigence sous-tendue par le juge de cassation est éminemment restrictive ; le lien de causalité entre les manœuvres et la décision de conclure n'étant pas absolument démontré, le dol ne peut être caractérisé. La solution est d'une grande rigueur pour l'employeur ; la preuve du dol (qui lui revient) commande qu'il puisse attester que le salarié n'aurait pas été embauché s'il avait lui-même rédigé sa lettre. Autrement formulé, l'employeur doit établir que la déloyauté intentionnelle du salarié lui a provoqué une erreur qui l'a déterminé à contracter. Il s'agit d'une preuve impossible, à tout le moins extrêmement difficile. Cette espèce mérite d'autant plus d'être soulignée que l'analyse graphologique de l'écriture de l'épouse, coûteuse et formelle, avait effectivement révélé une concordance entre les qualités

[1465] Soc. 23 janv. 1992, Bull. civ. V, n° 47 ; RJS 1992, n° 240 ; CA Bourges, 31 mai 1996, RJS 12/1996, n° 1230.
[1466] Soc. 5 oct. 1994, Bull. civ. V, n° 256, Dr. soc. 1994, p. 273, obs. J.-E. RAY ; D. 1995, p. 282, note PH. MOZAS ; RTD Civ. 1995, p. 94, obs. J. MESTRE ; D. 1994, IR, p. 24 ; SSL n° 717, p. 13 ; P.-Y. GAUTIER, *Le bébé de la jeune maman et la main de l'épouse complaisante : vers la disparition du dol dans la convention de louage de services ?*, RTD Civ. 1995, p. 143.

nécessaires au poste et les traits de l'auteur (pour autant que l'on octroie quelques crédits à cette science). Il eut été possible d'en déduire d'une part que l'écriture s'était révélée déterminante dans le consentement exprimé par l'employeur au contrat, et d'autre part que cet élément avait un impact sur les capacités professionnelles du salarié à occuper l'emploi, encore que ce dernier élément, quatre ans après l'embauche, puisse être relativisé. Cette conception exigeante et restrictive du caractère déterminant du dol du salarié semble avoir été admise par la suite par les juridictions du fond. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a en ce sens formulé le 15 janvier 2002 la même exigence matérielle et probatoire du dol, tenant à la démonstration de l'employeur que « *s'il en avait eu connaissance, il n'aurait pas contracté* »[1467]. En l'espèce, un salarié engagé comme président de la société avait dissimulé lors de son embauche sa participation à une autre entité économique qui n'était pas à jour de ses obligations avec le groupe auquel appartenait son employeur. Les juges ont estimé que le caractère déterminant du dol n'était pas établi.

565. Si effectivement le fait que l'erreur provoquée ait été déterminante dans la décision de contracter est impératif, il a également été relevé que cette condition doit appeler « *à une interprétation souple si l'on veut que la sanction du dol apporte vraiment toute sa pierre à la protection du consentement* »[1468]. En matière sociale, et spécialement lorsque le dol est allégué par l'employeur, il apparaît qu'à l'inverse, l'intégrité du consentement doive céder devant la situation d'emploi du salarié.

566. On remarque par ailleurs que la même rigidité jurisprudentielle s'applique au sujet de la qualification des manœuvres et de la condition de l'intention. Le dol, en tant que délit civil, nécessite en effet que soit prouvé que l'erreur a été provoquée volontairement. L'intention de tromper exclut par ailleurs « *la simple négligence, notamment dans la fourniture de renseignements, [qui] ne constitue pas un dol, même si elle a provoqué une erreur* »[1469]. L'employeur doit en ce sens prouver que les manœuvres ont été employées sciemment pour surprendre son consentement, pour l'induire en erreur et l'amener à contracter. En l'absence d'une telle preuve, commandée également au titre du principe selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas, le dol du salarié sera écarté. Ainsi d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Metz qui refuse la nullité du contrat à l'employeur qui

[1467] CA Paris, 15 janv. 2002, Juris-Data n° 165939.
[1468] J. MESTRE, note sous Com. 20 mai 1980, RTD civ. 1996, p. 391.
[1469] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3ème éd., 1993, LGDJ, n° 561.

avait recruté un salarié en considération de sa qualification supposée de maçon au motif que le chef d'entreprise « *n'apporte nullement la preuve que le salarié aurait usé de manœuvres quelconques pour faire croire, lors des pourparlers précédant l'embauche, qu'il avait la qualité de maçon* »[1470].

567. En ce qu'il tend à altérer délibérément le consentement du contractant, l'élément intentionnel du dol révèle sans doute le plus dur manquement à l'obligation de loyauté contractuelle. Pour autant, la Chambre sociale paraît tout aussi sévère à l'égard de l'appréciation du caractère frauduleux d'une manœuvre, et *in fine* tout aussi indulgente quant à la violation de la bonne foi. Il apparaît même qu'en réalité l'élément intentionnel est quasiment indifférent pour la Cour de cassation. Alors qu'en droit commun, le caractère dolosif de fausses allégations est suffisamment établi par la connaissance de leur auteur du caractère mensonger des informations données, la Chambre sociale ne se tient pas à cette acception, du moins à partir de février 1999. Il est en effet particulièrement aisé de déduire du *curriculum vitae* écrit de la main même du salarié (ou de celle de son conjoint) qu'il ne pouvait ignorer la fausseté de ses propres mentions ; en conséquence la seule inexactitude des informations (et non leur formulation imprécise), en termes de date, de qualifications ou d'expérience professionnelle devrait constituer l'élément intentionnel. Pourtant, un arrêt rendu le 16 février 1999 est venu démentir clairement cette lecture. En l'espèce, une candidate à un poste de responsable de centre d'études de langues dans un centre de formation professionnelle avait indiqué précisément dans son *curriculum vitae* avoir été l'entière année précédente l'assistante de la responsable de formation d'une grande entreprise automobile, alors qu'elle n'avait en réalité effectué qu'un stage de formation de quatre mois à la direction des études dans le service de formation linguistique. La Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel au motif que « *la mention litigieuse, si elle était imprécise et susceptible d'une interprétation erronée, n'était pas constitutive d'une manœuvre frauduleuse* »[1471]. Alors même que la salariée ne pouvait raisonnablement ignorer le caractère totalement mensonger des affirmations contenues dans son propre *curriculum vitae*, qui résultaient non pas d'imprécisions susceptibles d'interprétation mais de véritables inventions, la Cour de cassation, sur le fondement de l'article 1116 du Code civil, réfute le caractère dolosif de son comportement. Le dol n'est en ce sens pas constitué

[1470] CA Metz, 3 mai 1995, JCP 1995, IV, p. 1923.
[1471] Soc. 16 févr. 1999, Bull. civ. V, n° 74 ; RJS 1999, n° 468 ; Dr. soc. 1999, p. 396, obs. B. GAURIAU ; JCP éd. G. 1999, IV, n° 1654 ; D. 2000, p. 97 ; RTD Civ. 1999, p. 419, obs. P.-Y. GAUTIER ; JCP éd. E. 2000, p. 952.

bien que la nature des mensonges présume que l'erreur provoquée se soit voulue déterminante de la décision de contracter de l'employeur, en ce qu'elle portait directement sur la compétence du candidat à occuper l'emploi considéré (présomption qui a pu être appliquée dans l'arrêt du 17 octobre 1995).

568. Il semble que cette décision suivie de très près de l'arrêt du 30 mars 1999 évoqué plus haut soient venus inaugurer une nouvelle acception du dol salarié, encore plus stricte qu'elle ne pouvait l'être antérieurement. Il en résulte que le manquement à l'obligation de loyauté constitué par la fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'embauche ne sera qualifié de dol de nature à provoquer la nullité que sous trois conditions extrêmement restrictives. Le dol s'entend en effet de manœuvres positives du salarié, ayant revêtues un caractère déterminant du recrutement parce qu'elles portaient sur ses capacités réelles à exercer l'emploi proposé, et révélant une incapacité totale à assumer *in fine* les fonctions octroyées. Si ces conditions sont réunies, le caractère intentionnel est présumé. Il s'agit notamment de l'arrêt rendu le 17 octobre 1995, en ce que les mensonges du salarié revêtaient une gravité certaine en raison de sa totale et réelle incapacité à enseigner la matière considérée et partant à exercer ses fonctions, de même que la grande qualité et le prestige des diplômes faussement allégués avaient raisonnablement pu emporter la décision de conclure de l'employeur. Il en est de même au sujet de l'arrêt du 19 septembre 1990, le salarié ayant non seulement réalisé des faux documents comportant de fausses signatures, délit pénal au demeurant, mais également formulé de graves mensonges quant à son expérience professionnelle, déterminant ainsi la volonté de l'entreprise de le recruter.

569. Autrement dit, la sanction du dol du salarié ne protège pas tant le consentement de l'employeur, mais seulement l'intérêt de l'entreprise. De fait, la déloyauté du salarié n'est pas sanctionnée lorsqu'elle a pour seule victime l'employeur, elle est sanctionnée lorsqu'elle met en péril l'intérêt de la structure. De là à affirmer que le salarié n'est tenu d'une obligation de loyauté qu'à l'égard de l'emploi qu'il convoite, et non de l'employeur qui le recrute, il n'y a qu'un pas qu'il faut franchir. Peu importe en effet que les manœuvres aient pu seulement se révéler licitement déterminantes de la décision de conclure (il s'agit de l'arrêt du 5 octobre 1994 relatif à l'analyse graphologique ; l'inaction de l'employeur durant quatre ans suggérant par ailleurs que le salarié exerçait correctement ses fonctions), peu importe également que le seul élément intentionnel soit avéré (il s'agit de l'arrêt rendu le 16 février 1999 au sens duquel la salariée, bien qu'ayant sciemment

menti, ne compromettait pas la nature de ses compétences ; seulement la durée de l'expérience et la spécificité de ses qualifications).

570. Il faut en conséquence ramener la sanction de la déloyauté dolosive du salarié au défaut total de compétence dans l'exécution de la prestation attendue. En ce sens, la capacité à occuper valablement l'emploi considéré s'avère – seule – déterminante. Le dol sera constitué et frappé de nullité lorsque les manœuvres, issues d'une telle malhonnêteté, ont mis en péril l'entreprise, sa réputation ou son fonctionnement en révélant l'incompétence évidente du salarié. L'arrêt susmentionné du 30 mars 1999, qui pour la première fois ramène le dol et la faute à l'absence de qualification professionnelle de leur auteur, le formule explicitement puisqu'en l'espèce la salariée poursuivie pour n'avoir pas fourni « *des informations exactes concernant ses diplômes* » voit le licenciement et le dol écarté en ce que « *sans caractériser le dol, et sans relever l'incompétence de Mme X... qui occupait depuis trois ans les fonctions pour lesquelles elle avait été recrutée, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

571. De fait, la conception du dol semble exclure les simples omissions et les « petits » mensonges, tel qu'il ressort des faits des décisions des 16 février et 30 mars 1999. Il faut y voir une illustration de la rigueur de l'interprétation jurisprudentielle de la nature dolosive en matière sociale, puisque le droit commun reçoit lui toutes les formes de manifestations dolosives. A cet égard, les manœuvres s'entendent des « *agissements malhonnêtes* »[1472], de « *toutes les machinations, toutes les mises en scène, tous les artifices qu'une personne peut mettre en œuvre pour surprendre le consentement de son partenaire* »[1473]. Il s'agit alors, sans difficultés, des stratagèmes visant à établir de fausses attestations ou de faux certificats. Le droit commun admet également un simple silence qui n'appelle aucune manœuvre. S'il s'applique à un élément déterminant, le silence peut se révéler frauduleux et constituer une réticence dolosive admissible au titre du dol[1474]. De même, on admet qu' « *un simple mensonge, non appuyé d'actes extérieurs, peut constituer un dol* »[1475]. La matière sociale reçoit les manœuvres positives pour autant qu'elles démontrent une incompétence totale de l'auteur au poste envisagé. Les mensonges et les omissions

[1472] « *[…] tendant a surprendre une personne en vue de lui faire souscrire un engagement qu'elle n'aurait pas pris si on avait pas usé de la sorte avec elle* » (CA Colmar, 30 janv. 1970, D. 1970, p. 297).
[1473] F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 2013, n° 208.
[1474] Civ. 1ère, 19 mai 1958, Bull. civ. I, n° 251 ; Civ. 3ème, 15 janv. 1971 ; Bull. civ. III, n° 38.
[1475] Civ. 1ère, 6 nov. 1986, Bull. civ. I, n° 587, p. 427.

présentent un intérêt moindre en ce qu'ils ne peuvent révéler l'absence totale de qualifications ou d'expérience nécessaire à la qualification d'un comportement dolosif, mais seulement une exagération dans les qualifications ou l'abstention d'une moindre expérience.

572. Outre les critiques issues de l'aménagement jurisprudentiel de la mauvaise foi en matière de recrutement, l'on pourrait reprocher en conséquence à cette jurisprudence de ne pas permettre la sanction du salarié qui aurait par abstention ou par un simple mensonge altéré et non pas aboli la volonté de l'employeur de procéder au recrutement. Le caractère hyper restrictif du dol mis en place implicitement et progressivement par la jurisprudence sociale laisse en réalité une autre possibilité de sanction. Il est en ce sens également mentionné dans l'arrêt du 30 mars 1999 que le manquement à l'obligation de loyauté résultant de la fourniture de renseignements inexacts lors de l'embauche « *ne constitue une faute susceptible de justifier le licenciement que s'il est avéré que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté* »[1476]. Il faut en déduire *a contrario* que l'employeur qui constate que le salarié qui a simplement menti ou omis de l'informer de certains éléments, sans pour autant satisfaire à la rigoureuse qualification du dol exigée des juges, pourra licencier pour faute l'imprudent qui ne présente visiblement pas les capacités pour le poste. En l'espèce, la salariée avait donné satisfaction malgré ses mensonges, elle n'a donc pas pu être sanctionnée ni au titre du dol, ni au titre d'une faute constituant une cause réelle et sérieuse de licenciement. Autrement dit, le salarié recruté parce qu'il a pu enjoliver raisonnablement son profil pourra être licencié s'il se révèle en pratique insuffisamment qualifié pour le poste.

573. L'objectif, qu'il s'agisse de procéder par licenciement ou par la nullité, se révèle être le même ; l'éviction de l'incompétence. La nullité permise par la qualification du dol sanctionne spécialement la gravité des circonstances ayant entouré le recrutement, et notamment la malhonnêteté évidente et abusive du postulant. L'alternative du licenciement sanctionne la seule exagération du candidat audacieux, et permet par ailleurs à l'employeur soucieux de se séparer d'un salarié qui s'est révélé inapte, malgré son *curriculum vitae*, de s'épargner une charge probatoire complexe et lourde, en prouvant seulement son incompétence effective. Sans doute les chefs d'entreprise confrontés au problème devraient

[1476] Soc. 30 mars 1999, n° 96-42916, JCP éd. G. 1999, II, 10195, n° 4, note J. MOULY.

préférer se tourner vers une procédure de licenciement ; la nullité non seulement restrictive n'a finalement que peu d'intérêt. En effet, l'effet rétroactif de la nullité du contrat de travail est imparfait dans la mesure où la jurisprudence considère que « *celui qui a exécuté le travail promis est en droit de recevoir une rémunération en contrepartie* »[1477]. Quand bien même l'employeur parviendrait à prouver le dol et pourrait ainsi demander l'allocation de dommages et intérêts en vue de réparer le préjudice subi, il demeurerait pour autant tenu de payer les salaires.

574. Il a été relevé que ces jurisprudences participaient d'un « *endiguement du dol* » [1478] en matière sociale. Il apparaît surtout qu'elles procèdent à une curieuse modulation de l'obligation de loyauté du salarié lors de son recrutement, rappelée pourtant par la loi du 31 décembre 1992. Alors même qu'il est admis que l'inexactitude des renseignements révèle un manquement à la loyauté, la sanction se veut éminemment restrictive. Du strict point de vue contractuel, on peut à cet égard critiquer la position de la Chambre sociale, et l'indulgence excessive exprimée à l'endroit des manifestations de déloyauté du salarié. On peut également justifier cette lecture extrêmement rigoureuse par son objet. Le fait que la sanction du comportement déloyal ne s'applique effectivement que lorsque celui-ci provoque *in fine* un trouble à l'entreprise, bien qu'indifférent à l'intégrité du consentement donné par l'employeur, vise en réalité à sauvegarder la situation d'emploi du salarié, et conforte de fait l'intérêt de l'entreprise qui a pu recruter certes un salarié peu honnête, mais un salarié compétent. De ce point de vue, l'absence de sanction à la déloyauté du salarié, curieusement, apparaît favorable à l'emploi, sa stabilité, sa pérennité. Le régime contractuel cède ainsi devant l'objectif même du contrat de travail, qui doit se trouver dans l'octroi d'un emploi, quand bien même l'objet se réaliserait à l'insu de son recruteur légitime.

575. Si la loyauté contractuelle est quelque peu « malmenée » lorsque l'employeur questionne le candidat, elle est tout autant « manipulée » dès lors que l'employeur, par négligence, oubli ou excès de confiance, omet notamment de poser clairement des questions précises au candidat à l'emploi, et de s'assurer de ses réponses. Il ne s'agit plus alors que de protéger l'emploi, il s'agit de responsabiliser un chef d'entreprise à la mesure des pouvoirs

[1477] Soc. 22 nov. 1979, Bull. civ. V, n° 885.
[1478] Cette position jurisprudentielle s'expliquant pour partie « *par la déloyauté fréquente de [l'employeur], qui cherche souvent à obtenir la nullité du contrat afin d'éluder les règles, plus contraignantes, du licenciement* » (J. MOULY, *La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat*, D. 2008, p. 1594).

qu'il détient à l'égard de la phase de recrutement, et d'en favoriser corrélativement le sujet. L'aménagement de la loyauté observé vise alors à rééquilibrer un rapport précontractuel remarquablement inégal.

II : LA DIFFERENCIATION DE L'OBLIGATION DE LOYAUTE DANS LE PROCESSUS DE RECRUTEMENT

576. Quant au déroulement du processus de recrutement, l'employeur supporte également une obligation de loyauté étendue et, semble-t-il, une part des applications qui devraient revenir communément au candidat à l'emploi. Il lui revient en effet de prendre l'initiative de questionner efficacement le candidat, celui-ci n'ayant aucun devoir de renseigner le recruteur (A). Il en est de même au sujet du contenu des informations transmises après sollicitation ; le chef d'entreprise se voit en ce sens transférée la responsabilité de leur exactitude, dont il doit s'assurer en exerçant l'obligation de vérification qui lui est également imposée (B).

A. La loyauté quant à l'initiative de l'échange à la seule charge de l'employeur

577. La jurisprudence, en autorisant le postulant à garder le silence tant que le chef d'entreprise ne l'aura pas précisément sollicité, met indirectement et volontairement à la seule charge de son cocontractant l'obligation de l'initiative (1). L'employeur est incité à une particulière diligence ; il doit se renseigner en procédant aux investigations appropriées, à défaut l'erreur du recrutement lui sera exclusivement imputable (2).

1. L'absence d'obligation d'information précontractuelle du candidat à l'emploi

578. « *Le salarié n'est pas débiteur d'une obligation d'information, mais au contraire, il a le droit de se taire lorsque l'employeur ne prend pas l'initiative de se renseigner* »[1479]. N'étant soumis à aucun devoir d'information précontractuelle à l'égard du recruteur ; le candidat n'est pas tenu de lui fournir des renseignements de manière spontanée, quand bien même ceux-là porteraient sur ses compétences ou qualifications. En effet, « *pour avoir une chance d'être recruté, il faut se garder de déplaire* »[1480], les précisions susceptibles d'abaisser la valeur de sa candidature n'ont pas à être affichées, et le postulant n'est ainsi

[1479] J. MOULY, note sous Soc. 3 juil. 1990, D. 1991, p. 507.
[1480] D. ARLIE, note sous Soc. 3 juil. 1990, Petites Affiches 24 juil. 1992, n° 89, p. 41.

pas contraint de révéler des éléments de nature à lui être défavorables lors du processus du recrutement.

579. L'employeur, à l'inverse, supporte une obligation d'information précontractuelle à l'endroit du candidat relativement aux incidences du contrat projeté et aux conditions de travail. Il a en ce sens été jugé, en matière de transaction, que le silence du chef d'entreprise quant aux conséquences fiscales de l'acte engage sa responsabilité. La réticence de l'employeur est en ce sens susceptible de constituer un dol dès lors qu'elle s'est révélée déterminante du consentement de son cocontractant[1481]. Il en est de même au sujet des conditions d'emploi. A cet égard, l'employeur qui dissimule à son futur collaborateur l'usage d'un appareil acoustique de surveillance dans le bureau qu'il devait occuper commet une faute qui légitime la démission du salarié, en ce qu'il n'aurait pas été informé d'un élément déterminant[1482]. De manière générale, l'employeur doit toute une série d'informations au salarié embauché, de la convention collective applicable à l'identité exacte de l'entreprise, ou encore les éléments particuliers du poste envisagé.

580. Les rares exceptions qui s'appliquent à l'exonération de l'initiative en matière d'information du salarié confirment par ailleurs la portée du principe. En ce sens, le salarié ne peut pas garder le silence dans deux hypothèses particulières. Le candidat au recrutement est obligé d'informer l'employeur qui le recrute de l'existence d'une obligation de non concurrence le liant à un précédent employeur. Cette information impérative résulte par ailleurs d'une jurisprudence ancienne et stable. La Cour de cassation a pu en effet juger par un arrêt du 3 janvier 1964 que le « *salarié est tenu de préciser en toute loyauté au nouvel employeur l'étendue de sa liberté d'engagement résultant des accords pour lui précédemment passés* »[1483] ; il importe peu en outre que la clause ait un effet très limité[1484]. Il a également été jugé que le salarié qui s'abstient de révéler cette stipulation traduit un manquement à l'obligation de loyauté, qui entraîne une perte de confiance et justifie dès lors un licenciement pour faute grave[1485]. Le salarié étant ici

[1481] Soc. 2 avr. 1996, D. 1998, Somm. p. 250, obs. V. MICHELET ; v. également CA Paris, 6 juil. 1995, D. 1995, IR, p. 210.
[1482] Tribunal de paix Etampes, 9 nov. 1949, JCP éd. G. 1951, II, 5980.
[1483] Soc. 3 janv. 1964, JCP éd. G. 1964, II, 13551, note R. LINDON ; D. 1964, p. 215 ; Soc. 10 févr. 1965, JCP éd. G. 1965, II, 14181, note G.-H. CAMERLYNCK.
[1484] Soc. 23 mars 1977, Bull. civ. V, n° 227.
[1485] Soc. 14 déc. 1983, Bull. civ. V, n° 618 ; CA Versailles, 29 juin 2000, Y. PICOD, *Recrutement d'un salarié lié par une clause de non-concurrence et dénigrement*, D. 2001, p. 1234.

soumis à une obligation d'information, son éventuelle réticence sera, par exception, considérée comme dolosive.

581. La légitimité du silence du salarié connaît la même limite pour ce qui relève de l'existence d'un contrat de représentation exclusive conclu avec un précédent employeur. La nullité du contrat a pu être retenue dans cette hypothèse, les juges ayant estimé que le consentement de l'employeur, lequel s'expose au risque de complicité de violation d'une obligation contractuelle à l'égard de l'autre entreprise, a été vicié par la réticence du candidat[1486].

582. A l'exclusion de ces deux cas particuliers, « *le salarié n'a pas à fournir des renseignements qui ne lui sont pas demandés, même s'il sait que ceux-ci pourraient être de nature à modifier la décision de l'employeur* »[1487]. Dès lors, l'employeur qui omet de questionner le salarié sur un élément particulier de son profil professionnel ne pourra pas invoquer ensuite une réticence dolosive, même pour le cas où l'élément tu se serait révélé licitement déterminant du consentement de l'employeur.

583. Dans un arrêt rendu le 25 avril 1990, un salarié qui avait exercé les fonctions de veilleur de nuit puis de surveillant dans un centre pour handicapés s'était vu licencié deux ans après son embauche pour n'avoir pas révélé à l'employeur une condamnation pénale passée. La Cour de cassation a estimé cependant que le licenciement devait être considéré comme dépourvu de cause réelle et sérieuse ; « *les juges du fond, après avoir relevé que celui-ci n'avait pas l'obligation de faire mention d'antécédents judiciaires, en ont justement déduit que son silence n'avait pas un caractère dolosif* »[1488]. Dans la mesure où aucun texte ne pouvait faire obligation au candidat de produire son casier judiciaire, le silence n'est pas fautif. Si cette décision a semblé inaugurer l'exclusion de la réticence dolosive du salarié, il convient de préciser que des solutions similaires avaient pu être antérieurement rendues, celles-ci concernaient cependant des éléments personnels qui n'avaient pas à être portés à la connaissance de l'employeur et qui, en tout état de cause, ne pouvaient licitement interférer dans sa décision de conclure ; ainsi d'une grossesse cachée et de la dissimulation d'une qualité de prêtre respectivement en 1972 et 1973. Or, le dol suppose que

[1486] CA Riom, 13 mars 1989, RJS 1989, n° 817 ; Gaz. Palais 1990, I, Somm., p.101.
[1487] J. MOULY, note sous Soc. 30 mars 1999, JCP éd. G. 1999, II, 10195, n° 4.
[1488] Soc. 25 avr. 1990, n° 86-44148.

l'information tue puisse être demandée et connue de l'employeur, ce qui ne concerne pas les faits personnels pour lesquels la légitimité du silence du salarié perdure même – surtout – lorsque l'employeur pose la question. On aurait par ailleurs pu penser que le parcours judiciaire du salarié fut de ces informations indifférentes du choix de recruter mis en œuvre par l'employeur au titre de leur caractère privé. La Cour de cassation, contrairement aux espèces de 1972 et de 1973, ne semble cependant pas considérer que le silence est légitime du fait de l'interdiction faite au chef d'entreprise de se fonder sur des éléments non professionnels ; elle se contente en effet de relever la légitimité de la réticence sur le fondement du défaut d'obligation d'information précontractuelle du candidat. Elle suggère ainsi d'une part que les condamnations pénales passées sont de ces éléments qui auraient pu être connus et déterminants du consentement de l'employeur, en tout cas du chef d'entreprise qui gère un centre pour personnes vulnérables et cherche à recruter un surveillant. Elle admet d'autre part que l'employeur qui n'a pas pris l'initiative de demander ces renseignements au candidat ne peut pas ensuite se prévaloir d'une réticence dolosive.

584. Cette solution est confirmée peu après, par un arrêt du 3 juillet 1990. En l'espèce, le salarié, engagé en qualité de directeur, avait bien précisé dans son *curriculum vitae* qu'il avait présidé antérieurement une société, mais il avait bien entendu omis intentionnellement de révéler que ladite société avait été mise en liquidation judiciaire. Quelques semaines après l'embauche, l'employeur alors informé invoque la nullité du contrat au motif que l'information dissimulée aurait été de nature à faire écarter sa candidature au poste de directeur. La Cour d'appel juge que le dol du salarié n'est pas établi, mais elle estime toutefois que les circonstances dans lesquelles a été recruté le salarié, et les qualités qui ont été alors mises en avant, montrent suffisamment que la considération de la personne a été la cause principale de l'engagement, et que l'erreur sur sa personne doit donc entraîner la nullité du contrat de travail. La Cour de cassation, au visa de l'article 1110 du Code civil[1489] censure la décision d'appel ; elle énonce que « *l'erreur n'est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable* », l'employeur qui avait été informé par le candidat lui-même qu'il avait été président-directeur général d'une société dont le nom était donné dans le *curriculum vitae* appuyant cette candidature, ne s'était

[1489] « *L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention* ».

« *pas renseigné plus complètement sur le candidat directeur* » et n'avait « *pas procédé à des investigations plus poussées* » qui lui aurait permis de découvrir que le candidat venait de déposer le bilan de cette société aussitôt mise en liquidation de biens ; il en résultait dès lors une « *faute inexcusable* »[1490].

585. Cette décision de principe est instructive à deux égards. D'abord, il est confirmé clairement qu'en l'absence de sollicitations précises de la part du recruteur, le candidat n'a pas à livrer d'informations particulières, fussent-elles de nature à être connues de l'employeur et susceptibles de déterminer son consentement ou son refus. Ensuite, il est clairement mis à la charge de l'employeur l'obligation et la responsabilité de se renseigner, notamment par la mise en œuvre d'investigations qu'il a le pouvoir de mener

586. La réticence dolosive issue de l'article 1116 du Code civil est ainsi (définitivement) écartée du point de vue de l'absence de faute du candidat, du caractère légitime et licite de son silence. En effet, dans la mesure où « *commettre une réticence c'est plus que garder le silence, c'est se taire quand on aurait dû parler* »[1491], l'abstention dolosive est constituée de l'omission volontaire d'un fait que l'on devrait dire, il ne peut en conséquence y avoir de dol en l'absence d'obligation de parler[1492]. *« La sanction de la violation intentionnelle d'une obligation précontractuelle d'information* »[1493] est proprement impossible dès lors qu'il n'existe pas d'obligation précontractuelle d'information. Le juge d'appel tente en conséquence de sanctionner la méprise provoquée par le silence légitime du salarié sur son seul effet, consistant en l'erreur déterminante de l'employeur, issue de l'article 1110 du Code civil, lequel dispose que l'erreur est une cause de nullité de la convention dès lors que la considération de la personne se révèle la cause principale de l'engagement. La Cour de cassation, qui ne réfute pas l'application de ce vice du consentement au contrat de travail, relève toutefois qu'en l'espèce, l'employeur a commis une erreur inexcusable, en ce que celui-ci ne s'est pas renseigné et n'a pas mené les investigations nécessaires, alors même qu'il lui était fourni le nom de la société en cause, suggérant ainsi un devoir de se renseigner à la charge du chef d'entreprise qui procède à un recrutement.

[1490] Soc. 3 juil. 1990, n° 87-40349, Bull. civ. 1990, V, n° 329, p. 197, D. 1991, p. 507, note J. MOULY ; RTD Civ. 1991, p. 316, obs. J. MESTRE ; RDT 1990, p. 353 ; RJS 1990, n° 753 ; D. 1990, IR, p. 199.
[1491] P. GUYOT, *Dol et réticence, Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, 1939, p. 287.
[1492] J. GHESTIN, *La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles*, D. 1971, Chron. 52.
[1493] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3ème éd., 1993, LGDJ, n° 571.

587. Il s'agit ici encore de faire une application très spécifique du vice du consentement tiré de l'erreur substantielle. En effet, il est admis en droit commun que « *l'erreur provoquée par la réticence dolosive est toujours excusable* »[1494], la faute de la victime se trouvant en quelque sorte neutralisée par la réticence délibérée de son cocontractant. Or, la Chambre sociale qui exonère le salarié de fournir une information et exclut de ce fait la réticence dolosive de la matière, estime en outre et corrélativement que le chef d'entreprise supporte une obligation de s'informer positivement et activement à l'égard du candidat. Il s'agit pour le moins d'une curieuse répartition de la charge contractuelle de l'information, que l'on observe guère qu'en matière sociale.

588. De ce point de vue, la déloyauté du candidat résultant de ses omissions et abstentions volontaires voit sa sanction transférée à l'employeur, au titre du manquement à l'obligation qui lui est faite de se renseigner lui-même. Il résulte qu'une part de la loyauté du salarié est absorbée par l'employeur, qui doit supporter l'entreprise d'obtention des informations nécessaires au recrutement. En effet, la légitimité de la réticence déterminante du salarié se limite à l'hypothèse selon laquelle « *aucune question précise ne lui a été posée à propos des éléments litigieux* »[1495], ce qui exclut de fait les questions implicites. Cette construction jurisprudentielle se justifie en effet eu égard aux pouvoirs de l'employeur en matière de recrutement. Les obligations d'information, que l'on voit se développer considérablement en matière civile, présupposent en ce sens que celui qui en bénéficie ne peut se renseigner lui-même. Or, l'employeur dispose des moyens, de la compétence et de la légitimité nécessaires lui permettant de s'informer sur les capacités, les aptitudes et les diplômes du candidat. *A contrario*, il faut en déduire que les omissions du salarié redeviennent fautives dès lors que l'employeur a procédé aux investigations et aux questions nécessaires, et / ou qu'il ne s'est pas trouvé en mesure de se renseigner lui-même. Il en est ainsi notamment lorsque la réticence même met le recruteur dans l'impossibilité complète de se renseigner effectivement ; tel devrait être le cas lorsque le salarié fournit un *curriculum vitae* incomplet[1496], mettant l'employeur dans l'incapacité d'apprécier ses aptitudes et ses compétences. Encore qu'il convient de préciser à ce sujet que le silence du salarié est toujours considéré comme licite, même dans l'hypothèse où l'entreprise lui aurait demandé

[1494] Civ 3ème, 21 févr. 2001, Bull. civ. III, n° 20, D. 2001, p. 2702, note D. MAZEAUD.
[1495] J. MOULY, note sous Soc. 3 juil. 1990, D. 1991, p. 507.
[1496] J. MOULY, note sous Soc. 3 juil. 1990, D. 1991, p. 507.

de répondre à un questionnaire portant la mention selon laquelle toute omission de nature à induire l'employeur en erreur emportera la nullité ou la résiliation du contrat.

589. La jurisprudence sociale apparaît éminemment favorable au salarié lors de la phase de recrutement, notamment en ce qu'elle l'exonère du respect effectif de l'obligation de loyauté, qui lui est par ailleurs imposée, au titre de l'information. Cette charge de loyauté ne disparaît cependant pas du rapport précontractuel ; elle se trouve transférée du côté de l'employeur. A cet égard, celui-ci doit assumer une obligation duelle ; il lui incombe en effet d'informer le candidat et de s'informer lui-même du candidat. Cette double charge, spécialement la seconde, doit en outre être exercée précisément et scrupuleusement.

2. La détermination d'une obligation de se renseigner à l'égard de l'employeur

590. La jurisprudence tend en effet à aggraver, au fil des espèces, l'obligation de loyauté de l'employeur, lequel il est vrai doit compenser le mutisme autorisé du candidat. A cet égard, il est incité davantage que contraint à se montrer particulièrement diligent et consciencieux dans le processus du recrutement. Afin de réduire les risques de commettre une erreur, il doit prendre l'initiative de s'informer sur la personnalité et les qualités professionnelles du candidat. Cette phase est d'autant plus critique qu'en ce qui le concerne, la qualification de l'erreur excusable est bien plus restrictive qu'elle ne peut l'être en droit civil. En effet, la règle selon laquelle un contractant ne peut invoquer un élément qu'il lui aurait été facile de connaître sera interprétée de manière d'autant plus rigoureuse, qu'au regard de son statut, l'employeur dispose de moyens d'investigation relativement étendus, du moment qu'ils demeurent dans le strict cadre professionnel.

591. Sur ce sujet, il faut relever que malgré le caractère particulièrement inégal des responsabilités issues de l'obligation de loyauté dans l'information, l'exigence tenant à ce que l'employeur supporte seul la recherche et l'obtention des données nécessaires à l'appréciation professionnelle du candidat trouve également sa justification dans l'autonomie contractuelle ; chacun doit en effet veiller à ses propres intérêts sans exiger passivement des autres qu'ils le renseignent. En matière d'erreur sur la substance, la jurisprudence civile refuse en ce sens d'accorder la nullité du contrat dès lors que le contractant s'est rendu coupable de ne pas s'être renseigné à propos des éléments sur lesquels il s'est trompé ; dès lors « *l'erreur est inexcusable lorsqu'elle est la conséquence*

d'une faute de celui qui demande l'annulation du contrat »[1497]. Initialement réservée à la théorie de l'erreur dont dispose l'article 1110 du Code civil, la notion de l'erreur inexcusable s'est trouvée étendue au vice issu du dol dont dispose l'article 1116. Elle permet alors de sanctionner la négligence de la victime qui commet une erreur invraisemblable, justifiant de déqualifier les éventuelles manœuvres dolosives, et notamment la réticence ; « *l'omission fautive de se renseigner est ainsi sanctionnée de la même façon que sur le terrain de l'article 1110 du Code civil* »[1498]. De ce point de vue, l'exonération d'obligation en matière d'information dont bénéficie le salarié doit interpeller davantage que l'imputation d'une obligation de se renseigner à l'égard de l'employeur.

592. A la suite de l'arrêt rendu le 3 juillet 1990, une décision du 7 avril 1998 est venue indirectement confirmer cette solution. En l'espèce, le candidat embauché par un contrat de retour à l'emploi avait omis de préciser qu'il ne remplissait pas les conditions pour que l'employeur puisse bénéficier de l'exonération de charges sociales afférentes. Celui-ci avançait que l'une des conditions essentielles de l'embauche du salarié était pourtant que l'entreprise puisse bénéficier de cette exonération, et soutient en conséquence que son consentement avait été vicié par suite d'une erreur, voire d'un dol imputable au salarié qui n'avait pas remis les documents nécessaires. La Cour d'appel juge qu'il n'est pas établi que le salarié ait été engagé à la suite d'une erreur ou de manœuvres frauduleuses ; elle énonce en effet que l'employeur avait la possibilité de se renseigner sur les conditions à remplir pour conclure un contrat de retour à l'emploi et l'opportunité de ne pas faire travailler le salarié tant qu'il n'avait pas obtenu les informations nécessaires. La Cour de cassation, qui censure par ailleurs l'arrêt, ne remet pas en cause ce point en particulier, de sorte le licenciement demeure dépourvu de cause réelle et sérieuse[1499]. L'employeur qui n'a pas fait un usage utile de son pouvoir commet une erreur inexcusable. L'intérêt de cette espèce tient en outre au fait qu'il ne s'agissait pas ici d'une négligence résultant de l'appréciation des capacités ou des aptitudes du candidat, mais d'une imprudence tenant aux conditions administratives de l'embauche. L'obligation de se renseigner de l'employeur est toutefois appliquée, au même titre que l'exonération du salarié de toute obligation d'informer son cocontractant, quand bien même l'omission porte sur un élément qu'il savait déterminant

[1497] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3ème éd., 1993, LGDJ, n° 523.
[1498] P. JOURDAN, *Le devoir de se renseigner*, D. 1983, Chron. 139.
[1499] Soc. 7 avr. 1998, n° 96-40224, Bull. civ. V, n° 205, p. 152.

de son consentement. La qualification dolosive est écartée, légitimée par la négligence ou l'indifférence du chef d'entreprise, qui ne peut invoquer dès lors aucune sanction à l'égard de son contractant. Il en est de même au sujet du salarié qui ne précise pas à son employeur, au moment de son embauche, qu'il perçoit une allocation pour handicapé ; l'omission ne constitue pas une faute grave justifiant la rupture du contrat[1500].

593. Cette obligation a par ailleurs connu récemment une autre application notable, en ce qu'elle a quitté le terrain de la formation contractuelle pour celui de l'exécution, en garantie de l'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur le chef d'entreprise. En effet, par un arrêt du 13 mars 2014, la Cour de cassation a pu confirmer l'existence d'une obligation particulière de l'employeur lorsque le salarié doit accomplir sa prestation de travail sur le site d'une entreprise extérieure ; le premier est alors tenu de se renseigner positivement auprès de l'autre entreprise sur les dangers particuliers que pourrait encourir son salarié sur le site[1501]. Si ce mouvement d'extension du champ d'application de l'obligation de se renseigner qui pèse sur l'employeur est significatif, il faut préciser qu'en matière de recrutement on relève également un mouvement d'aggravation matérielle de l'obligation. En ce sens, l'employeur qui satisfait à son devoir et se renseigne positivement peut encore se voir imposé de vérifier les informations obtenues.

B. La loyauté quant à la responsabilité de l'exactitude des informations transmises par le candidat à la seule charge de l'employeur

594. On observe ici la même construction duelle ; à l'indulgence manifestée à l'égard du salarié correspond un surcroît d'exigences à la charge de l'employeur. Le premier étant autorisé à *arranger* lors du recrutement ses aptitudes à l'emploi (1), le second s'est vu imposer l'obligation corrélative de les vérifier ; à défaut, et sauf incompétence avérée, il supportera seul les conséquences d'une erreur (2)

[1500] Soc. 9 janv. 1991, n° 88-41091.
[1501] Soc. 13 mars 2014, n° 13-13984. La Cour de cassation confirme par un attendu de principe une solution déjà présente dans un arrêt du 8 novembre 2007 (Civ. 2ème, n°07-11219, n° 1595). L'employeur devra démontrer qu'il a respecté l'obligation ; à défaut, il sera considéré qu'il n'a pas pris toutes les mesures pour préserver la santé de son salarié, et la faute inexcusable sera qualifiée.

1. L'amélioration de la présentation professionnelle permise au candidat à l'emploi

595. Dans le prolongement de ce que l'on a pu évoquer au sujet des inexactitudes des renseignements fournis par le salarié à la demande de l'employeur, et notamment des mentions figurant dans le *curriculum vitae*, des précisions méritent d'être formulées. Si les arrêts des 16 février et 30 mars 1999, évoqués précédemment, rejettent la faute et dénient la qualification dolosive des petits arrangements faits par le salarié avec la vérité de son profil et de son parcours professionnel, ces jurisprudences portent d'autres enseignements. Outre l'extrême rigueur du dol en matière de relations de travail (limité à l'incompétence du salarié à exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté en conséquence de ses manœuvres), il apparaît que les *simples* mensonges résultant des transformations ou exagérations des expériences d'emploi et / ou des formations suivies relèvent en fait d'une indulgence, voire d'une permission jurisprudentielle à « *faire illusion au patron sur ses mérites* »[1502].

596. A cet égard, le caractère intentionnel du dol qui peut résulter de l'enjolivement du *curriculum vitae* se heurte à la licéité d'un *dolus bonus* social, similaire à celui que l'on observe en matière commerciale[1503]. La Cour de cassation prend ainsi acte de la pratique courante qui consiste à rédiger sa présentation professionnelle de manière la plus séduisante possible, quitte à en exagérer ou en transformer sensiblement les éléments, dans une certaine mesure. L'obligation de loyauté dénaturée qui s'applique au candidat pendant la phase du recrutement permet par ailleurs ces arrangements. Il est vrai qu'ils se situent dans une logique légitime : optimiser les chances de se voir confier l'emploi convoité, en usant de mécanismes visant à séduire le recruteur. Au regard de l'objet de ces manœuvres, la tolérance affichée de la Cour de cassation peut se justifier.

597. De la même manière que le vendeur peut vanter les mérites de son produit, le salarié se voit reconnaître le droit de manipuler sa propre présentation afin que, ses aptitudes professionnelles ainsi valorisées, celles-ci paraissent plus attrayantes et suscitent l'intérêt de l'employeur. Ce dernier peut tout autant louer les mérites de l'emploi qu'il propose, et

[1502] G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 19, Du contrat de louage, 1ère éd. 1897.
[1503] Lequel permet l'exagération dans certaines limites (CA Nancy, 15 mai 1969, D. 1969, p. 179).

mettre par exemple en avant des possibilités de carrière et de rémunération exagérés, sans pour autant commettre un dol. L'intention n'est pas ici de tromper, mais de séduire.

598. On peut cependant s'étonner de l'étendue de l'indulgence de la Chambre sociale au regard des arrêts ci-avant évoqués. Si l'on peut comprendre que la réalisation d'un stage de quelques mois dans un service particulier puisse s'être transformée en l'occupation durant une année d'un emploi dans un autre service de la même entreprise ; on peut légitimement s'interroger sur le fait que la Cour accepte la mention de faux diplômes, quand bien même n'auraient pas été livrés à l'employeur de faux documents. Quand bien même la limite à cette indulgence doit se trouver, comme on l'a dit, à l'incompétence réelle du salarié, l'idée de loyauté contractuelle implique sans doute une circonscription plus réduite, d'autant qu'il peut y avoir des degrés de compétence, et l'incompétence ne s'entend pas nécessairement d'une – trop – juste compétence.

599. En tout état de cause, l'obligation de loyauté que supporte le salarié lors de son recrutement n'engage vraisemblablement pas la sincérité[1504]. A cet égard, il faut encore remarquer que la notion de loyauté sait se soumettre aux nécessités matérielles du contexte, dès lors que l'objet de l'entorse qui lui est faite se révèle, si ce n'est légitime, à tout le moins utile. Au surplus, il est accordé à l'employeur le droit de vérifier l'exactitude des informations transmises par le candidat. La complaisance de l'obligation de loyauté du salarié trouverait de ce point de vue une limite dans la responsabilisation de l'employeur et le sérieux avec lequel il est susceptible de mettre en œuvre le processus du recrutement. Ce droit, en certaines circonstances, peut par ailleurs se muer en obligation, dès lors par exemple qu'il s'agit d'exonérer le salarié des effets de son défaut de sincérité.

[1504] La Cour de cassation avait cependant pu préciser que la bonne foi commande à ce « *qu'il réponde dans des conditions qui ne lui permettent pas de donner sur ses capacités professionnelles ou son expérience passée des informations manifestement exagérées au regard de ses capacités réelles* » (Soc. 16 févr. 1999, RJS 4/1999, n° 468). Cette obligation de sincérité avait également pu être aggravée au sujet de la rédaction de son *curriculum vitae* (CA Dijon, 16 déc. 1997, RJS 1998, n° 672). De même, il a pu être évoqué, au sujet des tests d'entretien, le « *pouvoir souverain du chef d'entreprise, juge de l'intérêt de l'unité économique qu'il dirige* », et qui commande en conséquence des réponses sincères (B. TEYSSIE, *Droit du travail*, t. I, 2ème éd. n° 446).

2. La caractérisation d'une obligation de vérification à l'égard de l'employeur

600. L'employeur dispose, de par son statut et les prérogatives qui y sont attachées, de la faculté de vérifier les qualifications, les aptitudes et les capacités professionnelles revendiquées par le candidat à l'emploi. Cette *simple* faculté peut se transformer en une véritable obligation dont le défaut d'exécution est susceptible de lui être imputé dès lors que l'employeur aurait recruté un salarié insuffisamment qualifié sur la seule base de ses prétendues qualités professionnelles, sans procéder à aucun contrôle.

601. S'il s'agit indubitablement de responsabiliser l'employeur, la plus élémentaire prudence commande à ce qu'il se montre rigoureux lorsqu'il procède à un recrutement. Plus le poste considéré appelle de responsabilités, plus l'intérêt de l'entreprise commande à la rigueur. L'erreur issue des négligences du recrutement est par ailleurs susceptible d'emporter des conséquences graves, notamment la mise en péril de l'entreprise résultant d'une mauvaise gestion[1505]. A ces égards, le laxisme et la légèreté de l'employeur apparaissent condamnables, d'autant que si le postulant devenu salarié ne porte pas véritablement la responsabilité de l'entreprise, l'employeur doit quant à lui l'assumer pleinement. Il paraît en conséquence opportun et légitime de demander les copies des diplômes, les attestations professionnelles, et / ou de procéder à des entretiens et des tests d'aptitudes poussés, des évaluations sérieuses et des vérifications matérielles rigoureuses. De ce point de vue, l'employeur qui omet ou qui refuse de s'informer efficacement doit être considéré comme responsable de l'erreur qu'il a par sa propre faute permise ; « *la négligence de la victime de l'erreur rend celle-ci [d'autant plus] inexcusable lorsqu'elle pouvait et devait s'informer* »[1506].

602. En pratique, les juridictions semblent prendre en considération les moyens dont dispose l'employeur pour contrôler les informations qui lui ont été données, présumant que le non recours à ces systèmes révèle une faute. L'abstention qui résulte pour le chef d'entreprise de s'en tenir au seul *curriculum vitae* constitue en ce sens une négligence et, au regard de ses moyens d'action, une faute inexcusable. De même, l'*envergure* et le caractère (dé)raisonnable des allégations avancées par le candidat semblent également pris en compte.

[1505] D. ARLIE, note sous Soc. 3 juil. 1990, PA 24 juil. 1992, n° 89, p. 41.
[1506] J. GHESTIN, *La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles*, D. 1971, Chron. 52.

603. Il a ainsi été jugé par la Cour d'appel de Poitiers le 4 mars 1986 que l'employeur adopte un comportement particulièrement léger en recrutant un directeur général adjoint, sans vérifier ses affirmations. En l'espèce, ce candidat se prétendait ancien centralien et affirmait qu'il avait travaillé durant quinze ans au sein du groupe EDF, avant de le quitter au même moment que le président, par solidarité. Le manque de diligence et de sérieux dont a fait preuve l'employeur « *en ne vérifiant pas* » les affirmations pour le moins ambitieuses du salarié, appelé par ailleurs à exercer un poste à responsabilité, ne lui permet pas d'invoquer l'erreur[1507]. La même solution est reprise ensuite par la Cour d'appel de Montpellier[1508]. La Cour de cassation s'est exprimée dans un arrêt du 30 mars 1991. Il a été jugé qu'une pharmacienne ne pouvait pas prononcer un licenciement pour faute grave à l'encontre d'un salarié qui avait usurpé la qualification d'aide-préparateur, en raison de la faute qu'elle avait elle-même commise « *en ne vérifiant pas, lors de l'embauche, la qualification du salarié* »[1509].

604. L'employeur imprévoyant demeure pleinement et, sauf incompétence avérée, seul responsable de son choix. Ces jurisprudences incitent à la rigueur patronale en matière de recrutement. Le défaut d'initiative ou le manque d'investigations constituent en ce sens des fautes qui ne trouvent aucune excuse dans le silence dolosif du salarié, qu'on lui pardonne, ou dans son insincérité, qu'on acquitte, quand bien même ces déloyautés porteraient sur des éléments déterminants. La sanction du comportement déloyal du salarié étant bornée aux seuls cas du dol, dont on sait la qualification excessivement réduite, et à la preuve de son incompétence.

605. Enfin, si l'on pouvait jauger de la légitimité du devoir de se renseigner qui pèse sur l'employeur au regard des prescriptions de droit commun, il faut admettre que cette obligation de vérification des allégations sollicitées du candidat apparaît exorbitante. Même facilitée par les évaluations, les entretiens, les tests et les diverses demandes de pièces que le chef d'entreprise est en droit de requérir du candidat, cette obligation demeure exceptionnelle du point de vue du régime contractuel civil. A cet égard, il semble effectivement qu'il convienne de tirer de ces applications de la loyauté la redéfinition du concept contrat en matière de relations de travail. Rappelons en effet qu'en cette matière, la

[1507] CA Poitiers, 4 mars 1986, Bull. soc. Lefebvre, 1986, p. 481, n° 1270.
[1508] CA Montpellier, 5 févr. 2002, Juris-Data n° 168631.
[1509] Soc. 30 mars 1991, RJS 1991, p. 809.

mauvaise foi du salarié interdit à l'employeur de se prévaloir du caractère inexcusable de l'erreur ainsi provoquée, alors qu'en droit commun il a pu être jugé, encore récemment, que le dol d'une partie excuse la négligence de l'autre[1510]. De même, alors que le silence intentionnel du candidat ne suffira pas à qualifier un dol, il est établi en matière civile que l'erreur provoquée par la réticence dolosive est toujours excusable[1511] ; celle-ci supposant « *le silence gardé par une partie sur une circonstance ou un fait que son contractant est excusable de ne pas connaître* »[1512]. Quant au caractère déterminant de contracter de l'abstention frauduleuse, s'il est quasiment indifférent pour la Chambre sociale, la Chambre civile estime à l'inverse que « *le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son contractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter* »[1513].

606. En fin de compte, il résulte de la conception de la loyauté dans le processus de recrutement que l'employeur doit se montrer particulièrement actif dans la recherche, l'appréciation et la vérification des qualités professionnelles du salarié. L'exécution de cette obligation ne doit cependant pas omettre de s'accommoder des autres obligations imposées à l'employeur, au titre des droits et libertés des candidats. En conséquence, si le chef d'entreprise peut et doit mener des investigations poussées, celles-ci doivent demeurer utiles et strictement circonscrites au domaine professionnel. C'est par ailleurs aussi en application de la loyauté précontractuelle qu'il est fait obligation au recruteur de respecter scrupuleusement la vie privée et plus généralement les droits fondamentaux du postulant à l'emploi, au risque de provoquer chez son contractant une mauvaise foi légitime.

[1510] Civ. 3ème, 21 janv. 2001 ; D. 2001, Somm. p. 3236, Chron., 2702, obs. D. MAZEAUD ; D. 2002, Somm. p. 927.
[1511] Civ. 3ème, 21 janv. 2001 ; D. 2001, Somm. p. 3236, Chron., 2702, obs. D. MAZEAUD ; D. 2002, Somm. p. 927.
[1512] Soc. 1er avr. 1954, JCP 1954, II, n° 8384.
[1513] Civ. 3ème, 15 janv. 1971, Bull. civ. III, n° 38 ; v. également Civ. 1ère, 19 mai 1958, Bull. civ. I, n° 251.

PARAGRAPHE 2 : L'INTRANSIGEANCE DE L'OBLIGATION DE LOYAUTE DE L'EMPLOYEUR A L'EGARD DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DU CANDIDAT A L'EMPLOI

607. Si l'employeur est susceptible d'être pénalisé dès lors qu'il ne se montre pas suffisamment curieux à l'égard du postulant, il peut également se voir sanctionné au titre d'une « *curiosité illégitime* »[1514]. Tel est le cas lorsqu'il outrepasse les limites professionnelles et s'immisce, ou tente de s'immiscer, dans la vie privée du candidat. L'interdiction qu'il supporte est par ailleurs duelle ; si le chef d'entreprise ne peut évidemment pas se préoccuper de ce qui excède la sphère des compétences professionnelles du postulant à l'emploi, il ne peut non plus considérer un élément protégé de sa personne au titre de la prohibition des discriminations (I). De semblables contraintes de transparence et de finalité lui sont imposées au sujet des procédés auxquels il est susceptible de faire appel pour l'évaluation des capacités et des aptitudes professionnelles du candidat à l'emploi (II).

I : LA LOYAUTE QUANT A LA NATURE DES ELEMENTS CONSIDERES POUR LE RECRUTEMENT DU CANDIDAT

608. L'obligation faite à l'employeur de respecter loyalement les libertés fondamentales du candidat à l'emploi (A) s'est nécessairement vue assortir d'une inflexion dans la loyauté contractuelle du même candidat, matérialisée par la reconnaissance d'un droit de ne pas répondre aux questions considérées comme hors champ contractuel (B).

A. La loyauté dans le respect des droits fondamentaux du candidat à l'emploi

609. L'obligation faite à l'employeur de s'en tenir dans ses investigations aux strictes compétences professionnelles de son cocontractant tend à protéger et à concilier de manière générale tout ce qui peut relever de la vie privée du salarié (2). Cette délimitation souple du pouvoir de sélection de l'employeur doit être accordée avec le principe d'égalité sous tendu par l'indifférence protégée des motifs énoncés à l'article L. 1132-1 du Code du travail (1). Ces deux dispositifs participent en tout état de cause à souligner une nette

[1514] D. POHE-TOPKA, *La bonne foi du salarié dans la conclusion du contrat de travail*, Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, PU Bordeaux, 2003, p. 493.

évolution tenant à l'aggravation de la protection des droits fondamentaux au titre du rapport d'emploi

1. Le respect des éléments protégés au titre du principe de non-discrimination à l'embauche

610. Le principe de l'interdiction des discriminations, applicable à la phase du recrutement depuis la loi du 31 décembre 1992, et à la période d'essai depuis un arrêt du 16 février 2005, est instructif à deux égards. D'une part, sa nature et son évolution participent d'un phénomène de réception et de sanction des droits et libertés fondamentaux des individus au rapport d'emploi. D'autre part, on remarque que cette tendance se révèle, du point de vue contractuel, par une distorsion de la bonne foi exigée de l'employeur.

611. Si les articles L. 1121-6 et L. 1132-1 du Code du travail recouvrent de fortes similitudes, il convient cependant de relever qu'ils ne procèdent pas exactement des mêmes logiques. Tandis que le premier est situé dans la partie du Code relative à la formation du contrat de travail, le second est positionné dans les « dispositions liminaires », juste à la suite des « droits et libertés dans l'entreprise ». Si elle renseigne, cette distinction ne peut cependant porter à elle seule la différence entre ces deux dispositifs, d'autant que les similitudes apparaissent particulièrement marquées dans l'effet des dispositions qui visent à protéger de l'employeur les droits des individus qui ressortent de leur statut de citoyen.

612. Le principe de l'interdiction des discriminations, qui a par ailleurs connu « *une immense fortune en forme d'inflation* »[1515], vise à titre principal la protection des droits et libertés fondamentales de l'individu au stade du recrutement à l'emploi[1516]. L'article L. 1132 du Code du travail énumère exactement les motifs de discrimination à l'embauche[1517]. Il

[1515] J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Liaisons, 2013/2014, p. 318.
[1516] Le caractère constitutionnel de l'interdiction des discriminations a par ailleurs été reconnu par la Cour de cassation (Soc. 10 févr. 1998, TPS, 1998, comm. 119).
[1517] « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou*

résulte une longue liste exhaustive et particulièrement précise qui s'est vue allongée progressivement[1518], un mécanisme probatoire particulièrement efficace[1519], et une sanction redoutable[1520].

613. A l'inverse, l'article L. 1121-6 du Code du travail pose à titre principal un cadre au pouvoir de sélection reconnu à l'employeur ; il tend à l'orienter en exigeant que celui-ci s'exerce selon une finalité, une proportionnalité et une nécessité particulières et spécifiques à l'emploi. Cette prescription protège, par ricochet et à titre accessoire, la sphère de la vie privée du salarié. De même, c'est à travers elle que la conciliation s'opère entre le pouvoir et la responsabilité du chef d'entreprise et les droits des salariés considérés par principe comme étant hors de sa portée.

2. Le respect des éléments protégés au titre du principe de finalité et de pertinence du recrutement

614. La liberté de choix de l'employeur s'est en effet vue conditionnée textuellement par la loi du 31 décembre 1992[1521] ; le choix du cocontractant ne doit pas être déterminé pour d' « *autres considérations que celles tirées de ses aptitudes et des caractéristiques spécifiques*

---

supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap ». L'article R. 1142-3 C. trav. prévoit les exceptions admises en matière de sexe : « *Les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants : 1° Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ; 2° Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ; 3° Modèles masculins et féminins* ».

[1518] Ainsi de la loi du 16 novembre 2001 portant lutte contre les discriminations, qui a introduit quatre nouveaux motifs (le patronyme, l'apparence, l'âge et l'orientation sexuelle), puis de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, qui a ajouté les motifs tirés de l'état de santé ou du handicap.

[1519] L'article L. 1134-1 C. trav. prévoit en ce sens que « *Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

[1520] L'article L. 1134-5 dispose que : « *L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination. Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel. Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ». Et l'article 225-2 du Code pénal prévoit que « *La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende […]* ».

[1521] V. à ce sujet : J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992*, Dr. soc, 1992, p. 103 ; G. ADAM, *Critique d'une étude critique de J.-E. Ray*, Dr. soc. 1993, p. 333 ; J. GRINSNIR, *Les dispositions nouvelles relatives « au recrutement individuel et aux libertés individuelles* », Dr. ouv. 1993, p. 237.

du poste à pourvoir »[1522]. En ce sens, l'objet de l'entretien d'embauche doit exclusivement se trouver circonscrit aux caractéristiques d'une personnalité au regard de l'emploi considéré. A cette fin, l'article L. 1221-6 du Code du travail met en œuvre une double justification aux questions susceptibles d'être posées au candidat ; « *sous quelque forme que ce soit* », celles-ci ne peuvent « *avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles* », et elles « *doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles* »[1523].

615. Les exigences de finalité et de proportionnalité ainsi mises en place procèdent par ailleurs de constructions préalablement élaborées par la jurisprudence sociale qui, faute d'avoir pu proscrire de manière générale, a dégagé au travers d'un certain nombre de décisions un droit de non révélation au bénéfice du candidat à l'emploi, dès lors que l'employeur sollicite une information dépourvue de lien avec l'objet professionnel de l'emploi considéré ou relevant d'un élément protégé au titre des droits des candidats. La circonscription des pouvoirs d'investigation du chef d'entreprise qui en est résultée s'est évidemment justifiée de la protection fondamentale de la vie personnelle du candidat, elle permet également de légitimer l'éventuelle déloyauté contractuelle du candidat dès lors que l'employeur a lui-même manqué à l'obligation de loyauté qui lui est imposée à l'égard de la vie extra professionnelle du candidat à l'emploi.

B. La loyauté dans la reconnaissance d'un droit de non révélation des éléments protégés du candidat à l'emploi

616. Le principe doit impérativement se trouver dans la sauvegarde des droits fondamentaux du salarié[1524]. Ceux-là doivent demeurer hors du pouvoir de l'employeur ; à cette fin le droit de se taire du candidat répond à l'interdiction faite à l'employeur de se déterminer à leur égard (1). Dans des circonstances très restrictives, l'exercice légitime d'une liberté fondamentale du salarié peut toutefois être de nature à causer un dommage à la structure de

[1522] G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport, La Documentation Française, 1992, p. 58.
[1523] L'employeur est par ailleurs soumis aux mêmes exigences en matière d'évaluation de ses salariés, puisque la loi a étendu ses dispositions aux bénéficiaires d'un bilan de compétences ou d'une action de validation des acquis de l'expérience (art. L. 6313-10 C. trav.), ainsi qu'aux stages et stagiaires (art. L. 6353-9 C. trav.).
[1524] Le salarié ne dispose cependant pas d'un droit général au mensonge, il lui est seulement reconnu « un *droit particulier […] en raison de l'objet de la question posée* » (J. MOULY, note sous Soc. 30 mars 1999, JCP éd. E, 2000, p. 1237).

l'entreprise, voire à porter atteinte à ses intérêts, l'employeur pourra alors être autorisé, sous une condition probatoire stricte, à sanctionner la déloyauté du salarié (2).

1. Les droits fondamentaux du candidat hors du pouvoir de sélection de l'employeur

617. La loi de 1992 relative aux libertés publiques reprend en effet la substance d'une jurisprudence bien antérieure. A rebours de ce qui a été vu précédemment, il apparaît que l'employeur se montre généralement plus invasif que négligent, et les juges ont dû être confrontés, bien avant 1992, à l'excessivité de l'intérêt qu'un recruteur est susceptible de montrer à l'égard d'un candidat. En effet, la « *tendance naturelle* » de l'entreprise est de vouloir disposer du maximum d'informations sur le collaborateur qu'elle projette de recruter[1525]. Il s'agit de prospecter le salarié le plus performant et le plus compatible avec les intérêts de l'entreprise. La recherche du candidat le plus qualifié pour en favoriser le développement ne peut cependant pas se faire au détriment de ses droits fondamentaux[1526].

618. Il en est ainsi des informations qui ne peuvent entrer dans le champ d'investigations de l'employeur. Les questions relatives à la vie privée ou familiale, non seulement dénuées *a priori* de rapport direct avec le poste envisagé, portent atteinte aux droits fondamentaux du candidat à l'emploi, et ne peuvent en conséquence ni être demandées par l'employeur, ni intervenir dans sa décision de conclure. Partant, aucune conséquence ne peut être tirée de l'absence de réponse, ou du caractère erroné, inexact ou mensonger de la réponse fournie. Le dol ou le silence du salarié, quand bien même – et surtout – il porterait sur un élément déterminant du consentement de l'employeur, se trouve neutralisé au titre de l'indifférence des qualités qui se situent hors des capacités et aptitudes du candidat à occuper l'emploi.

619. La Cour de cassation semble avoir très tôt adopté une position restrictive favorable au salarié quant à la licéité du champ autorisé du recrutement. Par un arrêt du 13 mai 1969, elle a énoncé sous la forme d'un attendu de principe « *qu'il est interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une acticité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage ; que toute mesure prise par l'employeur contrairement à ces dispositions est considérée comme*

[1525] B. TEYSSIE, *Personnes, entreprises et relations de travail*, Dr. soc. 1988, p. 374.
[1526] B. BOSSU, *La protection des droits fondamentaux du candidat à l'emploi*, L'embauche en droit du travail : principaux enjeux et débats, p. 20.

abusive et donne lieu à dommages-intérêts ». En l'espèce, une entreprise demandait aux postulants de remplir un questionnaire qui comptait notamment une question relative à l'affiliation syndicale. La Cour d'appel avait jugé que la seule éventualité que les réponses puissent permettre à l'employeur de fixer son choix d'après un critère prohibé ne constituait ni l'infraction ni le dommage. De même, elle énonçait qu'en l'absence d'une interdiction formelle, l'employeur demeurait libre de demander des renseignements aux candidats, et renvoyait à ces derniers la liberté de ne pas répondre, tout en reconnaissant pourtant qu'ils « *se trouvaient le plus souvent dans une position d'infériorité vis-à-vis de leur employeur éventuel* ». La Cour de cassation, pragmatique, répond que la société ne pouvait « *sans abus prendre en considération en vue d'un embauchage, l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale, ni poser une question qui ne pouvant être tenue pour superflue et présumée inutile impliquait par elle-même cette prise en considération* »[1527]. La Chambre criminelle, dans cette logique, a également sanctionné, par un arrêt du 23 octobre 1990, un employeur pour avoir refusé d'embaucher une salariée en raison de sa situation de famille, celle-ci était parente d'un membre du personnel en place, qualifiant ce refus de discriminatoire[1528].

620. Au côté de l'interdiction de principe, la Chambre sociale a logiquement dégagé un droit de se taire au bénéfice du candidat à l'emploi, qu'il soit ou pas illégalement questionné. Il faut évoquer ici l'arrêt du 17 octobre 1973, au sujet des convictions religieuses du candidat à l'emploi. En l'espèce, rappelons qu'un prêtre qui s'était fait embaucher en qualité de fraiseur s'est vu licencié quelques semaines après pour n'avoir pas déclaré son état « *et s'être borné à indiquer qu'avant son stage de formation professionnelle il était commerçant, ce en violation [...] du règlement intérieur de l'entreprise selon lequel toute fausse déclaration à l'embauchage entraîne, dès constatation, le licenciement sans préavis ni indemnité de son auteur* ». La Cour d'appel sanctionne l'employeur au motif que « *le questionnaire d'embauchage ne devait pas concerner des domaines sans lien direct et nécessaire avec l'activité professionnelle du candidat à l'emploi, notamment les opinions religieuses ou politiques de ce dernier, ce qui heurterait le principe du respect de la vie privée* ». Au pourvoi de l'employeur qui évoquait que « *l'état sacerdotal, à la différence des opinions politiques ou religieuses, n'appartient pas à la vie privée* », de sorte que « *sa*

[1527] Soc. 13 mai 1969, Bull. civ. 1969, V, n° 314, D. 1969, p. 528, note J. SAVATIER.
[1528] Crim. 23 oct. 1990, Bull. 1990, n° 353, p. 891. Il résultait alors de l'article L. 123-1 b du Code du travail que « *Nul ne peut refuser d'embaucher une personne en raison de sa situation de famille* ».

dissimulation […] revêtait un caractère dolosif et exclusif de toute bonne foi à l'égard de l'employeur », la Cour de cassation, confirmant la solution de la Cour d'appel, objecte sur le fondement de l'article 1134 du Code civil qu'il n'est pas permis « *à l'employeur d'exiger des renseignements sans rapport direct avec l'emploi sollicité* », de même qu'il lui est interdit de « *prendre en considération l'origine raciale ni l'appartenance à une organisation syndicale, politique, philosophique ou religieuse* ». En conséquence, alors « qu'aucun *grief n'était formulé sur son travail* », le salarié avait « *le droit de ne pas révéler son état de prêtre* »[1529].

621. Sur le fondement du même article 1134 du Code civil, il a également été jugé le 17 mars 1971 qu'une salariée ne pouvait valablement être sanctionnée pour avoir tu lors de son embauche être fiancée et bientôt mariée. En l'espèce, la salariée recrutée par une banque en période d'essai avait demandé à bénéficier de quelques jours de congé à l'occasion de son mariage, son employeur l'avait alors licenciée au seul motif qu'elle n'avait pas révélé qu'elle était fiancée au moment de son embauche. Les juges ont estimé que cette motivation, « *sans rapport avec l'exécution du travail* », constituait « *un abus dans la rupture du contrat* » ; l'employeur ayant agi avec « *légèreté blâmable* »[1530].

622. Il en est de même dans l'arrêt rendu le 23 février 1972, toujours au sujet de la vie familiale. En l'espèce, une jeune femme avait été engagée en remplacement d'une salariée temporairement absente du fait de sa grossesse. La première s'était alors abstenue de révéler à l'employeur qu'elle-même était enceinte au moment de l'embauche, jugeant qu'elle n'en avait pas l'obligation. L'employeur, informé de son état, invoque la nullité du contrat, arguant d' « *un vice du consentement empêchant la formation du contrat* », celle-ci ayant été affectée « *par un dol ou du moins par une erreur déterminante qui devait entraîner sa nullité* ». La Cour d'appel se borne à relever que la société « *ne rapportait pas la preuve de la tromperie qu'elle imputait à Dame X… et qui aurait consisté à cacher sa grossesse à son employeur futur, qui, s'il avait connu cet état ne l'aurait pas embauchée* ». La Cour de cassation, au visa des articles 1109, 1110, 1116, 1134 et 1315 du Code civil, relève que la salariée qui a été « *congédiée sur le champ, sans indemnité ni préavis* » dès

[1529] Soc. 17 oct. 1973, Bull. civ. 1973, V, n°484, p. 444, D. 1973 IR, p. 218 ; Dr. soc. 1974, p. 290 ; JCP éd. E 1974, II, 17698, note Y. SAINT-JOURS. Il a été jugé par la Cour d'appel de Douai au sujet de l'absence de mention dans le curriculum vitae de la qualité de prêtre du candidat que « *cette forme de dissimulation n'est qu'une forme d'exercice du droit au respect de la vie privée et ne peut constituer un dol* » (CA Douai, 16 déc. 1971, Juri-soc. n° 314, p. 70).
[1530] Soc. 17 mars 1971, Bull. civ. V, n° 216.

lors qu'elle a informé l'employeur de sa grossesse, « *n'avait pas trompé son employeur en ne lui faisant pas connaître lors de son engagement qu'elle était en état de grossesse, révélation à laquelle elle n'était tenue par aucune disposition légale ou conventionnelle* »[1531]. Avant de recevoir confirmation légale, il apparaît donc que la jurisprudence a amnistié toute réticence ou manœuvre dolosive concernant l'état de grossesse des candidates à l'emploi ; empêchant toute sanction du silence ou du mensonge intervenu sur ce point, qu'il ait été déterminant ou pas du consentement de l'employeur. Il en est de même au sujet de l'omission à l'embauche déjà mentionnée du salarié quant à son statut de bénéficiaire d'une allocation adulte handicapé ; celui-ci n'a pas commis une faute justifiant un licenciement[1532].

623. L'arrêt rendu le 25 avril 1990 qui concernait le silence du salarié, embauché en qualité de vigile et de surveillant, relativement à ses condamnations pénales antérieures mérite d'être évoqué. Si les termes de la décision conduisent à penser que la sanction de l'employeur est davantage justifiée par l'absence d'obligation d'information précontractuelle du salarié et corrélativement l'existence d'une obligation de se renseigner à la charge de l'employeur[1533], il a pu être considéré qu'il s'agissait plutôt pour la Cour de cassation de « *compléter la liste des domaines qui par nature n'intéressent pas l'employeur en y ajoutant les antécédents judiciaires du salarié* »[1534], et d'exclure en l'espèce le parcours pénal du candidat du rapport contractuel d'emploi. Il nous semble cependant que ce soit bien la première lecture qui soit la bonne. Non pas que le casier judiciaire du postulant ne soit accessible à l'employeur par principe, c'est la nature particulière de l'emploi considéré qui permet d'établir un lien crédible entre la probité du candidat et la moralité des fonctions professionnelles. Au même titre que la possession du permis de conduire, au demeurant un élément privé, devient substantielle et contractuelle lorsque l'objet même des fonctions professionnelles le nécessite. Il est établi en effet que la frontière entre la vie personnelle et les attributions professionnelles peut, en certaines circonstances, se révéler mouvante. Il s'agit évidemment de dire un mot des entreprises dites de tendance, qui sont

[1531] Soc. 23 févr. 1972, Bull. civ. V., n° 152, p. 143.
[1532] Soc. 9 janv. 1991, n° 91-539, Juri-soc. 1991, p. 215.
[1533] Soc. 25 avril 1990, Bull. civ. V, n° 186 ; RJS 1990, p. 450 ; JCP 1990, VI, p. 233 ; D. 1990 IR, p. 126 ; D. 1991, p. 507, note J. MOULY.
[1534] M. RICHEVAUX., note sous Soc. 25 avril 1990, Dr. ouv. 1990, p. 392.

en droit d'exiger de leur personnel « *un engagement plus marqué aux valeurs qu'elles défendent* »[1535].

2. Le trouble né de l'exercice des droits fondamentaux du candidat sanctionné par l'employeur

624. Les juges peuvent en effet tenir compte des circonstances, telle la nature des relations de travail ou l'objet de l'entreprise, afin de déterminer si un élément classiquement envisagé comme ressortant du domaine de la vie privée peut être rattaché à l'emploi considéré. L'employeur pourra alors, le cas échéant, fonder son choix ou son refus de former contrat avec un individu en raison même d'un élément sanctionné d'ordinaire comme discriminatoire, du moment qu'il le justifie au regard de l'emploi proposé et de ses caractéristiques – du moment qu'il exprime un *intuitu personae* particulier et licite.

625. Il a pu en être jugé ainsi dans un arrêt du 19 mai 1978, rendu par la Cour de cassation réunie en assemblée plénière, au motif que s' « *il ne peut être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par un employeur* », certains « *cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement* » permettent de contractualiser cet élément. En l'espèce, un établissement privé catholique avait licencié un professeur en raison de son remariage après son divorce. Les juges ont retenu que « *lors de la conclusion du contrat […], les convictions religieuses de ce dernier avaient été prises en considération et que cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante* ». En conséquence, il a été jugé « *que l'institution attachée au principe de l'indissolubilité du mariage qui avait agi en vue de sauvegarder la bonne marche de son entreprise en lui conservant son caractère propre et sa réputation, n'avait commis aucune faute* »[1536]. La Cour de cassation a retenu la même solution dans un arrêt du 27 novembre

[1535] Soc. 13 mai 1969, JCP éd. G. 1970, II, 16208, note J.-M. VERDIER ; Soc. 17 oct. 1973, JCP éd. G. 1974, II, 17698, note Y. SAINT-JOURS. Au sujet de ces entreprises dites de tendance, « *c'est à dire auxquelles est attachée une doctrine impliquant un parfait respect, si ce n'est en conscience, du moins en comportement du salarié* », la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail a pu préciser dans son article 4 que : *« les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1er ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.* ».

[1536] Ass. plén. 19 mai 1978, n° 76-41211, Bull. civ. 1978, n° 1, p. 1.

1986, au sujet du licenciement d'une enseignante en théologie protestante qui avait changé de religion[1537].

626. De ce point de vue, la nécessité de circonscrire les investigations issues du recrutement aux seules aptitudes et capacités du candidat permet la prise en considération de libertés fondamentales. L'employeur qui doit respecter les droits des individus et leur vie privée peut toutefois les invoquer si leur exercice cause à l'entreprise, au regard de la nature de leurs fonctions, un trouble suffisamment caractérisé. En ce sens, le comportement adopté par le salarié, quand bien même il paraît étranger à la prestation de travail, peut constituer un motif légitime de licenciement. Le recrutement du salarié se sera alors antérieurement fondé licitement sur cette caractéristique. Le contrôle demeure toutefois extrêmement strict ; ainsi du célèbre arrêt Painsecq rendu le 17 avril 1991. En l'espèce, la Cour de cassation, au visa des articles L. 122-35 (L. 1321-3 nouveau[1538]) et L. 122-45 (L. 1132-1 nouveau) du Code du travail, formule l'attendu de principe selon lequel si « *ces textes interdisent à l'employeur de congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs ou de ses convictions religieuses ; [...] il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* ». En l'espèce, une association religieuse avait pris connaissance de l'homosexualité d'un aide-sacristain, celui-ci avait alors été licencié au motif que ses mœurs, contraires aux principes de l'Eglise catholique, s'opposaient à ce qu'il puisse être maintenu dans ses fonctions. Les juges d'appel avaient jugé de la licéité du licenciement, en raison du fait que « *la méconnaissance délibérée par le salarié de ses obligations existait indépendamment du scandale qu'un tel comportement était susceptible de provoquer* », ils relevaient en ce sens « *qu'il importait peu, dès lors, de savoir si ce comportement n'avait été connu que d'un petit nombre de fidèles et n'avait été révélé à*

[1537] Soc. 27 nov. 1986, Bull. civ. V, p. 420.

[1538] « *Le règlement intérieur ne peut contenir : 1° Des dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement ; 2° Des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; 3° Des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de leur origine, de leur sexe, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur situation de famille ou de leur grossesse, de leurs caractéristiques génétiques, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou mutualistes, de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille ou en raison de leur état de santé ou de leur handicap* ».

l'employeur que par des indiscrétions »[1539]. La Cour de cassation, en application du principe général qu'elle venait de dégager a censuré la décision des juges au motif qu'il n'avait pas été constaté ni prouvé que les agissements de ce dernier aient créé un trouble caractérisé au sein de l'association[1540].

627. En application de cette jurisprudence, il résulte que les conditions permettant à l'employeur de prendre en compte et de sanctionner le comportement privé du salarié au regard de son recrutement sont éminemment restrictives[1541]. Il ne suffit pas en effet d'établir un lien entre « *le comportement du salarié* » et « *la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise* », il faut encore prouver que celui-ci « *a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* ». En d'autres termes, la sanction indirecte de l'élément protégé tenant à la personne du candidat à l'emploi devenu salarié doit attendre, si ce n'est le péril de l'entreprise, du moins un certain heurt.

628. Diverses questions pouvaient encore être posées quant au lien entre la qualité protégée et l'emploi considéré, au sujet notamment de l'état de grossesse de la candidate. A la suite de l'arrêt rendu le 23 février 1972, il faut préciser que la Cour de cassation, prenant ensuite appui sur les articles L. 122-25 et suivants du Code du travail (nouveaux L. 1225- 1 et suivants[1542]), a pu donner toute son ampleur à cette prescription. En l'espèce, une salariée engagée en qualité de chimiste au titre d'un remplacement d'une durée d'un an, devait, en raison de sa grossesse, être changée de poste. L'employeur procède alors à la rupture du contrat pour force majeure, la salariée s'étant fait engager « *pour occuper un poste temporairement vacant, dont elle savait cependant ne pouvoir assumer les fonctions en découlant* ». Raisonnant très justement au regard des obligations civiles, il soutient encore « *que l'obligation de chacune des parties au contrat de travail trouve sa cause dans l'exécution de l'obligation assumée par l'autre ; que le fait que Mme X... ait accepté une obligation dont elle a toujours su ne pas être en mesure d'assumer la charge, à savoir*

[1539] CA Paris, 30 mars 1990, D .1990, p. 596 ; Dr. soc. 1991, p. 485.
[1540] Soc. 17 avril 1991, JCP 1991, II, 21724 ; D. 1991, IR, p. 140 ; v. J. SAVATIER, *Le licenciement à raison de ses mœurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux*, Dr. soc. 1991, p. 485.
[1541] M. DESPAX, *La vie extra professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail*, JCP éd. G. 1963, I, 1776 ; P. GULPHE, *De la non interférence de la vie privée sur la vie professionnelle du salarié en droit français*, JCP éd E. 1990, II, 15736.
[1542] « *L'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou, sous réserve d'une affectation temporaire réalisée dans le cadre des dispositions des articles L. 1225-7, L. 1225-9 et L. 1225-12, pour prononcer une mutation d'emploi. Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée*. »

d'assurer le remplacement temporaire d'un poste impliquant la manipulation de produits toxiques pour une femme enceinte, a privé de cause dès l'origine la propre obligation de la société […], entraînant la nullité du contrat », de même qu'est évoqué le fait « *que relève de la fraude à la loi le comportement de la salariée qui […] dissimule sciemment son état de grossesse, tout en ne pouvant ignorer son inaptitude à […] l'exécution du contrat auquel elle consentait* ». Les juges, faisant une stricte application de l'interdiction formulée par le Code du travail, confirment le caractère abusif de la rupture[1543], alors même qu'en l'espèce, il était évident que l'état de grossesse se révélait objectivement incompatible avec l'emploi considéré, relativement à la santé et à la sécurité de la future mère ; le lien entre l'information et le poste s'avérait à cet égard direct et nécessaire. Le trouble objectif que pourrait causer l'exposition au danger de la salariée enceinte, et qui permettrait dès lors même de constituer au moins la moitié des éléments requis par la jurisprudence, se trouve cependant évité par le recours à la médecine du travail et les règles protectrices applicables.

629. Cette solution, qui consiste à ne pas sanctionner le contractant qui se fait embaucher en ayant une parfaite connaissance de son incapacité à exécuter les obligations qu'il a fait naître, demeure toutefois amplement critiquable du point de vue de la plus élémentaire loyauté contractuelle. Certains auteurs ont en conséquence pu s'émouvoir de voir son exacte portée confirmée la même année par la Cour Européenne des droits de l'homme[1544]. Cette position a toutefois le mérite de confirmer que la loyauté sait parfaitement s'absenter du rapport précontractuel dès lors qu'entre en jeu l'exercice d'un droit fondamental, ou dès lors qu'elle aurait pour conséquence de permettre l'immixtion, au demeurant légitime, de l'employeur au sein de la vie privée de son cocontractant. A cet égard, on remarquera que si la matière sociale exacerbe et dénature franchement l'obligation de loyauté de l'employeur en pareille circonstance, elle abolit totalement l'exigence de bonne foi du salarié, suggérant encore que l'enjeu de l'accès à l'emploi autorise au candidat la plus évidente déloyauté. D'autant que, sauf position juridique préétablie, le candidat peut juger seul du rapport direct et nécessaire qu'entretient telle information avec ses capacités à occuper l'emploi convoité, et partant de l'opportunité d'adopter un comportement dolosif ou de retenir une information légitimement ou illégitimement déterminante (c'est le cas

[1543] Soc. 2 févr. 1994, Bull. civ. V, n° 38 ; RJS 1994, n° 246 ; Dr. soc. 1994, p. 512 ; JCP 1994, IV, n° 894 ; RTD civ. 1995, p. 143, obs. P.-Y. GAUTIER.
[1544] CJCE, 14 juil. 1994, JCP éd. E. 1994, pan. 971.

dans l'espèce du 23 février 1972[1545]), l'éventuel contrôle de la licéité de la manœuvre n'intervenant qu'*a posteriori*[1546]. Cette remarque peut cependant être relativisée, la question des éléments protégés ayant fait l'objet de nombreuses précisions, qu'il s'agisse de la jurisprudence au titre de l'article L. 1221-6 du Code du travail, ou de l'exhaustivité de la loi au titre du principe de non-discrimination situé à l'article L. 1132-1 du même Code.

630. La sphère du non contractuel, et corrélativement du droit au silence du salarié, s'est en effet constamment vue allongée, par les efforts conjugués de la jurisprudence d'abord, de la loi et du pouvoir réglementaire ensuite, étendant corrélativement la déloyauté du droit au silence du candidat à l'emploi. On relève en ce sens un document ministériel en date du 16 mars 1987, qui reprend en substance le principe prétorien : « *les renseignements demandés au salarié lors de l'embauche doivent avoir pour seul but d'apprécier les qualités professionnelles des salariés et doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi pour lequel ils postulent* »[1547]. Une autre circulaire du 15 mars 1993[1548], faisant suite à la loi du 31 décembre 1992, rejette les questions susceptibles d'être posées au candidat relativement à ses loisirs, sa santé, son logement ou la profession de ses parents et de son conjoint. De même, le rapport central établi par G. Lyon-Caen suggérait de limiter l'autorisation de l'employeur aux demandes de justificatifs concernant les diplômes et formations du candidat, et d'exclure la communication du dossier scolaire. Celui-ci comportant par nature des appréciations personnelles relatives à l'environnement social et familial, l'employeur qui en prendrait connaissance porterait atteinte à la vie privée du postulant[1549]. L'entreprise de délimitation du domaine des investigations de l'employeur, née d'une modulation des applications issues de l'exigence de loyauté contractuelle, a indubitablement inspiré le législateur de décembre 1992, et notamment le dispositif anti-discrimination qui l'a précédé.

631. A cet égard, c'est en quelque sorte par une distorsion de l'obligation de loyauté des parties au recrutement que l'exercice et le respect des droits fondamentaux du salarié ont

[1545] Lorsqu'a été rendu l'arrêt du 23 févr. 1972, aucune loi ne prohibait le refus embauche en raison de la grossesse, puisque la première loi à ce sujet est datée du 11 juillet 1975.
[1546] M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. n° 2, fév. 1995, p. 129.
[1547] Rép. min. n° 13309, JO AN Q. du 16 mars 1987, p. 1486.
[1548] Circ. min. n° 93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles, Dr. ouv. 1993, p .244.
[1549] G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport, La Documentation Française, 1992 ; confirmé par Rép. min. n° 13309, JO Ass. Nat. Q. du 16 mars 1987, p. 1486, Dr. ouv. 1987, p. 267.

pu être aménagés et conciliés au rapport d'emploi, lequel porte également des enjeux impératifs, pris en compte au titre du trouble objectif que causerait le candidat, par son comportement, à la structure ou la réputation de l'entreprise. En pratique, si l'exigence de sincérité du postulant est radicalement abaissée à la mesure de ce qui est nécessaire à la protection de ses droits constitutionnels, l'aggravation de la loyauté due par l'employeur se justifie au regard de la valeur constitutionnelle des droits considérés. La limite substantielle à ces constructions particulières au rapport de travail devant se trouver, une fois de plus, dans l'*intégrité* de l'emploi occupé par le salarié et partant la sauvegarde de l'intérêt de l'entreprise, apprécié par l'employeur et contrôlé par le juge.

II : LA LOYAUTE QUANT AUX PROCEDES UTILISES POUR L'EVALUATION DES CAPACITES PROFESSIONNELLES DU CANDIDAT

632. La transparence due au candidat au titre de la loyauté de l'employeur concerne tant les modalités de mise en œuvre des moyens et procédés d'évaluation (A), que l'usage et le traitement des résultats et des informations amassées au cours des opérations de recrutement (B).

A. La loyauté dans la transparence de la mise en œuvre des moyens et procédés d'évaluation

633. Les éventuelles méthodes et techniques particulières d'aide au recrutement utilisées par l'employeur doivent impérativement être portées à la connaissance du candidat à l'emploi (1). Leur usage est en outre conditionné aux mêmes exigences de finalité et de pertinence que celles que connaissent les informations susceptibles d'être demandées au candidat (2).

1. La transparence dans l'information préalable

634. L'employeur qui procède au recrutement d'un candidat va naturellement s'entretenir avec lui une ou plusieurs fois. Afin d'apprécier et d'évaluer ses capacités professionnelles et psychologiques réelles, il peut faire recourir à des tests d'aptitude, des questionnaires, des simulations etc. Si ce type de méthodes concerne généralement les cadres, ou du moins les postes qui impliquent un certain niveau de responsabilité, un régime unique d'information s'applique. L'article L. 2323-32 du Code du travail fait en ce sens obligation à l'employeur

d'informer le comité d'entreprise « *préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de celles-ci* ». Cette information préalable et collective « *peut se révéler plus efficace qu'une interdiction, vite contournée* »[1550], en ce que le chef d'entreprise montrera sans doute des réticences à afficher ainsi *publiquement* l'éventuel recours à des méthodes aussi farfelues et peu fiables que l'astrologie ou la numérologie, d'autant que si le comité n'est pas consulté, les éventuels procédés d'évaluation seront exclus, sous peine de constituer le délit d'entrave.

635. L'article L. 1221-9 du Code du travail contraint également l'employeur qui a recours à ce type de techniques à en informer préalablement le candidat[1551]. Celui-ci devra en ce sens être averti des éventuels examens qu'il est susceptible de passer directement, telle l'entrevue avec une psychologue, ou indirectement, telle l'étude graphologique de sa lettre de motivation.

2. La transparence dans la nécessité de la pertinence et de la finalité

636. L'article L. 1221-8 alinéa 3 du Code du travail pose les mêmes conditions de pertinence au regard de la finalité poursuivie au sujet de la licéité des méthodes et techniques particulières d'aide au recrutement. De ce point de vue, les informations susceptibles d'être demandées au candidat à l'emploi et les tests de nature à lui être proposés relèvent du même régime. Cette exigence a par ailleurs permis de rejeter certains procédés qu'ils soient attentatoires aux droits de la personne[1552], ou simplement inefficaces à évaluer les capacités professionnelles du candidat.

B. La loyauté dans la transparence de l'utilisation des informations recueillies

637. Le traitement des données recueillies au titre des opérations de recrutement, qu'elles soient issues des renseignements fournis par le salarié ou des résultats obtenus aux tests, doit être porté à la connaissance du candidat concerné (1), et respectueux des règles de confidentialité, d'accès et de rectification issues du droit commun (2).

[1550] J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Liaisons, 2013/2014, p. 66.
[1551] « *Aucune information concernant personnellement un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance* ».
[1552] B. MATHIEU, *Le recours aux tests génétiques en matière d'emploi*, Dr. soc. 2004, p. 257

1. L’information impérative du candidat à l’emploi

638. La loyauté exigée dans la collecte des informations demeure à leur traitement. En application des articles 26 alinéa 1er et 45 alinéa 2 de la loi du 6 janvier 1978, il est exigé que l’objet et l’usage des données recueillies soient précisés au candidat. Il importe également que les questionnaires et les supports de recueil des données comportent les mentions exigées par l’article 25 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés, relativement au caractère obligatoire ou facultatif des réponses, aux conséquences à l’égard des personnes d’un défaut de réponse, aux personnes physiques ou morales destinataires des informations et à l’existence d’un droit d’accès et de rectification. Il résulte enfin de l'article 10 de la directive n° 95-46 du 24 octobre 1995 que le candidat doit être informé de l'identité du responsable du traitement ainsi que des finalités du traitement auquel les données sont destinées.

2. La confidentialité des informations recueillies

639. Il s’agit principalement de prohiber la constitution de fichiers ou de banques de données nominatives. La confidentialité des informations à caractère personnel est par ailleurs imposée au titre des mêmes articles 26 alinéa 1er et 45 alinéa 2de la loi du 6 janvier 1978. De même que le même texte prévoit que toute personne a le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement. Les dispositions nécessaires doivent également être prises pour informer le candidat de la durée de conservation des informations le concernant ainsi que de la possibilité d’en demander la restitution ou la destruction. Le candidat doit enfin être préalablement informé de toute éventuelle cession d'informations à d'autres organismes chargés de recrutement et être en mesure de s'y opposer, s’agissant notamment de prospection commerciale. Le droit d’accès et de rectification des données obtenues au cours du recrutement est régi par les articles 34 et suivants et 45 de la loi du 6 janvier 1978.

640. L’employeur est ainsi soumis à une obligation de loyauté dès lors qu’il envisage un recrutement et entreprend de mener des opérations visant la sélection du candidat à l’emploi. Une fois le cocontractant choisi, le processus contractuel censé déboucher sur la

conclusion d'un contrat de travail s'enclenche, tenant pareillement l'employeur et son futur collaborateur à une certaine loyauté.

SECTION 2
LA LOYAUTE DES MODALITES DE CONCLUSION DU CONTRAT

641. Le choix du cocontractant, s'il relève sans doute de l'enjeu le plus sensible de la loyauté, n'en constitue cependant pas la seule sphère d'application à la phase de formation du contrat de travail. A l'issue du recrutement, il est en ce sens possible de ne pas voir intervenir immédiatement la concrétisation de la relation individuelle. La conclusion peut être précédée, en certains cas, d'une négociation ; les règles qui sont alors imposées aux parties au titre de l'obligation de loyauté sont généralement les mêmes que celles que l'on observe en matière civile, elles ont trait notamment au ménagement que tout contractant doit à l'autre dès lors que leurs discussions ont pu faire naître chez lui une attente légitime (PARAGRAPHE 1). Bien plus fréquente, voire quasi systématique, est la possibilité de voir différée la conclusion parfaite de l'accord par l'effet d'une clause d'essai, emmenant le cocontractant dans l'entreprise. Les règles de bonne foi qui sont dès lors applicables se révèlent nécessairement spécifiques à la matière sociale et au rapport d'emploi qui se superpose au rapport contractuel ; elles illustrent par ailleurs la résilience des impératifs issus du régime applicable au recrutement (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : LA LOYAUTE DANS LA NEGOCIATION DE L'ACCORD

642. Selon le niveau de force de chacune des parties, la négociation du contrat de travail peut se révéler plus ou moins loyale et voir ses chances d'aboutir réduites ou augmentées. En tout état de cause, les contractants demeurent soumis à chaque étape à une obligation de bonne foi, dont le respect participe de l'avancée et de la crédibilité des discussions ; ainsi de la loyauté imposée à la phase des pourparlers (I) et à l'égard de la promesse d'embauche (II).

I : L'OBLIGATION DE LOYAUTE DES POURPARLERS

643. Qu'il s'agisse d'élaborer conjointement le contenu contractuel (A), ou de se retirer du rapport précontractuel (B), l'intérêt de l'autre partie ne doit pas être totalement nié et le contractant volontaire ou démissionnaire demeure soumis à l'exigence de bonne foi.

A. L'obligation de négocier loyalement

644. A l'instar du droit commun, l'obligation de bonne foi pèse sur les parties dès l'instant où elles décident d'entamer des négociations, et elle préside ensuite au cours des discussions. Le contrat de travail, généralement d'adhésion, ne nécessite pas que des discussions particulières soient mises en œuvre quant aux modalités pratiques. C'est donc selon des hypothèses assez restrictives que l'employeur et le candidat pourront être amenés à échanger véritablement quant au contenu et aux éventuelles clauses de la convention. En ce cas, ils sont tenus d'une obligation de loyauté, au même titre que n'importe quel contractant. La première manifestation de l'exigence se trouve dans l'engagement même des pourparlers. En effet, le cocontractant qui entreprend de négocier sans intention réelle de contracter adopte un comportement malhonnête[1553]. La déloyauté peut également se trouver dans le fait de poursuivre les négociations alors même qu'il sait que celles-ci ne pourront aboutir[1554].

645. La loyauté qui préside à la phase de conclusion d'un contrat de travail doit se concilier avec la liberté contractuelle des parties, lesquelles ne peuvent être contraintes ni de s'engager ni de parvenir effectivement à un accord. De ce point de vue, l'intensité de l'exigence de bonne foi est sensiblement abaissée, et elle ne concernera le cas échéant que le sérieux des pourparlers. Durant cette période, « *les futurs contractants échangent leurs points de vue, formulent et discutent les propositions qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat* »[1555]. La jurisprudence est venue préciser que si les parties décident d'engager des discussions précontractuelles, « *certaines obligations de rectitude et de loyauté s'imposent […] à la conduite des pourparlers* »[1556]. De manière générale, il s'agit pour les parties de s'abstenir de « *toute déloyauté qui ferait échec à l'aboutissement des négociations ou causerait un préjudice au partenaire lors de la période précontractuelle* »[1557], au risque d'engager leur responsabilité délictuelle. La loyauté ne permet cependant pas de limiter la liberté contractuelle, seulement de cadrer son

[1553] CA Paris, 25 oct. 1991, RJS 12/1991, n° 1284.
[1554] Même arrêt.
[1555] F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 2013, n° 184.
[1556] CA Pau, 14 janv. 1969, D. 1969, Jurisp. p. 716.
[1557] P. JOURDAIN, *La bonne foi dans la formation du contrat*, La bonne foi, Travaux de l'association Henri Capitant, 1992, p. 122.

exercice. En ce sens, les parties demeurent en principe libres de mettre un terme à tout moment aux négociations, pour autant qu'elles exercent cette faculté sans déloyauté.

B. L'obligation de rompre loyalement les pourparlers

646. Si les parties demeurent libres d'exercer leur droit de retrait, la loyauté minimale à laquelle elles sont astreintes sera appréciée d'autant plus strictement que celles-ci s'étaient promis de négocier. Lorsque le chef d'entreprise et le candidat se sont expressément engagés à négocier un contrat de travail, il convient de prendre acte de cet accord de principe, et d'imposer aux parties l'obligation de l'exécuter de bonne foi. La Cour de cassation considère en effet que si l'accord précontractuel n'a pas pour effet d'obliger les parties à s'entendre définitivement, il leur impose pour autant de négocier d'autant plus sérieusement qu'elles s'y sont elles-mêmes contraintes et ont entendu octroyer davantage de force à leurs échanges[1558]. La loyauté contractuelle est alors issue de deux sources ; « *d'une part l'obligation de bonne foi qui résulte de l'accord de principe en vertu duquel les parties se promettent de négocier, et d'autre part l'obligation de loyauté qui se rapporte à la conduite des tractations en vue de parvenir à la conclusion du contrat projeté* »[1559]. En ce sens, si aucune obligation d'embauche ne pèse sur l'employeur au travers de l'accord de principe, les parties ont formalisé leur volonté de parvenir à un accord et partant à la conclusion d'un contrat. En conséquence, la mauvaise foi d'un des négociateurs trahit sa mauvaise volonté, il est dès lors susceptible de se voir sanctionné par le biais des dommages-intérêts au titre de sa responsabilité contractuelle[1560]. En l'absence d'un engagement formel des parties à négocier, l'éventuel manquement à la loyauté des négociations sera, à l'inverse, sanctionné au titre d'une responsabilité extra contractuelle.

647. La même sévérité dans l'exigence de loyauté peut être déduite du fait que les discussions ont été particulièrement avancées. Les obligations de « *rectitude et de loyauté* »[1561] qui doivent présider aux discussions précontractuelles se manifestent en effet d'autant plus dans l'hypothèse d'une rupture unilatérale, dans la mesure où celle-ci est de nature à causer un préjudice à l'autre partie. Classiquement, la Cour de cassation sanctionne « *les ruptures*

[1558] Soc. 24 mars 1958, JCP éd. G. 1958, II, 10868, note J. CARBONNIER.
[1559] W. ROUMIER, *Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?*, TPS, févr. 2003, p. 10.
[1560] Civ. 1ère, 12 avril 1976, Bull. civ. I, n° 122, p. 98.
[1561] CA Pau, 14 janv. 1969, D. 1969, Jurisp., p. 716.

intempestives ou vexatoires »[1562]. La faute de l'auteur de la rupture pourra se révéler d'autant plus déloyale que les négociations étaient particulièrement abouties et pouvaient légitimement faire naître chez l'autre partie l'espoir raisonnable de les voir bientôt aboutir. Compte tenu du « *rapport de confiance* »[1563] qui a pu vraisemblablement et progressivement s'installer entre les négociateurs, le juge peut alors sanctionner le retrait de l'un d'eux dès lors qu'aucun motif légitime ne le justifie[1564]. La loyauté commande en ce sens aux parties qui ont décidé de négocier en toute liberté d'agir avec au moins une certaine sincérité. Si l'exigence de bonne foi s'applique alors même qu'il ne s'agit là que d'une phase exploratoire qui permet aux partenaires le seul échange mutuel de propositions, sans qu'ils soient engagés ou assurés de conclure, il paraît *a fortiori* légitime que la même exigence s'applique lorsque l'employeur s'engage à l'embauche du candidat.

II : L'OBLIGATION DE LOYAUTE DE LA PROMESSE D'EMBAUCHE

648. Lorsque le chef d'entreprise formule une promesse d'embauche, il manifeste non plus son accord sur le principe de la négociation, mais sur celui de la conclusion du contrat de travail. A cet égard, il est tenu d'une obligation de loyauté plus intense à l'endroit de son partenaire (A), la remarque est réciproque lorsque la promesse est synallagmatique (B) ; les exigences liées à la rétractation éventuelle de l'une des parties tendent par ailleurs à caractériser plus aisément une manifestation de déloyauté.

A. La loyauté née de la promesse unilatérale d'embauche

649. Qu'il s'agisse d'en formuler l'engagement ou d'exprimer une rétractation, la jurisprudence sociale est venue préciser les modalités de loyauté qui s'appliquent à l'auteur. En principe, l'employeur qui s'engage par une promesse d'embauche a pris la décision de conclure le contrat de travail avec le destinataire de son engagement, il a manifesté « *la volonté ferme de s'engager avec une personne déterminée pour un emploi dont certaines conditions essentielles sont clairement indiquées* »[1565]. Il est cependant le seul, dans cette hypothèse, à contracter des obligations, à la différence de l'accord

[1562] W. ROUMIER, *Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?*, TPS, févr. 2003, p. 9.
[1563] *Ibid*.
[1564] CA Paris, 13 déc. 1984, RTD civ. 1986, p. 97, obs. J. MESTRE ; CA Riom, 10 juin 1992, JCP éd. E. 1993, I, p. 231, obs. J. SCHMIDT.
[1565] Soc. 15 déc. 2010, n° 08-42951.

précontractuel par lequel les deux parties s'engagent. La promesse d'embauche traduit une proposition d'engagement différé ; elle peut intervenir lorsque, le recrutement effectué, « *le chef d'entreprise et le postulant retenu ne sont pas nécessairement en mesure de concrétiser tout de suite leurs nouvelles relations par un contrat de travail* »[1566], notamment le cas du candidat qui doit effectuer un préavis.

650. Au sujet de la qualification, la Chambre sociale a pu juger que l'engagement est constitué dès lors que les fonctions du candidat y sont décrites, même de manière globale, et que la rémunération est précisée[1567]. Alors qu'elle assimilait traditionnellement la promesse unilatérale d'embauche à un avant contrat[1568], un arrêt du 15 décembre 2010 est venu énoncer que « *constitue une promesse d'embauche valant contrat de travail l'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction* »[1569]. Le débiteur est alors tenu à l'exécution de bonne foi au même titre que n'importe quel contractant. Il ne peut en conséquence, malgré l'*intuitu personae* qui caractérise la relation individuelle de travail, recruter un autre candidat pour le poste objet de la promesse, quand bien même celui-ci satisferait mieux aux intérêts de l'entreprise. De même, en application de l'article 1134 du Code civil et l'obligation d'exécution de bonne foi, l'employeur devra *in fine* respecter les conditions d'emploi déterminées par la promesse. Il doit maintenir l'offre selon les délais qu'elle a pu établir. A défaut de précisions sur ce point, la Chambre sociale a décidé que la promesse devait être maintenue « *dans un délai suffisamment raisonnable pour permettre à son bénéficiaire de se décider* »[1570]. Si l'employeur rompt son engagement avant que le candidat ait pu manifester, dans les délais impartis, son intention de saisir l'opportunité offerte par la promesse d'embauche, il manque à son obligation et partant à la bonne foi contractuelle. L'employeur engage sa responsabilité contractuelle et peut être condamné à verser des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par le candidat, créancier déçu ou indifférent de la promesse d'embauche[1571]. Certaines décisions ont pu évoquer la légèreté blâmable de l'employeur qui retire avant son terme la promesse qu'il a formulée[1572].

[1566] W. ROUMIER, *Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?*, TPS, févr. 2003, p. 9.
[1567] Soc. 12 déc. 1983, Juri-social 1984, n°66.
[1568] N. HAUSER COSTA, *La promesse d'embauche*, RJS 5/1997, p. 331.
[1569] Soc. 15 déc. 2010, n° 08-42951 ; Soc. 7 mars 2012, RJS 5/12, n° 405 (solution réitérée).
[1570] Soc. 22 mars 1972, D. 1972, Jurisp., p. 468.
[1571] Soc. 6 févr. 2001, Dr. soc. 2001, p. 436, obs. B. GAURIAU.
[1572] CA Paris, 28 nov. 1991, RJS 3/92, n° 381.

651. La promesse d'embauche étant désormais assimilée à un contrat, il importe peu de savoir si le créancier a accepté la proposition pour qualifier le contrat. Il est dès lors considéré que l'employeur qui rompt son engagement procède fictivement au licenciement, ouvrant la possibilité à son cocontractant de se voir allouer des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, qui s'ajoutent aux dommages et intérêts résultant de la seule faute contractuelle, quand bien même il n'y aurait eu ni acceptation ni un commencement d'exécution du contrat de travail[1573]. Il en est de même au sujet de l'indemnité de préavis[1574]. Le défaut d'ancienneté en principe inhérent à la rupture d'une promesse d'embauche fait cependant obstacle à ce que le salarié bénéficie de l'indemnité de licenciement[1575].

B. La loyauté née de la promesse synallagmatique d'embauche

652. L'engagement bilatéral des parties vise alors la conclusion du contrat de travail et l'éventuelle rétractation est susceptible d'être sanctionnée pour les deux parties. La promesse d'embauche est en effet synallagmatique dès lors que les deux parties se sont engagées l'une envers l'autre à la conclusion d'un contrat de travail. Sauf à assortir la promesse d'une condition suspensive[1576], la Chambre sociale considère qu'il s'agit d' « *un véritable contrat de travail* »[1577]. Les parties, toutes deux obligées, ne peuvent se rétracter sans engager leur responsabilité contractuelle à l'égard de l'autre et être condamnées en conséquence à indemniser le préjudice en résultant[1578]. S'il veut s'exonérer de responsabilité, l'employeur devra rapporter la preuve d'un cas de force majeure[1579]. Par ailleurs, il a été jugé que le salarié qui a signé un contrat de travail, mais n'a pas encore commencé à l'exécuter, commet une faute dès lors que seulement quelques jours avant d'entrer au service de l'entreprise, il l'informe qu'il n'entend plus y travailler. La Cour de cassation a en effet précisé que le contrat « *était ainsi, dès sa signature, créateur d'obligations* », et que « *le fait qu'ait été prévue, dans le contrat de travail, une période*

[1573] Soc. 3 mars 1965, Bull. civ. IV, n° 184 ; Soc. 12 déc. 1983, D. 1984, IR, 111 ; Soc. 12 janv. 1989, Bull. civ. V, n° 18 ; Soc. 12 avril 1995, CSPB, n° 71, p. 203.
[1574] Soc. 2 févr. 1999, Bull. civ. V, n° 52 ; Soc. 4 déc. 2001, Dr. soc. 2002, p. 212, obs. J. SAVATIER.
[1575] Sauf le cas où le salarié, déjà embauché par l'employeur, se serait vu promettre un autre poste.
[1576] CA Aix-en-Provence, 31 oct. 1995, RJS 1/1996, n° 89.
[1577] Soc. 2 mars 1993, JCP éd. E 1993, II, 513, note C. HOCHART.
[1578] CA Paris, 28 nov. 1991, RJS 3/1992, n° 381 ; CA Montpellier, 28 nov. 1991, RJS 3/1992, n° 382 ; CA Versailles, 15 nov. 1994, RJS 1/1995, n° 85.
[1579] Il faudra prouver l'imprévisibilité de l'événement (CA Versailles, 21 févr. 1996, RJS 4/1996, n° 485), et l'irrésistibilité (CA Paris, 6 mai 1993, RJS 7/12993, n° 8158).

d'essai, ne pouvait dispenser le salarié de respecter l'obligation préalable d'entrer en fonctions »[1580]. La faute contractuelle commise par le salarié se résout dès lors par la condamnation aux dommages et intérêts. En l'espèce, le salarié, plutôt que de considérer que le contrat de travail n'existait pas avant sa prise d'effet et ne pouvait donc être rompu abusivement avant cette date, aurait du commencer d'exécuter ses obligations et dénoncer le contrat durant sa période probatoire.

PARAGRAPHE 2 : LA LOYAUTE DANS LA DENONCIATION DE L'ACCORD

653. S'il est un dénominateur commun et spécifique à tous les contrats de travail, c'est bien l'existence d'une période contractuelle probatoire, dite d'essai. Son principe permet, une fois la convention formée, de s'en délier sans engager, en principe, sa responsabilité (I). Les spécificités de la matière sociale ont cependant conduit à aggraver l'exigence de loyauté de l'employeur, dès lors que la personne du candidat est susceptible d'être évincée de l'emploi (II).

I : LE DROIT DE ROMPRE LIBREMENT LA PERIODE D'ESSAI

654. L'objet de la période d'essai est légitimé par la nature du contrat de travail (A). De même, il apparaît que le caractère éminemment envahissant du contrat pour l'une et profondément *intuitu personae* pour l'autre des parties conduit à admettre cette spécificité contractuelle au rapport d'emploi (B).

A. L'objet de la période d'essai

655. La jurisprudence a pu préciser que l'objet de la période d'essai est « *de permettre aux parties de se familiariser l'une à l'autre, de donner à l'employeur les moyens de vérifier aussi bien les compétences du salarié que son expérience et ses facultés d'adaptation à un milieu professionnel nouveau pour lui, d'aider le salarié à assimiler les méthodes de travail et l'esprit de l'entreprise, à se situer par rapport à ses collègues, à accepter l'autorité de ses supérieurs hiérarchiques* »[1581]. Le chef d'entreprise et le candidat à

[1580] Soc. 29 mars 1995, n° 91-44288.
[1581] CA Paris, 23 nov. 1990, D. 1992, Jurisp. p. 101, note G. PIGNARRE. L'article L. 1221-20 C. trav. reprend par ailleurs la même définition : « *La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié*

l'emploi peuvent en ce sens manifester leur intention de s'engager l'un envers l'autre, sans pour autant situer la formation du contrat au commencement de son exécution[1582], en prévoyant dès l'origine une période probatoire[1583].

B. La spécificité de la période d'essai

656. Il s'agit d'une spécificité du contrat de travail au regard du principe du consensualisme, selon lequel la conclusion de la convention est concomitante de l'échange des consentements. Cette particularité se justifie au regard de la nature du contrat de travail, qui commande effectivement à la légitimité d'un essai. Le recrutement n'a vraisemblablement pas pu à lui seul permettre aux parties de mesurer l'opportunité et l'ampleur contractuelle. L'employeur peut à cet égard évaluer licitement durant cette période les capacités réelles du salarié à exercer ses nouvelles fonctions, et en application a la possibilité de rompre les relations. Le salarié apprécie quant à lui le contexte de l'entreprise et mesure sa charge professionnelle en situation, il a la faculté de se délier de son engagement si l'environnement ou le poste ne lui conviennent finalement pas[1584]. « *Compte tenu de cette finalité, la loi reconnait aux contractants une liberté dans l'exercice de la rupture, de sorte que l'on peut affirmer que pendant l'essai le principe de la liberté contractuelle est plus fort que l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions* »[1585]. Effectivement, la période d'essai se place sous le signe de l'indépendance[1586], puisqu'il est reconnu aux parties le droit de se délier librement, sans avoir à justifier d'un motif particulier, et à n'importe quel moment. La loyauté, nécessairement abaissée, n'est cependant pas totalement absente de la mise en œuvre et des circonstances de la rupture.

---

dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent ».

[1582] D. CORRIGNAN-CARSIN, *La période d'essai*, RJS 8-9/1995, p. 551.

[1583] Soc. 19 févr. 1997, Bull. civ. V, n° 69 ; Soc. 27 janv. 1997, Bull. civ. n° 33.

[1584] Soc. 20 nov. 2007, n° 06-41212, Bull. civ. V, n° 194.

[1585] D. JACOTOT et C. BOURRIER, *L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée*, D. 1996, Chr. p. 343.

[1586] Aux fins d'éviter les abus, des durées sont toutefois imposées selon le type de contrat, la catégorie du salarié et l'éventuel renouvellement (art. L. 1221-19 et L. 1221-21 C. trav.).

II : L'OBLIGATION DE ROMPRE LOYALEMENT LA PERIODE D'ESSAI

657. Il apparaît que si la jurisprudence caractérise et qualifie davantage l'abus que la déloyauté lorsque la rupture de la période d'essai est estimée illicite, du moins illégitime (A), le champ de l'abus et celui de la loyauté recoupent des exigences similaires (B).

A. La qualification de l'abus de la rupture

658. Si le droit de rompre la période d'essai, qui s'exerce sans formalité, est libre et discrétionnaire[1587], la jurisprudence a pu préciser que « *ce droit n'est toutefois pas absolu* »[1588]. Le motif de la rupture, qui n'a en principe pas à être exprimé, doit cependant exister et être légitime. Conformément à l'objet du contrat et à la circonscription afférente de son pouvoir, l'employeur ne saurait se fonder sur un élément étranger à l'exécution de la prestation de travail de son cocontractant pour déterminer sa décision de rompre. La jurisprudence a pu dégager un certain nombre d'exigences particulières qui visent à circonscrire le champ de la liberté de rompre, et à en qualifier les abus ouvrant droit à réparation. Il en est ainsi des circonstances ; ainsi de l'employeur qui, sans détourner la finalité de la période d'essai, l'a rompue de telle manière qu'il en est résulté un dommage pour le salarié. Il en est de même lorsque l'employeur procède avec une « *légèreté blâmable* »[1589]. La même *légèreté blâmable* a été reprochée au chef d'entreprise qui a mis fin à l'essai d'un salarié malade en raison du « *dynamisme et de la qualité des prestations de son remplaçant* »[1590]. Les circonstances peuvent également laisser présumer que l'employeur a manqué à l'objet de la période d'essai. Tel est le cas d'une rupture prématurée ; l'employeur avait en l'espèce mis un terme à l'essai avec une précipitation telle que le salarié n'avait pu être en mesure de faire la preuve de ses capacités, et l'employeur lui-même n'avait corrélativement pas pu apprécier les résultats de l'essai[1591]. Le détournement de l'utilité de la période d'essai est enfin constitué lorsqu'il est prouvé que l'employeur a congédié le salarié pour un motif étranger à ses compétences[1592], ou

---

[1587] Soc. 7 mars 2012, RJS 5/12, n° 405 (« *L'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai* »).

[1588] CA Aix-en-Provence, 17 févr. 1993, RJS 6/1993, n° 593 ; Soc. 25 mars 1985, Bull. civ. V ; Soc. 5 mars 1987 : « *Si, en principe, chaque partie au contrat est libre de le rompre, sans donner de motif, au cours de la période d'essai, il n'en résulte pas que cette rupture ne puisse être fautive* **».**

[1589] Soc. 18 juin 1996, JCP éd. G. 1996, II, 22739, note C. PUIGELIER.

[1590] Soc., 17 mars 1971, Bull civ. V, n° 216.

[1591] CA Paris, 11 déc. 2008, n° 07-2548 (le salarié s'était présenté à 9 heures pour prendre son poste et s'était vu notifier la rupture de sa période d'essai à 9h30) ; Soc. 2 févr. 1994, D. 1995, Jurisp. p. 550, note P. PRZEMSKI-ZAJAC.

[1592] Soc. 7 févr. 2012, n° 10-27525, Bull. civ. V, n° 57 ; Soc. 20 nov. 2007, n° 06-41212.

qu'il invoque un motif qu'il connaissait au moment où le salarié a été recruté[1593]. Quant à l'existence même de la période d'essai, il a pu être jugé que l'employeur ne pouvait s'en prévaloir de bonne foi dès lors que celle-ci n'est pas mentionnée au contrat de travail et qu'il n'a pas mis le salarié en mesure de prendre connaissance de la convention collective qui la prévoit. Le salarié n'est pas immunisé contre un éventuel abus, et l'employeur pourra obtenir une réparation s'il parvient à prouver la faute de son cocontractant dans l'exercice de son droit de rupture[1594]. L'abus dans la rupture de la période d'essai se résout en dommages et intérêts, éventuellement, en cas de détournement de son objet, la Cour de cassation peut requalifier à titre de sanction la rupture en licenciement.

659. L'abus de la période d'essai peut aussi résulter, outre l'irrespect de sa finalité ou les circonstances de sa mise en œuvre, d'une atteinte aux droits des salariés. Alors que le texte ne le mentionne pas expressément, la Cour de cassation a jugé en effet que l'article L. 1132-1 du Code du travail était bien applicable à la phase probatoire du contrat. Par un arrêt du 16 février 2005[1595], les juges ont par ailleurs appliqué la sanction de nullité afférente aux discriminations. Il en est de même au sujet des femmes enceintes[1596]. Ces salariés discriminés peuvent donc demander leur réintégration dans l'entreprise et réclamer le paiement des salaires entre la date de la rupture et celle de la condamnation. Cette jurisprudence participe par ailleurs à imposer une certaine transparence dans les relations individuelles de travail. Ce mouvement général qui semble irriguer de manière diffuse et étendue le droit du travail est d'autant plus remarquable dès lors qu'il s'applique à la période d'essai. En effet, sa rupture étant en principe discrétionnaire, les parties n'ont pas à motiver leur décision. En appliquant le mécanisme anti discrimination, les juges contraignent l'employeur, conformément à l'aménagement de la preuve prévue à ce sujet, à

[1593] Soc. 6 déc. 1995, JCP éd. G. 1996, II, 22671, note C. PUIGELIER.

[1594] Pareillement, et même s'il est plus rare que le salarié prenne l'initiative de rompre l'essai, l'employeur peut se voir indemniser s'il parvient à prouver que le salarié a commis un abus dans l'exercice de son droit de rompre (Soc. 9 mai 1979, D. 1980, p. 30).

[1595] Soc. 16 févr. 2005, n° 02-43402 ; J. COLONNA, *La rupture de la période d'essai pour un motif discriminatoire est nulle* (au sujet de Soc. 16 févr. 2005), JCP éd. G. 2005, II, 10098, 13 juil. 2005, p. 1356). La Cour de cassation condamne l'employeur qui a rompu la période d'essai vraisemblablement en raison des problèmes de santé du salarié et, ce faisant, dessine une obligation de motivation de la rupture à l'endroit de l'employeur, alors même qu'est établi le caractère libéral, et par nature discrétionnaire, de la décision de rompre une période d'essai pour les deux parties au contrat. Ces principes de transparence et de motivation sont cependant bien plus aboutis lors de l'exécution contractuelle, une fois que l'employeur a formalisé son choix de contracter. Les exigences mêmes d'information préalable quant aux méthodes de recrutement et au traitement des données recueillies caractérisent par ailleurs à elles seules un principe de transparence.

[1596] Alors qu'antérieurement il était jugé que l'article L. 122-25-2 C. trav. ne s'appliquait pas pendant la période d'essai (Soc. 8 nov. 1983, n° 81-45785 ; Soc.21 déc. 2006, n°05-44806), la Cour de cassation a finalement accepté de prononcer la nullité de la rupture motivée par la grossesse de la salariée (Soc. 14 juin 2007, n° 05-45219).

justifier sa décision[1597], et l'incitent à s'être éventuellement constitué des preuves au préalable[1598].

B. La déloyauté de l'abus de la rupture

660. Si la Cour de cassation préfère évoquer la notion d'abus pour sanctionner l'exercice illégitime du droit de rompre, il demeure que le manquement qualifié par l'abus caractérise un comportement déloyal. L'abus résultant des circonstances s'apparente en effet à une discourtoisie contractuelle, à laquelle répugne la bonne foi. Ensuite, il y a un abus dans la rupture dès lors que la motivation n'est pas fondée sur les aptitudes professionnelles du salarié à occuper l'emploi pour lequel il a été recruté, dès lors qu'en réalité l'employeur ne se détermine pas par rapport aux seules compétences de son cocontractant. Il s'agit exactement de la portée de l'obligation de loyauté telle qu'elle est exigée de l'employeur en matière de recrutement. Il en est de même au sujet de l'abus tiré de la discrimination, l'employeur agit avec déloyauté dés lors qu'il intègre dans sa décision professionnelle un élément personnel protégé au titre de l'article L. 1132-1 du Code du travail et des droits fondamentaux du salarié. Il s'agit encore de loyauté contractuelle, spécialement de la loyauté contractuelle attendue de l'employeur. Celle-ci se dissocie en une exigence positive qui consiste en la seule prise en considération des compétences professionnelles du candidat au recrutement et du salarié en période d'essai, et une exigence négative qui relève de l'interdiction de porter l'intérêt à la sphère personnelle et fondamentalement protégée de l'individu, qu'il postule ou soit embauché. Les deux limites se trouvant respectivement dans l'incompétence du salarié portant *préjudice* à l'emploi qu'il occupe, et

[1597] L'article L. 1132-3-3 C. trav. a en effet institué un régime probatoire favorable à la motivation des actes de l'employeur. A cet effet, l'article L. 1134-1 al. 2 C. trav. prévoit que *« Le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte […]. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »*. En pratique, dès que le postulant invoque une déconvenue liée à un élément protégé, il revient à l'employeur de motiver explicitement son choix et de préciser les éléments qui ont emporté sa décision.

[1598] La bonne foi de celui qui prend l'initiative de la rupture est présumée, il appartient alors au demandeur de rapporter la preuve de la mauvaise foi de son cocontractant (Soc. 5 oct. 1993, Bull. civ. V, n° 223 : « *Il appartient au salarié de démontrer que l'employeur a commis un abus de droit ou fait preuve d'une légèreté blâmable en mettant un terme à la période d'essai* » ; CA Paris, 22ème ch. C, 6 mars 1986 : « *Il appartient au salarié de démontrer que l'employeur a commis un abus de droit ou fait preuve d'une légèreté blâmable en mettant un terme à la période d'essai. Ainsi, un salarié doit apporter la preuve que l'employeur l'a délibérément engagé en raison de sa compétence reconnue, dans l'intention d'en tirer rapidement le maximum de profit pour la mise au point d'une nouvelle revue, et de le renvoyer sans frais aussitôt après* »). En ce qu'il s'agit de caractériser l'illégitimité des motifs ayant présidé à la mise en œuvre d'un droit subjectif, la preuve peut être difficile. Pour autant, il faut retenir que l'obligation de motivation se retrouvera dès lors qu'un salarié invoquera le manquement ou le détournement de la finalité de la période d'essai, qui est exclusivement constituée de la vérification des capacités professionnelles du salarié à l'emploi. En effet, l'employeur sera tenu, en cas de litige, de communiquer au juge tous les éléments de nature à justifier sa décision.

le trouble objectif causé par l'exercice d'une liberté fondamentale aux intérêts de l'entreprise. A ce titre, le régime de l'abus de la période d'essai révèle une résilience de l'obligation de loyauté telle qu'elle s'applique à la phase antérieure du choix du cocontractant. Il suggère également une certaine unité de l'obligation de loyauté à laquelle est tenu l'employeur dès lors qu'il envisage son cocontractant dans un rapport d'emploi, et non pas dans un *seul* rapport contractuel, puisqu'on ne retrouve pas en effet cette construction spécifique dès lors que les parties se trouvent dans une relation *civile* de négociation relative aux seules modalités conventionnelles.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

661. M. Dupeyroux, lorsqu'il posait la sempiternelle question de la nature du contrat de travail, et y répondait du même coup : « *Par le contrat de travail, est-ce son travail ou sa personne que le travailleur met à la disposition de son partenaire ? C'est sous certaines réserves sa personne, il ne sert à rien de nier la réalité au prétexte qu'elle est choquante* »[1599], relevait alors dans le ton de sa saillie l'enjeu réel de cette nature. Elle est choquante. L'employeur *considère* en effet davantage « *la personne qui doit lui fournir la prestation* »[1600] que la prestation, il va nécessairement porter son appréciation sur les caractéristiques physiques, mentales, morales, psychologiques et sociales du candidat, alors même que certains de ces éléments ne conditionneront en rien l'exécution de la prestation attendue.

662. Sans doute est-ce, en partie, ce caractère déplaisant et choquant qui a impulsé, ou plutôt justifié, qu'un législateur attaché à l'hermétisme des catégories objet-personne, s'emploie, souvent habilement, parfois naïvement, à limiter la prise de l'employeur sur la personne du salarié, et cela déjà au stade du recrutement professionnel, encadrant nécessairement les contours de l'*intuitu personae* salarial. En effet, la fondamentalisation des pouvoirs de l'employeur observée davantage dans les rapports qu'entretiennent le législateur et le Conseil constitutionnel se superpose à la domination structurelle exercée par le chef d'entreprise sur le candidat, qui demeure « *avant tout un demandeur d'emploi* »[1601]. A cet égard, « *il a bien fallu reconnaître que la liberté patronale quant au choix et à la gestion du personnel, tout en étant nécessaire, signait souvent l'abandon des droits élémentaires de la personne aux portes des entreprises, en permettant à l'employeur de rompre l'égalité de chances et de traitement des salariés sur la base d'éléments inhérents à la personne propices aux préjugés et aux appréhensions subjectives* », il a bien fallu admettre aussi « *que la pratique patronale reposait sur une confusion entre la personne du salarié et son activité* »[1602]. En un mot, il a fallu prévenir le « *danger d'immixtion du contractant dans la vie privée et les libertés de la personne* »[1603].

[1599] J.-J. DUPEYROUX*, Quelques questions, en Liberté, égalité, fraternité, et droit du travail*, Dr. soc. 1990, p. 10.
[1600] M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris II, 1974, p. 33.
[1601] D. JACOTOT et CH. BOURRIER, *L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée*, D. 1996, p. 343.
[1602] M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. n° 2, fév. 1995, p. 129.
[1603] *Ibid*.

663. L'intervention du législateur, de ce point de vue, apparaît parfaitement justifiée et tout-à-fait légitime[1604]. « *En mettant en œuvre une lutte contre les discriminations et les distinctions arbitraires entre les salariés, le droit positif est venu canaliser la prise en considération de la personne du salarié* »[1605]. Il en est de même des obligations de finalité et de pertinence imposées à l'employeur au titre du recrutement, qui ont eu pour effet notable « *que le contrat de travail et, avec lui, l'exercice du droit à l'emploi ne soient plus abandonnés à la discrétion de l'employeur* »[1606].

664. L'obligation de loyauté, telle qu'elle se manifeste dans le pré rapport d'emploi, semble indubitablement procéder de cette tendance générale. A ce titre, elle surpasse amplement la seule considération strictement contractuelle du rapport envisagé et ne se limite pas, au surplus, à un simple rôle correcteur. Elle porte et met en œuvre les enjeux de protection des droits ci-avant évoqués[1607] et elle intègre dans les mécanismes qu'elle déploie à cette fin la finalité de l'emploi. Il est vrai cependant qu'elle recourt à des outils éminemment contractuels. On est forcé cependant de constater – il est possible également de le regretter –, l'ampleur de la distorsion qui leur est infligée. Ainsi de la bonne foi contractuelle, entendue en son sens *primaire*, et de l'appréciation du dol censé la sanctionner au titre d'un vice du consentement. A ce sujet, « *une ligne jurisprudentielle […] nette* » démontre que « *les juges s'efforcent par tous les moyens d'excuser le comportement, même déloyal, du salarié* »[1608]. Il a été relevé en ce sens « *une grande mansuétude à l'égard du salarié, même lorsque celui-ci a manifesté une certaine déloyauté au moment de son recrutement* », un « *dol introuvable* »[1609] ou la mise « *en sommeil […] de l'obligation de contracter de bonne foi* »[1610]. Si le devoir de loyauté est clairement en expansion, il résulte en effet de cette

[1604] Au cours des législations et des enjeux conjoncturels propres à chaque décennie, on a progressivement étendu les éléments « intouchables », en même temps que la protection de la vie personnelle, circonscrivant ainsi l'*intuitu personae* salarial, et nourrissant du même coup ce que certains ont appelé un phénomène de subjectivisation des qualités du salarié, à la formation du contrat. La progressivité des règles qui composent le régime antidiscriminatoire reflète également ce caractère circonstancié.

[1605] M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. n° 2, fév. 1995, p. 130.

[1606] « *[…] apportant du même coup la preuve que le contrat de travail est naturellement porté à se former intuitu personae* ». Loin de disparaitre du champ contractuel, « *si le législateur et le juge se sont employés à réduire la place de l'intuitus personae pour un meilleur respect de l'égalité entre les salariés, ils n'ont pas consacrés le rejet de toute considération de la personne hors du contrat de travail. Une limite s'est dessinée dans notre droit positif, au-delà de laquelle il subsiste un noyau dur d'intuitus personae* » (M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. n° 2, fév. 1995, p. 128).

[1607] B BOSSU, *Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre*, Dr. soc. 1994, p. 747.

[1608] D. POHE-TOPKA, *La bonne foi du salarié dans la conclusion du contrat de travail*, Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, PU Bordeaux, 2003, p. 493.

[1609] D. POHE-TOPKA, note sous CA Montpellier, 5 févr. 2002, LPA 10 sept. 2003.

[1610] J. MOULY, *La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat*, D. 2008, p. 1594.

jurisprudence que « *contrairement à l'évolution actuelle du droit commun, le dol, s'agissant du salarié, n'est plus la sanction juridique de la notion morale de mauvaise foi* »[1611]. Il est remarquable au demeurant que cette déformation des préceptes précontractuels habituels ressorte de l'initiative du juge. Il est d'autant plus remarquable de constater qu'à son initiative, la loyauté entendue dans son sens institutionnel s'oppose à l'obligation de bonne foi contractuelle, et commande dès lors d'en voir écarté l'exigence, ou du moins non sanctionné le manquement.

665. Quand bien même « *ce parti pris s'explique [...] par l'état d'infériorité du salarié au regard de l'employeur, y compris lors de l'embauche* »[1612], il crée un déséquilibre certain notamment au sujet du régime de l'information précontractuelle[1613], et dans ses effets abaisse considérablement le droit de l'employeur à choisir en toute connaissance de cause ses collaborateurs, droit au demeurant justifié par la fonction reconnue au chef d'entreprise « *d'assurer l'ordre dans son entreprise et d'en maîtriser le fonctionnement* »[1614]. La neutralisation d'un dol du salarié commande en effet à ce que l'employeur ne puisse « *se plaindre de rien, même pas d'avoir manqué le recrutement d'un salarié plus performant* »[1615]. L'obligation de loyauté aggravée qui lui est imposée impliquant à cet égard non seulement l'initiative mais encore, dans une certaine mesure, la vérification des informations alléguées par le candidat. Cette dernière exigence se révèle par ailleurs opposée au devoir de répondre de bonne foi aux questions posées que la loi du 31 décembre 1992 met pourtant explicitement à la charge du postulant[1616].

[1611] J. MESTRE, note sous Soc. 5 oct. 1994, RTD civ. 1995, p. 94.

[1612] J. MOULY, *La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat*, D. 2008, p. 1594. A cet égard, la spécificité tirée du renforcement des exigences de la jurisprudence sociale en matière de dol du salarié, et spécialement concernant la preuve du caractère intentionnel, s'entend. En effet, le contrat de travail est de ceux « *où l'une des parties est en présence de formules, rédigées par l'autre, qui lui dit : c'est à prendre ou à laisser, formules que la partie la plus faible économiquement est contrainte, par des circonstances altérant sa volonté de « prendre » et qui accepte souvent sans les lire des clauses plus ou moins léonines, concluant ainsi ce que Saleilles a si justement désigné sous le nom de contrat d'adhésion* » (A. VALLEE, *Le consentement dans le contrat de travail*, Paris, 1930, p. 15).

[1613] L. PECAUT-RIVOLIER, *Donner l'information : les obligations du salarié*, Dr. soc. 2013, p. 103.

[1614] M.-A. PEANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail*, Dr. soc. n° 2, fév. 1995, p. 129 ; et l'auteur de poursuivre que cette nécessité à la charge de l'employeur explique davantage que *l'intuitus personae* « *le fait pour le salarié, d'être tenu à exécuter personnellement ses obligations* ».

[1615] J. MOULY, *La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat*, D. 2008, p. 1594.

[1616] A ce sujet, deux remarques doivent être formulées. D'abord, il apparaît que la Chambre sociale a en réalité tiré profit du fait que l'obligation de répondre de bonne foi aux questions qui lui sont posées imposée au candidat en vertu de l'article L. 1221-6 C. trav. n'était assortie d'aucune sanction, ce que relevait déjà J.-E. Ray lorsqu'il écrivait qu' « *il ne faut donc pas attendre de ce nouveau texte, directement inspirés par les formulations de ses propres arrêts, une influence sur la Cour de cassation, jusqu'ici très tolérante à l'égard des candidats amnésiques, et faisant peser sur l'entreprise une obligation de se renseigner* » (J.-E. RAY, *Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992*, Dr. soc. 1993, p. 103). Il faut ensuite

666. Il faut en conséquence relever l'exorbitante spécificité de l'interprétation sociale des règles précontractuelles civiles[1617] ; la Chambre sociale de la Cour de cassation procédant à une véritable « *instrumentalisation des éléments intentionnels et déterminants du dol* »[1618]. Et, si effectivement ces prescriptions visent à protéger les droits fondamentaux et à sécuriser la situation d'emploi du salarié, « *quels débuts pour une relation contractuelle !* »[1619].

667. En raison de sa fonction, la loyauté dénature effectivement les obligations de sincérité que l'on peut raisonnablement attendre des parties à un processus contractuel, de même qu'elle altère sensiblement la portée des prérogatives de l'employeur au sujet du choix de son cocontractant. Elle pose cependant des limites, et celles-ci dépassent également le strict champ contractuel, puisqu'elles ont trait non pas aux considérations des parties, mais à l'*intégrité* du poste, la compétence à l'emploi et la sauvegarde des intérêts de l'entreprise.
A « *l'indulgence habituelle de la jurisprudence à l'égard de la réticence du travailleur* » se superpose en effet « *un courant plus général qui condamne la dissimulation du salarié lorsqu'elle porte sur une circonstance de nature à faire obstacle à l'exécution du contrat conclu* »[1620], ou simplement à la bonne exécution du contrat conclu. En ce sens, il apparaît

---

préciser que la *« volonté d'objectivité et d'objectivisation* » portée par la loi de 1992, si elle « *est certes naturelle et louable pour certains postes* », apparaît « *difficilement adaptée à d'autres types d'emploi* », et notamment ceux qui impliquent de grandes responsabilités et une rémunération conséquente, et pour lesquels l'employeur sera légitimement amené à vouloir connaître plus précisément la personnalité du candidat. L'auteur souligne par ailleurs que les concours de la haute fonction publique accordent eux-mêmes de larges coefficients aux épreuves de culture générale, alors même que celle-ci n'a pas de rapport direct avec l'exercice professionnel. Il conclut ainsi : « *la loi de 1992 avait un but plus pédagogique que normatif, cherchant à convaincre plutôt qu'a contraindre, aucune sanction nouvelle n'est ainsi prévue, ce qui apparait tout-à-fait justifié dans un domaine où la subjectivité garde une place importante* » (J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Liaisons, 2013/2014, p. 31).

[1617] G. LOISEAU, *L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail*, Mélanges J. Ghestin, 2001, p. 579. Au sujet de la discussion entourant l'adaptation sociale des règles civiles : J. PELISSIER, *Droit civil et contrat individuel de travail*, Dr. soc. 1988, p. 387 (« *Lorsque les juges du travail appliquent les règles du droit civil au contrat de travail, doivent-ils appliquer ces règles de façon stricte ou doivent-ils les adapter ?* »). Au sujet de l'interprétation travailliste que met en en œuvre la jurisprudence sociale sur le sujet particulier du consentement : J.-Y. CHOLEY, *La sanction des vices du consentement en droit du travail*, Mélanges Beguet, 1985, p. 90.

[1618] J. MOULY, note sous Soc. 30 mars 1999, JCP 1999, II, 10195, n° 4 (Alors même qu'en droit civil, le dol serait constitué par « *toute mauvaise voie pour tromper quelqu'un* » : G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd. 2000, LGDJ, p. 87).

[1619] J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Liaisons, 2013/2014, p. 32.

[1620] J. MOULY, *La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat*, D. 2008, p. 1594. En l'espèce, un sportif professionnel, s'était vu faire l'objet de poursuites disciplinaires pouvant aller jusqu'à une « *suspension* » à vie. Lors d'un recrutement ultérieur par un autre club, il n'avait pas révélé à son nouvel employeur cette situation « *à risques* », qui était de nature à constituer un obstacle juridique à l'exécution du contrat et à l'exercice des fonctions pour lesquelles il était embauché. Les juges ont admis que « *la dissimulation de l'instance disciplinaire en cours constituait une faute grave, justifiant la rupture anticipée du contrat du sportif* ».

effectivement que si la compétence du salarié excuse son dol ou sa réticence[1621], son incompétence au poste considéré permet de le sanctionner. Il en est de même au sujet de la réticence relative non pas à l'aptitude professionnelle du salarié, mais à « *l'aptitude juridique du salarié à exercer l'emploi* ». L'employeur est pareillement en mesure d' « *invoquer avec succès cette réticence, car, dans ce cas, le salarié est débiteur, à l'égard de l'employeur, d'un devoir de révélation* »[1622]. La Cour de cassation a ainsi pu juger que la réticence du salarié relative à l'empêchement à l'exécution du contrat qui l'affecte rend l'erreur de l'employeur ainsi provoquée excusable, et justifie que soit sanctionné l'auteur. Dès lors et conformément au droit commun, « *le devoir de loyauté impose, au minimum, que, lorsqu'il existe un empêchement à cette exécution, la partie qui en a connaissance en informe l'autre* »[1623].

668. L'obligation de loyauté, si elle sait très bien se distordre dès qu'il s'agit de protéger les droits des personnes ou de sécuriser leur emploi, peut aussi reprendre une forme civile parfaite. C'est le cas selon trois hypothèses qui ont toutes en commun, non pas le souci de préservation du consentement de l'employeur, mais celui de l'emploi. A l'empêchement juridique d'exécuter la prestation et d'occuper le poste, et à l'incompétence professionnelle avérée à exercer les fonctions, il faut ajouter la construction jurisprudentielle du trouble objectif, d'autant plus exigeante que c'est une liberté fondamentale qui appelle la sanction du salarié, mais d'autant plus admise que c'est la structure même de l'emploi qui est mise en péril. En ces cas et « *même dans les relations entre employeurs et salariés, il doit donc y avoir […] retour au droit commun* »[1624].

[1621] « *La Cour de cassation fait preuve d'un certain réalisme. A partir du moment où le salarié a fait ses preuves et a montré qu'il était parfaitement capable d'occuper, pendant plusieurs années, le poste pour lequel il avait été recruté, il n'est pas anormal de considérer que son mensonge sur ses diplômes ne constitue pas en soi un cause réelle et sérieuse de licenciement. Après tout, l'entreprise a besoin de compétences professionnelles dont la possession peut, fort heureusement, être indépendante des diplômes détenus* » (J. MOULY, *La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat*, D. 2008, p. 1597).

[1622] « *Ce dernier est, en effet, en droit de ne pas se renseigner sur une question qui ne devrait pas faire difficulté ou pour laquelle la solution paraît aller de soi. L'erreur de l'employeur est alors une erreur excusable et c'est, au contraire, la réticence du salarié qui est constitutive d'un dol* » (J. MOULY, *La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat*, D. 2008, p. 1594).

[1623] J. MESTRE et B. FAGES, obs. sous Com. 19 nov. 2003, RTD civ. 2004, p. 86 ; cité par P. JOURDAIN, *Le devoir de se renseigner*, D. 1983, Chron. 24.

[1624] (J. MOULY, *La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat*, D. 2008, p. 1597). Il faut dès lors compléter la remarque de J.-E. Ray ; « *en travail, trompe qui peut* » son partenaire, pas l'entreprise (J.-E. RAY, obs. sous Soc. 5 oct. 1994, Dr. soc. 1994, p. 973).

CONCLUSION DU TITRE 1

669. Il est difficile de proposer, à l'égard de l'édification du rapport conventionnel, une définition générale de l'obligation de loyauté, qui recentrerait ses applications à la négociation collective et au recrutement individuel. Des similitudes apparaissent cependant, on remarque par exemple que l'obligation est particulièrement étendue aux deux processus, qu'elle commande au choix des contractants, à leur comportement et aux modalités d'élaboration de l'accord considéré. Mais ce sont davantage les spécificités des applications de la loyauté qui méritent ici d'être soulignées, puisque notamment elles confirment que cette obligation fonctionnelle s'adapte aux particularismes des enjeux afférents aux rapports qu'elle ordonne.

670. La loyauté de la négociation collective appelle en ce sens à l'effectivité du droit fondamental de participation à la détermination collective des conditions de travail. C'est un droit des travailleurs, l'obligation se trouve donc au crédit quasi exclusif de l'employeur ou du groupement d'employeur. Elle subit cependant les difficultés tirées du recours à la figure contractuelle. Celle-ci implique en effet la liberté des parties de ne pas conclure, et elle permet à l'inégalité de statuts et à l'antagonisme de leurs intérêts de s'exprimer. La qualité, la sincérité et l'intégrité de la négociation collective sont d'autant plus problématiques qu'elles influeront sur la qualité de l'accord éventuellement obtenu, celui-ci devant s'appliquer à l'entière communauté de travail considéré, alors même qu'il est potentiellement facteur d'une dégradation de ses conditions de travail. Alors que le « *procédé [du dialogue social], pour équilibré qu'il apparaisse, n'est pas sans risques* »[1625], l'exigence de loyauté semble dès lors constituer un antidote. Il s'agirait même de *« l'antidote principal* » ; « *cette loyauté, sans laquelle il n'y a pas de dialogue possible, est à la fois une attitude morale et une posture procédurale* », si « *la première échappe pour l'essentiel au droit, la seconde en revanche lui est accessible* »[1626]. Il demeure que la charge revient au législateur, mais plus spécialement au juge, qui « *à*

[1625] Au sujet de la négociation légiférante, P.-Y. VERDKINDT, *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale*, Dr. soc. 2010, p. 519.

[1626] Ces antidotes peuvent en ce sens prendre « *leur source dans les textes applicables* » ou « *dans une conception de la démocratie où la loyauté aurait sa place* ». Il demeure « *néanmoins que la grande et principale interrogation porte sur la capacité du système français des relations professionnelles, et de ceux qui le font vivre, d'accepter la greffe d'une procédure de concertation, de l'accepter sans angélisme mais sans le postulat que l'interlocuteur n'est qu'un manipulateur qui s'ignore* » (P.-Y. VERDKINDT, *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale*, Dr. soc. 2010, p. 519).

défaut de modeler les comportements et les « états d'esprit » »[1627], peut aggraver au titre de l'obligation de loyauté « *les règles du jeu* » et partant les exigences liées aux postures jugées nécessaires à la qualité des négociations[1628]. Si la jurisprudence a commencé d'ébaucher une conception globale et loyale des négociations, le parallèle fait avec la phase du recrutement individuel met davantage en lumière les insuffisances du régime actuel.

671. En effet, la loyauté qui préside à l'entière formation du contrat individuel apparaît bien plus aboutie et partant plus lisible. Quand bien même elle est complexe et implique une dénaturation (ordonnée et différenciée) de la bonne foi civile, elle participe à redéfinir le concept du contrat de travail, en élevant selon la problématique considérée, des enjeux aussi distincts et fondamentaux que, par exemple, la protection des droits des salariés ou la préservation des intérêts de l'entreprise. La loyauté, nécessairement contractuelle, révèle en ce sens utilement un aspect institutionnel, qui en de nombreuses applications a pu faire l'objet de consécrations légales. Cette sorte de *plénitude* de l'obligation de loyauté doit par ailleurs être mise au crédit de la jurisprudence, qui a su notamment rendre le rapport précontractuel d'emploi perméable aux droits et aux objectifs constitutionnels, qu'il se soit agi en pratique de pallier l'absence de textes précis ou d'élaborer de nouvelles constructions. La fécondité de l'obligation de loyauté à l'édification du rapport de travail permet en tout état de cause de préjuger de son utilité à l'exécution du rapport d'emploi.

[1627] *Ibid*.
[1628] Et l'auteur de conclure : « *ces antidotes ne prendront cependant toute leur efficacité que dans un contexte social où [..] les représentations patronales et salariales se comportent loyalement* » (P.-Y. VERDKINDT, *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale*, Dr. soc. 2010, p. 519).

TITRE 2

L'OBLIGATION DE LOYAUTE DANS LA REALISATION DU RAPPORT D'EMPLOI

672. L'obligation de loyauté connaît naturellement des manifestations et des incidences différentes selon qu'elle s'adresse à l'application d'une convention collective ou à l'exécution d'un contrat individuel. On remarque que si la loyauté tend davantage à assurer la force obligatoire de l'acte collectif, au mieux de participer à garantir efficacement une certaine utilité dans son application (CHAPITRE 2), elle révèle une conception bien plus aboutie dans la relation contractuelle individuelle, au sein de laquelle elle a pu déployer, sous un apparent désordre, des obligations diversifiées, pertinentes et construites (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 : LA LOYAUTE DE L'EXECUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

CHAPITRE 2 : LA LOYAUTE DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE

CHAPITRE 1

LA LOYAUTE DE L'EXECUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

673. Pour certains « *enrichi* »[1629], pour d'autres « *défiguré* »[1630], le contrat de travail a subi en effet d'importants ajustements ces dernières décennies. A l'instar d'autres contrats, il a été soumis au forçage jurisprudentiel[1631] mais aussi légal. Un forçage qui prend principalement sa source dans l'obligation de loyauté. Celle-ci participe en effet à distordre le contrat, aux fins qu'il adopte des postures qui lui permettent notamment de recevoir et d'intégrer la protection des droits et libertés des salariés et de la concilier de l'intérêt, souvent opposé, de l'employeur et plus spécialement de l'entreprise. L'article L. 1121-1 du Code du travail[1632], et la conception des rapports de travail qu'il sous-tend, a bien entendu sa part. De même, l'obligation de loyauté connaît des applications plus pratiques, qui participent sans doute d'un mouvement nécessaire de *réinvention* conceptuelle de l'outil contractuel, en ce qu'elle tend, il est vrai, à exiger de ses parties une certaine collaboration (SECTION 1). Enfin, il faut évoquer l'objet même du contrat individuel de travail puisqu'en effet à la relation contractuelle individuelle se superpose un rapport d'emploi. On observe en ce sens que l'obligation de loyauté commande à ce que l'employeur participe à l'adaptation de son cocontractant à l'évolution de ses fonctions, et qu'il le maintienne autant que faire se peut dans l'emploi (SECTION 2).

[1629] A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano, 2003, p. 415.
[1630] CH. RADE, *La figure du contrat dans le rapport de travail*, Dr. soc. 2001, p. 810 (évoquant le « *forçage du contrat* »).
[1631] V. J.-P. CHAZAL, *Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, CH. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, 2003, p. 99 (évoquant une contractualisation jurisprudentielle qui emporte une hypertrophie contractuelle).
[1632] « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* »

SECTION 1

LOYAUTE ET POSTURE DU CONTRAT

674. La « *centralité retrouvée du contrat de travail* » et l'abandon corrélatif de la théorie institutionnelle ne se sont pas nécessairement faits au détriment du salarié. De même, le retour en force du synallagmatisme et de la force obligatoire n'a pas emmené une toute puissance du contrat. En effet, il apparaît que la réhabilitation du contractuel a traduit une autre évolution ; « *longtemps envisagé comme une technique créatrice d'obligations au seul service de l'employeur, le contrat de travail devient désormais un sanctuaire d'acquis pour le salarié* »[1633]. On observe en effet que le contrat ne constitue plus l'outil d'asservissement qui avait justifié son *abandon*. A l'inverse, il apparaît que le régime de l'exécution du contrat de travail se révèle, tout du moins à la lumière des applications de la loyauté, protecteur des intérêts et des droits du salarié. Auparavant un instrument de domination, il est aujourd'hui devenu une sorte de bouclier permettant de neutraliser le pouvoir de l'employeur, dès lors que sa manifestation est illicite, illégitime ou inopportune. A cet effet, on remarque que l'obligation impose au contrat de travail une certaine résistance à la direction de l'employeur (PARAGRAPHE 1). Pour autant, la loyauté du chef d'entreprise n'a pas signé l'abandon de la subordination du salarié dans le rapport individuel de travail. Bien au contraire, elle trouve ici la preuve de son bilatéralisme puisqu'effectivement le salarié se voit assujetti lui-même à une forte obligation de loyauté qui excède par ailleurs largement le contrat et qui bénéficie à la structure qui l'emploie (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : LA LOYAUTE ET LA RESISTANCE DU CONTRAT

675. L'obligation de loyauté inonde le contrat de travail et mobilise à cet effet largement les ressorts contractuels. En ce sens, elle répond parfaitement aux mouvements évoqués plus haut de technicisation, d'individualisation, de sophistication et de flexibilité contractuelle. Il apparaît qu'effectivement, l'obligation « *vient tempérer la faveur pour l'usage de l'instrument contractuel d'ajustement de la force de travail aux vœux de l'employeur* »[1634]. Qu'il s'agisse en effet de la modification du contrat, de sa mise en œuvre, ou du contrôle

[1633] A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos* juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano, 2003, p. 415

[1634] A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano, 2003, p. 415.

de son exécution, l'impératif de loyauté commande à ce que les parties agissent en conformité avec les correctifs qu'elle a pu dégager. Ceux-ci tendent par ailleurs à assurer la résistance du contrat au pouvoir de l'employeur. En ce sens, la loyauté garantit et renforce l'intangibilité contractuelle dès lors que l'employeur projette ou réalise une altération du contrat ; elle limite de ce point de vue une flexibilisation préjudiciable à la stabilité familiale (I). Il en est de même lorsque l'employeur, non plus par le pouvoir, mais par l'effet de la technique contractuelle, entend imposer au salarié une disponibilité excessive incompatible avec les circonstances de la vie personnelle ; l'obligation de loyauté qui lui est imposée commande des limitations particulières à la distorsion du contrat, quand bien même elle résulterait de l'expression d'une liberté contractuelle initiale (II). Enfin, lorsque l'employeur use de son pouvoir de direction aux fins de contrôler l'exécution subordonnée des tâches confiées, l'obligation de loyauté lui impose la mesure et toujours le respect des droits et libertés des salariés ; elle circonscrit de ce fait l'étendue d'un pouvoir susceptible par nature de sanctionner le contrat (III). De ce point de vue, « *la référence aux droits et libertés fondamentaux surgit, moins comme le vecteur de nouveaux progrès dans la démocratisation des relations au sein de l'entreprise, que comme une barrière aux excès d'une flexibilisation recherchée par l'usage du contrat de travail, comme un mécanisme compensateur de nouveaux périls pour l'accès à l'emploi ou la stabilité des conditions de vie et de travail des salariés* »[1635].

I : L'IMPERATIF DE LOYAUTE DANS L'ALTERATION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

676. L'obligation de loyauté assure efficacement la résistance du contrat face aux modifications auxquelles il est susceptible de céder par l'effet du pouvoir de direction de l'employeur. Elle participe de façon plus innovante à garantir l'intégrité contractuelle au regard des risques de dénaturation nés de l'antagonisme de ses parties. Instructives, ses applications au rapport de travail permettent d'une part de définir et de renforcer matériellement la sphère du contrat (A), et d'autre part d'élaborer et de préciser conceptuellement le champ du contrat de travail (B).

[1635] *Ibid*.

A. L'affirmation du contrat par son intangibilité matérielle

677. La résistance du contrat est parfaitement légitime face à une modification unilatérale, il s'agit en effet d'appliquer le principe de force obligatoire à l'expression des volontés individuelles, sur le fondement de l'article 1134 al. 1er du Code civil (1). L'obligation de loyauté, issue de l'alinéa 3 du même article, a cependant ceci de particulier qu'en ce qui concerne les relations de travail elle participe à renforcer l'intangibilité contractuelle. Elle procède à cette fin selon deux logiques ; soit elle absorbe certains éléments extracontractuels ressortant classiquement du seul pouvoir de direction de l'employeur, soit elle renforce l'exigence de l'exécution des obligations du premier à l'égard du salarié (2). Qu'elle limite ou qu'elle aggrave le pouvoir de direction de l'employeur, l'obligation de loyauté s'impose à la faveur du salarié.

1. La résistance légitime du contrat aux modifications contractuelles unilatérales

678. L'aménagement de l'analyse contractuelle du pouvoir de l'employeur résulte d'une œuvre prétorienne, élaborée en plusieurs étapes. L'arrêt Raquin du 8 octobre 1987 a clairement signé l'abandon de la théorie institutionnelle du pouvoir, pour entreprendre l'affermissement de la substance du contrat de travail[1636]. Le revirement opéré est d'une importance considérable en ce que la Cour de cassation ne déduit plus de la soumission du salarié aux nouvelles conditions de travail imposées par l'employeur une acceptation tacite. Elle exige qu'en cas de changement important affectant le rapport de travail, le consentement du salarié ait été exprimé expressément. L'évolution est conséquente ; « *tant que la soumission valait acceptation des modifications du contrat, le contrat n'était en pratique qu'un chiffon de papier* »[1637], et son contenu n'offrait qu'une très faible résistance à la disposition du pouvoir de l'employeur. Le rejet de la tacite acceptation présente dès lors l'avantage de ne pas engager l'accord du salarié et lui permet le cas échéant de se retourner contre l'employeur. Quand bien même la supériorité de celui-ci dans le rapport de travail pourrait raisonnablement contraindre un consentement exprès, cette nouvelle

[1636] Soc. 8 oct. 1987, Bull. civ. V, n° 541, p. 344, D. 1988, p. 57, note Y. SAINT-JOURS. La distinction entre la modification d'un élément essentiel et celle d'un élément accessoire du contrat avait pu être déjà évoquée par la jurisprudence, notamment dans un arrêt du 20 décembre 1960 (Soc. 20 déc. 1960, Bull. civ. IV, n° 1222). De même, le professeur P. Voirin soulignait déjà en 1940 que l' « *on doit distinguer soigneusement des modifications au contrat de travail […] les modifications qui touchent uniquement aux conditions du travail, sans altérer en quoi que ce soit le contrat* » (Dr. soc. 1940, p. 95).

[1637] J. PELISSIER. G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2013, n° 590.

position donne une visibilité au changement envisagé et surtout, elle permet « *au contrat d'avoir une force obligatoire non plus seulement théorique, mais effective* »[1638]. En effet, face à la volonté persistante de l'employeur de modifier le rapport de travail, le salarié ne pouvait jusqu'alors que refuser et quitter l'entreprise ou se soumettre, ce qui le plaçait dans une situation fragile. L'arrêt du 8 octobre 1987 inverse le mécanisme, si le salarié refuse la modification, c'est à l'employeur de se soumettre ou d'engager une procédure de licenciement.

679. Quant à la qualification de la modification, la distinction s'opérait dès lors entre les modifications substantielles et les modifications non substantielles. Si l'employeur pouvait imposer unilatéralement les premières, les secondes demeuraient soumises au consentement du salarié. L'intérêt se révélait pratique et concernait notamment la durée du travail, le changement des horaires, la rémunération, le lieu d'exécution des tâches à accomplir etc.[1639] En substance, la solution devait se trouver dans l'intensité du changement que l'employeur entendait apporter au contrat, celui-ci résistait face aux changements majeurs et cédait face aux variations mineurs.

680. Si cette jurisprudence, en ce qu'elle a participé à réhabiliter « *l'accord de volontés individuelles* »[1640], a indubitablement offert au salarié « *de réelles capacités d'expression* »[1641], elle n'emportait pas pour autant une parfaite intégrité du contrat de travail. En effet, la modification mineure du contrat était toujours imposée au salarié, dont le refus révélait une faute susceptible d'être sanctionnée d'un licenciement[1642]. Du point de vue terminologique, le régime de la distinction amenait à nier que le pouvoir soit limité par le contrat, suggérant davantage une circonscription en fonction de l'importance de la modification[1643]. Outre l'atteinte à la force obligatoire, la différenciation opérée présentait le défaut de la subjectivité. L'appartenance d'un élément à l'une ou l'autre des catégories dépendait des incidences propres à chaque cas ; les horaires et le lieu de travail ne

[1638] J. PELISSIER. G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2013, n° 591.
[1639] Soc. 21 janv. et 4 févr. 1988, Bull. civ. V, n° 58 et n° 9 : « *l'employeur ne peut, sans l'accord du salarié, modifier substantiellement le contrat individuel de travail ; […] il lui incombe, soit de maintenir les conditions contractuellement convenues, soit de tirer les conséquences du refus opéré par l'intéressé* »).
[1640] A. LYON-CAEN, *Actualité du code du travail*, Dr. Soc., n°7-8, 1988, p. 540
[1641] *Ibid*.
[1642] La justification tenait en ce que le contrat à durée indéterminée « *qui peut être à tout moment rompu par la volonté des parties, peut également, et par là même, être modifiée de façon unilatérale* » (Soc. 26 janv. 1978, Dr. soc. 1979, p. 287, obs. J. SAVATIER).
[1643] J. SAVATIER, *Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels*, Dr. soc. 1988, p.135.

recouvrant pas la même importance selon les conséquences observées pour chaque salarié. La qualification de l'élément se révélait dès lors particulièrement incertaine[1644].

681. La Cour de cassation a fait évoluer sa position au travers des arrêts du 10 juillet 1996, dont l'arrêt Le Berre[1645]. Elle consacre en ce sens une nouvelle distinction entre les modifications du contrat de travail qui nécessitent systématiquement le consentement des deux parties, qu'elles soient essentielles ou accessoires, et le champ du pouvoir de l'employeur qui régit seul le changement des conditions de travail assimilées aux modalités d'exécution. L'évolution n'est pas simplement terminologique, elle « *traduit une nouvelle approche du rapport de travail* »[1646], qui ménage toute sa portée et sa cohérence au principe de force obligatoire, en unifiant le régime de la modification du contrat. Dès lors « *toute modification, aussi modeste soit-elle, ne peut intervenir qu'avec l'accord des parties, en revanche l'exécution du contrat est placée sous le signe de la subordination du salarié à l'employeur, et à ce titre celui-ci peut modifier les conditions de travail* »[1647].

682. Cette construction permet désormais de faire primer le contrat à chaque fois qu'il peut être opposé à un acte de pouvoir de l'employeur. La solution, confirmée et systématisée[1648], a été étendue au pouvoir disciplinaire de l'employeur, lequel ne peut avoir pour effet de modifier unilatéralement le contrat[1649]. Il a également été jugé qu'aucun

[1644] Ce qui a pu faire l'objet de certaines critiques, notamment en raison du caractère subjectif de l'appréciation portée par les juges sur la modification du contrat et de l'insécurité qu'elle entraînait. Il apparait en effet que « *les juges recherchaient souvent l'effet dommageable de la modification sur la situation personnelle et professionnelle du salarié : si cet effet entraînait des inconvénients majeurs, il s'agissait alors d'une modification substantielle ; si, au contraire, le préjudice était faible, on parlait de modification non substantielle* » (P. WAQUET, *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, RJS 12/1996, p. 791).

[1645] Soc. 10 juil. 1996, Bull. civ. V, n° 278, Dr. soc. 1996, p. 976 ; JCP 1997, II. 22768, note Y. SAINT-JOURS. La Cour de cassation modifie sa terminologie et considère dès lors que « *le refus par le salarié de continuer le travail, ou de le reprendre après un changement de ses conditions de travail décidé par l'employeur, dans l'exercice de son pouvoir de décision, constitue en principe une faute grave qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un licenciement* ». Un arrêt antérieur dissocie déjà entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail : Soc. 23 sept. 1992, Bull. civ. V, n° 477 (cité par PH. WAQUET, *La modification du contrat de travail, à propos d'un « tournant » dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, CSB 1993, p. 57).

[1646] « *Aucune modification, si minime soit-elle n'est possible sans l'accord des parties* », ce qui conforte « *une nouvelle approche des relations employeurs-salariés* » (P. WAQUET, *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, RJS 12/1996.791).

[1647] J. PELISSIER. G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2013, n° 591.

[1648] En dépit du fait que le législateur du 20 décembre 1993, consacrant la jurisprudence antérieure, en a conservé la terminologie (articles L. 1222-6 et L. 1233-25 du Code du travail). La loi du 18 janvier 2005 a cependant changé l'expression en lui substituant la « *modification d'un élément essentiel du contrat de travail* ».

[1649] Par un arrêt du 16 juin 1998, la Cour de cassation affirme que même par l'effet de l'exercice de son pouvoir disciplinaire, l'employeur ne peut unilatéralement modifier le contrat de travail (Soc. 16 juin 1998, Bull. civ. V, n° 230, Dr. soc. 1998, p. 803, rapp. PH. WAQUET).

accroissement du pouvoir de l'employeur ne pouvait être admis par une convention collective sans modification préalable et consensuelle du contrat de travail[1650]. C'est donc la nature de l'élément modifié qui conditionne désormais la légitimité du changement unilatéral du contenu contractuel. Si la modification touche le contrat, l'accord du salarié est déterminant et l'employeur qui passe outre commet une faute. Le salarié sera dès lors fondé à demander l'exécution forcée du contrat dont il a refusé un bouleversement substantiel, l'employeur engage également sa responsabilité contractuelle et pourra être condamné à verser des dommages et intérêts au titre du préjudice né de l'inexécution contractuelle. Le salarié peut également, dans certains cas, prendre acte de la rupture aux torts exclusifs de son cocontractant, voire demander la résiliation judiciaire du contrat[1651]. A l'inverse, si l'employeur entend altérer les règles relevant de ses conditions de travail en exerçant son pouvoir de direction, le consentement du salarié est indifférent, son refus constitue dès lors une faute justifiant un licenciement. Si cette solution appelle un équilibre légitime des droits et des pouvoirs des parties au contrat individuel de travail, elle ne résout pas la problématique de la qualification de chaque condition d'exécution. La construction élaborée par la Cour de cassation ménage en effet une cohérence juridique et théorique opportune, en ce qu'elle soumet au consensualisme tout élément contractuel issu du rapport de travail, elle ne règle cependant pas la question de la différenciation matérielle entre les données contractuelles et ce qui peut être laissé au pouvoir de l'employeur[1652]. A cet égard, il a pu être relevé que la solution présentait des difficultés d'application et, en somme, pêchait par sa subjectivité[1653]. De ce point de vue, le reproche formulé à l'ancienne terminologie relativement à la qualification juridique de la modification, a pu perdurer. Le lieu de travail sera sans doute, eu égard notamment à la banalisation de la clause de

[1650] Soc. 28 sept. 2010, n° 08-43161, Sem. soc. Lamy 2010, p. 1464, note F. FAVENNEC-HERY (un accord collectif de modulation, dont l'effet est d'accroître le pouvoir de l'employeur sur la répartition du temps de travail, ne peut s'appliquer qu'après modification des contrats individuels de travail.

[1651] Soc. 29 janv. 2014, n° 12-27724 (au sujet de la modification du lieu de travail) ; Soc. 23 mai 2013, n° 12-12995 (une discrimination avérée) ; Soc. 29 janv. 2014, n° 12-23789 (le non paiement d'éléments de salaire). La modification unilatérale du contrat est évidemment une faute contractuelle en ce qu'elle ne respecte pas le principe de l'intangibilité et de la force obligatoire. Pour autant, la Cour de cassation est venue rappeler que la prise d'acte devait être réservée aux modifications importantes telles qu'elles empêchent la poursuite du contrat de travail ; les modifications illicites mais mineures devant être résolues par une exécution forcée ou des dommages et intérêts (Soc. 12 juin 2014, n°12-29063 : « *Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la créance de salaire résultant de la modification unilatérale du contrat de travail représentait une faible partie de la rémunération, a pu décider que ce manquement de l'employeur n'empêchait pas la poursuite du contrat de travail […] Rejette le pourvoi* »).

[1652] CH. RADÉ, *Les limites du « tout contractuel »*, Dr. soc. 2000, p. 828 ; M. MORAND, *Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions*, JCP éd. E 2003, p. 704.

[1653] J. PELISSIER, *Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat et les changements des conditions de travail*, Mélanges offerts à P. Couvrat, PUF, 2001.

mobilité[1654], un élément des conditions de travail pour un cadre, alors qu'il constituera pour un ouvrier un élément du socle contractuel. Les mêmes distinctions peuvent se retrouver relativement aux salariés embauchés en contrat à durée déterminée et ceux embauchés en contrat à durée indéterminée, *idem* pour les salariés exerçant à temps partiel ou à temps plein, les jeunes mères et les quadragénaires célibataires. Il a pu être relevé que ce type de jurisprudence emmenait en conséquence des constructions hésitantes, incertaines, imprévisibles, et somme toute bien compliquées, faute de limites et de définitions précises.

683. Il faut cependant distinguer selon les hypothèses. La pratique patronale étant généralement prompte à solutionner les *entraves* juridiques, le phénomène d'individualisation contractuelle doit être considéré. En l'absence de volontés particulières, de grandes lignes ont également pu être dégagées par la jurisprudence. Enfin, l'obligation de loyauté a trouvé ici un support d'autant plus propice que la problématique résultait de l'affermissement contractuel du rapport de travail, et partant de la revendication de l'application de l'article 1134 du Code civil.

684. Il convient en effet de tirer toutes les conséquences de l'affirmation contractuelle opérée par la Cour de Cassation au sujet du rapport de travail. Dès lors, la liberté des parties peut légitimement se déployer. L'existence de clauses particulières conduira le juge à moduler son appréciation du socle contractuel selon les volontés exprimées. En effet, les clauses de variation et les clauses de stabilité participent à une détermination individualisée ; les premières laissent au pouvoir de direction de l'employeur un champ d'exercice plus large, les secondes contractualisent expressément des éléments particuliers et visent à cet égard à restreindre l'application du pouvoir[1655]. Quand bien même les aménagements contractuels du rapport de travail demeurent soumis à un régime particulier et un contrôle

[1654] La clause de mobilité géographique des cadres est une « *clause de style* » (I. DAUGAREILH, *Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités*, Dr. soc. 1996, p. 128 ; J.-E. RAY, *La mobilité du salarié, aspects individuels*, Dr. soc. 1989, p. 432).

[1655] Pour donner leur plein effet aux clauses de stabilité, elles doivent être formulées de telle façon qu'il doit en résulter que, sans cet élément, le contrat n'aurait pas été conclu, qu'il s'est agi d'un motif déterminant de la volonté des parties au contrat (notamment par l'énoncé des justifications, telles des contraintes familiales qui nécessitent de fixer tel lieu de travail ou tel horaire). *A contrario*, une simple allusion à l'élément en cause dans le contrat ne suffit pas à en traduire le caractère essentiel pour les parties. En effet, «*tout ce qui est dans le contrat n'est pas contractuel* » (M. MORAND, *Conditions de travail : définition objective et conséquences subjectives,* JCP, éd. E 2000, p. 1894 ; J. PÉLISSIER, *Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail*, RJS 1/2004, 3).

jurisprudentiel poussé, il s'agit de les envisager sous l'angle de la mise en œuvre du contrat, et non de sa modification.

685. En tout état de cause, il revenait aux juges, en l'absence de dispositions contractuelles révélant clairement l'intention des parties, de qualifier les modifications du contrat et les manifestations du pouvoir de direction[1656]. L'entreprise se révèle exclusivement jurisprudentielle[1657] puisqu'aucun texte ne définit véritablement les éléments contractuels[1658]. Il a également pu être souligné qu' « *en l'état actuel du droit positif, les critères de distinction entre ce qui relève du contrat ou des conditions de travail sont multiples, variables selon l'élément modifié* »[1659]. En ce sens, il est évoqué « *une forte insécurité juridique* »[1660], une « *confusion* »[1661] résultant des « *tâtonnements [...] d'une appréciation judiciaire elle-même variable : objective pour certains critères, subjective pour d'autres* »[1662]. En dépit de ces remarques, des positions globales peuvent être dégagées. Avant de s'attacher aux conditions de cette subjectivité tant décriée – pour laquelle la loyauté porte une certaine responsabilité –, il convient dès lors d'ébaucher très brièvement les qualifications objectives qui paraissent plus ou moins assurées.

[1656] Si la Cour de cassation a semblé initialement exercer un contrôle de droit sur l'appréciation de ces éléments (Soc. 22 juil. 1970, Bull. civ. V, n° 490 au sujet de la modifications des fonctions ; Soc 8 janv. 1964, Bull. civ. IV, n° 15 au sujet de la modification de la structure de la rémunération ; Soc. 19 nov. 1987, Bull. civ. V , n° 661 au sujet de la modification du lieu de travail ; Soc. 13 avr. 1972, Bull. civ. V, n° 257 au sujet de la modification de l'horaire de travail ; cités par F. BOCQUILLON, *La modification du contrat*, Répertoire de droit du travail, n° 39), il semble qu'ensuite, la qualification de la modification contractuelle substantielle ait nécessité des juges une appréciation subjective de ses effets sur la situation personnelle du salarié (PH. WAQUET, *Le contrôle de la chambre sociale en droit du travail*, Rapport de la Cour de cassation 1989, Doc. fr. 1990, p. 167), les juges du fond aient dès lors exercé souverainement le pouvoir d'appréciation des modifications (Soc. 19 nov. 1987, Bull. civ. V, n° 661 et 662, Dr. soc. 1988, p. 138, note J. SAVATIER). Il a cependant été relevé que la Cour de cassation a « *toujours conservé son pouvoir de contrôle sur la motivation des décisions des juridictions inférieures, ainsi que sur l'interprétation, par les juges du fond, des clauses claires et précises du contrat de travail* » ; en tout état de cause, « *dès lors qu'un découpage objectif était désormais retenu par la Haute juridiction, entre la modification du contrat et le changement des conditions de travail, le pouvoir de qualification des juges du fond a pu à nouveau s'exercer sous le contrôle de la Cour de cassation* » . BOCQUILLON, *La modification du contrat*, Répertoire de droit du travail, n° 41 et 42).

[1657] PH. WAQUET, *Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail*, Dr. soc. 1999, p. 566.

[1658] La directive communautaire n° 91/533 du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail se limite seulement à énumérer les éléments devant être portés par écrit à la connaissance du salarié.

[1659] F. BOCQUILLON, *La modification du contrat*, Répertoire de droit du travail, n° 88.

[1660] M. MORAND, *Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions*, JCP, éd. E 2003, p. 796.

[1661] F. BOUSEZ et F. MOREAU, *À propos des changements apportés par l'employeur aux conditions de travail*, JCP éd. E, 1997. I. 705.

[1662] F. BOCQUILLON, *La modification du contrat*, Répertoire de droit du travail, n° 90 : « *Tous les éléments de la relation de travail répugnent à se laisser enfermer dans une qualification juridique unique. Ils relèvent tantôt du contrat, tantôt des conditions de travail au gré Certes, certains éléments relèvent plus sûrement d'une catégorie que d'une autre, mais point de systématisation* ».

686. En raison de leur objet, « *certains éléments de la relation de travail relèvent, par essence, de l'armature contractuelle* »[1663]. Parce qu'ils participent de la nature même du contrat de travail[1664], l'identité des parties, la rémunération[1665], la durée du travail[1666] et la qualification professionnelle[1667] du salarié constituent des éléments affectant le contrat ; toute modification, quelles qu'en soient l'ampleur et les incidences relativement à la vie personnelle du salarié, nécessite en principe l'accord des deux parties. De même qu'en principe, les clauses de variation susceptibles de laisser l'employeur s'en ménager unilatéralement et arbitrairement la substance sont interdites[1668]. D'autres éléments, tels l'horaire ou l'aménagement du temps[1669] et le lieu de travail[1670], relèvent davantage de

[1663] F. BOCQUILLON, *La modification du contrat*, Répertoire de droit du travail, n° 91.
[1664] P.-H. ANTONMATTÉI, *Les éléments du contrat de travail*, Dr. soc. 1999, p. 332.
[1665] « *À l'évidence, la rémunération a bien sa place dans le contrat de travail puisqu'il ne peut y avoir de contrat de travail sans une rémunération* » (G. COUTURIER, *La rémunération élément du contrat de travail*, Dr. soc. 1998, p. 525 ; E. DOCKÈS, *Consécration de la nature contractuelle du salaire*, RJS 3/1998, 168). En effet, il a été jugé que « *le mode de rémunération d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux* » (Soc. 28 janv. 1998, Bull. civ. V, n° 40, Dr. soc. 1998, p. 528, note G. COUTURIER), ou que « *la rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du contrat qui ne peut être modifié même de manière minime sans son accord* » (Soc. 19 mai 1998, Bull. civ. V, n° 265, Dr. soc. 1998, p. 885, obs. G. COUTURIER).
[1666] La durée du travail, précisément le nombre d'heures travaillées, constitue un élément du contrat de travail que l'employeur ne peut modifier sans l'accord du salarié (Soc. 20 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 433, RJS 12/1998, n° 1445, Dr. soc. 1998, p. 1045, obs. PH. WAQUET, Soc. 23 févr. 2000, RJS 4/2000, n° 466 : refus légitime d'un salarié à temps partiel de passer à temps complet ; Soc. 7 juil. 1998, Bull. civ. V, n° 362, Dr. soc. 1999, p. 575 : de même, le salarié à temps partiel est en droit de refuser une réduction de la durée hebdomadaire de travail). En ce sens, « *Même accompagnée d'une augmentation de salaire, la modification de la durée du travail emporte une modification du contrat de travail* », de même que « *la durée du travail telle que mentionnée au contrat de travail, constitue en principe un élément du contrat* » (P. LANGLOIS, *La réduction du temps de travail et la rémunération*, Dr. soc. 1998, p. 785).
[1667] L'employeur doit définir dans le contrat les attributions et les responsabilités du salarié (CA. Limoges, 1er juin 2004, Gaz. Pal., 26 juin 2004 ; Soc. 10 mai 1999, Dr. soc. 1999, p.736, obs. B. GAURIAU). La « *qualification - qui constitue un lien, convenu entre les parties au contrat individuel, entre des qualités et une place ou fonction dans l'organisation - ne peut être modifiée que d'un commun accord entre les parties* » (A. LYON-CAEN, note sous Soc. 16 nov. 1993, D. 1994, somm. 312). La diminution conséquente des responsabilités et des prérogatives du salarié constitue une modification du contrat de travail (Soc. 6 avr. 2011, n° 09-66818, D. 22 avr. 2011, obs. L. PERRIN ; Soc. 25 nov. 1998, Dr. soc. 1999, p. 572 : au sujet d'un cadre auquel l'employeur retire la plupart de ses responsabilités), de même que la promotion professionnelle du salarié (Soc. 16 déc. 1998, RJS 2/1999, n° 157, Dr. soc. 1999, p. 572 : un salarié embauché en qualité de carrossier-peintre auquel l'employeur propose le poste de responsable de l'atelier de peinture), de même au sujet d'une modification temporaire des attributions du salarié (Soc. 31 mai 2012, n° 10-22759, D., 11 juin 2012, obs. J. SIRO). Si le changement de fonctions n'a pas d'incidence sur la qualification du salarié, celui-ci ne peut le refuser. En ce sens, un salarié engagé en tant que rippeur ne peut se voir imposer les tâches de chauffeur (Soc. 26 mai 1998, Dr. soc. 1999, p. 571, Chron. PH. WAQUET), à l'inverse, l'employeur peut imposer à une femme de ménage chargée de l'entretien des appartements privatifs d'effectuer le nettoyage des parties communes d'un 'immeuble (Soc. 24 avr. 2001, RJS 7/2001, n° 835). Au sujet de la conception large de la notion de qualification professionnelle : J.-E. RAY, *Mutations de l'entreprise et modification du contrat de travail*, 2000, Éd. Liaisons, n° 29, p. 34.
[1668] Le contrat de travail ne peut pas prévoir de clause par laquelle l'employeur se réserve la possibilité de modifier unilatéralement la rémunération (Soc. 26 octobre 2011, n° 10-10243).
[1669] La subjectivité de l'horaire de travail s'observe déjà au regard de la distinction opérée entre l'hypothèse du travail à temps partiel et à temps complet, les solutions diffèrent encore selon qu'il s'agisse du volume, de la répartition, de la durée. Pour autant, en principe, un simple changement des horaires de travail ne constitue pas une modification du contrat mais une modification des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de

qualifications variables qui relèvent d'appréciations subjectives, de circonstances d'espèce et d'interprétation relatives à l'ampleur des changements. De ce point de vue, l'individualisation des relations de travail trouve une nouvelle illustration mais l'intangibilité contractuelle peut effectivement paraître incertaine[1671]. En effet, le juge apprécie dès lors la qualification de l'élément en fonction de l'importance et de l'incidence particulière de sa modification eu égard aux conditions de vie et de travail du salarié.

687. L'obligation de loyauté participe au régime de la modification du contrat et, à cet égard, s'associe à la garantie de son intangibilité, fût-t-elle casuelle. L'application de la notion de loyauté dans l'exécution du contrat de travail tend par ailleurs à combler les failles d'une construction jurisprudentielle laborieuse. Elle se révèle inventive puisqu'elle permet de sanctionner l'employeur qui modifie le contenu contractuel sur le terrain de la violation de son obligation d'exécuter *loyalement* le contrat de travail. En ce sens, la notion exploite et mobilise une certaine conception de l'intangibilité de la lettre du contrat, en déployant un régime innovant qui vise une lecture souple de la teneur et de la portée des obligations réciproques. Les applications de la loyauté apparaissent étendues et diversifiées ; elles ont cependant toute vocation à consolider le contrat dans ses éléments les plus structurels,

---

l'employeur. En conséquence, la salariée qui ne justifiait d'aucun motif légitime pour refuser le changement de ses horaires de travail a pu être sanctionnée (Soc. 2 avr. 2014, n° 13-11060, Dr. soc. 2014, p. 572, obs. J. MOULY). La solution s'applique aux travailleurs à temps plein au sujet d'une nouvelle répartition de la durée du travail au sein même de la journée (Soc. 22 févr. 2000, Bull. civ. V, n° 67, RJS 4/2000, n° 374, JCP, éd. E 2000, p. 1333, obs. D. CORRIGNAN-CARSIN : passage de 7h-16h à 9h-18h). Même solution pour le seul changement du jour de repos, à condition que le nouveau jour travaillé soit un jour ouvrable (Soc. 17 oct. 2000, Bull. civ. V, n° 328, D. 2000, 377, note T. AUBERT-MONPEYSSEN). De même, si le contrat mentionne expressément que le salarié bénéficie d'un samedi de repos sur trois, la fixation d'un samedi de repos sur six, en application d'un accord collectif de réduction du temps de travail, constitue une modification du contrat de travail qui nécessite l'accord des intéressés (Soc. 12 juil. 2005, RJS 10/05, n° 987). A l'inverse, le fait d'imposer à la salariée de travailler un samedi entier sur deux et de la priver une semaine sur deux d'un repos hebdomadaire de deux jours consécutifs, constitue une modification du contrat de travail (Soc. 22 oct. 2003, RJS 1/2004, n° 5). En ce qui concerne les travailleurs temps partiel, v. l'article L. 3123-14 du Code du travail.

[1670] En l'absence de clause contractuelle claire et précise précisant que le salarié travaillera exclusivement au lieu mentionné (Soc. 3 juin 2003, n° 01-40376), le lieu de travail s'est trouvé en principe parmi les éléments du contrat de travail. Sauf « *certains contrats [qui] sont, par essence, exclusifs de toute localisation du travail* » (PH. WAQUET, obs. sous Soc. 20 oct. 1998, Dr. soc. 1998, p. 1045), et hors la présence d'une clause de mobilité, il a été admis qu'il ne pouvait être modifié sans l'accord du salarié (Soc. 21 mars 2000, Dr. soc. 2000, p. 652, obs. J. MOULY ; Soc. 22 mai 1997, Bull. civ. V, n° 186). Il apparaît cependant que la jurisprudence se soit assouplie et qu'elle décide désormais que le salarié peut être licitement amené à exécuter son travail en différents lieux, sans que son contrat s'en trouve nécessairement modifié (Soc. 20 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 432, RJS 2/1999, n° 307). En ce sens, pour garantir un cadre raisonnable aux mutations relevant de l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, la jurisprudence a dégagé la notion de secteur géographique, en substitution du lieu de travail, laquelle s'est toutefois révélée assez incertaine.

[1671] « *Dès lors que le salarié refuse la modification de son contrat de travail, l'employeur doit, soit le rétablir dans son emploi, soit tirer les conclusions de son refus en engageant une procédure de licenciement, mais il ne peut, sans avoir rétabli le salarié dans son emploi, se prévaloir d'un comportement fautif de ce dernier, postérieur à son refus, pour procéder à un licenciement disciplinaire* » (Soc. 13 juil. 2004, Dr. Soc. 2004, p. 499).

suggérant une protection et / ou un approfondissement obligationnel. De ce point de vue, le devoir de loyauté aggrave l'intangibilité contractuelle. Il déploie en effet des exigences particulières tirées de la conception du contrat qu'il présuppose, lequel ne se réduit pas aux éléments qui permettent sa qualification, ni aux mentions éventuellement écrites.

688. L'aggravation est objective et tacite lorsque l'obligation concerne un élément du rapport de travail considéré comme participant des bases contractuelles. La loyauté est alors marquée d'une certaine objectivité ; elle confère au contrat de travail une résistance particulière au titre de la substance contractuelle et se fonde sur le seul article 1134 du Code civil. En ce sens, l'obligation semble garantir la force obligatoire du contrat de travail, mais pas seulement, elle impose également le respect « *à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* »[1672]. Le contrat ainsi *lesté* voit l'exigence de son exécution *alourdie*, et l'intangibilité imposée en ressort aggravée.

[1672] Un certain nombre de décisions assurant la résistance du contrat, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, ont pu en ce sens être rattachées à l'obligation de loyauté. Au sujet de l'identité de l'employeur, il a été jugé du transfert déloyal du contrat de travail du salarié en cas de changement d'employeur, hors l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail (Soc. 26 juin 2013 n°12-18201 : un employé de restauration se voit notifier à la suite de la perte du contrat de prestations de services de son employeur le transfert de son contrat auprès du nouveau prestataire qui le licencie moins d'un an après, la Cour de cassation juge que, sauf application éventuelle de l'article L. 1224-1 du Code du travail, « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise […] le changement d'employeur prévu et organisé par voie conventionnelle suppose l'accord exprès du salarié, qui ne peut résulter de la seule poursuite de son contrat de travail sous une autre direction »,* le salarié ayant refusé de signer l'avenant à son contrat de travail emportant le changement d'employeur, le transfert de son contrat constituait une modification qu'il était en droit de refuser ; Soc. 25 sept. 2013, n° 12-17605 : un chef de service de bureaux de vente assurant des fonctions d'encadrement du travail des commerciaux se voit notifier une modification de ses fonctions à la suite d'une restructuration de l'association, la Cour de cassation estime que peu importait le maintien de la qualification et de la rémunération de la salariée, l'employeur ayant supprimé sans son accord sa fonction d'encadrement, son contrat de travail avait bien été modifié, rendant bien fondée sa prise d'acte. Au sujet de l'obligation, inhérente à tout contrat de travail, de fournir une tâche à exécuter au salarié (Soc. 3 nov. 2012, Dr. soc. 2012, p. 95, note CH. RADE), il a pu être jugé que l'employeur qui tentait d'en détourner la portée par une stipulation contractuelle manquait à son obligation de loyauté (Soc. 8 mars 2012 , n° 10-30195), l'employeur ne peut se dédouaner de cette obligation qui entraîne le paiement d'un temps plein de travail que s'il prouve que le salarié avait refusé d'exécuter son travail ou ne s'était pas tenu à sa disposition (Soc. 23 oct. 2013, n° 12-14237). De même, l'employeur qui modifie unilatéralement le contrat de travail, en ne fournissant plus au salarié le travail et la rémunération inhérente, manque à ses obligations contractuelles sur le terrain de l'obligation de loyauté (Soc. 4 févr. 2009, n° 08-40611). Enfin, il a encore été jugé que les conditions de versements du 13ème mois ne peuvent être modifiées par un avenant au contrat de travail, dans un sens moins favorable que celles prévues par un accord collectif ou par un accord valant engagement unilatéral de l'employeur, tant que cet accord demeure en vigueur (Soc. 4 févr. 2003, Dr. ouv. 2004, p. 523).

689. L'aggravation est subjective et explicite lorsque l'obligation concerne un élément du rapport de travail considéré comme étant par principe soumis au pouvoir de direction de l'employeur. La loyauté est alors empreinte d'une évidente subjectivité ; elle confère au rapport de travail une résistance particulière au titre de l'altérité contractuelle, et peut se fonder sur l'article 1134 du Code civil ajouté de l'article L. 1121-1 du Code du travail. En ce sens, l'obligation semble garantir la force obligatoire du contrat de travail, mais pas seulement, elle impose également le respect aux *suites* issues des normes fondamentales supérieures. L'intangibilité qui en résulte est imprévisible et, surtout, elle s'étend hors du cadre contractuel.

2. La résistance accrue du contrat aux modifications de ses modalités d'exécution

690. Si le pouvoir de direction de l'employeur est en principe légitime à s'exercer dès lors qu'il n'impacte pas les éléments contractuels, il demeure cependant soumis à l'exigence de bonne foi. Celle-ci, vraisemblablement, irrigue l'entier rapport de travail et s'affranchit du strict champ contractuel. La modification des *simples* conditions d'exécution du contrat peut à cet égard se voir conditionnée au respect du devoir de loyauté. En pratique, l'appréciation de la déloyauté d'une variation dans les modalités d'exécution de la prestation peut résulter de la caractérisation d'un abus, de l'intention de nuire ou d'une atteinte aux droits des salariés. L'application du devoir de loyauté renoue dès lors avec la fonction observée au titre du recrutement, il s'agit bien entendu de protéger les droits et libertés des salariés. A cet égard, il convient de s'intéresser à l'incidence de la modification relativement à la situation particulière et personnelle du salarié auquel elle s'applique, mais il faut également s'intéresser le cas échéant à la justification de la modification projetée au regard de son intérêt professionnel. En tout état de cause, la loyauté de l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur ne supporte ni opacité ni excessivité.

691. L'exigence d'un aménagement loyal des horaires a pu trouver certaines applications à propos du congé parental d'éducation. En ce sens, la Cour d'Appel de Chambéry a jugé, sur le fondement de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme qui pose le principe du droit à mener une vie familiale normale, que dans la mesure où le travail à temps partiel, dans le cadre d'un congé parental d'éducation, a pour objectif de permettre au salarié de pourvoir dans de bonnes conditions à l'éducation de son enfant, « *il en résulte que l'employeur ne peut imposer à une salariée de venir travailler cinq jours par semaine*

sur un laps de temps court, ce qui engendre d'importantes contraintes de garde de son enfant et de transport, ainsi que des frais lourds pour la rémunération perçue, sans justifier que les restrictions apportées au droit de la salariée de mener une vie familiale normale sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir ou proportionnées au but recherché »[1673]. L'exercice du pouvoir de direction de l'employeur doit en ce sens se soumettre le cas échéant au contrôle de proportionnalité et de justification issu de l'article L. 1121-1 et, en tout cas, ménager les droits des salariés auxquels il s'applique.

692. La solution est reprise dans un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 9 mars 2004, lequel expose que « *si l'employeur est libre d'aménager la réduction du temps de travail dans le cadre d'un congé parental, il doit le faire dans l'intérêt de l'entreprise, sans volonté maligne et de bonne foi, conformément à l'article 1134 du Code civil ; […] l'employeur n'exécute pas de bonne foi le contrat de travail en procédant à une réduction de l'horaire de travail de tous les jours ouvrables hebdomadaires, alors que la salariée souhaitait ne pas travailler le mercredi, sans opposer à l'intéressée un motif valable tiré de l'intérêt de l'entreprise* »[1674]. En ce sens, la modification des conditions d'exécution du contrat, au demeurant du ressort légitime du pouvoir de l'employeur, est doublement conditionnée par l'obligation de loyauté qui lui est imposée : d'abord par l'absence d'atteinte aux droits du salarié, ensuite par la justification d'un impératif professionnel ; les deux se trouvant conciliées par un contrôle de proportionnalité et de justification qu'en l'espèce la Cour n'a pas été en mesure d'opérer. L'arrêt dessine également une obligation de motivation loyale à la charge de l'employeur qui entend user de son pouvoir de direction à l'encontre des souhaits ou des droits de son salarié (justifiés ici par la nature même du congé parental).

693. Cette solution a été confirmée par la Cour de cassation, au visa de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article L. 1222-1 du Code du travail. En l'espèce, une salariée d'une entreprise de Valenciennes avait demandé au cours de son congé parental sa mutation à Avignon aux fins d'y suivre son concubin. Devant le refus de son employeur, qui arguait de l'indisponibilité d'un poste et malgré ses injonctions, celle-ci ne s'est pas présentée à son emploi au retour de son congé parental et a été licenciée pour faute grave. La Cour d'appel considère que l'obligation de bonne foi du contrat de travail n'impliquait pas, nonobstant

[1673] CA Chambéry 13 févr. 2003, n° 01-355, Ch. soc.
[1674] CA Versailles, 9 mars 2004, n° 03-2636, 6ème Ch., RJS 2/05, n° 16.

les contraintes familiales de l'intéressée, l'obligation pour l'employeur de proposer à la salariée les postes disponibles sur la région d'Avignon, et que la décision de licenciement pour faute grave qui se réfère à un abandon de poste caractérisé ne saurait être considérée comme illégitime au motif que l'employeur ne justifie d'aucun élément objectif propre à l'empêcher de proposer ces postes disponibles. La Cour de cassation censure les juges pour s'être abstenus d' « *expliquer les raisons objectives qui s'opposaient à ce que l'un des postes disponibles dans la région d'Avignon soit proposé à la salariée, contrainte de changer son domicile pour des raisons familiales sérieuses, alors, de surcroît, que la décision de l'employeur informé depuis plusieurs mois de cette situation, de maintenir son affectation à Valenciennes, portait atteinte de façon disproportionnée à la liberté de choix du domicile de la salariée et était exclusive de la bonne foi contractuelle* »[1675]. Cet arrêt, non publié, reprend la même opposition entre les raisons professionnelles objectives et le respect des droits du salarié, présupposant déjà que l'employeur, informé, doit les prendre en compte. La conciliation appelée à être effectuée entre ces deux impératifs justifie une transparence préalable. L'employeur ne pouvait justifier, en l'espèce, l'exercice de son pouvoir de direction qu'au regard de la proportion et de la justification de l'atteinte portée indirectement aux droits familiaux de sa salariée. Il aurait dû, en conséquence, motiver le refus de la mutation de la salariée soit par une réelle impossibilité matérielle, soit par des raisons professionnelles objectives. Il convient toutefois de préciser que le fait qu'il existait des postes disponibles à Avignon que l'employeur refusait sciemment de proposer à sa salariée, pouvait démontrer à lui seul l'existence d'une mauvaise foi, voire l'intention de nuire.

694. En ce sens, la déloyauté d'une modification du rapport de travail initiée par l'employeur n'est pas nécessairement établie par une atteinte aux droits du salarié, et peut résulter de la mauvaise volonté de l'employeur. En ce sens, il a pu être jugé le 23 novembre 2005 par la Cour de cassation que l'employeur qui, unilatéralement, établit un planning irréalisable pour le travail d'un salarié, manque à « *son obligation d'exécution loyale du contrat de travail ; ce dont il résultait que les absences du salarié à son poste étaient justifiées et qu'aucune faute disciplinaire ne pouvait lui être reprochée* »[1676].

[1675] Soc. 24 janv. 2007, n° 05-40639.
[1676] Soc. 23 nov. 2005, n° 04-40029.

695. La déloyauté peut pareillement résulter d'un abus. En ce sens, si le chef d'entreprise peut légitimement demander en principe à ses salariés d'effectuer des heures supplémentaires, il a été décidé, par un arrêt du 19 juin 2008, que l'employeur qui impose, pendant des années et de façon systématique, des heures supplémentaires au salarié le samedi puis qui soudainement s'en abstient, a pour effet de modifier de façon substantielle son contrat de travail et manque en conséquence à son obligation de loyauté. Au pourvoi qui soutenait que « *relève d'un libre choix de gestion de l'employeur qui participe du pouvoir de direction s'imposant au salarié et n'implique aucune justification particulière, la décision de ne plus solliciter d'un salarié l'accomplissement d'heures supplémentaires ; qu'en relevant, pour faire droit à la demande du salarié, une suppression abrupte et sans aucune justification du bénéfice du paiement d'heures supplémentaires* », la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil, la Cour de cassation répond que les juges, qui n'ont « *relevé aucun élément justifiant, au regard des intérêts de l'entreprise, la suppression des heures supplémentaires, [ont] pu caractériser un manquement de l'employeur à l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat, prévue par les articles 1134, alinéa 3, du code civil et […] L. 1222-1 du code du travail* »[1677].

696. A l'inverse, deux décisions méritent enfin d'être évoquées au sujet de l'exercice loyal du pouvoir de direction, tout du moins de l'absence de déloyauté. Il a été jugé que le refus manifesté par un salarié ayant 6 ans d'ancienneté de rester après l'heure normale pour achever le déchargement d'un camion dans lequel restaient deux colis, s'il ne constitue pas une faute grave, justifie un licenciement, l'employeur n'ayant fait qu'user de son droit en demandant au préposé de rester après 17h pour terminer sa tâche[1678]. Est tout aussi légitime le fait de contraindre un salarié à se rendre sur son lieu de travail un samedi pour assurer la mise en service d'un ensemble informatique, dès lors qu'il était prévenu de cette mission depuis plusieurs mois et que la demande de l'employeur ne portait pas atteinte à sa vie privée[1679]. Si le pouvoir de l'employeur est clairement circonscrit par l'exigence de loyauté, il apparaît également que le salarié soit tenu d'une certaine disponibilité à l'endroit de l'entreprise qui l'emploi, fût-ce hors des heures ou des jours habituels de travail.

[1677] Soc. 19 juin 2008, n° 07-40874.
[1678] Soc. 7 juil. 1982, D. 1983, somm. p. 443, obs. J. FROSSARD.
[1679] Soc. 27 nov. 1991, Dr. soc. 1992, p. 334, obs. J. SAVATIER ; D. 1992, Jurisp., p. 296, note Y. PICOD.

697. A propos du lieu de travail, ère soumise au pouvoir de direction, il a également été jugé que l'employeur qui, ayant connaissance d'une situation de danger s'abstient de garantir la santé physique et morale de ses salariés, peut être condamné à leur verser des dommages-intérêts pour « *exécution déloyale du contrat de travail* »[1680].

698. Si la Cour de cassation ne se fonde pas systématiquement sur l'obligation de loyauté lorsqu'elle concilie le ménagement des droits fondamentaux du salarié et les impératifs de l'entreprise tels qu'ils sont traduits par l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, une jurisprudence bien plus conséquente tend pourtant à prendre en considération ce qui relève de la vie personnelle du travailleur. Sans nécessairement viser la bonne foi, ni même l'article 1121-1 du Code du travail, la Cour de cassation a glissé sensiblement « *de l'objectif au subjectif* »[1681] dès lors qu'il s'agit d'apprécier les changements imposés dans l'exécution des obligations contractuelles, spécialement au sujet de la répartition des horaires et du lieu de travail. En ce sens, il apparaît que la qualification de la modification peut dépendre, pour la première, du « *bouleversement de l'économie du contrat* »[1682] qui est susceptible d'en résulter. Cette notion civile et éminemment contractuelle, exigeante du point de vue terminologique, s'apprécie cependant de manière très subjective, et vise en réalité bien souvent à jauger davantage du trouble causé à la situation personnelle du salarié qu'à l'équilibre contractuel. Il s'agit dès lors de saisir « *l'incidence significative sur la vie privée des salariés* »[1683], et l'ampleur de la répercussion sur l'organisation personnelle de la vie du salarié[1684]. Tel est le cas par exemple du passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour[1685], ou d'un horaire continu à un horaire discontinu[1686] ; dès lors

[1680] Soc. 7 févr. 2007, n° 05-44097.
[1681] F. FAVENNEC-HÉRY, *Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif*, RJS 6/2003, p 59.
[1682] Il s'agit dès lors du « *cœur de la convention* » (A. ZELCEVIC-DUHAMEL, *La notion d'économie du contrat en droit privé*, JCP 2001, I, 300), des « *prévisions que les parties avaient fixées par leur convention* » (J. MOULY, *Une embarrassante notion : l'économie du contrat*, D. 2000, p. 382).
[1683] CA Limoges, 23 avr. 2002, D. 2000, p. 377, T. AUBERT-MONPEYSSEN ; Dr. soc. 2002, p. 1152, obs. J. MOULY.
[1684] Il ne s'agit pas d'aménager l'horaire de travail, mais de modifier la forme d'organisation du temps de travail. J. Mestre regrette cependant l'usage de cette notion « *nécessairement subjective et floue* », qui conduit à « *sacrifier à l'air et au langage du temps l'impératif si fondamental de la sécurité contractuelle, en ouvrant la porte aux solutions les plus inattendues* » (J. MESTRE, *Obligations et contrats spéciaux - L'économie du contrat*, RTD civ. 1996, p. 901).
[1685] Soc. 7 avr. 2004, Bull. civ. V, n° 107 ; Soc. 11 juil. 2007, n° 06-41537. De même pour le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit (Soc. 27 févr. 2001, RJS 5/2001, n° 564, Dr. soc. 2001, p. 553, obs. J. SAVATIER).
[1686] Soc. 18 déc. 2000, D. 2000, p. 377, note T. AUBERT-MONPEYSSEN ; Soc. 3 nov. 2011, n° 10-30033, Bull. civ. V, n° 423, D. 28 nov. 2011, obs. A. ASTAIX. De même lorsque l'employeur impose à un salarié qui travaillait du lundi au samedi de 4h30 à 11h30 d'exécuter désormais son travail en deux périodes, de 4h30 à 8h30 et de 14h30 à 17h (Soc. 5 juin 2001, Dr. soc. 2001, p. 886, obs. CH. RADE), ou le passage d'un horaire fixe à un

que l'importance du changement est avérée – et l'atteinte au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale excessive[1687] –, peu importe alors que la modification soit justifiée par des impératifs de fonctionnement[1688].

699. La même « *approche subjective* »[1689] peut être observée au sujet des incidences tenant à la modification du lieu de travail. Si effectivement, en l'absence d'une clause de mobilité, l'ampleur de la mutation[1690], le type d'activité exercée par le salarié[1691] et le caractère temporaire du changement[1692] sont pris en compte, les conséquences familiales et

---

horaire variable par cycles (Soc. 14 nov. 2000, Bull. civ. V, n° 365, RJS 1/2001, n° 10). Enfin, le regroupement de l'horaire sur trois ou quatre jours au lieu de cinq emporte également une modification du contrat (Soc. 10 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 736, obs. B. GAURIAU).

[1687] E. DOCKÈS, *Contrat et répartition du temps de travail : une jurisprudence en chantier*, Dr. soc. 2012, p. 147, au sujet de Soc. 3 nov. 2011 (2 arrêts). Dans la première espèce, la Cour a jugé que sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur (n° 10-14702). V. également : S. TOURNAUX, *Changement d'horaires et droits fondamentaux du salarié*, RDT 2012, p. 31.

[1688] Alors même que la Cour d'appel relevait que la modification était justifiée par des impératifs de fonctionnement, la Cour de cassation a jugé que la nouvelle répartition de l'horaire qui implique de priver le salarié du repos dominical constituait une modification de son contrat de travail qu'il était en droit de refuser (Soc. 2 mars 2011, n° 09-43223 RJS 5/2011, n° 429). Peu importe également le caractère temporaire d'un nouvel horaire entraînant *« un passage partiel d'un horaire de jour à un horaire de nuit ainsi qu'un passage d'un horaire fixe à un horaire variable par cycle* », cette modification du contrat de travail ne pouvait être imposée sans l'accord du salarié (Soc. 18 sept. 2013, n° 12-18065, Dr. soc. 2013, p. 1053, obs. A. FABRE).

[1689] M. MORAND, *Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions*, JCP, éd. E 2003.704, p. 799.

[1690] En même temps qu'elle a dégagé puis développé la notion de secteur géographique, la Cour de cassation a semblé mettre en œuvre une construction objective, déniant la prise en compte de la situation personnelle du salarié, pour se concentrer sur la détermination du changement au regard du seul « secteur », appréciant ainsi le changement selon que le nouveau lieu se situe dans ou hors le secteur géographique d'exécution du travail (Soc. 21 mars 2000 ; Dr. soc. 2000, p. 650, obs. J. SAVATIER). Si le nouveau lieu d'affectation se trouve dans le même secteur, le changement n'affecte que les conditions de travail, et s'il se situe en dehors du secteur habituel, le contrat se trouve modifié. En ce sens, la détermination du périmètre du secteur géographique a pu dépendre, aux termes de certaines décisions, des seules distances ou durées de trajet, et de l'existence de moyens de transport en commun (Soc. 20 oct. 1998 : le déplacement de Malakoff à Courbevoie, à l'intérieur de la région parisienne, ne constitue pas une modification du contrat, en dépit des répercussions sur la vie personnelle de la salariée dont le temps de transport se trouvait considérablement allongé et le temps libre pour s'occuper de sa mère invalide sensiblement diminué ; Soc. 4 mai 1999, D. 2000, p. 85, S. FROSSARD : le déplacement de Versailles à Chartres ne constitue pas une modification du contrat, en dépit de l'augmentation des dépenses de carburant du salarié et de l'allongement du trajet d'une demi-heure par jour). Cette méthode a cependant pu être critiquée « *à défaut d'une carte de France des secteurs* » (M. MORAND, *Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions*, JCP, éd. E 2003.704, p. 796). « *Le juge du droit s'enivre de notions approximatives qui ne définissent aucune règle de droit intelligible* » (P. MORVAN, obs. sous Soc. 22 janv. 2003, JCP 2003. I, 156).

[1691] La nature des fonctions exercées par le salarié peut effectivement impliquer une certaine mobilité géographique, en ce qu'elle suppose des déplacements, le changement du lieu de travail ne constituera dès lors pas une modification du contrat. Pour exemple, les salariés qui travaillent dans les travaux publics (Soc. 10 mars 1998, RJS 5/1998, n° 566 ; 22 janv. 2003, RJS 3/2003, n° 313, D. 2003, p. 1659, obs. M.-C. ESCANDE-VARNIOL) ou les transports (Soc. 4 janv. 2000, RJS 2/2000, n° 145).

[1692] Un changement d'affectation temporaire ou occasionnel ne constitue pas une modification du contrat dès lors que *« la mission est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et que la spécificité des fonctions exercées par le salarié implique de sa part une certaine mobilité géographique* » (Soc. 27 mai 1998, Bull. civ. V, n° 282, RJS 7/1998, n° 824, D. 1999, somm. 33, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL). Il en est de même, en principe, pour les salariés exerçant un certain niveau de responsabilité, l'employeur peut alors être autorisé à changer temporairement le

personnelles sont tout autant susceptibles d'emporter une qualification. Pour exemple, il a été jugé, au visa de l'article 1134 du Code civil, qu'alors même que le contrat du salarié ne précisait pas d'affectation particulière, dès lors que celui-ci a été autorisé lors de son embauche à effectuer son travail administratif à son domicile deux jours par semaine, l'employeur ne peut pas lui imposer de se rendre désormais au siège de l'entreprise, situé à plus de 200 kilomètres, pour exécuter ce travail ; il s'agit d'une modification de son contrat de travail qu'il est en droit de refuser, et son refus ne peut constituer une faute grave[1693]. La Cour de cassation a également pu préciser, au visa de l'article 9 du Code civil, que « *le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail* »[1694] quand bien même ce nouveau lieu se situe dans le même secteur géographique.

700. Si la mutation géographique ou le bouleversement horaire d'un salarié doivent en conséquence être adaptés à la spécificité de sa situation, l'employeur doit pour autant satisfaire aux intérêts du fonctionnement du service. On relève en ce sens qu'une conciliation s'opère généralement entre l'incidence de la mesure sur la situation personnelle du salarié ou les droits et la nature de ses fonctions[1695], ou encore le sérieux de sa justification professionnelle, dans une certaine mesure tout du moins[1696]. S'il s'agit là d'un mouvement jurisprudentiel général, la loyauté y participe nettement. Ses applications

---

lieu d'exécution du travail en dehors du secteur géographique (Soc. 21 mars 2000, Dr. soc. 2000, p. 652, obs. J. MOULY). V. J. DUPLAT, *Mission temporaire en dehors du secteur géographique*, Sem. soc. Lamy 27 janv. 2003, p. 8.

[1693] Soc. 13 avr. 2005, n° 02-47621, D. 2005, p. 1978, note LEFRANC-HAMONIAUX. Il a été jugé dans le même sens que lorsque les parties sont convenues d'une exécution de tout ou partie de la prestation de travail par le salarié à son domicile, l'employeur ne peut modifier cette organisation contractuelle du travail sans l'accord du salarié : « *Ayant constaté que les parties étaient convenues que le salarié effectuerait, aux frais de l'employeur, son travail à son domicile deux jours par semaine, la cour d'appel a pu décider que le fait pour l'employeur de lui imposer de travailler désormais tous les jours de la semaine au siège de la société constituait, peu important l'existence d'une clause de mobilité, une modification du contrat de travail que le salarié était en droit de refuser* » (Soc. 31 mai 2006, n° 04-43592, Bull. civ. V, n° 196).

[1694] Soc. 2 oct. 2001, RJS 12/2001, n° 1399, D. 2002, p. 768, obs. M. MERCAT-BRUN. Peu importe ici que le nouveau lieu de travail (le domicile du salarié) se situe ou non dans le même secteur géographique ; les juges entendent préserver l'intimité de la vie privée et familiale du salarié en l'autorisant à refuser de travailler à son domicile.

[1695] Si l'activité implique une présence continue des salariés dans l'entreprise, le changement des horaires ne s'analyse pas en une modification du contrat. Pour l'exemple du pompiste d'une station-service ouverte 7 j/7 j, 24h/24h auquel l'employeur impose de passer d'un horaire de nuit à un horaire de jour (Soc. 12 juil. 1999, RJS 10/1999, n° 1226).

[1696] En l'espèce, alors même que le contrat de la salariée ne comportait pas initialement de clause de mobilité et que la mutation dépassait le cadre de la clause insérée par avenant, la Cour a jugé licite la nouvelle affectation qui lui avait été imposée dès lors que celle-ci était motivée par l'intérêt de l'entreprise et justifiée par des circonstances exceptionnelles (en l'espèce le restaurant devait subir quelques travaux), que la salariée avait été informée préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible (Soc., 3 févr. 2010, n° 08-41412).

s'inscrivent en ce sens pleinement dans cette méthode qui, au surplus, procède d'une individualisation et d'une particularisation des solutions, quitte effectivement à ce qu'elles se révèlent parfois « *inattendues* »[1697].

701. Si l'obligation de loyauté commande au cocontractant d'intégrer les intérêts propres à son partenaire – l'employeur devant prendre en compte la vie privée et familiale du salarié et ce dernier céder, dans une moindre mesure, aux impératifs de fonctionnement du service –, plus inattendues, justement, sont ses applications relativement à la prise en compte de l'intérêt contractuel de l'autre partie. Outre le « *respect du cocontractant* »[1698] que l'obligation de loyauté impose, il apparaît en effet que ses applications tendent également à assurer un certain « *respect du contrat* »[1699], et plus précisément le respect des intérêts de l'autre partie au contrat. De ce point de vue, le devoir de bonne foi paraît particulièrement novateur puisqu'en effet il renforce conceptuellement la substance contractuelle. L'employeur, qui se voyait opposer une intangibilité matérielle du contrat, devait déjà exercer son pouvoir de direction dans le respect des avantages qu'avaient pu tirer le salarié d'une certaine détermination initiale des obligations dans son organisation personnelle, il doit désormais aussi exercer son pouvoir de façon à faciliter la propre exécution contractuelle de son collaborateur. A l'altérité contractuelle, la loyauté ajoute la coopération contractuelle, et participe à affiner et imposer une conception utile des obligations.

B. L'affirmation du contrat par son utilité conceptuelle

702. Si jusqu'ici l'obligation de loyauté a permis de « *définir un modèle comportemental acceptable respectueux de la vie personnelle du salarié* »[1700], tant à la formation qu'à l'exécution, l'étude de ses manifestations avait plutôt tendance à mettre en exergue les oppositions des parties et à y appliquer des correctifs, des modes de résolution. A cet égard, l'idée d'une véritable coopération n'a pas paru particulièrement éclatante. C'est pourtant cette idée que l'on trouve dans certaines manifestations de l'obligation. Aux enjeux tirés de l'intérêt de l'entreprise ou de la protection des droits, se superpose une

[1697] J. MESTRE, *Obligations et contrats spéciaux - L'économie du contrat*, RTD civ. 1996, p. 901.
[1698] B. BOSSU, *La loyauté*, Les notions fondamentales, Colloques (dir.) B. TEYSSIE, p. 185.
[1699] *Ibid.*
[1700] Q. URBAN, *La « bonne foi », un concept utile à la régulation des relations individuelles de travail*, Le droit social – La droit comparé, Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2003, n° 6, Presses universitaires de Strasbourg, p. 339.

conception de la bonne foi qui vise à « *imposer un certain dépassement contractuel qui s'exprimerait par des devoirs de solidarité et de fraternité à la charge des cocontractants* »[1701]. La formule est certes très excessive, c'est cependant cet objectif qui semble présider à la loyauté dès lors qu'elle vise à corriger la rigueur du rapport contractuel (1) ou à l'enrichir (2).

1. La correction de l'impassibilité contractuelle

703. Il est établi que le contrat de travail est un contrat synallagmatique qui fait naître des obligations à la charge des deux parties. L'employeur doit confier au salarié un poste à occuper et lui verser une rémunération. Celui-ci doit fournir la prestation de travail en suivant les instructions de l'employeur. La rigueur contractuelle se manifeste d'un certain laconisme dans la détermination des obligations réciproques. Du reste, celles-ci ne correspondent pas véritablement à la réalité complexe du rapport individuel qui s'installe en sus du lien contractuel. A cet égard, la loyauté, « *inséparable de la relation à l'autre* »[1702], a déjà prouvé qu'elle savait s'affranchir du strict cadre conventionnel. Il s'avère qu'elle peut aussi pallier l'impassibilité contractuelle permise au demeurant par le régime de droit commun et, sensiblement, par le régime exorbitant constitué du droit du travail. Au moins deux arrêts méritent ici d'être évoqués.

704. Dans l'arrêt du 21 février 2006, un technicien d'atelier est licencié pour faute grave, son employeur lui reprochant d'avoir abandonné son poste de travail au cours d'un travail de nuit et d'avoir été retrouvé endormi. La Cour de cassation confirme la position de la Cour d'appel qui « *a fait ressortir que l'employeur n'avait pas agi de bonne foi, en laissant se poursuivre l'assoupissement du salarié plutôt que d'y mettre fin* »[1703]. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur se voit clairement circonscrit puisqu'en présence d'une faute de ce type, la loyauté du chef d'entreprise prime et lui commande de réveiller son salarié et de le mettre en mesure d'exécuter sa prestation de travail. En tout cas, elle lui interdit de demeurer passif – ou placide – lorsqu'il est en position de faire cesser une *erreur involontaire*.

[1701] J. MESTRE, *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration entre les parties*, RTD civ. 1986, p. 100.
[1702] L. AYNES, *L'obligation de loyauté*, Arch. phil. dr. 2000, p. 199.
[1703] Soc. 21 févr. 2006, n° 04-47481.

705. Dans l'espèce du 10 mai 2006, les fonctions d'une salariée engagée en qualité d'inventoriste lui imposaient de se rendre, en équipe et de très bonne heure le matin, hors de la région parisienne. Sans pouvoir utiliser les transports en commun, il était établi depuis une dizaine d'années que sa chef d'équipe venait la chercher à son domicile, avec la navette de l'entreprise. L'employeur ayant soudainement cessé cette « *pratique* », la salariée a demandé judiciairement la résiliation du contrat au motif qu'elle était mise dans l'impossibilité de travailler. La Cour d'appel s'est positionnée sur le terrain contractuel pour relever que l'employeur n'avait jamais pris l'engagement d'assurer le transport de la salariée de son domicile au lieu de travail, « *que l'existence d'un usage n'était pas établie et que l'existence d'une note de service prévoyant qu'à compter du 1er septembre 1999, il n'y aurait plus de ramassage du personnel ni de dépôt à domicile » était dépourvue de portée* ». La Cour de cassation se fonde également sur le contrat ; au visa des articles 1134 du Code civil et L. 1222-1 du Code du travail, elle répète dans un attendu de principe que « *le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi* » ; et déroule « *qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que l'employeur, prenant en compte la spécificité de son travail d'inventoriste en équipe et l'horaire exceptionnel de prise du travail, faisait prendre la salariée depuis plus de dix ans à son domicile par un véhicule de l'entreprise et, cessant de la faire bénéficier de cet avantage lié à sa fonction, l'avait mise dans l'impossibilité de travailler, ce qui caractérisait un manquement de l'employeur à l'exécution de bonne foi du contrat de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »[1704]. Sans doute y avait-il de la part de l'employeur un abus de son pouvoir de direction. La décision, par sa forme et sa publication, doit cependant être considérée. La prise en compte de l'intérêt contractuel de l'autre partie est double et strictement professionnel, les juges ne faisant jamais mention d'une éventuelle organisation personnelle ou familiale née ou permise de la prise en charge habituelle par l'employeur des trajets (comme par exemple l'absence de possession d'un véhicule à titre personnel). D'une part, l'avantage qu'a pu tirer la salariée de l'organisation mise en place par l'employeur aux fins de lui permettre l'accomplissement de sa tâche, bien que relevant d'un aménagement matériel, doit être pris en compte par l'employeur au titre contractuel. D'autre part, il résulte des termes de la décision que la Cour de cassation considère que la bonne foi impose à l'employeur de (continuer à) collaborer positivement à faciliter ou soutenir l'exécution des obligations de l'autre partie – à la mettre dans la *possibilité de travailler* –, et pas seulement d'exécuter loyalement les siennes.

[1704] Soc. 10 mai 2006, n°05-42210, D. 2006, p. 1482 ; JCP S, n° 38, 19 sept 2006, 1727, note B. BOSSU.

706. Il a pu être relevé que ce type de décisions, et spécialement la seconde, relevait d'un double devoir de cohérence et de coopération. Si une « *exigence de cohérence innerve les rapports contractuels* »[1705], elle implique en effet que « *chaque partenaire fasse preuve d'une certaine constance dans son comportement, notamment lorsque son attitude a fait naître une confiance légitime dans l'esprit de son interlocuteur* »[1706]. En l'espèce, l'employeur qui a pris en charge matériellement le trajet durant plus de dix ans et qui, soudainement, s'y refuse, adopte effectivement « *un comportement incohérent* »[1707]. Cette remarque rejoint alors l'affirmation selon laquelle la bonne foi commande aux contractants d'exécuter le contrat de travail en conformité avec les attentes que celui-ci a pu faire naître auprès de son cocontractant.

707. Quant au devoir de coopération, il apparaît en effet que l'obligation de loyauté ne « *se contente plus de pourchasser les comportements malveillants* » ou attentatoires aux droits, mais « *exige de manière positive des cocontractants une certaine union, une entraide au service d'un intérêt contractuel commun* »[1708]. A cet égard, « *chaque cocontractant doit faire preuve d'un esprit de coopération tel que son cocontractant puisse, d'une part profiter de la prestation exécutée à son profit, d'autre part exécuter sans difficultés ses propres obligations* »[1709]. Les espèces ci-avant évoquées permettent de ce point de vue aux « *perspectives solidaristes* »[1710] de trouver une résonnance particulière ; il a pu être avancé en ce sens que « *cette jurisprudence de la Chambre sociale est une illustration vivante de l'esprit de solidarité contractuelle* »[1711]. Ainsi du « *dynamique [...] devoir de collaboration* »[1712] imposé par l'obligation de bonne foi, du « *respect des intérêts légitimes du cocontractant* », de l'émergence d'une certaine « *éthique contractuelle* »[1713] ou encore du « *microcosme* » cher à Demogue. Le concept de contrat ne vise pas « *seulement la satisfaction d'un intérêt personnel et égoïste ; il suppose aussi un minimum de respect*

[1705] B. BOSSU, note sous Soc. 10 mai 2006, JCP S, n° 38, 19 sept 2006, 1727, p. 21.
[1706] D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle*, Mélanges François Terré, Paris, Dalloz, 1999, p. 614.
[1707] B. BOSSU, note sous Soc. 10 mai 2006, JCP S, n° 38, 19 sept 2006, 1727, p. 21.
[1708] D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle*, Mélanges François Terré, Paris, Dalloz, 1999, p. 617.
[1709] *Ibid*.
[1710] B. BOSSU, note sous Soc. 10 mai 2006, JCP S, n° 38, 19 sept 2006, 1727, p. 21.
[1711] *Ibid*.
[1712] D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle*, Mélanges François Terré, Paris, Dalloz, 1999, p. 618.
[1713] A. BAREGE, *L'éthique dans les rapports de travail*, LGDJ, 2006.

mutuel entre les cocontractants »[1714]. Il apparaît effectivement que la loyauté de l'employeur excède à bien des égards le contrat, mais surtout qu'elle ramène effectivement au contrat certaines exigences de coopération.

2. L'enrichissement du contenu contractuel

708. L'obligation impose en ce sens de donner un plein effet, et surtout une utilité effective aux engagements réciproques. Il a été jugé à cet égard que l'employeur devait mettre les salariés en mesure d'exécuter convenablement leur prestation, et s'abstenir de provoquer une faute ou de déstabiliser[1715]. De même, l'employeur doit se garder de tout comportement vexatoire, brutal ou indifférent, ou de toute abstention qui compliquerait pour le salarié l'exercice de ses fonctions. Il est en somme attendu du chef d'entreprise qu'il permette aux salariés de s'acquitter convenablement de leurs tâches. Ces exigences participent à suggérer qu'à l'intangibilité de la *lettre* du contrat, s'ajoute effectivement le respect de son *esprit*, celui-ci commandant à ce qu'une association minimale s'établisse entre ses parties, suggérant un « *intérêt commun* »[1716]. L'exécution loyale des parties suppose dès lors qu'elles se situent « *au-delà de la lettre du contrat*, *ce qui exige de la part de chaque contractant un effort supplémentaire afin de placer l'autre dans les meilleures dispositions pour exécuter sa part du contrat* »[1717]. D'autres applications, un peu moins évidentes, tendent encore à démontrer que la prise en compte de l'intérêt de l'autre cocontractant s'induit du devoir de bonne foi.

709. Au sujet de la rémunération, il a été en ce sens jugé, sur le fondement des articles 1134 du Code civil, mais surtout L. 1222-1 du Code du travail, que lorsqu'un contrat de travail prévoit une part de rémunération variable et que l'employeur omet de fixer les objectifs sur laquelle elle est calculée pour se dédouaner de son paiement, il manque à son obligation de bonne foi. La Cour de cassation énonce en ce sens « *qu'il appartient à l'employeur, tenu*

[1714] A. BENABENT, Rapport français, *La bonne foi*, Travaux Association H. Capitant, Litec, 1992, p. 300.
[1715] CPH. Grenoble, 21 janv. 2002, Dr. ouv. 2003, p. 204.
[1716] Y. PICOD, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP G. 1988, I, 3318.
[1717] W. ROUMIER, *Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?*, TPS, févr. 2003, p. 9, en référence à Soc. 13 oct. 1993, D. 1994, somm. p. 308, obs. V. MICHELET : « *manque à son obligation de loyauté l'employeur qui prend à l'égard d'un salarié un engagement qu'il sait ne pas pouvoir tenir de sorte qu'il ne pourra placer le salarié dans des conditions normales lui permettant d'effectuer la prestation convenue* ». De même, la démission du salarié qui fait suite à la défaillance de l'employeur, lequel n'a pas payé l'intégralité du salaire, s'est vue requalifiée en licenciement, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, en raison du fait que l'inexécution par le second de ses obligations contractuelles a rendu impossible pour le premier la poursuite du contrat (Soc. 22 sept. 1993, D. 1994, somm. p. 308, obs. V. MICHELET).

d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, d'assurer lui-même la mise en œuvre des stipulations conventionnelles, la cour d'appel, qui a constaté que la société […] s'était abstenue de toute initiative permettant la définition annuelle de la part variable de la rémunération de l'intéressé, en sorte qu'elle avait fait preuve d'une légèreté blâmable exclusive de la bonne foi contractuelle, a violé les textes susvisés »[1718]. L'obligation de loyauté impose à l'employeur de donner tout son effet au contrat de travail, ce qui suppose de permettre à la rémunération d'être effectivement déterminée.

710. De même, un arrêt est venu préciser que l'employeur ne peut mettre un salarié à la retraite, même si celui-ci a l'âge requis et a acquis les droits qui lui permettent de bénéficier de la retraite de la Sécurité Sociale, dès lors que ce salarié n'a pas l'ancienneté dans l'entreprise qui lui permettrait de percevoir la retraite sur-complémentaire. A la Cour d'appel qui relevait qu'aucun élément ne prouvait que « *la société avait agi dans le but de nuire à sa salariée* », la Chambre sociale oppose « *que l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'employeur envers son salarié n'impose pas que l'employeur ait agi dans le but de nuire au salarié mais qu'il suffit qu'il ait manqué à son obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail* »[1719]. En ce sens, le salarié n'était pas tenu de prouver « *l'intention de nuire* », il suffisait de démontrer que l'employeur avait manqué à son obligation de bonne foi, celle-ci comprenant de toute évidence la prise en compte des incidences pécuniaires causées par la mise en retraite de son cocontractant. Une autre décision, rendue le 25 septembre 2013, a pu juger d'une mise à la retraite déloyale du salarié. En l'espèce, un salarié attaché de direction est informé par courrier de sa mise à la retraite, ce qu'il conteste en indiquant à son employeur qu'il souhaite poursuivre son activité au-delà de ses 65 ans. L'employeur maintient sa position et le salarié saisit la juridiction prud'homale arguant d'une mise à la retraite illicite. La Cour de cassation, au visa de l'article 1134 du Code civil, reproche alors à la Cour d'appel de n'avoir pas recherché « *si la notification de la mise à la retraite sans nécessité objectivement justifiée […] plus de quatorze mois avant la date à laquelle le salarié remplirait les conditions de la mise à la retraite [...] n'était pas de nature à caractériser un manquement de l'employeur à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail* »[1720]. Il apparaît dès lors que l'employeur peut être sanctionné pour n'avoir pas pris en compte l'intérêt et la

[1718] Soc. 24 janv. 2007, n° 05-41263.
[1719] Soc. 4 juin 2002, n° 00-42280, Bull. civ. V, n° 188, p. 185.
[1720] Soc. 25 septembre 2013, n° 12-21571.

volonté du salarié à poursuivre son activité et partant la relation. De ce point de vue, l'intangibilité de l'esprit du contrat appelait son maintien.

711. On peut également ranger dans la conception contractuelle d'une certaine coopération l'obligation d'information mise à la charge de l'employeur au cours de l'exécution du contrat ; celui-ci doit en effet informer le salarié « *des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* »[1721]. Il a en effet été jugé par la Cour d'appel de Versailles que « *l'employeur est tenu envers son salarié d'une obligation de renseignement et de conseil, et sa responsabilité doit donc s'apprécier en tenant compte de cette obligation, et non seulement au regard de ses obligations légales* »[1722], la Cour de cassation ayant par la suite précisé que cette obligation est distincte et qu'elle s'ajoute aux autres obligations légales d'information[1723]. Pour exemple, il a été jugé, dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, que l'employeur qui ne communique pas aux salariés licenciés pour motif économique la lettre que l'administration fiscale lui avait adressée, indiquant que l'indemnité d'aide à la réorientation était assujettie à l'impôt sur le revenu, n'a pas exécuté « *son obligation de renseignement de bonne foi* »[1724]. Même solution au sujet de l'information des salariés relativement à leur régime de prévoyance[1725].

712. Au regard de ces applications, l'obligation de loyauté mute effectivement en « *instrument correcteur de la rigueur contractuelle* »[1726], voire en palliatif à l'insuffisance des textes. Elle permet également au juge de « *tempérer les conséquences de l'infériorité dans laquelle le contrat de travail place le salarié à l'égard de l'employeur* »[1727], dans la mesure où jusqu'ici elle s'applique principalement à l'employeur à la faveur du salarié ; ce qui n'implique évidemment pas que ce dernier n'y soit pas soumis. En effet, il est admis qu'il soit tout autant tenu de « *s'abstenir de tout acte nuisible à l'entreprise et contribuer loyalement et activement à la réalisation des objectifs fixés* »[1728].

[1721] W. ROUMIER, *Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?*, TPS, févr. 2003, p. 9, au sujet de Soc. 5 févr. 1975, Bull. civ. V, 1975, n° 49.
[1722] CA Versailles, 26 janv. 1990, RJS 5/1990, n° 352.
[1723] Soc. 24 nov. 1992, Dr. soc. 1993, p. 55 (à propos d'un contrat d'assurance groupe).
[1724] Soc. 23 juin 1998, n° 96-41953 ; Soc 2 avril 1996, Juris-Data n° 1996-0056124 ; RJS 1996, n° 513, D. 1998, somm. p. 250, obs. V. MICHELET.
[1725] Soc 15 févr. 1995, Dr. soc. 1995, p. 399, obs. J. BARTHELEMY ; Soc. 4 juin 1998, JCP E 1999, p. 37, note C. PUIGELIER ; Soc. 15 déc. 1999, D. 2001, Jurisp. p. 507, note C. WILLMAN.
[1726] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706.
[1727] *Ibid*.
[1728] D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, Mélanges offerts à H. Blaise, Paris, Economica, 1995, p. 143.

713. Il faut enfin relever qu'en pratique, l'obligation faite au chef d'entreprise d'exécuter le contrat de travail utilement vis-à-vis des intérêts du salarié procède d'une sorte de forçage jurisprudentiel et conceptuel de son contenu obligatoire. Si enfin l'obligation d'exécuter loyalement le contrat de travail porte une certaine *« faveur notamment à l'égard du principe d'intangibilité, dès lors qu'il permet de résister au pouvoir d'un employeur* », on observe également une « *hostilité à l'égard des clauses et des techniques défavorables aux intérêts des salariés* »[1729].

II : L'OBLIGATION DE LOYAUTE DANS LA MISE EN ŒUVRE DES CLAUSES CONTRACTUELLES

714. On retrouve ici l'aspect fonctionnel *habituel* de l'obligation de loyauté, puisqu'en effet elle vise nettement à concilier les besoins objectifs et impérieux de fonctionnement avec le respect des intérêts personnels et professionnels du salarié. Il s'agit d'évoquer notamment les clauses de mobilité ou d'affectation, sur lesquelles pèse par ailleurs le contentieux le plus lourd. Si la conciliation est complexe, évolutive et relativement imprévisible, on peut toutefois relever deux principes avérés, qui tiennent d'une part aux motifs qui président à la décision de l'employeur, et d'autre part aux conditions d'application qui affectent le salarié. En ce sens, la déloyauté se manifeste dès lors que le chef d'entreprise décide d'appliquer la clause pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise (A). A l'inverse, la loyauté de la mise en œuvre effective de la clause nécessite que l'employeur prenne en considération la situation personnelle du salarié concerné (B).

A. La déloyauté retenue de l'absence de prise en compte de l'intérêt objectif de l'entreprise

715. La déloyauté peut s'entendre implicitement de l'abus, dont la nature même est exclusive de bonne foi (1) ; elle est toutefois spécialement qualifiée dès lors que la mise en œuvre de la clause de variation n'est pas justifiée par l'intérêt de l'entreprise (2).

[1729] CH. RADE, *La figure du contrat dans le rapport de travail*, Dr. Soc. 2001, p. 803.

1. L'abus de droit

716. L'abus, naturellement, postule l'absence de bonne foi. On le trouve classiquement dans trois hypothèses ; soit l'employeur excède objectivement le droit qu'il tire du contrat, soit l'employeur détourne le droit de sa finalité, soit l'employeur abuse sciemment du droit dans l'intention de nuire[1730]. Si ces trois formes d'abus sont sanctionnées, leurs contours se révèlent confus dans la mise en œuvre de la clause de variation. En effet, la spécificité de la matière sociale a œuvré et le recours à la notion d'abus s'en est vu complexifié. La jurisprudence, particulièrement évolutive sur ce sujet, apprécie l'abus de l'exercice d'une clause de variation selon des critères particulièrement subjectifs. Pour autant, les références civiles les plus communes perdurent. En ce sens, on trouve, sans difficultés, un abus lorsque l'employeur entend exercer la variation hors la délimitation de ses conditions de mise en œuvre. Le principe de la force obligatoire s'applique et commande en effet à ce que la clause s'exerce en conformité avec les prévisions des parties. Les modalités peuvent par ailleurs tout autant restreindre le champ géographique d'une mobilité, que les justifications de la mise en œuvre d'une variation des conditions horaires de travail[1731]. Cette exigence trouve par ailleurs un nouveau relief depuis que la Cour de cassation a jugé qu'une clause de variation, relative à l'horaire, le lieu de travail, la rémunération etc., doit, à peine de nullité, définir précisément son champ d'application[1732] et ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée[1733]. Cette jurisprudence a

[1730] Réalisant une « *une faute dans l'exercice d'un droit* » (JF. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 8ème éd., 2002, Précis Dalloz, p. 710).

[1731] Soc. 10 juil. 1986, D. 1987, somm. 206, obs. A. LYON-CAEN : « *l'employeur ne peut outrepasser les termes de la clause qui n'envisage qu'un aménagement de l'horaire en fonction des besoins de la clientèle en réduisant la durée du travail* » ; Soc. 27 mai 1998, Bull. civ. V, no 282, D. 1999, p. 33, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL.

[1732] Pour l'exemple de la clause de mobilité géographique (Soc. 7 juin 2006), celle-ci doit définir impérativement (Soc. 26 mai 2010, n° 09-40422) et de manière fixe (Soc.17 mars 2010, n° 08-43368) l'étendue de sa délimitation géographique.

[1733] En ce sens, « *la clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou partie, le contrat de travail, est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi* » ; dès lors la Chambre sociale reconnaît que l'article 1134 al. 2 octroie au salarié le droit de s'opposer à la modification de son contrat ; ce droit est d'ordre public (Soc. 27 févr. 2001, Bull. civ. V, no 60, RJS 5/2001, no 562, Dr. soc. 2001, p. 517, obs. CH. RADE). V. P.-H. ANTONMATTÉI, *Les clauses du contrat sous haute surveillance judiciaire*, Liaisons soc. magazine, nov. 2000, p. 74. Pour exemple, la clause d'affectation qui prévoit la possibilité d'une mutation sur tous les établissements composant l'unité économique et sociale, trop large, est nulle (Soc. 23 sept. 2009, n° 07-44200, Bull. civ. V, n° 191 ; Soc. 22 janv. et 4 févr. 2003, RJS 4/2003, no 410, D. 2003, p. 1658, obs. S. FROSSARD). De manière générale, la clause de variation peut en ce sens produire ses effets « *dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux* » (Soc. 2 juil. 2002, D. 2003, somm. 391, obs. V. WAUQUIER ; Dr. soc. 2002, p. 998, obs. CH. RADE). V. également PH. WAQUET, *Pouvoir de direction et libertés des salariés*, Dr. soc. 2000, p. 1054.

semble-t-il fait œuvre de prévention contractuelle à l'égard de l'étendue du pouvoir de direction susceptible d'être exercé par l'employeur au travers des clauses de variation.

717. Il est en outre spécifiquement admis que, faute d'intention de nuire, l'intention de sanctionner peut licitement présider à la mise en œuvre d'une clause de mobilité. En effet, la Cour de cassation ne qualifie ni l'abus, ni le détournement de pouvoir, sous certaines conditions, dans l'hypothèse d'un usage disciplinaire[1734]. Au sujet enfin de la faute née de l'intention de nuire ou du détournement de la finalité de la clause, il apparaît que la qualification d'un abus, exclusif de loyauté, soit conditionnée par l'existence d'un motif objectif lié à la nécessité de fonctionnement, « *que ne saurait satisfaire la simple évocation de l'intérêt de l'entreprise* »[1735].

2. Le détournement de l'objet

718. En même temps que la jurisprudence investissait, assez récemment[1736], le contrôle de la mise en œuvre des clauses de variation, elle liait pour partie leur sort aux justifications patronales. En effet, la mobilité du salarié se justifie par l'intérêt de l'entreprise ; c'est donc principalement cette motivation qui emporte la licéité de la décision de l'employeur. *A contrario*, l'abus est caractérisé dès lors que la clause est détournée de son objet. Tel est le cas de l'employeur qui use de la clause de mobilité aux fins de nuire au salarié. La Cour de cassation a pu juger en ce sens, le 9 mai 1980, que « *bien que le contrat de travail comportât une clause de mobilité, la mutation de la salariée sur un secteur de moindre importance, alors qu'il n'était pas justifié que la décision de l'employeur était dictée par l'intérêt de l'entreprise, constituait en réalité de la part de celui-ci un abus de pouvoir* »[1737]. De même, dès lors qu'il est « *relevé que la mutation avait été décidée en raison des problèmes relationnels existant entre la salariée et son nouveau supérieur hiérarchique* », la Cour d'appel qui retient que « *sous le couvert de l'intérêt de l'entreprise, l'employeur avait imposé à la salariée une « mutation-sanction » alors que son comportement n'était pas à l'origine des difficultés relationnelles ainsi invoquées et,*

[1734] Soc. 11 juil. 2001, Jurispr. soc. Lamy, n° 90, 20 nov. 2001, p. 9 ; J. MOULY, *Une remise en cause indirecte de la jurisprudence « Hôtel Le Berry » : l'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire*, Dr. soc. 2002, p. 955.

[1735] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706 (au sujet de Soc. 28 nov. 2001, RJS, 2/02, n° 147).

[1736] En effet, alors qu'elles étaient auparavant admises sans véritable limitation (Soc. 6 déc. 1978, Bull. civ. V, n° 832 ; Soc. 31 oct. 1996, RJS 11/1996, n° 1166), les clauses de variation sont désormais l'objet d'un contrôle renforcé tant du législateur que du juge.

[1737] Soc. 9 mai 1990, n° 87-40261, Bull. civ. V, n° 210, JCP, éd. E. 1991. II. 126, note F. TAQUET.

d'autre part, qu'en lui imposant un tel éloignement, ce dernier avait utilisé la clause de mobilité de manière abusive » a pu décider que le refus de la salariée n'était pas fautif[1738]. *A contrario*, la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 3 février 2010, que l'affectation occasionnelle d'un salarié en dehors des limites prévues par une clause contractuelle de mobilité géographique est licite lorsqu'elle est motivée par l'intérêt de l'entreprise, justifiée par des circonstances exceptionnelles, et que le salarié est informé préalablement dans un délai raisonnable de sa durée prévisible[1739]. Les mêmes règles se retrouvent au sujet de la répartition de l'horaire, soumis également au contrôle de finalité de sa stipulation ou de sa mise en œuvre ; conditionnée à « *l'intérêt de l'entreprise* »[1740], et pour toute clause de variation.

719. Cette jurisprudence, stable[1741], implique que le salarié qui se refuse à une variation licite puisse être sanctionné. Si la Cour de cassation refuse de qualifier la faute grave[1742], sans doute en raison des incidences personnelles considérables que peut, effectivement, avoir un déplacement personnel, quand bien même il serait justifié légitimement par l'intérêt de l'entreprise, son opposition peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement[1743], dans la mesure où il ne s'agit en somme que de l'application de son contrat. A l'inverse, lorsque l'abus est caractérisé, le refus du salarié n'est pas fautif[1744], l'éventuel licenciement sera considéré comme étant injustifié[1745]. Précisons enfin qu'il revient au salarié la charge

[1738] Soc. 30 juin 2004, n° 02-44145.
[1739] Soc. 3 févr. 2010, n° 08-41412, RJS 4/2010, n° 312, RDT 2010, p. 226, note Y FROUIN.
[1740] Soc. 23 janv. 2002, JCP éd. E 2002, 954, note P. ADAM : « *l'employeur, qui n'établissait pas que cette modification était imposé par l'intérêt de l'entreprise, avait manqué à ses obligations contractuelles* ».
[1741] Soc. 28 nov. 2001, RJS 2/2002, n° 147 ; Soc. 23 janv. 2002, D. 2002, p. 2088, obs. M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; Soc. 18 sept. 2002, D. 2002, p. 3229, note Y. SERRA ; Dr. soc. 2002, p. 997, obs. R. VATINET.
[1742] Soc. 23 janv. 2008, n° 07-40522. La Cour de cassation adopte en effet une jurisprudence ferme à l'égard de la qualification de la faute grave. Elle avait déjà jugé que le seul refus du salarié ne constituait pas nécessairement à lui seul une faute grave (Soc. 4 juin 1998, Bull. V, 1998, n° 300, n° 96-41414 ; Soc. 11 mai 2005, Bull. V, 2005, n° 156, n° 03-41753). De même, elle a encore considéré que la seule circonstance de l'absence d'abus dans la mise en œuvre de la clause par l'employeur ne caractérisait pas la faute grave du salarié (Soc. 4 février 2003, Bull. V, 2003, n° 37, n° 01-40476). Elle a enfin décidé qu'en l'absence d'usage abusif par l'employeur de la clause de mobilité, le refus délibéré et injustifié du salarié de rejoindre sa nouvelle affectation est insuffisant pour caractériser une faute grave (Soc. 23 janv. 2008, Bull. n° 19, n° 07-40522 : en l'espèce les circonstances tenant à l'impossibilité pour l'employeur d'affecter la salariée de retour de congé sabbatique sur son poste antérieur, lequel n'était plus disponible, et au fait que la salariée avait bénéficié d'un délai de prévenance suffisant et qu'elle n'avait aucun motif impérieux pouvant justifier son refus, ne suffisent pas à établir la faute grave). En revanche, si les déplacements sont inhérents à la fonction du salarié, son refus pourra constituer une faute grave (Soc. 22 janv. 2003, n° 00-43826 pour un maître compagnon, n° 00-42637 pour un agent de maintenance technique).
[1743] Soc. 30 sept. 1997 : l'application d'une clause de mobilité relevant du pouvoir de direction de l'employeur, le refus de la mutation par le salarié « *constitue en principe une faute grave* » (1ère espèce), tout au moins « *est susceptible de constituer une cause de licenciement* » (2ème espèce).
[1744] Soc. 3 déc. 1996, TPS mars 1997, comm. 74.
[1745] Soc. 21 juil. 1986, Dr. soc. 1986, p. 865, obs. B. TEYSSIE ; Soc. 3 juin 1997, D. 1997, IR 164.

de démontrer le détournement de pouvoir de direction de l'employeur dans l'application de la clause de variation[1746].

720. La règle a été rappelée dans un arrêt du 23 février 2005 : « *la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; […] il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle* »[1747]. Il a été relevé que la bonne foi venait ici « *vivifier le concept d'abus de droit en permettant [non seulement] un contrôle sur les motifs [mais également sur] la manière d'user d'une prérogative* »[1748]. Les termes de cette décision sont en effet instructifs en ce qu'ils dissocient la charge de la démonstration du manquement à la bonne foi selon deux volets ; d'une part la décision de l'employeur de mettre en œuvre la clause – les « *raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise* » –, et d'autre part l'exécution pratique de la mise en œuvre – les « *conditions exclusives de la bonne foi contractuelle* ». On relève dès lors que si les motifs qui ont conduit à la décision de l'employeur sont susceptibles de constituer un abus et partant un comportement déloyal, celui-ci doit également prendre garde aux conséquences de son choix, puisqu'elles peuvent pareillement révéler, non plus un détournement de l'objet de la clause, mais une légèreté ou une négligence exclusive de loyauté et également constitutive d'un abus. Il s'agit pour l'employeur de prendre en considération les incidences privées d'une mutation, même contractuelle, relativement à l'exacte situation personnelle de son salarié.

B. La loyauté conditionnée à la prise en compte de la situation personnelle du salarié

721. La bonne foi contractuelle impose à l'employeur de concilier l'intérêt de sa structure avec celui de son salarié, à cet égard le chef d'entreprise doit permettre, et s'assurer le cas échéant, l'exécution contractuelle de son collaborateur selon les nouvelles modalités tant d'un point de vue matériel que personnel (1). Ces arbitrages d'espèces se révélant bien souvent désordonnés quoiqu'opportuns, la Cour de cassation a semblé mettre en place un

[1746] Soc. 10 juin 1997, Bull. civ. V, n° 210 ; Soc. 3 nov. 2010, n° 09-65192.
[1747] Soc. 23 févr. 2005, RJS 2005, n° 477, JCP E. 2005, 1069, note D. CORRIGNAN-CARSIN : en l'espèce, un salarié engagé en qualité de chauffeur poids-lourds s'était vu affecter une nouvelle ligne ; d'une tournée Narbonne-Marseille-Toulouse-Narbonne, l'employeur l'a affecté à la ligne Toulouse-Nîmes-Toulouse, et avait été licencié pour faute grave en raison de son refus de se soumettre à cette nouvelle affectation.
[1748] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706.

contrôle plus lisible qui renseigne par ailleurs sur la substance de la loyauté recherchée sur ces questions. Il s'agit d'évoquer le recours à l'article L. 1121-1 du Code du travail et l'irruption expresse des droits et libertés fondamentaux dans le régime de la clause de variation (2).

1. La considération des incidences pratiques

722. Outre la motivation, les juges apprécient en effet les modalités d'application de la clause à l'égard du salarié. La mise en œuvre d'une clause de mobilité, annoncée par télégramme, sous 24 heures et à 150 kilomètres, est évidemment abusive[1749] et excessivement brutale. La question des délais de prévenance a par ailleurs fait l'objet d'une jurisprudence particulièrement fournie[1750]. Il est vrai que la plus élémentaire loyauté commande à octroyer au salarié un minimum de temps avant qu'il ne prenne ses fonctions ailleurs. De ce point de vue, l'honnêteté requise rappelle l'obligation de coopération qui commande au cocontractant de mettre utilement en mesure l'autre partie d'exécuter ses obligations, et de les lui faciliter dès lors qu'il le peut. Sous réserve des délais éventuellement fixés par la convention collective ou le contrat de travail, la Cour de cassation impose qu'un « délai raisonnable », adapté aux circonstances de fait, sépare l'information de la mise en œuvre effective de la mutation géographique. Tel n'est pas le cas lorsque l'employeur prévient son salarié de la mise en œuvre de la clause de mobilité seulement trois semaines avant son retour de congé parental, alors que le poste était libre depuis plusieurs mois, ce qui l'avait mis dans l'impossibilité de tenir le délai ainsi fixé[1751]. Le même abus a été reproché à l'employeur qui ne laisse que dix jours à son salarié pour rejoindre Tours à partir de Marcq-en-Baroeul[1752]. Il a également été reproché un manquement à la bonne foi à un

[1749] Soc. 16 févr. 1987, Bull. civ. V, n° 83 (abus de la mise en œuvre de la clause de variation en l'absence de délai de prévenance) ; Soc. 18 sept. 2002, D. 2002, p. 3229, note Y. SERRA (même solution) ; Soc. 3 juin 1997, RJS 7/1997, n° 794 (délai insuffisant).

[1750] Le refus du salarié d'accepter une mutation mise en œuvre sans qu'ait été observé le délai de prévenance prévu par la convention collective ne constitue pas une faute et ne peut légitimer le licenciement disciplinaire de l'intéressé (Soc. 15 nov. 2006, n° 05-41772). A l'inverse, l'employeur fait une application loyale de la clause de mobilité dès lors qu'il respecte un délai de prévenance supérieur au délai contractuel, le refus délibéré du salarié d'accepter la mutation qui en était la conséquence caractérise en conséquence une faute grave (Soc. 28 févr. 2001, Bull. civ. V, n° 259).

[1751] Soc. 14 oct. 2008, n° 07-4307.

[1752] Soc. 21 juin 2006, n° 04-44866 ; Soc. 3 juin 1997, n° 94-43476 (en l'espèce, deux semaines pour une mutation de Marmande à Pau).

employeur qui avait prévenu tardivement ses salariés du déménagement de l'entreprise dans une nouvelle localité[1753].

723. L'attention que l'employeur doit apporter aux conséquences de sa décision vise également l'exécution pratique des nouvelles fonctions. En ce sens, dans une espèce du 10 janvier 2001, l'employeur avait modifié le lieu de travail et les horaires, faisant commencer sa salariée à 5h15 le matin, la Cour de cassation a relevé que celle-ci « *se trouvait dans l'impossibilité en l'absence de transport en commun de se rendre à l'heure prévue sur le nouveau lieu de travail qui lui était imposé ; […] bien que le contrat ait comporté une clause de mobilité, […] l'employeur, à défaut de lui assurer des moyens de se rendre sur son lieu de travail, avait abusé du droit qu'il tient de l'exercice de son pouvoir de direction* ». Les difficultés de transport personnelles doivent être loyalement prises en compte, n'en déplaise à l'employeur qui arguait d' « *une dénaturation du contrat par méconnaissance du sens clair et précis de la clause de variation d'horaires* », contraire à « *l'article 1134 du Code civil* » et au principe de « *la force obligatoire des contrats* »[1754].

724. La solution a été la même au sujet du salarié qui postule à un emploi nécessitant un véhicule et certains déplacements en arguant de la possession d'un véhicule ; son contrat comportait une clause qui prévoyait une mobilité conséquente ainsi que l'absence de remboursement des frais de déplacement. La Cour de cassation a jugé que « *l'employeur, qui connaissait les difficultés matérielles du salarié et l'avait auparavant employé dans des lieux peu éloignés de son domicile, l'avait affecté, à partir du 21 janvier 2000, sur un site distant de plus de 150 km, sans rechercher s'il existait d'autres possibilités d'emploi, en dépit des observations de l'intéressé qui avait signalé le mauvais état de son véhicule ; […] ayant ainsi fait ressortir que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable, [la Cour d'appel] a pu décider qu'il avait fait un usage abusif de la clause de mobilité figurant au contrat de travail et que le salarié, qui s'était tenu à sa disposition dans l'attente d'une nouvelle affectation, n'avait commis aucune faute* » [1755]. Si les termes de l'obligation de mobilité présente au contrat sont ici clairement désavoués, il résulte toutefois que l'obligation de bonne foi, dont le manquement est reproché à l'employeur, puisse effectivement s'entendre du devoir de cohérence évoqué plus haut. En effet, l'employeur

[1753] Soc. 4 avr. 2006, JCP S 2006, 1426, note B. BOSSU.
[1754] Soc. 10 janv. 2001, n° 98-46226, Bull. civ. V, n° 3, RJS 4/2001, n° 412 ; Dr. soc. 2001, p. 553, obs. J. SAVATIER.
[1755] Soc. 2 juil. 2003, RJS 2003, n° 1120.

avait semblé tenir compte un moment des difficultés personnelles et matérielles de son salarié (tenant aussi à l'impossibilité de payer les frais de trajets), en les niant soudainement il adopte un comportement brusque qui doit nécessairement expliquer la solution.

725. Il n'y a évidemment pas que les contingences matérielles qui se trouvent affectées par une mutation. L'organisation personnelle peut s'en trouver gravement bouleversée, d'autant plus lorsque le salarié est lui-même déjà dans une situation délicate, à tout le moins particulière. L'obligation de loyauté commande alors légitimement à l'employeur de considérer les conséquences de la mise en œuvre d'une clause de variation, à l'instar des exigences applicables au sujet des modifications des conditions de travail évoquées antérieurement. L'arrêt rendu le 18 mai 1999 relève explicitement, non plus la légèreté blâmable ou la négligence, mais la bonne foi pour caractériser l'abus de l'employeur ; et « *au vu des arrêts publiés au Bulletin, c'est semble-t-il la première fois que la Chambre sociale rattache la mise en œuvre d'une clause de mobilité à l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat* »[1756]. De ce point de vue, « *la référence au droit commun des contrats nous rappelle comment la bonne foi oscille entre devoir de coopération et devoir de loyauté, pour reprendre la terminologie qui domine la matière* »[1757]. En l'espèce, la clause du salarié prévoyait une mobilité sur « la France entière », son épouse était enceinte de 7 mois, et l'employeur lui imposait le vendredi une mutation de Paris à Tourcoing pour le lundi. La Cour de cassation, sans méconnaître « *l'obligation du salarié de se conformer à la clause de mobilité* », juge que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, […] fait un usage abusif de cette clause en imposant au salarié, qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés* »[1758]. La même solution, la référence explicite à la bonne foi en moins, a été rendue au sujet de la mutation en application d'une clause de mobilité d'une salariée qui se voyait désormais dans l'impossibilité de rentrer à son domicile à la pause déjeuner. La Cour de cassation a ainsi pu « *relevé qu'en mettant en œuvre une clause de mobilité alors, d'une part, qu'il savait que Mme X était la mère d'un enfant handicapé moteur dont elle devait s'occuper à l'heure du déjeuner, alors, d'autre part, que le poste*

[1756] B. GAURIAU, note sous Soc. 18 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 734. V. aussi M. FOURRIER-HAMARD, *La situation de famille en droit du travail*, Thèse, Nantes, 1998.
[1757] B. GAURIAU, note sous Soc. 18 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 734.
[1758] Soc. 18 mai 1999, n° 96-44315, Bull. civ. V, n° 519, D. 2001, p. 2797, note B. BOSSU.

qu'occupait antérieurement Mme X. était libre, l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable »[1759].

726. Ces dernières décisions ont été rendues sur le terrain de l'abus du droit de l'employeur d'exercer la clause de mobilité, on peut cependant relever qu'elles auraient tout aussi pu l'être sur un fondement constitutionnel, et la faute de l'employeur qualifiée sur le terrain de l'atteinte aux droits des salariés au respect de la vie privée de l'article 9 du Code civil, ou au respect de la vie familiale de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il apparaît en effet que les juges font primer, sur le fondement de la bonne foi, les exigences personnelles sur l'engagement contractuel explicite ; hiérarchiquement il s'agit dès lors d'appliquer des normes et des valeurs supérieures. On remarque également qu'un contrôle de proportionnalité est implicitement mis en place, puisque dans les deux dernières espèces, l'abus du droit contractuel semble constitué à chaque fois de l'intensité de la précarité de la situation personnelle et d'une réduction corrélative de la justification professionnelle. La première voit la grossesse avancée de l'épouse opposée à la brutalité d'une mutation susceptible d'être imposée à d'autres, et la seconde la délicate garde d'un enfant handicapé contrastée de la vacance du poste considéré. La Cour suggère ainsi que l'impérieux intérêt de l'entreprise n'a jamais été affecté, et que la contrainte avérée aux droits des salariés n'était de ce fait pas susceptible d'être justifiée. Le recours à l'article L. 1121-1 du Code du travail paraissait de ce point de vue tout-à-fait adapté. Une partie de la doctrine a par ailleurs émis assez tôt l'idée selon laquelle les clauses de variation peuvent se voir privées d'effet dès lors qu'elles portent des atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles sans être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché[1760].

2. La conciliation des libertés fondamentales

727. L'arrêt Spileers rendu le 12 janvier 1999 s'est appuyé sur l'article 8-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme garantissant le droit au respect du domicile pour sanctionner une clause de variation. En l'espèce, la clause du salarié prévoyait une modification d'affectation et de domiciliation, ainsi qu'une privation des

[1759] Soc. 6 févr. 2001, n° 98-44190, Bull. civ. V, n° 41, RJS 4/2001, n° 412, D. 2001, p. 2168, obs. C. MATHIEU ; Soc. 3 juin 2003, Dr. soc. 2003, p. 885, note J. SAVATIER.
[1760] E. DOCKÈS, *La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail*, Dr. soc. 1997, p. 140.

indemnités de licenciement en cas de non-acceptation du salarié de l'une ou l'autre. La Cour d'appel avait jugé le licenciement suivant le refus du salarié de se voir imposer un changement de domicile à l'occasion de sa mutation de Paris à Montpellier licite. En effet, la clause était licite puisque « *justifiée par la nature et le lieu des fonctions commerciales exercées par l'intéressé et par le bon fonctionnement de l'entreprise* ». La Cour de cassation, assortissant son visa du principe général selon lequel « *selon ce texte, toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* » ; énonce que les seuls motifs évoqués « *ne justifiaient ni le caractère indispensable pour l'entreprise d'un transfert de domicile, alors que le salarié proposait d'avoir une résidence à Montpellier, ni le caractère proportionné au but recherché de cette atteinte à la liberté de choix du domicile du salarié* », reprochant encore à la Cour d'appel de n'avoir pas expliqué « *en quoi les attributions de M. X exigeaient une présence permanente à Montpellier* »[1761].

728. Si l'article L. 1121-1 du Code du travail n'est pas cité expressément, c'est évidemment à un contrôle de proportionnalité et de justification de la clause de variation que se livre la Cour de cassation ; à cet égard, « *nul doute que si elle avait été en vigueur au temps des faits, cette disposition [...] aurait plus solidement fondé le raisonnement de l'exemplaire arrêt Spileers* »[1762]. Cette jurisprudence n'a concerné un temps que la catégorie des clauses de mobilité géographique assortie d'une obligation de résidence, réservant de fait le contrôle de l'article L. 1121-1 du Code du travail au seul droit de choisir son domicile. La solution est reprise dans un arrêt du 13 juillet 2004 par lequel la Cour de cassation a conclu à la licéité de la clause : « *la mise en œuvre de la clause de mobilité entraînant un changement de domicile du salarié, appelé, en raison de ses fonctions de gardien, à être domicilié sur le nouveau site, était justifiée par l'intérêt de l'entreprise et ne présentait*

[1761] Soc. 12 janv.1999, n° 96-40755, Bull. civ. V, n° 7, RJS 2/1999, n° 151 ; D. 1999, p. 645, note J.P. MARGUENAUD et J. MOULY, Dr soc. 1999, p. 287, obs. J.-E. RAY. Sur cet arrêt : P. LAGOUTTE et A. TEISSIER, *Liberté contractuelle, liberté individuelle et intérêt de l'entreprise*, TPS mai 1999, p. 6 ; C. PETTITI, *L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection du domicile du salarié*, TPS avr. 1999, p. 4 ; J. RICHARD DE LA TOUR, *Le libre choix du domicile du salarié et le contrat de travail*, RJS 2/1999, p. 94.

[1762] A. JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne,* in *Analyse juridique et valeur en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier,* Dalloz, 2004, p. 306.

aucun caractère abusif »[1763]. De même, une décision en date du 23 septembre 2009, a marqué l'adoption de la formule selon laquelle « *toute personne dispose de la liberté de choisir son domicile et […] nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché* », aux visas express des articles 9 du Code civil et, enfin, L. 1121-1 du Code du travail. En l'espèce, un salarié détenait à son domicile, pour l'exercice de ses fonctions, une importante collection de bijoux appartenant à son employeur, il a été licencié pour faute grave en raison de son refus d'accepter le déménagement que lui imposait son employeur, en raison de multiples agressions dont il avait été victime à son domicile, impératif pour l'assureur qui refusait de garantir tout sinistre survenant dans le département considéré[1764].

729. Le 14 octobre 2008, la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts. Dans l'un, évoqué plus haut au titre de l'appréciation du délai de prévenance préalable à une mutation contractuelle, elle juge, « *au regard des éléments de preuve apportés par la salariée* », mère de quatre jeunes enfants, que l'employeur qui lui propose un poste sous mutation trois semaines seulement avant son retour dans l'entreprise après un congé parental, alors même que le poste était libre depuis plusieurs mois, la met dans l'impossibilité de tenir le délai ainsi fixé, et partant met en œuvre abusivement la clause de mobilité. La Cour de cassation reprend dans cette espèce l'attendu classique selon lequel « *la mise en œuvre de la clause de mobilité doit être conforme à l'intérêt de l'entreprise ; […] la bonne foi contractuelle étant présumée, il incombe au salarié de démontrer que la décision de l'employeur a été prise en réalité pour des raisons étrangères à son intérêt ou que la clause a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle* »[1765]. Dans une autre décision, la solution est tout autre. Bien plus innovante, elle aurait provoqué un « *tsunami* »[1766]. En l'espèce, une salariée de retour de congé maternité refuse une mutation de trois mois en région parisienne, alors que son contrat prévoyait la « *possibilité de déplacements en France et à l'étranger, certaines missions pouvant justifier l'établissement temporaire de sa résidence sur place* », et se trouve licenciée pour faute. La Cour de cassation vise les « *articles L. 1121-1 du Code du travail, ensemble l'article 1134 du code*

[1763] Soc. 13 juil. 2004, n° 02-44958.
[1764] Soc 23 sept. 2009, n° 08-40434, Bull. 2009, V, n° 190.
[1765] Soc. 14 oct. 2008, n° 07-43071.
[1766] B. MATHIEU, *Vie familiale et clause de mobilité : le tsunami du 14 octobre 2008*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011.

civil », et reproche à la Cour d'appel de n'avoir « *pas recherché si, comme le soutenait Mme X.., la mise en œuvre de la clause contractuelle ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché* »[1767].

730. Il faut relever par ailleurs les conséquences de cette jurisprudence sur le plan du régime applicable aux clauses de variation. En étendant le mécanisme de contrôle issu de l'article L. 1121-1 du Code du travail, jusque là applicable aux seules obligations contractuelles relatives à la domiciliation, à l'ensemble des clauses de variation, comme c'est le cas en l'espèce, la Cour de cassation emporte deux incidences, l'une substantielle, l'autre probatoire. Alors que le contrôle de la mise en œuvre de la clause était observé sur le terrain de l'abus de droit, la faute dans l'exercice de la clause emmenait soit un préjudice pour le salarié, soit une *immunité* au refus ; en appliquant le contrôle de la mise en œuvre de la clause sur le terrain des droits des personnes et des libertés individuelles, la question emporte la validité même de l'obligation et le cas échéant sa nullité. L'incidence probatoire est cependant la plus importante, puisqu'en effet, s'il revenait au salarié de prouver la déloyauté de l'employeur, il revient à l'employeur de démontrer la justification et la proportionnalité de la mesure eu égard aux droits fondamentaux du salarié, nécessitant une motivation.

731. Au-delà des éventuelles complexités déduites de cette jurisprudence[1768], il faut relever la substitution qu'elle opère. En effet, alors que la bonne foi constituait le standard usuel en matière de mise en œuvre des clauses de variation, il lui est substitué le mécanisme, bien plus efficace et protecteur, du contrôle de proportionnalité et de justification, lequel tend par nature à protéger les droits et libertés fondamentales des salariés et à les concilier, le

[1767] Soc. 14 oct. 2008, n° 07-40523.

[1768] « *La formulation très générale de la Cour, toujours reprise depuis, va bien au-delà des clauses d'affectation comme en l'espèce : en cas de contestation par le salarié, le juge doit désormais répondre à deux questions successives : 1 - La mobilité envisagée porte-t-elle (gravement ?) atteinte au droit du collaborateur à une vie personnelle et familiale ? Ce qui signifie que l'employeur va devoir entrer dans la vie privée de chacun d'entre eux, quitte à se mettre en délicatesse avec l'article 9 du Code civil et surtout L. 1132-1, pénalement sanctionné : « Aucune personne ne peut (...) faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte en raison de sa situation de famille ». Après l'ordre des licenciements, l'ordre des mutations ? Parmi les 23 consultants, pourquoi Stéphanie et pas Hervé (officiellement) célibataire ? 2 - Si atteinte il y a, peut-elle être justifiée par la tâche à accomplir (par le salarié) et proportionnée au but recherché (par l'employeur) ? Faut-il alors également passer au tamis de L. 1121-1 les simples changements d'horaires comme l'a admis l'arrêt du 13 janvier 2009 ? Si la pause de midi passe de 90 à 45 minutes, des salariés ne peuvent en effet plus aller chercher leurs enfants à l'école, ou rentrer chez eux faire déjeuner leur maman très âgée* » (B. MATHIEU, *Vie familiale et clause de mobilité : le tsunami du 14 octobre 2008*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011).

cas échéant, avec les impérieuses nécessités de l'entreprise. Cette remarque confirme, selon nous, que l'article L. 1121-1 et 1134 du Code civil ne procèdent pas *in fine* de « *logique [si] différente* »[1769], et que leur association au même visa n'est pas si « *paradoxal* »[1770], du moins ne l'est-il qu' « *apparemment* »[1771]. Il a été relevé que le fait d' « *énoncer que la situation personnelle du salarié peut avoir un impact sur sa mobilité géographique et vice-versa n'est pas vraiment un scoop [...] mais invoquer la bonne foi contractuelle de l'article L. 1222-1, comme dans deux autres arrêts du même 14 octobre 2008, c'est aller beaucoup moins loin que devoir systématiquement confronter nécessités de l'entreprise et droit de chaque salarié à « une vie personnelle et familiale* »[1772] ; il s'agit donc *a contrario* d'élever le champ même de garanties de la bonne foi au regard de sa nature. Le raisonnement est pratique, sans autre fondement possible, l'obligation de loyauté pouvait recevoir l'enjeu de protection des salariés et de l'entreprise, et opérer ainsi la conciliation nécessaire. L'adoption d'un texte précis dont l'objet est exactement le même commande de le mobiliser directement. L'arrêt rendu le 28 octobre 2009 atteste sans doute cette remarque, et confirme en tout cas que l'article L. 1121-1 du Code du travail « *parait d'abord viser des agissements et des actes unilatéraux à compromettre une clause contractuelle* »[1773]. En l'espèce, une salariée de retour de congé maternité avait exigé d'être mutée à Paris où était installé son concubin. Devant l'absence de propositions de postes, la salariée avançait, sur le fondement des articles L. 1222-1 du Code du travail et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, que « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi ; que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale et de son domicile et qu'une restriction à ces libertés par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée au but recherché* », dénonçant encore la solution de la Cour d'appel selon laquelle « *l'employeur n'est tenu d'aucune obligation de mutation dans le cadre d'un regroupement familial* ». La Cour de cassation n'applique évidemment pas l'article L. 1221-1 du Code du travail, mais souligne que « *l'employeur, en cherchant une autre affectation pour sa salariée, avait pris loyalement en considération son souhait de se rapprocher de la région parisienne pour rejoindre son mari qui y avait été muté, et que l'absence de proposition*

[1769] B. MATHIEU, *Vie familiale et clause de mobilité : le tsunami du 14 octobre 2008*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011.
[1770] *Ibid*.
[1771] *Ibid*.
[1772] *Ibid*.
[1773] A. JEAMMAUD, *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano, 2003, p. 415.

d'un poste ne constituait pas en soi une mesure à caractère discriminatoire de la part de l'employeur » ; la salariée n'ayant pas « *de droit acquis à une mutation* »[1774].

732. La jurisprudence du 14 octobre 2008 a par la suite été confirmée. Au visa des articles L. 1121-1 et 1134 du Code civil, la Cour de cassation énonce qu'il convenait de rechercher si la clause qui provoquait un changement d'affectation entraînant une modification des horaires imposées à une salariée, veuve et élevant seule deux jeunes enfants, ne portait pas une atteinte au droit à une vie personnelle et familiale, et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché ; enfin « *si la modification des horaires journaliers de travail était compatible avec des obligations familiales impérieuses* »[1775]. Même solution dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 5 septembre 2012. Il est demandé à une salariée embauchée en qualité d'agent de propreté, huit jours après son retour de congé de maternité et alors que son enfant n'était âgé que de quatre mois, de travailler sur un chantier plus éloigné, la contraignant à prendre successivement quatre transports en commun différents, à compter de 6 heures du matin pendant quatre jours par semaine, pour une durée totale de transport aller-retour de plus de trois heures, soit trois fois plus que pour son poste précédent. Les juges ont estimé que le licenciement était injustifié ; la mise en œuvre de la clause d'affectation portait une atteinte injustifiée et disproportionnée, incompatible avec les obligations familiales impérieuses de la salariée, notamment celle de garder sa fille très tôt le matin[1776].

733. Le contrôle de finalité et de proportionnalité de l'invocation, par l'employeur, de ses droits contractuels suppose, nous l'avons dit, qu'il motive sa décision dès lors qu'il modifie les conditions de travail de ses salariés. C'est à lui que revient dès lors la charge de démontrer que la clause est justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Il apparaît par ailleurs que le défaut d'explications, et partant l'impossibilité d'apprécier la prise en considération de la situation familiale et personnelle de son collaborateur, constitue un manquement à l'obligation de bonne foi contractuelle, suggérant clairement l'exigence d'une transparence bien éloignée de l'ancien régime relatif à la mise en œuvre des clauses de variation. Il a en ce sens été jugé, par un arrêt du 12 juillet 2010, que requalifiant un licenciement sans cause réelle et sérieuse, prononcé suite

[1774] Soc. 28 oct. 2009, n° 08-41883.
[1775] Soc. 13 janv. 2009, n° 06-45562.
[1776] CA Versailles, 17ème Ch., 5 sept. 2012, n° 11/00637.

au refus d'une salariée de se conformer à la clause de mobilité mise en œuvre par l'employeur, « *la cour d'appel, qui a retenu, sans inverser la charge de la preuve, que la société avait imposé à Mme X malgré sa situation familiale une mutation rapide et sans explication, par une décision exclusive de la bonne foi contractuelle, a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision* »[1777].

734. La Cour de cassation a élaboré un régime très strict au sujet des clauses de variation et de leurs éventuelles interférences avec la vie personnelle du salarié[1778]. Il faut ajouter également l'obligation pour l'employeur qui met en œuvre une clause de mobilité d'indemniser le salarié pour les déplacements imposés[1779]. Si la Cour de cassation a développé initialement « *une conception finaliste des droits subjectifs* »[1780], appréciant l'intention de l'abus ou l'absence de légitimité au regard de l'intérêt de l'entreprise, la bonne foi puis l'article L. 1121-1 du Code du travail, ont permis globalement de glisser davantage sur la considération des effets ; « *en dehors de toute considération relative à son intention, l'employeur commet une faute dès lors qu'il agit avec une légèreté blâmable dans la mise en œuvre d'une clause contractuelle* »[1781] et cause une atteinte caractérisée aux droits de la personne. La problématique des agissements de l'employeur au regard de la vie personnelle du salarié est par ailleurs particulièrement étendue, puisqu'en effet, si elle irrigue le contentieux de la modification du contrat et celui de la mise en œuvre des clauses du contrat, elle préside encore au contrôle de l'exécution du contrat.

III : L'EXIGENCE DE LOYAUTE DANS LE CONTROLE DE L'EXECUTION DE LA PRESTATION CONTRACTUELLE

735. Le contrat de travail génère une relation de subordination, qui implique forcément l'existence d'un droit de contrôle de l'employeur sur l'exécution de la mission confiée au salarié. En application de son pouvoir de direction, il est admis que l'employeur peut vérifier la prestation contractuelle de son salarié ; cette seule affirmation limite par nature son étendue à la seule sphère professionnelle. Si la loyauté du contrôle est, sans surprise,

[1777] Soc. 12 juil. 2010, n° 08-45516 ; Soc. 14 oct. 2008, n° 07-40523 (au sujet de la vérification des motifs avancés).
[1778] La validité des clauses de dédit-formation est également rattachée à la bonne foi (Soc. 21 mai 2002, Dr. soc. 2002, p. 902, obs. J. SAVATIER).
[1779] Soc. 21 janv. 2009, n° 06-45509.
[1780] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. soc. n° 7/8, 2004, p. 706.
[1781] *Ibid*.

largement ordonnée autour du respect de la vie privée du salarié, l'enjeu de transparence doit être aussi considéré, de même que celui de la loyauté de la preuve[1782]. Il convient à cet effet de dissocier la surveillance, bien souvent électronique, du salarié dans l'utilisation des moyens mis à sa disposition pour l'exécution de sa tâche – de la caisse à l'ordinateur, en passant par le téléphone et la voiture – (A), des moyens de surveillance plus *traditionnels* du comportement ou des faits du salarié, tels la fouille ou la filature (B).

A. La loyauté dans la surveillance de l'utilisation du matériel de l'entreprise

736. Si la solution de principe se trouve dans l'interdiction de la mise en place secrète des procédés particuliers de surveillance, l'employeur réalise un contrôle loyal dès lors qu'il a satisfait préalablement à une obligation d'information des salariés, et sous la réserve qu'il ne soit pas porté atteinte à leurs droits individuels, c'est le cas précisément lorsque le contrôle porte sur un élément présumé avoir une seule destination professionnelle, ce qui devrait, raisonnablement être le cas dès lors qu'il s'agit de faire usage du matériel de l'entreprise. Les règles divergent cependant sensiblement que le moyen de surveillance soit lui-même technologique (1), ou bien que ce soit l'objet du contrôle manuel qui soit informatique ou électronique (2).

1. L'information préalable à la surveillance enregistrée

737. L'évolution technologique n'a pas constitué en cette matière un gage de bonne foi[1783]. En effet, les moyens et méthodes de surveillance modernes – caméra, micro, internet, géolocalisation etc. – ont plutôt mis à rude épreuve la loyauté des relations individuelles de travail, en permettant aux chefs d'entreprise d'optimiser le contrôle de leurs salariés, c'est toujours mieux, à leur insu[1784]. C'est évidemment la jurisprudence, anticipant le législateur du 30 décembre 1992, qui est venue poser les premières règles les plus élémentaires sur ce sujet. On remarque par ailleurs qu'à l'enrichissement et la complexification du régime prétorien correspond l'évolution chronologique des technologies. A l'image de l'article

[1782] On relève bien quelques arrêts qui sanctionnent la déloyauté du salarié (Soc. 3 mai 1962, JCP G. 1962, IV, p. 81), mais la grande majorité des décisions concernent bien entendu la déloyauté dans la surveillance de l'employeur.

[1783] V. *Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Dr. soc. n° spécial, janv. 2002 (sous la dir. de J.-E. RAY) ; Actualités des TIC - relations individuelles de travail, Dr. soc. 2008, p. 1072 ; Dr. soc. 2010, p. 273 ; 2011, p. 933.

[1784] B. BOSSU, *Nouvelles technologies et surveillance du salarié*, RJS 2001, p. 663 ; I. DE BENALCAZAR, *Le salarié est-il victime des nouvelles technologies ?*, TPS mai 2001, p. 4.

L. 1221-9 du Code du travail, les hauts magistrats ont pu préciser par un arrêt du 20 novembre 1991 que « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite* »[1785]. En l'espèce, soupçonnant des vols, l'employeur avait dissimulé une caméra aux fins de surprendre le voleur. La Cour de cassation sanctionne efficacement puisqu'elle juge illicite le mode de preuve, annulant l'enregistrement qui fondait la faute justifiant le licenciement, lequel se voyait déqualifié. Elle dénie de cette façon toute conséquence et toute portée juridique, tel un licenciement ou une sanction disciplinaire, aux éléments tirés de la surveillance clandestine des salariés, et vide alors de tout contenu l'intérêt pour les employeurs de surveiller, du moins de façon secrète, les salariés dans l'exécution de leurs tâches. Il faut encore souligner le fondement de la décision, puisqu'aucune mention n'est faite aux droits des salariés, il est vrai cependant que la clandestinité d'une surveillance ne porte pas nécessairement une atteinte à la vie privée. La Cour vise en effet l'article 9 du nouveau Code de procédure civile, selon lequel : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Après avoir posé le principe de l'interdiction de la surveillance secrète des salariés, le juge a également précisé les moyens prohibés. Ainsi, il a été jugé que l'employeur ne pouvait utiliser, à l'insu des salariés et pour faciliter leur surveillance, des micros, des écoutes téléphoniques, ou tout autre procédé de vidéosurveillance[1786]. On comprend bien l'intérêt ici d'enregistrer les faits du salarié, les fins sont probatoires et elles s'inscrivent généralement dans la perspective d'un licenciement pour faute. La jurisprudence s'assure donc de la loyauté des mesures d'investigation auxquelles les entreprises sont susceptibles de recourir, en vue de contrôler la bonne exécution par le salarié de sa prestation. A défaut de toute référence aux droits et libertés des salariés, il a pu être relevé qu'à l'évidence, la Cour de cassation était animée par le souci de sauvegarder le climat de confiance nécessaire à une relation de travail utile[1787]. De même que l'on peut effectivement y voir la consécration d'un véritable devoir de transparence à la charge de l'employeur[1788], lequel permet en outre au salarié averti de préserver au mieux les éléments de sa vie privée, qui font surface quand il pense

[1785] Soc. 20 nov. 1991, n° 88-43120, Bull. civ. V, n° 519, D. 1992, p. 73, concl. Y. CHAUVY ; RTD civ. 1992, p. 65, obs. J. HAUSER.
[1786] CA Paris, 9 nov. 1996, D. 1967, p. 273.
[1787] W. ROUMIER, *Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?*, TPS, févr. 2003, p. 9
[1788] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. soc. n° 7/8, 2004, p. 706.

être dans son intimité, et son assiduité professionnelle. L'article 1222-4 du Code du travail est venu en ce sens imposer une information préalable individuelle, et l'article L. 2323-32 al. 3[1789] a soumis la légalité de la mise en œuvre des systèmes, ou des stratégies de surveillance, à l'information et à la consultation du comité d'entreprise, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise. De même, la décision finale de l'employeur de recourir à de tels systèmes de contrôle doit être, au sens du Code du travail, proportionnée au but recherché. Il est ainsi fait interdiction par ce biais à l'employeur de restreindre les droits individuels et collectifs des salariés au-delà de ce qui est nécessaire à la bonne exécution de la mission du salarié. L'employeur ne doit en conséquence pas détourner la finalité du dispositif de contrôle, de sorte que si l'employeur peut se prévaloir d'un système de surveillance pour contrôler, et sanctionner la mauvaise exécution par le salarié de sa prestation de travail, il ne saurait y recourir au-delà d'un cadre strictement professionnel[1790].

738. Illicite si elle est secrète, la mise en place d'un système de vidéosurveillance est *a contrario* licite si l'employeur a satisfait à l'obligation d'information préalable des salariés à titre personnel et collectif[1791]. Il a été jugé par ailleurs que l'information personnelle des salariés était nécessaire même si le système utilisé est installé sur le site d'une société cliente[1792]. L'élément intentionnel de la surveillance a pu paraître important puisque le licenciement d'un salarié, filmé alors qu'il commettait un vol en pleine nuit dans un entrepôt de l'entreprise, a été jugé licite. Il faut comprendre en effet que l'employeur n'avait pas pu vouloir se livrer à une surveillance secrète puisque le système était installé dans un lieu où aucun salarié, théoriquement, ne devait travailler. La Cour de cassation, en ce sens, relève dans un arrêt du 31 janvier 2001, que « *l'employeur est libre de mettre en place des procédés de surveillance des entrepôts ou autres locaux de rangement dans lesquels les salariés ne travaillent pas ; […] ayant constaté que le système de vidéosurveillance avait été installé par l'employeur dans un entrepôt de marchandises et*

[1789] « *Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés* ».
[1790] CA Paris, 2 nov. 1995, RJS 1/1996, n° 4, cité par J.-C. PLANQUE, *Vers un assouplissement des conditions de licéité de la surveillance des salariés ?*, D. 2000, p. 2292.
[1791] A. BARÈGE et B. BOSSU, *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié*, JCP S. 2013, n° 1393.
[1792] Soc. 10 janv. 2012, n° 10-23482, Bull. civ. V, n° 2 ; RDT 2012, p. 223, obs. A. GARDIN ; JCP S 2012, n° 1122, note G. LOISEAU. La décision est rendue au visa de l'article 1134 du Code civil, il s'agit d'un revirement puisqu'il avait été jugé antérieurement que l'employeur n'était pas tenu de divulguer l'existence de procédés installés par les clients de l'entreprise, et qu'en conséquence les enregistrements vidéo litigieux constituaient un moyen de preuve licite (Soc. 19 avr. 2005, n° 02-46295, Bull.civ. 2005, V, n° 141).

qu'il n'enregistrait pas l'activité de salariés affectés à un poste de travail déterminé », le moyen de preuve est licite[1793]. Il faut également préciser de même que sont illicites les enregistrements de salariés dans leur lieu de repos[1794].

739. Relativement à la finalité du dispositif, la jurisprudence semble cependant s'être par la suite complexifiée. Ainsi, selon les termes d'une décision du 7 juin 2006, le salarié d'une grande surface de vente qui avait été licencié pour des faits constatés grâce à un système de vidéo surveillance visant la clientèle, a été jugé illicite du fait de la preuve. Le système de vidéosurveillance n'ayant pas fait l'objet d'une information et d'une consultation du comité d'entreprise, il ne pouvait loyalement enregistrer les faits des salariés[1795]. Plus récemment, la Cour de cassation a semblé moduler encore sa position. Il a été jugé, dans un arrêt du 2 février 2011, que dès lors que « *l'ensemble du personnel de la brasserie et du bar du casino [a] été avisé de la présence de caméras de vidéosurveillance fonctionnant en permanence conformément aux prescriptions réglementaires en la matière, […] les enregistrements vidéo litigieux constituent un moyen de preuve licite* »[1796]. Enfin, la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 26 juin 2013, que le salarié licencié pour faute grave pour s'être emparé, alors qu'il venait de finir son travail, du téléphone qu'une cliente avait oublié au guichet du magasin, est licite. La preuve résultant de la vidéosurveillance, bien que le comité d'entreprise n'ait pas été consulté, ni le salarié personnellement et préalablement informé, est régulière puisque « *le système de vidéosurveillance avait été installé pour assurer la sécurité du magasin et n'avait pas été utilisé pour contrôler le salarié dans l'exercice de ses fonctions* » ; en conséquence, le salarié « *identifié au moyen de la bande d'enregistrement du système de vidéosurveillance installé dans le magasin […] ne pouvait invoquer les dispositions du Code du travail relatives aux conditions de mise en œuvre, dans une entreprise, des moyens et techniques de contrôle de l'activité des salariés* »[1797]. Revenant à une position semblable à celle appliquée à l'arrêt de 2001, la Cour de cassation semble se recentrer sur le caractère intentionnel de la clandestinité d'une surveillance. En ce sens, la déloyauté de la preuve s'entend de l'opacité des manœuvres déployées aux fins de prendre le salarié en faute à son insu. Dès lors que celui-ci est

[1793] Soc. 31 janv. 2001, n° 98-44290, Bull. civ. V, n° 28 (renvoyant à la décision de la CNIL n° 2011-036 du 16 déc. 2011.
[1794] T.G.I. Saint-Etienne, 19 mai 1977, D. 1978, p. 123.
[1795] Soc. 7 juin 2006, n° 04-43866.
[1796] Soc. 2 févr. 2011, n° 10-14263.
[1797] La Cour évoque également la circonstance que le comportement délictueux du salarié avait affecté « *l'obligation de l'employeur d'assurer la sécurité des clients et de leurs biens* » (Soc. 26 juin 2013, n° 12-16564).

confondu par un système qu'il n'a, raisonnablement, pas pu ignorer (s'agissant des caméras placées dans un magasin) et qui l'a surpris mécaniquement et par le seul effet des circonstances, il semble que la déloyauté ne peut être reprochée au chef d'entreprise. On peut comprendre il est vrai que la justification de l'interdiction des moyens de surveillance tombe puisqu'« *il n'est alors pas question d'un contrôle, même indirect, de l'activité d'un travailleur* »[1798]. L'obligation de loyauté dans la surveillance des salariés relèverait ainsi d'une appréciation finaliste.

740. La solution est la même en ce qui concerne les enregistrements téléphoniques. De jurisprudence constante, il est admis que l'employeur qui enregistre secrètement les conversations de ses salariés use d'un moyen déloyal, qui rend irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue[1799]. La déloyauté de la manœuvre et de la preuve à également été reconnue par un arrêt du 29 janvier 2008 lorsqu'à l'inverse c'est le salarié qui a enregistré une conversation téléphonique entre son employeur et lui-même, à l'insu du premier, confirmant ainsi la réciprocité de l'obligation de loyauté[1800]. La Cour de cassation évacue dans ces différentes espèces l'éventualité d'une atteinte à l'intimité de la vie privée, de même qu'elle évoque dans la dernière « *l'abstraction faite d'un motif surabondant tiré de l'exécution de bonne foi du contrat de travail* », et ne retient à chaque fois que la nécessité de la loyauté, ou l'absence de déloyauté, dans l'administration de la preuve.

741. Puisque l'illicéité provient du caractère secret, et non du caractère privé, le contrôle des conversations téléphoniques devait être accepté dès lors que les salariés en ont été préalablement informés. La Cour de cassation a en effet décidé, par un arrêt du 14 mars 2000, que si « *l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail ; […] seul l'emploi de procédé clandestin de surveillance est illicite* », en conséquence, les salariés ayant été « *dûment avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées […] les écoutes réalisées constituaient un mode de preuve valable* »[1801]. Il en est de même au sujet des SMS, pour lesquels la Cour de cassation met semble-t-il en œuvre une appréciation souple de l'information. Elle a pu juger le 23 mai 2007 en ce sens que « *si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant*

[1798] B. BOSSU, *Nouvelles technologies et surveillance du salarié*, RJS 9/2001, p. 603.
[1799] Ass. Plén. 7 janv. 2011, n° 09-14667, Bull. 2011, Ass. plén., n° 1.
[1800] Soc. 29 janv. 2008, n° 06-45814.
[1801] Soc. 14 mars 2000, n° 98-42090, Bull. civ. V, n° 101, D. 2000. IR 105.

irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur »[1802]

2. La loyauté du contrôle informatique

742. Au sujet des ordinateurs mis à disposition des salariés pour l'exécution de leurs tâches, la jurisprudence se trouve diversifiée du fait des fichiers, des disques durs, des clés USB, des e-mails, des connexions internet etc., mais surtout du caractère duel de l'outil. Evidemment professionnel, celui-ci se voit nécessairement détourné à des fins personnelles, ne serait-ce que de manière minime et raisonnablement. C'est ainsi que l'enjeu du respect de la vie privée du salarié a pu se greffer à celui de la seule honnêteté de la preuve, renforçant l'exigence de loyauté dans la surveillance des salariés de celle du ménagement de leur intimité[1803].

743. Le principe posé initialement par le célèbre arrêt du 2 octobre 2001 intègre en ce sens clairement les droits fondamentaux des salariés au contentieux de la surveillance, au détriment cependant de l'intérêt de l'entreprise. Dans cette décision, rendue au visa des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 9 du code civil, 9 du code de procédure civile et L. 1121-1 du code du travail, la Cour de cassation affirme que « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* »[1804]. La consultation de fichiers à caractère privé est un manquement au devoir de loyauté ; lequel se répercute sur la validité des preuves présentées par l'employeur. La Cour de cassation fait primer, légitimement du reste, la vie privée du salarié, qu'elle autorise dans l'entreprise, sur la

[1802] Soc. 23 mai 2007, n° 06-43209, Bull. civ. V, n° 85 ; RDT 2007, p. 530, obs. R. DE QUENAUDON ; Soc. 6 févr. 2013, n° 11-23738, D. 2013, p. 1775 (même solution).
[1803] A. BARÈGE et B. BOSSU, *L'ordinateur et la vie privée du salarié*, JCP S 2007, n° 1451.
[1804] Soc. 2 oct. 2001, JCP E 2001, 1918, note C. PUIGELIER ; Sem. soc. Lamy 15 oct. 2001, p. 8, note G. LYON-CAEN ; v. S. BRÉZIN et I. DE BENALCAZAR, *L'application du principe du secret des correspondances aux courriers électroniques reçus ou émis à l'aide d'un outil informatique à usage professionnel*, TPS janv. 2002, p. 5.

preuve et partant la sanction du comportement hautement déloyal du salarié relativement à l'exécution de ses obligations contractuelles. Rappelons que celui-ci, aux fonctions sensibles, était lié par un accord de confidentialité ; l'employeur avait découvert qu'il entretenait pendant ses heures de travail une activité parallèle avec une société concurrente, le contenu de messages émis et reçus par le salarié en attestant se trouvait cependant dans un fichier nommé « personnel ». En l'espèce, il faut préciser que le salarié avait été informé du projet de l'employeur. La Cour ne s'est pourtant pas contentée de la satisfaction de cet avertissement. Elle a véritablement entendu protéger un droit fondamental du salarié : le droit à l'intimité de la vie privée. Elle a de ce fait parfaitement répondu à ceux qui avançaient que « *la loyauté est loin d'offrir les garanties qui vont de pair avec les droits fondamentaux* »[1805]. Eminemment – excessivement – protectrice, cette décision a pu être critiquée en ce qu'elle permet au salarié n'importe quel usage (simplement personnel ou tout-à-fait déloyal) de l'ordinateur, du moment que les preuves sont dénommées « privées ». En effet, l'employeur qui accède illégalement aux fichiers ne peut évidemment pas se prévaloir de leur contenu pour sanctionner le salarié. L'illicéité de l'accès affecte naturellement la validité de la preuve nécessaire au licenciement. La solution est confirmée dans un arrêt du 12 octobre 2004. L'employeur, prenant connaissance des messages personnels émis et reçus sur l'ordinateur professionnel du salarié pendant son temps de travail, n'a pas pu licitement décider sa mise à pied disciplinaire, celle-ci ne pouvant être fondée sur le contrôle irrégulier de l'ordinateur[1806].

744. Par la suite, la Cour de cassation a, semble-t-il, adouci, du moins circonscrit sa position. S'agissant des documents ou des fichiers figurant sur le disque dur de l'ordinateur, la Cour pose en principe dans un arrêt du 18 octobre 2006 que « *les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé* »[1807]. La simple mention « mes documents » ne confère par ailleurs pas au dossier un caractère personnel ; en l'espèce, le salarié, licencié pour l'utilisation détournée de son ordinateur professionnel, y avait enregistré des photos à

[1805] A. LYON-CAEN, *Droits fondamentaux et droits du travail*, D. 2001, p. 447.
[1806] Soc. 12 oct. 2004, n° 02-40392, Bull. civ. V, n° 245.
[1807] Soc. 18 oct. 2006, n° 04-48025, Bull. civ. V, n° 308, p. 294 ; JCP S 2006, n° 1946, note J.-Y. FROUIN.

caractère pornographique et des vidéos de salariés prises contre leur volonté[1808]. Il en est de même au sujet de la seule apposition du prénom, du nom ou des initiales, qui n'identifient pas non plus le fichier comme étant personnel[1809]. La même présomption de caractère professionnel s'applique aux courriels qui n'ont pas été expressément désignés comme personnels[1810].

745. La Cour a semblé renforcer la présomption de la nature professionnelle, par un arrêt du 19 juin 2013, aux termes duquel il est décidé que « *des courriels et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils émanent initialement de la messagerie électronique personnelle du salarié* »[1811]. La même solution a été étendue à la clé USB. Au visa des articles 9 du nouveau Code de procédure civile et L. 1121-1 du Code du travail, la Cour de cassation a énoncé que « *dès lors qu'elle est connectée à un outil informatique mis à la disposition du salarié par l'employeur pour l'exécution du contrat de travail, étant présumée utilisée à des fins professionnelles, l'employeur peut avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels qu'elle contient, hors la présence du salarié* ». En l'espèce, la salariée avait enregistré des informations confidentielles concernant l'entreprise et des documents personnels de collègues et du dirigeant, peu importait alors que l'employeur l'ait consultée hors sa présence, elle n'avait pas à être informée d'un droit d'en refuser le contrôle et ne bénéficiait pas de la possibilité d'exiger la présence d'un témoin[1812]. La présomption professionnelle se révèle dès lors, non seulement justifiée s'agissant des outils mis à disposition pour l'exécution des fonctions, mais plutôt favorable à l'employeur qui est, faute d'être l'utilisateur, le propriétaire des appareils. Il faut cependant dissocier la licéité du contrôle et de l'accès aux fichiers considérés de leur force probatoire, notamment pour le cas où le contenu des documents contrôlés ne permet pas de fonder une sanction disciplinaire, en ce qu'il ne démontre pas un manquement aux obligations contractuelles du salarié, et spécialement à l'obligation de loyauté mise à sa charge envers l'employeur. Il s'agit de dire un mot du dénigrement par voie électronique et, le cas échéant, par l'utilisation des moyens professionnels mis à disposition du salarié dans l'exécution de sa tâche. En ce sens, il a été jugé, au visa de « *l'article 9 du code civil et le principe du secret*

[1808] Soc. 10 mai 2012, n° 11-13884, Bull. civ. V, n° 135.
[1809] Soc. 21 oct. 2009, n° 07-43877, Bull. civ. V, n° 226 ; Soc. 8 déc. 2009, n° 08-44840, RJS 2010, n° 144 (même solution).
[1810] Soc. 5 juil. 2011, n° 10-17284.
[1811] Soc. 19 juin 2013, n° 12-12138, D. 2013, p. 1629.
[1812] Soc. 12 févr. 2013, n° 11-28649 ; JCP S 2013, n° 1217, note B. BOSSU.

des correspondances privées », que « *le courriel litigieux [étant] en rapport avec l'activité professionnelle du salarié, ce dont il ressortait qu'il ne revêtait pas un caractère privé et pouvait être retenu au soutien d'une procédure disciplinaire* ». En l'espèce, un salarié engagé en qualité de chef de poste sécurité incendie avait été licencié pour faute grave, aux motifs de divers manquements professionnels, d'un comportement agressif et irrespectueux à l'égard de son supérieur hiérarchique et de l'échange à ce sujet de courriels provocateurs avec une autre salariée de l'entreprise. La Cour d'appel avait condamné l'employeur pour atteinte à la vie privée, elle énonçait en effet que « *si le contenu du courriel envoyé ainsi que sa réponse apparaissaient en relation avec l'entourage du salarié, ces échanges ne revêtaient pas un caractère professionnel, s'agissant d'une conversation totalement privée dont la liberté de ton et les outrances éventuelles relevaient uniquement de la vie personnelle et intime à laquelle le salarié a droit même sur son lieu de travail, les propos tenus, destinés à rester entre les deux interlocuteurs et non pas à être diffusés, ne pouvant avoir pour effet de nuire à l'entreprise et ne pouvant être admis comme preuve d'un grief* ». La Cour de cassation ne sanctionne pas le raisonnement de la Cour d'appel, seulement la qualification donnée aux courriels considérés, il faut en déduire de fait et *a contrario* que même l'employeur qui prend licitement connaissance de fichiers ne peut cependant les utiliser aux fins de preuve pour sanctionner leur auteur que pour le cas où ceux-ci « *sont en rapport avec [son] activité professionnelle* »[1813]. A noter également un arrêt du 26 janvier 2012, rendu sur le fondement des articles L. 1121-1 du code du travail et 9 du code civil. En l'espèce, une salariée est licenciée pour faute grave pour avoir dénigré sa supérieure hiérarchique dans un courriel adressé à un collègue. La Cour d'appel retient effectivement la faute grave au motif que « *le courriel litigieux n'était pas étranger à l'activité professionnelle du salarié puisqu'il mettait en scène sa supérieure hiérarchique et qu'il avait été envoyé à un autre salarié de l'entreprise sans requérir de sa part une attitude de discrétion, si bien que son auteur était responsable du trouble manifeste que ce "factum" avait causé dans l'entreprise, et que l'intempérance démesurée des propos excédait largement ce qu'autorise la liberté d'expression et de critique reconnue à un salarié et caractérisait un manquement particulièrement indélicat à l'obligation professionnelle de loyauté, comportement d'autant moins admissible qu'il émanait d'un cadre porteur de l'image et du crédit de l'entreprise* ». La Cour de cassation retient explicitement qu' « *un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut justifier un licenciement disciplinaire que*

[1813] Soc. 2 févr. 2011, n° 09-72449.

s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail » ; retenant en l'espèce que « *l'envoi du courriel litigieux par le salarié, de sa messagerie personnelle et en dehors du temps et du lieu de travail, à l'adresse électronique personnelle d'un collègue de travail, ce qui conférait à ce message un caractère purement privé, ne constituait pas un manquement à son obligation de loyauté envers son employeur* », et ne pouvait dès lors fonder une sanction[1814]. Cette solution doit être mise en perspective avec le caractère public du support utilisé le cas échéant pour dénigrer son employeur ou un membre du personnel[1815].

746. En tout état de cause, il a été jugé le 5 juillet 2011 par la Chambre sociale de la Cour de cassation que « *le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut les utiliser pour le sanctionner s'ils s'avèrent relever de sa vie privée* »[1816]. En l'espèce, l'employeur, consultant la messagerie professionnelle d'un dirigeant, découvre des messages, non identifiés comme étant personnels, d'ordre privé échangés par le salarié avec une collègue de l'entreprise (« *pour la plupart à l'initiative de celle-ci* » note la Cour), et notamment celui contenant en pièce jointe non identifiée des photos érotiques, en violation du règlement de l'entreprise. Relevant « *que l'intéressé s'était contenté de les conserver dans sa boîte de messagerie sans les enregistrer ni les diffuser* », la Cour de cassation réfute toute faute et juge que l'employeur ne pouvait pas se fonder sur ces éléments de preuve pour justifier le licenciement du salarié. Cette solution n'implique pas pour autant qu'un fait de la vie privée, découvert à l'occasion d'un contrôle de l'employeur ou pas, ne puisse jamais fonder une sanction. La Cour de cassation, dans cette dernière espèce, suggère implicitement que le seul caractère privé de l'élément ne suffit pas à offrir l'*immunité* au salarié puisque, dans sa solution, elle précise que le salarié n'avait pas été le plus actif dans l'échange et qu'il n'avait ni enregistré ni diffusé les mails litigieux.

[1814] Soc. 26 janv. 2012, n° 11-10189.

[1815] Il apparaît en effet que le caractère public des injures ou du dénigrement conditionne la sanction : Soc. 10 avril 2013, n° 11-19530 (« *qu'après avoir constaté que les propos litigieux avaient été diffusés sur les comptes ouverts par Mme Y tant sur le site Facebook que sur le site MSN, lesquels n'étaient en l'espèce accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint, la cour d'appel a retenu, par un motif adopté exempt de caractère hypothétique, que celles ci formaient une communauté d'intérêts ; qu'elle en a exactement déduit que ces propos ne constituaient pas des injures publiques* »).

[1816] Soc. 5 juil. 2011, n° 10-17284.

747. Pour ce qui relève enfin des « *connexions établies par un salarié sur des sites internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail* », il a été décidé par un arrêt du 9 juillet 2008 que celles-ci « *sont présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence* »[1817]. L'application de la présomption du caractère professionnel à ces éléments s'explique naturellement par le fait qu'il n'y ait pas d'échange de correspondance, le contrôle n'est donc pas susceptible de porter atteinte à la sphère de la vie privée. Se pose cependant la question des connexions internet établies hors le temps de travail, au sujet de laquelle on trouve des positions différentes selon les Cours d'appel[1818]. Dans le même sens et selon les mêmes justifications, on peut évoquer la possibilité pour l'employeur de vérifier le relevé des communications téléphoniques du salarié sans l'en avoir avisé au préalable. Alors même que ce contrôle nécessite pourtant d'être « mis en œuvre » – c'est-à-dire que l'employeur doit formuler une demande à l'opérateur –, et devrait à ce titre tomber sous l'application de l'article L. 2323-32 al. 3 du Code du travail, impliquant la consultation du comité d'entreprise et l'information individuelle préalable des salariés, la Cour a pu décider du contraire[1819]. Il a également été jugé que « *la simple vérification des relevés de la durée, du coût et des numéros des appels téléphoniques passés à partir de chaque poste édités au moyen de l'autocommutateur téléphonique de l'entreprise ne constitue pas un procédé de surveillance illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance du salarié* »[1820]. Il faut préciser qu'en l'espèce, il était établi que le salarié licencié, qui invoquait une atteinte à sa vie privée, avait utilisé son poste téléphonique professionnel pour joindre des sites de rencontre entre adultes pendant le temps de travail, alors qu'il savait une telle pratique interdite dans l'entreprise[1821].

[1817] Soc. 9 juil. 2008, n° 06-45800 ; Soc. 9 févr. 2010, n° 08-45253 (même solution).

[1818] Une difficulté a été soulevée avec cet arrêt : celle d'identifier les connexions internet pendant et hors le temps de travail. La Cour d'appel de Grenoble a jugé le 16 janvier 2008 que les connexions établies hors le temps de travail sur des sites pornographiques justifiaient le licenciement du salarié (conformément à une décision de la Cour de cassation en date du 8 mai 2004). Elle évoque par ailleurs le caractère « *déraisonnable* » des connexions considérées comme « *abusives* » ; suggérant qu'il puisse y avoir une certaine tolérance. Il faut encore évoquer le développement des chartes informatiques dans les entreprises qui ont pour objet les règles spécifiques internes.

[1819] Soc. 15 mai 2001, n° 99-42937, Bull. civ. V, n° 168 ; RJS 7/2001, n° 830. V. également B. BOSSU, *Le salarié, le délégué du personnel et la vidéo surveillance*, Dr. soc. 1995, p. 978.

[1820] Soc. 29 janv. 2008, n° 06-45279, RDT 2008, p. 242, obs. R. DE QUENAUDON et C. SACHS-DURAND.

[1821] Sur ce sujet, il faut évoquer l'arrêt rendu le 19 mai 2004 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, aux termes duquel il est précisé que l'usage de l'ordinateur de l'entreprise pour visiter des sites pornographiques ou envoyer des messages de même nature peut constituer l'infraction pénale d'abus de confiance (Crim. 19 mai 2004, n° 03-83953, Bull. crim. n° 126 ; RJS 11/2004, n° 1121 ; D. 2004, p. 2748).

748. S'agissant enfin des fichiers ou courriels expressément reconnus comme personnels, on trouve également un certain infléchissement jurisprudentiel. En ce sens, la Cour de cassation, a ajouté deux exceptions à l'interdiction posée par l'arrêt Nikon. Sur le même visa des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du Code civil, 9 du nouveau Code de procédure civile et L. 1121-1 du Code du travail, elle décide par un arrêt du 17 mai 2005 que « *sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé* ». Si en l'espèce, l'employeur a été sanctionné et le licenciement prononcé requalifié, il apparaît que l'ajout de ces exceptions assouplit l'interdiction. Reconnaissons toutefois l'appréciation stricte qui paraît en être faite. Puisqu'en l'espèce, alors que le contrôle de l'ordinateur, et spécialement d'un fichier « perso » avait été effectué à la suite de la découverte de photos érotiques dans un tiroir du bureau du salarié, la Cour de cassation n'y voit aucun événement particulier ; de même qu'elle juge indifférent le fait que « *l'accès à ce disque dur était libre, aucun code personnel n'ayant été attribué au salarié pour empêcher toute autre personne que son utilisateur d'ouvrir les fichiers* »[1822].

749. La Cour de cassation a encore, le 23 mai 2012, appliqué la même solution dans une espèce où l'employeur, après avoir découvert que la salariée enregistrait sur son dictaphone personnel, les conversations de l'ensemble du personnel de l'entreprise, avait procédé à l'écoute des enregistrements en l'absence de la salariée mais en présence de plusieurs témoins. Au visa des articles 9 du code de procédure civile, 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[1823] et du « *principe de loyauté dans l'administration de la preuve* », la Cour de cassation juge que « *l'employeur ne pouvait procéder à l'écoute des enregistrements réalisés par la salariée sur son dictaphone personnel en son absence ou sans qu'elle ait été dûment appelée* »,

[1822] Soc. 17 mai 2005, n° 03-40017, Bull. civ. V, n° 165 ; Dr. soc. 2005, p. 789, note J.-E. RAY ; JCP S 2005, n° 1031, note F. FAVENNEC-HERY.

[1823] « *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 jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* ».

relevant encore « *que les enregistrements ayant été détruits, la salariée avait été mise dans l'impossibilité d'apporter une preuve contraire aux attestations qu'il produisait* » justifiant ainsi le visa. A l'image du « *principe de loyauté de la preuve* », il apparaît effectivement que les juges aient entendu faire primer la bonne foi de l'administration probatoire sur la légalité des faits de la salariée d'une part, et sur l'intérêt social de l'entreprise d'autre part ; comme le relevait l'employeur, « *le fait pour un cadre d'enregistrer de façon illicite des conversations de bureau à l'insu de ses collègues et d'occasionner ainsi un certain émoi et un climat de méfiance ou de suspicion [est effectivement] contraire à l'intérêt de la société* »[1824]. Il faut cependant souligner ici qu'il ne s'agissait pas d'une utilisation détournée des moyens professionnels, puisque la salariée usait de son propre dictaphone.

750. En ce qui concerne enfin les systèmes de géolocalisation du salarié, particulièrement sensibles puisque appelés à contrôler les déplacements et la situation d'un salarié qui bénéficie évidemment de la liberté d'aller et venir, la Cour de cassation a énoncé dans un arrêt en date du 3 novembre 2011 que : « *selon l'article L. 1121-1 du Code du travail, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; que l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail* ». De même, prudents, les juges précisent dans leur solution « *qu'un système de géo-localisation ne peut être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, et portées à la connaissance des salariés* »[1825]. La Cour de cassation se trouve en effet bien souvent en première ligne face aux nouvelles technologies et à leurs éventuelles incidences. Il lui revient, en l'absence habituelle de réaction rapide du législateur, d'en définir un régime et d'apprécier selon quelles conditions la loyauté de la

[1824] Soc. 23 mai 2012, n° 10-23521, Bull. civ. V, n° 156 ; JCP S 2012, n° 37, p. 22, note B. BOSSU.
[1825] Soc. 3 nov. 2011, n° 10-18036, Bull. civ. V, n° 247 ; JCP E 2012, n° 1926, note CORRIGNAN-CARSIN ; V. aussi Délib. CNIL n° 2006-066 du 16 mars 2006, aux termes de laquelle il est précisé que le système de géo-localisation ne doit donc pas être un système de surveillance de sa personne, mais seulement de contrôle du temps de travail, lorsqu'aucune autre méthode ne peut être utilisée. De même, il est impératif que soit mis en place un mécanisme de désactivation complète du dispositif de géo-localisation (CA Bordeaux, 27 nov. 2012, Sem. soc. Lamy n° 1556, 7 janv. 2013, p. 11, note S. BONNAMY : un simple « grisage » n'est pas suffisant).

surveillance et de la preuve peuvent être assurées[1826]. Moins innovantes, les méthodes *classiques* n'en sont pas moins problématiques.

B. La loyauté dans la surveillance du comportement du salarié

751. Sans anticiper l'imagination des chefs d'entreprise, il s'agit d'évoquer principalement le moyen de la fouille du casier ou du sac du salarié, lequel vise à prouver un comportement par la recherche d'objets déterminés (1), et les stratagèmes divers, telle que la filature, qui portent en eux la nécessité même de la déloyauté (2).

1. La loyauté conditionnée de la fouille

752. A propos des casiers professionnels, la question de la licéité s'est posée initialement par l'intermédiaire des règlements intérieurs. Le Conseil d'Etat a posé un cadre aux employeurs portés naturellement à étendre leurs prérogatives, spécialement au sujet du contrôle. Dans un arrêt du 12 juin 1987, les juges étaient invités à se prononcer relativement à la licéité d'un règlement qui prévoyait notamment que « *la direction se réserve le droit de faire ouvrir à tout moment, afin d'en contrôler l'état et le contenu, les vestiaires ou armoires individuelles mis à la disposition de chaque salarié pour ses vêtements et ses objets personnels* ». En l'absence d'un véritable régime légal[1827], il a été retenu qu' « *une telle disposition, qui ne prévoit pas notamment l'information préalable des salariés concernés, excède l'étendue des restrictions que l'employeur peut légalement apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles en vue d'assurer l'hygiène et la sécurité dans l'entreprise* »[1828]. La juridiction administrative applique déjà au règlement intérieur un contrôle de proportionnalité et de justification entre les prérogatives de l'employeur et les droits des personnes qu'il a sous son autorité, conformément à l'article L. 122-35, devenu L. 1321-3 du Code du travail, de même qu'elle évoque déjà la nécessité de l'information préalable, reprise par la jurisprudence judicaire et le législateur à sa suite.

[1826] J.-E. RAY, *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination*, Dr. soc. 1992, p. 525.
[1827] Le seul texte alors applicable se trouvait « *aux termes du dernier alinéa de l'article R.232-24 du Code du travail : « Les armoires individuelles doivent être munies d'une serrure ou d'un cadenas. Elles sont nettoyées dans les conditions fixées par le règlement d'atelier »* ».
[1828] CE 12 juin 1987, Dr. soc. 1987, p. 654 ; V. PETTITI, *Le droit des fouilles dans les entreprises et les locaux commerciaux*, JCP 1989. 3373.

753. S'inscrivant dans cette logique, la Cour de cassation a pu préciser dans un arrêt du 11 décembre 2001, et au visa des articles L. 1321-3 et L. 1121-1 du Code du travail que « *l'employeur ne peut procéder à l'ouverture de l'armoire individuelle d'un salarié que dans les cas et aux conditions prévus par le règlement intérieur et en présence de l'intéressé ou celui-ci prévenu* ». En l'espèce, quand bien même une note de service interdisait la détention et la consommation d'alcool au sein de l'entreprise, le salarié dont il a été découvert qu'il possédait dans son armoire personnelle trois cannettes de bière, suite à un contrôle hors sa présence, n'a pas pu être licitement licencié pour faute grave sur la base du contrôle, en l'absence de dispositions du règlement intérieur et alors que la fouille n'était justifiée par aucun risque ou événement particulier[1829]. Un arrêt du 15 avril 2008 a semblé cependant assouplir cette jurisprudence, du moins en a-t-il précisé le régime. Il a été jugé qu'est licite *« la fouille des casiers non identifiés réalisée par l'employeur en présence d'un représentant du personnel et d'un agent de sécurité dans les conditions prévues par la procédure d'identification et d'attribution des vestiaires mise en place avec l'accord des partenaires sociaux, dès lors que le salarié a été personnellement avisé trois semaines à l'avance par affichage sur son propre casier de la date d'ouverture de tout vestiaire non identifié et revendiqué et que l'ouverture était limitée aux seuls non identifiés dans le délai prévu à cette fin* ». Les résultats de la fouille ont alors valablement pu conduire l'employeur à engager une procédure de licenciement, dans la mesure où « *la détention d'objets non autorisés par le règlement intérieur constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement »*[1830].

754. Au sujet de la fouille du sac du salarié, la jurisprudence se montre nettement plus exigeante dans la mesure où la nature de l'objet est éminemment plus intime. La Cour de cassation a ainsi pu se prononcer dans un arrêt du 3 avril 2001. Elle décide que « *l'employeur, peut, en application de l'article L. 120-2 du Code du travail [devenu L. 1121-1], apporter aux libertés individuelles et collectives des salariés des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ; qu'après avoir rappelé qu'une série d'attentats avait eu lieu durant l'été 1995, la Cour d'appel a pu décider que la société M 6, qui avait été concernée par des alertes à la bombe, avait valablement exigé, après consultation du comité d'entreprise et du CHSCT, l'ouverture, à titre temporaire, des sacs devant les agents de sécurité, cette mesure,*

[1829] Soc. 11 déc. 2001, Bull. V, 2001, n° 377, p. 303.
[1830] Soc, 15 avril 2008, n° 06-45902, Bull. 2008, V, n° 85.

justifiée par des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité, étant proportionnée au but recherché puisqu'elle excluait la fouille des sacs ». En l'espèce, le salarié qui avait refusé de présenter son sac a pu être licitement sanctionné d'une mise à pied disciplinaire « *la sanction étant proportionnée à la faute commise* ». Cette décision, instructive, doit cependant être relativisée au regard du contexte de menace terroriste pour le moins exceptionnel dans lequel elle s'inscrit et qui excuse, raisonnablement, le défaut de l'exigence du consentement inhérent à la loyauté du contrôle, fût-ce visuel, des effets du salarié. En effet, la vérification visuelle, et non la fouille, des sacs des salariés, sans que leur information ni leur consentement ne soient nécessaires, se justifie « *des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité* »[1831], lesquelles doivent s'entendre, à la lumière de la jurisprudence ultérieure, de manière restrictive. La Chambre sociale a pu par la suite élaborer un régime plus *commun* en matière de fouille des effets du salarié. Dans un arrêt du 6 mars 2007, elle a exigé en effet que l'employeur requière l'autorisation du salarié avant de faire procéder à la fouille de son sac[1832]. Une décision du 11 février 2009 est venue censurer les juges d'appel qui avaient estimé, en application du principe de proportionnalité et de finalité, que les circonstances issues des vols répétés dans l'entreprise justifiaient un contrôle limité à une vérification visuelle du sac avec l'accord de l'intéressé et en présence de témoins membres de l'entreprise. La Cour de cassation ajoute en effet une condition supplémentaire à la licéité du contrôle, tirée de l'information individuelle du salarié de son droit de refuser le contrôle de son sac ; elle énonce en effet que « *sauf circonstances exceptionnelles, l'employeur ne peut ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu qu'avec leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin* » [1833] . Les juges s'alignent dès lors sur la jurisprudence administrative qui, appelée à juger de la légalité des règlements intérieurs sur les conditions de fouille des sacs, effets et véhicules du personnel, avait déjà pu évoquer cette condition[1834]. Elle-même, dans un arrêt antérieur rendu au sujet des dispositions du règlement intérieur, avait mentionné cette information[1835]. Dès lors, l'employeur qui ne satisfait pas à ces conditions cumulatives ne pourra pas se fonder sur la fouille ou le contrôle du sac du salarié pour le sanctionner s'il venait à découvrir une faute par ce moyen

[1831] Soc. 3 avril 2001, n° 95-45818, Bull. 2001, V, n° 115.
[1832] Soc. 6 mars 2007, n° 05-41004.
[1833] Soc. 11 févr. 2009, n° 07-42068, Bull. 2009, V, n° 40.
[1834] CE 19 juin 1989, n° 78231 ; CE 11 juil. 1990, n° 86022 ; CE, 26 nov. 1990, n° 96565.
[1835] Soc. 8 mars 2005, n° 02-47123.

755. Qu'il s'agisse des casiers ou du sac, il apparaît nécessaire qu'un motif légitime préside au contrôle de l'employeur. Il a été en ce sens jugé que le contrôle systématique et quotidien des sacs du personnel dépasse, du fait de son caractère général et injustifié, « *les restrictions que l'employeur peut légalement imposer à ses salariés en vue d'assurer la sécurité au sein de son entreprise* »[1836]. Le motif peut être tiré d'un impératif de sécurité, d'une spécificité de l'activité ou encore d'une suspicion née de vols répétés dans l'entreprise. Il faut également que le contrôle ou la fouille soit proportionné au but recherché, il s'agit dès lors d'appliquer la conciliation du pouvoir de direction de l'employeur avec les libertés individuelles du salarié, issue des articles L. 1121-1 et, le cas échéant L. 1321-3 du Code du travail. Enfin, hors les circonstances très exceptionnelles évoquées par la Cour de cassation, l'information préalable du salarié, quoique renforcée à propos de la vérification de son sac, paraît déterminante. L'employeur qui ne respecte pas ces conditions ne pourra se fonder sur les éléments ainsi découverts pour sanctionner ou licencier son salarié, l'extension de l'illicéité du contrôle aux preuves qu'il a permis de récolter paraît de ce point de vue légitime.

756. Il faut enfin relever qu'en ce qui concerne les contrôles tirés de la fouille des effets du salarié, qu'il s'agisse pour l'employeur d'élaborer les procédures idoines au préalable dans le règlement ou aux juges d'apprécier la licéité d'un contrôle en particulier, le fondement se trouve exclusivement à la prescription selon laquelle « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». S'il est en conséquence possible de ménager une certaine loyauté dans la fouille ou le contrôle des effets personnels du salarié, dès lors que la vérification est mesurée, justifiée et que le personnel en a été averti, il paraît plus difficile d'instiller un minimum de transparence et d'honnêteté dès lors que les contrôles prennent la forme de stratagèmes composant par nature avec la déloyauté.

[1836] CA Rennes 6 févr. 2003 n° 02-2859.

2. La déloyauté inhérente des stratagèmes

757. Il s'agit d'évoquer les manœuvres intentionnelles visant à constater, à pousser, ou du moins à mettre le salarié en position de commettre une faute[1837], mais également des filatures. Afin de sanctionner ces dernières, la Cour de cassation a appliqué la jurisprudence tirée de l'arrêt Néocel du 20 novembre 1991 relatif à la vidéosurveillance, c'est-à-dire que le défaut d'information préalable quant à la mise en place du contrôle a justifié l'illicéité de la preuve ainsi obtenue, rendant infondée la sanction prononcée. Dans un arrêt du 23 mai 1995, la Chambre sociale de la Cour de cassation a en ce sens rappelé, au visa de l'article 9 du Code de procédure civile, que « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés* », la Cour d'appel, « *ayant relevé que l'employeur avait fait suivre par un détective privé le salarié, donc à l'insu de celui-ci* » a pu « *décidé, à bon droit, que les comptes-rendus de filature constituaient un moyen de preuve illicite* »[1838]. Le fait de prévenir son salarié de sa filature la privant évidemment de tout intérêt, c'est bien une interdiction que la Cour de cassation établit, certes implicitement, en l'espèce. Lorsqu'elle a eu à se prononcer une nouvelle fois sur la question, la Chambre sociale a pérennisé sa solution mais en enrichissant le visa. En effet, dans un arrêt rendu le 26 novembre 2002, à l'instar de l'évolution observée en matière de vidéosurveillance et de contrôle informatique, les juges se sont fondés sur les articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 9 du Code civil, 9 du Code de procédure civile et L. 1121-1 du Code du travail, intégrant dès lors la protection des libertés individuelles des salariés. Il était relevé qu'« *une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur* ». La sanction de ce type de contrôle n'est dès lors plus la conséquence de son caractère clandestin mais celle de l'atteinte qu'il suppose nécessairement à la vie privée du salarié. La question est ainsi réglée de manière définitive, en ce que la filature constitue un moyen injustifié, même porté à la connaissance de l'intéressé, il demeure disproportionné

[1837] PH. WAQUET, *Halte aux stratagèmes*, Sem. soc. Lamy, 1998, n° 138, p. 5.
[1838] Soc. 23 mai 1995, n° 93-44078, Bull. civ. V, n° 164, RTD civ. 1995, p. 862, obs. J. HAUSER ; Soc. 4 févr. 1998, n° 95-43421, Bull. civ. V, n° 64, Dr. soc. 1998, p. 405, note J. SAVATIER (même solution).

au regard de l'article L. 1121-1. En l'espèce, le licenciement de la salariée au motif « *de fausses déclarations d'activité et de réunions d'information médicale ainsi que de fausses déclarations de frais révélées à la suite d'un contrôle effectué par un supérieur hiérarchique qui s'est posté à proximité de son domicile* » s'est trouvé injustifié[1839].

758. Il en fut de même au sujet de la surveillance opérée, à l'insu du personnel, par une société de surveillance extérieure à l'entreprise et mandée par l'employeur pour procéder au contrôle de l'utilisation par ses salariés des distributeurs de boissons et sandwichs. La Cour de cassation a pu relever dans un arrêt rendu le 15 mai 2001 que « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut, ainsi qu'il résulte de l'article L. 432-2 du Code du travail [devenu L. 2323-32], mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés* ». La faute grave des salariés reposant exclusivement sur le rapport de la société de surveillance qui avait pu observer le vandalisme auquel ils s'étaient livrés, il convenait dès lors de considérer les licenciements comme étant dépourvus de cause réelle et sérieuse en raison du défaut d'information préalable à titre individuel et collectif[1840]. Les faits ayant eu lieu au sein même de l'entreprise, en un lieu commun, l'atteinte à la vie privée paraissait peu probable, il n'en est en tout état de cause pas fait mention dans la décision. Celle-ci atteste par ailleurs de la vigueur de l'obligation préalable d'information puisque, si les salariés n'étaient pas informés qu'il devait les surveiller, le vigile (le moyen de la surveillance) était tout-à-fait visible des salariés, lequel a relaté les faits à l'employeur comme l'aurait fait n'importe quel témoin. De même, le fondement, ou plutôt l'absence de référence aux droits et libertés des salariés, amène à penser que l'employeur qui entend mettre en place un moyen de contrôle permanent visant une prévention générale, par le recours à une surveillance privée et extérieure, comme c'est bien souvent le cas, peut le faire licitement pour autant qu'il satisfait aux dispositions concernées d'information du personnel et de consultation de la représentation élue du personnel.

[1839] Soc. 26 nov. 2002, n° 00-42401, Bull. civ. V, n° 352, RTD civ. 2003, p. 58, obs. J. HAUSER ; Dr. soc. 2003, p. 225, note J. SAVATIER ; D. 2003, p. 1858, note J.-M. BRUGUIERE ; J. RAVANAS, *Protection de la vie privée : la preuve illicite d'une relation « défectueuse » de travail*, D. 2003. Chron. 1305.
[1840] Soc. 15 mai 2001, n° 99-42219, Bull. civ. V, n° 167, RJS 7/2001, n° 830 ; F. FAVENNEC-HÉRY, *Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire*, Dr. soc. 2004, p. 44.

759. « *Puisque la loyauté interdit de surprendre son adversaire, elle ne peut pas non plus se satisfaire des stratagèmes, des machinations ou des tromperies destinées à établir une preuve* »[1841]. Il apparaît que c'est bien ainsi que la Cour de cassation l'entend, elle a pu en ce sens énoncer que « *la loyauté, qui doit présider aux relations de travail, interdit à l'employeur de recourir à des artifices et stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute* ». Dans un arrêt du 16 janvier 1991, les juges ont effectivement eu l'occasion d'appliquer le traitement des preuves clandestines aux preuves provoquées. En l'espèce, le salarié, licencié pour faute grave, avait reçu les documents litigieux qui fondaient la faute lourde à l'instigation même de son employeur, la Cour évoquant « *une provocation* »[1842].

760. Il en est de même au sujet des procès-verbaux dressés par un huissier aux fins d'établir les actes de concurrence d'un salarié lorsque celui-ci fait usage d'une fausse identité pour obtenir des renseignements défavorables au salarié. Au visa de l'article 9 du Code de procédure civile, la Cour de cassation a relevé le 5 juillet 1995 que « *manque à ses obligations professionnelles l'huissier de justice, commis en sa qualité d'officier ministériel […], pour effectuer des constatations purement matérielles, qui prend une fausse qualité pour obtenir des renseignements d'un interlocuteur ; il en résulte que le procès-verbal de constat qu'il a établi dans ces conditions ne peut être retenu comme preuve* ». En effet, l'huissier de justice ne s'était pas borné à taire son identité mais il avait effectivement téléphoné à la société qui employait par ailleurs le salarié pourtant lié d'une clause de non concurrence avec le premier employeur, prétendant, pour obtenir des informations, qu'il avait l'intention d'ouvrir un magasin. Le licenciement pour faute grave, fondé exclusivement sur les constats dressés dans de telles conditions, a été jugé injustifié. La Cour d'appel qui estimait qu'une telle mise en scène n'était pas « *de nature à priver les constatations de l'huissier de leur force probante* » a été censurée[1843].

761. La même solution a été dégagée par le Conseil de Prud'hommes de Paris au sujet de l'employeur qui tente d'induire un caissier en faute en soudoyant des clients pour le mettre à l'épreuve afin qu'il n'enregistre pas certains de leurs achats[1844]. Dans le même sens, la

[1841] B. BOSSU, *La loyauté*, Les notions fondamentales, Colloques (dir.) B. TEYSSIE, p. 185.
[1842] Soc. 16 janv. 1991, n° 89-41052, Bull. 1991, V, n° 15, p. 10.
[1843] Soc. 5 juil. 1995, RJS 11/1995, n° 1110.
[1844] C. prud'h. Paris, 25 janv. 1994, Dr. ouv. 1995, p. 305, cité par W. ROUMIER, *Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?*, TPS, févr. 2003, p. 9.

Cour d'appel de Nancy a jugé que *le comportement malhonnête d'une caissière à qui il était reproché une faute dans le rendu de la monnaie ne saurait constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, dès lors que l'employeur a usé d'un stratagème afin de placer l'intéressée dans des conditions pouvant l'inciter à se comporter de cette manière […]. En conséquence, il apparait que l'employeur ne peut se prévaloir sans manquer à son devoir de loyauté, d'une faute qu'il a lui-même contribué à faire naître* »[1845].

762. Enfin, la Cour de cassation a pu sanctionner dans deux espèces du 18 mars 2008 la déloyauté des manœuvres déployées par l'employeur aux fins de surveiller son salarié sur le fondement de la clandestinité des procédés utilisés, et sans viser une quelconque atteinte aux droits des *victimes*[1846]. Dans la première décision, l'employeur avait demandé à certains cadres de l'entreprise d'aller prendre leur repas dans l'établissement qu'exploitait l'épouse de l'agent EDF suspecté, en leur fournissant des photographies de l'intéressé, afin d'établir un rapport dont il résultait que le salarié assurait le service du restaurant en partie pendant son temps de travail. Au visa du seul article 9 du Code de procédure civile, la Chambre sociale modifie le principe général et énonce « *que si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de surveillance clandestin et à ce titre déloyal* ». Dans la mesure où des « *agents EDF, mandatés par le chef de centre, s'étaient rendus dans l'établissement […] en se présentant comme de simples clients, sans révéler leurs qualités et le but de leur visite, ce dont il résultait que leurs vérifications avaient été effectuées de manière clandestine et déloyale, en ayant recours à un stratagème* », les rapports établis dans ces conditions et sur le fondement de ces moyens de preuve sont illicites, et la sanction prononcée en conséquence injustifiée. Peu importait dès lors qu'il n'ait pas été porté atteinte à la vie privée de ce dernier, et qu'il ait fait le service au vu et au su de l'ensemble des clients quels qu'ils puissent être. Dans la seconde espèce, l'employeur avait fait appel à un huissier qui, pour prouver les détournements d'espèces réalisés par une vendeuse, avait organisé un montage en faisant effectuer, dans les différentes boutiques et par des tiers qu'il y avait dépêchés, des achats en espèces puis en procédant, après la fermeture du magasin et hors la présence de la salariée, à un contrôle des caisses et du registre des ventes. La Cour de cassation énonce que « *si un constat d'huissier ne constitue*

[1845] CA Nancy, 13 nov. 1991, RJS 10/1992, n° 1188, cité par W. ROUMIER, *Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?*, TPS, févr. 2003, p. 9.
[1846] Soc. 18 mars 2008, JCP S. 2008, 1396, note B. BOSSU.

pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié, en revanche il est interdit à cet officier ministériel d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve », en l'espèce, il résultait que « *l'huissier ne s'était pas borné à faire des constatations matérielles, mais avait eu recours à un stratagème pour confondre la salariée* ». Le constat établi dans ces conditions ne pouvant être retenu comme preuve, le licenciement a été requalifié comme étant injustifié.

763. Enfin, dans un arrêt rendu le 7 janvier 2011, la Cour de cassation a encore pu rappeler que l'employeur ne peut « *mettre en œuvre un dispositif de contrôle clandestin et à ce titre déloyal* ». En l'espèce, il s'agissait d'utiliser des lettres piégées à l'aide d'une encre bleue particulière, à l'insu du personnel, aux fins de démasquer une salariée de La Poste qui ouvrait les lettres qu'elle était chargée de distribuer. Les juges ont estimé qu'il s'agissait d'un stratagème rendant illicite le moyen de preuve obtenu, malgré l'extrême gravité des faits, octroyant ainsi « *un caractère absolu au principe de loyauté, sans égard pour le droit à la preuve de l'employeur, pourtant tout aussi fondamental* »[1847].

764. La vigueur de l'obligation de loyauté transparaît d'autant plus que les faits déloyalement découverts sont graves. On remarque en ce sens que la Cour de cassation fait non seulement, en bien des hypothèses, primer la loyauté de la surveillance et partant celle de la preuve sur les prérogatives de l'employeur, mais encore sur la nécessité de sanctionner des délits. Il faut véritablement apprécier cette indulgence manifeste au regard de la spécificité de la relation de travail. En effet, si la Chambre sociale considère que l'employeur doit être sanctionné dès lors qu'il a pu filmer, ou faire constater par un huissier un peu zélé, que sa salariée volait dans la caisse sans l'en informer, ou qu'il a pu constater que son collaborateur, hors sa présence mais dûment appelé, entretenait en violation de toutes ses obligations contractuelles une correspondance avec la concurrence pendant ses heures de travail et à l'aide de l'ordinateur mis à sa disposition pour travailler, ou encore qu'une employée enregistrait illégalement les conversations des collègues par la lecture sans sommation de son dictaphone personnel, la Chambre criminelle est bien moins tolérante. Elle interdit en effet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties civiles au seul motif qu'ils auraient été obtenus de manière déloyale[1848]. Elle

[1847] Ass. plén. 7 janv. 2011, n° 09-14316, D. 2011, p. 562, note F. FOURMENT.
[1848] Crim. 11 févr. 1992, Bull. crim. n° 66 ; Crim. 15 juin 1993, Bull. crim. n° 210 ; Crim. 6 avril 1994, Bull. crim. n° 136. Ce qui peut conduire à « *un détournement de la jurisprudence de la Chambre sociale du fait de*

a également accepté la licéité des enregistrements clandestins participant au *testing*[1849]. Il apparaît en effet qu'en certains cas, seule la déloyauté peut permettre à l'employeur de sanctionner valablement le manquement contractuel de son salarié, qu'il résulte ou non d'infractions pénales. De ce point de vue, la loyauté de la surveillance imposée à l'employeur libère le terrain aux manquements dus à la bonne foi du salarié[1850]. Pour autant, la Cour de cassation semble avoir choisi de maintenir l'exigence à l'égard de l'employeur, alors même pourtant que l'enjeu premier du contrôle est de vérifier la probité du salarié. Si cette position peut se comprendre dès lors que la surveillance ou le moyen de contrôle est susceptible de porter atteinte à la vie privée du salarié, elle l'est nettement moins dès lors qu'aucune violation de ses droits fondamentaux n'a pu avoir lieu et que l'employeur n'a pas poussé activement à la faute ; tel est le cas notamment dans les arrêts des 16 janvier 1991, 5 juillet 1995, 15 mai 2001 et 18 mars 2008.

765. Cette remarque doit cependant être relativisée. Si effectivement, le régime de la loyauté semble sur ce thème animé du « *souci de préserver le climat de confiance nécessaire à la relation de travail* »[1851], et qu'à ce titre « *tous les coups ne sont pas permis, même s'il s'agit de faire surgir la vérité* »[1852], l'obligation intègre cependant d'autres impératifs. La progression de la présomption de caractère professionnel des éléments mis à disposition des salariés par l'employeur pour l'exécution de leurs tâches apparaît en ce sens justifiée par le pouvoir de l'employeur de contrôler effectivement que l'interdiction de détourner l'usage du matériel professionnel a bien été respectée ; elle rend à cet égard une certaine crédibilité juridique au chef d'entreprise[1853]. Cela n'a pas été sans une extension de la protection des droits et libertés des salariés, observée notamment au moyen de la généralisation de l'information préalable, ou encore à celui de l'enrichissement des fondements. On a pu constater en effet que certaines décisions – le cas de la filature, des documents désignés comme personnels ou de la vidéosurveillance – rendues initialement

---

l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil » (W. ROUMIER, *Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?*, TPS, févr. 2003, p. 9).

[1849] Crim. 11 juin 2002, RJPF 2002, 10/13, note E. PUTMAN.

[1850] Le cas notamment de l'arrêt du 7 janvier 2011 (Ass. plén.), ce qui a conduit certains auteurs à plaider en faveur d'un assouplissement des règles de recevabilité de certains modes de preuve clandestins, dès lors qu'il n'existe pas d'autres procédés envisageables et que la vie privée du salarié est préservée (J. RAYNAUD, *Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail*, JCP S 2013, n° 1054).

[1851] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706.

[1852] B. BOSSU, *La loyauté*, Les notions fondamentales, Colloques (dir.) B. TEYSSIE, p. 185.

[1853] Au sujet de l'arrêt Cathnet-Science du 17 mai 2005, qui fait suite à l'arrêt Nikon du 2 octobre 2001 : « *Ce retour de balancier en faveur de l'entreprise, mû par un certain réalisme, est en outre davantage conforme à l'esprit de la protection de la vie privée, qui s'accommode naturellement de limitations pour tenir compte d'intérêts contraires* » (F. BOCQUILLON, *La modification du contrat*, Répertoire de droit du travail, n° 51).

au seul visa de l'article 9 du Code de procédure civile s'enrichissaient des références faites à l'article 8-1 de la Convention européenne des droits de l'homme ou de l'article 9 du Code civil.

766. Il semble en effet que l'obligation de loyauté de la surveillance, qu'implique l'exigence de loyauté de la preuve, ait sensiblement muté. Des seuls impératifs de l'information préalable[1854] et de l'objectivité du contrôle – suggérant effectivement la volonté de garantir la confiance et la transparence de la relation individuelle de travail –, la loyauté semble s'être renforcée des enjeux ordonnés autour de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Dès lors qu'elle a placé la vie privée des salariés au sein de l'entreprise, et assuré que ceux-ci y avaient droit au temps et au lieu de travail, la conciliation avec les pouvoirs légitimes de l'employeur, et notamment l'intérêt de l'entreprise, devait immanquablement s'intégrer à la conception d'une surveillance et d'une preuve loyale. C'est ainsi que la notion de loyauté dans le contrôle des salariés peut être désormais définie comme un outil « *soucieux de garantir un équilibre entre le respect des droits des salariés et le bon fonctionnement de l'entreprise* »[1855]. La conciliation est d'autant plus sensible que les droits fondamentaux des salariés s'étendent[1856] et les pouvoirs de l'employeur relativement à la gestion de son unité s'affirment[1857]. A cet égard, il faut sans doute voir dans « *la montée en puissance de l'article 145 du Code de procédure civile*[1858] »[1859] une manière d'extérioriser efficacement la conciliation des éventuelles oppositions entre la protection des libertés individuelles et l'intérêt de l'entreprise. Le recours à la caution judiciaire permet par ailleurs que, sans que l'employeur ne prenne connaissance d'éléments privés qui demeurent protégés, le salarié puisse répondre des éventuelles fautes commises dans l'exécution de ses obligations contractuelles. A cet égard, l'invocation de la vie privée ne sert plus d'écran à la sanction des manquements à la bonne foi. La Cour de cassation a en effet affirmé que « *le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application*

[1854] A ce sujet : F. BIZEUR, *L'information du salarié dans les relations individuelles de travail*, Thèse, Université Lille 2, 2013.
[1855] W. ROUMIER, *Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?*, TPS, févr. 2003, p. 9.
[1856] Pour exemple : C. BRISSEAU, *La religion du salarié*, Dr. soc. 2008, p. 969 (à propos du « *retour en force des religions dans la sphère sociale* »).
[1857] En atteste la nouvelle formule utilisée depuis quelques années par la Cour de cassation et substituée au « *droit* » : « *L'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail* » (Soc. 4 juillet 2012, n° 11-3066, Bull. 2012, V, n° 208).
[1858] « *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.* »
[1859] F. BOCQUILLON, *La modification du contrat*, Répertoire de droit du travail, n° 51.

des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ». En ce sens, plutôt que de procéder lui-même à l'ouverture des messages ou fichiers personnels, le salarié présent ou dûment appelé, l'employeur, en présence d'un motif légitime, peut également demander au président du TGI une ordonnance autorisant un huissier de justice à accéder aux données contenues dans l'ordinateur qu'il avait mis à la disposition d'un salarié, soupçonné en l'espèce de commettre des manœuvres déloyales tendant à la constitution d'une société concurrente, pour en dresser un constat[1860]. Cette nouvelle illustration de la loyauté en matière de preuve vise par ailleurs davantage à concilier de manière contradictoire les intérêts et les droits des deux parties en présence que d'assurer leur confiance.

PARAGRAPHE 2 : LA LOYAUTE ET LE DEPASSEMENT DU CONTRAT

767. Si, à la faveur du salarié et à la stabilité à laquelle légitimement il aspire, le contrat de travail résiste plutôt bien au pouvoir de l'employeur, il apparaît sensiblement dépassé dès lors qu'il s'agit de la loyauté due par le salarié à la structure qui l'emploie. En effet, « *au cours de l'exécution du contrat de travail, la déloyauté est condamnable chez l'employeur ; elle l'est tout autant chez le salarié* »[1861] ; on remarquait une « *incidence marginale à l'égard de la prestation de travail* », on observe « *une portée décisive en dehors de la prestation de travail* »[1862]. Ce n'est donc pas sans contrepartie que la jurisprudence a placé la vie personnelle du salarié dans l'entreprise. Non seulement, l'employeur doit la prendre en compte activement dès lors qu'il entend modifier les conditions de l'exécution contractuelle ou mettre en œuvre une stipulation, mais il peut, en certaines circonstances, la sanctionner ou la limiter. L'obligation de loyauté, visiblement bilatérale, n'est cependant pas de même intensité qu'elle s'applique à l'un ou l'autre des cocontractants ; c'est ainsi assez subtilement qu'elle se permet des applications en dehors du temps et du lieu de travail (I). A l'inverse, il est plutôt surprenant qu'elle se manifeste

[1860] Soc. 23 mai 2007, n° 05-17818, Bull. civ. V, n° 84 ; Soc. 10 juin 2008, n° 06-19229, Bull. civ. V, n° 129, RDT 2008, p. 602, obs. A. VARNEK ; JCP S 2008, n° 1582, note B. BOSSU (même solution). En cas de restitution de l'ordinateur lors du départ du salarié de l'entreprise, il a été jugé que le fait que des fichiers aient été effacés par le travailleur ne s'oppose pas à ce que, après convocation de l'intéressé pour assister à l'extraction, l'employeur procède, en présence d'un huissier, à leur récupération en faisant appel à un expert (CA Bordeaux, 12 févr. 2013, RG n° 11/03383, JCP S 2013, cité par F. BOCQUILLON, *La modification du contrat*, Répertoire de droit du travail, n° 51).

[1861] B. BOSSU, *La loyauté*, Les notions fondamentales, Colloques (dir.) B. TEYSSIE, p. 185.

[1862] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706.

avec autant de force hors toute relation contractuelle, que le contrat ait été suspendu ou résilié (II).

I. L'obligation de loyauté imposée au salarié hors le temps et le lieu de travail

768. Par exception, le comportement ou les faits réalisés par le salarié hors de l'exécution de sa prestation de travail peuvent, en ce qu'ils heurtent l'intégrité ou l'ordre de l'entreprise, justifier une sanction de l'employeur, au titre de l'obligation de loyauté du salarié. L'obligation s'applique avec vigueur puisqu'elle est susceptible d'atteindre directement ou indirectement des éléments qui relèvent théoriquement du domaine privé, du moins personnel[1863] (A). Elle commande en tout état de cause au salarié le respect de l'unité qui l'emploie ; de son image, de ses intérêts et de ses dirigeants (B).

A. La loyauté dans la sanction des faits relevant de la vie personnelle

769. Le motif d'une sanction, *a fortiori* d'un licenciement, s'il doit être inhérent à la personne du salarié, doit demeurer de nature professionnelle et reposer sur des faits tangibles, objectifs et quantifiables qui viennent perturber le bon fonctionnement de l'entreprise. L'employeur devra être en mesure de présenter des preuves pertinentes que le juge pourra vérifier, telle une baisse du chiffre d'affaire ou un absentéisme considérable. Il résulte que l'employeur ne peut fonder à elle seule un licenciement sur la seule perte de confiance qu'il aurait en la personne du salarié du fait de la connaissance de son comportement ou de son entourage personnel (1). Pour autant, la jurisprudence admet, par le relais du manquement à l'obligation de loyauté du salarié, que soit sanctionné le manquement à la probité ou à la seule doctrine de l'entreprise, quand bien même il résulterait d'un fait du salarié intervenu hors les temps ou les lieux du travail (2).

[1863] PH. WAQUET, *Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle*, Dr. soc. 2010, p. 14.

1. L'insuffisance de la seule perte de confiance à l'égard du salarié

770. Par « *atavisme familial ou déterminisme social* »[1864], il est fréquent que l'entourage du salarié s'intéresse aux mêmes domaines et exerce dans le même secteur professionnel. Dans les faits, cela peut engendrer des conflits d'intérêt difficilement supportables, pour l'entreprise mais également pour le salarié. D'autant qu'à l'embauche, il est délicat pour l'employeur de tenter d'endiguer le problème en fournissant au salarié un questionnaire détaillé permettant une vision panoramique des activités du conjoint, des enfants ou des parents. Quand bien même la sensibilité des fonctions projetées justifierait, en application de l'article L. 1221-6 du Code civil, que l'employeur puisse s'enquérir du milieu professionnel familial du candidat, il demeure le problème des liens apparus ou des emplois exercés après l'embauche. La légitimité de la méfiance envers le salarié dont un proche travaille pour la concurrence est toutefois moins évidente que lorsque c'est le salarié lui-même qui participe à une activité concurrentielle à l'employeur par entourage interposé ; il a en ce sens été jugé que le directeur technique d'une société de nettoyage qui crée avec son épouse une entreprise de blanchisserie et qui démarche pour celle-ci les clients de son employeur commet une faute lourde[1865].

771. Une délimitation a pu être proposée quant à l'application de l'obligation de loyauté aux proches du salarié. Ainsi, le niveau hiérarchique des intéressés serait un critère. Il est vrai que les cadres supérieurs sont plus naturellement appelés à manipuler des informations sensibles, mais une secrétaire de direction peut également avoir connaissance de données confidentielles, son union avec un salarié concurrent poserait alors les mêmes problèmes que si elle était cadre. De même, le caractère directement concurrentiel de l'activité du salarié concerné entrerait en ligne de compte, si des fabrications peuvent être distinctes, leurs créneaux commerciaux peuvent être communs, pour reprendre la commission de la concurrence, leurs créneaux peuvent être « substituables ». Ensuite, la nature du lien unissant les deux salariés considérés peut se révéler décisive. On peut toutefois observer que la proximité de deux personnes ne dépend pas nécessairement du type de liens juridiques qui les unit. Enfin, la dimension de la société pourrait jouer un rôle ; dans une petite entreprise, les informations circulent plus facilement que dans un groupe.

[1864] J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, p. 376.
[1865] Soc. 21 nov. 1979, n° 79-60694.

772. Il faut toutefois éviter les dérives subjectives, et ne pas étendre déraisonnablement la loyauté exigée du salarié, d'autant plus si celle-ci a pour conséquence de l'entraver dans le libre choix de son entourage proche. C'est pourquoi le législateur, et la Cour de cassation exigent désormais que des faits précis soient imputables au salarié et préjudiciables à l'entreprise. En effet, la protection de la vie personnelle du salarié et celle de la liberté du travail de ses proches commandent à une circonscription de la prise en compte de ce type d'éléments, d'autant qu'en l'absence de dommages avérés ou de fautes probantes, il ne s'agit pour l'employeur que d'arguer d'une suspicion à l'égard du salarié dont il sait être lié avec une personne ayant un rapport ou occupant un emploi concurrent.

773. La jurisprudence a évolué considérablement sur cette question. Il faut admettre que la jurisprudence la plus ancienne était la plus critiquable, en ce qu'elle permettait de fonder le licenciement d'un salarié sur des motifs extrêmement subjectifs et particulièrement imprécis, tels notamment pour les cadres un seul « *défaut de confiance mutuelle* »[1866] ou une « *atmosphère d'incompatibilité* »[1867], légitimement fondés sur des faits relevant de la vie personnelle du salarié, et exclusifs de toute faute professionnelle. Relevons toutefois que la loi du 13 juillet 1973 conditionnant la validité du licenciement à l'existence d'une cause réelle et sérieuse n'avait pas encore été adoptée. Quand bien même, il apparaît que la Cour de cassation sous-tendait de la nature du contrat de travail la nécessité d'une « confiance absolue » ; le licenciement était donc licite dès que la « *confiance mutuelle réciproque* » [1868] avait cessé d'exister. Il était encore admis que des poursuites pénales soient engagées contre le salarié du fait de la simple activité d'un proche chez la concurrence[1869]. Cette jurisprudence a cessé et le nouveau régime est empreint de davantage de rigueur. Par un arrêt du 6 décembre 1990, la Cour de cassation a déjà semblé marquer l'évolution puisqu'en l'espèce, elle juge que le licenciement de la secrétaire d'une entreprise en raison du fait que son père était passé P.D.G. d'une société concurrente est illicite, elle évoque en ce sens qu'il n'était reproché à la salariée aucun fait précis de nature à nuire à l'entreprise[1870]. De fait, les juges admettent que la loyauté due à l'employeur ne peut aller jusqu'à s'imposer aux parents du salarié et ce, en l'absence totale de faute

[1866] Soc. 2 déc. 1964, D. 1965, p. 97.
[1867] Soc. 8 mars 1972, D. 1972, p. 376.
[1868] Soc. 26 mai 1981, n °80-11721.
[1869] Même si les plaintes aboutissaient le plus souvent à une relaxe ou à un non-lieu (Soc., 29 févr. 1984, JCP 1985, 11.14425), les employeurs se pré-constituaient ainsi des causes de licenciement, la seule existence de la procédure pénale entraînant la perte de confiance mutuelle.
[1870] Soc. 6 déc. 1990, D. 1987, p. 610.

directement imputable au collaborateur. De même, elle juge la même année « *qu'un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs ; que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement* ». Alors qu'en l'espèce, l'employeur arguait d'une incompatibilité entre « *les fonctions de secrétaire exercées dans les secrets de la vie de la société* » et le fait d'être l'épouse d'un ancien salarié qui l'assignait devant les tribunaux, la Cour oppose une certaine mesure et récuse qu'un seul défaut de confiance, légitime mais objectivement infondé, puisse justifier la rupture du contrat[1871]. Le manquement à l'obligation de loyauté du salarié ne se présume en conséquence pas et doit être avéré de faits probants.

774. L'arrêt du 16 décembre 1997 constitue sans doute une meilleure référence de départ. Rappelons qu'un clerc de notaire avait fait l'objet d'une condamnation pénale, parue dans la presse, pour aide au séjour irrégulier d'un étranger ; son employeur l'avait alors licencié pour faute grave, au motif que « *l'article de presse avait connu une diffusion régionale importante et qu'il était rédigé en des termes de nature à nuire à la bonne réputation de l'office notarial* ». La Cour de cassation censure la décision et juge que « *le fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne pouvait constituer une faute* »[1872]. Il est clairement fait une distinction entre l'étendue de l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur et la vie personnelle du salarié, ce dont on pourrait déduire que l'obligation de loyauté se limite aux temps et aux lieux de travail si la notion de trouble caractérisé n'avait pas été dans le même temps dégagée par la jurisprudence.

2. L'admission du trouble objectif causé à l'entreprise

775. La Cour de cassation a effectivement concédé qu'il peut néanmoins « *être procédé à un licenciement dont la cause est fondée sur le comportement du salarié* » dès que celui-ci, « *compte-tenu de ses fonctions et de la finalité de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* »[1873]. Les conditions ne sont cependant pas les mêmes, puisqu'il est impératif que le comportement personnel, non fautif, ait conduit à des effets objectifs et réels au sein de l'entreprise. Le motif ne s'entend plus de la simple

[1871] Soc. 29 nov. 1990, D. 1991, p. 190.
[1872] Soc. 16 déc. 1997, JCP 1998, II, 10101.
[1873] Soc. 17 avril 1991, JCP 1991, II, 21724.

méfiance que peut inspirer subjectivement un élément de la vie privée du salarié à l'employeur. La rigueur de cette construction s'entend d'autant plus du fait qu'en l'espèce, il a été jugé que l'employeur ne faisait pas la démonstration du trouble qu'avait pu causer, au sein de l'institution catholique, la découverte de l'orientation sexuelle d'un sacristain. Ce trouble a toutefois été admis, nous l'avons évoqué, pour le cas de l'institutrice d'une école protestant qui change de religion[1874], de même au sujet du remariage du professeur exerçant dans un institut chrétien[1875].

776. En ce sens, si la loyauté demeure un élément essentiel du rapport de travail, l'employeur devra étayer par des éléments probants et un dommage objectif lorsqu'il allègue la perte de confiance, le doute profitant au salarié. Cette jurisprudence, éminemment stricte puisqu'elle nécessite par ailleurs une finalité particulière de l'entreprise et des fonctions sensibles du salarié, permet par ailleurs de protéger le domaine de la sphère personnelle, en limitant aux exigences susmentionnées qu'il puisse être sanctionné, et donc envahi par l'employeur. Elle circonscrit également du même coup l'obligation de loyauté due par le salarié, en la réduisant à l'effet objectif des conséquences d'un éventuel manquement au sein de la structure d'emploi, le trouble doit en ce sens être constaté et non pas à craindre. Enfin, du point de vue disciplinaire, elle octroie une sorte d'immunité au travailleur pour les faits relevant de sa vie privée ; ces derniers ne pouvant lui être imputés à faute. Cette construction se conçoit d'autant plus que dès lors que le salarié n'est plus sous la subordination de l'employeur, il échappe à son pouvoir de direction et à son pouvoir disciplinaire ; ceux-ci étant fondés sur le contrat, le salarié « hors champ contractuel » doit être considéré comme dégagé de toute obligation substantielle. A cet égard, il faut saluer la Cour de cassation lorsqu'elle dénie, par l'arrêt du 16 décembre 1997, la qualification de la faute disciplinaire. En effet, quand bien même le comportement personnel du salarié nuirait à l'entreprise, son licenciement, fondé sur un motif personnel, ne peut pas se justifier d'une faute disciplinaire.

777. La jurisprudence a en ce sens paru instaurer un équilibre opportun entre la liberté personnelle du salarié et la protection des intérêts légitimes de l'employeur. Lorsque par son comportement extra-professionnel, le salarié cause un préjudice avéré à l'entreprise, celle-ci acquiert le droit de s'en séparer sans le sanctionner. Il a pour autant fallu admettre

[1874] Soc. 27 nov. 1986, Bull. civ. V, p. 420
[1875] Ass. plén. 19 mai 1978, n° 76-41211, Bull. civ. 1978, n° 1, p. 1.

que dans les faits, il n'existe pas de cloison étanche entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié. La construction relative au trouble caractérisé, en ce qu'elle consacre « *une part d'autonomie du salarié dans sa vie personnelle* »[1876], a pu se révéler inadaptée, voire dépassée. Certaines espèces ont semblé remettre en cause l'injonction faite à l'employeur de faire une totale abstraction des faits personnels du salarié. Sans remettre en cause l'immunité disciplinaire pour les faits étrangers à l'exécution du contrat de travail, la Cour de cassation permet, dans une certaine mesure, à l'employeur de se séparer d'un salarié en raison des faits ou d'un comportement intervenus dans le cadre de sa vie personnelle, que ceux-là se rattachent ou pas aux fonctions professionnelles.

778. En ce sens, l'obligation de loyauté, rattachée à l'idée de coopération, peut imposer au salarié d'être en mesure d'exécuter sa prestation, elle peut également permettre une sanction dès lors que celui-ci s'est intentionnellement mis dans l'impossibilité juridique d'exercer ses fonctions. Quand bien même le contrat n'aurait pas fait mention de l'impérativité de la détention du permis de conduire, il faut dire un mot du cas où le salarié, dans le cadre de sa vie personnelle, adopte un comportement le privant du droit de conduire alors qu'il s'agit d'un élément, si ce n'est inhérent, du moins essentiel à l'exécution de ses obligations contractuelles. En ce sens, la Cour de cassation a pu juger que « *le fait pour un salarié affecté en exécution de son contrat de travail à la conduite de véhicules automobiles de se voir retirer son permis de conduire pour des faits de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, même commis en dehors de son temps de travail, se rattache à sa vie professionnelle* »[1877]. La Cour de cassation met en œuvre une conception concrète et plus souple de la notion du trouble caractérisé. Si effectivement la perte du permis heurte le bon fonctionnement de l'entreprise, le trouble résulte ici non seulement de l'impossibilité matérielle d'exécuter le contrat, la prestation étant inhérente de la conduite, mais encore de la perte de confiance fondée de l'employeur envers son salarié. La notion de rattachement évoquée par la Cour permet par ailleurs de déduire que si le salarié considéré avait été affecté à des tâches polyvalentes autres que celles nécessitant un permis de conduire, son licenciement n'aurait pas été justifié. Cette solution résulte d'une jurisprudence bien établie qui a vu cependant ses termes évoluer et s'affiner. En effet, la Cour de cassation, énonce désormais que si « *un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un*

[1876] J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, p. 376.
[1877] Soc. 2 déc. 2003, n° 0143227, Bull. civ. 2003, V, n° 304, p. 307.

manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail ; le fait pour un salarié qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle, une infraction entraînant la suspension ou le retrait de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant de son contrat de travail ; il en résulte que son licenciement, dès lors qu'il a été prononcé pour motif disciplinaire, était dépourvu de cause réelle et sérieuse »[1878]. En ce sens, si le pouvoir disciplinaire doit être limité au manquement contractuel (le cas dès lors que le contrat mentionne la nécessité d'être titulaire du permis de conduire), la cause réelle et sérieuse est constituée dès lors que le salarié s'est mis dans l'impossibilité d'exécuter sa prestation.

779. Le trouble caractérisé peut en outre résulter objectivement des répercussions observées dans l'entreprise suite aux faits commis par un salarié dans le cadre de sa vie personnelle, sans que celui-ci n'ait adopté un comportement contraire aux valeurs particulières portées par l'entreprise, ou sans que ces faits n'aient pu affecter de quelque manière que ce soit sa capacité propre à exercer ses fonctions. La Cour de cassation a validé en ce sens le licenciement d'un salarié condamné pour le viol de la fille d'une de ses collègues de travail, au motif que cette situation avait créé au sein du service où ils travaillaient tous deux un trouble caractérisé[1879]. La même solution a pu être rendue au sujet du comportement du salarié à l'égard de sa concubine, également salariée de l'entreprise, qui avait entraîné son arrestation sur le lieu de travail ; l'employeur pouvait craindre la survenance de nouveaux incidents, ce qui constituait le trouble objectif caractérisé et justifiait le licenciement pour cause réelle et sérieuse[1880].

780. Le trouble objectif peut encore résulter de la découverte, à l'occasion d'événements ressortant à la vie privée, d'un grave manque de probité en rapport avec les fonctions exercées. Il a en ce sens été admis le licenciement d'un cadre commercial de banque poursuivi pour des délits d'atteinte aux biens (vols et trafic de véhicules) ; le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé en effet un trouble caractérisé au sein de l'entreprise. La salariée tenue, en raison de ses

[1878] V. Soc. 3 mai 2011, n° 09-67464 ; Soc. 10 juil. 2013, n°12-16878.
[1879] Ass. plén. 26 sept. 2012, n° 11-11247 : « *Si, en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée, il en est autrement 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* ».
[1880] Soc. 9 juil. 2002, n° 00-45068.

attributions, « *d'une obligation particulière de probité* » a pu être licenciée pour faute grave[1881]. Il en a été de même au sujet de la salariée qui se livre à des fraudes à la caisse de sécurité sociale, alors même qu'elle en était salariée et qu'elle était chargée de leurs dépistages. La Cour de cassation, accepte ici la qualification de la faute grave en raison de l' « *obligation particulière de loyauté et de probité* » à laquelle elle devait être soumise en raison de ses fonctions[1882]. La reconnaissance de cette obligation particulière de probité libère par ailleurs l'employeur de son obligation d'établir la preuve d'éléments objectifs imputables au salarié dans l'entreprise constituant le trouble objectif. Enfin, il a été reconnu qu'une entreprise de gardiennage était fondée à licencier un agent de surveillance qui réalisait des vols dans les magasins dont il était chargé d'assurer la sécurité, en dehors de ses heures de travail. Le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions, justifiait que lui soit imposée une certaine probité à laquelle il avait gravement manqué[1883].

781. Dans une espèce du 27 mars 2012, la Cour de cassation, rappelant « *qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail* » a également jugé que le salarié d'une compagnie aérienne qui, appartenant au « *personnel naviguant critique pour la sécurité* », avait consommé des drogues dures pendant des escales entre deux vols et se trouvait sous l'influence de produits stupéfiants pendant l'exercice de ses fonctions, n'avait pas respecté les obligations prévues par son contrat de travail et avait ainsi fait courir un risque aux passagers, justifiant qu'une faute grave lui soit reprochée[1884].

[1881] Soc 25 janv. 2006, n° 04-44918, Bull2006, V, n° 26, p. 25. Il faut relever qu'antérieurement la Cour de cassation refusait, pour le même type de faits, de caractériser la faute grave. Ainsi d'un arrêt du 18 juin 2002 (n° 00-44111) : « *Attendu que pour retenir que le licenciement était justifié par une faute grave, après avoir énoncé que le comportement du salarié dans sa vie personnelle peut être invoqué comme motif de rupture s'il apporte un trouble caractérisé à l'entreprise, ce trouble s'appréciant au regard des fonctions exercées par le salarié et de la finalité de l'entreprise, l'arrêt relève notamment que la salariée avait été mise en examen et incarcérée pendant plusieurs semaines, à la suite de la découverte à son domicile de véhicules volés, de pièces d'identité falsifiées et d'armes à feu, que ces faits pour lesquels la salariée a été définitivement condamnée s'analysent en des manquements à la probité d'une telle gravité qu'ils ont un retentissement certain sur l'entreprise de banque, compte tenu de l'activité de celle-ci qui suppose, pour conserver la confiance de la clientèle, une parfaite probité de ses agents, tant dans leur activité professionnelle que dans leur vie personnelle ; Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que le licenciement prononcé pour faute grave avait un caractère disciplinaire et que les faits imputés à la salariée relevaient de sa vie personnelle et ne pouvaient constituer une faute, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

[1882] Soc. 25 févr. 2003, Dr. soc. 2003, p. 265.

[1883] Soc. 20 nov. 1991, n° 89-44605.

[1884] Soc. 27 mars 2012, n° 10-19915, Bull. 2012, V, n° 106.

782. A l'inverse, il a été jugé que l'employeur concessionnaire automobile ne pouvait reprocher à une secrétaire qu'il emploie d'avoir acheté un véhicule d'une marque différente de celle qu'il commercialise, la salariée étant libre, dans sa vie privée d'acheter les biens, produits ou marchandises de son choix[1885]. De même, l'activité de « voyante tarologue » n'a pas été considérée comme étant incompatible avec les fonctions de secrétaire médicale exercées par la salariée, du seul fait que celle-ci avait un accès aux dossiers confidentiels des patients, dans la mesure où l'employeur n'établit pas un manquement de la salariée à son obligation contractuelle de confidentialité**.** Le comportement incriminé, relevant de sa vie personnelle, ne pouvait dès lors constituer une faute justifiant un licenciement pour cause réelle et sérieuse[1886]. Relève aussi de la vie personnelle, et ne peut dès lors constituer un motif de licenciement, la liaison entretenue par une salariée avec un autre salarié[1887]. Il a enfin été considéré que la réception par le salarié d'une revue pornographique qu'il s'est fait adresser sur son lieu de travail ne constitue pas un manquement aux obligations résultant de son contrat et justifiant que l'employeur puisse, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire[1888].

783. Dans certaines de ces hypothèses, il apparaît que le licenciement devient préventif, l'employeur n'ayant plus confiance en son salarié, même s'il ne peut lui reprocher aucun fait professionnel traduisant le fait personnel visé. L'obligation de loyauté est dès lors méconnue et un « *doute légitime* »[1889] justifie le licenciement. L'obligation de loyauté est susceptible d'avoir une portée extensive, qu'elle se justifie par les fonctions exercées ou la gravité des faits relativement à l'exécution de la prestation. Elle permet en tout état de cause à l'employeur d'atteindre des faits qui relèvent pourtant de la sphère privée. Si, à proprement parler, la notion permet à l'employeur de déployer son autorité à l'encontre du salarié lorsque celui-ci est libéré de sa subordination, elle n'admet cependant pas, au regard des espèces mentionnées, qu'il y porte atteinte. La remarque doit être cependant relativisée au regard des limites que le devoir de loyauté est susceptible de porter à la liberté

[1885] Soc. 22 janv. 1992, n° 90-42517.
[1886] Soc. 21 oct. 2003, n° 00-45291.
[1887] Soc. 21 déc. 2006, n° 05-41140.
[1888] Ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40803, RDT 2007, p. 527, obs. A. AUBERT-MONPEYSSEN ; D. 2007, p. 2137, note J. MOULY.
[1889] J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, p. 376.

d'expression dont jouit le salarié dans l'entreprise[1890] ou à l'extérieur[1891], et à la liberté du travail.

B. La loyauté dans la sanction des faits préjudiciables à l'intérêt de l'entreprise

784. La loyauté la plus élémentaire commande à ce que le salarié ne porte pas atteinte aux intérêts de la structure qui l'emploie, il s'agit bien entendu pour le collaborateur de s'abstenir de toute concurrence par nature déloyale durant le temps de l'exécution contractuelle. La loyauté peut également impliquer, en certaines circonstances, une série d'obligations dites *dérivées* qui ont pour objet d'encadrer le comportement du salarié, et notamment sa liberté d'expression, hors de l'application *stricto sensu* du contrat de travail. Ces obligations, limitées au temps du contrat, bénéficient cependant d'un champ d'application étendu puisqu'elles sont susceptibles de s'imposer au salarié hors le temps et le lieu de travail. Il s'agit d'évoquer l'obligation de non-concurrence (1) et les devoirs *implicites* de loyauté (2).

1. L'obligation de non concurrence

785. C'est hors le cadre contractuel que la notion de loyauté recouvre, à l'égard du salarié, une véritable portée, c'est en effet là qu'a émergé notamment l'obligation de non-concurrence. La Cour de cassation a en effet entendu protéger l'entreprise de ses salarié en décidant, par un arrêt du 8 février 1965 qu' « *un employé ne peut, sans manquer aux obligations résultant de son contrat de travail, exercer une activité économique concurrente à celle de son employeur, pendant la durée de son contrat de travail* » [1892]. Elle précise dans une décision du 5 mai 1971 que « *le salarié, même en l'absence d'une clause expresse, est tenu par une obligation de non-concurrence vis-à-vis de son employeur jusqu'à l'expiration de son contrat* » [1893]. Le salarié est ainsi débiteur durant toute la durée du contrat de travail, d'une obligation de non-concurrence de plein droit[1894], qui lui interdit de développer toute activité, pour lui-même à titre indépendant, ou pour le compte d'un tiers concurrent de son

[1890] Soc. 4 déc. 1999, Dr. soc. 2000, p. 165.
[1891] Soc. 24 avril 1988, Dr. soc. 1988, p. 428.
[1892] Com. 8 févr. 1965, Bull. civ. III, n° 96, D. 1965, somm. 96.
[1893] Soc. 5 mai 1971, Bull. civ. V, n° 327.
[1894] Y. SERRA, Obligation de non-concurrence, D. 2008, Jurisp.

employeur[1895]. Cette règle est d'autant plus rigoureuse que le salarié exerce des fonctions commerciales. En l'absence de dispositions particulières ou de clause d'exclusivité, le salarié n'est toutefois pas tenu, pendant la durée du contrat, de se consacrer au même employeur. En effet, il serait injuste d'interdire au salarié de cumuler différents emplois, notamment s'il s'agit de temps partiels, et dans la mesure où aucun dommage n'est à craindre.

786. Il a pu être avancé que cette obligation de non-concurrence résultait d'une obligation de fidélité, ou qu'elle se fondait sur l'obligation d'exécution loyale du contrat de travail[1896]. Il semble que la jurisprudence retienne plutôt la deuxième solution, dans la mesure où elle condamne le salarié pour déloyauté lorsque celui-ci manque à son obligation de non-concurrence. L'obligation de non-concurrence relève en effet de l'article L. 1134 du Code civil, et elle procède sans doute pour partie du devoir de cohérence évoqué plus haut. Il paraît légitime en effet d'exiger du salarié un minimum de respect vis-à-vis de son contractant, avec lequel il est par ailleurs censé collaborer dans un but commun. L'idée de collaboration exclut de fait qu'hors les temps de travail, le salarié se livre à des manœuvres préjudiciables à l'employeur. La Cour d'appel de Versailles a pu relever en ce sens que « *selon les principes généraux du droit des obligations, le débiteur de l'obligation contractuelle est tenu de se comporter en bon père de famille, et de bonne foi, conformément aux articles 1134 et 1147 du code civil* » ; « *parmi ces obligations, l'obligation loyale du contrat s'impose au salarié* »[1897]. Il paraît en effet contraire aux exigences de l'exécution loyale du contrat de travail d'autoriser le salarié à développer une activité concurrente de celle de l'entreprise qui l'emploie, parce qu'il dispose, en raison de ses fonctions, de moyens anormaux de concurrence, source d'une rupture d'égalité dans les moyens de concurrence[1898], de même, « *on ne peut être collaborateur et concurrent* »[1899].

787. Pour preuve de la rigueur octroyée à l'obligation de non concurrence dans les rapports de travail, sa sanction est sévère. En cas de violation de cette obligation, l'employeur pourra agir de trois façons, indépendamment de toute procédure de licenciement. Sur le plan disciplinaire, le manquement à l'obligation de non-concurrence constitue une faute grave,

[1895] *Ibid*.
[1896] *Ibid.*
[1897] CA Versailles, 4 nov. 1994, D. 1995, somm. 257.
[1898] Y. SERRA, *Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence*, RTD. com. 1998, p. 7.
[1899] J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. 1991, n°5, p. 376.

privative des indemnités de rupture[1900]. Il pourra s'agir d'une faute lourde si l'intention de nuire peut être prouvée. La concurrence en elle-même constitue un trouble manifestement illicite, que le juge prud'homal statuant en référé pourra faire cesser avec une ordonnance de cessation d'emploi du salarié, sans qu'il y ait besoin de poser la question de l'interprétation d'une éventuelle clause de non-concurrence dans le contrat de travail[1901]. Une action au fond en réparation du préjudice subi est possible en cas de faute lourde[1902]. Elle sera fondée sur l'article 1147 du code civil, car il s'agit d'une violation des obligations contractuelles, et non sur l'article 1382 comme c'est le cas en matière de concurrence déloyale.

788. Les faits constitutifs répondent généralement au même schéma ; des salariés, pendant la durée de leur contrat de travail, vont engager des pourparlers, entre eux ou avec des salariés d'une entreprise directement concurrente, puis quitter le premier employeur pour former ou rejoindre la deuxième entreprise ou la nouvelle ainsi créée. Il arrive que ces faits soient accompagnés, avant même le terme du contrat de travail en cause, de pratiques d'approche des clients du premier employeur (envois de cartes de visite, de documents publicitaires concernant la nouvelle société) ; ou même du vol des fichiers clients du premier employeur. La Cour de Cassation, notamment dans deux arrêts de 1984[1903] et 1985[1904], a condamné fermement ce genre de comportement. Elle distingue à cet effet entre les actes effectifs de concurrence et les actes préparatoires de concurrence. Les premiers sont prohibés. Ils se constituent de l'envoi aux clients de l'employeur, avant la démission du salarié, de cartes de visite informant de la création de la nouvelle société, et du fait que le salarié se soit consacré à l'activité d'une société concurrente à celle de son employeur pendant la durée de son temps de travail. Les deuxièmes ne constituent pas une violation de l'obligation de non-concurrence[1905]. Hors clause de non-concurrence, le salarié peut librement constituer une société concurrente de l'entreprise de son employeur, à condition que cette société n'entre en activité qu'après l'expiration du contrat de travail[1906]. La jurisprudence ne sanctionne donc pas la constitution d'une société concurrente parallèlement à l'exécution du contrat de travail, elle sanctionne le développement d'une

[1900] Soc. 9 janv. 1990, CSBP n°10, p. 83.
[1901] Soc. 13 nov. 1990, Bull. V, n° 94.
[1902] Soc. 14 mars 1984, Bull. V, n°94.
[1903] Soc. 15 nov. 1984, n° 01-15874.
[1904] Com. 22 janv. 1985, n° 06-15896.
[1905] Soc. 5 mai 1971, Bull. civ. V, n° 327, p. 276 : « *N'est pas illicite la simple préparation d'une activité future de remplacement prenant effet à l'expiration des engagements de non-concurrence* ».
[1906] Com. 2 mars 1982, D. 1988, I.R. 53.

concurrence effective pendant cette période. Il a été précisé en effet qu' « *en l'absence de non-concurrence, rien n'interdit à un salarié de concurrencer l'entreprise qu'il quitte à l'expiration de son contrat de travail, celui-ci peut préparer son activité future pendant la durée du contrat pourvu seulement qu'il ne déploie pas cette activité avant que la rupture soit effective* »[1907]. De la même façon, le salarié qui utilise le matériel informatique de la société qui l'emploie pendant les heures de travail qu'il doit à l'employeur, pour une activité professionnelle différente, manque à son obligation de loyauté. En l'espèce, le salarié s'était livré à une activité soutenue de vente et de démarchage, en participant à une activité commerciale concurrente de celle de la société de son employeur[1908].

789. Si, traditionnellement, la concurrence d'un salarié vise la collaboration ou l'exercice direct d'une activité économiquement semblable à celle de l'employeur, il a pu être fait application d'une définition plus souple de la concurrence, portant une appréciation *in concreto*. La Cour d'appel de Douai a en ce sens pu juger qu'« *est susceptible de caractériser un manquement à l'obligation de loyauté, compte tenu de la nature du poste occupé et des fonctions qui lui sont dévolues, le salarié qui, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, utilise ses fonctions pour mener, développer et encourager directement ou indirectement, par l'intermédiaire de sociétés tierces, des activités même non-concurrentes de celle de l'employeur, lorsque ces activités, régulières et intéressées, sont susceptibles, eu égard notamment à la nature des fonctions du salarié au sein de l'entreprise, de porter préjudice à l'employeur* »[1909]. La Cour de Cassation censure et consacre une application beaucoup plus stricte de la concurrence. Elle juge le 21 septembre 2006 que, dès lors qu'aucune clause du contrat n'interdit au salarié d'exercer une quelconque activité professionnelle en-dehors de la société qui l'emploie, les intérêts qu'il peut avoir dans des sociétés en relation d'affaire avec son employeur ne peuvent constituer un motif de licenciement, fondé sur le manquement à l'obligation de non-concurrence[1910]. Elle précise encore par un arrêt du 3 décembre 2008 que le seul risque d'un conflit d'intérêt ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, sans qu'il n'y ait eu au préalable un manquement à l'obligation de loyauté du salarié[1911]. Elle expose dans le même arrêt, d'une part que la violation de l'obligation de non-concurrence ne se présume

[1907] Com. 22 janvier 1985, n° 06-15896.
[1908] CA Rouen, Ch. Soc. 11 sept. 2007, n° 2007-342581.
[1909] CA Douai, 31 janv. 2005.
[1910] Soc. 21 sept. 2006, n° 05-41477.
[1911] Soc. 3 déc. 2008, n° 07-44159.

pas, elle doit être prouvée matériellement, et d'autre part que celle-ci doit se constituer, le cas échéant, eu égard aux fonctions du salarié dans l'entreprise. Ainsi, le gardien d'un immeuble qui crée, au cours de son contrat de travail, une société de travaux, en taisant son investissement, et qui systématiquement fait appel à cette société pour les affaires courantes de l'immeuble, ne manque pas à son obligation de loyauté, dans la mesure où aucune clause du contrat de travail ne lui interdisait d'exercer une activité professionnelle en-dehors de la société de l'employeur, et que l'activité reprochée au salarié n'était ni incompatible avec ses fonctions, ni préjudiciable aux intérêts de l'entreprise. La Cour de Cassation adopte donc une interprétation finaliste de la concurrence ; sera constitutive d'un manquement à l'obligation de non-concurrence l'activité du salarié qui préjudicie à celle de l'employeur. Il faut encore préciser que le législateur est venu réaffirmer à l'article L. 1222-5 du Code du travail que « *le salarié reste soumis à l'obligation de loyauté à l'égard de son employeur* » s'il reprend ou crée une entreprise.

790. Pour ce qui relève de la concurrence déloyale, elle a ici surtout à voir avec le débauchage. En effet, le manquement à l'obligation de non-concurrence ne peut s'apprécier que pendant l'exécution du contrat de travail. Il faut encore rappeler qu'une fois le contrat rompu, le salarié est libre de concurrencer l'ancien employeur, faute de la présence d'une clause de non-concurrence. La concurrence déloyale est alors la qualification qui permet de lier la nouvelle activité du salarié, en soi légale, avec l'ancienne situation contractuelle qui existait entre l'employeur et le salarié. Si le délit civil de débauchage est prohibé par l'article L. 122-15 du Code pénal, la jurisprudence est venue préciser la notion de concurrence déloyale. Elle s'est notamment fondée sur le principe de liberté du travail pour énoncer qu'un salarié peut légalement négocier, et obtenir une promesse d'embauche, avant d'avoir cessé d'être au service de l'employeur qu'il envisage de quitter[1912]. Le seul fait de s'assurer la collaboration d'un salarié particulièrement averti, compétent et désireux de se dégager, sans abus, d'un lien contractuel et pour un temps où ce lien contractuel aura cessé d'exister, ne saurait constituer pour le deuxième employeur une faute l'obligeant à réparer le dommage résultant, pour le premier employeur, du passage de son ancien salarié au service d'un concurrent[1913]. De la même façon, « *aucune atteinte ne saurait être portée au droit d'un salarié, fut-il cadre et haut placé dans la hiérarchie, de mettre son savoir, même acquis au cours d'une longue et coûteuse carrière pour l'entreprise, au service d'un*

[1912] CA Paris, 17 mars 1967.
[1913] CA Paris, 7 mai 1986.

employeur concurrent dont il est régulièrement devenu l'employé, dès lors qu'il ne révèle à ce dernier, ni n'exploite en sa faveur, les secrets industriels ou commerciaux de son précédent employeur »[1914]. Un employeur peut également affecter un salarié à des fonctions et des lieux où il estime que celui-ci sera efficace, du fait qu'il avait travaillé pour son concurrent dans les mêmes attributions[1915]. De même, un salarié passé au service de la concurrence a le droit de démarcher toute clientèle pertinente au profit de son nouvel employeur, même si celle-ci constitue en partie celle du premier employeur. Il incombe cependant au salarié d'éviter toute confusion avec l'ancien employeur susceptible de capter sa clientèle[1916] et de ne pas le dénigrer[1917] ou le discréditer[1918]. En tout état de cause, le seul fait de travailler pour des clients de l'ancien employeur ne suffit pas à caractériser la concurrence déloyale[1919]. Il faut en effet compter avec la liberté d'entreprendre.

791. En effet, l'obligation de loyauté doit se concilier avec la liberté constitutionnelle d'entreprendre. Il semble à ce sujet que la jurisprudence ait adopté une position sévère à l'égard des salariés trop entreprenants. Une décision récente mérite ici d'être mentionnée. La salariée d'une étude d'office notariale avait créé en l'espèce une société immobilière, activité concurrente à celle de son employeur et à laquelle elle était affectée, dans le même secteur, et sans l'en informer au préalable. Dans un arrêt du 17 janvier 2013, les juges de la Cour d'appel de Lyon, considérant qu'il s'agissait d'une violation de l'obligation de loyauté, ont retenu la faute grave, rendant impossible le maintien du contrat de travail[1920]. Ils s'inscrivaient ainsi dans le prolongement d'une décision rendue par la Cour de cassation antérieurement, laquelle avait jugé que « *la dissimulation à l'employeur, par le salarié, de sa participation dans une société directement concurrente est constitutive d'un manquement à l'obligation de loyauté* »[1921]. La sévérité manifeste de la jurisprudence à l'égard de l'obligation de loyauté se justifie des circonstances, de même qu'il est classiquement mis en œuvre une appréciation stricte. Pour exemple, il a été jugé que la violation de l'obligation de loyauté est caractérisée lorsque *« le salarié participe à l'activité d'une société concurrente, créée et dirigée par des membres de sa famille*

[1914] CA Paris, 23 oct. 1986.
[1915] Soc. 12 juin 1986, n° 41-11588.
[1916] Soc. 12 févr. 1991, n° 87-40094.
[1917] Soc. 20 mai 2003, n° 01-02675.
[1918] Com. 12 mai 2004, Bull. civ. 2004, IV, n° 88.
[1919] Soc. 5 mai 2004, n° 2004-023511.
[1920] CA Lyon, 17 janvier 2013, n° 11/07128.
[1921] Soc. 14 mai 1997, n° 94-43625.

proche »[1922]. La qualification de la faute grave, bien que résultant pour ce type de faits d'une jurisprudence établie[1923], participe cependant à laisser penser que la jurisprudence entend sanctionner avec fermeté le salarié qui par son comportement déloyal porte une concurrence opaque et directe à l'endroit de son employeur.

792. Une partie de la doctrine a pu s'interroger sur le bien-fondé de la généralité de l'obligation de non-concurrence. En effet, cette obligation s'applique de plein droit et elle pèse sur le salarié pendant la durée du contrat de travail[1924]. Il a été remarqué à cet égard que la concurrence qu'est susceptible de développer un salarié ne sera véritablement préjudiciable à l'entreprise qu'en de rares occasions. Le salarié devra effectivement réunir certaines conditions pour que sa concurrence ait un impact notable sur l'entreprise : une qualification professionnelle considérable, un niveau de responsabilité ou de connaissances élevé dans l'entreprise et des fonctions spécifiques. Si l'on comprend bien l'enjeu de l'exigence d'une certaine fidélité à l'entreprise pour un cadre, un commercial, ou un ingénieur, on le perçoit nettement moins bien pour ce qui est des ouvriers ou des agents d'entretien. D'autre part, dans la limite maximale de la durée du travail, le cumul d'emploi n'est pas prohibé, et le contrat de travail n'emporte pas nécessairement l'exclusivité de l'activité du salarié au profit d'un employeur. Il a paru en ce sens peu opportun de considérer que le contrat de travail implique nécessairement une obligation de non-concurrence à la charge du salarié. D'autant plus que, dans la pratique, se multiplient les cas de figure dans lesquels les salariés ont des employeurs différents qui exercent des activités directement concurrentes[1925]. Enfin, l'employeur peut, si le besoin s'en fait réellement ressentir, insérer une clause particulière de non-concurrence dans le contrat de travail, qui va rappeler, préciser, et aménager cette obligation, tout en assurant l'information du salarié[1926]. Si celle-ci s'applique traditionnellement pour l'après contrat, la liberté contractuelle permet de ramener ses effets à l'exécution du contrat de travail selon des modulations laissées, dans une certaine mesure, à la discrétion des parties.

[1922] V. CA Versailles 18 juin 2010, n° 08/02226, 17ème Ch.
[1923] Soc. 25 nov. 1997, n° 94-45437 (les juges relèvent par ailleurs le défaut d'information).
[1924] Y. SERRA, *Concurrence-obligation de non concurrence*, D. 2003.
[1925] CA Paris, 25 sept. 2000, D. 2001, somm. 1313.
[1926] Soc. 8 avril 1998, n° 96-41122, Bull. civ. V, n° 207.

2. Les devoirs implicites dérivés de l'obligation de loyauté

793. Ces devoirs implicites, véritablement dégagés de l'esprit du contrat de travail par la jurisprudence, sont destinés à protéger l'entreprise contre les initiatives et les comportements du salarié, étrangers à la prestation de travail, et susceptibles d'être qualifiés de déloyaux. L'intérêt est ici de permettre un contrôle quant aux agissements du salarié qui ne relèvent pas de l'exécution de sa prestation de travail. On assiste alors à une légitimation de sa subordination. Fondée initialement sur le contrat de travail, et applicable à l'origine dans le cadre strict de l'exécution de la prestation de travail, celle-ci va s'étendre au comportement du salarié en général, à des faits liés à sa vie extra-professionnelle ou extracontractuelle ; avec toujours l'exigence d'une conduite respectueuse des intérêts de l'entreprise en toutes circonstances. La loyauté contractuelle ne s'arrête donc pas à la fin de l'horaire de travail, elle n'est pas non plus limitée au lieu de travail.

794. Ces obligations particulières ont été dégagées principalement par la jurisprudence. De ce point de vue, l'obligation de loyauté s'est révélée fertile et a pu impulser d'autres obligations, aux champs d'application plus restreints, qui inscrivent leurs effets dans la même finalité ; c'est-à-dire la garantie de l'intégrité de l'entreprise au travers de l'exigence d'un certain comportement attendu du salarié. Il s'agit d'évoquer les obligations de réserve, de discrétion, de secret et de fidélité.

795. L'obligation de réserve s'impose au salarié afin qu'il ne puisse pas jeter le discrédit sur l'entreprise qui l'emploie. S'il conserve un droit de critique vis-à-vis de son employeur, il doit être exercé avec modération[1927]. Il faut ajouter que les cadres sont tenus d'une obligation particulière, qui les oblige à ne pas manifester publiquement leur désaccord avec les décisions des dirigeants de leur entreprise[1928] ; ils ne doivent en aucun cas commenter les politiques de l'employeur avec excès. L'injure, bien évidemment, est exclue[1929].

796. L'obligation de secret interdit au salarié de divulguer des informations relatives à l'entreprise dès lors qu'elles présentent un caractère confidentiel. L'obligation de secret

[1927] CA Versailles, 24 nov. 1995, RJS 2/1996, n° 204.
[1928] Soc. 11 oct. 1984, Bull. V, n° 366, p. 273.
[1929] Soc. 14 déc. 2000, Bull. V, n° 263, p. 163.

vise principalement le respect des secrets de fabrique[1930], elle peut être pénalement sanctionnée, il a par ailleurs été expressément jugé que sa violation constituait un manquement à l'obligation de loyauté[1931]. Dans la mesure où il s'agit de protéger les secrets industriels ou commerciaux, l'obligation demeure applicable après le terme du contrat de travail. Bien qu'implicite, l'obligation est souvent rappelée dans les contrats de travail de certains secteurs sensibles.

797. L'obligation de fidélité se confond avec l'obligation de non-concurrence en ce qu'elle interdit au salarié de développer une activité concurrente à celle de son employeur. La jurisprudence l'a toutefois nommée expressément en précisant qu'elle n'emportait pas l'exclusivité, et qu'en conséquence, il n'était pas interdit au salarié d'une société de se porter acquéreur d'actions d'une autre société, fut-il actionnaire majoritaire[1932], dès lors qu'il ne trahit pas la confiance de l'entreprise qui l'emploie[1933]. Cette idée de confiance, nécessaire il est vrai aux relations interindividuelles, particulièrement en matière de travail, est indifférente des aléas qui peuvent affecter le contrat, et notamment sa suspension. A cet égard, l'obligation de loyauté surpasse les interruptions contractuelles.

II. L'obligation de loyauté imposée au salarié hors l'exécution du contrat de travail

798. La portée extensive attachée à l'obligation de loyauté hors l'exécution de la prestation de travail commande à ce qu'elle s'applique également lors de la suspension du contrat (A). Elle trouve cependant sa meilleure expression lorsqu'au terme du contrat, ses effets continuent de contraindre le salarié (B). Cette application exorbitante est d'autant plus remarquable que l'obligation, bien plus qu'en matière contractuelle, s'attache à entraver les libertés du salarié, au premier rang desquelles la liberté de circuler et de travailler.

[1930] Art. L. 1227-1 C. trav.
[1931] CA Douai, 30 juin 1993, RJS 6/1994, n° 833.
[1932] Soc. 23 sept. 1992, RJS 11/1992, n° 1226.
[1933] CA Paris, 6 juil. 1993, RJS, 10/1993, n° 1051.

A. La loyauté à la suspension du contrat

799. L'obligation de loyauté attachée à l'exécution du contrat de travail est exorbitante puisqu'alors même qu'elle se fonde sur l'existence d'un contrat, en l'occurrence le contrat de travail, son application ne se limite pas au cadre contractuel, en l'espèce à la relation professionnelle entre le salarié et son employeur. L'obligation de loyauté se situe en ce sens à l'opposé des obligations contractuelles de sécurité de l'employeur, ou de disponibilité du salarié. Celles-ci ont tiré de leur nature contractuelle une application matérielle enfermée dans le cadre contractuel. Ainsi, l'employeur ne répond de la sécurité du salarié que lorsque celui-ci met en œuvre le rapport de travail, c'est-à-dire lorsqu'il exécute la prestation de travail. De même, si le salarié doit se montrer sérieux et compétent lorsqu'il est sous la subordination de son employeur, il n'a pas à se montrer assujetti pendant son repos. L'obligation de loyauté, quant à elle, rompt avec ces règles. Ce qui n'est pas sans poser certains problèmes juridiques. En effet, l'obligation de loyauté emmène avec elle, là où elle s'applique, les exigences nées du contrat de travail. Dans la mesure où elle aspire à émanciper son champ d'application du strict cadre contractuel, elle va essaimer à des périodes et à des domaines exclusifs du contrat de travail, et partant, les désagréments moraux qu'il comporte, dont le plus illégitime est la subordination, vont alors trouver une application extensive. L'obligation de loyauté bénéficie en conséquence d'un champ d'application quasiment permanent et relativement tenace ; ce qui s'oppose parfois à l'essence protectrice des intérêts du salarié que la jurisprudence s'est efforcée par ailleurs d'attacher à la notion de loyauté. En raison de son champ d'application temporel discontinu, l'obligation de loyauté pèse en effet sur les salariés pendant les périodes de suspension du contrat de travail, et ses commandements se révèlent indifférents de l'arrêt de travail, du congé, du préavis et de la formation.

800. Dès l'avis du médecin traitant, la suspension du contrat de travail dispense le salarié de poursuivre sa collaboration avec l'employeur. Il reste toutefois tenu à son égard d'une obligation de loyauté. La Cour de cassation a initialement considéré que l'exercice d'une activité, pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie, ne constituait pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui, elle le précisait alors expressément, subsiste pendant la durée de cet arrêt[1934]. Elle a semblé toutefois durcir sa position, puisqu'elle admet

[1934] Soc. 4 juin 2002, Dr. ouv. 2003, p. 248.

notamment que viole son obligation de loyauté le salarié qui se livre à des déplacements, ou des activités, qui démontrent sans ambiguïté qu'il n'était nullement dans l'incapacité de travailler. Elle précise en outre que ce comportement est même constitutif d'une faute grave[1935]. Elle a confirmé encore, dans une formule cinglante, que « *la violation de l'obligation de loyauté, dérivant du devoir de bonne foi, constitue un motif valable de congédiement* »[1936]. Il semblerait qu'il ressorte des termes de ces arrêts, et notamment du second, que le seul exercice d'une activité durant la suspension du contrat de travail, causée par un arrêt maladie, suffise à constituer un manquement à l'obligation de loyauté pour le salarié, susceptible de justifier son licenciement. Cette appréciation paraîtrait excessive (en effet, n'est même pas requise la preuve d'une activité attentatoire aux intérêts de l'entreprise, comme cela est le cas pour l'obligation implicite de non-concurrence[1937]). En effet, il apparaît que la seule activité, ou les seuls déplacements (qui du reste peuvent relever d'un cadre strictement personnels) démontrent que le salarié n'est pas véritablement dans l'incapacité de travailler. L'obligation de loyauté commanderait dès lors au salarié de s'abstenir de frauder pour se soustraire à l'obligation d'exécution contractuelle. Le détail de la jurisprudence rendue antérieurement en la matière contribue à cette confusion, puisqu'ont été notamment jugés, de 1992 à 2000, que le fait pour un salarié arrêté de travailler le dimanche, sur un marché et pour un tiers, ne constituait pas un motif de licenciement, fondé sur une faute grave résultant d'un manquement à l'obligation de loyauté[1938], à l'inverse du maçon qui travaille pour son propre compte sur un chantier au cours d'un arrêt de travail, manquant ainsi à son obligation de loyauté et justifiant que soit qualifiée une faute grave[1939]. La Cour de cassation énonce en effet l'interdiction d'accomplir des actes de concurrence et juge l'activité rémunératrice incompatible avec l'incapacité de travail. En revanche, l'aide occasionnelle apportée au conjoint commerçant dans le cadre de l'entraide domestique, fût-ce pendant un arrêt de travail pour maladie, ne constitue pas une faute grave[1940]. La même solution a été appliquée au sujet de l'aide, temporaire et bénévole, apportée au gérant d'un bar par son associée et concubine, durant son arrêt[1941].

[1935] Soc. 21 oct. 2003, D. 2004, Jurisp.
[1936] Soc. 18 mai 2004, n° 02-44325, Bull. 2004, V, n° 132, p. 121.
[1937] L'obligation de loyauté durant la maladie est donc plus sévère que l'obligation de loyauté durant l'exécution du contrat puisqu'alors seul l'exercice d'une activité y est contraire.
[1938] Soc. 21 mars 2000, D. 2000, Jurisp. p. 791.
[1939] Soc. 21 juin 1994, n° 93-40554, D. 1994, IR., p. 108.
[1940] Soc. 8 avril 1992, n° 18-40371.
[1941] Soc. 11 juin 2003 n° 15-15998.

801. La Cour de cassation semble avoir durci sa position au sujet de l'exigence de disponibilité du salarié. En effet, alors qu'elle décidait que le salarié malade, étant dispensé de fournir sa prestation de travail, ne saurait être tenu, en vertu de l'obligation de loyauté, de poursuivre une collaboration avec son employeur (on ne saurait donc lui reprocher valablement d'avoir « *coupé catégoriquement toute possibilité de contact avec ses collègues* »[1942]) ; il a récemment été jugé que l'obligation de loyauté exige de ce même salarié, malade et dispensé, qu'il communique à l'employeur qui le demande, les informations qu'il détient et qui sont « *nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise* », en l'espèce le mot de passe informatique connu de lui seul[1943]. La même solution a été rendue au sujet d'un commercial qui refusait de remettre son fichier client à la demande de son employeur[1944]. La Cour de cassation limite cependant cette disponibilité à l'ampleur de la tâche. Elle a précisé en effet que le salarié est tenu de transmettre les documents demandés par l'employeur « *à condition que la restitution de très nombreux documents n'implique pas pour le salarié l'accomplissement d'une prestation de travail* ». En l'espèce, le licenciement pour faute grave d'un agent d'assurances qui, après dix mois de maladie et malgré plusieurs relances n'avait toujours pas remis à son employeur les contrats et primes qui restaient en sa possession et qui ne pouvaient donc pas donner lieu à encaissement, a été jugé sans cause réelle et sérieuse[1945]. Ces dernières décisions semblent amorcer un revirement sensible en la matière, qui tend sans doute à plus de sévérité à l'égard du salarié arrêté.

802. Il faut enfin préciser que les manquements du salarié à ses obligations vis-à-vis de la Sécurité Sociale ne peuvent justifier un licenciement. En ce sens, le salarié qui adresse à ses collègues une carte postale d'un voyage d'agrément pendant son arrêt de travail ne peut pas être licencié sur ce fondement[1946]. Il en est de même au sujet du salarié qui manque aux obligations de sorties autorisées à l'égard de la sécurité sociale[1947]. Il appartient en ce sens à l'employeur qui entend licencier son salarié malade sur le fondement d'un manquement à l'obligation de loyauté, de prouver que les agissements considérés constituent effectivement une faute au regard des obligations nées de son contrat de travail.

[1942] Soc. 15 juin 1999, D. 2000, p. 511.
[1943] Soc. 18 mars 2003, Dr. Soc. 2003.
[1944] Soc. 6 févr. 2001, n° 98-46345.
[1945] Soc. 25 juin 2003, n° 01-43155.
[1946] Soc. 16 juin 1998, n° 96-41558.
[1947] Soc. 11 juin 2003 n° 15-15998.

803. La jurisprudence paraît bien moins sévère dans le cas de la suspension du contrat de travail causée par le congé. Classiquement, elle juge que le respect de l'obligation de loyauté n'impose pas au salarié de ne pas exercer d'activité rémunérée[1948]. Elle suppose cependant que l'obligation de loyauté perdure, et elle précise dans une décision du 1er avril 2003 que cette activité salariée ne doit pas constituer une activité concurrente, auquel cas il s'agirait en effet d'une dénaturation de l'obligation de non-concurrence par le congé. Cette solution se comprend dans le prolongement de l'obligation implicite de non-concurrence, dans la mesure où le contrat n'a pas pris fin, il est simplement suspendu. Dans le même sens, la Cour de cassation interdit au salarié d'utiliser le matériel de l'entreprise dans « *des proportions excédant considérablement les limites de la loyauté* ». Si une certaine tolérance vis-à-vis du comportement du salarié en congé semble appliquée, l'abus est légitimement sanctionné. Il est en effet compréhensible de ne pas autoriser le salarié à tirer trop d'avantages des relations contractuelles professionnelles dans la mesure où il n'en subit pas les contraintes. La loi a créé de multiples congés de longue durée (élargis par voie conventionnelle). Pour ce qui relève du congé individuel de formation, il a été jugé que « *cette suspension du contrat n'apporte pas suspension des obligations ne se rattachant pas à la prestation de travail, ainsi de l'obligation de fidélité et en conséquence de l'obligation de non-concurrence* »[1949]. Des congés « création d'entreprise » qui peuvent aller jusqu'à deux ans, ou les congés sabbatiques qui peuvent durer jusqu'à un an, multiplient en effet par leur nature même les risques de conflits puisque l'obligation implicite de non-concurrence et l'obligation de loyauté continue de peser sur le salarié. En effet, si « *La suspension du contrat de travail dispense les parties d'exécuter, le temps du congé, leurs obligations principales […] les obligations dites secondaires et qui sont généralement rattachées au devoir de loyauté et à l'obligation de bonne foi, subsistent* »[1950].

804. En ce qui concerne la suspension du contrat en raison d'une formation, un régime spécifique de l'obligation de loyauté apparaît peu pertinent, d'une part car le salarié reste occupé, et ne se retrouve pas dans un temps libre susceptible d'engendrer des activités personnelles ou professionnelles extérieures à l'entreprise, et d'autre part s'il n'est pas directement sous la subordination de son employeur, dans l'exécution de ses prestations, il agit malgré tout indirectement dans le cadre du contrat de travail, puisqu'il assiste à une

[1948] Soc., 1er avril 2003, RJS 6/03, n° 770.
[1949] CA Paris, 26 févr. 1988, D. 1989, S 26.
[1950] C. TILLOY, Suspension du contrat. Régime de droit commun, Jurisclasseur Travail, Fasc. 28-1.

formation à but professionnel, qui rejoint les impératifs liés à sa subordination puisqu'il satisfait en effet à son obligation contractuelle d'adaptabilité. La Cour de cassation est toutefois venue préciser que le salarié qui sollicite, en cours de formation, un stage auprès d'une société concurrente, manque à son obligation de loyauté. Il s'agit encore une fois ici d'une application de l'obligation implicite de non-concurrence.

805. La question de la loyauté du salarié durant l'exécution du préavis est délicate dans la mesure où « *la rupture est consommée* »[1951], et accompagnée de plus ou moins de rancœur. Se sont alors développé certaines pratiques, qui tendent à contourner le problème, surtout pour les commerciaux ou les V.R.P. Une faute grave ou lourde leur est imputée, ce qui a pour effet, d'une part d'économiser les indemnités de rupture, et d'autre part d'éviter tout problème concernant l'exécution du préavis. La clause de non-concurrence, alors insérée dans le contrat de travail, se substitue dès le licenciement à l'obligation implicite de non-concurrence liée à l'obligation de loyauté. Le but est d'éviter l'exécution du préavis. Celui-ci devient en effet trop risqué par rapport à d'éventuels transferts de clientèle, de possibles dénigrements de produits, ou de probables utilisations des fichiers clients, qui intéresseraient sans doute un futur employeur. L'alternative consistant à assigner, pour la durée du préavis, des fonctions différentes au salarié, est écartée au titre de l'interdiction de la modification unilatérale des éléments contractuels, tirée de la même obligation de loyauté. La dispense de préavis ne constitue pas non plus une solution satisfaisante, puisqu'elle donne du temps et de l'argent à un salarié devenu un concurrent. De plus, le Code du travail dispose que la non-exécution du préavis n'avance pas la date de fin du contrat, on ne peut dès lors tolérer une situation, dans laquelle un salarié prépare son avenir professionnel dans la concurrence, tout en étant lié par une obligation de non-concurrence. A ce propos, la Cour de cassation a jugé que l'attitude passive d'un responsable commercial qui assiste, en cours de préavis, à la réunion de lancement d'une société concurrente, constitue un manquement grave à son obligation de loyauté et de fidélité[1952]. On rejoint là les préoccupations de l'interdiction de la concurrence déloyale, et la distinction jurisprudentielle entre les actes effectifs de concurrence prohibés et la préparation licite de l'activité concurrente. Mais il s'agit d'une distinction bien artificielle puisqu'elle évolue d'un jour à l'autre (selon le terme du préavis). La jurisprudence a toutefois précisé qu'en cas de dispense du préavis, le salarié est lié dès

[1951] J.-E. RAY, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991, n° 5, p. 378.
[1952] Soc. 28 mai 1975, Bull. V, n° 282.

« *son départ effectif de l'entreprise* » par la clause de non-concurrence[1953] ; à l'inverse, l'obligation de fidélité cesse au même moment. Ainsi, un salarié non tenu par une clause de non-concurrence pourrait concurrencer son employeur durant son préavis. Cette solution, critiquable en droit, reste lucide sur les faits de la pratique. Pour ce qui est de la compétence judiciaire, le tribunal de grande instance sera compétent pour le contentieux relatif aux faits postérieurs à l'extinction du contrat, et en cas d'absence de clause de non-concurrence[1954], sauf si l'activité illicite a débuté pendant la vie du contrat, alors le juge prud'homal sera compétent[1955].

806. Si on peut concevoir que les incidences de l'obligation de loyauté contraignent la liberté de circuler et de travailler du salarié dès lors qu'une suspension vient affecter temporairement le contrat, il est plus surprenant que la loyauté due à l'employeur restreigne la liberté d'entreprendre du salarié une fois le contrat définitivement rompu et les obligations réciproques anéanties.

B. La loyauté à la rupture du contrat

807. L'obligation de non concurrence est exorbitante au moins à deux titres. D'abord parce qu'elle survit à son fondement et ne s'embarrasse pas de la résiliation contractuelle pour produire pleinement ses effets, enfin parce qu'elle permet une limitation considérable de la liberté du salarié, qu'il s'agisse de travailler au compte d'autrui ou d'élaborer sa société. En conséquence de cette *démesure*, la validité de l'obligation a toutefois été conditionnée par la nécessité d'une contrepartie (1) et l'exigence d'une délimitation précise (2).

1. La nécessité de la contrepartie à la clause de non-concurrence

808. Classiquement, la clause de non-concurrence est insérée dans le contrat de travail dans le but de faire interdiction au salarié de concurrencer l'employeur après la fin de leur relation contractuelle. Elle pallie en ce sens aux limites de l'obligation implicite de non-concurrence, qui s'applique exclusivement dans le cadre du contrat de travail. Si l'initiative de la création de cette clause revient à la pratique, c'est la jurisprudence qui

[1953] Soc. 27 sept. 1989, RJS, 1990, n° 859.
[1954] Soc. 11 mai 1981, Bull. V, n° 155.
[1955] CA Paris, 5 déc. 1990, JCP. 1991, n° 100.

progressivement a élaboré son régime. La substance de son régime résulte de trois arrêts rendus le 10 juillet 2002, la Cour de Cassation a alors opéré un revirement, en imposant notamment l'existence d'une contrepartie financière aux fins de validité de la clause de non-concurrence. Au visa du « *principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle* » et de l'article L. 1121-1 du Code du travail, elle décide « *qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* » [1956]. C'est en ce sens, au regard des libertés fondamentales du salarié, que les juges ont procédé à l'affermissement du régime. Un arrêt du 31 mai 2006 est venu préciser que ces conditions substantielles étaient par ailleurs exclusives, il a été jugé en effet que « *méconnaît la liberté fondamentale du salarié d'exercer une activité professionnelle et, comme telle, est nulle une clause de non-concurrence qui ne prévoit de contrepartie financière qu'en cas de rupture du contrat à l'initiative de l'employeur* » [1957]. Le régime de la clause de non-concurrence s'est vu préciser au bénéfice du salarié. La Cour de cassation dissocie à cet effet le type de rupture contractuelle, et donc la faute potentielle du salarié à l'origine d'un éventuel licenciement, de la validité de la clause, et partant de la contrepartie financière. En d'autres termes, l'obligation de prévoir une contrepartie financière à l'engagement de non-concurrence s'impose, quel que soit l'auteur ou la cause de la rupture du contrat de travail. Il a également été jugé que cette contrepartie financière ne devait pas être « *dérisoire* »[1958]. Toutefois, en cas d'absence de contrepartie financière, le juge ne pourra pas intervenir dans le contrat, il se bornera à constater la nullité de la clause de non-concurrence, et donc le désengagement du salarié, il ne pourra pas apprécier un montant qui viendrait régulariser la clause litigieuse, ce qui reste relativement favorable à l'employeur[1959].

[1956] Soc. 10 juil. 2002, D. 2002, Jurisp. 2491.
[1957] Soc. 31 mai 2006, n° 04-44598.
[1958] Soc. 15 nov. 2006, n° 04-46721, Bull. 2006, V, n° 341, p. 330.
[1959] D. 2007, n° 3, p. 179.

2. La proportionnalité de la clause de non-concurrence

809. Si la réfaction judiciaire est impossible lorsqu'il s'agit d'une carence prévisionnelle de la contrepartie financière, le juge est néanmoins compétent pour pourvoir à une irrégularité touchant aux modalités d'application de la clause de non-concurrence. Il a en effet été jugé que « *le juge, en présence d'une clause insérée dans un contrat de travail, même indispensable à la protection d'intérêts légitimes de l'entreprise, peut, lorsque la clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son exercice professionnel, en restreindre l'application en en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités* »[1960]. La validité d'une clause de non-concurrence est donc subordonnée à la satisfaction de deux conditions. Elle doit être justifiée par des intérêts essentiels de l'entreprise, c'est-à-dire que les effets qu'elle produit doivent être proportionnés avec sa justification ; elle doit être pertinente pour l'intérêt légitime de l'entreprise. Il s'agit dès lors d'apprécier *in concreto* son utilité. Si elle se comprend aisément lorsqu'elle s'applique à un cadre qui a acquis des connaissances confidentielles relatives à l'entreprise et une expérience spécifique de par ses fonctions, son intérêt est beaucoup plus discutable lorsqu'elle s'impose à un ouvrier ou un agent d'entretien. Ainsi d'un arrêt rendu le 14 mai 1992 au sujet d'un laveur de vitre contraint de signer une clause lui interdisant pour quatre ans d'entrer dans une entreprise concurrente du département du Lot, la Cour a jugé « *qu'en raison des fonctions du salarié, la clause de non concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* »[1961]. A l'inverse, un garçon de café peut, en raison des relations tissées avec les clients, entraîner la clientèle habituelle dans un autre établissement[1962].

810. La clause doit en outre s'abstenir de porter une atteinte excessive à la liberté de travail du salarié ; elle doit donc être circonstanciée, limitée. Elle ne peut pas être d'application absolue. Une clause de non-concurrence, bien que très pertinente au regard de l'intégrité concurrentielle de l'entreprise, sera nulle si elle entend s'appliquer indéfiniment, sur une surface géographique indéterminée, pour tous les emplois susceptibles d'intéresser le salarié objet de la clause. Ici encore, l'application est subjective[1963]. Les restrictions peuvent par ailleurs se compenser ; si la clause prévoit l'interdiction pour le salarié d'être

[1960] Soc. 20 oct. 1960, Bull. civ. V, n° 912.
[1961] Soc. 14 mai 1992, n° 89-45300.
[1962] Soc. 1er mars 1995, n° 93-42754.
[1963] Soc. 11 oct. 1984, Bull. civ. V, n° 302, p. 244.

embauché par la concurrence sur un territoire restreint, celle-ci pourra avoir une durée relativement longue, et inversement[1964]. La condition demeure ici que la clause ne prive pas excessivement le salarié de travailler, et partant de profiter de son expérience professionnelle[1965]. Il s'agit alors d'éléments que le juge peut modifier[1966], il procède ainsi au sauvetage de la clause en réduisant par exemple les secteurs d'activité visés[1967]. Ainsi d'un arrêt rendu le 18 septembre 2002 qui confirme la décision d'une Cour d'appel ayant réduit le champ d'application de l'interdiction faite au salarié, spécialisé dans une branche informatique limitée, de démarcher les clients de la société pour laquelle il travaillait, au motif que la clause constituait une entrave à la liberté de travailler d'un salarié spécialisé. La Cour de cassation a pu préciser en ce sens que « *le juge, en présence d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, peut, lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, en restreindre l'application en en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités* »[1968].

811. Par deux arrêts, la Cour de cassation a pu rappeler l'indépendance de la nullité d'une clause de non-concurrence et de la sanction d'une concurrence déloyale. Si l'annulation d'une clause de non-concurrence, pour défaut de contrepartie financière, permet au salarié d'exercer sa liberté de travailler, elle n'exclut pas sa responsabilité en cas de faute, et elle n'interdit pas à l'employeur de poursuivre ses anciens salariés et/ou l'entreprise[1969] qu'ils ont fondée, pour le concurrencer déloyalement[1970]. De la même façon, l'employeur, débouté d'une action en concurrence déloyale, peut toujours agir pour faire sanctionner la violation d'une clause contractuelle interdisant au salarié d'entrer au service d'une société concurrente[1971]. La clause de non-concurrence n'est pas la seule clause qui peut être insérée dans le contrat de travail, dans le but de renforcer artificiellement l'obligation de

[1964] Com. 4 janv. 1985, D. 1986, somm. p. 100.
[1965] Notamment dans les secteurs d'activité où la formation est très spécifique (Soc. 3 mai 1984, D. 1985, Jurisp., p. 1675).
[1966] Sur le caractère alternatif des restrictions apportées par une clause de non-concurrence : Civ. 3ème, 18 mars 1987 ; Com., 15 juil. 1987, D. 1988, somm. 150.
[1967] Sur l'activité complémentaire : CA Paris, 13 mai 1986, D.1986, IR. 477.
[1968] Soc. 18 sept. 2002, n° 00-42904.
[1969] Soc, 24 mai 2005, n° 03-43471.
[1970] Soc, 28 janv. 2005, n° 02-66009.
[1971] Soc. 14 mars 1995, n° 00-12371.

loyauté qui pèse sur le salarié ; à celle-ci s'ajoute en effet les clauses de non-sollicitation et d'exclusivité.

812. La clause de non sollicitation engage le salarié à une totale disponibilité professionnelle à l'égard de son employeur. Elle interdit aux salariés de travailler chez la concurrence pendant l'exécution du contrat de travail. Elle se différencie de la clause de non-concurrence, en ce qu'elle a vocation à s'appliquer pendant la durée de vie du contrat, à l'inverse de la clause de non-concurrence qui, elle, interdit aux salariés de travailler pour la concurrence après la fin du contrat de travail. Elle s'apparente de cette façon à l'obligation implicite de non-concurrence, elle s'analyse ainsi en un renforcement artificiel et contractuel de cette obligation. Comme elle l'a fait pour le régime de la clause de non-concurrence, la jurisprudence est venue préciser les conditions de validité de la clause d'exclusivité[1972]. Les juges exigent désormais que la clause soit motivée par l'intérêt de l'entreprise[1973], c'est-à-dire que la fonction du salarié doit justifier l'exigence d'une certaine fidélité. On retrouve alors l'exemple classique ; un préposé affecté à des tâches primaires, tel que l'entretien, ne pourra valablement se voir opposer une clause d'exclusivité si l'envie lui prenait d'aller travailler aussi pour la concurrence. A l'inverse, un cadre commercial pourra légitimement voir sa liberté limitée dans ce cas. Les juges veillent également à ce que la clause ne porte pas une atteinte trop grave à la liberté de travail du salarié, c'est pourquoi la Cour de cassation sanctionne systématiquement de nullité les clauses d'exclusivité appliquées à des salariés travaillant à temps partiel. Elle a érigé en solution de principe que la clause prévoyant, à la fois un temps partiel et une exclusivité, ne pourrait être opposée au salarié[1974]. Il serait en effet parfaitement injuste d'obliger un salarié, employé à temps partiel, à une totale disponibilité vis-à-vis de son employeur, dans la mesure où cela l'empêche de travailler à temps complet. Dans le cadre de cette situation, la pratique a par ailleurs déplacé la question du temps de travail partiel à la rémunération partielle correspondante. A ce sujet, la Cour de Cassation a décidé qu'une clause d'exclusivité était incompatible avec la rémunération d'un temps partiel. En l'espèce, la Cour a imposé à l'employeur le versement au salarié lié par la clause d'exclusivité de la rémunération minimale forfaitaire prévue par la convention collective

[1972] Soc. 13 nov. 2002, n° 00-45680.
[1973] Soc. 11 juil. 2000, Bull. civ. 2000, V, n° 277 ; Soc. 2 avril 2003, n° 01-41494.
[1974] Soc. 11 juil. 2000, Bull. civ. 2000, V, n° 276.

de branche applicable, et correspondant à un travail à temps plein[1975]. La Cour a en effet estimé que le contrat devait être requalifié en contrat conclu à temps plein, et permettre en conséquence au salarié de bénéficier de la rémunération minimale prévue conventionnellement. Il importe alors peu que le salarié ait eu une activité réduite, dès lors qu'une clause du contrat le lui impose en même temps que l'exclusivité, il a droit à cet avantage. La Cour de cassation tire dès lors le bénéfice de l'incompatibilité entre la clause d'exclusivité et le temps partiel – ou la rémunération partielle – au profit du salarié, en alignant la rémunération complète au travail à temps complet. S'il a pu être dénoncé un « *forçage abusif du contrat de travail, incompatible avec la liberté contractuelle* »[1976], on peut également apprécier un forçage du contrat nécessaire à la liberté fondamentale du travail.

813. A l'instar de la clause de non-concurrence et de la clause d'exclusivité, le régime de la clause de non sollicitation est essentiellement prétorien. A l'inverse de clauses étudiées précédemment, le salarié n'est cependant pas partie au contrat qui contient la clause, il est un tiers intéressé. Il s'agit d'une stipulation qui s'insère classiquement dans un contrat d'entreprise, et qui vise à interdire à une société de débaucher les salariés mis à sa disposition par l'employeur, un prestataire de service. Si elle est étudiée ici dans le cadre de l'obligation de loyauté, c'est que, comme la clause de non-concurrence et la clause d'exclusivité, elle a pour effet de limiter la liberté de travailler du salarié, puisqu'en définitive, le salarié se voit interdire l'accès à un employeur potentiel, donc à un emploi potentiel.

814. La jurisprudence a déjà précisé, pour ce qui relève des deux clauses évoquées précédemment, que l'atteinte à la liberté du travail du salarié se paie. Le régime de la clause de non-sollicitation ne fait pas exception à la règle. Il ainsi été jugé que la restriction de la liberté du travailleur, induite par la clause de non sollicitation, doit donner lieu à indemnisation[1977]. La nature de cette indemnisation soulève toutefois certaines questions. En effet, le salarié est un tiers au contrat d'entreprise qui stipule la clause. Il ne s'agit donc pas pour l'employeur de satisfaire à sa responsabilité contractuelle, puisque le salarié n'est pas partie à la convention susceptible de lui causer un préjudice ; il s'agit

[1975] Soc. 11 mai 2005, n° 03-40837.
[1976] J.-F. CESARO, *Stipulations incompatibles : clause d'exclusivité et contrat à temps partiel*, JCP éd. Soc. n° 1, 28 juin 2005, p. 1004.
[1977] Com. 10 mai 2006, n° 04-10149, D. 2006, AJ, p. 1526.

d'une atténuation du principe de l'effet relatif. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'énoncer que « *n'étant pas partie au contrat de travail liant la société prestataire à ses clients, le salarié ne pourrait invoquer les clauses qui ne figuraient que dans ces contrats, sauf à établir l'existence d'une faute quasi délictuelle de l'employeur, lui ayant causé un préjudice* »[1978]. Les dommages et intérêts ont été en l'espèce refusés, mais les juges admettent déjà la nature délictuelle de la responsabilité de l'employeur vis-à-vis du salarié, du potentiel préjudice causé au salarié et de l'éventuelle réparation financière. Dans un arrêt du 10 mai 2006, la Cour de Cassation suit le raisonnement initié dix ans plus tôt mais elle envisage également une contrepartie financière automatique, et non plus contentieuse, à la clause de non-sollicitation[1979]. Pour être plus précis, la contrepartie financière éteint la responsabilité délictuelle de l'employeur, puisque le préjudice, l'atteinte à la liberté de travailler du salarié, est financée donc causée. La Cour assure en effet presque la régularité de la clause par l'existence d'une contrepartie, puisqu'elle énonce que « *seul le salarié peut se prévaloir du trouble qu'est susceptible de lui causer une clause de non-sollicitation ne comportant pas de contrepartie financière* », alors même que le salarié n'est pas partie au contrat et que cette convention ne crée aucune obligation contractuelle à sa charge. Il ne faut pas tant voir ici une incohérence juridique qu'une construction opportune du point de vue salarial. Celle-ci permet en effet de contourner la logique de la responsabilité délictuelle de l'employeur, et d'appliquer une sorte de compensation contractuelle au bénéfice du salarié à propos de la limitation de sa liberté de travailler. Le parti pris en faveur du salarié est d'autant plus patent que la Cour de cassation ferme la possibilité d'un recours en responsabilité contractuelle de l'employeur qui n'a pas prévu une indemnisation pour le salarié, en cas de non-respect de la clause de non sollicitation par son cocontractant, puisque seul le salarié « *peut se prévaloir d'un préjudice né d'une telle clause, lorsqu'elle est sans contrepartie pour lui* ». En d'autres termes, si l'employeur veut s'assurer les moyens de faire respecter son engagement contractuel par son cocontractant, et partant l'effectivité de la clause, il doit nécessairement indemniser le salarié. Il s'agit en réalité d'une extension de l'obligation d'indemniser les atteintes à la liberté d'exercer une activité professionnelle. Toutes les clauses visant à restreindre la liberté de travailler sont, en effet, en contradiction avec les orientations du législateur en matière de politique sociale. La volonté prétorienne est donc toujours la même, et elle est duelle : une

[1978] Soc. 5 juin 1996, Bull. civ. 1996, V, n° 230.
[1979] Com. 10 mai 2006, n°04-10149, JCP éd. Soc. n° 31-35, 2 août 2006.

proportionnalité et une nécessité dans les atteintes à la liberté de travailler, couplées d'une indemnisation.

SECTION 2
LOYAUTE ET MAINTIEN DANS L'EMPLOI

815. Le 25 février 1992, la Chambre sociale de la Cour de cassation a, sur le fondement de l'obligation de l'employeur d'exécuter loyalement le contrat de travail, consacré son devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi[1980]. Cette jurisprudence rompt avec la position antérieure qui consistait en l'idée que, sauf détournement de pouvoir, l'employeur était seul juge de la compétence des salariés et que, partant, il n'avait à leur égard aucune obligation de reclassement en cas de transformation d'emploi, notamment par l'introduction de nouvelles technologies. Cette obligation, aujourd'hui consacrée par la loi, connaît des limites qui participent d'une définition claire des contours de l'obligation (PARAGRAPHE 1). Elle connaît également des domaines d'élection, au premier rang desquels le licenciement, au stade duquel elle se manifeste par une obligation de reclassement (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : LA LOYAUTE DE L'ADAPTATION

816. L'obligation d'adaptation est réciproque (I). Si elle est issue d'une initiative jurisprudentielle, le législateur a fortement contribué à son encadrement (II).

I : UNE OBLIGATION RECIPROQUE

817. Si l'obligation est principalement à la charge de l'employeur (A), elle implique également une certaine coopération de la part du salarié (B).

[1980] Soc. 25 févr. 1992, D. 1992, p. 390, note M. DEFOSSEZ.

A. L'obligation principale de l'employeur

818. « *L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* ». La jurisprudence, qui a pu donner par la suite une large portée à l'obligation, n'a pas manqué pour autant de l'encadrer. Par deux arrêts du 11 janvier 2000 et 3 avril 2001, la Cour de cassation a entrepris de borner son champ d'application. Elle énonçait ainsi que « *si l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, au besoin en leur assurant une formation complémentaire, il ne peut lui être imposé d'assurer la formation initiale qui leur fait défaut* »[1981]. On ne saurait en effet obliger un employeur à contracter alors que le cocontractant potentiel ne lui convient pas pour des raisons objectives. L'obligation d'adaptation ne concerne donc que les formations complémentaires à la formation initiale. La Cour de Cassation l'a encore rappelé dans un arrêt du 8 novembre 2006. Mais elle se limite également par la qualification du salarié. En effet, il n'est pas imposé à l'employeur de fournir des moyens de formation qui ont pour motifs de déboucher sur une nouvelle qualification professionnelle, car le juge ne peut pas se substituer aux parties dans la modification d'un élément du contrat, et notamment le poste occupé. L'obligation d'adaptation se limite par elle-même, elle vise un poste supposé occupé, elle tend à pérenniser la compétence du salarié à occuper l'emploi qui évolue, elle ne sert pas à procurer au salarié une nouvelle compétence pour un nouveau poste, elle ne constitue pas un droit à reconversion. Des « *formations qualifiantes* »[1982] peuvent être proposées aux salariés par le biais notamment d'un contrat de formation, mais le fondement ne peut être l'obligation patronale d'adaptation, issue de l'obligation d'exécution loyale du contrat de travail. Par ailleurs, la Chambre sociale de la Cour de cassation a encore précisé que « *si l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, en leur donnant au besoin une formation complémentaire, il ne peut lui être imposé de leur délivrer une qualification nouvelle, leur permettant d'accéder à un poste disponible de catégorie supérieure ; qu'ayant constaté que la formation de l'intéressé était insuffisante pour occuper le seul emploi vacant de contrôleur de gestion, et retenu à bon droit que l'acquisition de cette formation ne relevait*

[1981] Soc. 3 avril 2001, n° 99-42188, Bull. Civ. V, n°114.
[1982] M.-J. GOMEZ-MUSTEL, *Formation professionnelle continue*, Dr. ouv. 2005, p. 123.

pas de l'obligation d'adaptation de l'employeur, la Cour d'Appel a caractérisé l'impossibilité de son reclassement »[1983].

819. La jurisprudence reste donc prudente. Il a été relevé qu'il s'agissait là d'une solution sage, dans la mesure où il convient d'abord de faire entrer cette obligation dans la politique des entreprises, avant de l'étendre : « *lorsque l'obligation aura trouvé sa place entière dans la vie de l'entreprise, nul doute qu'elle contribuera à faire de la formation des salariés une nécessité impérieuse, et en même temps toujours rentable sur le plan économique* »[1984].

B. L'obligation accessoire du salarié

820. Le devoir d'adaptation des salariés à leur emploi mis à la charge de l'employeur implique également une obligation pour le salarié. En effet, on évoque le devoir d'adaptabilité du salarié, lequel est tenu de se former dans le cadre de l'exécution du contrat de travail. Le droit à la formation se transforme donc, par le biais de l'obligation patronale d'adaptation, en une obligation de se former, non seulement pour que le salarié s'adapte à son poste de travail et aux évolutions de son emploi, mais aussi pour qu'il se maintienne dans l'emploi. Cette obligation de formation qui pèse sur le salarié trouve également ses fondements dans l'obligation d'exécution du contrat de travail, notamment lorsque les conditions de travail évoluent. Il semble que la sanction en cas de non-exécution de cette obligation soit le licenciement. On peut alors poser la question de savoir si l'obligation de loyauté ne sert ici pas plus la pérennité objective de l'emploi que l'intérêt subjectif du salarié.

II : UNE OBLIGATION LEGALE

821. Le législateur est resté fidèle à l'appréciation jurisprudentielle de la notion lorsqu'il a procédé à sa consécration (A). Il a pour autant su mobiliser de façon extensive l'obligation d'adaptation quant à ses conséquences en termes de politique de l'entreprise (B).

[1983] Soc. 17 mai 2006 ; cité par PH. WAQUET, *La limite de l'obligation d'adaptation*, RDT 2006, p. 101.
[1984] G. COUTURIER, *Vers un droit du reclassement*, Dr. soc. 1999, p. 496.

A. La portée générale de l'obligation

822. Si l'obligation d'adaptation était d'initiative prétorienne, elle a été par la suite consacrée par le législateur. La loi du 19 janvier 2000 a donné à l'obligation une portée générale, en reprenant la formule employée par la Cour de Cassation : « *l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leur emploi* ». Elle a également aménagé l'application de cette règle, en prévoyant notamment que le temps de formation qui en découle constitue alors un temps de travail effectif. L'inclusion législative de cette obligation, même si elle se situait initialement dans un livre du Code du travail consacré à la formation professionnelle, ne se comprend toutefois pas comme une obligation de formation, elle reste en effet fidèle à l'interprétation jurisprudentielle de la notion d'obligation d'adaptation.

B. L'extension de l'obligation

823. Le principe de l'obligation d'adaptation a été ensuite repris dans une loi du 17 janvier 2002 relative au licenciement pour motif économique, qui pose alors la règle selon laquelle « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés* »[1985]. Une loi du 4 mai 2004 a encore affiné la notion et son régime. Elle a notamment affirmé le caractère permanent de l'obligation de formation, qui découle du principe d'adaptation : « *L'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations. Il peut proposer des formations qui participent au développement des compétences, ainsi qu'à la lutte contre l'illettrisme* »[1986]. Elle a également distingué, parmi les obligations de formation qui pèsent sur l'employeur, celles qui permettent l'adaptation au poste de travail, et celles qui, en fonction de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations, permettent au salarié de maintenir ses capacités à occuper un emploi[1987]. Ces deux catégories d'obligation restent générales et permanentes, cependant leur contenu est spécifique. Tandis que l'adaptation au poste est une obligation de résultat, l'obligation d'adaptation aux évolutions de l'emploi peut être considérée comme une obligation de

[1985] Art. L. 1233-4 C. trav.
[1986] Art. L. 6321-1 C. trav.
[1987] J.-E. RAY, Droit du travail, droit vivant, éd. Liaisons, 2009, n° 522, p. 334.

moyens renforcée. Elle prévoit en effet que l'employeur qui décide d'introduire de nouvelles technologies et de réorganiser l'entreprise, doit tout mettre en œuvre au niveau de l'organisation de formations, pour adapter les salariés à ces évolutions, et par là leur permettre de se maintenir dans l'emploi.

824. A noter par exemple un arrêt dans lequel la Cour de cassation sanctionne l'obligation de formation de l'employeur, au motif que « *l'usage de certains logiciels étaient indispensables à l'exercice des fonctions du salarié* »[1988]. Il a pu être avancé que la notion d'adaptation pouvait s'apparenter à celle d'employabilité, que l'on retrouve dans la jurisprudence à travers les termes de « *qualifications personnelles* » ou « *aptitudes professionnelles* ». La loi de 2004 a encore précisé les modalités selon lesquelles les actions de formation d'adaptation au poste de travail, et l'obligation d'adaptation aux évolutions de l'emploi, devaient s'assimiler à du temps de travail effectif et être rémunérées comme tel, dans la mesure où elles s'inscrivent comme de simples modalités d'exécution du contrat de travail. Elle a enfin invité les employeurs à proposer des formations au développement des compétences et à favoriser l'initiative du salarié dans l'exercice du droit individuel à la formation. L'obligation de loyauté, traduite ici par celle d'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, est donc riche de conséquences juridiques.

PARAGRAPHE 2 : LA LOYAUTE DU RECLASSEMENT

825. L'obligation d'adaptation trouve en effet une application privilégiée dans le domaine du licenciement. Elle doit dès lors composer avec l'obligation de reclassement, pareillement imposée à l'employeur en application du principe de loyauté, par un arrêt du 10 juillet 1995 par lequel la Cour de cassation a pu affirmer que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois et de favoriser leur reclassement* »[1989]. Ces deux obligations, pourtant distinctes, révèlent une importance considérable à la phase de licenciement puisqu'elles s'ajoutent aux exigences de licéité de la rupture. En ce sens, il a été jugé qu' « *alors même qu'il résulte d'une suppression d'emploi procédant d'une cause économique, le licenciement n'a une cause réelle et sérieuse que si l'employeur s'est trouvé dans*

[1988] Soc. 31 janv. 2006, n° 05-42130, RJS 4/2006, n° 482.
[1989] Soc. 10 juil. 1995, Dr. soc. 1995, p. 832.

l'impossibilité de reclasser le salarié »[1990]. Si l'obligation d'adaptation est indifférente quant aux motifs du licenciement, dans la mesure notamment où les précisions apportées à ses exigences s'étendent aussi bien au licenciement pour motif économique (I), pour insuffisance professionnelle (II), ou disciplinaire (III), l'obligation de reclassement demeure circonscrite à l'inaptitude et aux modifications économiques. La prégnance des obligations en matière de licenciement atteste en tout état de cause de leur intérêt pour la pérennité de la relation contractuelle, puisqu'elles encadrent très strictement les conditions de sa rupture (IV).

I : LE LICENCIEMENT POUR MOTIF ECONOMIQUE

826. L'obligation d'adaptation trouve dans le contentieux relatif au licenciement économique une très large application. C'est naturel puisque l'obligation d'adaptation et l'obligation de reclassement apparaissent inévitablement liées, la mise en œuvre de la première étant nécessaire pour satisfaire à la deuxième. Dans le cadre du licenciement économique, les juges rappellent en effet que l'obligation d'adaptation est un moyen de satisfaire à l'obligation de reclassement, préalable au licenciement[1991]. Si l'employeur n'y satisfait pas[1992], ou s'il n'apporte pas la preuve qu'il a consacré tous les moyens pour y parvenir, le licenciement est illégitime[1993]. Parmi ces moyens, il y a la formation professionnelle, mais elle n'est pas seule à permettre de satisfaire à l'obligation de reclassement[1994]. Si l'adaptation du salarié s'avère impossible (tel est le cas en cas d'inaptitude du salarié à occuper le poste transformé[1995]), le licenciement économique est légitime. L'obligation d'adaptation s'impose toujours à l'employeur quand bien même un plan de sauvegarde de l'emploi aurait été établi[1996]. Lors du contrôle des moyens de formation mis en œuvre par l'employeur, les juges vérifient qu'ils sont proportionnés au but recherché, c'est-à-dire que le reclassement doit intervenir dans un emploi de même catégorie ou, à défaut, de catégorie inférieure, et qu'ils tiennent compte de la qualification personnelle ou des aptitudes

[1990] Soc. 17 mars 1999, Dr. soc. 1999, p. 503, note G. COUTURIER.
[1991] Soc. 19 oct. 1994, n° 92-41583.
[1992] Soc. 8 nov. 2006, n° 05-41680.
[1993] Soc. 28 nov. 2000, n° 98-44628 : la Cour d'appel qui relève qu'un employeur licencie un salarié en supprimant un poste de responsable du fichier client informatique, tout en engageant au même moment une facturière, et qui fait ressortir que le salarié licencié aurait pu être reclassé dans cet emploi, compatible avec ses capacités, peut décider que le licenciement ne repose pas sur un motif légitime.
[1994] Soc. 29 mai 2002, Dr. Soc. 2002, p. 179.
[1995] Soc. 17 juil. 1999, n° 97-42194.
[1996] Soc. 7 déc. 2005, n°03-451012.

professionnelles du salarié[1997]. Les juges font également référence aux compétences du salarié lors de la mise en œuvre de l'obligation de reclassement, et les emplois disponibles proposés doivent être pertinents, en rapport avec le profil du salarié, fut-ce après « *une formation d'adaptation* »[1998]. La loi du 17 janvier 2002 a consacré l'obligation de reclassement, elle a également imposé que les offres soient écrites et précises[1999]. Toutefois, lors du contrôle de l'exécution de l'obligation de reclassement préalable au licenciement individuel pour motif économique, les juges admettent que si le salarié n'a pas la formation et l'expérience professionnelle pour occuper le poste de reclassement, le licenciement économique est justifié[2000]. En d'autres termes, si l'employeur a l'obligation de former le salarié à son nouveau poste de reclassement, il ne peut pas se voir contraint de délivrer une qualification nouvelle pour un poste tout à fait différent, notamment si ce poste est supérieur au poste occupé en termes de niveau de compétences et de rémunération. De même, le salarié n'est pas contraint d'accepter la modification de son contrat, quand bien même celle-ci procède d'un objectif de maintien dans l'emploi.

II : LE LICENCIEMENT POUR INSUFFISANCE PROFESSIONNELLE

827. Hors du cadre du licenciement économique, la jurisprudence est venue préciser le contenu de l'obligation d'adaptation lors du contrôle des motifs du licenciement pour insuffisance professionnelle. Il a ainsi été jugé qu'était « *dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié qui aurait pu être évité, si l'employeur avait fourni des moyens de formation permettant à celui-ci de se maintenir dans son emploi* »[2001]. En l'espèce, il s'agissait de la mise en place d'un nouveau logiciel. Mais il en est de même en cas de mutation à un autre poste de travail, et le licenciement est injustifié si le salarié n'a pas suivi auparavant un stage de formation, ou si celle-ci a été manifestement insuffisante[2002]. L'employeur peut toutefois vérifier si le salarié a la capacité professionnelle nécessaire pour occuper le poste pour lequel il a été recruté, notamment par la mise en place d'un examen à l'issue d'un cycle de formation[2003]. En effet, l'employeur reste seul juge pour apprécier les résultats de la formation qu'il a organisée pour un salarié,

[1997] Soc. 10 juil. 2002, n°00-24343.
[1998] Soc. 5 avril 2005, n° 02-45374.
[1999] Art. L. 1233-4 al. 3 C trav., le défaut de respect de cette obligation entraîne la qualification du licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc. 20 sept. 2006, JCP S 2006, 1949, note B. BOSSU.
[2000] Soc. 11 janv. 2000, n° 97-41255.
[2001] Soc. 29 mai 2002, n° 00-40996.
[2002] Soc. 12 mars 1999, n°90-46029.
[2003] Soc. 22 juil. 1986, n° 83-42865.

« *les qualités acquises et les facultés d'adaptation à l'emploi envisagé* »[2004]. La sanction de l'inexécution de l'obligation de formation à la charge du salarié est particulièrement sévère, puisqu'elle se traduit par la légitimité du licenciement initié par l'employeur sur ce fondement.

III : LE LICENCIEMENT DISCIPLINAIRE

828. La jurisprudence a ainsi admis que le licenciement pour motif disciplinaire était justifié lorsque le salarié refusait une formation proposée par l'employeur dans l'intérêt de l'entreprise[2005], lui permettant de se maintenir dans son poste de travail[2006]. De même, le licenciement pour motif économique est justifié si le salarié refuse une formation en vue de son reclassement[2007]. Le salarié est d'autant plus tenu de se former qu'il n'a pas les connaissances requises pour occuper son emploi, contrairement aux indications de son curriculum vitae[2008]. Cependant, le refus de s'adapter opposé par le salarié peut reposer sur des motifs légitimes et exclure une faute si ceux-là consistent notamment dans le refus opposé par l'employeur de prendre en charge les frais de la formation[2009]. L'obligation de se former est de plus renforcée par celle d'assiduité au stage. Toutefois, si malgré la formation suivie, le salarié ne peut s'adapter à l'évolution de son emploi, le licenciement pour insuffisance personnelle est justifié[2010].

IV : UNE OBLIGATION FONCTIONNELLE

829. Si le respect de l'obligation d'adaptation agit sur la qualification du licenciement du salarié, en ce qu'elle permet de justifier ou pas de l'existence d'une cause réelle et sérieuse, selon que l'employeur a effectivement satisfait à son devoir, la Cour de cassation a pu préciser l'autonomie de l'obligation. En effet, dans un arrêt du 23 octobre 2007, il a été jugé que le manquement à l'obligation de l'employeur était de nature à causer à lui seul un préjudice au salarié. En ce sens, si « *le salarié subit forcément un dommage lorsqu'il est licencié sans motif valable* », un second préjudice naît du fait que « *l'employeur ne [l']a*

[2004] Civ. 2ème 13 déc. 2006, n° 03-20712.
[2005] Soc. 12 mai 2004, n° 02-40772 ; Soc. 23 oct. 2007, RJS 2008, n° 3 ; RDT 2008, p. 33, note A. FABRE.
[2006] CA Paris, 26 mai 1999, RJS 8-9/1999, n° 1175.
[2007] Soc. 29 avril 1998, n° 95-44514.
[2008] Soc. 31 janv. 2006, n° 65-42130.
[2009] CA Reims, 11 janv. 1995, RJS 6/1995, n° 680.
[2010] Soc. 27 mai 1998, n° 96-40871.

pas préparé […] aux emplois de demain, il a aussi affecté ses chances de retrouver un emploi après la rupture de son contrat »[2011].

830. Exécuter de bonne foi le contrat de travail commande de veiller à sa longévité utilement, et ce malgré le tempérament au principe d'interdiction de la révision des contrats pour imprévision qui peut en résulter. Cet effort de stabilisation au contrat de travail imposé à l'employeur, et bientôt au salarié, trouve cependant ses plus belles expressions dans les obligations de reclassement et d'adaptabilité. Les obligations patronales de reclassement, et l'obligation d'adaptabilité du salarié, sont donc interdépendantes. Elles visent par ailleurs à « *sauvegarder la pérennité de la relation de travail* »[2012]. Ces trois obligations ont vu leur champ d'application s'accroître en même temps que celui de l'obligation de loyauté. Si par exemple l'obligation de reclassement était liée antérieurement à la situation personnelle du salarié qui, suite à un accident ou à une maladie, professionnelle ou non, n'était plus en mesure d'occuper son emploi, elle est aujourd'hui applicable aux licenciements et aux transformations d'emploi ; mettant du même coup à la charge de l'employeur l'obligation de tout mettre en œuvre, indifféremment des circonstances tenant à la situation personnelle du salarié, ou de la situation économique de l'entreprise, pour prolonger la relation de travail aussi longtemps que possible quitte à recourir à une modification du contrat de travail. L'obligation d'adaptation s'est vue également étendue car l'employeur ne devait, à l'origine et aux termes de la loi, former qu'à la sécurité, elle a maintenant un champ d'application vaste et un contenu véritablement contraignant. La rigueur des impératifs d'adaptation et de reclassement confirment en tout état de cause que « *le licenciement est bien un ultime remède* »[2013].

[2011] B. BOSSU, *La loyauté*, Les notions fondamentales, Colloques (dir.) B. TEYSSIE, p. 185.
[2012] W. ROUMIER, *Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ?*, TPS, févr. 2003, p. 9.
[2013] B. BOSSU, *La loyauté*, Les notions fondamentales, Colloques (dir.) B. TEYSSIE, p. 185.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

831. L'obligation de loyauté semble avoir trouvé dans l'exécution du contrat individuel de travail un terrain d'expression particulièrement favorable. En effet, on l'observe omniprésente et exorbitante. Qu'elle s'attache à distordre le contrat, lui ordonnant tantôt la rigidité, tantôt la souplesse, ou qu'elle s'applique à normaliser le rapport d'emploi, elle inonde la relation de travail. Si c'est une notion fonctionnelle, elle n'omet pour autant pas de dispenser certaines prescriptions selon une perspective strictement contractuelle et *in fine* relationnelle. Ainsi de ses applications relativement à l'exécution des obligations contractuelles, telle en matière de surveillance la nécessité pour l'employeur d'informer son cocontractant du contrôle, quand bien même il ne serait pas procédé ni à un enregistrement, ni à une atteinte à sa vie privée, ou encore le devoir de collaboration – la confiance serait excessive – qu'elle esquisse au travers de quelques décisions d'espèce.

832. N'en sont pas moins prédominantes les applications par lesquelles la loyauté tend à protéger ou à sanctionner une valeur *supra contractuelle*, quitte même à opérer une substitution de fondements opportune du point de vue de la lisibilité jurisprudentielle. Tel est le cas pour la mise en œuvre de certaines clauses ou de certains faits de surveillance contraires au droit à la vie privée et / ou familiale du salarié. C'est encore le cas au sujet de l'application de la présomption professionnelle aux documents situés dans les matériels de l'entreprise, dont le contenu, parce qu'il peut se révéler préjudiciable à l'entreprise ou à son image se trouve dès lors à portée du garant de l'ordre de la structure. Il en est de même au sujet de la notion de trouble caractérisé. La loyauté exigée du salarié permet à l'employeur de sanctionner certains faits personnels de nature à porter une atteinte disproportionnée à l'entreprise, qu'il s'agisse de découvrir un défaut de probité irrémédiable ou de causer matériellement un désordre dommageable au bon fonctionnement de l'entité. Une fois encore, la loyauté arbitre. Elle peut aussi bien élever le contrat pour protéger les droits du salarié de l'inquisition de l'employeur, ou l'abaisser pour sauvegarder les intérêts légitimes de l'entreprise en permettant à son chef d'atteindre licitement des éléments extra-professionnels.

833. L'exigence de la loyauté à l'égard de l'employeur trouve par ailleurs durant l'exécution une certaine réciprocité puisque le salarié se voit considérablement contraint, notamment par l'effet de l'obligation de non concurrence et des devoirs qui en sont dérivés. Il s'agit

d'empêcher un individu qui en a les moyens de nuire à l'entreprise ; il lui est fait obligation par ce biais de respecter les prérogatives de son cocontractant et l'intégrité de l'entreprise. On trouve ici également l'idée d'une certaine *allégeance* professionnelle qui contribue effectivement à renforcer le lien contractuel. Dans la mesure où ces obligations subsistent aux périodes de suspension du contrat, elles apparaissent en outre dépasser la seule perspective relationnelle. Il apparaît en effet que l'obligation de loyauté arbitre ici entre les libertés et l'autonomie du salarié relativement à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, laquelle subsiste à la maladie ou aux congés de son personnel. En tant que structure économique d'emploi, la loyauté se révèle en effet particulièrement attentive au respect de son *intégrité*, quitte à mettre en œuvre « *une approche restrictive des devoirs assignés au salarié au titre de la bonne foi contractuelle durant ces périodes de soustraction à l'autorité de l'employeur* »[2014]. De ce point de vue, l'obligation de loyauté imposée au salarié se substitue à la direction de l'employeur. « *Libéré de son état de subordination, […] dispensé de toute collaboration avec l'entreprise* »[2015], le salarié demeure tenu à un minimum de bienveillance à son égard, en tout cas à l'abstention de tout fait de nature à lui être préjudiciable, évoquant un devoir de cohérence au contractant tenu d'œuvrer par ailleurs aux performances de son service.

834. Enfin, si l'enjeu de l'emploi pouvait jusqu'ici être seulement suggéré par les manifestations de l'obligation de loyauté, il apparaît désormais évident que le rapport contractuel de travail, en ce qu'il se double d'une relation d'emploi, engendre des suites juridiques. Les obligations d'adaptation et de reclassement, si elles ont pour effet d'enrichir et d'aggraver le contenu obligationnel, ont indubitablement pour objet d'assurer « *la stabilité du lien salarial* »[2016] et sa pérennité. Il a été relevé qu'il s'agissait là « *d'un des prolongements les plus remarquables dégagés par la jurisprudence de la bonne foi contractuelle* », repris en outre et développé par le législateur à sa suite. L'employeur se voit en effet octroyer la responsabilité du maintien du salarié, non seulement dans l'entreprise grâce à l'obligation de reclassement, mais surtout dans l'emploi par l'effet de l'obligation d'adaptation. L'intégration de ces obligations participe à faire du contrat de travail « *l'instrument privilégié du droit à l'emploi du salarié* », par le relais de l'obligation de loyauté qu'il implique. L'affirmation est d'autant plus vraie que, par l'obligation

[2014] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706.
[2015] *Ibid*.
[2016] *Ibid*.

accessoire d'adaptabilité mise à sa charge, le salarié est tenu de collaborer aux efforts réalisés par l'employeur aux fins d'assurer l'évolution de ses compétences. Il apparaît en effet qu' « *à la faveur d'une interprétation audacieuse, les juges trouvent dans la bonne foi contractuelle l'instrument prétorien d'une plus grande protection de l'emploi […], ne faisant d'ailleurs que donner sens au droit constitutionnel d'obtenir un emploi* »[2017].

[2017] *Ibid.*

CHAPITRE 2

LA LOYAUTE DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE

835. A l'instar de son application à l'exécution du contrat individuel, l'obligation de loyauté participe à garantir, sous certaines conditions, la force obligatoire des conventions collectives (SECTION 1). La loyauté de l'application de l'accord, particulièrement du respect des engagements formulés, se trouve particulièrement cristallisée au sujet de l'inexécution des accords de maintien de l'emploi (SECTION 2).

SECTION 1

LOYAUTE ET APPLICATION DES CLAUSES DE MAINTIEN DE L'EMPLOI

836. L'exigence d'une exécution loyale des conventions et accords de travail n'a pas fait, en dépit d'un fondement opportun, l'objet d'un recours jurisprudentiel conséquent (PARAGRAPHE 1). De même, il faut réserver la garantie loyale de l'intangibilité aux seules clauses qui le permettent relativement à leur formulation (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : L'APPLICATION LIMITEE DE L'ARTICLE L. 2262-4 DU CODE DU TRAVAIL

837. Alors même qu'un texte explicite consacre l'obligation de loyauté dans la phase d'exécution de la convention, ou plutôt y proscrit toute déloyauté des parties, on observe que la jurisprudence sociale le vise assez peu. Les termes génériques et la formulation générale de l'article L. 2262-4 du Code du travail suggèrent pourtant, à l'image de l'article 1134 du Code civil, une mobilisation efficace : « *Les organisations de salariés et les organisations ou groupements d'employeurs, ou les employeurs pris individuellement, liés par une convention ou un accord, sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à en compromettre l'exécution loyale* »[2018]. Il est vrai cependant que l'on peut aussi y voir « *une formulation prudente, voire ambigüe du texte, [qui] rend sa mise en œuvre extrêmement difficile* »[2019]. Dans le même sens, on peut évoquer la spécificité de la convention collective, « *née de la volonté privée, la convention collective constitue un règlement de*

[2018] Au sujet de la responsabilité entre les organisations syndicales, les salariés, les employeurs et les adhérents, v. : Y. CHALARON, *Conventions et accords collectifs*, J.-CI, Travail, Traité, fasc. 19-20, 1989, n° 23.
[2019] F. GAUDU, *L'exécution des conventions d'entreprise*, Dr. soc. 1990, p. 606.

travail qui s'impose à tous ceux qui y sont impliqués : une âme de règlement dans un corps de contrat »[2020] ; il peut paraître en conséquence inadéquat de lui appliquer les éléments civilistes. Pour autant, du caractère mixte de l'accord subsiste une « *part contractuelle [...] prédominante* »[2021].

838. Le texte tient cependant lieu de fondement aux décisions en matière de révision d'un accord. Ainsi de l'arrêt rendu en assemblée plénière le 20 décembre 1992 au visa de l'article L. 2262-4 du Code du travail (anc. L. 135-3). Les juges ont dégagé le principe selon lequel, à défaut de stipulation expresse ou de dénonciation, la révision d'une convention collective conclue en l'absence d'un signataire de l'accord initial ou d'un adhérent ultérieur, n'est pas opposable aux salariés réclamant le bénéfice d'un avantage contenu dans l'accord initial. Le fait d'écarter un des signataires de l'accord initial lors de la révision d'une convention collective apparaît ainsi contraire à l'exécution loyale de la convention[2022]. Il s'agit dès lors de faire, sur le fondement de l'article L. 2262-4 du Code du travail, une application de l'article 1134 al. 2 du Code du travail. La limitation de la mobilisation du texte aux seules modalités de révision de la convention collective peut cependant paraître regrettable. Il est en effet un domaine matériel où une application innovante du texte, notamment un surplus de force obligatoire, serait utile et opportune : les accords de maintien ou de création d'emploi. On trouve dans cette catégorie les accords dits offensifs, qui contiennent des indications chiffrées déterminant précisément un nombre d'embauches prévu et le délai dans lequel elles seront réalisées[2023]. On trouve également des accords défensifs, par lesquels l'employeur formule l'engagement de ne procéder à aucun licenciement collectif pendant la durée de l'accord[2024]. L'enjeu de ces accords doit se trouver, au mieux dans l'amélioration, au moins dans le maintien de l'emploi considéré. Leur problématique tient surtout de l'absence d'effet contraignant puisqu'en effet, la plupart des engagements formulés n'affichent que des objectifs. De même, il peut être prévu, par le biais des accords « donnant-donnant », une promesse de maintien ou de

[2020] D. TRICOT, Rapport, Ass. plén. 20 mars 1992, *Le nouvel arrêt Basirico*, Dr. soc. 1992, p. 360.
[2021] M. DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Traité de droit du travail, Dalloz, p. 550.
[2022] Ass. plén. 20 déc. 1992, RJS, 5/92, n° 645 ; CSBP, n° 39 A18, JCP E II, 324, note G. VACHET.
[2023] V. l'accord Hewlett Packard du 8 décembre 1995 promettant la création d'une centaine de poste permanents, Liaison sociale, C3 n°7386, 18 janvier 1996 ; l'accord Banque Directe-CCF du 16 janvier 1995 dans lequel l'employeur s'engage à la création de 45 postes dont 35 CDI au minimum, Liaison sociale, C3 n°7199, 1er février 1995.
[2024] V. l'accord Kodak du 14 mars 1994 portant sur le maintien de 25 emplois permanents, Liaison sociale C3 n°7027, 11 avril 1994 ; l'accord Thomainfor du 11 avril 1995 dans lequel l'employeur s'engage à ne créer aucune situation de chômage pour les salariés de l'entreprise, Liaison sociale, C3 n°7261, 28 avril 1995.

création d'emploi en contrepartie d'une baisse généralisée de salaire. Dans ce cas, la force obligatoire et la loyauté de l'exécution de ses obligations par l'employeur révèlent une importance considérable pour les salariés censés bénéficier des dispositions ; ce seront en effet l'embauche, le maintien dans l'entreprise ou le licenciement selon que l'employeur respecte plus ou moins utilement ses engagements. Il faut encore dissocier selon qu'il ressort des clauses des termes clairs ou abscons.

PARAGRAPHE 2 : L'APPLICATION CONDITIONNEE DE L'ARTICLE L. 2262-4 DU CODE DU TRAVAIL

839. Peu audacieuse, l'obligation de loyauté participe à assurer la force obligatoire des seules clauses qui paraissent retranscrire une volonté certaine et un engagement déterminé (II). A l'inverse, les clauses qui augurent d'un doute voient leur portée restreinte, quand bien même elles relèveraient de la défense de l'emploi (I).

I : L'INDIFFERENCE AUX CLAUSES REDIGEES DE MANIERE INCERTAINE

840. La rédaction des clauses issues des accords de défense de l'emploi doit être prise en compte puisqu'il apparaît que l'opacité de la formulation de l'engagement est susceptible de compromettre l'existence ou l'appréciation d'un engagement clair de l'employeur. L'arrêt rendu le 13 décembre 1995 révèle précisément les difficultés d'application des engagements résultant de ces accords[2025]. En l'espèce, il avait été négocié un accord préventif selon lequel l'employeur s'engageait d'une part à « *éviter* » de recourir aux licenciements durant une certaine période, et d'autre part à renégocier dès lors que la situation de l'entreprise connaîtrait une évolution conséquente. A l'issue du terme de la période déterminée, une procédure de licenciement collectif a tout de même été engagée par l'employeur, sans aucune négociation de révision préalable. A l'action des syndicats qui demandait à voir interrompre la procédure de licenciement et ordonnait une renégociation, la Cour de cassation oppose que l'accord ne faisait pas obstacle au droit de l'employeur de procéder à des licenciements lorsque ceux-ci sont « *inévitables* ». L'engagement de ne pas licencier s'est vu priver d'application et la clause de renégociation s'est trouvée déniée de tout effet obligatoire. Il a pu être avancé que ce type de solution

[2025] Soc. 13 déc. 1995, Bull. civ., n° 345, Dr. ouv. 1996, p. 245, note M.-F. BIED-CHARETTON.

constituait un message à l'adresse des négociateurs syndicaux afin de *« les alerter sur les enjeux d'une écriture plus ou moins rigoureuse des accords »*[2026]. Dès lors que la clause procède d'une formulation au minimum équivoque, les juges mettent en œuvre, sans doute également au regard de la sécurité juridique, une interprétation stricte et littérale, qui porte en effet un amoindrissement de sa portée. *A contrario*, dès lors que l'employeur formule avec davantage de clarté un engagement de maintien de l'emploi, les juges admettent d'en assurer l'efficacité

II : LE RESPECT DES CLAUSES REDIGEES DE MANIERE PRECISE

841. Il faut évoquer ici l'arrêt du 1er avril 1997[2027] qu'il convient d'ajouter à la jurisprudence évoquée. D'autant que ce dernier arrêt doit être apprécié « *en symétrie* »[2028] de l'arrêt susmentionné, c'est à dire autour de l'axe opposant les clauses floues à la portée juridique restreinte et les engagements précis nécessitant un respect rigoureux. Il s'agit dès lors d'évoquer les clauses suffisamment déterminées pour faire naître la force obligatoire qui s'attache à l'engagement pris de ne pas licencier. En l'espèce, la rupture du contrat avait eu lieu le lendemain de l'expiration du délai pendant lequel l'employeur s'était engagé à ne pas licencier. En dépit d'une exactitude de dates favorable à l'employeur, les juges ont appliqué de manière extensive la clause. Sans le viser expressément, l'arrêt fait référence à l'article 1134 du Code civil au travers de la formule : « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi* », suggérant qu'il ait été mobilisée en l'espèce une obligation implicite de loyauté. Il faut relever au sujet de cette décision deux éléments. D'abord, les juges ont assigné à la stipulation valant véritable et explicite engagement de ne pas procéder à des licenciements pour motif économique le respect de la force obligatoire. Ensuite, la portée individuelle de l'engagement est reconnue puisque le salarié dont le contrat de travail a été rompu en violation d'un accord collectif bénéficie d'un droit à réparation. A cet égard, la Cour ne s'oppose donc pas à ce que le salarié puisse individuellement se prévaloir du bénéfice de la clause dès lors qu'elle définit assez précisément le contenu et la portée de ses engagements. Dans cette hypothèse, certes restrictive, l'inexécution des engagements destinés à protéger l'emploi a pu constituer une faute contractuelle dûment réprimée. Il faut encore évoquer un arrêt du 7 mai 2008, rendu

[2026] M.-A. SOURIAC-ROTSCHIELD, *Engagements et arrangements sur l'emploi: quelle efficacité juridique?*, Dr. soc. 1997, n° 12, p. 1061.
[2027] Soc. 1er avril 1997, Dr. soc. 1997, p. 646, obs. J.-E. RAY, Liaisons soc. légis., n°7699.
[2028] G. COUTURIER, *La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi*, Dr. soc. 1998, p. 375.

au sujet d'un accord sur le travail à temps choisi. En l'espèce, l'impératif d'exécution de bonne foi commandait à vérifier que l'employeur ait bien respecté l'objectif évoqué dans le préambule visant à favoriser la maîtrise de leur temps de travail par les salariés eux-mêmes[2029].

SECTION 2

LOYAUTE ET SANCTION DE L'INEXECUTION DES ENGAGEMENTS DE MAINTIEN DE L'EMPLOI

842. L'aspect duel de la convention collective emporte une dualité de responsabilité à l'endroit de l'employeur. En effet, en raison de l'aspect contractuel, l'employeur est tenu de respecter les engagements fixés par l'accord envers les signataires. Il est également tenu, en raison de l'effet réglementaire des dispositions, d'appliquer les dispositions prises à l'égard des salariés. La nature de l'accord collectif, source de droits et d'obligations, implique dès lors que l'employeur engage doublement sa responsabilité en cas de manquement aux engagements pris directement à l'égard des syndicats (PARAGRAPHE 1), mais également au profit de chaque salarié (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 : LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DE L'EMPLOYEUR

843. La Cour de cassation a précisé, dans sa décision du 7 janvier 1997, que « *chaque salarié est recevable à agir individuellement pour obtenir la réalisation des droits qu'il tient d'une convention ou d'un accord collectif de travail* »[2030]. En ce sens, le salarié est fondé à agir individuellement pour demander l'application d'un engagement de maintien de l'emploi contenu dans un accord collectif. La théorie générale des contrats, au sens de laquelle la sanction du manquement à un engagement relatif à l'emploi devrait se fonder sur l'article 1147 du Code civil, s'applique, et l'engagement de la responsabilité contractuelle peut conduire à l'obtention de dommages et intérêts. Encore faut-il toutefois caractériser un fait générateur, un préjudice et un lien de causalité. Quant au fait générateur, il résultera d'une multitude de possibilités de fautes susceptibles d'engager la responsabilité de l'employeur. Il résultera encore, en application de la liberté contractuelle, des particularités du contenu obligationnel. A l'égard des dispositions prévues dans un accord de maintien de l'emploi, la faute de l'employeur peut se caractériser soit du manquement à une obligation de

[2029] Soc. 7 mai 2008, RJS 2008, n° 833.
[2030] Soc. 7 janv. 1997, Dr. soc. 1997, note G. COUTURIER, p. 325.

moyens lorsque les stipulations prévoient simplement des objectifs sans assurance qu'ils puissent être atteints, soit du manquement à une obligation de résultat lorsque l'engagement est suffisamment précis. On retrouve dès lors la même diversité de fautes susceptibles d'être commises par l'employeur. La faute de l'employeur peut encore être constituée lorsque celui-ci a conclu un accord faisant seulement référence à des prévisions en matière d'emploi sans engagement explicite ; la faute est alors qualifiée d'erreur de prévision ou de pronostic, elle n'engagera que très rarement la responsabilité de son auteur[2031]. La faute peut également résulter du fait pour l'employeur de procéder à des licenciements alors qu'il s'était engagé à s'en abstenir durant une période déterminée.

PARAGRAPHE 2 : L'IRREGULARITE DU LICENCIEMENT PRONONCE EN VIOLATION D'UNE OBLIGATION DE GARANTIE D'EMPLOI

844. La difficulté de la sanction se pose dans l'hypothèse où l'employeur a procédé à des licenciements en méconnaissance d'une clause de garantie d'emploi. Il a pu être avancé que l'impératif d'efficacité des dispositions de la convention collective commande de sanctionner de nullité toute mesure contraire, y compris le licenciement[2032]. Il faut toutefois préciser que l'engagement de ne procéder à aucun licenciement n'équivaut pas à la renonciation du droit de résiliation unilatérale. La Cour de cassation a par ailleurs déjà eu l'occasion de confirmer le caractère d'ordre public du droit de licencier[2033]. Si un accord collectif peut valablement limiter le droit de licencier, il ne peut pour autant le supprimer. En revanche, l'employeur qui procède au congédiement d'un salarié demeure soumis à l'application des règles du droit du licenciement, et plus particulièrement de l'article L. 1232-1 alinéa 2 du Code du travail selon lequel tout licenciement pour motif personnel doit être « *justifié par une cause réelle et sérieuse* ». Il apparaît que la Cour de cassation sanctionne effectivement le licenciement intervenu en méconnaissance d'une obligation de garantie d'emploi en le qualifiant de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il a également été jugé que la sanction de la rupture abusive pouvait également s'ajouter à celle du manquement de l'engagement de maintien de l'emploi.

[2031] A. LYON-CAEN, *Le maintien de l'emploi*, Dr. soc. 1996, p. 658.
[2032] J.-C. JAVILLIER, *Le contenu des accords d'entreprise*, Dr. soc. 1982, p. 702.
[2033] Soc. 3 fév. 1993, Dr. soc. 1993, p. 301 ; Soc. 7 juil. 1993, Dr. soc. 1993, p. 772.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

845. On peut regretter que l'obligation de loyauté dans l'exécution de la convention collective soit si peu mobilisée et si peu développée. Au mieux, elle paraît assurer une intangibilité légitime par ailleurs du seul fait de la nature contractuelle de l'acte. Il faut cependant souligner la solution de l'arrêt rendu le 1er avril 1977, sur le fondement explicite de la bonne foi, en ce qu'elle excède la force obligatoire attachée aux seules prévisions contractuelles des parties, et raisonne selon une acception davantage conceptuelle. L'engagement de maintenir l'emploi doit être exécuté de bonne foi, ce qui suppose une certaine honnêteté que le fait d'avoir désavoué le lendemain même du terme de la garantie la substance de son engagement dément. De même, l'arrêt rendu le 7 mai 2008 met en œuvre une appréciation contractuelle à partir des motifs de l'accord, visant à préserver la finalité affichée au moyen du contrôle de l'application de bonne foi de l'employeur.

CONCLUSION DU TITRE 2

846. Des différences conséquentes apparaissent entre la loyauté telle qu'elle s'applique à la réalisation du contrat individuel de travail et à l'application des conventions collectives. Ces distinctions mettent par ailleurs en exergue l'exorbitance de l'application à la relation individuelle relativement à la quasi inexistence de l'application collective.

847. Alors qu'elle se limite au mieux à assurer le plein effet des dispositions relatives à un accord collectif de maintien dans l'emploi, elle a créé, au rapport individuel, une obligation positive, générale et exigeante à la charge de l'employeur de maintenir le salarié dans son emploi. On a pu remarquer également que l'obligation absorbe et s'adapte non seulement aux impératifs inhérents de la relation individuelle qu'elle intègre et soutient au contrat – la protection des droits et libertés des salariés, l'intérêt de l'entreprise, la nécessité de sauvegarder, de pérenniser l'emploi ou l'employabilité –, mais participe également à impulser, pour lui-même, un régime obligationel novateur et, il est vrai, empreint des exigences d'une coopération plus active et d'une forme de considération contractuelle à l'autre. A l'inverse, et alors même que le thème – l'exécution des accords de garantie et de maintien d'emploi – aurait à n'en pas douter justifié une application efficace et audacieuse de l'obligation au rapport individuel (le cas avec les obligations d'adaptation et de reclassement pour rappel induites de la seule et simple bonne foi), elle n'a pour l'instant, hors la solution intéressante mais insuffisante de l'arrêt rendu le 1er avril 1997, pas emporté de constructions effectives notables au rapport collectif.

848. De même, l'attention portée à la volonté réelle manifestée par l'employeur à la convention collective ne se retrouve pas lorsqu'il s'agit du contrat individuel ; l'obligation de loyauté lui adressant alors soit l'intangibilité là où il s'est pourtant très clairement exprimé, soit de conséquents devoirs là où il n'a rien voulu. En fin de compte, s'il convient de se satisfaire de l'étendue et de la portée de l'obligation de loyauté aux relations contractuelles, on peut raisonnablement regretter sa défection aux rapports conventionnels, d'autant plus lorsque les thèmes négociés relèvent d'impératifs qu'au rapport individuel, la loyauté aurait tendance à garantir, au premier rang desquels l'emploi.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

849. Alors que les limites de l'obligation de loyauté sont prégnantes dans les rapports collectifs, les constructions se révèlent particulièrement efficaces dans le rapport individuel. Dans les deux hypothèses, on relève en revanche des mouvements similaires. D'abord, la loyauté procède effectivement d'impératifs d'ordre constitutionnel. Le principe de participation – pour son effectivité –, les droits et libertés fondamentaux de la personne – pour leur garantie – semblent constituer notamment des générateurs aux manifestations de l'obligation. Si certaines valeurs paraissent animer et justifier le déploiement de la notion, d'autres, opposées, freinent ses applications, du moins les réorientent-elles.

850. L'aspect conventionnel du moyen de la participation collective à la détermination des conditions de travail semble constituer en effet un obstacle, pour l'instant du moins, à la vigueur et au dynamisme de la loyauté attendue de ses parties. Il est possible que l'exigence de la protection et du respect de l'intégrité de l'autonomie afférente aux négociateurs-cocontractants excède, pour l'heure au sens des juges, la nécessité de l'orientation – et de l'aggravation – de leurs obligations au stade des discussions. On pourrait y voir dès lors une résilience de l'acception autonomiste libérale. Si la substance du volontarisme contractuel semble avoir été sacrifiée aux relations individuelles, il faut rappeler que ça n'aura pas été sans prendre le temps d'un siècle, un siècle que n'a pas atteint le droit de la négociation collective. La responsabilisation excessive, tout du moins inopportune car préjudiciable à l'efficacité des débats et de l'acte potentiel, que la Cour de cassation semble attacher aux négociateurs au sujet des signatures séparées pourrait de ce point de vue faire l'objet d'un revirement sur le fondement de l'obligation de loyauté. Il conviendrait alors d'apprécier un tel changement au regard du renforcement conceptuel du processus de la négociation collective, en lien avec le principe de participation qu'il met en œuvre.

851. Au sujet des relations individuelles, l'obligation de loyauté n'est vraisemblablement pas freinée par des scrupules nés d'un interventionnisme excessif et liés à la défiguration des postulats libéraux ; en atteste à lui-seul le volume de la réglementation et de la législation qui constitue le Code du travail. L'obligation de loyauté est davantage modérée par les conciliations et les arbitrages qu'elle doit, raisonnablement, opérer à la relation

individuelle de travail. On ne peut en ce sens se satisfaire de la seule protection des droits des salariés, il convient de tenir compte aussi des droits de l'employeur, qui subissant pareillement une fondamentalisation, doivent être garantis au titre du rapport contractuel. En ce qu'elles tendent par nature à apprécier et à garantir le bon fonctionnement de l'entreprise, l'exercice des prérogatives patronales peut se trouver protégé par l'obligation de loyauté ; elle s'applique dès lors au salarié.

852. Enfin, on a pu relever que les manifestations et les distorsions de l'obligation de bonne foi traduisaient l'attention portée à l'emploi, sous l'angle de son accessibilité, de sa conservation mais également de sa sauvegarde, de son efficacité, de sa stabilité et de sa pérennité. L'obligation exprime plus clairement cet intérêt au travers des devoirs d'adaptation, d'adaptabilité et de reclassement, qui traduisent clairement l'impératif du maintien de l'emploi. La loyauté participe efficacement à cet égard d'un enjeu d'ordre fondamental, plus précisément d'un objectif de nature constitutionnelle, et confirme sa nature fonctionnelle. Au surplus, si l'obligation procède par une distorsion et une aggravation des obligations respectives des parties, l'objet du contrat lui-même se trouve enrichi. Principalement par la vigueur et la portée des obligations inhérentes à la préservation de l'emploi que les juges semblent déduire du concept même de contrat de travail (adaptation, reclassement), et plus spécialement par les divers et indirects ménagements de l'obligation à l'égard de l'emploi et des intérêts légitimes de l'entreprise.

CONCLUSION GENERALE

853. L'obligation de loyauté ne peut être traitée hors des logiques contemporaines objectives de protection, de conciliation et de satisfaction des droits et objectifs fondamentaux. En effet, au détour des articles L. 1121-6 et L. 1121-1 du Code du travail, c'est l'entier bloc de constitutionnalité concerné qui s'est vu appliqué aux relations contractuelles de travail. On peut pareillement imputer au législateur la volonté d'avoir entendu mettre en œuvre, par la même voie conventionnelle, le principe de participation issu de l'article 8 du Préambule de la Constitution de 1946. Le contrat s'est trouvé en conséquence *obligé* d'intégrer ces incidences, et l'obligation de bonne foi a pu dès lors constituer un instrument opportun et efficace. Ses applications révèlent en effet d'une part l'assimilation contractuelle progressive des dispositions constitutionnelles considérées, et d'autre part la nécessaire conciliation des logiques fondamentales. De ce point de vue, l'antagonisme des intérêts des parties a pu céder à l'opposition de leurs droits.

854. Si on constate également, à la marge, une redéfinition profonde du concept contractuel, il convient de ne pas non plus tirer de conséquences excessives à ces manifestations génériques. Les exigences implicites de coopération active, d'altérité et de confiance mutuelle que la jurisprudence a pu, avec plus ou moins de clarté, dégager au fil de certaines décisions participent effectivement à déployer toute l'utilité des obligations réciproques. Elles ne neutralisent pour autant pas la nature fonctionnelle et partant dissociée[2034] de l'obligation de loyauté. Il s'agit d'une notion fondamentalement opportuniste qui n'a que peu de choses à voir avec la morale. En ce sens, si l'impassibilité contractuelle de l'employeur peut paraître intolérable à l'impératif de bonne foi dès lors qu'il est confronté à l'endormissement de son salarié, le mensonge ou la malhonnêteté du candidat à l'emploi passent, du moment qu'il est compétent, pour une pratique acceptable. L'exemple est déclinable à l'envie. La plus élémentaire loyauté conduit à sanctionner l'employeur indélicat qui entreprend d'écouter les conversations professionnelles illégalement enregistrées par son collaborateur sur son dictaphone personnel, mais laisse impuni et dédommagé le salarié qui se livre à des actes de concurrence déloyale à

[2034] « *La particularité de cette obligation est de s'imposer aux deux parties dans des conditions différentes* » M. MINE, *La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise*, Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52.

l'entreprise, pendant son temps de travail et au moyen du matériel que celle-ci a mis à sa disposition pour l'exécution de sa mission, dès lors qu'il a eu la bonne idée de désigner les fichiers litigieux comme étant privés. Les valeurs protégées par l'obligation de loyauté aux termes des différentes espèces rappelées ont ainsi pu capter son intérêt – lequel a procédé ici de la protection de la vie privée ou de l'accessibilité à l'emploi –, et justifier que soient délaissés les impératifs *inférieurs* de collaboration et de bienveillance contractuelle. Il apparaît en effet que le lien de subordination rend « *singulièrement illusoire et trompeuse* »[2035] une conception pacifiée, solidaire ou fraternelle des relations de travail. La solution devait davantage se trouver dans « *la propension récente du juge à examiner le contenu et les effets du contrat de travail à la lumière des droits et libertés fondamentaux* ». En s'étendant « *aux impératifs tirés de la bonne foi* », cette logique admet du même coup « *la portée et l'actualité du conflit d'intérêts sous-jacent au rapport d'emploi-salarié* »[2036]. A cet égard, la loyauté institutionnelle surpasse la loyauté contractuelle.

855. En tout état de cause, il faut relever et saluer la reconversion contemporaine de l'article 1134 al. 3 du Code civil. La mobilisation considérable, audacieuse et utile de l'obligation de loyauté a permis par ailleurs de réconcilier l'usage effectif de la « *bonne foi* » avec les motivations de son adoption. Longtemps ignorée pour des raisons idéologiques absconses, elle a pu trouver finalement une utilité juridique exceptionnelle, réhabilitant du même coup le juge, dont l'œuvre à cet égard a pu trouver dans les différentes consécrations légales évoquées une légitimation remarquable[2037].

[2035] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706.
[2036] CH. VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706. Et l'auteur de prévenir qu' « *A cet égard, les interactions entre les articles L. 120-4 et L. 120-2 du Code du travail mériteront d'être étudiées avec une particulière attention* ».
[2037] Le développement conséquent de l'obligation de loyauté s'inscrit en effet dans une « *une puissante dynamique […], impressionnant le législateur lui-même qui, plein de crainte révérencielle et dans une curieuse inversion de la hiérarchie des normes, légalise ces audacieuses jurisprudences. Dans ces années là [1980-2000], le droit du travail a surtout avancé à coup d'arrêts* » (J.-E. RAY, *Du salarié citoyen au citoyen salarié*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011).

BIBLIOGRAPHIE

(Les numéros entre parenthèses renvoient aux numéros de paragraphes)

I- OUVRAGES GENERAUX, MANUELS, TRAITES CONTEMPORAINS ET DICTIONNAIRES

ASSELAIN J.-C.,

- *Histoire économique de la France du XVIIIe siècle à nos jours*, 1984, Paris, Le Seuil, t. 1

AUBIN G. et **BOUVERESSE** J.,

- *Introduction historique au droit du travail*, PUF 1995

AUZERO G. et **DOCKES** E.,

- *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 28ème éd., 2014

BAUDRY-LACANTINERIE G.,

- *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 19, Du contrat de louage, 1ère éd. 1897

BORENFREUND G.,

- *Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon*, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005

BOSSU B.,

- *La protection des droits fondamentaux du candidat à l'emploi*, L'embauche en droit du travail : principaux enjeux et débats, p. 20

BORENFREUND G. ,

- *Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon*, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005

BUCHEZ et **ROUX**,

- *Histoire parlementaire de la Révolution française*, t. 10, 1834

CABRILLAC R.,

- *Droit des obligations*, Dalloz, Cours, 11ème éd., 2014

CAPITANT H.,

- *Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales*, 4ème éd., 1923

COHEN M.,

- *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9ème éd. 2009

COLIN A. et **CAPITANT** H.,

- *Cours élémentaire de droit civil français*, 4ème éd., t. 1, Paris, 1923

COLIN A.,

- *L'acte juridique*, 4ème éd., 1990

CONSTANT B.,

- *Cours de politique constitutionnelle*, avec une introduction et des notes par Laboulaye, 2 vol., Paris, 1861-64, t. 1

CORNU G.,

- *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Précis Domat, Paris, Editions Montchétien, 1980

COUSIN V.,

- *Leçons sur la philosophie de Kant*, Librairie Philosophique de Ladrange, Paris, 1842

COURCELLE-SENEUIL,

- *Préparation à l'étude du droit*, Paris, 1887

COUTURIER G. :

- *Droit du travail, Les relations collectives de travail*, PUF, Coll. droit Fondamental, 1994

DEMOGUE R.,

- *Les notions fondamentales du droit privé*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911
- *Traité des obligations en général*, t. 1, 1923

DEMOLOMBE :

- *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Durand et Hachette, t. 1, 1ère éd., 1868

- *Cours de Code Napoléon*, t. 1, 4ème éd., Paris, 1869

DESPAX M.,

- *Droit du travail Négociations, conventions et accords collectifs*, t. 7, Dalloz, 2ème éd.
- *L'entreprise et le droit*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1957
- *Négociations, conventions et accords collectifs*, Traité Dalloz, 1989
- *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2ème éd., Dalloz, 1989
- *Traité de droit du travail*, t. VII, Négociations, conventions et accords collectifs, Dalloz, 2ème éd, 1989
- *L'évolution du droit de l'entreprise, in Les orientations sociales du droit contemporain,* Ecrits en l'honneur de J. Savatier, Paris, PUF, 1992, p.177

DESROYS DU ROURE H.,

- *Le règlement d'atelier et le contrat de travail, (l'autorité dans l'atelier)*, Thèse droit, Paris, 1910, p. 17, citant O. DELIGNY, *Le règlement de travail*, thèse droit, 1907

DIDRY C.,

- *Naissance de la convention collective*, éd. EHESS, 2002

DOMAT,

- *Du louage*, rééd. Rémy, Paris, Firmin-Didot, 1828

- *Histoire parlementaire de la Révolution française*, t. 10, 1834

DU CELLIER F.,

- *Histoire des classes laborieuses en France,* Paris, Didier et Cie, 1860

DUCLOS L., **GROUX** G., **MERIAUX** O. (dir.),

- *Relations professionnelles et régulations sociales : les nouvelles dimensions du politique*, LGDJ, 2010

DURAND P.,

- *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 2, 1950

FAVOREU L.,

- *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les différentes branches du droit, in Itinéraires*. Etudes en l'honneur de Léo Hamon, Economica, 1982

- *Droit constitutionnel*, 5ème éd., Paris, Dalloz, 2002

FENET P.-A.,

- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, éd. 1827, t. 6

FLAUBERT G.,

- *L'éducation sentimentale*, paru en 1869, réed. Paris, Seuil, Coll. Tel quel, 1963

FLOUR J. et **AUBERT** J.-L.,

- *Les obligations*, t. 1, 2014

GAUDEMET E.,

- *Raymond Saleilles et le code civil allemand, in L'œuvre juridique de Raymond Saleilles,* Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914

- *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804* (écr. 1935), Paris, *La Mémoire du droit*, Collection du deuxième centenaire du Code civil, 2002

GAUDU F. et **VATINET** R.,

- *Traité des contrats, Contrat de travail*, LGDJ

GAZZANIGA J.-L.,

- *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, Paris, Coll. Droit fondamental, 1ère éd., 1992

GERMAIN L.,

- *Traité de droit civil*, 1980
- *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 3ème éd., 1993

GHESTIN J.,

- *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3ème éd., LGDJ, 1993

GHESTIN J., **GOUBEAUX** G. et **FABRE-MAGNAN** M.,

- *Traité de droit civil*, Introduction Générale, Paris, 1994

GHESTIN J. et **JAMIN** C.,

- *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3ème éd., LGDJ , 2001

HALPERIN J.-L.,

- *L'impossible Code civil*, PUF, 1992

JOIN-LAMBERT M.-TH.,

- *Politiques sociales*, Dalloz, FNSP, 2ème éd., 1997

JOSSERAND L.,

- *De la responsabilité des choses inanimées*, Rousseau, 1897.
- *Cours de droit civil positif français*, Sirey 1ère éd. 1930
- *Cours de droit civil*, 3ème éd., 1939, t. 2, n°106.
- *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *Théorie dite de l'abus de droit* (1927), 2ème éd., 1939,

KANT,

- *Doctrine du droit*, cité par E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, Dijon, 1912

- *Doctrine du droit*, in *Métaphysique des mœurs*, Gallimard, La Pléiade, 1985

LAURENT F.,

- *Principes de Droit civil français*, Durand, t. 16, 1875

LE GOFF J.,

- *Droit du travail et société, Les relations collectives de travail*, PU, Rennes

- *Du silence à la parole*, PU Rennes

LEMOINE DE VILLENEUVE J. et **MASSE** G.,

- *Dictionnaire du contentieux commercial*, 1875

LEVASSEUR P.-E.,

- *Questions ouvrières et industrielles en France sous la 3ème République,* Paris, 1907

LUCHAIRE F.,

- *La Constitution de la République française*

- *Analyses et commentaires*, 2ème éd., Paris, Economica, 1999

LYON-CAEN A.,

- *La doctrine de l'entreprise, in Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Litec 1978, p. 599

LYON-CAEN G.,

- *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, 1955

- *Défense et illustration du contrat de travail*, Arch. Phil. Droit, Sirey, 1968, t. XIII, p. 59

MAITRON J.,

- *Dictionnaire biographique du Mouvement ouvrier français*, Paris, éd. Ouvrières, t. 13, 1975

MARCEL B.et **TAIEB** J.,

- *Crises d'hier, crises d'aujourd'hui, 1873, 1929, 1973*, Nathan, 1996

MASSE D.,

- *Législation du travail et lois ouvrières*, Paris, 2ème éd., 1909, Appendice, législation de 1904 à 1909

MAZEAUD A.,

- *Droit du Travail*, 3ème éd. 2002, n° 524
- *Droit du travail*, 5ème éd., Montchrestien

MARX K.,

- *Le capital*, L. III, Ch. LI

KAPLAN S.-L.,

- *La fin des corporations*, Paris, Fayard, 2001

RADE CH. et **GRIGNARD** M.,

- *Constitutionnalisation du dialogue social*, Constitutions, 2012

RADE CH.,

- *Droit du travail,* 3ème éd., Paris, Montchrestien, 2004

ROBERT J.-L. (dir.*),*

- *Inspecteurs et inspections du travail sous la III et IVème République*, La Doc. fr., 1998

SALAIS R., **BAVEREZ** N. et **REYNAUD** B.,

- *L'invention du chômage*, PUF, 1986

SCELLE G.,

- *Précis élémentaire de législation industrielle*, *Les contrats de travail*, Paris, Sirey, 1927, p 173
- *Le droit ouvrier*, 2ème éd., Paris, A. Colin, 1929

PAILLUSSEAU J.,

- *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise,* Sirey, 1967

PELISSIER J., **AUZERO** G., et **DOCKES** E., :

- *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2013

PHILIP A.,

- *La démocratie industrielle*, PUF, Paris, 1955

PIC P. et **KREHER** J.,

- *Le nouveau droit ouvrier français dans le cadre de la Charte du travail*, LGDJ, 1943

PIC P.,

- *Traité élémentaire de législation industrielle*, Paris, 1ère éd., 1894
- *Les lois ouvrières,* Paris, 1900
- *Questions pratiques de législation ouvrière*, 1901.
- *Le centenaire du code civil et le droit social de demain. Questions pratiques de législation ouvrière,* 1904
- *Traité élémentaire de législation industrielle,* Paris, 3ème éd., 1908
- *Traité élémentaire de législation ouvrière,* Paris, 4ème éd., 1912

PLANIOL M.,

- *Manuel de droit civil*, t. 2. 1ère éd., 1899
- *Traité élémentaire de droit civil*, 1899
- *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, t. 2, 6ème éd., 1912

POUGHON J.-M.,

- *Le Code civil,* Paris, Puf, 1995

POTHIER,

- *Traité des contrats de louage maritimes*, Paris, 1769

RAY J.-E.,

- *Droit du Travail, Droit vivant*, 9ème éd.

- *Droit du travail, droit vivant*, Liaisons, 2013/2014

RIPERT G. et **PLANIOL** M.,

- *Traité pratique de droit civil français*, 2ème éd., 1957

RIVERO J. et **SAVATIER** J.,

- *Droit du travail*, Paris, éd. de 1956 à 1993

SOUBIRAN-PAILLET F.,

- *L'invention du syndicat (1791-1884)*, LGDJ, 1999

TERRAT B.,

- *Du régime de la propriété dans le Code civil, le Livre du centenaire*, Dalloz

TERRE F. et **LEQUETTE** Y.,

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11ème éd, 2000

TERRE F. et **SIMLER** PH.,

- *Les biens*, Précis Dalloz, 5ème éd., 1998,

TERRE F., **SIMLER** PH., **LEQUETTE** Y.,

- *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 2013

TEYSSIE B.,

- *Droit européen du travail*, 3ème éd., Litec, 2006

- *Droit du travail*, t. I, 2ème éd.

TOULLIER :

- *Le droit civil français*, Paris, 1819/23, 2ème éd., 11 vol., t. 3,

- *Le droit civil français*, Paris, 1830/43, 5ème éd., 15 vol., t. 6,

- *Le droit civil suivant l'ordre du Code civil*, Stapleaux, t. 6, 3ème éd., 1821

- *Le droit civil suivant l'ordre du Code civil*, Stapleaux, t. 11, 3ème éd., 1824

TOURNERIE J.-A.,

- *Le Ministère du Travail (Origines et premiers développements)*, Paris, Cujas, 1971

VILLERS CH.,

- *Philosophie de Kant*, Metz, 1801

YANNAKOUROU S.,

- *L'état, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, 1995

WEILL A. et **TERRE** F.,

- *Droit civil. Introduction générale*, Précis Dalloz, 4ème éd., 1979
- *Les Obligations*, Précis Dalloz, 4ème éd., 1986

WORONOFF D.,

- *Histoire de l'industrie en France*, Paris, Editions du Seuil, 1994

ZOBERMAN Y.,

- *Une histoire du chômage. De l'Antiquité à nos jours*, Perrin, 2011

II- OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES

ADAM P.,

- *L'individualisation du droit du travail*, LGDJ, 2005.

AMADIEU J.-F. et **BOISSARD** D.,

- *La démocratie sociale en danger*, Édit. Liaisons, Paris, 2001

ARNAUD A.-J. ,

- *Essai d'analyse structurale du code civil français (La règle du jeu dans la paix bourgeoise)*, LGDJ, Paris, 1973
- *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, PUF, 1975
- *Une doctrine de l'état tranquillisante : le solidarisme juridique*, Archives de philosophie du droit, 1976, Le déclin de l'Etat, t. 21
- *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969

AUROUX J.,

- *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier ministre, Paris, la Documentation française, 1981.

BAREGE A.,

- *L'éthique dans les rapports de travail*, LGDJ, 2006.

BARTHELEMY J., **SAINT-HILAIRE** M.,

- Victor *Cousin. Sa vie et sa correspondance*, Paris, 1895, t. 3

BATBIE A.,

- *Révision du Code Napoléon*, Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques des 23 et 30 déc. 1865, *Revue critique de législation et de jurisprudence,* t. 28, 1866.

BATTIFOL R.,

- *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979

BELIER G. et **LEGRAND** H.-J.,

- *La négociation collective après la loi du 20 août 2008 - Nouveaux acteurs, nouveaux accords*, Éditions Liaisons, 2009, coll. « Droit vivant »

- *La négociation collective en entreprise*, éd. Liaisons, coll. Droit vivant, 4ème éd., 2013, n° 394

BERNAUD V.,

- *Les droits constitutionnels des travailleurs,* Thèse, Aix-en-Provence, 2001

BESSY CH.,

- *Les limites de la contractualisation des relations de travail*, in *Approche renouvelée de la contractualisation*

BIENVENU J.-J.,

- *De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française*, Droits, n° 28, La volonté, 1999

BIZEUR F.,

- *L'information du salarié dans les relations individuelles de travail*, Thèse, Université Lille 2, 2013.

BOLZAN A.-S.,

- *Intangibilité des contrats et justice contractuelle*, Mémoire réalisé en vue de l'obtention du Master 2, sous la dir. de J.-L. RESPAUD, 2009, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

BONNARD-PLANCKE L.,

- *Droit et démocratie sociale. Contribution à l'étude des rapports entre démocratie sociale et organisations syndicales*, Thèse, Lille 2, 2004

BONNECASE J.,

- *La notion de droit en France au dix-neuvième siècle. Contribution à l'étude de la philosophie du droit contemporaine,* Paris, Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions ; t. XVIII, 1919

- *L'école de l'exégèse en droit civil, Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, 2ème éd., 1924

- *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, 2 vol. , Bordeaux, Delmas, 1933

BORGETTO M. et **LAFORE** R.,

- *La république sociale*, PUF, 2000

BOUCLE C.,

- *Le solidarisme*, Paris, V. Giard et E. Brière, coll. « Les doctrines politiques », 1907

BOURGEOIS L.,

- *Solidarité*, Paris, A. Colin, 1896

BOULARD E.,

- *Du louage de service,* Thèse de droit, Paris, 1888

CAMBACERES,

- à la Convention, 18 vendémiaire an III (9 oct. 1794), Arch. Parlem. 1/99/32/1, Bulletin des Lois, n° 70

- au Conseil d'Etat, sur la tutelle, le 22 vendémiaire an XI (14 oct. 1802), Arch. parlem. 2/7/348/2

CAPITANT H.,

- *Cours de législation industrielle*, 1912

- *Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après Raymond Saleilles*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914

CASTEL R.,

- *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard, p. 207

- *Les métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat*, 1995, Paris, Fayard

CEDRAS M.-J.,

- *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, Publications, Rapport annuel, Rapport 2003, 2ème partie, Etudes et documents

CHAMBARLHAC V. et **UBBIALI** G.,

- *Epistémologie du syndicalisme*, L'harmattan

CHATEAUBRIAND,

- *Atala* (1801), préface, Genève, 1973

CHATRIOT A.,

- *La démocratie sociale à la française*, La Découverte, Paris, 2002, p. 3

CHAZAL J.-P.,

- *Controverse sur la rénovation de la science juridique*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2010, 2 vol.

- *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, transcription d'une intervention réalisée dans le colloque sur la pensée de Josserand organisé à Lyon les 21 et 22 mars 2013

CHEVALIER L.,

- *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIXe siècle,* Plon, collection Civilisations d'hier et d'aujourd'hui, 1958

CHRISTOPHE P.,

- *Grandes figures sociales du XIXème siècle*, Desclée de Brouwer, 1995

CLEMENT A.,

- *La politique sociale de Turgot : entre libéralisme et interventionnisme*, *L'Actualité économique*, vol. 81, n° 4, 2005

CONTAMINE-RAYNAUD M.,

- *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris II, 1974, p. 33

CHAMBON,

- *Le projet de loi sur le contrat de travail. Rapport présenté le 27 décembre 1907 à la commission de travail de la Chambre,* 1908.

COTTEREAU A. et **LADRIERE** P.,

- *"Esprit public" et capacité de juger*, *Pouvoir et légitimité. Figures de l'espace public*, Paris, Éditions de l'EHESS, 1992, p. 239

COTTEREAU A.,

- *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXème siècle),* Annales Hist. Sc. soc., 2002, vol. 57

CUVINOT,

- Rapport, 25 juin 1885, Sénat, Documents, Rapport, p. 249

DAVID M.,

- *Les fondements du social*, Anthropos, 1993

DE SALM à **MALLET DU PAN**, 14 sept. 1792,

- *Mémoires de Malouet*, Paris, 1874, t. 2

DE SAVIGNY F.-C.,

- *Traité de droit romain*, t. 1, Paris, 1840.

DE STAEL*,*

- *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France* (1798), Paris-Genève, 1979

DE GAUDEMAR J.-P.,

- *L'ordre de la production, Naissance et formes de la discipline d'usine*, Paris, Dunod, 1982

DE JANZE B.,

- *Les compagnies de chemins de fer et leurs agents commissionnés*, Saint-Brieuc, Impr. de F. Guyon, 1875

DE LABORDE,

- *De l'esprit d'association dans tous les intérêts de la communauté*, 2 vol., Paris, 1821

DESLANDRE M.,

- *Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914

DE VIRVILLE M.,

- *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La documentation française, 2004

DESPEISSE A.,

- *Des contrats,* 1660, rééd. Bruyset, Lyon, 1750, t. 1, p. 86.

DIDION C.,

- *Du contrat de travail,* Thèse de droit, Nancy, 1897

DONZELOT J.,

- *L'invention du social : essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, coll. L'espace du politique, 1984

DOUARCHE A.,

- *Les tribunaux civils de Paris pendant la Révolution (1791-1800)*, Paris, Cerf Noblet Quantin, 1905

DUGUIT L.,

- *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (six conférences données à Buenos Aires en août et septembre 1911), 1912, Paris, 1920
- *Traité de droit constitutionnel, Paris, 1920, 2ème éd., Préface*

DUNOYER CH.,

- *L'industrie et la morale considérées dans leurs rapports avec la liberté*, Paris, 1825

DUQUESNOY A.,

- 8 juin 1790, Arch. Parlem. 1/16/149/2

DUVERGIER J.-B.,

- *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 19, 1845, p. 287

EDIMO-NANA, **SAINT-CYR** PH. (sous la dir.),

- *Droits et pratiques syndicales en matière de conflits collectifs du travail*, actes du colloque des 18 et 19 décembre 2000, Centre d'Études et de Recherches Juridiques en Droit des Affaires, Université des Antilles et de la Guyane, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 25.

ERBES-SEGUIN S.,

- *Le contrat de travail, une relation hybride,* in *Le contrat, Usages et abus d'une notion*, Sociologie Economique, Desclée de Brouwer, 1999

ESMEIN A.,

- *Eléments de droit constitutionnel*, Paris, 1896, p. 156

EWALD F.,

- *L'Etat Providence*, Grasset, 1986

FONTANES,

- Au Corps législatif, le 24 nivôse an XIII (14 janvier 1805), Arch. parlem. 2/8/435/2

FRANGI M.,

- *L'apport du droit constitutionnel aux droits des personnes et aux droits économiques individuels. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation du droit privé,* Thèse, Aix-Marseille III, 1990

GAZIER A.,

- *Le retour aux conventions collectives*, Revue économique, 1950, vol. 1, n° 2

GENY F.,

- *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé*, Université de Dijon, Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, t. 8, 1898
- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Sirey, 1899
- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2 vol., Paris, LGDJ, 1995

GERMAIN L.,

- *La jurisprudence et la réglementation légale du contrat de travail,* Thèse de droit, Paris, 1906

GIRAUD CH.,

- *Précis de l'ancien droit coutumier français*, Paris, 2ème éd., 1875, préface, p. v.

Girod de l'Ain au Conseil des Anciens le 2 juill. 1797, Moniteur, n° 292, 10 juill. 1797, p. 1167, col. 1

GLASSON E.,

- *Le Code civil et la question ouvrière*, Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1886, 1er sem., t. 25
- *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques,* 1886, t. 25, p. 843, t. 26
- *Le code civil et la question ouvrière*, Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1886, 1er sem., t. 25, p. 853, note 1

GLATARD M.,

- *Droit romain : du louage d'ouvrage. Droit français, du contrat de travail*, Thèse, Faculté de droit de Grenoble, Paris, Impr. de Mougin Russand, 1893
- *Du louage romain, du contrat de travail français,* Thèse, Grenoble, 1893

GOUNOT E.,

- *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique,* Thèse, Dijon, 1912

GREGOIRE,

- *Discours pour l'ouverture du Concile national de France*, le 10 messidor an IX (29 juin 1801), Paris

GROUSSIER A.,

- *La convention collective de travail*, Rapport, Paris, 1913

GROUX G.,

- *La démocratie sociale. Enjeux historiques et nouvelles régulations,* in Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?, PU Rennes 2003

GRYNBAUM L. et **NICOD** M. (dir.),

- *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?*, Etudes juridiques, Economica, 2004

GUIN Y.,

- *Le mouvement ouvrier nantais*, Paris, Maspero, 1976

GUYOT P.,

- *Dol et réticence, Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, 1939, p. 287

HAURIOU M.,

- *L'institution et le droit statutaire*, Recueil de législation de Toulouse, 2ème série, t. 11, 1906, p. 134

HAUSER H., **MAURAIN** J., **BENAERLS** J. et **LHUILLIER** F.,

- *Du libéralisme à l'impérialisme, 1860-1878*, 1952, PUF, coll. Peuples et civilisations

HAUSER J.,

- *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à l'étude générale de l'acte juridique)*, Thèse, Paris, Bibliothèque de droit privé, 1971

HERRERA C.-M.,

- *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe république*, Paris, Kimé, 2003

HESSE P.-J.,

- *Le nouveau tarif des corps laborieux : la loi du 8 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, Deux siècles de droit du travail (sous la dir. de J.-P. LE CROM), Paris, Éditions de l'Atelier, 1999

HALPERIN J.-L. ,

- *« Le fondement de l'obligation contractuelle chez les civilistes français du XIX*^{ème} *siècle*, in *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie »*, Kervégan J.F., 1999, p. 345, note 89

HODERN F.,

- *L'évolution de la condition individuelle et collective des travailleurs en Alsace au XIXème siècle*, Université de Paris, 1970
- *Du droit civil à un droit spécifique*, cahier n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence
- *Le droit des accidents du travail au XIXème siècle*, cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence
- *Le règlement d'atelier au XIXème siècle*, cahier n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II, 1991
- *Du Code civil à un droit spécifique*, Cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence

HUBERT-VALLEROUX P.,

- *Le contrat de travail,* Thèse de droit, Paris, 1895.

HUSSON L.,

- *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, Archives de philosophie du droit, 1972

JAMIN CH., **PREMONT** M.-C. et **TANCELIN** M.,

- *François Gény, Mythe et réalités, 1899-1999, centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, (dir.) C. THOMASSET, J. VANDERLIDEN et P. JESTAZ, éd. Y. Blais, Dalloz, 2000

JAMIN CH.,

- *Relire Labbé et ses lecteurs*, Arch. Phil. Dr., t. 37, Droit et économie, 1992, p. 248
- *Boissonade et son temps*, Arch. Phil. Droit. 44/2000
- *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, L.G.D.J. 2001, p. 441
- *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ, 2006.56

JAVILLIER J.-C.,

- *Le patronat et les transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. Lyon-Caen, 1989

JEAMMAUD A.,

- *La codification en droit du travail*, Droits, 27/4.1998
- *La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français*, *Estudos juridicos en homenage al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003, p. 415
- *Le droit de la négociation collective dans son rapport aux relations professionnelles. Constats, mystères et hypothèses, in Les conventions collectives de branche. Déclin ou*

JHERING,

- *L'esprit du droit romain*, traduction de Meulenaere, 2ème éd., t. 1, 1880

JOSSERAND L.,

- *La protection des faibles par le droit, in Evolutions et Actualités*, conférences de droit civil, Sirey, 1936 , p. 177

JOURDAIN P.,

- *La bonne foi dans la formation du contrat*, La bonne foi, Travaux de l'association Henri Capitant, 1992, p. 122

JOURDAN A.,

- *Le droit français, ses règles fondamentales, ses rapports avec les principes de la morale, avec l'économie politique et avec l'utile*, Paris, 1875

KAPPOPOULOS I.,

- *Un nouveau droit de la négociation collective, Essai sur la négociation organisationnelle*, Thèse, Université Lille 2, 2011

KATZ T.,

- *La négociation collective et l'emploi*, Thèse, 2003, LGDJ, Bibliothèque de Droit social

KAPLAN L. et **MINARD** P.,

- *La désincorporation des métiers et leur transformation en publics intermédiaires : l'exemple de Lyon et de la région rouennaise de la Révolution à l'Empire*, *Le corporatisme : impasse ou troisième voie ?*, Paris, Belin, 2003

KOUBI G. et **LE FLOCH** G. (dir.),

- *Continuités (et discontinuités) de la norme conventionnelle en droit du travail* ; in *La notion de continuité, des faits au droit*, coll. Logiques juridiques, éd. Lharmattan, 2011

LABOULAYE,

- *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Paris, 1839.
- *Trente ans d'enseignement au Collège de France*, Paris, 1888.

LALLE H.,

- *La question des règlements d'atelier*, Thèse de droit, Paris, 1904

LAMBERT E. et **CLUZEL** L.,

- *Conventions collectives, Jurisprudence arbitrale,* Recueil méthodique des décisions de la Cour supérieure d'arbitrage, 2 vol., 1950, Ophrys

LAMBERT E.,

- *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, in *Revue internationale de l'enseignement*, t. 40, 1900

LANTHENAS F.-X.,

- *Motifs de faire du 10 août un jubilé fraternel…, 9 août 1793*, Arch. Parlem. 1/70/624/2

LAROMBIERE,

- *Théorie et pratique des obligations*, Durand et Pédone-Lauriel, t. 7, éd. 1885, art. 1370, n° 2

LE CHEVALIER A.,

- *Les accidents sur les chemins de fer français dans leurs rapports avec les agents de la traction. Pétition des mécaniciens et chauffeurs à l'Assemblée nationale*, Paris, 1872

LE CROM J.-P.,

- *La profession aux professionnels, Deux siècles de droit du travail*, PU, Rennes.
- *L'organisation des relations professionnelles en France (1940-1944),* Thèse, Nantes, 1992
- *L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1890-2002)*, Syllepse, Paris, 2003

LE GARREC J.,

- *La démocratie sociale*, rapport au nom de la commission des Affaires culturelles, familiales, et sociales de l'Assemblée nationale, 4 avril 2000

LEUILLIOT P.,

- *Notes sur les Haussmann et la manufacture de Logelbach*, Annuaire de la société historique et littéraire de Colmar, 1951-1952

LEQUINIO J.,

- *Les préjugés détruits*, Paris, 1792

LE PLAY F.,

- *Les ouvriers européens*, Tours, 1877, t. 1

LEREBOURG-PIGEONNIERE P.,

- « *La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté* », in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914.

LEVY E.,

- *Une vision socialiste du Droit*, 1926.de la Faculté de Lyon

LOCKIEC P.,

- *Contrat et pouvoir – Essai sur les transformations de droit privé des rapports contractuels,* Thèse, Nanterre Paris X, 2002

LOCRE V.,

- *La législation civile*, Paris, 1827/32, t. 11

LUCIANI J. et **SALAIS** J.,

- *Matériaux pour la naissance d'une institution, L'Office du Travail (1890-1906)*, Genèses 2, Décembre 1990

LYON-CAEN G. et A.,

- *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairie Technique, 1978

LYON-CAEN G.,

- *Constitucionalización del derecho del trabajo, in Los trabajadores y la Constitutión, Madrid, Sociedad de estudios laborales, 1980*
- *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport, La Documentation française, déc. 1992

LYON-CAEN L.,

- *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport, La Documentation Française, 1992, p. 58.

MACAREL V.,

- *Cours d'administration et de droit administratif*, Paris, 1844, t. 1

MAINE DE BIRAN,

- A la Chambre des Députés, 12 juin 1820, Arch. Parlem. 2/28/459

MARGAIRAZ M. et **TARTAKOWSKY** D. (dir.),

- *Le syndicalisme dans la France occupée*, PU, Rennes, 2008

MARKIEWICZ P.,

- *Louis Wolowski. Un intellectuel et un représentant du libéralisme en France au milieu du XIX*^{ème} *siècle*, thèse, Paris X Nanterre, 1994

MARTIN X.,

- *Nature humaine et Code Napoléon*, Droits, n° 2, 1985
- *Politique et droit privé après Thermidor, La Révolution et l'Ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?*, Actes du Colloque d'Orléans (sept. 1986), 2 vol. Paris, 1988, t. 1, p. 173
- *Nature humaine et Révolution française (du siècle des Lumières au Code Napoléon)*, DMM, 1994
- *Mythologie du Code Napoléon*, Bouère, éd. DMM, 2003

MARTINON, A.,

- *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, LGDJ, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 48, 2005.

MARTY,

- *La distinction du fait et du droit*, 1929, n° 151

MENESTRA J.-L.,

- *Journal de ma vie, par Jacques-Louis Menestra*, compagnon vitrier, prés. D. Roche, Paris, 1982

MERCIER L.-S.,

- *Le nouveau Paris (1800),* Paris, 1994

MEYNIER,

- *Traités de législation civile et pénale*, Annales de législation et de jurisprudence, t. 2, 1821

MILLION L.,

- *Du contrat d'engagement des ouvriers*, Paris, Annales des justices de paix

MOLLOT,

- *De la compétence des Conseils des Prud'hommes*, Paris, Joubert, 1842

MORIN M.-L.,

- *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, p. 492

- *Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France*, in *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Belgique, facultés universitaires Saint-Louis, 1996

MORRIS G.,

- *Journal de Gouverneur Morris*, *ministre plénipotentiaire des Etats-Unis en France de 1792 à 179*4, E. Pariset, Paris, 1901

MOTTE O.,

- *Lettres inédites de juristes français du XIXème siècle*, conservées dans les archives et bibliothèques allemandes, 2 vol., Bonn, 1989/90, t. 1

MOUBSIT H.,

- *La volonté et le contrat dans la pensée de Raymond Saleilles*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du master droit recherche, spécialité « droit des contrats », sous la direction de Monsieur le professeur CH. JAMIN, Université du droit et de la santé, Lille 2, 2005

NIORT J.-F.,

- *Homo civilis*. *Contribution à l'histoire du Code civil français*, th. Paris I, 1995, préface J.-L. HALPERIN, postface J. CARBONNIER, PUAM, 2004, t. 2
- *La place de la négociation collective parmi les sources du droit*, in *Le nouveau droit de la négociation collective*, Paris, LGDJ, Éd. Panthéon-Assas, 2005

PASCAUD H.,

- *Le contrat de travail au point de vue économique et juridique et l'utilité de sa réglementation législative*, Paris, 2ème éd., 1903

PECQUEUR C.,

- *Des intérêts du commerce, de l'industrie et de l'agriculture*, Paris, Desessart, 1839

PERROT M.,

- *Les ouvriers en grève, France 1871-1890,* Paris, Mouton, 1974, t. 1

PETIT F.,

- *2004-2005 : deux années de jurisprudence en matière d'élections professionnelles*, CSBP 2006, n° 179, p. 162
- *Loyauté et sincérité lors des élections professionnelles*, colloque, Droit et loyauté, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 10 oct. 2014

PEYRELEVADE J.,

- *Sociétal*, 2006, n° 53

POHE-TOPKA D.,

- *La bonne foi du salarié dans la conclusion du contrat de travail*, Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, PU Bordeaux, 2003, p. 493

PORTALIS,

- au Conseil des Anciens, 9 messidor an V (27 juin 1797), Moniteur, n° 286, 16 messidor an V (4 juill. 1797), col. 2
- au Corps législatif, sur le mariage, 16 ventôse an XI (7 mars 1803), Arch. Parlem. 2/4/89/1
- au Corps législatif, sur la propriété, le 26 nivôse an XII (17 janv. 1804), Arch. parlem. 2/5/206/2
- *La réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des Français*, au Corps législatif, 28 ventôse an XII (19 mars 1804), Arch. parlem. 2/6/169/2

PORTALIS, **TRONCHET**, **BIGOT-PREAMENEU** et **MALEVILLE**,

- *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté en l'an IX par Bordeaux, Éditions Confluences, 2004

PRETOT X.,

- *Les sources du droit du travail au regard du droit public, in Les sources du droit du travail,* Paris, PUF, 1998

PROUDHON P.-J.,

- *Théorie de la propriété*, Paris, 1866, p. 67

PUCHTA G.-F.,

- Presses universitaires de Strasbourg, 2004

PUISAIS E.,

- *La Naissance de l'hégélianisme français*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 143

RANOUIL V.,

- *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Thèse, Paris, PUF, 1980

-

RAUX G.,

- *Du louage de service en droit romain et en droit français,* Thèse de droit, Lille, 1893

Rapport au Premier ministre, Doc. fr., 2006, ann. 1, p. 80 ; RDT 2006.

REMY PH.,

- *Eloge de l'exégèse*, Droits, 1985, n° 1

RENOUARD,

- *Mémoire sur le contrat de prestation de travail*, Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1er trim., 3ème série, t. 7, 1854

RENOUVIER CH.,

- Philosophie analytique de l'histoire, Paris, 1896-1897, t. 2, p. 732 ; t. 4

RESTIF DE LA BRETONNE,

- *Monsieur Nicolas, ou le cœur humain dévoilé*, 6 vol., Paris, 1959, t. 6, Appendice, *Ma politique*

REVELLIERE-LEPEAUX LA.,

- 23 pluviôse an VII (11 févr. 1799), Moniteur, n°148, 28 pluviôse an VII (16 févr. 1799), col. 2, p. 606
- *Mémoires* (écr. 1821-1823), 3 vol., Paris, 1895, t. 2, p. 158

RIBEILLE G.,

- *Courcelle-Seneuil, fondateur du management moderne des entreprises au milieu du XIXème siècle*, in J.-Ph.**BOUILLOUD** et B.-P. **LECUYER** (dir.), *L'invention de la gestion; histoire et pratiques*, 1994, Paris, L'Harmattan

RICHET CH.,

- *Charles Renouard, 1794-1878, discours prononcés à la Cour de cassation, 1871-1877,* précédés d'une notice sur sa vie (1879)

RIEG A.,

- *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Thèse, Strasbourg, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961

RIPERT G.,

- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1ère éd., 1936 ; 2ème éd., 1948, n° 94
- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, 4ème éd., n° 70 et 86
- *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 2ème éd., LGDJ, 1947, n° 2948
- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2ème éd. 1951, p. 268 et 277

ROLLAND L.,

- Texte inspiré d'une communication faite au IXème Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique (Tunis, nov. 2005), *Les principes généraux de droit*

ROSSI P.,

- *Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société,* Paris, 1837

SALEILLE R.,

- *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Librairie générale de droit, Paris, 1901
- *De la cession de dette*, Annales de droit commercial, 1891, t. 4
- *Droit civil et droit comparé*, Revue Intern. Enseignement, t. 61, 1911
- *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand,* Paris, F. Pichon, 1890
- *Etudes sur l'histoire des sociétés en commandite*, Annales de droit commercial, 1897.
- *Introduction à l'usage du code civil allemand*
- *La représentation proportionnelle*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1898, t. 9

- *La responsabilité précontractuelle*, RTD Civ., 1907
- *Le code civil et la méthode historique*, dans *Le code civil, (1804-1904), Le livre du Centenaire*, publié par la Société d'études législatives, t. 1, 1904
- *Le risque professionnel dans le code civil,* La réforme sociale, 1898
- *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle,* Librairie Nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1897, n° 54
- *Méthode historique et codification*, in Atti des congreso internazionale di scienze storiche (Roma 1903), Tipografia della R. Academia dei Lincei, Roma, 1904.
- Préface à Fr. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Sirey, 1899, p. XXIV
- *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, Revue internationale de l'enseignement, 1890, t. 19
- *Rapport présenté à la sous commission de la commission de révision du code civil,* Bulletin de la société d'études législatives, 1905

SARIN E.,
- *Introduction conceptuelle à la science des organisations*, coll. Questions contemporaines, éd. L'Harmattan, 2003, p. 69

SAUZET M.,
- *Le livret obligatoire de l'ouvrier*, Paris, Pichon, 1890. 5, n° 17

SEDILLEZ,
- Au Tribunat, le 12 floréal an XI (2 mai 1803), Arch. parlem. 2/5/63/1.

SIEYES.
- *Délinéaments politiques* (écr. 1774 et 1776), *in* Des manuscrits de Sieyès, 1773-1799, publ. C. Fauré, J. Guilhaumou et J. Valier, Paris, 1999
- *Fragments politiques* (écr. 1774 et 1776), *in* Des manuscrits de Sieyès, 1773-1799, publ. C. Fauré, J. Guilhaumou et J. Valier, Paris, 1999

SIMON H.,
- *Models of bounded rationality*, M.J.T press, vol.2-1982, p. 408sq

SOUBIRAN-PAILLET F.,

- *Accélération du temps juridique et questionnement scientifique : le cas de la réglementation française des relations du travail à la charnière des XIX et XX*^{ème} *siècles*, in *L'accélération du temps juridique*, Fac. Univ. Saint-Louis, Bruxelles, 2000

SOURIAC M.-A.,

- *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse, Paris I, 1986, 1041

SUPIOT A.,

- *Revisiter les droits d'action collective*, in G. VIRASSAMY, I. DAURIAC, F.
- *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, p. 151
- *Droit négocié, droit imposé ?,* Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996.
- *Homo Juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit,* Seuil, 2005.
- *Revisiter les droits d'action collective*, in G. VIRASSAMY, I. DAURIAC, F. EDIMO-NANA, Ph. SAINT-CYR (dir.), *Droits et pratiques syndicales en matière de conflits collectifs du travail*, actes du colloque des 18 et 19 déc. 2000, Centre d'Etudes et de recherches juridiques en droit des affaires, Université des Antilles et de la Guyane, Paris, l'Harmattan, 2002.
- *Critique du droit du travail*, 2ème éd. 2007, Paris, PUF, p. 27.

THEIS L.,

- *François Guizot*, Fayard, mars 2008

TISSIER A.,

- *Le code civil et les classes ouvrières,* in *Le code civil. 1804-1901. Livre du centenaire*, t 1. Paris, 1904

URBAN Q.,

- *La « bonne foi », un concept utile à la régulation des relations individuelles de travail*, Le droit social – La droit comparé, Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2003, n° 6, Presses universitaires de Strasbourg, p. 339.

VALEUR F.,

- *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1938, n° 44, p. 103

VALLEE A.,

- *Le consentement dans le contrat de travail*, Paris, 1930, p. 15

VAN DROOGHENBROECK S.,

- *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2001

VEDEL G.,

- *Comparaison du régime des élections sociales et du régime juridique des élections politiques*, RFSP 1953, p. 231

VETILLARD J.,

- *Du contrat de travail*, Thèse de droit, Rennes, 1898

VIENNOT-VAUBLANC,

- Au Corps législatif, le 24 nivôse an XIII (14 janvier 1805), Arch. parlem. 2/8/433/2

VILLERME L.-R.,

- *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, Paris, Renouard, 1840, II

VIOTTOLO-LUDMAN A.,

- *Egalité liberté et relation contractuelle de travail*, n° 455

WAQUET P.,

- *Les libertés dans l'entreprise : du salarié-citoyen au citoyen salarié*, Éd. Liaisons, 2003.

WARNKONIG L.-A.,

- *De l'enseignement du droit germanique et de l'étude philosophique de la jurisprudence en Allemagne*, Thémis, 10/1830-31

III- ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS, MÉLANGES ET NOTES SOUS ARRET

ADAM G.,

- « Critique d'une étude critique de J.-E. Ray », Dr. soc. 1993, p. 333.

AKANDJI-KOMBE J-F.,

- « Droit constitutionnel, droit international et droit européen des droits de l'homme : concurrence, confusion, complémentarité ? », Dr. soc. 2014, p. 301

ALAUZET I.,

- « Histoire de la possession », Paris, 1849, XVI. _Rev. Wol. 1849, III, p. 409

ANI du 21 mars 1989, Liaisons soc. C2, n° 6221

ANTONMATTEI P.-H.,

- « Les éléments du contrat de travail », Dr soc. 1999, p. 330
- « Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », Dr. soc. 2008, p. 773
- *Les éléments du contrat de travail*, Dr. soc. 1999, p. 332.
- *Les clauses du contrat sous haute surveillance judiciaire*, Liaisons soc. magazine, nov. 2000, p. 74.

ARLIE D.,

- note sous Soc. 3 juil. 1990, Petites Affiches 24 juil. 1992, n° 89, p. 41

AUDREN F. et **FILLON** C.,

- « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », RTD. Civ. 2009

AYACHE I. et **AYADI** M.,

- « Consultation du comité d'entreprise : comment faire face à des situations de blocage à la lumière de la jurisprudence », Sem. soc. Lamy, 24 nov. 2008, n° 244, p. 4

AYNES L.,

- *L'obligation de loyauté*, Arch. phil. dr. 2000, p. 199.

BAILLON-PASSE C.,

- « Relire Josserand », D. 2003
- « Réponse à J.-P. Chazal : mission accomplie, on va relire Josserand », D. 2003

BARÈGE A. et **BOSSU** B. :

- *Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié*, JCP S. 2013, n° 1393.
- *L'ordinateur et la vie privée du salarié*, JCP S 2007, n° 1451.

BARTHELEMY J.,

- « La négociation collective d'entreprise, consensualisme ou formalisme ? », Dr. soc. 1988, p. 401
- « Négociations collectives d'entreprises : dérogations et concessions », Dr. soc. 1988, p. 402
- « L'accord de méthode de la négociation collective », Les Cahiers du DRH, Lamy, 26 oct. 2001, n° 46
- « L'ingénierie de l'accord de méthode », Les Cahiers du DRH, oct. 2001, n° 46
- « Le droit social, technique d'organisation de l'entreprise », Liaisons sociales, éd. Lamy, 2003
- « Conventions et accords collectifs : Pour un vrai droit de leur négociation », Dr. soc. 2003, n° 9/10
- « Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation », Dr. soc. 2003, n° 1, p. 23
- « L'intérêt de l'entreprise », Les cahiers du DRH, n° 146, Septembre 2008, p. 38

BÉLIER G.,

- « Les novations dans le droit de la négociation collective », Dr. soc. 1999

BELLEAU M.-C.,

- « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XX^{ème} siècle en France », Les Cahiers de Droit, vol. 40, n° 3, 1999

BENABENT A., Rapport français, *La bonne foi*, Travaux Association H. Capitant, Litec, 1992, p. 300.

BEUDANT CH.,

- *Le droit individuel et l'Etat. Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1891

BERAUD M.,

- « La nouvelle fonction des élections professionnelles », Sem. soc. Lamy 2011, n° 1485

BERNAUD V.,

- « Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ? », Dr. soc. 2007, p. 174
- « De quelques apports Â« estivaux Â» du droit constitutionnel au droit du travail », Dr. soc. 2009, p. 147

BEROUD S.,

- **«** L'essor du vote électronique dans les élections professionnelles : un terrain d'expérimentation ? », Dr. soc. 2013, p. 522

BLOCH-LAINE F.,

- *Pour une réforme de l'entreprise*, Seuil, 1963

BOCQUILLON F.,

- Dr. soc. 2001, n° 3

BONASSIES P.,

- *A travers le Fenet. Observations sur les sources et l'idéologie du Code civil*, Mélanges Béguet, Université de Toulon et du Var, 1985

BONNECASE J.,

- « Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry Lacantinerie », t. 2, Paris, Recueil Sirey, 1924, p. 480, n° 401

BONNECHERE M.,

- « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères ?, » Dr. Ouv.. 2001

BOCQUILLON F.,

- *La modification du contrat*, Répertoire de droit du travail, n° 51.

BORENFREUND G. et **SOURIAC** M.-A.,

- « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », Dr. soc. 2003

BORENFREUND G.,

- « Le droit du travail en mal de transparence », Dr. soc. 1996, p. 46

BORE J.,

- « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes, RTD civ., 1972, n° 4

BOSSU B.,

- « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre », Dr. soc. 1994, p. 747
- *La loyauté*, Les notions fondamentales, Colloques (dir.) B. TEYSSIE, p. 185.
- note sous Soc. 10 mai 2006, JCP S, n° 38, 19 sept 2006, 1727, p. 21.
- *Nouvelles technologies et surveillance du salarié*, RJS 9/2001, p. 603.
- BOSSU B., *Le salarié, le délégué du personnel et la vidéo surveillance*, Dr. soc. 1995, p. 978.

BOUCHET H.,

- « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », Dr. soc. 2002, p. 178

BOUSEZ F. et **MOREAU** F. :

- *À propos des changements apportés par l'employeur aux conditions de travail*, JCP éd. E, 1997. I. 705.

BRÉZIN S. et **DE BENALCAZAR** I. :

- *L'application du principe du secret des correspondances aux courriers électroniques reçus ou émis à l'aide d'un outil informatique à usage professionnel*, TPS janv. 2002, p.5.

BRUN A.,

- « Le lien d'entreprise », JCP Doctrine, 1962, n°1719

BURGE A.,

- « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral » Rev. Trim. Dr. Civ., 2000

BRISSEAU C.,

- *La religion du salarié*, Dr. soc. 2008, p. 969

BRY G.,

- *Cours élémentaire de législation industrielle*, Paris, 1ère éd., 1895

BUFNOIR,

- *Propriété et contrat*, Rousseau, 1900

BURDEAU G.,

- *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, 2ème éd. 1973, t. VII, n° 171

CHAZAL J-P.,

- *Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, JAMIN CH.et MAZEAUD D. (dir.), Dalloz, 2003, p. 99.

CADIET L. et **LE TOURNEAU** PH.,

- « Abus de droit, Dalloz », Répertoire dr. civ., avr. 2008, n° 19

CANUT F.,

- « La sanction des engagements collectifs en matière d'emploi », JCP, Ed. Soc. n° 25

CARBONNIER J.,

- *Les lieux de mémoires,* (dir. P. NORA), t. 2, La nation, 2ème vol., Paris, Gallimard, 1986
- *Introduction générale au droit*, Paris, PUF, éd. 1991, n° 74
- *Droit civil. Introduction*, Puf, Thémis, 27ème éd., 2002, n° 74

CAUWES P.,

- *Cours d'économie politique, contenant avec l'exposé des principes l'analyse des questions de législation économique,* Paris, t. 3, 3ème éd., 1893

CÉSARO J.-F.,

- « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », JCP S 2007, n° 8, 20 févr. 2007, Étude, n° 1117

CHALARON Y.,

- *L'application de la disposition la plus favorable*, in Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen, Dalloz, Paris 1989
- *La conduite de la négociation*, Dr. soc. 1990, n° 7-8, p. 584
- Travail-Traité, fasc. 19-10, n° 35

CHARMONT J.,

- « La socialisation du droit, (leçon d'introduction d'un cours de droit civil) », Revue de métaphysique et de morale, 1903.

CHAZAL J.-P.,

- « Relire Josserand », oui mais... sans le trahir ! », D. 2003, Chron
- « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel », Revue des contrats 2003
- « G. Ripert et le déclin du contrat », Revue des contrats, 2004

CHEREQUE F.,

- « Quel droit pour la négociation collective de demain ? », Dr. soc. 2008, n° 1

- JDD, 9 juillet 2013

CHEVILLARD A.,

- Dr. soc., n° 4, avril 1993.

CHOLEY J-Y.,

- *La sanction des vices du consentement en droit du travail*, Mélanges Beguet, 1985, p. 90

COIN G.,

- « Politique contractuelle : l'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 », Dr. soc. 1996

CORRIGNAN-CARSIN D.,

- « La période d'essai », RJS 8-9/1995, p. 551

Loyauté et droit du travail, Mélanges offerts à H. Blaise, Paris, Economica, 1995, p. 127.

COTTEREAU A.,

- « Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homales (1806-1866) », Le mouvement social, n° 141, octobre-décembre 1987, Les Editions ouvrières, Paris.
- « Les prud'hommes XIX^{ème}-XX^{ème} siècle », Le Mouvement social, octobre-décembre 1987, n° 141, Paris, Les Editions Ouvrières.

COUTURIER G.,

- « Les nullités du licenciement », Dr. Soc. 1977, p. 277
- « L'intérêt de l'entreprise », in Mélanges J. Savatier, 1992, p. 143
- *La rémunération élément du contrat de travail*, Dr. soc. 1998, p. 525.

CRISTAU A. et **COUTURIER** G.,

- « Licenciement économique : choix de l'employeur et contrôle du juge », Liaisons sociales, fév. 2001, p. 58

DALEAU J.,

- « Vote électronique pour les représentants du personnel », D. Actualité 30 avril 2007

DARESTE.,

- Rev. Wol. 1849, III, p. 317

DAUGAREILH I.m :

- *Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités*, Dr. soc. 1996, p. 128.

DE BENALCAZAR I. :

- *Le salarié est-il victime des nouvelles technologies ?*, TPS mai 2001, p. 4.

DE CAIGNY P.,

- « L'employeur seul juge du choix économique », Dr. soc. 2001, p. 126

DEICHTAL E.,

- « Les contrats de travail et leur application légale », Revue politique et parlementaire, avril-juin 1908.

DELECROIX E.,

- « Le contrat de travail. Étude des propositions de lois concernant les ouvriers mineurs », Revue de la législation des mines, 1885

DESJARDIN et **GLATARD**.,

- Revue des deux mondes du 15 mars 1888

DESPAX M.,

- « L'ordonnance du 27 septembre 1967 sur l'extension des conventions collectives de travail », D. 1968, Chron. 147
- *Les paradoxes de la négociation d'entreprise*, Mélanges G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 69
- « La vie extra professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », JCP éd. G. 1963, I, 1776

DESRENAUDES (Tribun),

- A propos des successions, le 16 prairial an VIII (5 juin 1800), Arch. parlem. 2/1/586/2

DOCKES E.,

- « La réciprocité des dispositions dans la convention collective », Dr. ouv. déc. 1997, p. 503
- « Le pouvoir dans les rapports de travail. Essor juridique d'une nuisance économique », Dr. soc. 2004, p. 620
- « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation », Dr. ouv., janv. 2005, p. 1
- « Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt Viveo », Dr. soc., 2012, p. 606
- *Contrat et répartition du temps de travail : une jurisprudence en chantier*, Dr. soc. 2012, p. 147.
- *Notion de contrat de travail*, Dr. soc. 2011, p. 548.
- *Consécration de la nature contractuelle du salaire*, RJS 3/1998, 168.
- *La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail*, Dr. soc. 1997, p. 140.

DUFRESNE-CASTETS M.-L. et **MOUSSY** P.,

- « A propos du retour en force de la loyauté contractuelle », Dr. ouv., déc. 2006

DUFRESNE-CASTETS M.-L.,

- « L'obligation de l'employeur à une certaine loyauté dans négociation collective : une construction jurisprudentielle qui s'affirme », Chronique ouvrière, 2 déc. 2007

DUPEYROUX J-J.,

- « Quelques questions, en Liberté, égalité, fraternité, et droit du travail », Dr. soc. 1990, p. 10

DUPLAT J. :

- *Mission temporaire en dehors du secteur géographique*, Sem. soc. Lamy 27 janv. 2003,

DURAND P.,

- « Le dualisme de la convention collective », RTD Civ., 1939.
- « Au-delà de la Charte », Dr. soc., 1944.
- « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », JCP 1944, I, p. 387

DUTHEILLET O. de LAMOTHE,

- *Les normes constitutionnelles en matière sociale*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 29 - octobre 2010

EDELMAN B.,

- « La déjudiciarisation du fait de la loi (regards un peu sombres sur les lois Auroux) », Dr. soc., 1984

ESCANDE-VARNIOL M.-C.,

- « La sophistication des clauses du contrat de travail », Dr. ouvr. 1997, p. 478

ESMEIN A.,

- « La jurisprudence et la doctrine », R.T.D. Civ., 1902

FAVENNEC-HÉRY F.,

- *Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif*, RJS 6/2003, p 59.
- *Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire*, Dr. soc. 2004, p. 44.

FAVOREU L.,

- « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », Rev. fr. dr. constit. 1990

FENOUILLET D.,

- « Étienne, Louis Josserand (1868-1941) », Rev. hist. fac. Droit, 1996, n° 17

FLAUSS J.-F.,

- « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Dr. soc. 1982, p. 645.

FOURRIER-HAMARD M.,

- *La situation de famille en droit du travail*, Thèse, Nantes, 1998.

FRANCOIS G.,

- « L'annulation des élections professionnelles pour violation des principes généraux du droit électoral », JCP éd. soc. 12 juin 2012, n° 24, 1261.

FREYSSINET J.,

- « Négocier l'emploi : cinquante ans de négociations interprofessionnelles », Editions Liaisons, mars 2010

FROIN J.-Y.,

- « L'interprétation de la norme collective », RJS 3/96, 137
- « Consultation-Négociation », AFDT, Liaisons sociales, n° 6, 1999

FROSSARD S.,

- « Application des conventions collectives : les limites de l'autodétermination », Dr. soc., 2006

GARRONE P.,

- « Le patrimoine électoral européen. Une décennie d'expérience de la Commission de Venise dans le domaine électoral », RD publ. 2001, n° 5, p. 1417

GAURIAU B.,

- Note sous Soc. 18 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 734.

GAUTIER P-Y.,

- « Le bébé de la jeune maman et la main de l'épouse complaisante : vers la disparition du dol dans la convention de louage de services ? », RTD Civ. 1995, p. 143

GEA F.,

- « La problématique Viveo : Au législateur de prendre la main », RDT 2012, p. 608

GELINEAU-LARRIVET G.,

- « Le temps et le droit du travail », Dr. soc. 2000, p. 238

GHESTIN J.,

- « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », D. 1971, Chron. 52

GHEVONTHIAN R.,

- La notion de sincérité du scrutin, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 13, janvier 2003

GENEVOIS B.,

- Ann. Int. Just. Const., 1989, p. 488, v. note 783.
- « La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs », STH, 1988, n° 342

GOESEL-LE BIHAN V.,

- « Contrôle de proportionnalité et Conseil constitutionnel », R.F.D.C. 1997, n° 30

GRINSNIR J.,

- « Les dispositions nouvelles relatives « au recrutement individuel et aux libertés individuelles » », Dr. ouv. 1993, p. 237.

GUIBAL J.-C.,

- « Plaidoyer pour un « contrat collectif d'entreprise », Dr. soc. 1986

GUIOMARD F.,

- « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur, in Droits fondamentaux et droit social », (dir.) A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, Dalloz, 2005, p. 75
- RDT 2007, Act. p. 42

GULPHE P.,

- « De la non interférence de la vie privée sur la vie professionnelle du salarié en droit français », JCP éd E. 1990, II, 15736

HALPERIN J.-L.,

- *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, coll. Histoires, 1992
- *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Paris, Coll. Droit fondamental, 1996
- *Le Code civil*, Dalloz, Connaissance du droit, 2ème éd., 2003

HAMON L.,

- « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Dr. soc. 1980, p. 431

HAURIOU M.,

- « La théorie de l'institution et de la fondation », Cahiers de la Nouvelle Journée 1925, n° 4, p. 2

HAUSER-COSTA N.,

- « La promesse d'embauche », RJS 5/1997, p. 331

HAUTEFORT M.,

- « Le CE doit-il être consulté lorsque l'employeur applique un accord collectif ? », Jurisp. soc. Lamy, n° 335

INES B.,

- « Détermination des irrégularités affectant les élections professionnelles », D. Actualité, 15 mai 2012.
- « Représentativité des syndicats : portée de la loi du 20 août 2008 », D. 2010, p. 820.
- « Clarifications sur les conditions de conclusion des accords relatifs au vote électronique », D. Actualité, 20 octobre 2011, Soc. 28 sept. 2011, n° 10-27370.

IVAINER TH.,

- « L'ambiguïté dans les contrats », D. 1976. 153

JACOTOT D. et **BOURRIER** C.,

- « L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée », D. 1996, Chr. p. 343.

JAMIN CH. et **JESTAZ** PH.,

- « Doctrine et jurisprudence, cent ans après », RTD Civ., 2002.

JAMIN CH. ,

- « Révision et intangibilité du contrat », Revue droit et patrimoine, 1998, n° 58, p. 69
- « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », Recueil Dalloz, 2002
- « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », R.I.E.J., 2006, p. 56.

JEAMMAUD A. et **LE FRIANT** M.,

- « Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi », Dr. soc. 2001, p. 417.
- « L'ordonnancement des relations de travail », Dalloz, 1998, n° 15.

JEAMMAUD A., **LE FRIANT** M., **LYON-CAEN** A.,

- « L'ordonnancement des relations de travail », D. 1998, Chron. p. 359, n° 29.

JEAMMAUD A. ,

- *La place du salarié individu dans le droit français du travail, in Le droit collectif du travail, Etudes en l'hommage à Hélène Sinay*, Frankfurt, Peter Lang, 1994, p. 347.

- *Le contrat de travail, une puissance moyenne,* in *Analyse juridique et valeur en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier,* Dalloz, 2004, p. 299.
- « Le droit constitutionnel dans les relations de travail », AJDA, 1991, p. 61.
- « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », Dr. soc. 1998, p. 211.
- *Les polyvalences du contrat de travail*, in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. LYON-CAEN,* Paris, Dalloz, 1989, p. 299.
- « Les principes dans le droit français du travail », Dr. soc. 1982, p. 618.
- « Les règles juridiques et l'action », D. 1993, Chron. 207.
- « Les règles juridiques et l'action », D. 1993, 207
- *Le contrat de travail, une puissance moyenne,* in *Analyse juridique et valeur en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier,* Dalloz, 2004, p. 306.

JEAN S.,
- « Droit du travail : les arrêts décisifs 2007/2008 », Liaisons sociales, éd. Liaisons, 2008, p. 278.

JOSSERAND L.,
- « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD Civ. 1937.
- « Le contrat dirigé », D.H. 1933, Chron.
- *Comment les textes de lois changent de valeur au gré des phénomènes économiques*, in *Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Dalloz, 1939, p. 369.
- « Le contrat forcé et le contrat légal », DH, 1940, 1, Chron.
- « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal », D.H. 1940, Chron., 5.
- « Sur la reconstitution d'un droit de classe », D.H. 1937, Chron.
- «Un ordre juridique nouveau », D.H. 1937, Chron.
- «Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD Civ., 1937, p. 1

JOURDAN D.,
- « Le protocole d'accord préélectoral », JCP éd. soc. 27 mars 2012, n° 13, 1132.

JOURDAN P.,
- « Le devoir de se renseigner », D. 1983, Chron. 139.

KIEFFER M.,

- « La législation prud'homale de 1806 à 1907 », Le Mouvement social, octobre-décembre 1987

LAGOUTTE P. et **TEISSIER** A.,

- *Liberté contractuelle, liberté individuelle et intérêt de l'entreprise*, TPS mai 1999, p. 6.

LAIGNEAU M.,

- « Entreprise et l'évolution du salarié citoyen vers le citoyen salarié, Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011.

LANGLOIS P.

- *La réduction du temps de travail et la rémunération*, Dr. soc. 1998, p. 785.

LE CROM J.-P.,

- *Le livret ouvrier au XIXème siècle, entre assujettissement et reconnaissance de soi*, in Etudes offertes à Ph.-J. HESSE, PU Rennes, 2003

LE FRIANT M.,

- « La démocratie sociale : entre formule et concept », Regards, janv. 2001

LE GAC-PECH S.,

- « La figure contractuelle en droit du travail », D. 2005, p. 2250

LEBEN CH.,

- « Conseil constitutionnel et l'égalité devant la loi », RDP 1982, p. 295.

LOISEAU G.,

- *L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail*, Mélanges J. Ghestin, 2001, p. 579

LUCHAIRE F.,

- *Le Conseil constitutionnel, in Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 97.

LUTTRINGER J.-M.,

- « L'obligation de négocier la formation continue dans l'entreprise », Dr. soc. 1985, p. 145

LYON-CAEN A. :

- « Actualité du contrat de travail, brefs propos », Dr. soc. 1988, p. 540.
- « Le renouveau du contrat de travail », Dr. soc. 1992
- « L'égalité et la loi en droit du travail », Dr. soc. 1990, p. 68, n° 7.
- « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre », Dr. soc. 2002, p. 258, cons. 46 à 50.
- *Actualité du code du travail*, Dr. Soc., n°7-8, 1988, p. 540.
- *Droits fondamentaux et droits du travail*, D. 2001, p. 447.
- Note sous Soc. 16 nov. 1993, D. 1994, somm. 312.

LYON-CAEN G.,

- « Critique de la négociation collective », Dr. soc. 1979, p. 350.
- « Droit syndical et mouvement syndical », Dr. soc., 1984.
- « Corporation, corporatisme, néo-corporatisme », Dr. soc., 1986.
- « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », D. 1989, Chron. p. 289.
- « La Constitution française et la négociation collective, commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil constitutionnel par un esprit non prévenu », Dr. ouv. 1996.
- « Les évidences du droit du licenciement pour motif économique », JCP.
- « A propos de l'arrêt SAT », Semaine sociale Lamy n° 1010, 8 janv. 2001.
- « Permanence et renouvellement du droit du travail dans une économie globalisée », Dr. Ouv., 2004.
- *Défense et illustration du contrat de travail*, APD, t. 13, 1968, p. 59.
- *L'obligation implicite*, APD, t. 44, Dalloz, 2000, p. 109.

LYON-CAEN A. et **VACARIE** I.,

- *Droits fondamentaux et droit du travail*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI*^{ème} *siècle*, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Paris, Dalloz, 2001, p. 421

MAILLARD S.,

- « Nullité des élections professionnelles en l'absence de désignation du président du bureau de vote », D. Actualité 3 mars 2008.

MAILLY J.-C.,

- JDD, 9 juillet 2013.

MARGUENAUD J.-P. et **MOULY** J.,

- « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », Revue de droit du travail, 2008, p. 16.

MARTIN X.,

- Bull. soc. fr. histoire des idées et histoire religieuse, vol. 3, 1986, p. 37
- « De l'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », Rev. hist. droit fr. et étr., n° 4, 1982.
- « Fondements politiques du Code Napoléon », RTD Civ. 2003, p. 247.
- "L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », Rev. hist. fac. droit et sc. jur., vol. 4, La doctrine et le droit naturel, I, 1987, p. 87.
- « L'insensibilité des rédacteurs du code civil à l'altruisme », Rev. hist. dr. fr. et étr. 1982, p. 610.

MASSIGLI C.,

- *Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extracontractuelle*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Libr. Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1914

MATHIEU B. et **DION-LOYE** S.,

- « Le syndicat, le travailleur et l'individu : trois personnages en quête d'un rôle constitutionnellement défini », Dr. soc. 1990, p. 525.

MATHIEU B. ,

- « La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail », D. 2003, n° 10.
- « Le recours aux tests génétiques en matière d'emploi », Dr. soc. 2004, p. 257.
- *Vie familiale et clause de mobilité : le tsunami du 14 octobre 2008*, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011.

MAZEAUD D.,

- *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 603.

MELUCCI A.,

- « Action patronale, pouvoir, organisation, Règlements d'usine et contrôle de la main d'œuvre au XIXe siècle », Le Mouvement social, octobre-décembre 1976

MERCOLI S.,

- « Le principe de faveur en droit du travail : l'entrée en disgrâce », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 2006-4 (II).

MERLIN I.,

- « La durée annuelle du temps de travail, une figure en hausse », Dr. soc., 1999.

MESTRE J. et **FAGES** B.,

- obs. sous Com. 19 nov. 2003, RTD civ. 2004, p. 86 ; cité par P. JOURDAIN, « Le devoir de se renseigner », D. 1983, Chron. 24.

MESTRE J. :

- note sous Com. 20 mai 1980, RTD civ. 1996, p. 391
- note sous Soc. 5 oct. 1994, RTD civ. 1995, p. 94

- *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration entre les parties*, RTD civ. 1986, p. 100.
- *Obligations et contrats spéciaux - L'économie du contrat,* RTD civ. 1996, p. 901.

MEYNIAL E.,
- « La déclaration de volonté », RTD, Civ., 1902

MILLARD E.,
- « Hauriou et la théorie de l'institution », Droit et société 1995, n° 30/31

MINE M.,
- « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », Travail et Emploi, n° 84, oct. 2000, p. 52

MODERNE.,
- « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », Rev. fr. dr. adm. 2006

MOLFESSIS N.,
- « La prudence est définitivement de rigueur au Conseil constitutionnel... À l'encontre de la liberté contractuelle », Revue trimestrielle de droit civil, 1998
- « Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil », Revue trimestrielle de droit civil, 1998

MOLINIER V.,
- *Notice sur la vie et les travaux de M. Bénech*, in *Mélanges de droit et d'histoire par M. Bénech,* publiés sous les auspices de l'Académie de Législation, Paris, Cotillon, 1857

MORACCHINI-ZEIDENBERG S.,
- « Existe-t-il une théorie générale du contrat de travail ? », RRJ 2003/3, Droit prospectif, p. 1985

MORAND M. :

- *Conditions de travail : définition objective et conséquences subjectives,* JCP, éd. E 2000, p. 1894.
- *Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions*, JCP éd. E 2003, p. 704.

MORAND M. et **DOCKES** E.,

- « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? », Revue de droit du travail 2007, p. 144

MOREL,

- « La rénovation de la démocratie sociale : vers une société de dialogue », Dr. soc. 2009

MORIN M.-L. et **TEYSSIE** B.,

- « L'accord-cadre », Dr. soc. 1988, p. 741

MORIN M.-L.,

- « L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995 », Dr. soc. 1996
- « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », Dr. soc. 1997
- « Loi et négociation collective : concurrence et complémentarité », Dr. soc. 1998
- « Les accords conclus pour mettre en œuvre les dispositions d'une convention collective sont des accords d'entreprise qui doivent être négociés avec toutes les organisations syndicales représentatives de l'entreprise », D. 1999, p. 177
- « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », Dr. soc. 1999
- Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord, Dr. soc. janv. 2008, n° 1, p. 29

MORVAN P. :

- obs. sous Soc. 22 janv. 2003, JCP 2003. I, 156.

MOULY J.,

- note sous Soc. 3 juil. 1990, D. 1991, p. 507
- note sous Soc. 30 mars 1999, JCP 1999, II, 10195, n° 4
- note sous Soc. 30 mars 1999, JCP éd. E, 2000, p. 1237
- note sous Soc. 30 mars 1999, JCP éd. G. 1999, II, 10195, n° 4
- « La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat », D. 2008, p. 1594
- *Une embarrassante notion : l'économie du contrat*, D. 2000, p. 382.
- « Exercice du pouvoir disciplinaire et égalité de traitement », Dr. soc. 2014, p. 385.

NADAL S.,

- « Conventions et accords collectifs de travail : Droit de la négociation collective », Répertoire Travail, Encyclopédie Dalloz, 2011

NICOD C.,

- « Quel contrôle juridictionnel de la régularité de la négociation collective ? », RDT 2009, p. 665

NIORT J.-F.,

- « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale, Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national », RTD Civ. 2005

ODOUL-ASOREY I.,

- « Le défaut de convocation de tous les syndicats représentatifs à la négociation de la révision d'un accord collectif constitue le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical », RDT 2009, p. 245
- « Principe de participation des travailleurs et droit du travail », Dr. soc. 2014, p. 356

OGIER-BERNAUD V.,

- « Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives », JCP, Ed. Générale, n° 12, 17 mars 2004

OLIVIER J.-M.,

- « Est nul l'accord de révision négocié avec les seuls syndicats signataires de l'accord révisé », TPS, juin 2002, p. 16

PACTET B.,

- « Le droit des élections sociales », Dr. soc. 1964, p. 134

PASCRE R.,

- « La négociation collective après la loi du 13 novembre 1982 », Dr. ouv. 1983, p. 47.
- « Le « contrat collectif d'entreprise » dévastateur », Dr. ouvrier 1985.

PATIN M.,

- « L'obligation de neutralité au cours de la campagne électorale dans l'entreprise », JCP éd. soc. 16 octobre 2012, n° 42, p. 1428

PAILLUSSEAU J.,

- « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », D. 1999, Chr., p. 157

PEANO M-A.,

- « L'intuitus personae dans le contrat de travail », Dr. soc. n° 2, fév. 1995, p. 129

PECAUT-RIVOLIER L. ,

- « Donner l'information : les obligations du salarié », Dr. soc. 2013, p. 103
- « L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise » Dr. soc. 2013, p. 502

PECAUT-RIVOLIER L. et **PETIT** F.,

- « Le redéploiement des forces syndicales, Enjeux et mesures de l'audience électorale », Dr. soc. 2010, p. 1168

PELISSIER J.,

- « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », RJS, 1/04, p. 3
- « Défaut de cause économique et absence de nullité », RJS 2012, 427, n° 536
- « Réorganisation de l'entreprise et pouvoir du juge », D. 2001, p. 1125

- « La loyauté dans la négociation collective », Dr. ouv. déc. 1997, p. 506
- « La négociation sur les salaires, problèmes juridiques », Dr. soc. 1984, p. 661
- « Droit civil et contrat individuel de travail », Dr. soc. 1988, p. 387
- *Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat et les changements des conditions de travail*, Mélanges offerts à P. Couvrat, PUF, 2001.
- *Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail*, RJS 1/2004, 3.

PERRIN L.,
- « Élections professionnelles : score électoral = score personnel », D. actualité, 27 octobre 2011
- « Le droit des conventions collectives face au juge administratif et à la Constitution », D. actualité, 2007, 2393

PERROT M.,
- « L'espace de l'usine », Le mouvement social, octobre-décembre 1983

PESKINE E.,
- « La célébration de l'accord collectif d'entreprise, Quelques enseignements de la loi relative à la sécurisation de l'emploi », Dr. soc. 2014, p. 438

PETIT F.,
- « L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise », Dr. soc. 2000, p. 603
- « L'égalité de traitement entre les syndicats », D. 2002, n° 1, Jurisp., p. 34
- « De la négociation à la conclusion d'un avenant portant révision d'un accord collectif », D. 2002, n°49, p. 3231
- « Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », D. 2005, n° 27, p. 1815
- « L'unité économique et sociale peut-elle accueillir un CHSCT ? », Dr. soc. 2008, p. 560
- « Le vote électronique dans l'entreprise », JCP éd. Soc. mai 2008, p. 17
- « La campagne électorale dans l'entreprise », JCP éd. soc. 19 mai 2009, n° 21, p. 1222

- « La propagande électorale dans l'entreprise », JCP éd. soc. 2009, 1222, p. 18
- « Les effets de seuils électoraux en matière syndicale depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 », Dr. ouv. 2010, p. 655
- « Les causes d'annulation d'un scrutin », Dr. soc. 2010, p. 595
- « Les incidences d'un retrait de candidature », Dr. soc. 2011, p. 107
- « Le vote électronique est-il adapté aux élections des représentants du personnel ? », RDT 2012, p. 413
- « Principes généraux du droit électoral, Candidatures, Dépouillement », Dr. soc. 2012, p. 534
- « Syndicat. Liste de candidats. Annulation des élections », Dr. soc. 2012, p. 531
- « L'application sélective du Code électoral dans l'entreprise (vademecum du salarié électeur) », Dr. ouv. 2014, p. 22

PETTITI C. :
- *L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection du domicile du salarié*, TPS avr. 1999, p. 4.
- *Le droit des fouilles dans les entreprises et les locaux commerciaux*, JCP 1989. 3373.

PICOD Y., :
- *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP G. 1988, I, 3318.

PIROVANO A.,
- « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », D. 1972, Chron.

PLANQUE J-C. :
- *Vers un assouplissement des conditions de licéité de la surveillance des salariés ?*, D. 2000, p. 2292.

POHE-TOPKA D.,
- Note sous CA Montpellier, 5 févr. 2002, LPA 10 sept. 2003

PRETOT X.,
- « Les bases constitutionnelles du droit social », Dr. soc. 1991, p. 196

- « Le Conseil constitutionnel et la participation des travailleurs », Dr. soc. 1994.
- « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit du travail : l'articulation de la loi et de la négociation collective », Dr. soc. 2003

RADE CH.,
- « Exercice du droit de grève et négociation collective », Dr. soc. 1996, p. 27 (au sujet de Soc. 7 juin 1995, Bull. n° 180)
- « La figure du contrat dans le rapport de travail », Dr. soc. 2001, p. 802
- « De l'effectivité du principe « à travail égal, salaire égal » », Dr. soc. 2008, p. 530
- « Que reste-t-il de l'accord de modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008 après la loi du 25 juin 2008 ? », Lexbase Hebdo, édition sociale, n° 319, 25 sept. 2008
- « Variations autour de la justification des atteintes au principe « à travail égal, salaire égal » », Dr. soc. 2009, p. 399
- « La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ? », Dr. ouvrier 2010
- « De l'accord national interprofessionnel », Dr. soc. 2010
- *La figure du contrat dans le rapport de travail*, Dr. soc. 2001, p. 810.
- *Les limites du « tout contractuel* », Dr. soc. 2000, p. 828.

RAVANAS J.,
- *Protection de la vie privée : la preuve illicite d'une relation « défectueuse » de travail*, D. 2003. Chron. 1305.

RAY J.-E.,
- « Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 », Dr. soc. 1993, p. 103
- obs. sous Soc. 5 oct. 1994, Dr. soc. 1994, p. 973
- « À propos de la subsidiarité horizontale », Dr. soc. 1999
- « Les grandes manœuvres du droit de la négociation collective », Dr. soc. 1999
- « Du tout-État au tout contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ? », Dr. soc. 2000
- « 4 mai 2004 - mai 2008 : le droit de la négociation collective entre deux lois ». À propos du rapport Chertier, Dr. soc. 2006
- - *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination*, Dr. soc. 1992, p. 525.

- - *La mobilité du salarié, aspects individuels*, Dr. soc. 1989, p. 432.
- - *Mutations de l'entreprise et modification du contrat de travail*, 2000, Éd. Liaisons, n° 29, p. 34
- « Droit du travail et TIC », Chroniques semestrielles, Dr. soc. 2007, p. 140, 275 et 423
- « Quel droit pour la négociation collective de demain ? » Avant-propos, Dr. soc. Janv. 2008, n° 1, p. 3, note n° 7
- « Quel droit pour la négociation collective de demain ? » Avant-propos, Dr. soc., n° 1, Janvier 2008, p. 3, note 2
- « Actualités des TIC », Dr. soc. 2008, p. 1072 et 2009, p. 22
- « Les libertés dans l'entreprise », Pouvoirs, n° 130, oct. 2009, p. 127-142, numéro spécial : L'état des libertés
- « D'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail », Dr. soc. 2010, p. 3, numéro spécial Vie professionnelle et vie personnelle
- « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », Dr. soc. 2010
- « Du salarié citoyen au citoyen salarié », Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, mars 2011

RAYNAUD J.,
- *Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dite déloyale en droit du travail*, JCP S 2013, n° 1054.

REULOS M.,
- *Discours prononcé par Louis Portiez de l'Oise*, Rev. d'hist. fac. dr., 13/1992

RICHARD DE LA TOUR J. :
- *Le libre choix du domicile du salarié et le contrat de travail*, RJS 2/1999, p. 94.

RICHEVAUX M.,
- note sous Soc. 25 avril 1990, Dr. ouv. 1990, p. 392

RIVERO J. et **VEDEL** G.,
- « Les problèmes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 », Dr. soc., 1947, fasc. XXXI

RODIÈRE P.,

- « La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social », SSL, n° 1148, 15 déc. 2003
- « La loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social, une réforme en devenir, La réforme du dialogue social », SSL, suppl. n° 1183, 27 sept. 2006

ROSSI P.,

- *Observations sur le droit civil français dans ses rapports avec l'état économique de la société*, in *Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*, t. 2, Paris, Guillaumin, 1857

ROUMIER W.,

- « Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ? », TPS, févr. 2003, p. 9

SACHS-DURAND C.,

- « La légitimité syndicale dans l'entreprise », Dr. ouv. 1993, p. 39

SALEILLE R.,

- « Droit civil et droit comparé », Revue Intern. Enseignement, t. 61, 1911
- « La responsabilité précontractuelle », RTD Civ., 1907
- *Les méthodes de l'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse,* Revue internationale de l'enseignement, 1902

SARAMITO F.,

- « Le nouveau visage de la négociation collective », Dr. Ouv. 2004

SAVATIER J.,

- « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », Dr. soc. 1982
- « L'interdiction des décisions unilatérales de l'employeur au cours de la négociation annuelle d'entreprise », Dr. soc. 1995, p. 43

SAVATIER R.,

- « Destin du Code civil français », RID comp. 1954

- *Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels*, Dr. soc. 1988, p.135.

SCHEIDT M.,

- « Existe-t-il des limites au contrôle judiciaire des choix économiques de l'employeur ? », RPDS 2001, p. 13

SIRO J.,

- « Élections professionnelles et modalités d'organisation du vote électronique », D. Actualité 5 avril 2013

SCHUTZENBERGER,

- *Etudes de Droit public*, Paris-Strasbourg, 1837

SOUBIE R.,

- « La négociation collective : déclin ou renouveau ? », Dr. soc. 1984

SOULIER P.,

- « L'objet de la négociation », Dr. soc. 1990, p. 596

SOURIAC M.-A. et **BORENFREUND** G.,

- La négociation collective entre désillusion et illusion, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle, Mélanges offerts à Jean-Maurice Verdier, Dalloz, 2000

SOURIAC M.-A.et **LANGLOIS** P.,

- « Que penser du Rapport Chertier ? », RDT 2006, p. 216

SOURIAC M.-A.,

- « Le droit à la négociation et sa sanction », Dr. soc. 1982, p. 729

- *Actualité et devenir de l'obligation de négocier, quelques aperçus,* Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, p. 498

- « Conflits du travail et négociation collective, quelques aspects », Dr. soc. 2001, p. 705
- « L'articulation des niveaux de négociation », Dr. soc. 2004
- « Loyauté dans la négociation collective : le juge se désengage » (à propos de Soc. 12 oct. 2006, n° 05-15069, RDT 2007, p. 186
- « Les réformes de la négociation collective », RDT 2009, p. 14

SOURIAC-ROTSCHILD M.-A.,
- Note TGI Nanterre, 11 mars 1994, D. 1994, p. 310
- « Engagements et arrangements sur l'emploi, quelle efficacité juridique ? », Dr. soc. 1997, p. 1061

SUPIOT A. :
- « Le juge et le droit du travail », Dr. soc. 1980
- « Les syndicats et la négociation collective », Dr. soc. 1983, p. 63
- « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », Dr. soc. 1989, p. 19
- « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », Dr. soc. 1989, p. 196
- « La réglementation patronale de l'entreprise », Dr. soc., 1992
- *Parité, égalité, majorité dans les relations collectives de travail, Le droit collectif du travail,* Etudes en l'honneur de H. Sinay, Peter Lang, 1994
- La loi dévorée par la convention ?, in Droit négocié, droit imposé, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1996
- « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », Dr. soc. 2003, p. 61.

TALLARD M.,
- « La généralisation de la couverture conventionnelle », Travail et emploi 4/90, n° 46

TERNEYRE P.,
- « Droit constitutionnel social. Inventaire en guise d'ouverture », Rev. fr. dr. consl. 1990, p. 339

TEYSSIE B. ,

- « Personnes, entreprises et relations de travail », Dr. soc. 1988, p. 374
- « A propos de la négociation collective d'entreprise », Dr. soc. 1990, p. 577
- « Le droit du lock-out » Dr. soc. 1994, p. 795
- « L'intérêt de l'entreprise, Aspects de droit du travail », D. 2004, n° 24, Chron., p. 1680
- « Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2004, n° 17

TOURNAUX S.,

- *Changement d'horaires et droits fondamentaux du salarié*, RDT 2012, p. 31.

TROPLONG,

- « Réponse aux critiques de M. Valette », Rev. Wol. 13/1841
- « Le droit civil expliqué, t.3, De l'échange et du louage », Paris, C Hingray, n° 843, 1840. Rev. Wol. 10/1839
- « De l'esprit démocratique dans le Code civil », Mémoire à l'Académie des sciences morales et politiques, reproduit dans Revue de législation et de jurisprudence, 1848-1850, t. 37

VACHET G.,

- « A travail égal, salaire égal », Dr.soc. 2008, p. 1046

VAN CRAEYNEST B.,

- « CFE-CGC », L'Express, 20 mai 2012

VEDEL G.,

- *Aspects généraux et théoriques*, in *L'unité du droit*, Mélanges en hommage à Roland Drago, Paris, Economica, 1996

VERDIER J.-M.et **LANGLOIS** P.,

- « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », D. 1972, Chron. 253

VERDIER J.-M.,

- « Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ? », Dr. soc. 1997
- « Accords collectifs et action syndicale en justice : le rôle fondateur de l'article 411-11 du Code du travail », D. 2002, Chron. 505

VERDKINDT P-Y.,

- « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », Dr. soc. 2010, p. 519

VIGNEAU CH. :

- *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr. Soc. n° 718, p. 706.

VUY A.,

- Rev. Wol. 12/1840, p. 462

WAQUET P.,

- « Vie professionnelle et vie personnelle du salarié », Cahier Sociaux du Barreau de Paris 1994, p. 289
- « Le renouveau du contrat de travail », RJS 1999, p. 383. _Dr. soc. 1990, p. 149.
- « Emploi et profit », RJS 5/06
- *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, RJS 12/1996, p. 791.
- *Halte aux stratagèmes*, Sem. soc. Lamy, 1998, n° 138, p. 5.
- *La modification du contrat de travail, à propos d'un « tournant » dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, CSB 1993, p. 57.
- *Le contrôle de la chambre sociale en droit du travail*, Rapport de la Cour de cassation 1989, Doc. fr. 1990, p. 167
- obs. sous Soc. 20 oct. 1998, Dr. soc. 1998, p. 1045.
- *Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail*, Dr. soc. 1999, p. 566.
- *Pouvoir de direction et libertés des salariés*, Dr. soc. 2000, p. 1054

ZELCEVIC-DUHAMEL A. :

- *La notion d'économie du contrat en droit privé*, JCP 2001, I, 300.

VI- OUVRAGES ET ARTICLES NON-JURIDIQUES

ASSELAIN J.-C.,

- *Histoire économique de la France du XVIIIe siècle à nos jours*, 1984, Paris, Le Seuil, t. 1.

BARTHELEMY J., **SAINT-HILAIRE**, M.,

- Victor *Cousin. Sa vie et sa correspondance*, Paris, 1895, t. 3.

CHATEAUBRIAND,

- *Atala* (1801), préface, Genève, 1973.

CHEVALIER L.,

- *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIXe siècle,* Plon, collection Civilisations d'hier et d'aujourd'hui, 1958.

CHRISTOPHE P.,

- *Grandes figures sociales du XIX*^{ème} *siècle*, Desclée de Brouwer, 1995.

CLEMENT A.,

- *La politique sociale de Turgot : entre libéralisme et interventionnisme*, *L'Actualité économique*, vol. 81, n° 4, 2005.

DAVID M.,

- *Les fondements du social*, Anthropos, 1993.

FLAUBERT G.,

- *L'éducation sentimentale*, paru en 1869, réed. Paris, Seuil, Coll. Tel quel, 1963.

GUIN Y. ,

- *Le mouvement ouvrier nantais*, Paris, Maspero, 1976.

MORELLET à **PETTY** W.,

- Marquis de Lansdowne, 13 févr. 1796 (24 pluviôse an IV),
- *Lettres d'André Morellet*, 2 vol., Oxford, 1991 et 1994, t. 2

PARISOT L.,

- Le Monde, 13 juin 2012

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

Autonomie de la volonté :

- Autonomie contractuelle : 74 et s.
- Formalisation : 48 et s.
- Intégration : 144 et s.
- Théorie : 67 et s.

Code civil :

- Instrumentalisation : 59 et s.
- Matérialisme : 28 et s.
- Promulgation : 32 et s.
- Rédaction : 2. et s., 19 et s.

Consensualisme : 70 et s.

Contrat :

- Force obligatoire : 79 et s.
- Interprétation libérale : 81 et s.

Contrat de travail :

- Clause d'exclusivité : 812
- Clause de non-concurrence : 807 et s.
- Clause de non sollicitation : 811
- Création : 131 et s.
- Droits fondamentaux : 271 et s., 283 et s.

- Individualisation : 264 et s.
- Obligation d'adaptation : 815 et s.
- Obligation de reclassement : 824 et s.
- Renouveau : 256 et s.
- Rupture : 806 et s.
- Suspension : 798 et s.

Convention collective :

- Application : 834 et s.
- Clauses de maintien de l'emploi : 835 et s.
- Emergence : 206 et s.
- Fonction : 207 et s.
- Inexécution : 841 et s.
- Principe de faveur : 212 et s., 229 et s.
- Signatures séparées : 410 et s.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : 17 et s.

Droit naturel : 23 et s.

Elections professionnelles :

- Candidats : 316 et s.
- Electeurs : 328 et s.
- Organisation : 315 et s.
- Scrutin : 355 et s.

Employeur :

- Constitutionnalisation des pouvoirs : 273 et s.
- Pouvoir de gestion : 277 et s.
- Pouvoir réglementaire : 124 et s., 136 et s.

Idéalisme : 39 et s.

Individualisme contractuel : 142 et s.

Intangibilité contractuelle : 78 et s.

Libéralisme :

- Contrat : 56 et s.
- Notion : 53 et s.

Liberté :

- Contrat : 74 et s.
- Liberté d'entreprendre : 89 et s.

Licenciement :

- Licenciement disciplinaire : 827
- Licenciement économique : 825
- Licenciement pour insuffisance professionnelle : 826.

Louage d'ouvrage : 91, 98 et s.

Négociation collective :

- Accord de méthode : 484 et s.
- Conduite : 424 et s.
- Consultation du comité d'entreprise : 360 et s.
- Convocation des organisations syndicales : 378 et s.
- Décision unilatérale : 490 et s.
- Dérogation : 226 et s., 234 et s.
- Dialogue : 455 et s.
- Droit : 245 et s.

- Extension : 212 et s.
- Grève : 508 et s.
- Information : 426 et s.
- Négociation d'acquisition : 220 et s.
- Participation simultanée : 394 et s.
- Principe de participation : 249 et s.

Réalisme contractuel : 183 et s.

Socialisation :

- Contrat : 172 et s.
- Droit : 139 et s.
- Mise en œuvre : 193 et s.
- Notion : 289 et s.

Socialisme juridique :

- 177 et s.

Solidarisme contractuel :

- Déploiement : 181 et s.
- Fonction sociale : 190 et s.
- Propositions : 186 et s.

Subordination :

- Admission : 134 et s., 199 et s.
- Critère de qualification : 201 et s.
- Notion : 137 et s.
- Proposition : 128 et s.

Théorie institutionnelle : 205 et s.

Vices du consentement : 117 et s.

Volontarisme : 70 et s.

TABLE DES MATIERES

Introduction……...p. 8

Partie 1 L'émergence de la notion de loyauté……...p. 18

Titre 1 L'échec de la présomption de justice contractuelle…… p. 20

Chapitre 1 Une théorisation artificielle et doctrinaire……...p. 21

Section 1 L'enjeu social à la rédaction du code civil……..p. 21

§ 1 : Une société dissoute par l'antagonisme des individualités……...p. 22

I L'unanime consternation……..p. 22

A : Des constats affligés……...p. 22

B : Des analyses déterminantes……p. 24

II L'esquisse des solutions……...p. 25

A : La conscience de l'enjeu politique……p. 25

B : Le recours à l'outil juridique……..p. 26

§ 2 : Un code garant de l'inter-individualité……p. 28

I Le nécessaire rejet des doctrines individualistes……..p. 28

A : Une méfiance exacerbée quant à l'individu……...p. 29

B : Une défiance latente quant au droit naturel……p. 30

II La nécessité de garantir les liens inter-individuels……..p. 33

A : L'indispensable recours à la loi……p. 33

B : Le concours légitime du juge……p. 37

Section 2 L'ajustement libéral à la relecture du code civil……p. 41

§ 1 : L'influence de l'idéalisme philosophique……p. 41

I La réception juridique de l'idéalisme……...p .41

A : La diffusion juridique de l'idéalisme…… p. 42

B : L'appropriation juridique de l'idéalisme……p. 45

II L'admission contractuelle de l'idéalisme…… p. 47

A : La formalisation de l'autonomie de la volonté individuelle…… p. 47

B : La justice présumée de l'autonomie contractuelle de la volonté……p. 48

§ 2 : Le déploiement des références libérales……...p. 50

I L'émergence de revendications libérales…….p. 50
A : Le rejet de l'« interventionnisme étatique »……...p. 50
B : La promotion du libéralisme contractuel……...p. 52
II L'instrumentalisation libérale du code civil……p. 54
A : La redéfinition artificielle du contrat…….p. 54
B : L'interprétation erronée de la force de « loi »……p .56

Chapitre 2 Un régime présomptif inadapté aux relations de travail……p. 63
Section 1 Des présomptions rigides et fictives……...p. 63
§ 1 : Des présomptions rigides……..p. 63
I Volonté et libertés présumées à la formation du contrat……..p. 64
A : Volontarisme et consensualisme……p. 64
B : autonomie et liberté……p. 65
II Intangibilité et force obligatoire exigées à l'exécution du contrat…….. p. 66
A : Force obligatoire……p. 66
B : Intangibilité……p. 68
§ 2 : Des présomptions fictives…….p. 70
I Une émancipation ouvrière fragile…….. p. 70
A : La récence de la suppression de la subordination statutaire……..p. 70
B : L'émergence de la domination économique……..p. 76
II La nécessité de garanties juridiques effectives……p. 77
A : La préférence au régime légal du louage d'ouvrage……..p. 78
B : La mise en place d'usages correctifs et de jugements en équité……p. 83
Section 2 Des solutions insuffisantes et déterminantes……..p. 87
§ 1 : La négation du déséquilibre contractuel…….. p. 88
I Le rejet de l'inégalité économique à la formation du contrat……..p. 88
A : L'application de la présomption de liberté…… p. 88
B : L'inapplicabilité des vices du consentement……. p. 91
II Le déni du pouvoir à l'exécution du contrat……p. 92
A : Un pouvoir présumé contractuel……p. 92
B : Un pouvoir exercé pleinement…….. p. 96
§ 2 : La reconnaissance d'une subordination contractuelle exorbitante…….. p. 98
I La proposition doctrinale de subordination contractuelle……p. 99
A : L'insuffisance présumée du code civil…….. p. 99

B : L'admission doctrinale de la subordination inhérente au salariat……p. 101
II La consécration jurisprudentielle de la subordination contractuelle……. p. 102
A : La légitimation du pouvoir par la subordination contractuelle……... p. 102
B : La justification de la compétence réglementaire de l'employeur…… p. 104

Conclusion du Titre 1…….. p. 106

Titre 2 La nécessité de garanties effectives à la justice contractuelle…….. p. 108

Chapitre 1 Une socialisation fonctionnelle…….p. 109
Section 1 L'affirmation structurelle du libéralisme……. p. 109
§ 1 : L'individualisme constitutionnel à l'ordre juridique……. p. 110
I L'intégration des fondements juridiques libéraux…….p. 110
A : L'intégration de la théorie de l'autonomie de la volonté…… p. 110
B : l'intégration du caractère fondateur de la théorie…… p. 113
II L'assimilation des principes volontaristes contractuels…….p. 115
A : Une adhésion franche aux valeurs contractuelles libérales…… p. 116
B : Une critique sévère aux interventions étatiques……. p. 121
§ 2 : L'impératif d'adaptabilité juridique……p. 125
I L'innovation dans l'interprétation des règles et de la mobilisation des sources …….p. 125
A : Une interprétation juridique fonctionnelle…….. p. 125
B : L'extension des sources du droit……. p. 127
II La pérennité des représentations contractuelles libérales……..p. 131
A : Les impératifs de sécurité et de prévisibilité transactionnels……..p. 132
B : L'impératif de souplesse contractuelle……p. 133
Section 2 Une socialisation contextuelle…… p. 136
§ 1 : Un contexte social déterminant……..p. 136
I L'émergence de la dangereuse question sociale……p. 136
A : La constitution d'une classe protestataire……p. 136
B : La dangerosité matérielle et idéologique…… p. 139
II La nécessité du compromis……p. 141
A : Le déploiement du solidarisme contractuel…… p. 142
B : Des propositions solidaristes techniques et dérogatoires…….p. 147

§ 2 : L'émergence d'un droit social d'exception……p. 166
I La protection légale de la subordination dans l'exécution du contrat individuel de travail…… p. 166
A : L'admission de la subordination individuelle en droit positif……p. 166
B : La protection légale de la subordination contractuelle…… p. 172
II La protection structurelle des dispositions conventionnelles collectives…….. p. 179
A : La légalité de l'association collective professionnelle……p. 179
B : L'extension des effets de l'accord collectif professionnel…….. p. 183

Chapitre 2 Une socialisation conceptuelle……. p. 194
Section 1 L'investissement du concept conventionnel en matière de relations collectives……p. 194
§ 1 : La contractualisation de la négociation collective……..p. 195
I Le principe de la dérogation au soutien de la liberté et de l'autonomie des négociations……p. 195
A : Une impulsion législative……p. 195
B : L'affirmation jurisprudentielle de la relativité du principe de faveur…..p. 199
II La substitution du partenariat à l'antagonisme des parties……p. 201
A : L'enjeu d'optimisation de l'accord……. p. 201
B : L'abandon de la fonction protectrice de l'accord…… p. 204
§ 2 : La *conventionnalisation* du droit social……..p. 206
I L'émergence d'un droit social…….. p. 206
A : L'influence informelle des partenaires sociaux…….. p. 207
B : L'engagement formel de recourir aux négociations collectives…….. p. 209
II La constitutionnalisation du droit à la négociation collective……p. 213
A : L'absence de fondement constitutionnel à la négociation collective légiférante……p. 213
B : L'affirmation d'un droit fondamental de participation……p. 219
Section 2 Le réinvestissement du concept contractuel en matière de relations individuelles……p. 226
§ 1 : La réhabilitation du contrat dans le rapport d'emploi…… p. 226
I La nature contractuelle du rapport d'emploi suggérée par la loi…….. p. 227
A : La localisation des principales règles relatives au rapport individuel d'emploi …….. p. 227

B : Les procédés législatifs d'encadrement du rapport individuel d'emploi……..... p. 230

II La structure contractuelle du rapport d'emploi mobilisée par la jurisprudence……..... p. 231

A : La validité des clauses spécifiques dans le rapport d'emploi……..p. 231

B : La rigueur des règles professionnelles exclue du rapport contractuel….p. 235

§ 2 : L'affirmation des droits fondamentaux dans le rapport d'emploi……. p. 239

I La contractualisation soutenue par les fondements constitutionnels aux pouvoirs de l'employeur……p. 240

A : La reconnaissance constitutionnelle aux droits de l'employeur…….p. 240

B : La protection judiciaire des compétences économiques de l'employeur ……p. 245

II La contractualisation sanctionnée par les droits fondamentaux des salariés….p. 251

A : Les limites substantielles tirées des droits des travailleurs……. p. 251

B : Les limites innovantes tirées des droits des citoyens……...p. 253

Conclusion du Titre 2……...p. 259

Conclusion de la Partie 1…… p. 261

La loyauté : Une notion juridique…… p. 262

La loyauté : Une notion fonctionnelle……...p. 265

La loyauté : Une notion contractuelle……...p. 269

Partie 2 L'utilité de l'obligation de loyauté……p. 272

Titre 1 L'obligation de loyauté dans l'édification du rapport d'emploi……. p. 274

Chapitre 1 La loyauté de la négociation collective…… p. 275

Section 1 La loyauté de l'identification des parties à la négociation……p. 275

§ 1 : La loyauté dans le mode de désignation électorale des négociateurs……p. 276

I La loyauté quant à l'organisation des élections…… p. 280

A : La loyauté quant aux candidats……p. 280

1. La loyauté quant au traitement des candidatures……. p. 280

2. La loyauté quant au traitement des candidats……p. 283

B : La loyauté quant aux électeurs…… p. 284
1. La loyauté quant aux « *manœuvres des électeurs* »…….. p. 285
2. La loyauté quant aux « *contraintes sur les électeurs* »……. p. 286
II La loyauté quant à l'organisation du scrutin…… p. 286
A : La loyauté quant aux dispositifs matériels de contrôle du scrutin…….. p. 287
1. La loyauté dans l'utilisation des bulletins blancs……...p. 287
2. La loyauté dans la nécessité de l'isolement…….. p. 288
B : La loyauté quant aux personnes chargées de contrôler le scrutin……p. 291
1. La loyauté dans la composition du bureau de vote……p. 292
2. La loyauté dans l'admission des représentants mandatés et des candidats au scrutin…… p. 293
§ 2 : La loyauté dans les modalités de participation collective des négociateurs……...p. 298
I La loyauté dans la convocation de tous les participants à la négociation…… p. 299
A : L'obligation de loyauté quant à la consultation des institutions représentatives du personnel……...p. 299
1. Une consultation étendue du point de vue de la représentation du personnel…… p. 299
2. Les incidences de la consultation limitée aux prérogatives de la représentation syndicale…… p. 306
B : L'obligation de loyauté quant à la convocation de toutes les organisations syndicales représentatives……...p. 309
1. La généralité de l'obligation légale de convocation…… p.310
2. L'extension jurisprudentielle de l'obligation de convocation……p. 313
II La loyauté dans la simultanéité de la participation à la négociation……. p. 317
A : L'obligation de loyauté quant à la négociation simultanée avec toutes les organisations syndicales représentatives…… p. 317
1. Une exigence consubstantielle à la notion de négociation…… p. 317
2. Une exigence reconnue à toutes les hypothèses de négociation……p. 319
B : L'absence d'obligation quant à la signature simultanée avec toutes les organisations syndicales représentatives…… p. 325
1. L'absence d'exigence de simultanéité des signatures de l'accord…… p. 325
2. L'intérêt d'une simultanéité des signatures de l'accord…… p. 326
Section 2 La loyauté dans l'élaboration de l'acte conventionnel…… p. 331
§ 1 : Loyauté et bilatéralité dans l'élaboration de l'acte……..p. 332

I La loyauté dans l'obligation préalable d'information……p. 332

A : Une information précise et explicite quant à la loyauté des négociations obligatoires…… p. 333

1. Les précisions légales en matière de négociation de branche……p. 333

2. Les précisions légales en matière de négociation d'entreprise…… p. 336

B : Une information autonome et incertaine quant à la loyauté des négociations facultatives……..p. 339

1. Une application à conquérir pour l'obligation de loyauté…… p. 339

2. Une garantie d'effectivité pour l'impératif de loyauté de la négociation ……p. 342

II La loyauté de l'obligation bilatérale ou générale ou réciproque de dialoguer …… p. 344

A : La loyauté quant à l'obligation de formuler des propositions et des contre-propositions motivées…… p. 345

1. L'ambivalence de la loi à propos de l'obligation d'échanger des propositions motivées…… p. 345

2. La nécessité des sanctions au manquement de l'obligation d'échanger des propositions motivées…… p. 348

B : La loyauté quant à l'optimisation contractuelle des modalités de la négociation…….…… p. 353

1. L'aménagement autonome et volontaire du dialogue social…….....p. 353

2. L'exercice consensuel et optimisé du droit de participation……..p. 357

§ 2 : Loyauté et sanction de l'unilatéralité pendant les négociations…… p. 360

I La déloyauté des mesures unilatérales prises par l'employeur au cours de la négociation……..p. 360

A : L'obligation de loyauté garantie par l'interdiction de l'action unilatérale…..... p. 361

1. La portée générale du principe……...p. 361

2. Les difficultés d'application du principe……...p. 363

B : La sanction de la déloyauté née de l'exercice du pouvoir unilatéral……p. 365

1. La détermination des mesures civiles……p. 365

2. L'imprécision de la notion justificative de l'urgence……p. 368

II L'absence de déloyauté dans l'exercice du droit de grève des salariés au cours de la négociation…… p. 368

A : La manifestation d'une mesure unilatérale utile…… p.369
1. La grève à l'appui des revendications professionnelles…… p. 369
2. La difficile qualification de l'abus du droit de grève…… p. 370
B : L'exercice d'un droit fondamental des travailleurs…… p. 371
1. La protection constitutionnelle du droit de grève……..p. 371
2. Une limite à l'obligation de loyauté dans la négociation collective…… p. 372
Conclusion du Chapitre 1…… p. 374

Chapitre 2 La loyauté du recrutement individuel……p. 386
Section 1 La loyauté des modalités de sélection du contractant…….. p. 387
§ 1 : La dénaturation de l'obligation de loyauté du candidat à l'égard de la légitimité de l'employeur en matière de recrutement…….. p. 388
I L'abaissement de l'obligation de loyauté dans la sincérité du recrutement….. p. 388
A : La loyauté du candidat à l'emploi justifiée par la légitimité de l'employeur ……p. 389
1. La maîtrise de l'objet du contrat……p. 389
2. Le choix du contractant…… p. 391
B : L'amission jurisprudentielle de la déloyauté du candidat à l'emploi…. p. 394
1. Le principe de l'obligation de sincérité du postulant…… p. 394
2. La difficile sanction de la déloyauté du salarié……. p. 396
II La différenciation de l'obligation de loyauté dans le processus de recrutement …… p. 406
A : La loyauté quant à l'initiative de l'échange à la seule charge de l'employeur …… p. 407
1. L'absence d'obligation d'information précontractuelle du candidat à l'emploi ..... p. 407
2. La détermination d'une obligation de se renseigner à l'égard de l'employeur …….. p. 413
B : La loyauté quant à la responsabilité de l'exactitude des informations transmises par le candidat à la seule charge de l'employeur……. p. 415
1. L'amélioration de la présentation professionnelle permise au candidat à l'emploi…….. p. 415
2. La caractérisation d'une obligation de vérification à l'égard de l'employeur …… p. 417

§ 2 : L'intransigeance de l'obligation de loyauté de l'employeur à l'égard de la protection des droits fondamentaux du candidat à l'emploi……. p. 420

I La loyauté quant à la nature des éléments considérés pour le recrutement du candidat……. p. 421

A : La loyauté dans le respect des droits fondamentaux du candidat à l'emploi …….. p. 421

1. Le respect des éléments protégés au titre du principe de non-discrimination à l'embauche…… p. 421

2. Le respect des éléments protégés au titre du principe de finalité et de pertinence du recrutement…….. p. 423

B : La loyauté dans la reconnaissance d'un droit de non révélation des éléments protégés du candidat à l'emploi…… p. 424

1. Les droits fondamentaux du candidat hors du pouvoir de sélection de l'employeur…… p. 424

2. Le trouble né de l'exercice des droits fondamentaux du candidat sanctionné par l'employeur……. p. 428

II La loyauté quant aux procédés utilisés pour l'évaluation des capacités professionnelles du candidat……. p. 433

A : La loyauté dans la transparence de la mise en œuvre des moyens et procédés d'évaluation…… p. 434

1. La transparence dans l'information préalable……p. 434

2. La transparence dans la nécessité de la pertinence et de la finalité……. p. 435

B : La loyauté dans la transparence de l'utilisation des informations recueillies …….. p. 435

1. L'information impérative du candidat à l'emploi……..p. 435

2. La confidentialité des informations recueillies……. p. 436

Section 2 La loyauté des modalités de conclusion du contrat……. p. 436

§ 1 : La loyauté dans la négociation de l'accord…… p. 437

I L'obligation de loyauté des pourparlers…… p. 437

A : L'obligation de négocier loyalement……. p. 437

B : L'obligation de rompre loyalement les pourparlers…… p. 438

II L'obligation de loyauté de la promesse d'embauche …….. p. 440

A : La loyauté née de la promesse unilatérale d'embauche…… p. 440

B : La loyauté née de la promesse synallagmatique d'embauche…… p. 442

§ 2 : La loyauté dans la dénonciation de l'accord…….. p. 442
I Le droit de rompre librement la période d'essai……p. 443
A : L'objet de la période d'essai……p. 443
B : La spécificité de la période d'essai……. p. 443
II L'obligation de rompre loyalement la période d'essai……. p. 444
A : La qualification de l'abus de la rupture……p. 444
B : La déloyauté de l'abus de la rupture……p. 447
Conclusion du Chapitre 2…… p. 448

Conclusions du Titre 1……..p. 453

Titre 2 L'obligation de loyauté dans la réalisation du rapport d'emploi…… p. 455

Chapitre 1 La loyauté de l'exécution du contrat de travail……p. 456
Section 1 Loyauté et posture du contrat……p. 457
§ 1 : La loyauté et la résistance du contrat……..p. 458
I L'impératif de loyauté dans l'altération des obligations contractuelles…… p. 459
A : L'affirmation du contrat par son intangibilité matérielle…… p. 459
1. La résistance légitime du contrat aux modifications contractuelles unilatérales ……p. 460
2. La résistance accrue du contrat aux modifications de ses modalités d'exécution……. p. 469
B : L'affirmation du contrat par son utilité conceptuelle……. p. 476
1. La correction de l'impassibilité contractuelle……. p. 477
2. L'enrichissement du contenu contractuel…… p. 480
II L'obligation de loyauté dans la mise en œuvre des clauses contractuelles……p. 483
A : La déloyauté retenue de l'absence de prise en compte de l intérêt objectif de l'entreprise…… p. 483
1. L'abus de droit……. p. 483
2. Le détournement de l'objet……p. 485
B : La loyauté conditionnée à la prise en compte de la situation personnelle du salarié…… p. 487
1. La considération des incidences pratiques…… p. 488
2. La conciliation des libertés fondamentales……p. 491

III L'exigence de loyauté dans le contrôle de l'exécution de la prestation contractuelle …… p. 497
A : La loyauté dans la surveillance de l'utilisation du matériel de l'entreprise …..... p. 498
1. L'information préalable à la surveillance enregistrée……p. 498
2. La loyauté du contrôle informatique …….p. 503
B : La loyauté dans la surveillance du comportement du salarié…….. p. 511
1. La loyauté conditionnée de la fouille…… p. 511
2. La déloyauté inhérente des stratagèmes…… p. 515
§ 2 : La loyauté et le dépassement du contrat…… p. 522
I L'obligation de loyauté imposée au salarié hors le temps et le lieu de travail …… p. 523
A : La loyauté dans la sanction des faits relevant de la vie personnelle……p. 523
1. L'insuffisance de la seule perte de confiance à l'égard du salarié…… p. 524
2. L'admission du trouble objectif causé à l'entreprise…… p. 526
B : La loyauté dans la sanction des faits préjudiciables à l'intérêt de l'entreprise …….. p. 532
1. L'obligation de non concurrence…….. p. 532
2. Les devoirs implicites dérivés de l'obligation de loyauté…… p. 539
II L'obligation de loyauté imposée au salarié hors l'exécution du contrat de travail …….. p. 540
A : La loyauté à la suspension du contrat……..p. 541
B : La loyauté à la rupture du contrat…… p. 546
1. La nécessité de la contrepartie à la clause de non concurrence…… p. 546
2. La proportionnalité de la clause de non concurrence…… p. 548
Section 2 Loyauté et maintien dans l'emploi……p. 553
§ 1 : La loyauté de l'adaptation……. p. 553
I Une obligation réciproque……. p. 553
A : L'obligation principale de l'employeur……. p. 554
B : L'obligation accessoire du salarié……p. 555
II Une obligation légale…… p. 555
A : La portée générale de l'obligation……p. 556
B : L'extension de l'obligation……. p. 556
§ 2 : La loyauté du reclassement…… p. 557

I Le licenciement pour motif économique…….. p. 558
II Le licenciement pour insuffisance professionnelle……..... p. 559
III Le licenciement disciplinaire…….p. 560
IV Une obligation fonctionnelle……. p. 560
Conclusion du Chapitre 1…… p. 562

Chapitre 2 La loyauté de l'application de la convention collective……p. 565
Section 1 Loyauté et application des clauses de maintien de l'emploi…… p. 565
§ 1 : L'application limitée de l'article L.2262-4 du Code du travail……. p. 565
§ 2 : L'application conditionnée de l'article L.2262-4 du code du travail…… p. 567
I L'indifférence aux lauses rédigées de manière incertaine…… p. 567
II Le respect des clauses rédigées de manière précise……. p. 568
Section 2 Loyauté et sanction de l'inexécution des engagements de maintien de l'emploi…… p. 569
§ 1 : La responsabilité contractuelle de l'employeur…… p. 569
§ 2 : L'irrégularité du licenciement prononcé en violation d'une obligation de garantie d'emploi…… p. 570
Conclusion du Chapitre 2…… p. 571

Conclusion du Titre 2……p. 572

Conclusion de la Partie 2……. p. 573

Conclusion générale……p. 575

Bibliographie…… p. 577

Index…… p. 644

Table des matières……...p. 649

RESUME

Quant à la loyauté, deux éléments particuliers interpellent. D'une part, la relative récence de son émergence dans l'édifice juridique, spécialement jurisprudentiel, contractuel et social, ainsi que la relative novation de ses applications dans le contrat, lequel était classiquement peu investi par le juge, et qui désormais s'inonde de diverses obligations de loyauté à charge des parties. D'autre part, c'est le caractère adapté, voire pertinent, presque affuté de ses commandements qui constitue finalement la première qualité de l'obligation et, pour le rapport de travail, relation déséquilibrée par excellence, la preuve de son utilité contractuelle. Des différences sensibles doivent être bien sûr observées selon qu'elle s'applique aux rapports collectifs ou individuels de travail. La loyauté appelle à cet égard un effort de conceptualisation qui nécessite de s'intéresser précisément à la notion sous l'angle de son émergence pour ensuite s'attacher efficacement à démontrer l'utilité de l'obligation.

SUMMARY

As for loyalty, two particular elements challenge. On the one hand, the relative recency of its emergence in the legal structure, especially jurisprudence. Also in contractual and social field, as well as the relative innovation of its applications in the contract, which was typically little invests by the judge. Now, it incorporates various loyalty obligations on parties. On the other hand, this is the relevance and suitability of its commandments which constitute the first quality of the bond. Concerning the work report, ultimate unbalanced relationship, these characteristics demonstrate its contractual value. Significant differences must be observed depending it applies to individual or collective relations of work. Loyalty calls in this regard a conceptualisation effort, that needs to focus specifically on the concept in terms of its emergence and then, attach effectively to demonstrate the value of the bond.

Vu et permis d'imprimer

Avignon, le

Le Président de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Emmanuel ÉTHIS