



Étude : La bonne foi dans les relations individuelles de travail

Fiche pratique publié le 08/09/2013, vu 53856 fois, Auteur : [Valentin GUISLAIN](#)

Etude du rôle de l'impératif de bonne foi dans le contrat de travail

L'homme n'est pas naturellement bon. Tel est le constat formulé par Thomas Hobbes dans son célèbre ouvrage *Le Léviathan*^[1]. Selon le philosophe anglais, c'est une tendance naturelle de tout individu de chercher à satisfaire ses seuls propres intérêts, quitte à entrer en guerre civile contre ses semblables. Pour cette raison, la régulation des rapports sociaux est une nécessité : il faut apprendre aux hommes à vivre ensemble.

Cette théorie est bien loin des idées rousseauistes qui ont gouverné la codification de 1804. Partant du constat que l'homme est meilleur lorsqu'il est libéré de toute contrainte, l'élaboration du droit des contrats « moderne » fut marquée par le souci de respecter le principe de l'autonomie de la volonté. L'article 1134 du Code civil dispose d'ailleurs, à son premier alinéa, que « *les conventions (...) tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Le contrat, manifestation de l'exaltation de la liberté individuelle, était originellement conçu comme la chose exclusive des parties. L'immixtion du juge y était impensable, car comme le résume la formule d'Alfred Fouillée, « *qui dit contractuel dit juste* ». Aujourd'hui, cet aspect « libéral » du droit des contrats est critiqué. La conception du contrat comme la manifestation de deux volontés libres et a priori placées sur un pied d'égalité semble désuète. Avec le temps, les contrats de « gré à gré » (où les parties déterminent librement le contenu de la convention) ont, pour partie, laissé place aux contrats d'adhésion. Cette forme d'engagement est caractérisée par la capacité d'un des contractants à en imposer les termes à l'autre. Cette situation est fâcheuse, puisque « *contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de faire ses affaires* »^[2]. Autrement dit, la convention devient la loi du plus fort. Une intervention de la puissance publique est nécessaire afin d'éviter la stipulation de clauses léonines. Les contrats d'adhésion relèvent, pour l'essentiel, du droit de la consommation. Les contrats d'abonnements téléphoniques sont des exemples éloquentes. Alors que l'opérateur a fixé l'intégralité des termes du contrat, le consommateur impuissant n'est pas en mesure d'y stipuler. Il en va de même pour l'ouverture d'un compte bancaire. Un exemple plus original peut-être trouvé dans les relations de travail. L'employeur souhaite qu'un salarié satisfasse ses besoins. Il détermine les fonctions du travailleur, ses horaires, son lieu de travail, fixe sa rémunération... Et il faut concéder que dans la majorité des circonstances, le salarié ne peut pas infléchir le contenu initial du contrat : le poste est à prendre ou à laisser. La subordination juridique qui caractérise le contrat de travail^[3] est présente dès sa stipulation. Évidemment, il est mal vu, à l'heure où les salariés ont laissé place à des « collaborateurs » et où les plus grandes entreprises mettent un point d'honneur à vanter leur degré de satisfaction^[4], d'affirmer que « *le salarié est sous la tutelle de son employeur* »^[5]. Pour autant, la subordination du salarié est un état de fait, et elle peut donner lieu à de nombreux abus de droit. En l'absence manifeste d'autorégulation des rapports sociaux, il y a lieu de recourir au juge afin d'assurer un minimum de justice contractuelle. Parmi les moyens qui sont à sa disposition, la bonne foi est une notion des plus remarquables.

La bonne foi est un concept juridique hérité du droit romain. Le droit des contrats était alors très formaliste. Les contrats dits « de droit strict » n'étaient valablement conclus que s'ils respectaient des règles de forme très particulières[6]. En réaction à ce rigorisme, sont apparus les contrats « de bonne foi » (*bona fides*), qui ont « [inauguré] un système de convention basé non plus sur l'observation rigoureuse de formes déterminées, mais surtout le respect des intentions, sur la loyauté et la confiance, en un mot sur des éléments spirituels et moraux »[7]. La *bona fides* permettait au juge d'interpréter le contenu du contrat, ce qui lui était impossible pour les contrats de droit stricts. La bonne foi est donc historiquement une notion souple, permettant au juge de veiller à la bonne exécution du contrat. Longtemps considérée comme une notion vide de « tout contenu réel pour notre droit positif »[8], la notion fait aujourd'hui l'objet de différentes acceptions, sans jamais être définie par la loi. D'une part, il s'agit de la croyance erronée que l'on a d'une chose (il s'agit de la « *guter Glaube* » du droit allemand). Principalement utilisée en droit de la famille[9] ou en droit des biens, cette première acception de la notion ne reçoit aucune application en droit du travail[10]. D'autre part, la bonne foi peut désigner « le comportement loyal (ou tout le moins normal) que requiert, notamment l'exécution d'une obligation »[11]. C'est évidemment cet aspect qui intéresse les relations de travail. Cette seconde définition de la bonne foi, proposée par le doyen Cornu, mentionne le terme de loyauté. À ce titre, il faut préciser que la doctrine est partagée sur la question de savoir si les notions de bonne foi et de loyauté sont synonymes[12]. Compte tenu de l'interdépendance des notions, et dans un souci de clarté, il conviendra de les considérer comme équivalentes.

Le contrat de travail, héritier de la convention de louage d'ouvrage de 1804, est une convention à exécution successive, conclue *intuitu personæ*. Soumis aux principes généraux du droit des contrats, il doit donc, au terme de l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil, « être exécuté de bonne foi ». Il est cependant assez remarquable que ce principe ait récemment été réaffirmé à l'article L. 1222-1 du Code du travail[13] (ce qui, selon Christophe Vigneau[14], n'a pas suscité d'enthousiasme particulier au sein de la doctrine qui y a vu là le renforcement du phénomène d'inflation législative). Cette redite laisse à penser que plus que dans n'importe quel autre contrat, la bonne foi doit jouer un rôle essentiel dans le rapport de travail.

Le recours à la bonne foi est, selon Georges Ripert, « l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit »[15]. L'ensemble de la doctrine s'accorde d'ailleurs à dire qu'elle est « l'exemple type de notion-cadre, au contenu flou et donc à la grande souplesse, dont l'interprétation peut facilement évoluer avec le temps et les circonstances »[16], qui peut donc poursuivre plusieurs buts. Selon le Professeur Philippe Le Tourneau, « le juge n'ayant plus, depuis la Révolution, la licence de statuer en équité (sauf texte particulier), il s'abrite derrière la bonne foi lorsqu'il estime, en conscience, dans telle ou telle cause, qu'il importe d'aménager les dispositions contractuelles afin de faire régner une plus grande justice »[17]. Il n'est, à l'évidence, pas facile d'apprécier le rôle réel de l'obligation de bonne foi dans les relations de travail. S'agit-il d'un outil de justice contractuelle ? Doit-elle être considérée comme une simple règle de conduite que les parties doivent respecter ? Crée-t-elle des obligations positives à la charge des parties ? Nombreuses sont les interrogations qui légitiment une étude du rôle de la bonne foi en droit du travail.

Comme en droit romain, l'on constate le rôle clé du juge dans la mise en œuvre de la notion. Cela se comprend : comme le note Colette, la bonne foi « n'est pas une fleur spontanée »[18]. Les parties doivent donc être incitées, voire obligées à la manifester tout au long de la relation de travail, que cette dernière soit appréciée sous sa dimension individuelle (le rapport salarié – employeur) ou collective (la relation entre les représentants des salariés et l'employeur). La relation de travail ne se résumant pas à la seule exécution du contrat, l'impératif de bonne foi a également vocation à gouverner les périodes extracontractuelles, à l'instar des pourparlers. Il est,

dès lors, très difficile de qualifier juridiquement la notion. Est-elle une clause implicite du contrat ? Une obligation légale étendue par la jurisprudence ? Un concept relevant de la *soft law* ? Cette difficulté de qualification est amplifiée par les différentes manifestations de cet impératif. Parfois, l'obligation de bonne foi peut être déduite de certaines dispositions légales. Tel est le cas de la prohibition des discriminations posée à l'article L. 1132-1 du Code du travail, ou de l'encadrement de la finalité et de la durée de la période d'essai. Encore, le juge peut recourir à la notion sans la nommer expressément. Ainsi, il qualifiera un manquement de l'employeur à son obligation de bonne foi en lui reprochant un « abus de droit », voire sa « légèreté blâmable ». À l'évidence, l'employeur qui aura abusé d'un droit aura manqué à son obligation de bonne foi. Pour autant, cela ne sera pas systématiquement indiqué aussi clairement. Difficile, manifestement, de définir ce qui relève ou non de la bonne foi. Potentiellement, tout événement intervenant dans le cadre de la relation de travail peut avoir vocation à être gouverné par ce principe... D'où la nécessité d'en définir la portée réelle.

Il est nécessaire d'évaluer et de comprendre l'impact de l'impératif de bonne foi sur la relation de travail. À quoi les parties sont-elles tenues, en son nom ? La notion permet-elle de rééquilibrer le rapport de travail, voire de le moraliser ? Répondre à ces questions est une tâche véritablement stimulante, mais elle est également ardue. Il est impossible de prétendre à la connaissance absolue des effets de la bonne foi, puisque les contours de la notion n'ont jamais été précisément dessinés. La malléabilité de la bonne foi est ce qui en fait la force et la richesse, le juge n'a donc aucun intérêt à figer la notion. Partant, cette étude ne saurait avoir l'ambition de dresser l'inventaire des droits et obligations que la bonne foi impose aux parties. Une telle entreprise serait vaine^[19]. En revanche, il importera d'analyser les différents visages que présente la notion, ainsi que d'en analyser l'impact réel sur la relation de travail. Il semble raisonnable de cantonner cette étude aux relations individuelles de travail. Ce ciblage permettra un examen plus précis. En outre, cette limitation se justifie dans la mesure où c'est au cœur des relations « employeur-salarié » que la notion déploie ses effets les plus remarquables. La bonne foi présente tout d'abord la particularité d'être un standard juridique que les parties sont tenues de respecter tout au long de la relation de travail (première partie). Que le contrat soit en passe d'être signé, pleinement exécuté ou qu'il vienne d'être rompu, les contractants sont tenus de se comporter de manière loyale. En permettant au juge d'évaluer le comportement du « bon salarié » ou du « bon employeur » (à l'instant du bon père de famille du Code civil), la bonne foi permet l'identification et la sanction des actes de déloyauté.

La notion connaît, depuis une vingtaine d'années, un regain d'intérêt considérable. En son nom, le juge impose aujourd'hui de véritables obligations positives aux contractants (seconde partie). Elles doivent collaborer loyalement et permettre la pérennité de la relation de travail. En cela, la bonne foi permet l'enrichissement du contrat... Cependant, pour certains auteurs, un tel bouleversement est inacceptable : la notion serait source d'insécurité juridique, et représenterait un risque d'arbitraire du juge.

PREMIÈRE PARTIE : LA BONNE FOI, STANDARD JURIDIQUE RÉGULATEUR DES RELATIONS DE TRAVAIL

La bonne foi est traditionnellement définie, dans sa forme basique, comme « *une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante* »^[20]. Véritable comportement de référence auquel les parties sont tenues de se conformer, elle peut donc être considérée comme un standard juridique, « *une mesure moyenne de conduite sociale correcte* »^[21]

En ce qu'elle détermine la conduite attendue des parties, la bonne foi permet de mettre en évidence les agissements de mauvaise foi et de les sanctionner. Cette fonction correspond en réalité au rôle historique de la bonne foi, car pendant longtemps, « *le droit positif français a été peu réceptif à la notion* » [22], et refusait d'en déduire des effets positifs [23]. La notion joue donc un rôle essentiel dans la régulation de la relation de travail, de ses balbutiements (titre 1) à sa pleine exécution (titre 2).

Titre 1. La bonne foi, principe directeur de la naissance de la relation de travail

Une lecture *a contrario* de la disposition générale posée à l'article L. 1222-1 du Code du travail, au terme de laquelle « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* », peut laisser penser que la bonne foi n'a vocation qu'à gouverner l'exécution dudit contrat de travail. Partant, les différentes étapes de la formation du contrat seraient exclusives de toute obligation de bonne foi.

Il n'en est rien. Il existe une réelle extension de l'impératif de bonne foi dans les périodes pré et post-contractuelles. Cette situation n'est pas spécifique au droit du travail. Il est aujourd'hui bien connu qu'en droit général des contrats, la rupture « abusive » des pourparlers est sanctionnée sur ce fondement [24].

Compte tenu de l'*intuitu personae* qui caractérise la conclusion du contrat de travail, il n'est pas étonnant de constater que l'impératif de bonne foi prend d'ailleurs une ampleur remarquable, alors même que le contrat est au stade de sa discussion (chapitre 1) ou de sa conclusion (chapitre 2).

Chapitre 1. Le rôle clé de bonne foi dans la régulation de la phase précontractuelle

La phase précontractuelle a, en droit du travail, une importance toute particulière. À ce stade, l'employeur tient à s'assurer qu'il embauchera la personne la plus à même d'accomplir le travail demandé et dont le capital humain répondra au mieux aux besoins de l'entreprise [25]. Après tout, en vertu de sa liberté d'entreprendre, « *l'employeur (...) doit pouvoir choisir ses collaborateurs* » [26]. Dans cette optique, il cherchera à obtenir un maximum d'informations sur les qualités professionnelles des candidats – cela d'autant plus qu'il est aujourd'hui établi que les *curricula vitæ* sont trop souvent « embellis » par les candidats [27]. En pratique, cette recherche d'informations intervient soit avant toute rencontre réelle du candidat – et il est inutile de préciser qu'en la matière, les réseaux sociaux jouent aujourd'hui un rôle déterminant [28] - soit au cours d'un entretien.

Il serait de bon ton d'affirmer que de la même manière, le candidat cherche à obtenir un maximum d'informations sur l'entreprise et sur le poste à pourvoir afin de choisir l'offre d'emploi idoine. Cependant, cette vision manichéenne de la réciprocité de l'importance de la recherche d'informations ne correspond pas à la réalité. Dans les faits, dès la phase précontractuelle, l'employeur a une position ascendante sur le demandeur d'emploi. Le candidat est, dans la plupart des cas, dans une position de subordination économique face à un employeur qui a le choix entre différentes candidatures...

Cette réalité a nécessairement des conséquences sur la manière dont est conduit le processus de recrutement. Le recruteur est susceptible de recourir à des moyens plus que contestables afin d'opérer sa sélection. De son côté, le candidat peut être tenté de travestir la réalité de son

parcours professionnel pour augmenter ses chances d'être recruté.

Pour prévenir et sanctionner de tels abus, le juge et le législateur ont édifié un certain nombre de règles dans le but de guider l'action loyale des parties au cours des pourparlers (section 1) et de la signature du contrat de travail (section 2).

Section 1. Les pourparlers, parfaite illustration de l'omniprésence de l'obligation de bonne foi dans la relation de travail

La période exploratoire peut se définir comme le laps de temps pendant lequel les futurs contractants vont « *échanger leurs points de vue (...) sans (...) être pour autant assurés de (...) conclure [un contrat]* »[\[29\]](#). Compte tenu du manque flagrant de dispositions légales relatives à cette première phase des pourparlers, c'est à la jurisprudence qu'est revenue la tâche de préciser aux futurs contractants qu'ils doivent faire preuve de bonne foi, même si le contrat n'est pas encore conclu. Cette obligation vaut dès l'invitation à contracter (paragraphe 1), et leur interdit notamment de rompre les pourparlers de manière abusive (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La nécessaire loyauté de l'invitation à contracter

La rencontre d'une offre et d'une demande de travail se provoque. L'annonce de recrutement, qui émane de l'employeur, précise habituellement la description du poste à pourvoir ainsi que les qualités attendues du futur salarié. La demande d'emploi, formulée par le salarié, prendra souvent la forme d'un curriculum vitae accompagné d'un texte ou d'une lettre de motivation.

À ce stade, avant même qu'il ne soit question d'un quelconque réel dialogue entre les futurs contractants, ceux-ci peuvent être amenés à agir de mauvaise foi. En effet, l'esprit de compétition qui caractérise bien souvent les phases de recrutement peut inciter les recruteurs et candidats à s'affranchir des « règles du jeu ».

Le recruteur, qui devrait en théorie s'attacher à rechercher la personne idéale pour effectuer le travail demandé, peut être tenté d'adjoindre à cette considération objective un certain nombre de convenances personnelles. On peut ainsi imaginer qu'il ne décide de recruter que des personnes qui partagent ses opinions politiques ou religieuses... De son côté, le candidat peut vanter, dans son curriculum vitae, des qualités professionnelles qui lui sont étrangères.

C'est afin de sanctionner de tels comportements déloyaux qu'il y a lieu de recourir à la notion de bonne foi. Lorsqu'un candidat ment sur ses aptitudes professionnelles, trois hypothèses peuvent se présenter. Soit sa candidature n'est pas retenue, auquel cas l'entreprise ne subira pas de réel préjudice. Soit le candidat est engagé, mais une période d'essai est stipulée. Alors, l'employeur qui s'apercevra de la supercherie pourra rompre le contrat de manière anticipée. Soit, et il s'agit évidemment de l'hypothèse la plus problématique, le candidat est embauché sans qu'ait été prévue une période d'essai dans son contrat de travail. Dans la mesure où l'essai ne se présume pas[\[30\]](#), l'employeur risque de compter dans ses effectifs un salarié incapable d'effectuer le travail pour lequel il a été embauché. Un tel manquement du salarié à son obligation de bonne foi constitue une faute. La production d'un CV mensonger peut justifier un licenciement, d'autant plus si les fonctions exercées par le salarié exigent de sa part une honnêteté sans faille[\[31\]](#).

Cependant, il sera ultérieurement démontré qu'en pratique, le dol du salarié est rarement reconnu...

L'employeur doit également faire preuve de bonne foi dans la formulation de l'annonce de recrutement. Il lui est expressément interdit d'y faire figurer des allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur les candidats[32], en particulier s'agissant de « *l'existence, du caractère effectivement disponible, de l'origine, de la nature et de la description de l'emploi ou du travail à domicile ; de la rémunération et des avantages annexes proposés ; ainsi que le lieu du travail* ».

Cette obligation faite à l'employeur de faire preuve de bonne foi au stade de la période exploratoire se retrouve implicitement dans la prohibition des discriminations. L'article L. 1132-1 du Code du travail dispose en effet qu'aucune personne « *ne peut être écartée d'une procédure de recrutement (...) 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 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 ou en raison de son état de santé ou de son handicap* ». Cette interdiction de la prise en considération de données subjectives, et donc sans rapport avec l'exercice de la fonction à pourvoir est une évidente déclinaison de l'obligation de bonne foi au stade précontractuel. Un reproche peut être formulé, s'agissant de la lutte contre les discriminations : la liste des motifs prohibés par la loi est fermée. Or, il est bien connu pour certains emplois (commerciaux, hôtesses d'accueil), le physique est un élément susceptible de justifier des différences de traitements au stade de l'embauche...

Le recours à la notion de discrimination est intéressant en ce qu'il permet au salarié de déroger aux règles classiques d'administration de la preuve. La bonne foi de l'employeur étant présumée [33], le salarié doit, en application de l'article 1315 du Code civil, prouver le manquement qu'il reproche à l'employeur. En revanche, en matière de discrimination, le salarié peut se contenter de soumettre au juge des faits laissant supposer un traitement discriminatoire afin de bénéficier d'une présomption de discrimination[34]...

Une fois les pourparlers amorcés, ceux-ci doivent être conduits de bonne foi.

Paragraphe 2. L'interdiction faite aux futurs contractants de rompre abusivement les pourparlers

L'article 1104 de l'avant-projet de réforme de droit des obligations proposé par Pierre Catala précise que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties* ».

Cette disposition est une consécration de la jurisprudence applicable en droit général des contrats [35], mais également en droit du travail. En effet, comme l'a précisé la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 mars 1979, la rupture des simples pourparlers ne peut, sans abus, justifier l'octroi de dommages et intérêts[36]. Dans cette affaire, une association avait pris contact avec un metteur en scène afin d'envisager la création d'une pièce de théâtre. Dès le début des pourparlers, il avait été précisé que l'issue du recrutement dépendrait de l'évaluation par le candidat du coût de sa mise en scène. Pour la Cour de cassation, le refus de l'association d'embaucher le candidat en raison du coût trop élevé de son devis ne constitue pas un manquement à l'obligation de bonne foi.

En revanche, lorsqu'il est avéré qu'en dépit de longs pourparlers, l'employeur n'avait aucune intention de recruter un salarié[37], le manquement à l'obligation de bonne foi est évidemment constitué. Le caractère abusif de la rupture s'appréciera, conformément au droit commun, en

fonction d'un certain nombre d'éléments[38] : la durée des pourparlers, l'absence d'intention sérieuse de vouloir contracter[39], la prolongation d'une négociation qui, à l'évidence, n'aboutira pas[40]...

Lorsque l'employeur a identifié des personnes susceptibles de correspondre à ses attentes, la période exploratoire laisse place au recrutement à proprement parler.

Section 2. La mise en œuvre de la bonne foi au stade du recrutement

Lorsque les parties se sont identifiées et que les premiers contacts ont eu lieu, l'opération de recrutement à proprement parler peut commencer. Comme il l'a été précédemment énoncé, il existe, dès ce stade une certaine relation de subordination entre le candidat et le recruteur. Cette situation peut donner lieu à des comportements indésirables.

Fort de sa position dominante, l'employeur a posé au salarié un certain nombre de questions sans lien réel avec le poste à pourvoir : des informations sur son éventuelle appartenance syndicale, ses pratiques religieuses, ses convictions politiques. . . La finalité des questions peut donc être discutable. Il en va de même des moyens mis en œuvre afin de recueillir lesdites informations. Certains procédés de recrutement peuvent être critiqués quant à leur respect des droits et libertés fondamentaux des candidats[41]... Les candidats peuvent être tentés, eux aussi, d'agir de mauvaise foi. Dans le but d'esquiver une question dérangeante, le silence gardé ou le mensonge peuvent sembler être les seuls recours afin de rester dans la course et pourvoir au poste proposé.

Afin d'éviter de telles dérives, le législateur est intervenu, par une loi du 31 décembre 1992 « *relative au recrutement et aux libertés individuelles* » [42]. En application de ce texte, l'employeur ne peut poser au candidat que des questions strictement liées au poste à pourvoir (paragraphe 1). Et bien que le salarié soit tenu à une obligation légale de bonne foi, un droit au mensonge lui est reconnu lorsque les questions posées par l'employeur ne répondent pas à la règle susmentionnée (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'encadrement de la recherche d'informations du recruteur

La sophistication des techniques de recrutement est l'un des éléments déterminants qui a incité le législateur à fixer un cadre légal dans la mise en œuvre des procédés d'évaluation des candidats. En effet, comme le précise la circulaire du 15 mars 1993 relative à l'application de la loi du 31 décembre 1992[43], cette sophistication « *s'est accompagnée d'une professionnalisation de l'acte de recrutement et d'une amélioration des conditions d'évaluation professionnelle des salariés. Ces solutions (...) ont parfois engendré des excès portant notamment atteinte à la vie privée et aux libertés individuelles des candidats et des salariés* ».

Le souci de protéger les libertés individuelles des salariés a manifestement motivé le législateur à encadrer légalement les investigations menées par l'employeur. Ainsi, l'on retrouve aujourd'hui à l'article L. 1222-2 du Code du travail le principe selon lequel « *les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes. Le salarié est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations* ».

À la lecture de cet article, l'on constate que l'obligation faite au candidat de répondre de bonne foi aux questions posées par le recruteur n'est pas absolue. Ce n'est en fait que si la question posée par le recruteur respecte les deux conditions précitées[44] (avoir pour but d'apprécier les aptitudes professionnelles du candidat ainsi qu'avoir un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes) que le candidat devra répondre loyalement.

Cette règle n'est pas une innovation de 1992. Dans un arrêt de 1973[45], la Cour de cassation avait estimé que *"les questionnaires d'embauche ne sauraient concerner des domaines qui n'ont pas de lien direct et nécessaire avec l'activité professionnelle du candidat à l'emploi"*. Dans cette espèce, un ouvrier n'avait pas précisé, au moment de son recrutement, qu'il était ecclésiastique. Pour la Cour de cassation, dans la mesure où cette information n'avait aucune incidence sur la capacité du salarié à exercer sa prestation de travail, cette question n'avait pas lieu d'être posée.

Il est d'ailleurs intéressant d'étudier les termes mentionnés par cet arrêt. La question n'a pas été posée oralement mais dans un questionnaire. Quel que soit le support de la question, l'obligation de lien direct avec le poste est donc exigée. Cette précision fut reprise dans la circulaire DRT n°93-10.

Les juges s'attacheront donc à rechercher si la question de l'employeur respecte bien les conditions posées par l'article L. 1222-1 du Code du travail. Tel est le cas de la demande de présentation des diplômes du candidat, et de ses certificats de scolarité. En revanche, le candidat n'est pas tenu de fournir son dossier scolaire. Souvent, ce sont les caractéristiques du poste à pourvoir qui légitimeront les questions posées par l'employeur. Ainsi, la convention collective nationale du personnel de banque[46] prévoit à son article 6 que le candidat est tenu de présenter un extrait de son casier judiciaire au moment de l'embauche.

Il existe cependant une circonstance dans laquelle les conditions de l'article L. 1222-2 peuvent être infléchies. Dans le cadre des entreprises de tendance, qui défendent des préceptes idéologiques ou religieux, il est en effet admis que les questions puissent porter sur la personne même du salarié, et non sur ses seules qualités professionnelles[47]. Mais s'il n'est pas interdit pour une institution religieuse de tenir compte des convictions religieuses du salarié afin de légitimer ses décisions[48], encore faut-il qu'elle respecte des principes de proportionnalité et d'objectivité[49]. En tout état de cause, la bonne foi ne saurait imposer au salarié une *« communion de foi avec l'employeur »*[50].

Le Code du travail dispose également que *« le salarié est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelle mises en œuvre à son égard. Les résultats sont confidentiels. Les méthodes et techniques d'évaluation des salariés doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie »*[51]. De la même manière, *« le comité d'entreprise est informé, 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*[52]. Une exigence supplémentaire de transparence est donc exigée lorsque le recrutement fait appel à l'utilisation de méthodes ou de techniques particulières afin de recueillir certaines informations du candidat.

Lorsque les questions posées par l'employeur répondent à ces conditions, le candidat est tenu d'y répondre de bonne foi.

Paragraphe 2. Le caractère non-absolu de l'obligation faite au salarié de répondre de bonne foi

La lecture de l'article L. 1222-2 du Code du travail peut laisser penser que le salarié qui ne répond pas de bonne foi à une question de son employeur s'expose, en cas d'embauche, à une sanction

disciplinaire. Cela n'est pas une vérité absolue. Pour qu'un salarié se voie reprocher une faute disciplinaire en raison d'un manquement à son obligation de bonne foi, il faut que l'objet du manquement à l'obligation de loyauté au stade de l'embauche ait eu une incidence sur sa prestation de travail. Ainsi, s'il est avéré qu'un candidat a menti sur ses diplômes et qu'il est, dans ce fait, incapable d'exercer la mission pour laquelle il a été embauché, il peut être licencié pour faute[53]. En revanche, si le salarié est en mesure d'effectuer sa prestation de travail, il ne peut être sanctionné[54].

Sur ce point, une espèce[55] est intéressante dans la mesure où les deux parties ont manqué à leur obligation de bonne foi. Une infirmière avait été embauchée alors qu'elle prétendait avoir un diplôme qu'elle n'avait pas. L'employeur avait rapidement découvert ce mensonge. Cependant, aucune sanction ne fut prise à l'encontre de la salariée. Au contraire, pendant près de cinq années, son employeur lui avait fait exercer (avec succès) les responsabilités de cadre infirmier. Un jour, la salariée fut licenciée pour cause réelle et sérieuse : l'employeur lui reprochait d'avoir enfreint la réglementation relative à l'exercice de la profession d'infirmier. Pour la Cour de cassation, un tel licenciement doit être privé de cause réelle et sérieuse. Si, effectivement, la salariée avait menti sur ses diplômes, l'employeur ne pouvait pas « *valablement invoquer une réglementation à laquelle il avait lui-même contrevenu* ». Il n'en demeure pas moins que l'infirmière « de fait » s'était rendue coupable d'un exercice illégal de la profession...

Il est des circonstances où un droit au mensonge[56] est reconnu au profit du candidat. C'est le cas lorsque la question posée par l'employeur ne remplit pas les conditions posées par l'article L. 1222-2 du Code du travail. D'une certaine manière, la malhonnêteté du salarié est alors justifiée par le manquement de l'employeur à son obligation de poser sa question de bonne foi.

Une difficulté se pose lorsque le candidat fait de la « rétention d'information ». Que se passe-t-il lorsqu'il ne révèle pas à l'employeur un élément qui, à l'évidence, déterminera l'issue du recrutement ? La cour d'appel de Grenoble a apporté une réponse à cette question dans un arrêt du 18 avril 2007[57]. Dans cette espèce, un salarié embauché en qualité de joueur de hockey sur glace n'avait pas précisé, au moment de son embauche, qu'il était en passe de faire l'objet d'une sanction par les instances sportives nationales. Une fois recruté, la sanction fut prononcée : il écopait d'un an de suspension. Suite à son licenciement pour faute grave, le salarié réclama le prononcé de l'absence de cause réelle et sérieuse de son licenciement. Selon les juges du fond, le licenciement pour faute est justifié compte tenu de la réticence dolosive du salarié. La faute aurait d'ailleurs été caractérisée quelle que fut l'issue de la procédure disciplinaire. Cet arrêt illustre le rôle de la bonne foi en matière de suppléance des dispositions légales : le Code du travail est muet sur la responsabilité du salarié auteur de réticence dolosive au stade de l'entretien d'embauche.

La réticence du salarié ne saurait lui être reprochée si elle porte sur un élément insusceptible d'impacter l'exécution du contrat de travail. Dans un arrêt rendu le 25 avril 1990[58], la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que le salarié qui n'avait pas fait part à l'employeur de ses condamnations pénales antérieures lors de son entretien d'embauche n'avait pas manqué à son obligation de bonne foi. En l'espèce, le passé sulfureux du salarié n'avait aucune incidence sur l'exécution de sa prestation de travail. De la même manière, il ne saurait être reproché au candidat de ne pas avoir précisé qu'il bénéficie de l'allocation d'handicapés adultes[59].

Force est de constater, au travers de la jurisprudence de la Cour de cassation, que le dol du salarié n'est pas souvent retenu. La première raison est, comme le note Grégoire Loiseau, que la Cour de cassation a tendance à rejeter les demandes de reconnaissance de dol lorsqu'elles émanent de l'employeur ; ce dernier étant sensé vérifier les informations données par le candidat [60]. Autrement dit, le dol du salarié ne pourra être invoqué que si l'employeur a tout mis en œuvre

afin de connaître la réalité. Un arrêt rendu le 21 septembre 2005[61] par la chambre sociale de la Cour de cassation est, à ce titre, assez révélateur. Il a été jugé qu'un employeur ne peut se prévaloir d'un prétendu dol du salarié sur son état de santé ou à son handicap alors qu'il lui a été demandé de prendre ses fonctions avant la tenue de l'examen médical d'embauche.

La seconde raison de cette « *neutralisation du dol du salarié* » [62] est, selon François Bizeur et Jean-Philippe Tricoit, la difficulté de sa preuve. Le dol ne se présument pas[63], il incombe à celui qui l'invoque de démontrer que le silence du salarié portait sur un élément déterminant de son consentement[64]. Cette position jurisprudentielle est critiquable en ce qu'elle permet à des salariés qui agissent manifestement de mauvaise foi d'échapper à toute sanction. Dans un arrêt rendu le 1^{er} mars 1994[65], la cour d'appel d'Aix-en-Provence a refusé de prononcer la nullité d'un contrat de travail alors que le salarié avait menti sur sa durée d'emploi précédente. Or, il est fort probable que l'employeur ait pris en compte cet élément afin de retenir la candidature du salarié, assimilant ladite durée d'emploi à une expérience professionnelle. Agissant de la sorte, le candidat de mauvaise foi a peut-être été préféré à un candidat de bonne foi doté de diplômes équivalents... Cette position jurisprudentielle s'explique essentiellement par le devoir mis à la charge du recruteur de s'informer quant aux qualités professionnelles du salarié[66]. Le salarié n'est pas, en principe, débiteur d'une obligation d'information[67], même si l'arrêt du 18 avril 2007 rendu par la cour d'appel de Grenoble à propos du hockeyeur professionnel permet de douter du caractère absolu de ce principe.

En tout état de cause, l'employeur qui reproche à son salarié d'avoir manqué à son obligation de bonne foi ne peut s'affranchir des règles légales qui encadrent le prononcé de la sanction. Il ne peut pas unilatéralement lui imposer une modification de son contrat de travail[68]. De même, si la rupture du contrat est envisagée, la procédure de licenciement devra être initiée... Dans la mesure où la perte de confiance n'est pas un motif de licenciement[69], l'employeur devra justifier la rupture du contrat de travail par des éléments objectifs et factuels.

Force est donc de constater qu'au stade précontractuel, le recours à la bonne foi permet de sanctionner certains comportements déloyaux. Si les pourparlers ont été fructueux, l'employeur peut proposer au candidat la signature d'un contrat de travail.

Chapitre 2. La bonne foi, socle de la conclusion du contrat de travail

Lorsque le recruteur juge qu'un candidat est en mesure d'effectuer le travail demandé, il peut lui faire une promesse d'embauche (section 1). Alors, il sera tenu de ne pas la résilier de mauvaise foi, au risque de voir sa responsabilité engagée. Si l'employeur demeure sceptique quant à la faculté du salarié d'accomplir les missions qui lui seront données, ou si le salarié nouvellement embauché n'est pas certain que le poste réponde à ses attentes, une période d'essai peut être stipulée (section 2).

Section 1. La promesse d'embauche, un engagement exécuté de bonne foi

Une promesse d'embauche est un avant-contrat de travail[70]. Formalisée ou passée à l'oral[71], elle lie l'employeur lorsqu'elle est suffisamment précise. Ecore faut-il qu'elle fasse mention d'un certain nombre d'éléments[72] tels que le nom du futur salarié, la description de ses fonctions, le montant de sa rémunération... Les juges ont toutefois précisé que l'absence d'une de ces mentions ne suffit pas à rendre nulle la promesse d'embauche[73].

La formulation d'une promesse d'embauche ne marque pas, *a priori*, la rencontre du consentement des deux parties. En réalité, seul l'employeur s'engage à embaucher le salarié. Lorsqu'il a effectivement formulé une promesse d'embauche (paragraphe 1), il ne doit pas la

résilier de mauvaise foi (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La promesse d'embauche, un engagement réel de l'employeur distinct de l'offre d'emploi

La promesse d'embauche ne lie l'employeur que si elle traduit une volonté réelle (ou exprimée comme telle) d'embaucher le salarié. Tel est le cas lorsque l'employeur précise, dans un courrier envoyé au candidat, les modalités et le montant de sa rémunération, les horaires de travail, la durée de la période d'essai et qu'il attend du salarié une réponse sous huit jours[74]. En revanche, les projets restés au stade d'hypothèses ne sauraient recevoir cette qualification.

La qualification de la promesse d'embauche est déterminante, dans la mesure où sa reconnaissance entraîne celle « *d'un engagement pratiquement irrévocable, et dont le bénéficiaire tire déjà un droit* »[75]. Cela la distingue de la simple offre d'emploi, que l'employeur peut révoquer à tout moment tant que le candidat ne l'a pas acceptée. Cependant, l'obligation de bonne foi qui pèse sur l'employeur commande de nuancer ce principe de libre révocation de l'offre d'emploi tant qu'elle n'a pas été acceptée par le salarié. En effet, l'employeur commet un abus lorsqu'il révoque une offre d'emploi dans un délai trop court pour que le salarié lui fasse parvenir son acceptation [76].

Les juges du fond vont donc se livrer à une véritable analyse factuelle afin de déterminer s'il y a ou non promesse d'embauche – étant entendu que tous les litiges liés à la reconnaissance d'un tel engagement sont du ressort de la juridiction prud'homale[77]. Les juges disposent, en la matière, d'un pouvoir souverain[78].

Lorsque l'engagement pris par l'employeur est jugé suffisamment clair et précis, la promesse d'embauche lie l'employeur. En sa qualité d'avant-contrat, la promesse d'embauche est soumise aux règles de droit commun, notamment aux articles 1134 et 1147[79] du Code civil. L'employeur est donc tenu de respecter son engagement. Naturellement, l'employeur peut l'aménager, en stipulant que le salarié dispose d'un délai maximal pour accepter la promesse d'embauche, ou en le conditionnant à la survenance d'un événement précis tel que l'obtention d'un diplôme ou d'une qualification.

Quoi qu'il en soit, une fois la promesse caractérisée, l'employeur ne peut pas la résilier de mauvaise foi.

Paragraphe 2. L'interdiction de résilier la promesse d'embauche de mauvaise foi

Une fois la promesse d'embauche faite au salarié, l'employeur est débiteur d'une obligation, contractée volontairement. Celle-ci est soumise au droit commun, notamment à l'obligation d'être exécutée de bonne foi. L'employeur ne peut, en conséquence, justifier la rupture d'une promesse d'embauche par des difficultés financières connues de lui au moment de la formulation de ladite promesse[80]. De la même manière, il ne saurait arguer du fait que le salarié a été licencié pour faute grave par son ancien employeur[81] pour se soustraire à son obligation.

Dans la mesure où une promesse d'embauche acceptée par le salarié vaut contrat de travail, il est évidemment impossible à l'employeur de la révoquer après l'acceptation du salarié[82].

Parallèlement, une fois que le salarié a accepté la promesse d'embauche, il ne peut plus se rétracter librement. L'acceptation de la promesse fait peser sur les deux parties les obligations qui découlent du contrat de travail. L'employeur doit fournir le travail convenu au salarié et ce dernier doit rejoindre son poste de travail[83].

Il n'est plus possible, pour l'une ou l'autre des parties, de s'affranchir des règles légales relatives à la rupture du contrat de travail. La rupture par l'employeur d'une promesse d'embauche acceptée

par le salarié doit donc prendre la forme d'un licenciement[84].

La jurisprudence s'est montrée plus hésitante s'agissant de la sanction de la rupture de la promesse d'embauche par l'employeur lorsque le candidat n'a pas encore accepté le poste. De prime abord, il avait été jugé que le candidat avait droit à des indemnités de rupture au titre du licenciement abusif[85]. Par la suite, les juges du Quai de l'Horloge ont estimé que la violation par l'employeur de la promesse d'embauche devait être sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts au titre de la réparation du préjudice subi[86]. Aujourd'hui, la chambre sociale considère que la rupture d'une promesse d'embauche par l'employeur s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse[87]. Le salarié a en outre droit au paiement d'indemnités de préavis[88].

En revanche, quand le salarié refuse de prendre ses fonctions à la suite de son acceptation de la promesse d'embauche, il est redevable de dommages et intérêts à l'employeur.

Lorsque la rencontre des consentements s'est faite, le contrat de travail est formé. Cependant, les parties peuvent encore exprimer des doutes sur la capacité de l'autre partie à satisfaire ses espoirs. Le salarié peut s'interroger quant à l'adéquation des fonctions du poste avec ses attentes. De même, l'employeur peut vouloir « tester » la compétence du salarié, afin de s'assurer que celui-ci est pleinement en mesure de satisfaire les exigences du poste. Dans ces circonstances, les parties peuvent recourir à la période d'essai.

Section 2. L'encadrement des périodes d'essai

La période d'essai est un mécanisme qui permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent[89].

Elle permet à la partie dont les attentes ne sont pas satisfaites de rompre le contrat de manière simplifiée, en se contentant de respecter un délai de prévenance[90]. Partant, l'employeur qui se sépare de son salarié n'a pas à respecter la procédure de licenciement. Pour le salarié, l'intérêt est moindre, compte tenu de l'absence de formalisme impératif de la démission.

Seulement, il peut être tentant, pour un employeur ou un salarié, d'utiliser la période d'essai à une autre fin que celle prévue à l'article L. 1221-20 du Code du travail. De la même manière, les parties peuvent être amenées à rompre l'essai en ne respectant pas les dispositions légales applicables. Ces agissements de mauvaise foi sont systématiquement sanctionnés par les juges du fond. La bonne foi commande à l'employeur de recourir à l'essai dans le seul but d'apprécier les qualités réelles du salarié (paragraphe 1), et les parties ne doivent pas le rompre de manière abusive (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La bonne foi, garante du respect de la finalité de l'essai

La période d'essai est originale en ce qu'elle déroge au principe selon lequel les conventions sont conclues à titre définitif. En effet, les parties vont convenir qu'elles pourront rompre librement et unilatéralement le contrat de travail pendant un laps de temps déterminé[91]. En théorie, l'employeur rompra l'essai si le travail fourni par le salarié n'est pas satisfait[92] ; le salarié agira de la sorte lorsque les fonctions qu'il exerce ne lui conviennent pas.

Seulement, cette rupture simplifiée du contrat de travail « *trouve aisément sujet à détournement* » [93]. L'employeur peut en effet stipuler une période d'essai plus longue que le temps strictement nécessaire à l'évaluation des compétences du salarié, afin de pouvoir conserver la faculté de rompre le contrat à tout moment.

Pour cette raison, un certain nombre de règles ont été édictées. De prime abord, il a été précisé que l'essai ne se présuait pas[94]. En conséquence, l'employeur ne peut pas rompre un essai dont le salarié ignorait l'existence.

Ensuite, le législateur, s'inspirant de la jurisprudence[95], a clairement consacré la finalité de l'essai à l'occasion de la loi du 25 juin 2008[96]. L'essai doit uniquement servir à l'employeur d'outil d'évaluation des compétences professionnelles du salarié. Agit donc de mauvaise foi l'employeur qui stipule une période d'essai pour assurer l'intérim d'un poste en attendant l'arrivée du salarié auquel il est réellement destiné[97]. Il en va de même lorsqu'il est établi que l'employeur n'avait jamais eu l'intention de maintenir le salarié dans son poste à l'expiration de l'essai[98].

L'un des autres apports notables de la loi du 25 juin 2008 est la fixation des durées maximales des périodes d'essai. L'article L. 1221-19 du Code du travail dispose aujourd'hui que la période d'essai ne peut excéder deux mois pour les ouvriers, trois mois pour les techniciens et agents de maîtrise et quatre mois pour les cadres.

Il est loisible aux parties de convenir d'un renouvellement de la période d'essai. Mais, encore une fois, un accord préalable des deux parties est exigé[99] et des durées maximales sont fixées par le Code du travail[100]. L'on ne peut que se satisfaire de l'encadrement légal de la durée des périodes d'essai. Avant la loi du 25 juin 2008, bien nombreuses étaient les durées excédant à l'évidence le temps strictement nécessaire à l'évaluation des capacités du salarié par l'employeur. La jurisprudence opérait, alors, au cas par cas. C'est ainsi, qu'avait été jugée excessive la durée de six mois de l'essai d'une sténodactylo[101].

Lorsque le juge appréciait le caractère raisonnable d'une durée d'essai, il ne se référait pas directement à la bonne foi. En la matière, le texte de référence était souvent la convention n°158 de l'Organisation Internationale du Travail[102]. Cependant, il va de soi que l'obligation de proportion découle directement de l'exigence de bonne foi. En figeant les durées maximales des périodes d'essai, le législateur a consacré, indirectement, une déclinaison de l'obligation de bonne foi au stade de la période d'essai. Est désormais fixée la période maximale pendant laquelle on peut raisonnablement penser que l'employeur apprécie les compétences du salarié.

Il ne faudrait pas déduire que la bonne foi, consacrée légalement, ne sert plus directement de référence s'agissant de l'appréciation du caractère raisonnable des périodes d'essai. En effet, subsistent aujourd'hui un certain nombre d'accords de branche conclus avant la loi du 25 juin 2008. Il est fort probable que certains d'entre eux continuent à prévoir des durées supérieures à ce que prévoit aujourd'hui le Code du travail. L'intervention du législateur n'a donc pas encore figé la bonne foi au stade de l'essai. Encore récemment, il a été jugé qu'une période d'essai d'un an était excessive[103]...

Si la notion de bonne foi permet indirectement de sanctionner le recours injustifié à la période d'essai, force est également de constater qu'elle joue un rôle de premier plan s'agissant de l'appréciation du caractère abusif de sa rupture.

Paragraphe 2 – La bonne foi, fondement de la sanction de la rupture abusive de l'essai

Le seul intérêt de la période d'essai réside dans les modalités simplifiées de sa rupture. En effet, celle-ci se fait librement, sans que celui qui en est à l'origine n'ait à justifier d'un motif légitime. L'on conçoit aisément que dans de telles circonstances, des abus peuvent avoir lieu.

La bonne foi joue un rôle de premier plan dans la sanction des ruptures abusives des périodes d'essai. Comme l'a clairement affirmé la Cour de cassation, si « *en principe, chaque partie au contrat de travail 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* »

[\[104\]](#). L'étude du motif de la rupture de l'essai est ainsi déterminante dans l'appréciation de la bonne foi des parties.

Lorsque les défaillances du salarié sont patentes, la rupture de l'essai est justifiée. C'est le cas lorsqu'un commercial n'obtient aucun résultat dans la mise en vente d'un produit dont il avait la charge[\[105\]](#). Encore, la rupture est légitime lorsqu'un salarié fait preuve de véritables lacunes en terme de relations humaines qui impactent manifestement l'exécution de sa prestation de travail [\[106\]](#).

En revanche, sera jugée abusive la rupture de l'essai qui est la conséquence de la « légèreté blâmable » de l'employeur. Tel est le cas lorsqu'après avoir laissé espérer au salarié un emploi stable lors de l'embauche, l'employeur rompt l'essai au seul motif que la personne à laquelle le salarié devait succéder n'a finalement pas libéré son poste[\[107\]](#). Dans cette espèce, l'employeur aurait dû clarifier la situation avec la personne sensée quitter l'entreprise avant de recruter un remplaçant. La légèreté blâmable est également caractérisée lorsque l'employeur rompt l'essai d'un salarié placé en arrêt maladie au motif que les prestations de son remplaçant sont meilleures [\[108\]](#). Tel est encore le cas lorsque l'employeur rompt l'essai d'un salarié âgé de 45 ans qui, venant de démissionner de son emploi précédant, effectue un stage d'adaptation aux techniques de la société et n'a pas encore été en mesure d'exercer ses nouvelles fonctions[\[109\]](#).

Il a également été jugé que l'employeur rompt abusivement l'essai lorsque la rupture est arrivée si rapidement que le salarié n'a pas été en mesure de prouver ses qualités et capacités professionnelles[\[110\]](#). Cependant, la rupture de l'essai peut intervenir rapidement s'il est manifeste que le salarié n'est pas en mesure de réaliser le travail demandé[\[111\]](#). Est également abusive la rupture de l'essai qui est en réalité due à des motifs non-inhérents à la personne du salarié tels que la conjoncture économique[\[112\]](#) ou la suppression du poste du salarié[\[113\]](#).

Les juges vont donc étudier l'ensemble des circonstances dans lesquelles a été rompu l'essai afin de déterminer si la rupture s'est faite de manière abusive. Un élément isolé, tel que la rupture de l'essai le dernier jour n'est pas, en soi, constitutif d'un abus[\[114\]](#).

En application des règles classiques de preuve, c'est à la partie « victime » de la rupture de l'essai de démontrer la mauvaise foi de l'autre contractant. Si la jurisprudence est abondante en matière de rupture à l'initiative de l'employeur, il ne faut pas oublier que lorsque l'essai est rompu par le salarié, c'est à l'employeur de démontrer la déloyauté du salarié[\[115\]](#). Quel que soit le demandeur, il est une vérité absolue : dans la mesure où la rupture de l'essai se fait sans avoir à justifier d'un motif légitime, la preuve d'un abus peut être ardue...

La bonne foi joue manifestement un rôle régulateur fondamental lors de la formation du contrat de travail. Sa qualité de standard permet d'apprécier si le comportement des parties est loyal, consciencieux et proportionné. Cette situation est d'autant plus manifeste lorsque la convention est devenue définitive.

Titre 2. La bonne foi, principe fondamental de la conduite de la relation de travail

Au cours de l'exécution du contrat, les parties doivent accomplir les obligations qu'elles ont souscrites. Principalement, le salarié doit effectuer le travail demandé et l'employeur doit lui verser un salaire. Cependant, les stipulations du contrat de travail ne sont pas les seules lois des parties. Il leur incombe en outre de respecter, tout au long de l'exécution du contrat, l'obligation de bonne foi posée à l'article L. 1222-1 du Code du travail (chapitre 1). Cette obligation n'est pas affectée par la suspension du contrat, et n'est pas anéantie par sa rupture (chapitre 2).

Chapitre 1. La bonne foi, une notion cadre applicable tout au long de l'exécution du contrat

Au cours de l'existence du contrat, « *chacun des partenaires doit permettre à l'autre d'exécuter le contrat dans de meilleures façons possibles* »[\[116\]](#). Autrement dit, la bonne foi commande de respecter le contrat, mais aussi le cocontractant.

Cette obligation de respecter la « *loyauté du contrat* »[\[117\]](#) peut dépendre de ce que les parties y ont stipulé : certaines clauses peuvent renforcer les obligations des parties. La bonne foi se concevra alors comme le comportement minimal que l'on peut attendre des contractants. Ils sont libres de la renforcer par voie de stipulation. Paradoxalement, la bonne foi est également un outil de moralisation du contrat. En cela, elle peut également aussi constituer une entrave à la liberté contractuelle (section 1).

Au stade de l'exécution dudit contrat, les parties doivent faire preuve d'un comportement exemplaire[\[118\]](#) dans l'exécution de leurs obligations respectives (section 2).

Section 1. La bonne foi et la fixation du contenu obligationnel

À en croire le premier alinéa de l'article 1134 du Code civil, au terme duquel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », le contrat est la chose des parties. Elles sont libres d'en fixer le contenu et d'en modifier les termes par consentement mutuel. Le droit du travail ne remet pas en cause cette liberté de stipulation. Elle est cependant conditionnée au respect des principes généraux du droit des contrats (l'effet relatif des conventions [\[119\]](#), leur force obligatoire[\[120\]](#)...) et l'ordre public social.

La bonne foi peut d'abord se concevoir comme un comportement minimal que les parties doivent adopter dans le cadre de l'exécution du contrat. Libre aux contractants de renforcer cette obligation de loyauté par voie de stipulation (paragraphe 1). Cependant, cet usage du « *champ contractuel* »[\[121\]](#) doit se faire de bonne foi. En cela, l'on assiste également à une moralisation de la liberté de stipulation (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'exercice de la liberté de stipulation comme prolongement de l'obligation légale de bonne foi

Le contrat de travail fait naître différentes obligations à la charge des parties. Certaines sont d'origine légales (le paiement du salaire[\[122\]](#) ; l'exécution de la prestation de travail[\[123\]](#)) ; d'autres sont conventionnelles. Les parties peuvent, en effet, user de leur liberté de stipulation pour préciser, amender ou compléter les dispositions légales.

La bonne foi n'échappe pas à la règle. Les parties peuvent estimer que, compte tenu de la spécificité de leur relation de travail, il y a lieu de préciser la portée des obligations qu'impose la loyauté. Encore, l'intérêt de l'entreprise peut commander leur renforcement.

La liberté de stipulation permet de mieux aux parties de définir ce qu'elles attendent l'une de l'autre. L'obligation de confidentialité est un bon exemple. La bonne foi interdit au salarié de communiquer à des tiers des informations confidentielles de l'entreprise[124]. Encore faut-il déterminer ce qu'est une information confidentielle. Est-ce que seules les informations susceptibles d'intéresser la concurrence reçoivent cette qualification ou peut-on l'étendre à des données plus générales telles que les conditions de travail de l'entreprise ? L'on comprend ici l'intérêt de stipuler une clause de confidentialité ou de discrétion, préciser le domaine de l'interdiction faite au salarié de divulguer certaines informations[125].

Un autre exemple est trouvé dans l'obligation de non-concurrence. Le salarié est tenu de ne pas concurrencer son employeur pendant la durée de son contrat de travail[126]. Cette obligation doit être distinguée de la clause de non-concurrence, qui court pour la période post-contractuelle (*cf. infra*). L'obligation de non-concurrence permet de sanctionner les actes de déloyauté tels que la création par le salarié d'une société concurrente à celle de son employeur pendant l'exécution du contrat[127] ou de détourner la clientèle de l'entreprise[128], mais elle n'est pas un principe absolu. Il n'est pas systématiquement interdit au salarié de cumuler plusieurs emplois, dès lors que l'activité n'est pas concurrente de celle de l'employeur et que les dispositions régissant les durées maximales de travail et les temps de repos sont respectées[129]. De la même manière, le salarié a le droit de créer une société concurrente de celle de son employeur si elle entre en activité à partir du terme du contrat de travail existant[130]. Une fois encore, les parties peuvent parfaire l'obligation faite au salarié de ne pas entrer au service d'un autre employeur par le biais d'une clause d'exclusivité.

La bonne foi peut donc être considérée comme source d'obligations générales et *a minima*, mises à la charge des parties. Libre à elles de préciser ces obligations et de les renforcer par voie de stipulation. Un tel exercice de la liberté contractuelle doit se faire bonne foi.

Paragraphe 2. L'encadrement et la moralisation de la liberté de stipulation

Qu'il ait ou non pour finalité de renforcer les obligations découlant de la bonne foi, l'exercice de la liberté contractuelle doit se faire de manière loyale. Cela vaut à chaque instant de la vie du contrat de travail : lorsqu'il vient de se former (stipulation initiale) ou lorsqu'il est modifié ultérieurement. La loyauté doit être présente lors de la mise en place des stipulations (A), tout comme lors de leur mise en œuvre (B).

A. Le rôle de la bonne foi dans la mise en place des stipulations

La liberté contractuelle peut être exercée à tout moment, afin de définir les obligations des parties. Concrètement, les contractants fixeront les termes du contrat au tout début de leur relation de travail, mais peuvent être amenés à les modifier ultérieurement. La bonne foi doit guider leur action.

Les stipulations doivent, de prime abord, respecter le principe général dressé à l'article L. 1121-1 du Code du travail[131], au terme duquel « *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 ni proportionnées au but recherché* ».

Cette règle est érigée par les juges en condition de la validité des stipulations. Les atteintes aux droits et libertés des personnes ne sont tolérées que si elles sont justifiées par un intérêt légitime et proportionné. Ainsi, la clause de mobilité, qui permet à l'employeur d'imposer à son salarié une modification de son lieu de travail, doit impérativement être édictée « *dans l'intérêt de l'entreprise* » [132]. Il en va de même pour la clause de non-concurrence[133]. L'intérêt de l'entreprise est

présumé[134] ; la preuve de son absence incombe au salarié.

Le respect du cocontractant commande également d'exclure les clauses imposées unilatéralement par l'employeur. Comme le note le Professeur Bernard Bossu, « *la loyauté commande de faire reculer l'unilatéralité* » [135]. Ne seront donc admises que les clauses qui sont le fruit d'une véritable négociation, et celles qui découlent d'un abus de puissance du subordonnant. De la sorte, « *le contrat de travail s'appliquera d'autant mieux et, en principe, d'autant plus longtemps que les obligations réciproques des parties seront équilibrées* » [136].

La bonne foi apparaît donc comme « *un instrument permettant aux juges de jouer un rôle correcteur par rapport à la sécheresse des clauses du contrat, en permettant tantôt d'ajouter à la lettre du contrat, tantôt de venir la tempérer, de l'assouplir et de l'adapter* » [137]. Si, d'une manière générale, chaque clause a ses propres conditions de validité, il existe donc un certain droit général des clauses du contrat de travail [138].

La bonne foi est un principe clé de l'édiction des clauses, mais elle doit aussi gouverner leur mise en œuvre, *a fortiori* lorsqu'elles impactent l'exécution du contrat.

B. Le rôle de la bonne foi dans la mise en œuvre des stipulations affectant l'exécution du contrat et lors de la modification du contrat

La mise en œuvre des clauses stipulées par les parties est susceptible d'impacter l'exécution du contrat. À titre d'exemple, la clause de mobilité valablement stipulée permet à l'employeur de modifier le lieu où est effectué le travail du salarié. La modification du contrat de travail peut, également, intervenir sans que ne soit mise en œuvre une clause spécifique du contrat. Alors, un accord exprès des parties sera requis, en application de la force obligatoire du contrat.

La bonne foi pose un cadre légal et moral à la « mutation » du contrat de travail. Comme il l'a été énoncé, la première obligation est de veiller à ce que la modification du contrat, quelle qu'en soit l'origine, soit décidée dans l'intérêt de l'entreprise. Si elle est imposée par l'employeur dans le seul but de régler un différend avec un salarié, la déloyauté de l'employeur sera caractérisée [139].

Une fois cette première condition est satisfaite, encore faut-il s'assurer que la modification n'est pas mise en œuvre dans des circonstances « exclusives de la bonne foi ». Celui qui propose la modification du contrat doit avoir à l'esprit le souci du cocontractant. Doit donc être respecté un délai suffisant dans la mise en œuvre de la modification du contrat de travail. Est fautif l'employeur qui informe ses salariés du déménagement de l'entreprise un mois avant la date prévue, alors que la décision a été prise depuis plusieurs mois [140]. Un délai de prévenance suffisant aurait dû être respecté. De même, l'employeur doit tenir compte de la situation personnelle du salarié. S'il impose à un salarié placé dans une situation familiale critique un déplacement immédiat pour un poste qui pourrait être pourvu par d'autres salariés, il agit de manière déloyale [141].

Le salarié qui n'a pas de raison légitime de refuser la proposition faite par l'employeur doit s'y plier, s'il a préalablement stipulé son accord. Lorsqu'aucun accord préalable n'a été donné, le salarié ne peut pas être sanctionné pour avoir refusé une modification de son contrat [142]. En tout état de cause, la Cour de cassation a précisé que le salarié qui, tout en acceptant une mutation imposée par son employeur, « *recherche un emploi conforme à ses aspirations dans un autre établissement de la même entreprise* » ne manquait pas à son obligation de bonne foi [143].

Si la bonne foi doit être respectée dans la mise en œuvre ou la modification des stipulations susceptibles d'impacter l'exécution du contrat de travail, il va de soi que tel est également le cas lors de l'exécution des obligations principales du contrat de travail.

Section 2. La bonne foi, standard dans l'exécution du contrat de travail

Lors de l'exécution du contrat de travail, la bonne foi impose aux parties une série de devoirs généraux et de comportements[144] destinés à « *respecter les intérêts essentiels* » [145] de l'autre partie.

Dans un objectif de pacification des rapports de travail[146], il est donc demandé au salarié d'ajouter à sa subordination contractuelle une série d'exigences de comportement (paragraphe 1). Parallèlement, l'employeur doit faire un usage loyal de ses pouvoirs (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'accroissement de la sujétion du salarié

La bonne foi impose au salarié d'adopter un certain nombre de comportements, en sus de ceux induits par la subordination juridique qui le lie à son employeur. S'il est communément admis que l'utilité de la bonne foi est marginale s'agissant de l'appréciation de l'exécution de la prestation de travail (A), force est de constater qu'elle joue un rôle essentiel en dehors de celle-ci (B).

A. Le rôle limité de la bonne foi à l'égard de l'exécution de la prestation de travail

Nombreux sont les auteurs qui estiment que l'obligation de bonne foi n'a qu'une incidence marginale à l'égard de la prestation de travail[147]. Il est vrai qu'en comparaison des obligations positives qu'elle fait naître à la charge de l'employeur (obligation de formation, de reclassement... *cf. infra*), l'exigence d'un comportement loyal (ou plutôt l'interdiction d'un comportement déloyal) du salarié peut paraître dérisoire, surtout lorsqu'elle fait double emploi avec les obligations nées de la subordination juridique.

Cependant, la notion n'est pas superflue puisqu'elle oblige le salarié à donner le meilleur de lui-même. La bonne foi commande au salarié de « *contribuer loyalement et activement à la réalisation des objectifs fixés* »[148]. Sera donc sanctionné, sur ce fondement, « *le comportement de ceux qui ne paient pas assez de leur personne dans l'exécution de leur travail* »[149].

À cette fin, comme le note Christophe Vigneau, une comparaison devra être établie entre le salarié accusé de déloyauté et un modèle de référence, le « *bon salarié* », similaire au bon père de famille du droit de la responsabilité civile[150]. En cela, la bonne foi jouera réellement le rôle d'une notion cadre.

Érigée en comportement de référence, la bonne foi permet de sanctionner la mauvaise exécution du contrat du salarié. Cependant, dans les arrêts de la Cour de cassation, rares sont les visas des articles L. 1222-1 du Code du travail ou 1134 alinéa 3 du Code civil. En fait, la déloyauté se caractérisant avant tout par une violation du contrat, il est normal que ce soit sur le terrain de l'inexécution fautive du contrat que le salarié soit sanctionné.

Parfois, le manquement du salarié à son obligation de bonne est tel qu'il constitue un délit pénal. Par exemple, a été jugé coupable d'abus de confiance le salarié qui avait fait usage de son ordinateur professionnel afin de visiter, au temps et au lieu de travail, des sites pornographiques [151].

Il faut convenir, cependant, que « *l'obligation de bonne foi se manifeste moins à travers la substance de l'obligation de prestation de travail qu'à sa périphérie* »[152]

B. Le rôle déterminant de la bonne foi dans l'appréciation du comportement du salarié en dehors de l'exécution de la prestation de travail

Le salarié est soumis à une obligation de loyauté qui lui incombe de respecter le contrat de travail, mais également son employeur et l'intérêt de l'entreprise. C'est donc tout un ensemble de comportements déloyaux du salarié qui pourront être sanctionnés sur ce fondement. Il ne s'agit plus ici de punir la mauvaise exécution des obligations principales du contrat de travail, mais de sanctionner le non-respect d'un certain nombre de comportements et d'obligations accessoires [153] déduites par la jurisprudence de l'obligation générale de bonne foi.

Ces obligations accessoires ont, pour la plupart, déjà été évoquées (obligation de non-concurrence, l'obligation de confidentialité...), et compte tenu du flou qui entoure la notion, « *il serait vain d'en dresser l'inventaire* » [154]. Cependant, il est essentiel d'analyser l'un des effets de la bonne foi sur la condition des travailleurs : la limitation de la liberté d'expression.

En effet, bien que l'article 19 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que « *tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit* », il n'en demeure pas moins que le salarié ne doit pas en faire un usage abusif. Il lui est donc interdit de dénigrer son employeur ou son entreprise [155].

Ainsi, manque à son obligation de bonne foi le salarié qui met en cause la compétence de son employeur sur son lieu de travail [156]. Il en va de même pour le salarié qui critique sa hiérarchie en dehors de son temps de travail, devant des personnes qu'il est chargé d'encadrer [157].

Récemment, de nombreux arrêts de cours d'appel ont été rendus à propos de salariés qui avaient critiqué leurs employeurs sur les réseaux sociaux. La question alors soulevée était de savoir si un réseau social était un espace public ou privé [158], afin de déterminer si le licenciement reposait sur une faute du salarié ou une cause réelle et sérieuse. Certes, la question est essentielle pour déterminer le régime juridique applicable à la rupture, mais quelle que soit la décision retenue, le salarié avait manqué à son obligation de bonne foi.

La loyauté impose donc au salarié une obligation de mesure quant aux propos tenus sur ou en dehors de son lieu de travail. Cependant, il faut noter que le manquement du salarié à son obligation de bonne foi en raison de propos injurieux est apprécié en fonction de son niveau de responsabilité [159], de son ancienneté, ou encore des circonstances dans lesquelles ils ont été proférés [160].

Ainsi, ne peut être sanctionné le salarié qui a insulté son employeur alors qu'il était dans un état d'exaspération et de fragilité psychologique [161]. Encore, il peut arriver que des propos familiers ou même des insultes ne soient pas considérés comme fautifs dans la mesure où ils sont coutumiers dans l'entreprise [162].

En dépit de telles atténuations jurisprudentielles, il doit être conclu que la bonne foi a l'effet d'un surcroît de sujétion pour le salarié. En dehors de l'exécution de la prestation de travail, elle constitue un certain relais de la subordination contractuelle, en ce qu'elle peut fonder des sanctions disciplinaires.

L'employeur est, lui aussi, tenu d'agir loyalement au stade de l'exécution du contrat.

La bonne foi commande à l'employeur de faire un usage loyal des pouvoirs qu'il détient en vertu de son lien de subordination (donner des consignes à ses salariés, en surveiller l'exécution et sanctionner les manquements[163]).

Évidemment, l'employeur doit assurer la fourniture d'un travail correspondant à la qualification du salarié, dans les conditions prévues au contrat[164]. S'il ne s'acquitte pas de cette obligation principale, il engage sa responsabilité contractuelle – une prise d'acte de la rupture du contrat à ses torts pourrait d'ailleurs intervenir.

La bonne foi lui commande également de faire un usage loyal des moyens qu'il met en œuvre afin de contrôler l'exécution des tâches par les salariés (A). Si la preuve d'une faute disciplinaire peut être apportée par tout moyen, encore faut-il qu'elle soit loyalement obtenue. La position rigoriste de la Cour de cassation en la matière nourrit quelques critiques de la doctrine (B).

A. La restriction des moyens employés par l'employeur au nom de la surveillance des salariés

En principe, « *la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux du travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite* »[165]. Cependant, des problèmes peuvent survenir lorsque des techniques particulières sont obtenues afin de contrôler l'activité des salariés (nouvelles technologies, détective privé).

La jurisprudence a donc dégagé un certain nombre d'obligations à la charge de l'employeur désireux de collecter des données relatives à l'exécution du travail de ses subordonnés[166].

Tout d'abord, les moyens mis en œuvre doivent respecter les conditions posées à l'article L. 1121-1 du Code du travail, être justifiés par l'intérêt légitime de l'entreprise et être proportionnés[167]. Tel n'est pas le cas du dispositif de vidéosurveillance mis en place dans le seul but de contrôler de manière permanente l'activité des salariés[168].

Ensuite, les moyens employés doivent être transparents. La CNIL[169] ainsi que les salariés doivent avoir été informés de l'existence du dispositif[170] ainsi que de sa finalité[171], et le comité d'entreprise doit avoir été informé et consulté[172].

Enfin, les moyens employés ne doivent pas porter atteinte à la vie privée des salariés[173]. Dans un célèbre arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001[174], la Cour de cassation avait estimé 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* ».

Depuis, la « jurisprudence Nikon » a été amoindrie. Les juges estiment que « *sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les messages identifiés par le salarié comme personnels sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé* »[175], étant entendu que tout fichier ou message non-identifié comme personnel est présumé professionnel[176]. Cependant, le respect de la vie privée du salarié reste une obligation pour l'employeur. Quentin Urban, maître de conférences à la faculté de droit de Strasbourg, estime que l'obligation de loyauté permet « *de définir un modèle comportemental acceptable, respectueux de la vie personnelle du salarié* »[177]

La loyauté commande ne pas détourner un dispositif de sa finalité déclarée. Dans un arrêt rendu le 3 novembre 2011, la Cour de cassation a sanctionné un employeur qui avait fait un usage déloyal de l'outil de géolocalisation. Dans cette espèce, la finalité dudit système avait été déclarée à la CNIL et aux salariés comme étant la nécessité d'analyser le temps de déplacement dans un souci d'optimisation des performances du service. En réalité, l'employeur avait recours à ce dispositif pour contrôler l'activité des salariés. Ces conditions de fond et de forme doivent impérativement être respectées. L'employeur négligeant s'expose à des sanctions pénales[178].

Ces dispositions ne s'appliquent pas si les moyens utilisés par l'employeur pour contrôler l'activité du salarié sont étrangers à tout système de collecte de données. En revanche, quelles que soient les circonstances, la loyauté doit rester de mise. Ainsi, il est jugé qu'agit de manière déloyale l'employeur qui fait espionner son salarié par des collègues de bureau en dehors de son lieu de travail[179]. Tel est encore le cas lorsqu'il est demandé à un huissier de recourir à des stratagèmes afin de confondre le salarié[180].

La bonne foi permet donc un réel encadrement des pouvoirs de l'employeur. En soi, elle ne limite pas ses pouvoirs légitimes, mais les moyens mis en œuvre à l'occasion de leur exercice.

B. La loyauté de la preuve selon la Cour de cassation, une approche rigoureuse ?

La loyauté de la preuve de la faute du salarié est un sujet qui fait parfois polémique. Dans certaines espèces, alors qu'il est avéré que le subordonné a gravement manqué à ses obligations contractuelles, les éléments de preuve apportés par l'employeur ont été écartés compte tenu de leur déloyauté. Mais dès lors, l'employeur est dépourvu de moyens pour sanctionner le salarié.

Ainsi, l'affaire dite « de la factrice aux mains bleues »[181]. Une employée de la Poste suspectée de violer le secret des correspondances avait été confondue par un stratagème mis en place par son employeur : un certain nombre de lettres « festives » mises en circulation répandaient de l'encre bleue une fois ouvertes. Pour la Cour de cassation, la déloyauté de ce procédé doit conduire le juge à l'écartier. L'employeur n'avait aucun autre moyen de prouver la faute de la salariée...

Ces difficultés peuvent être solutionnées par « la pesée des intérêts en présence ». Consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme[182], cette voie évolutive du droit de la preuve consiste à « *aborder la recevabilité d'un mode a priori inadmissible ou suspect à travers le prisme d'un rapport de proportionnalité entre les intérêts que le secret protège et ceux à la satisfaction desquels il fait obstacle, dès lors que, dans cette mise en balance, l'atteinte au secret paraît moindre, et constituer le seul moyen de faire triompher une légitime prétention de fond* ».

Appliquée par la première chambre civile de la Cour de cassation[183], l'application de cette théorie conduirait à admettre des preuves aujourd'hui écartées au nom de leur déloyauté.

Julien Raynaud, maître de conférences à la faculté de droit de Limoges, propose à cet égard une réhabilitation, sous conditions, de la preuve déloyale en droit du travail[184]. Il estime que devraient être jugées recevables les preuves déloyales qui ne portent pas atteinte à la vie privée du salarié, et dont il n'existe pas d'alternative pour prouver la faute grave du salarié. Cette évolution jurisprudentielle profiterait également au salarié, qui peut parfois se voir opposer le principe de déloyauté de la preuve qu'il avance afin de prouver les manquements de son employeur[185].

Il n'en demeure pas moins qu'à l'heure actuelle, la chambre sociale de la Cour de cassation

continue à appliquer strictement le principe de loyauté et d'apporter « *d'indispensables conditions et restrictions* »[\[186\]](#) à l'exercice des pouvoirs de l'employeur. En cela, elle contribue à contraindre les parties à faire preuve de bonne foi au stade de la mise en œuvre du contrat.

La bonne foi joue manifestement un rôle clé dans la moralisation des conditions de travail. Véritable notion cadre que le juge interprète librement, elle incite chaque partie à adopter un comportement exemplaire, dans le souci d'œuvrer le plus fidèlement à la réussite du contrat. Il est donc d'autant plus intéressant de noter que cette obligation persiste lors de la suspension du contrat, et ne disparaît pas d'office lors de sa rupture.

Chapitre 2. La persistance de la bonne foi malgré le bouleversement de l'exécution du contrat

L'exécution du contrat peut être bouleversée par un certain nombre d'événements. Le contrat peut être suspendu – tel est notamment le cas lorsque le salarié est victime d'un accident du travail ou lorsqu'il part en congés. Alors, chaque partie demeure tenue de se comporter de bonne foi (section 1).

Le contrat peut également être rompu, à l'initiative de l'un ou l'autre des contractants. Alors, les parties devront mettre un terme de manière loyale à leur relation. Lorsqu'elles seront libérées de leurs obligations principales, elles demeureront tenues à l'obligation de bonne foi (section 2).

Section 1. La continuité de la bonne foi pendant la suspension du contrat de travail

Pendant la suspension du contrat, les parties sont libérées partiellement ou totalement de leurs obligations contractuelles, compte tenu d'une situation donnée (maladie[\[187\]](#), accident du travail [\[188\]](#), congé parental d'éducation[\[189\]](#)...). Le salarié n'est plus tenu d'exécuter sa prestation de travail[\[190\]](#) et l'employeur n'a plus à lui payer son salaire.

Est-ce à dire que les parties sont libérées de l'obligation d'agir de bonne foi ? Une réponse positive irait à l'encontre de ce que commande le bon sens. Le contrat est suspendu de manière temporaire, ce qui signifie que le salarié sera amené à retravailler avec son employeur. Pour cette raison, la bonne foi doit persister.

Quelle que soit la cause de la suspension, l'obligation de loyauté demeure (paragraphe 1). Pendant cette période, le salarié ne doit pas agir contre les intérêts de son employeur – il ne peut donc pas exercer une activité concurrente (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Le maintien de l'obligation de loyauté du salarié dont le contrat est suspendu

Comme il l'a été énoncé, la suspension du contrat de travail impacte les obligations des deux parties, qui se retrouvent libérées de leurs impératifs : le paiement du salaire pour l'employeur ; l'exécution de la prestation de travail pour le salarié.

Faut-il pour autant déduire de cette suspension des obligations des parties que le salarié est libéré de son obligation de bonne foi ? Une réponse non équivoque a été apportée par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 15 juin 1999, « *la suspension du contrat de travail provoqué par la maladie ou l'accident ne supprime pas l'obligation de loyauté du salarié à l'égard de l'employeur* »[\[191\]](#). Le salarié demeure donc soumis à son obligation de loyauté.

Si cette affirmation est aujourd'hui bien établie, force est cependant de constater qu'elle n'allait pas de soi. En effet, si l'exécution du contrat doit se faire de bonne foi, rien n'est précisé, dans le Code du travail, sur la « non-exécution » du contrat. Cependant, dans la mesure où l'obligation de

bonne foi a été étendue aux périodes extracontractuelles, il est normal qu'elle le soit également lors de la suspension du contrat.

Si, pendant la suspension du contrat de travail, le salarié n'est pas tenu de poursuivre sa collaboration avec l'entreprise[192], la bonne foi lui commande de restituer à son employeur qui en fait la demande les éléments matériels[193] ou les informations[194] qu'il détient et qui sont nécessaires à la bonne marche de l'entreprise. Encore faut-il, évidemment, que l'employeur se soit assuré qu'il ne disposait pas d'autres moyens pour obtenir lesdites informations[195] et que les demandes de l'employeur ne soient pas si nombreuses qu'elles finissent par imposer au salarié un travail pendant son arrêt[196].

De nombreux arrêts sont relatifs aux obligations du salarié placé en arrêt maladie. Que se passe-t-il si le salarié ne respecte pas ses obligations vis-à-vis de la sécurité sociale, telles que le non-respect des horaires de sortie ? Selon la Cour de cassation, cela ne saurait justifier un licenciement[197]. Ne manque pas non plus à son obligation de bonne foi le salarié placé en arrêt maladie qui a effectué une randonnée pédestre deux jours avant la reprise prévue du travail[198]. Dans cette espèce, la Cour avait noté que les lésions dont souffrait le salarié n'interdisaient pas cette activité.

La solution est encore plus « extrême » dans un arrêt en date du 16 juin 1998[199]. Un salarié dont le contrat de travail avait été suspendu suite à un accident du travail était parti en vacances en Yougoslavie. Pour la chambre sociale du Quai de l'Horloge, compte tenu « *d'une part, que les obligations du salarié vis-à-vis de la Sécurité sociale ne peuvent justifier son licenciement et d'autre part, que le salarié se trouvait en période de suspension de son contrat de travail, en sorte que les faits qui lui étaient reprochés ne constituaient pas un manquement aux obligations résultant du contrat de travail* », le salarié n'avait pas *ipso facto* manqué à son obligation de bonne foi.

L'on ne s'étonnera donc pas que ne manque pas non plus à son obligation de loyauté le salarié qui « profite » de son arrêt maladie pour participer aux épreuves d'un examen sans en avertir l'employeur[200].

Les juges ne se montrent donc pas particulièrement sévères dans l'appréciation de la bonne foi du salarié dont le contrat est suspendu. Aussi, peut-il être intéressant d'étudier la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation relative au respect par le salarié dont le contrat est suspendu d'une des obligations qui découlent de la bonne foi : la non-concurrence.

Car si le fait qu'un salarié profite de son arrêt maladie pour partir en vacances ne peut, en principe, constituer un manquement contractuel, il en va autrement s'il exerce, pendant ce temps, une activité directement concurrente de celle de son employeur.

En pareille hypothèse, la déloyauté est caractérisée ; le licenciement pour faute grave, justifié (Cass. soc., 5 juillet 2017, n°16-15.623).

Paragraphe 2 – L'interdiction faite au salarié dont le contrat est suspendu de concurrencer son employeur

Il a déjà été noté que la bonne foi interdit au salarié d'exercer une profession concurrente de celle son employeur. Aussi peut-il être intéressant de s'attarder sur la déclinaison de cette obligation au stade de la suspension du contrat causée par une maladie ou un accident du travail (l'arrêt du travail est donc sensé permettre la convalescence du salarié). L'intérêt d'une telle étude est double : d'une part, l'hypothèse n'est pas d'école et se rencontre souvent en pratique ; d'autre part, elle permet de constater la relative bienveillance des juges vis-à-vis de l'appréciation de la bonne foi du salarié.

À la lecture l'arrêt rendu le 12 janvier 2005[201] par la chambre sociale de la Cour de cassation, il semble que les juges du fond aient une réponse catégorique à la question de savoir si le salarié peut exercer une activité professionnelle lors de la suspension de son contrat de travail : « *attendu que durant son arrêt de travail, le salarié [un mineur de fond] avait occupé un emploi rémunéré de serveur de bar* », il avait manqué à son obligation de loyauté.

Cette position avait amené Arnaud Teissier à la conclusion selon laquelle « *l'arrêt maladie a pour finalité de permettre au salarié de se rétablir. Manque donc à son obligation de loyauté le salarié qui, durant sa période de suspension contractuelle, ne se consacre pas à cet objectif* » [202].

Cependant, une lecture attentive de la jurisprudence conduit à être plus mesuré. Il a été parfois admis que le salarié malade puisse exercer une activité professionnelle. Par exemple, dans un arrêt du 12 octobre 2011[203], la chambre sociale a estimé que le chauffeur d'une entreprise de menuiserie qui, pendant son arrêt maladie, travaille en qualité de vendeur sur un marché pour son propre compte, ne manque pas à son obligation de loyauté.

En réalité, le manquement à l'obligation de bonne foi dépendra des circonstances de la cause. Il sera caractérisé lorsque l'activité exercée par le salarié malade concurrence celle de l'employeur. C'est le cas du salarié qui, pendant la suspension de son contrat de travail s'occupe de l'ouverture et de la fermeture d'un magasin exerçant la même activité que celle de son employeur[204]. Encore, c'est le cas lorsqu'un salarié malade répare des véhicules pour son propre compte en faisant appel à un autre mécanicien de la société[205]. En revanche, ce n'est pas le cas lorsqu'une caissière aide très occasionnellement son mari dans un bar restaurant[206]. L'exigence d'un préjudice[207] causé par la concurrence déloyale devra donc être apportée par l'employeur. Il semble qu'il faille également prendre en compte la durée de l'activité exercée pendant l'arrêt maladie. Dans l'arrêt du 12 janvier 2005, le mineur de fond avait été employé comme serveur pendant plusieurs mois. Cela signifie qu'il aurait sûrement pu reprendre le travail. Partant, bien que l'activité exercée pendant l'arrêt ne fût pas concurrente de celle de l'employeur, le salarié avait manqué à son obligation de bonne foi.

Force est manifestement de constater que le juge ne se montre pas particulièrement sévère dans l'appréciation de la bonne foi du salarié. Il est discutable qu'un salarié puisse exercer une activité professionnelle alors qu'il est placé en arrêt maladie. En effet, s'il lui est loisible d'exécuter un travail, pourquoi n'est-ce pas celui stipulé dans son contrat de travail ? Encore une fois, tout dépend des circonstances de l'espèce.

Section 2. La rupture du contrat de travail et la survivance de la bonne foi

La rupture du contrat de travail est une décision grave qui peut être décidée par l'une ou l'autre des parties. Compte tenu de l'impact évident qu'un tel événement est susceptible de provoquer dans la vie des cocontractants, un droit du licenciement a progressivement émergé. Des procédures spécifiques doivent être respectées, et lorsque la rupture est imputable à l'employeur, elle doit répondre d'une cause réelle et sérieuse. En somme, la rupture doit être menée de bonne foi (paragraphe 1). Une fois le contrat rompu, si les parties ne sont plus liées par le lien de

subordination, il n'en demeure pas moins qu'une certaine loyauté doit subsister (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La bonne foi, principe directeur de la rupture du contrat

La rupture du contrat peut intervenir d'un commun accord, dans le cadre d'une rupture conventionnelle. Cependant, il est plus courant qu'elle ne résulte que de la volonté d'une partie, l'employeur (A) ou le salarié (B).

A. La rupture du contrat à l'initiative de l'employeur

La rupture du contrat de travail, lorsqu'elle est imputable à l'employeur, est qualifiée de licenciement. Le droit du travail français a la spécificité d'avoir rigoureusement encadré cette procédure, en la soumettant à de nombreuses obligations de forme et de fond. Depuis une loi du 13 juillet 1973[208], tout licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse[209].

La première étape d'un licenciement est, en règle générale, la convocation du salarié à un entretien préalable. Cette convocation est soumise à un formalisme très rigoureux : la lettre doit être remise par lettre recommandée ou en main propre contre décharge[210] et contenir un certain nombre de mentions impératives, au terme desquelles, la faculté pour le salarié de se faire assister pendant la durée de l'entretien[211]. L'obligation de tenir un entretien préalable vaut quelle que soit la cause du licenciement décidé pour un motif personnel[212] permet d'exposer au salarié les motifs de la décision envisagée[213]. Des délais minima sont rendus obligatoires par le Code du travail entre la convocation et la tenue de l'entretien ainsi qu'entre l'entretien et la notification du licenciement[214], afin que le salarié puisse préparer sa défense avant l'entretien [215] et que l'employeur puisse réfléchir aux conséquences de son choix.

Au cours de l'entretien, un dialogue est sensé être établi entre les parties. Pour cette raison, l'entretien ne doit pas se transformer en conseil de discipline ou en chambre d'accusation : l'employeur ne peut pas se faire assister par un trop grand nombre de personnes[216].

Manifestement, la procédure de licenciement est irriguée par la notion de bonne foi. La rupture du contrat ne peut intervenir sans que le salarié n'ait été informé des motifs qui conduisent l'employeur à envisager une telle décision. En matière de licenciement économique, s'il n'est pas toujours exigé qu'un entretien préalable ait lieu[217], une information des salariés est requise, tant par l'obligation qui est faite à l'employeur de consulter leurs représentants[218] que par la nécessité de leur notifier individuellement la décision.

L'on retrouve également la notion de bonne foi dans l'exposé des motifs de la rupture. Tout licenciement doit être justifié par une cause réelle et sérieuse. L'exigence de la réalité du grief conduit à exclure le motif de la perte de confiance[219] ou encore le seul risque d'un conflit d'intérêts[220]. L'employeur doit donc prouver la cause réelle et sérieuse du licenciement et se fonder sur des éléments objectifs et vérifiables[221]. Les faits reprochés au salarié doivent être mentionnés dans la lettre de notification du licenciement, qui fixe les limites du litige[222].

La bonne foi commande à l'employeur de ne pas prendre en compte, afin de sanctionner le salarié sur le terrain disciplinaire, les actes commis par le salarié dans le cadre de sa vie personnelle. Cependant, un licenciement pour cause réelle et sérieuse peut être justifié compte tenu du trouble caractérisé causé à l'entreprise[223].

La rupture du contrat ne pouvant intervenir brutalement, un préavis doit être respecté[224], sauf à ce que le salarié ait commis une faute si grave qu'elle empêche son maintien dans l'entreprise.

L'obligation d'agir de bonne foi découle de manière manifeste de l'ensemble des obligations

légales encadrant la procédure de licenciement. Ces obligations de formes sont des conditions de validité de la procédure. La bonne foi commande également aux parties d'avoir un comportement honorable. Ainsi, l'employeur qui annonce, avant que le licenciement ne soit prononcé, que le salarié n'a plus la qualité de représenter la société vis-à-vis des tiers manque à son obligation de loyauté[225]. Il en ira de même pour l'ensemble des circonstances vexatoires ou brutales de rupture du contrat, par exemple lorsque l'employeur agit avec une célérité particulière pour mettre en retraite un salarié en éludant la procédure conventionnelle dans le but d'échapper aux mesures plus restrictives alors débattues au Parlement[226]. L'employeur est donc tenu de respecter la dignité du salarié[227].

B. La rupture du contrat à l'initiative du salarié

À titre liminaire, il faut étudier le cas du salarié amené à mettre en place son propre licenciement (cas des directeurs des ressources humaines ou de toute personne dotée d'une compétence juridique suffisante). Il lui est interdit de créer les circonstances favorables pour que son employeur soit condamné à lui verser différentes sommes. Ainsi, manque à son obligation de bonne foi le DRH qui provoque la rupture amiable de son contrat de travail, pour se prévaloir ultérieurement de la méconnaissance de sa protection statutaire. Pour la Cour de cassation, cette attitude « *méconnaît la loyauté la plus élémentaire dans les rapports contractuels* »[228]. Toutes les fraudes effectuées par salarié dans le but de vicier la procédure de licenciement qu'il contribue lui-même à mettre en œuvre sont constitutives d'un manquement à son obligation de bonne foi [229], et dénuent ses demandes de légitimité.

Lorsque le salarié veut rompre le contrat de sa propre initiative, il peut démissionner. Si, cependant, sa volonté de quitter l'entreprise s'explique par les manquements de l'employeur à ses obligations contractuelles, d'autres voies lui sont ouvertes. Il peut saisir le juge d'une demande de résiliation judiciaire. Alors, s'il est jugé que les griefs avancés contre l'employeur sont suffisamment sérieux, le contrat sera rompu et produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse[230]. Si tel n'est pas le cas, le contrat de travail devra continuer à recevoir application. À l'inverse, lorsque le salarié recourt à la prise d'acte, « *cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission* »[231]. Le salarié devra alors faire preuve de bonne foi dans la présentation des griefs qu'il fera au juge. Un faux-témoignage l'expose à des sanctions disciplinaires et des poursuites pénales[232]. Ainsi, justifie un licenciement l'imputation de mauvaise foi de faits de harcèlement moral à l'employeur[233]. La Cour de cassation n'hésite pas, en la matière, à retenir la qualification de faute grave (Cass. soc., 7 févr. 2018, n° 16-19.594)

La loyauté commande au salarié qui demande la rupture de son contrat de travail – quel qu'en soit le fondement – ne pas agir dans l'intention de nuire à son employeur. Ainsi, engage sa responsabilité le salarié qui démissionne sans préavis, pour se mettre directement au service d'un autre employeur[234].

Le respect d'un préavis est enfin une obligation pour le salarié, à la condition que cela soit prévu par la loi ou la convention collective[235].

Une fois que la rupture s'est déroulée loyalement, le contrat de travail cesse de s'appliquer. Les parties sont définitivement déliées de leurs engagements. Cependant, l'obligation de bonne foi survit...

Paragraphe 2. La survivance de bonne foi après la disparition des rapports contractuels

La disparition du contrat de travail n'entraîne pas celle de l'obligation de loyauté. Une fois le contrat rompu, le respect dû au cocontractant demeure. Aussi, le salarié doit s'interdire de nuire aux intérêts de l'entreprise.

Manque donc à son obligation de bonne foi le salarié qui, une fois le contrat rompu, conserve les fichiers de l'entreprise dans le but de les communiquer à la concurrence[236].

Les parties peuvent également décider, par voie de stipulation, de prolonger l'obligation légale de non-concurrence. Ainsi, l'employeur aura la certitude que son ancien salarié ne le concurrencera pas. Seulement, en agissant de la sorte, une sérieuse atteinte est faite à la liberté de travailler du salarié. Pour cette raison, le juge est intervenu, afin de donner d'encadrer le recours aux clauses de non-concurrence.

Depuis trois arrêts du 10 juillet 2002[237], 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* ».

Les clauses de non-concurrence doivent donc répondre à cinq conditions afin d'être licites. Si l'une de ces conditions venait à manquer, la clause serait nulle et inopposable au salarié.

La clause doit tout d'abord être indispensable aux intérêts légitimes de l'entreprise. Cela n'étonnera guère, dans la mesure où la bonne foi commande que toute stipulation soit décidée à cette fin (*cf. supra*). Concrètement, il sera exigé que l'activité de l'entreprise soit assez spécifique. Il a ainsi été jugé qu'un laveur de vitre ne pouvait se faire opposer une clause de non-concurrence [238] : l'ancien employeur n'avait aucun préjudice à ce qu'il retrouvât un emploi. La clause doit, en outre, être limitée dans le temps et l'espace. La validité de ces limitations dépendra des circonstances de la cause, étant entendu que la loi ne donne aucune information sur l'appréciation de ces critères. Il a ainsi été jugé qu'une durée de cinq ans était excessive[239], contrairement à une durée de deux ans[240]. En application du principe de faveur, lorsqu'une durée maximale est stipulée dans une convention ou un accord collectif, le contrat de travail ne peut pas prévoir une durée supérieure[241]. S'agissant de la limitation géographique, il faut, elle aussi, l'apprécier au cas par cas. Une interdiction valant sur l'intégralité du territoire n'est pas, en soi, abusive[242]. Il faut donc tenir compte des spécificités de l'emploi. S'agissant enfin de la contrepartie financière versée par l'employeur, elle est généralement calculée à partir d'un pourcentage du salaire brut, étant entendu que les juges assimilent la contrepartie dérisoire à une absence de contrepartie[243], et veillent à ce que son paiement n'intervienne pas avant la rupture effective du contrat[244].

Si la clause est valablement stipulée, les parties doivent l'exécuter de bonne foi. Classiquement, c'est à la partie qui invoque le manquement du cocontractant qu'il incombe d'en apporter la preuve [245]. Cependant, il ne faudrait pas déduire de la nullité de la clause (faute, par exemple, de respecter les conditions susmentionnées) que le salarié est délié de son obligation de loyauté. En effet, la Cour de cassation a précisé que « *la nullité de la clause de non-concurrence ne fait pas obstacle à l'action en responsabilité engagée contre son ancien salarié dès lors qu'il démontre que ce dernier s'est livré à des actes de concurrence déloyale à son égard* »[246]. La clause de non-concurrence n'est donc pas la condition nécessaire de l'extension de l'obligation de bonne foi au stade précontractuel. En revanche, elle permet de préciser, voire d'accentuer un comportement de bonne foi attendu du salarié.

Au terme de cette première partie, il apparaît que le rôle de standard de la bonne foi a vocation à s'appliquer pendant toute la durée des relations entre l'employeur et son salarié. Véritable

comportement de référence auquel doivent se plier les parties dans l'accomplissement de leur œuvre commune, elle permet essentiellement de sanctionner les agissements de mauvaise foi des parties. Pourtant, il serait bien réducteur de cantonner la bonne foi à ce rôle « statique » de standard. Progressivement, le juge a déduit de l'obligation de bonne foi un certain nombre de comportements positifs que doivent adopter les parties. En cela, l'obligation de bonne foi contribue clairement à enrichir le contenu du contrat de travail.

PARTIE 2 – Les effets positifs de la bonne foi : de l'enrichissement au bouleversement du contrat de travail

En 1933, le juriste René Démogue estimait que « *les conséquences que l'on a tirées de l'idée de bonne foi entre contractants sont encore assez pauvres (...). Le contrat moderne peut être conçu d'une façon plus vivante et plus complexe en faisant sortir de l'idée de bonne foi de nouveaux rameaux* »[\[247\]](#).

De tels propos peuvent aujourd'hui être qualifiés de visionnaires. En effet, depuis quelques décennies, la bonne foi a servi de support à l'élaboration de différentes obligations positives à la charge des parties. Elle s'est donc affranchie de son simple rôle de référentiel et participe aujourd'hui à un réel enrichissement du contrat de travail (titre 1). Cette évolution ne s'est pas faite sans susciter son lot de critiques. Entre les partisans d'une conception libérale du contrat et certains auteurs critiques quant au déséquilibre des obligations mises à la charge des parties, force est de constater que l'utilisation faite par le juge de la bonne foi au service d'un certain solidarisme contractuel ne fait pas l'unanimité (titre 2).

Titre 1. La bonne foi, source d'enrichissement du contrat de travail

La malléabilité de la notion de bonne foi a permis au juge d'obliger les parties à se permettre mutuellement « *d'exécuter le contrat dans les meilleures conditions possibles* »[\[248\]](#). Autrement dit, elles sont tenues de coopérer loyalement (chapitre 1). L'une des plus remarquables manifestations des « *effets positifs de la bonne foi* »[\[249\]](#) tient dans l'obligation faite à l'employeur de maintenir son salarié dans l'emploi (chapitre 2).

Chapitre 1. L'obligation faite aux parties de collaborer loyalement

Le rôle historique de la bonne foi est de permettre l'identification (et, *a fortiori*, la sanction) des comportements déloyaux. Cependant, force est de constater qu'elle impose aujourd'hui aux parties d'œuvrer positivement au nom de la loyauté. Cela passe de prime abord par l'obligation d'information (section 1). Chaque contractant doit avoir une parfaite connaissance de la portée de son engagement, ainsi que des événements susceptibles d'affecter l'exécution du contrat.

De même, la bonne foi commande aux parties de ne pas se contenter d'une exécution littérale du contrat. Chacun doit faciliter et favoriser l'exécution de ses obligations du cocontractant, quitte à devoir dépasser les stipulations initiales (section 2).

Section 1. L'obligation d'information du cocontractant

La bonne foi oblige les contractants à s'informer mutuellement, tout au long de la relation de travail. Cette exigence se justifie aisément : d'une part, les parties doivent avoir connaissance de la nature et du contenu du contrat de travail (paragraphe 1) ; d'autre part, elles ont besoin d'être informées de la survenance de tout élément susceptible d'en affecter l'exécution (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une information relative au contrat de travail

La première déclinaison de l'obligation d'information est relative à la nature et au contenu du contrat. Il est aujourd'hui bien établi que le contrat de travail à durée indéterminée peut être verbal [250] et qu'il n'a pas à être formalisé [251]. Partant, il est possible que le salarié exécute un contrat dont il ne connaît pas la portée réelle.

Compte tenu de l'évident préjudice qu'une telle situation est susceptible de porter au salarié, un certain nombre d'obligations ont été mises à la charge de l'employeur, afin qu'il fournisse au salarié tout un ensemble d'informations. L'un des textes les plus remarquables, en la matière, est la directive européenne du 14 octobre 1991 [252], qui a permis « *d'établir, au niveau communautaire (sic), l'obligation générale selon laquelle tout travailleur salarié doit disposer d'un document contenant des informations sur les éléments essentiels de son contrat de travail* ».

En application de cette directive, transposée (pour partie [253]) par un décret n°94-761 du 31 août 1994, tout employeur doit remettre à son salarié un document mentionnant au moins « *l'identité des parties ; le lieu de travail ; le titre, le grade, la qualité ou la catégorie d'emploi en lesquels le travailleur est occupé ou la caractérisation ou la description sommaires du travail ; la date de début du contrat ou de la relation de travail, avec, s'il s'agit d'un contrat ou d'une relation de travail temporaire, la durée prévisible du contrat ou de la relation de travail ; la durée du congé payé auquel le travailleur a droit (...) ou ses modalités d'attribution et de détermination ; la durée des délais de préavis à observer par l'employeur et le travailleur en cas de cessation du contrat ou de la relation de travail, ou (...) les modalités de détermination de ces délais de préavis ; le montant de base initial, les autres éléments constitutifs ainsi que la périodicité de versement de la rémunération à laquelle le travailleur a droit ; la durée de travail journalière ou hebdomadaire normale du travailleur, ainsi que la mention des conventions collectives et/ou accords collectifs applicables* » [254].

S'il va de soi que ces informations devraient principalement être formalisées dans le cadre d'un contrat de travail, ni la directive européenne, ni le décret n'en font obligation.

En revanche, comme il l'a été précédemment énoncé, certaines clauses ne se présument pas, à l'instar de la période d'essai [255], du forfait jours [256] ou encore de clause de dédit formation [257]. Alors, la formalisation sera une nécessité.

L'établissement d'un écrit est parfois rendu obligatoire en raison du caractère précaire de certaines formes du contrat de travail. Tel est notamment le cas du contrat à durée déterminée [258] qui doit mentionner, entre autres, le motif qui a gouverné à son recours [259]. Le manquement de l'employeur à cette obligation formelle est strictement sanctionné : l'absence d'écrit pour un contrat de travail à durée déterminée suffit à établir une présomption irréfragable de durée indéterminée [260].

Lorsqu'il est formalisé, en raison de la volonté des parties ou en application des dispositions légales, le contrat de travail doit être rédigé en français [261].

L'obligation d'information permet donc d'avoir une pleine connaissance de la portée de leur engagement, ainsi que de disposer des informations qui leurs sont nécessaires. Aussi, les parties

doivent se tenir mutuellement informées de tout événement susceptible d'affecter l'exécution du contrat.

Paragraphe 2. L'obligation d'information relative à la mise en œuvre du contrat

Comme le soulignait Démogueu[262], « *une des conséquences de l'idée de collaboration entre les contractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'ils ont intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* ». Une obligation pèse donc sur les deux parties : celle d'informer le cocontractant de la survenance de toute circonstance susceptible d'affecter l'exécution de la relation de travail.

L'employeur est le premier concerné par cette obligation, dans la mesure où il détient généralement des connaissances dont les salariés sont dépourvus[263]. Il a été précédemment noté que l'employeur devait, au stade de l'embauche, renseigner le salarié sur les dispositifs mis en œuvre afin d'en évaluer les compétences. Cette obligation d'information se manifeste en réalité tout au long de l'exécution du contrat. Ainsi, l'employeur est tenu d'informer le salarié expatrié de sa situation au regard de la protection sociale pendant la durée de son expatriation[264].

Cette information vaut encore au stade de la rupture du contrat. Lorsque l'employeur s'apprête à verser certaines sommes au salarié en application d'un accord de rupture amiable, il doit l'informer de leur caractère imposable[265]. Sans revenir sur les règles de formalisme de la procédure de licenciement (*cf. supra*), l'on peut ajouter que lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est mis en œuvre, l'employeur doit informer « *en temps utile* » son salarié sur les mesures mises en place afin de réduire les licenciements[266]. L'obligation d'information qui pèse sur l'employeur est telle que certains auteurs ont estimé qu'elle pouvait être assimilée à une obligation de conseil[267].

Le salarié est également tenu par cette obligation d'information. Il est ainsi tenu d'avertir l'employeur de la suspension de son contrat de travail pour cause d'arrêt maladie. S'il ne le fait pas, il s'expose à un licenciement pour faute[268], mais ne pourra pas être considéré comme démissionnaire de fait[269].

« Classiquement », l'employeur ne peut pas exiger du salarié la communication d'informations relevant de sa vie privée[270]. Cependant, comme le note le Professeur Bernard Bossu[271], cette exclusion peut être problématique. Tel est le cas lorsque des faits relevant a priori de la vie privée du salarié sont susceptibles d'impacter la relation de travail. Un arrêt rendu le 21 septembre 2006 [272] par la chambre sociale est, à ce titre, particulièrement révélateur. En l'espèce, un salarié chargé de mettre en relation des centres de contrôle technique avec son entreprise avait omis de préciser à son employeur que l'un des centres nouvellement intégrés était cogéré par sa femme. Pour l'employeur, il y avait un risque manifeste de conflit d'intérêts. Pis : le salarié avait manqué à son obligation de bonne foi en n'informant pas son employeur de cette situation délicate. Pour la Cour de cassation, au nom de l'exclusion de la vie privée de l'obligation d'information qui pèse sur le salarié, « *aucun manquement (...) à l'obligation contractuelle de bonne foi n'était caractérisé* ».

En dehors de telles informations personnelles, le salarié est tenu d'informer l'employeur sur « *tout fait en rapport avec l'objet des obligations nées du contrat* »[273]. Le but est évidemment de permettre à l'employeur d'anticiper les éventuelles difficultés qui peuvent se poser pour son entreprise.

L'obligation d'information permet aux parties d'avoir une parfaite connaissance de la situation qui entoure l'exécution du contrat de travail, et d'agir en conséquence. En cela, elle se rapproche d'une autre obligation, celle de faciliter l'exécution du contrat.

Section 2. L'obligation de faciliter et favoriser l'exécution du contrat par le cocontractant

La bonne foi oblige chaque partie à « *favoriser l'exécution de ses obligations par le cocontractant* » [274]. Bien au-delà de l'incitation à se conformer à un standard, il s'agit ici d'obliger les parties à agir positivement afin que l'exécution du contrat se fasse dans les meilleures conditions possibles. Cela peut les amener à devoir dépasser la lettre du contrat (paragraphe 1).

Cette obligation de favoriser l'exécution du contrat de travail a récemment pris une forme extrêmement intéressante : il a été jugé que l'employeur se devait de prendre certaines mesures pour permettre une meilleure conciliation du travail et de la vie familiale du salarié (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'obligation réciproque de dépasser les stricts termes du contrat

Chaque partie doit favoriser l'exécution de ses obligations par le cocontractant. Cela implique tout d'abord de mettre à sa disposition les moyens nécessaires à la bonne exécution du contrat.

Une affaire assez récente [275] est particulièrement éclairante quant au comportement attendu de l'employeur dans la fourniture des moyens nécessaires à la bonne exécution du contrat par le salarié. Chaque matin, une inventariste devait se rendre sur son lieu de travail de très bonne heure – avant la circulation des transports en commun. Pendant dix années, son employeur la faisait prendre à son domicile par un véhicule de l'entreprise. Un jour, il a cessé cette pratique, mettant la salariée dans l'impossibilité de travailler. Pour la Cour de cassation, bien que cette pratique ne fût pas constitutive d'un usage – il n'y avait donc pas lieu de précéder à sa dénonciation, l'employeur ne pouvait procéder de la sorte sans manquer à son obligation de bonne foi. En l'espèce, rien n'engageait strictement l'employeur à assurer le transport de la salariée. La demanderesse espérait d'ailleurs que les juges qualifient l'habitude de l'employeur d'usage. Or, il fut jugé que si l'employeur se devait de perpétuer cette pratique, c'était au nom de la bonne foi : il en allait de la bonne exécution de son contrat de travail.

La favorisation et la facilitation de l'exécution du contrat passent également par l'obligation d'assurer aux salariés des conditions de sécurité satisfaisantes. L'employeur est, à ce titre, tenu d'une obligation de sécurité de résultat [276] qui se traduira notamment, en pratique, par l'obligation de fournir des équipements de protection spécifiques.

Une telle obligation de dépasser les stricts termes du contrat existe aussi à l'endroit du salarié, lequel ne peut, dans certaines circonstances, ne peut refuser de travailler en dehors de ses horaires habituels de travail. L'employeur peut ainsi imposer son salarié à venir travailler un samedi lorsque cela lui a été demandé plusieurs mois à l'avance [277]. De même, le salarié ne peut, lorsque les circonstances l'imposent, refuser d'exécuter des heures supplémentaires. A ainsi été dit justifié le licenciement d'un salarié qui avait refusé d'accomplir les heures supplémentaires imposées par son employeur dans le but d'effectuer des travaux urgents nécessaires à la prévention d'accidents imminents [278]. Cependant, cette opposition ne saurait donner lieu à sanction lorsque le refus du salarié est justifié par les nombreuses défaillances passées de l'employeur dans le paiement des heures supplémentaires [279] ou lorsqu'il est opposé pour la première fois en vingt-quatre années de carrière [280].

Paragraphe 2. Vers la consécration d'une obligation patronale d'adapter la relation de travail à la vie personnelle du salarié ?

Un arrêt récent[281] – et inédit, qui doit donc être apprécié avec prudence – est intéressant en ce qu'il semble consacrer une obligation, à la charge de l'employeur, de favoriser le droit à la vie familiale du salarié.

En l'espèce, une salariée avait demandé à son employeur d'être mutée dans un autre établissement de l'entreprise afin de pouvoir vivre aux côtés de son époux. L'employeur n'avait pas donné suite à cette demande. La salariée prit alors acte de la rupture de son contrat de travail et saisit la juridiction prud'homale. Pour la Cour de cassation, compte tenu de l'ancienneté et de la légitimité de la demande, le refus de l'employeur d'y donner suite constituait un manquement à son obligation de bonne foi. La prise d'acte du contrat de travail devait donc produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cet arrêt est révélateur d'une certaine tendance des juges à obliger l'employeur à tenir compte de la vie personnelle du salarié – rappelons que l'employeur ne peut imposer une mutation géographique à un salarié placé dans une situation familiale délicate[282]. Cependant, il semble qu'en l'espèce les juges aient franchi un cap supplémentaire, en obligeant l'employeur à adapter le contrat de travail à la vie du salarié. En validant le raisonnement tenu par la cour d'appel de Paris[283], les juges ont confirmé que l'employeur était fautif en ce qu'il « *n'établissait pas les obstacles qui aurait empêché de faire droit à une requête aussi justifiée et d'apparence aussi simple à satisfaire* ».

Ce raisonnement est extrêmement intéressant en ce qu'il semble préciser le régime juridique d'une obligation d'adapter le contrat de travail à la vie personnelle du salarié. L'employeur serait tenu de faire droit aux demandes légitimes et raisonnables du salarié tendant à adapter le contrat de travail à sa vie personnelle (modification des horaires de travail, du lieu de travail si l'entreprise compte plusieurs établissements...), sauf à justifier son refus par l'intérêt de l'entreprise. Ce même « intérêt de l'entreprise » qu'il doit avoir à l'esprit lorsqu'il propose une modification du contrat à ses salariés.

Cette décision n'est pas un arrêt de principe. Cependant, elle ouvre de nouvelles perspectives quant à la reconnaissance de nouveaux droits pour les salariés, au nom de la bonne foi. Si l'avenir de la notion est potentiellement riche en surprises, aujourd'hui, la manifestation la plus remarquable de la notion tient dans l'obligation faite à l'employeur de maintenir le salarié dans son emploi.

Chapitre 2. L'obligation de maintenir le salarié dans son emploi

Les « *effets positifs* » les plus éloquentes de bonne foi sont ceux qui permettent la stabilisation du lien salarial. Depuis le début des années 1990, l'employeur est tenu d'adapter ses salariés à l'évolution de leur emploi (section 1), et de tenter de les reclasser avant de procéder à certaines formes de licenciement (section 2).

Section 1. L'obligation d'adapter le salarié à son emploi

L'obligation d'adapter le salarié à son emploi est une création jurisprudentielle qui contribue à faire bénéficier le travailleur d'une formation professionnelle « *tout au long de [sa] vie* » [284]. Cette déclinaison de la bonne foi, à la charge exclusive de l'employeur, lie directement le salarié. En effet, ce dernier est tenu d'effectuer les actions de formation qui lui sont proposées (paragraphe 1). En réalité, il serait plus juste de parler d'obligations d'adaptation au pluriel, compte tenu des « différents visages » que la notion présente (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'obligation d'adaptation, un devoir des deux parties à la charge exclusive de l'employeur

L'obligation d'adaptation est d'origine jurisprudentielle. C'est en effet à l'occasion d'un arrêt *Expovit* du 25 février 1992 qu'il a été jugé que le licenciement économique d'un salarié ne pouvait intervenir lorsque l'employeur avait manqué à son obligation « *d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi* »[\[285\]](#). Comme le résume le Professeur Françoise Favennec-Héry, initialement, « *l'obligation d'adaptation a donc déployé ses effets sur le terrain du droit du licenciement* »[\[286\]](#).

Cette solution prétorienne, consacrée par la loi du 19 janvier 2000[\[287\]](#) et précisée par la loi du 4 mai 2004, se retrouve aujourd'hui à l'article L. 6321-1 du Code du travail, lequel dispose que « *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* ». L'article L. 1233-4 du Code du travail ajoute que « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés (...)* ».

En pratique, cette obligation d'adaptation peut se concrétiser sous différentes formes. Initiée par le salarié, elle prendra la forme d'un droit individuel à la formation (DIF) ou d'un congé individuel de formation (CIF). Mise en œuvre par l'employeur, elle s'inscrira souvent dans le cadre du plan de formation[\[288\]](#). Mais quelle qu'en soit la manifestation, elle est à la charge du seul employeur[\[289\]](#). Le salarié ne peut se voir reprocher son absence de démarche en la matière.

Un arrêt rendu le 5 juin 2013 par la Cour de cassation[\[290\]](#) est particulièrement éloquent. En l'espèce, un ouvrier avait été recruté, sans compétence ni expérience, au poste d'opérateur de lignes. Pendant seize années, il a effectué sa prestation de travail, sans jamais bénéficier d'une action de formation. À la suite de son licenciement pour motif économique, il saisit la juridiction prud'homale d'une demande de dommages et intérêts pour violation de l'obligation de formation. Pour la cour d'appel de Poitiers, dans la mesure où « *son poste de travail n'avait connu, depuis son embauche, aucune évolution particulière nécessitant une formation d'adaptation* »[\[291\]](#), l'employeur n'était pas tenu de lui proposer une formation. Il incombait au salarié de faire la démarche de demander à bénéficier d'un congé individuel de formation ou du droit individuel à la formation. Ce raisonnement est balayé par la Cour de cassation : le simple fait qu'en seize ans, l'employeur n'ait pas fait profiter le salarié d'une action de formation suffit à caractériser le manquement de l'employeur à son obligation d'adaptation.

Réciproquement, la bonne foi commande au salarié d'accepter les offres de formation mises en œuvre par son employeur. Un refus injustifié peut être considéré comme fautif[\[292\]](#), et justifier un licenciement[\[293\]](#). Cette obligation d'acceptation (sauf à justifier d'un motif légitime) ne vaut que pour les actions de formation qui ont véritablement pour but d'adapter le salarié à son emploi. Tel n'est pas le cas du bilan de compétences, que le salarié peut refuser d'effectuer sans être sanctionné[\[294\]](#).

L'adaptation du salarié à son emploi est donc, bien qu'elle soit à la charge exclusive de l'employeur, une obligation réciproque des parties. Cela se justifie d'autant plus que les deux contractants tireront un profit des actions d'adaptation. Le salarié verra son capital humain et son « employabilité » progresser, alors que l'employeur disposera d'un salarié plus performant.

Paragraphe 2. Les différents visages de l'obligation d'adaptation

L'obligation d'adaptation est plus complexe qu'il n'y paraît, dans la mesure où elle prend différentes formes dont les finalités ne se confondent pas. Madame Amauger-Lattes, Maître de conférences à l'Université Toulouse I, estime qu'en réalité, il existe deux obligations d'adaptation distinctes.

La première, qualifiée de spéciale, est celle qui découle de l'arrêt *Expovit* et qui est consacrée à l'article L. 1233-4 du Code du travail (précité). Véritable condition de fond du licenciement pour motif économique, elle se caractérise par sa ponctualité : elle n'a pas vocation à s'appliquer tout au long de l'exécution du contrat. Cela s'explique par sa finalité : comme le précise le Conseil constitutionnel, « *en vertu de cette obligation, l'employeur doit offrir au salarié la formation nécessaire pour occuper les emplois qu'il propose dans le cadre de son obligation de reclassement, c'est-à-dire des emplois de même catégorie que celui qu'il occupe, ou équivalents ou encore, sous réserve de son accord exprès, d'une catégorie inférieure* » [295]. Cette obligation spéciale n'est pas qu'une condition de validité du licenciement pour motif économique, il en va de même pour d'autres motifs tels que l'inaptitude professionnelle. En réalité, elle constitue le préalable du reclassement du salarié (cf. *infra*).

De son côté, l'obligation générale d'adaptation est posée au deuxième alinéa de l'article L. 6321-1 du Code du travail : l'employeur doit « *veiller au maintien de la capacité [du salarié] à occuper un emploi* ». Ici, l'obligation patronale « *ne se limite pas à une simple adaptation du salarié à son poste de travail ; elle englobe le maintien de son employabilité* » [296]. Cette forme d'adaptation est perpétuelle, et ne saurait être satisfaite par l'accomplissement de quelques formalités de « dernière minute » avant le licenciement du salarié. À tout moment, celui-ci peut se prévaloir du manquement de l'employeur en la matière. Alors, la défaillance de l'employeur pourra être sanctionnée distinctement, le cas échéant, de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement [297].

La distinction de ces deux formes d'adaptation est parfois délicate à opérer. Un exemple l'illustre clairement : pour qu'un licenciement soit valablement prononcé pour cause d'insuffisance professionnelle, l'employeur doit avoir honoré son obligation d'adaptation [298]. Il s'agit là de l'application du principe « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » [299]. Mais de quelle obligation parle-t-on ? De l'obligation spéciale, incombant avant tout licenciement, ou de l'obligation générale et perpétuelle ? Manifestement, les deux formes peuvent être exclusives ou se cumuler.

Quelle que soit la qualification retenue, il est un principe que la Cour de cassation ne cesse de répéter : « *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* » [300]. L'adaptation du salarié est donc relativement limitée. Il n'en demeure pas moins qu'elle permet de pérenniser la relation de travail [301], tout comme l'obligation de reclassement.

Section 2. L'obligation de reclassement

L'obligation de reclassement est le prolongement direct de l'obligation « spéciale » d'adaptation. Elle tend « *au maintien en activité d'un salarié alors même que des événements sont intervenus dans la vie de l'entreprise ou dans sa propre vie et ont entraîné des modifications amenant à reconsidérer l'emploi qu'il occupait jusqu'alors par rapport à ses aptitudes physiques et/ou professionnelles* » [302]. Érigée en condition de validité pour bon nombre de motifs de licenciement (paragraphe 1), cette « *obligation de moyen renforcée* » contribue la reconnaissance

d'un « droit à l'emploi » (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le reclassement, une obligation de moyen au service du maintien dans l'emploi

L'obligation de reclassement est plus ancienne que l'obligation d'adaptation. Apparue avec loi du 7 janvier 1981[303], elle ne concernait initialement que les salariés déclarés inaptes à la suite d'accidents du travail ou de maladies professionnelles. Étendue aux maladies et accidents non-professionnels par une loi du 31 décembre 1992[304], cette obligation figure aujourd'hui à l'article L. 1226-2 du Code du travail : « *lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident non-professionnel, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités* ». C'est en revanche la jurisprudence qui a étendu cette obligation de reclassement aux licenciements économiques (par le biais du même arrêt *Expovit* qui a consacré l'obligation « spéciale » d'adaptation).

Cette obligation de reclassement est une véritable condition de validité des licenciements prononcés pour l'un des motifs susvisés. À titre d'exemple, pour le licenciement économique, le Code du travail dispose que « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque (...) le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure* »[305]. Le reclassement est un droit individuel du salarié, qui vaut quel que soit l'effectif de l'entreprise. En l'absence de précision légale quant à la sanction de l'absence (ou l'insuffisance) de tentative de reclassement, la jurisprudence a précisé que la nullité ne se présument pas, seule l'absence de cause réelle et sérieuse peut sanctionner l'absence du reclassement[306].

S'agissant des modalités de ce reclassement, la jurisprudence a précisé que les recherches de l'employeur devaient s'effectuer dans les entreprises du groupe permettant d'effectuer une permutableté du personnel[307]. Le législateur a en outre posé une exigence de formalisme : « *les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises* ». Une interprétation très stricte est faite de ce texte : en l'absence d'écrit, le licenciement est nécessairement sans cause réelle et sérieuse[308].

L'obligation de reclassement impose de réels efforts à l'employeur. Il mentionne, en priorité, « *les emplois aussi comparables que possible à l'emploi précédemment occupé* »[309]. Si les seuls postes disponibles sont situés à l'étranger, la priorité doit être donnée aux postes assortis d'une rémunération équivalente avec l'ancien emploi du salarié[310]. Mais malheureusement, la bonne foi n'interdit pas les délocalisations...

Le reclassement est plus qu'une obligation de moyens : le simple envoi d'une lettre aux autres entreprises du groupe n'est pas suffisant[311]. De même, l'employeur ne doit pas formuler un nombre démesuré de propositions dont il sait à l'évidence qu'elles seront refusées par le salarié [312]. En la matière, l'employeur ne peut manifestement pas se contenter d'adopter le comportement d'un « *bon père de famille* »[313]. Dans la mesure où il est impossible de concevoir déceimment le reclassement en tant qu'obligation de résultat, il est traditionnellement considéré qu'il s'agit d'une « *obligation de moyen renforcée* »[314].

La loyauté pourra, une fois encore, jouer son rôle de standard pour apprécier le comportement de l'employeur. Ce n'est qu'à la condition que le reclassement du salarié ait réellement été impossible que le licenciement sera validé (ce qui laisse une éminente part à l'appréciation souveraine des

juges du fond).

Paragraphe 2. La bonne foi à l'origine d'un « droit à l'emploi » ?

La mise en place, au nom de la bonne foi, des obligations d'adaptation et de reclassement laisse à penser qu'un droit à l'emploi est en passe d'être reconnu pour le salarié.

Le droit de chacun « *d'obtenir un emploi* » est posé à l'article 5 du préambule de la Constitution de 1946. Bien qu'il soit constitutif « *d'un impératif dicté au législateur par la Constitution* »[\[315\]](#), ce principe n'est toujours pas, à l'heure actuelle, considéré comme un droit subjectif[\[316\]](#). L'État n'a pas l'obligation de fournir un emploi à ses ressortissants (en revanche, il doit indemniser la perte de l'emploi, par le biais de l'assurance chômage).

Le Conseil constitutionnel rappelle qu'il incombe à la loi « *de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi* »[\[317\]](#). Sous cet angle, la consécration légale des obligations dégagées au nom de la bonne foi peut légitimement considérée comme l'érection d'un droit à l'emploi. Le Conseil constitutionnel fait d'ailleurs un lien direct[\[318\]](#) entre l'obligation de reclassement et l'article 5 du Préambule de la Constitution de 1946.

Ce droit à l'emploi est d'autant plus effectif que les juges se montrent exigeants à l'égard de l'employeur. L'employeur est tenu d'adapter ses salariés, de les reclasser... Mais aussi, pour certaines entreprises, de tenir des négociations collectives tous les trois ans sur le sort de l'emploi dans l'entreprise. Depuis la loi de cohésion sociale de 2005[\[319\]](#), une obligation est faite dans certaines entreprises de négocier sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC) c'est-à-dire « *la conception, la mise en œuvre, et le suivi des politiques et des plans d'actions cohérents, visant à réduire de façon anticipée les écarts entre les besoins et les ressources humaines de l'entreprise (en termes d'effectifs et de compétences) en fonction de son plan stratégique (ou au moins d'objectifs à moyen terme bien identifiés) et impliquant le salarié dans le cadre d'un projet d'évolution professionnelle* ». [\[320\]](#) Si l'étude des relations collectives ne relève pas de cette étude, il est important de comprendre le lien entre ce dispositif et les obligations nées de la bonne foi. La GPEC permet d'éviter les licenciements, en obligeant l'entreprise à réfléchir en amont sur ses besoins futurs. Elle peut alors anticiper et mettre en œuvre des actions d'adaptation et/ou de reclassement.

En cela, comme le résume Alexandre Barège[\[321\]](#), les obligations patronales qui découlent de la bonne foi permettent au salarié de conserver son emploi. Un certain droit à l'emploi – certes non-absolu – est donc effectif.

L'enrichissement du contrat de travail par la bonne foi est indéniable. Ses effets positifs permettent de favoriser l'exécution du contrat et d'en éviter la rupture. La notion devrait donc faire l'unanimité autour d'elle. Cependant, tel n'est pas le cas. Une certaine partie de la doctrine lui reproche de bouleverser le contrat de travail.

Titre 2. La bonne foi, source de bouleversement du contrat de travail

En faisant naître de la bonne foi un certain nombre d'obligations positives à la charge des parties, le juge a opéré un véritable bouleversement du contrat. Sont remis en cause un certain nombre de principes civilistes, à l'instar de l'autonomie de la volonté ou de la force obligatoire du contrat. Les partisans d'une conception libérale du contrat de travail voient en cela une insupportable immixtion du juge judiciaire dans ce qui devrait n'être que la chose des parties. D'autres auteurs reprochent en outre à la bonne foi de faire peser des obligations inégales sur la tête des contractants :

l'employeur est davantage tenu d'œuvrer en son nom que le salarié. D'une manière générale, de telles critiques sont fondées (chapitre 1).

Cependant, cet interventionnisme du juge, s'il ne fait pas l'unanimité, se comprend aisément. Au-delà d'un abondement en faveur de la thèse du solidarisme contractuel, l'usage de la bonne foi en droit du travail permet de donner au contrat une réelle fonction sociale (chapitre 2).

Chapitre 1. La légitime critique des effets de la bonne foi

L'usage fait par le juge de la notion de bonne foi suscite de récurrentes polémiques. Illustration – s'il en fallait – de l'interventionnisme du juge (puis du législateur) en droit du travail, l'utilisation de la notion est avant tout contestée en ce qu'elle remet en cause bon nombre de principes directeurs du contrat (section 1) au nom de l'ordre social. Ses effets sont également remis en cause : il existe un manifeste décalage entre ce que la bonne foi commande à l'employeur et ce à quoi elle oblige le salarié (section 2).

Section 1. La remise en cause des principes généraux du droit des contrats

Le contrat de travail est, comme toute convention, régi par un certain nombre de principes fondamentaux du droit des contrats : l'autonomie de la volonté, la force obligatoire des conventions ou encore leur effet relatif. Cet héritage du droit romain est, objectivement, mis à mal par les manifestations pratiques de l'obligation de bonne foi.

Paragraphe 1. Le déclin de l'autonomie de la volonté

Lorsque le juge oblige l'employeur à adapter ses salariés à leur emploi, ou à les reclasser avant tout licenciement économique, il porte clairement atteinte à l'autonomie de la volonté de l'employeur (selon cette théorie, les parties ne sont obligées que dans la limite de ce qu'elles ont convenu). Il va de soi que l'employeur ne peut plus, aujourd'hui, se contenter de payer le travail effectué par le salarié. La loi lui impose un certain nombre de comportements, découlant directement de l'idée de bonne foi.

Est donc aujourd'hui largement contredit le Professeur Henri Capitant qui estimait, en 1934, que « *le principe de la liberté des contractants reste le phare qui éclaire et dirige tout le droit contractuel. On ne pourra jamais le renverser car il est la meilleure expression de la concurrence des intérêts* »[\[322\]](#). Au contraire, force est de constater qu'en droit du travail, l'encadrement légal et jurisprudentiel de la liberté de stipulation est tel que le seul phare qui éclaire et dirige le droit du travail est l'ordre public social.

Cette mise à mal de l'autonomie de la volonté se manifeste également par la mainmise du juge [\[323\]](#) sur le contrat. Comme le résume Denis Mazeaud, « *si l'admission de la loyauté, de la solidarité et de la fraternité comme normes fondamentales des comportements contractuels créent pour le contrat un risque mortel, d'imprévisibilité et d'insécurité, c'est essentiellement parce qu'elles consacraient une mainmise du juge sur le contrat* »[\[324\]](#). Force est en effet de constater que les interventions prétoriennes sont susceptibles de déjouer les prévisions des parties, en imposant des obligations nouvelles ou en annulant celles qu'elles ont contracté. Un exemple éclairant du déclin de la liberté contractuelle peut être trouvé dans l'encadrement jurisprudentiel (puis légal) des périodes d'essai. Les parties ne peuvent pas stipuler librement, la bonne foi leur commande de respecter des durées raisonnables.

Aux yeux de certains auteurs, une fois conclu, le contrat de travail n'est plus la chose des parties, mais la chose du juge[\[325\]](#). Une telle immixtion est donc perçue comme la manifestation d'un dirigisme excessif, voire d'un potentiel arbitraire[\[326\]](#). Comme le notait dès 1937 Jean-Paul

Niboyet[327], « *le contrat révisé (par le juge) n'a plus de contrat que le nom* ». Ces interprétations sont peut-être excessives, mais il n'en demeure pas moins qu'elles sont fondées sur une réalité. L'utilisation faite par le juge de la bonne foi limite de la liberté contractuelle des parties.

Paragraphe 2. L'infléchissement de la force obligatoire du contrat

La force obligatoire des contrats, qui est consacrée au premier alinéa de l'article 1134 du Code civil [328], est elle aussi mise à mal par l'obligation de bonne foi. Il est manifeste que le conditionnement de la validité des clauses contractuelles au respect des obligations de l'article L. 1121-1 du Code du travail ainsi que de l'exigence qu'elles soient mises en œuvre de bonne foi permet de douter que les conventions tiennent systématiquement lieu de loi à ceux qui les ont faites. Lorsqu'une clause de non concurrence ne remplit pas l'ensemble des critères dégagés par la jurisprudence, elle est frappée de nullité. Partant, un véritable sentiment d'insécurité juridique peut être présent chez les contractants[329].

La force obligatoire du contrat n'est plus un principe absolu, elle ne vaut que lorsque la bonne foi s'est manifestée dans la stipulation et l'exécution d'une disposition contractuelle.

La mise à mal des principes civilistes que provoque l'utilisation faite par le juge de la bonne foi est incontestable. Cependant, elle peut se justifier, voire se légitimer. Comme le notait Denis Mazeaud en 1998, « *le droit des contrats dont nous avons hérité repose sur une utopie : celle de contractants qui, en toute liberté et indépendance et sur un pied d'égalité, se promettaient fidélité et loyauté pendant toute la durée de leur relation contractuelle. Cette vision idyllique n'a pas résisté à la marche du temps ; les réalités économiques et sociales ont sensiblement infléchi l'idéologie quelque peu angélique de jadis. On est bien loin, aujourd'hui, des incantations de Cambacérès qui proclamait que (...) le droit de contracter n'est que la faculté de choisir librement les moyens de son bonheur* » [330]. Autrement dit, cet infléchissement du droit commun des contrats pourrait être justifié par la situation réelle dans laquelle sont placées les parties, notamment la subordination juridique inhérente au contrat de travail. Cette vision n'est, à l'évidence, pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Pour Ripert, « *la morale nous commande de ne pas traiter le contrat commun un fait social* » [331]. . .

Section 2. Le déséquilibre des obligations nées de la bonne foi

Les obligations déduites par le juge de l'obligation de bonne foi ne pèsent pas de manière égale sur l'employeur et le salarié. Pour certains auteurs, la bonne foi est presque devenue une obligation unilatérale de l'employeur[332]. Sans aller jusqu'à corroborer cette dernière affirmation, il est vrai que d'une part, l'obligation de bonne foi pèse de manière déséquilibrée sur les parties (paragraphe 1), et que d'autre part, l'appréciation faite par le juge du manquement à cette obligation est plus sévère à l'encontre de l'employeur qu'à l'égard du salarié (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La charge déséquilibrée des obligations nées de la bonne foi

Le déséquilibre des obligations mises à la charge des parties au nom de la bonne foi est patent. Il ne saurait être sérieusement contesté.

Si certaines obligations positives déduites par le juge de la bonne foi pèsent de manière quasi égale sur la tête des deux parties (obligation d'information et collaboration loyale), il ne peut être nié que les obligations de l'employeur d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi et de tenter de le reclasser avant tout licenciement économique n'ont pas d'équivalent pour le salarié.

Ce déséquilibre est jugé disproportionné pour certains auteurs, pour qui le contrat de travail est avant tout un échange. Pour Gérard Lyon-Caen, « *le rapport de travail n'est pas un rapport institutionnel ou associatif car il n'y a pas d'intérêt commun à l'employeur et aux salariés, ni de partage des bénéfices, ou des pertes. Ce rapport est bien un rapport d'échange d'une prestation*

de travail contre un salaire. On idéalise le droit positif si on met à la charge du salarié une obligation de sauvegarder les intérêts de l'employeur et vice-versa ; de même, si on en fait une sorte d'associé sui-generis » [333]. Dès lors, les obligations issues de la bonne foi devraient peser également sur les deux parties. Après tout, « contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de faire ses affaires » [334]...

Telle n'est pas la vision de la chambre sociale du Quai de l'Horloge ainsi que du législateur qui, au nom de la loyauté contractuelle, oblige davantage l'employeur que le salarié. Cette situation peut être légitimée : si « l'entreprise vit par ses salariés, il n'est donc pas anormal qu'elle vive aussi pour eux » [335]. Or, les moyens susceptibles d'être mis en œuvre par l'entreprise sont supérieurs à ceux dont dispose le salarié. Dès lors, il est normal d'attendre plus d'elle que du salarié. Il existerait, en quelque sorte, une « progressivité » dans les obligations mises à la charge des parties.

Quelle qu'en soit la justification, ce déséquilibre n'est pas contestable. Non seulement les obligations mises à la charge de l'employeur sont plus lourdes que celles du salarié, mais en outre, les juges sont plus sévères dans la sanction de ses manquements.

Paragraphe 2. Le différent degré de sévérité des juges à l'égard des parties

Lors de l'étude de la dimension de standard de la bonne foi, il était apparu que le salarié pouvait être « excusé » pour certains écarts de conduite. Ainsi, les mensonges proférés au stade de l'embauche pouvaient être légitimés lorsqu'ils portaient sur des éléments extra-professionnels. De même, le dol du salarié était « neutralisé » compte tenu de l'obligation de l'employeur de s'informer sur ses qualités réelles. Encore, lors de la suspension du contrat pour cause de maladie, le salarié qui ne se consacrait pas exclusivement à son soin ne manquait pas systématiquement à son obligation de bonne foi. Force est de donc de constater que le manquement du salarié à son obligation de bonne foi est assez modérément sanctionné. Un tel traitement n'existe pas à l'endroit de l'employeur. Nombreuses sont les espèces où l'employeur est sanctionné pour des faits plus bénins que ceux précités. Parfois, en présence de deux manquements réciproques des parties, seul l'employeur sera sanctionné.

Un arrêt inédit [336] est particulièrement intéressant en la matière. Un travailleur de nuit avait quitté son poste afin de s'assoupir. Surpris par sa hiérarchie quelques heures plus tard, il insulta son contremaître et fut licencié pour faute grave (une jurisprudence bien établie valide cette sanction pour de tels faits). Cependant, la Cour de cassation conclut à l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement et au manquement de l'employeur à son obligation de bonne foi. La raison ? Ce dernier avait préféré laisser « se poursuivre l'assoupissement du salarié plutôt que d'y mettre fin ». Cette décision laisse perplexe. N'était-ce pas avant tout le salarié qui avait manqué à son obligation de bonne foi, en quittant son poste de travail à l'insu de son employeur et en insultant sa hiérarchie ? Dans quelle mesure la décision de son employeur de ne pas le réveiller exonérait-elle le salarié de tout comportement fautif ?

Cet arrêt est particulièrement révélateur de la position de la jurisprudence dans l'appréciation du manquement des parties à leurs obligations : une sévérité manifeste à l'encontre de l'employeur et une certaine clémence à l'encontre du salarié. Cependant, son absence de publication au bulletin doit forcer une certaine mesure dans l'appréciation de sa portée. Il permet simplement d'illustrer une certaine tendance de la jurisprudence. Car s'il l'on ne peut qu'approuver la prise en compte de l'obligation de bonne foi par le juge, encore faut-il qu'il « le fasse avec la réciprocité inhérente à toute obligation contractuelle » [337].

Certaines critiques formulées à l'encontre de l'utilisation faite de la bonne foi par les juges ne sont donc pas infondées. Cependant, l'approbation de cet état de fait n'en empêche pas la justification.

Chapitre 2. La légitimation de la bonne foi

La déclinaison de la bonne foi en obligations positives mises à la charge des parties est une nécessité. Sans l'insufflation de certaines idées relevant du solidarisme contractuel, le contrat de travail risquerait l'indécence : l'on ne doit pas « *pouvoir faire des affaires* » sur une prestation humaine. Il est donc nécessaire de permettre au juge de pouvoir contrôler l'existence d'une certaine justice contractuelle (section 1). Et au-delà de la « simple » satisfaction des intérêts des contractants, la bonne foi permet de donner une véritable fonction sociale au contrat de travail (section 2).

Section 1. La légitimation de l'utilisation de la bonne foi par le juge

Les détracteurs de l'utilisation faite par le juge de la notion de bonne foi (*a fortiori* en droit du travail) sont, pour l'essentiel, partisans d'une conception libérale du droit des contrats. À l'image d'Henri Capitant, ils soutiennent que le droit des contrats a un caractère nécessairement individualiste[338]. Cependant, force est de constater que la vision qu'ils proposent du droit des contrats ne peut décemment pas s'appliquer aux relations de travail (paragraphe 1). Au contraire, le droit du travail rend nécessaire l'immixtion du juge dans le contrat afin de faire dépasser la tendance « naturelle » des parties à ne vouloir satisfaire que leurs propres intérêts (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'indécence de l'application du libéralisme aux relations du travail

Henri Capitant, fervent défenseur du libéralisme du droit des contrats, n'a jamais cru en l'existence d'une « *institution commune* » au nom de laquelle devraient œuvrer les parties au contrat de travail. En 1932, il affirmait « *je goûte peu cette vue sociologique. Je ne vois pas bien quel organisme je forme avec les domestiques que j'emploie* »[339]. En cela, il se rapproche de Georges Ripert, qui estime que la morale commande de ne pas traiter le contrat comme un fait social.

Si la tentation du libéralisme peut se justifier pour certaines branches du droit, dans lesquelles les parties sont placées sur un pied d'égalité (à l'instar d'un contrat de vente passé entre deux professionnels), force est cependant de constater qu'une telle dérégulation ne saurait décemment avoir vocation à régir les rapports de travail.

La subordination juridique, principale conséquence du contrat de travail sur le salarié, accorde déjà beaucoup de pouvoirs à l'employeur. En l'absence d'encadrement de ses pouvoirs, il lui serait par exemple loisible de mettre en place un système d'enchères descendantes en matières de rémunération. Encore, il pourrait recourir de manière abusive aux contrats précaires, et imposer des cadences de travail inhumaines à ses salariés.

Le recours, depuis peu, aux « *contrats zéro-heures* »[340] au Royaume-Uni illustre clairement les risques d'une telle dérégulation. Ces conventions, relevant plus de l'application d'une philosophie consumériste des rapports humains que de la flexi-sécurité, permettent à l'employeur d'employer des salariés sans avoir à respecter d'horaires fixes, de salaire minimum ou encore de durée maximale du temps de travail. Comme le résume Alexandre Barège, il y a une manifestation une « *incompatibilité des contrats empreints d'inégalités économiques avec la doctrine individualiste et libérale* »[341].

Une intervention est donc nécessaire afin de prévenir la survenance de tels abus.

Paragraphe 2. La nécessaire immixtion du juge dans le contrat

L'intervention du juge dans la régulation du contrat de travail est une nécessité afin d'y faire régner un minimum de justice contractuelle. Il est vrai qu'alors, la convention n'est plus exclusivement la chose des parties. Pour autant, elle ne devient pas la chose du juge[342].

La bonne foi permet au juge de gommer les imperfections d'un contrat qui bien souvent, ne résulte pas de la rencontre de deux volontés libres, mais de l'adhésion du salarié aux conditions posées par l'employeur. Dans la mesure où la tendance « naturelle » de toute personne est de satisfaire ses intérêts, une relation manifestement déséquilibrée est susceptible de se présenter. Le rôle du juge se justifie dans la mesure où il permet d'empêcher la toute-puissance de l'un des contractants. Cependant, il serait excessif d'estimer que le contrat est devenu « la chose du juge ». Son rôle est d'exclure les rapports de force inégalitaires, mais pas « d'assurer une stricte égalité » [343]. La faisabilité d'une telle entreprise est d'ailleurs questionnable[344]. D'une part parce que le juge n'en a pas les moyens (il ne peut donc contraindre les parties à renégocier le contrat de travail) ; d'autre part parce que comme le note Emmanuel Dockès, « l'égalité n'existe jamais entre contractants » [345].

Aujourd'hui, « la volonté individuelle ne peut plus être une pure puissance créatrice, pas plus qu'elle n'est en mesure de modeler seule les effets d'un droit qu'elle engendre » [346].

L'intervention d'un tiers est nécessaire afin de faire respecter un impératif de justice, car si le libéralisme profite à la partie la plus forte – l'employeur, il nuit assurément aux intérêts de la partie la plus faible, qui ne fera qu'en subir les choix. Pour ces raisons, l'intervention du juge est indispensable, et le recours à la bonne foi est une nécessité. Comme le note Bernard Teyssié, « le contrat de travail s'appliquera d'autant mieux et, en principe, d'autant plus longtemps que les obligations réciproques des parties seront équilibrées » [347]

Section 2. Les finalités morales et sociales de la bonne foi

Il n'est pas difficile de justifier l'immixtion du juge – et, *a fortiori*, le recours à la bonne foi – dans la régulation de la relation de travail. Cependant, au-delà d'un rééquilibrage du contrat, l'intervention prétorienne favorise une certaine moralisation du contrat de travail. En cela, elle permet de faire triompher certaines idées du solidarisme contractuel (paragraphe 1) et donne au contrat une réelle fonction sociale (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La bonne foi au service du solidarisme contractuel

L'utilisation de la bonne foi par le juge permet le triomphe des idées du solidarisme contractuel. Selon cette théorie, radicalement opposée au libéralisme, les parties ne doivent pas limiter leur action à la satisfaction de leurs intérêts individuels, mais œuvrer dans un intérêt commun[348].

Comme le résume Démogue, « au lieu et place du choc désordonné de deux égoïsmes, [le contrat] est un principe d'union et de solidarité » [349]. Existerait alors « une sorte de petit microcosme (...), une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale » [350]. Il semble bien que le juge, lorsqu'il oblige l'employeur à adapter et reclasser son salarié, impose un tel esprit d'union et de solidarité.

Le contrat, ainsi conçu, permet de satisfaire les intérêts des deux parties. L'employeur, en adaptant le salarié à son emploi, dispose d'une main-d'œuvre qualifiée et prête à relever de

nouveaux défis. Le salarié voit, de son côté, son employabilité augmenter, ce qui lui est évidemment profitable dans le contexte économique actuel. Ainsi utilisée, la bonne foi permet de « *penser le contrat autrement* » [351], et de traiter le cocontractant « *comme un partenaire et non comme une proie* » [352].

Les thèses du solidarisme contractuel ne font pas l'unanimité en doctrine, loin s'en faut. Mais force est de constater que le recours du juge à la bonne foi permet d'imposer cette vision idéaliste du rapport contractuel. La notion joue donc un éminent rôle « *moralisateur* » du rapport de travail. Si « *l'exigence de loyauté qui se manifeste dans le droit des relations de travail ne se fonde nullement sur un principe d'altruisme* » [353], elle permet d'imposer cette vertu aux parties.

Paragraphe 2. La bonne foi au service de la primauté de l'ordre public social

La bonne foi a cet effet notable d'intégrer une dimension sociale au rapport de travail. En effet, « *afin de répondre à une certaine vision de l'intérêt général* », le législateur et la jurisprudence font usage de la notion dans le but de « *canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît le plus utile à la collectivité* » [354].

Il n'est plus ici question de rétablir un quelconque équilibre dans le contrat « *mais d'imposer une certaine conception de l'utilité sociale* » [355]. À titre d'exemple, les obligations d'adaptation et de reclassement mettent à mal l'autonomie de la volonté de l'employeur, certes dans un souci de créer des droits en faveur du cocontractant, mais également d'éviter le licenciement d'un salarié, dont les conséquences sont certaines pour le corps social (hausse du chômage, baisse de la croissance...). Ainsi, comme le souligne Christophe Jamin en citant Durkheim, « *ce n'est plus la volonté qui fonde la force obligatoire du contrat, mais la réglementation du contrat qui est d'origine sociale* » [356].

La bonne foi permet d'adjoindre des finalités sociales à l'objectif initial du contrat, la satisfaction des intérêts de deux parties. Cela déplaira assurément aux partisans du libéralisme contractuel. Cependant, il ne s'agit pas « *d'en finir avec la liberté contractuelle en déniait tout rôle à la liberté individuelle, il s'agit simplement de contester son autonomie en la soumettant à certaines exigences sociales censées lui être supérieures* » [357]. La bonne foi n'anéantit donc pas l'autonomie de la volonté, mais la concilie avec des exigences sociales.

Un parallèle peut être fait avec la théorie de la « *dette sociale* » que toute entité doit acquitter. Le parlementaire Léon Bourgeois estimait, dès 1896 que « *chacun de nous (...) est nécessairement débiteur de tous* » [358]. Alors, à l'image de notre société, le contrat devrait être gouverné par un principe de solidarité. Cela permettrait l'émergence d'un « *contrat providence* » [359].

CONCLUSION

Selon Jean-Paul Sartre, la mauvaise foi est la négation de soi [360]. Au terme cette étude, il apparaît que dans les relations individuelles de travail, la mauvaise foi correspond surtout à la négation de l'autre.

La bonne foi - qui « *baigne l'ensemble des rapports de travail* » [361] - est manifestement une notion dont les contours sont difficiles à déterminer. Utilisée comme standard, elle permet la sanction d'un certain nombre de comportements déloyaux [362]. Mise au service de certaines idées relevant du solidarisme contractuel, elle permet d'humaniser la relation de travail, et de l'ancrer au cœur de certaines préoccupations sociales.

Malgré cette apparente absence d'unité de la notion, « *elle répond toujours fondamentalement à une même idée d'altruisme* »^[363]. L'impératif de bonne foi permet, en effet, d'obliger les parties au respect d'une certaine éthique dans la conduite du rapport de travail^[364]. Bien loin d'être la manifestation d'une « *tyrannie arbitraire* »^[365] du juge, elle permet de moraliser la relation de travail, en commandant aux contractants de ne pas seulement rechercher la satisfaction de leurs seuls propres intérêts. Le contrat, ainsi conçu, tend à devenir « *un haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre justice à l'autre* »^[366]. Cette perspective est heureuse.

[1] Thomas HOBBS, *Le Léviathan*, 1651

[2] François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit Civil - Les obligations*, 8^e édition, Dalloz, Collection Précis, n° 40-1

[3] Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, Bull. civ. V, n° 386

[4] Isaac GETZ et Brian M. CARNEYR, *Quand la liberté des salariés fait le bonheur des entreprises*, Fayard, 2012, p.12

[5] Guy POULAIN, *Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique de l'employeur*, Dr.soc. 1981, p. 754

[6] Jean-François GERKENS, *Droit privé comparé*, Larcier, 2007, p. 31

[7] Jean-François ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, 2000, p. 44

[8] Robert VOUIN, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939, n° 243

[9] Au terme de l'article 201 du Code civil, la partie qui a contracté de bonne foi un mariage putatif ne subit pas les effets de son annulation

[10] Alexandre BARÈGE, *L'éthique et le rapport de travail*, Paris, LGDJ, 2008, p. 261

[11] Gérard CORNU et autres, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 1987

[12] Denis MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, Mélanges : François TERRÉ, Dalloz, 1999, p. 603

[13] Issu de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 « *de modernisation sociale* »

- [14] Christophe VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, Dr.soc. 2004, p. 706
- [15] Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, p. 157
- [16] Gérard CORNU, *Regards sur le titre III du livre III du code civil*, Paris : Les cours du droit, 1977, n° 69
- [17] Philippe LE TOURNEAU, *Bonne foi*, Répertoire civil Dalloz, octobre 1995
- [18] Sidonie Gabrielle COLETTE, *Ces plaisirs*, Paris, Ferenczi, 1932
- [19] Fanny LAMBRY-VASSEUR, *La bonne foi dans les relations individuelles de travail*, Les Petites Affiches, 2000, n° 55, p. 61
- [20] Yves LOUSSOUAM, *La bonne foi, Rapport de Synthèse*, La bonne foi, Trav. Ass. Henri-Capitant, p. 12
- [21] Selon les termes du doyen Roscoe Pound, cité par André TUNC dans *Standards juridiques et unification du droit*, Revue internationale de droit comparé, 1970, n° 22, p. 247
- [22] Jean MOULY, *Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique : Mélanges Claude LOMBOIS*, Apprendre à douter, Pulim, 2004, p. 359
- [23] Arnaud TEISSIER, *Loyauté et contrat de travail, quelques idées reçues*, JCP S, 2005, n° 1217
- [24] Cass. 1^{re} Civ., 14 juin 2000, n° 98-17.494, Inédit
- [25] Marie-Annick PÉANO, *L'intuitu personae dans le contrat de travail*, Dr.soc. 1995, p. 130
- [26] Cons. const., 20 juillet 1988, Dr.soc. 1988, p. 762
- [27] Selon une étude menée par le cabinet de recrutement Robert HALF en 2011, près d'un français sur deux "gonfle son curriculum vitæ" : http://www.roberthalf.fr/EMEA/France/Press%20Releases/RH/Documents/Robert-Half_1111-CV-fiable.pdf
- [28] Une étude américaine réalisée par On Device Research auprès des 16-34 ans publiée le 29 mai 2013 révèle qu'en moyenne, un candidat sur dix se voit refuser un poste en raison de ses publications sur les réseaux sociaux

[29] François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit., p. 251

[30] C. trav., art. L. 1221-23

[31] CA Lyon, 25 juin 2010, n° 09-6376, RJS 2011, n° 90

[32] C. trav., art. L. 5331-3

[33] Cass. soc., 23 février 2005, n° 04-45463, Bull. civ. V, n° 156

[34] C. trav., art. L. 1134-1

[35] Cass. 1^{ère} Civ., 12 avril 1976, Bull. civ. I, n° 122

[36] Cass. soc., 17 mai 1979, n° 78-40.497, Bull. Civ. V n° 424, p. 307

[37] CA Paris, Pôle 5 chambre 2, 11 mai 2012

[38] François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil - Les obligations*, op. cit.

[39] CA Rennes, 8 juillet 1929, DH 1929, n° 548

[40] Cass. com., 22 février 1994, Bull. civ. IV, n° 93 p. 90

[41] À titre d'exemple, *La gueule de l'emploi*, documentaire de Didier CROS sur les méthodes de recrutement d'une compagnie d'assurance, diffusé en octobre 2011 sur France 2

[42] Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 « *relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage* »

[43] Circulaire DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 « *relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles* »

[44] Il a en effet été précisé par la circulaire DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 que le candidat n'est tenu de répondre aux questions du recruteur qu'à la condition que ces dernières satisfont aux exigences légales

[45] Cass. soc., 17 octobre 1973, n° 72-40.360, Bull. civ. V, n° 484

[46] Convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000

[47] Fanny LAMBRY-VASSEUR, *La bonne foi dans les relations individuelles de travail*, op. cit.

[48] Cass. Ass. plén. 19 mai 1978, D. 1978, p. 541

[49] Cass. soc., 17 avril 1991, Bull. civ. V, n° 201

[50] Philippe WAQUET, *Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance*, Gaz.Pal. 1996, p. 1427

[51] C. trav., art. L. 1222-3

[52] C. trav., art. L. 2323-32

[53] Cass. soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912, RJS 5/99 n° 626 ; Cass. soc., 19 janvier 2010, n° 08-42.519

[54] Cass. soc., 6 mars 2002, n° 99-45.182, Inédit

[55] Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-68.704, Inédit

[56] Emmanuel DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 5^e édition, p. 132

[57] CA Grenoble, chambre sociale, 18 avril 2007, n° 06/00198, Jurisdata n° 2007-334593

[58] Cass. soc. 25 avril 1990, n° 86-44.148, Bull. civ. 1990, V, n° 186

[59] Cass. soc., 9 janvier 1991, n° 88-41.091, Inédit

[60] Grégoire LOISEAU, *La neutralisation du dol du salarié*, D. 2006, p. 204

[61] Cass. soc., 21 septembre 2005, n° 03-44.855, Bull. civ. V, n° 262

[62] Grégoire LOISEAU, *La neutralisation du dol du salarié*, op. cit., p. 204

[63] C. civ., art. 1116

- [64] Cass. soc., 16 février 1999, n° 96-45.565, Bull. civ. V n° 74
- [65] CA Aix-en-Provence, 1^{er} mars 1994, n° 91-3909
- [66] Patrice JOURDAIN, *Le devoir de se renseigner*, D. 1983, p. 24
- [67] Bernard BOSSU, *Les notions fondamentales du droit du travail*, op. cit., p. 203
- [68] Cass. soc., 24 avril 2013, n° 12-15.595, Inédit
- [69] Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 87-40.184, Bull. civ. V, n° 597
- [70] Natacha HAUSER COSTA, *La promesse d'embauche*, RJS 1997, p. 311
- [71] CA Douai, 29 septembre 2001, n° 00-2191
- [72] Cass. soc., 3 février 1982, n° 79-41.069, Bull. 1992, V, n° 111
- [73] Dans un arrêt rendu le 27 février 2002 (n° 00-41.787), la chambre sociale a été jugé valide une promesse d'embauche qui ne mentionnait pas la rémunération du salarié. Encore, il a été récemment jugé (Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 11-10.486) que les seules mentions de l'emploi proposé et de la date d'entrée du bénéficiaire suffisaient à lier l'employeur
- [74] CA Pau, 17 mai 1995 « *SAE Santo Flor contre Bardet* »
- [75] Paul FIESCHI-VIVET, Jcl. civil, art. 1134 et 1135, fasc.1
- [76] Cass. soc., 22 mars 1972, n° 71-40.266, Bull. civ. V, n° 221
- [77] Cass. soc., 9 octobre 1968, n° 67-40.370
- [78] Cass. soc., 5 avril 2005, Bull. civ. V, n° 123
- [79] « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* »
- [80] CA Paris, 23 mai 1989, n° 89-30783
- [81] CA Dijon, 25 février 1999, n° 98-1398

- [82] Cass. soc., 20 mai 1985, n 83-40.476, Inédit
- [83] Cass. soc., 29 mars 1995, n° 91-44.288, Inédit
- [84] Cass. soc., 7 novembre 2007 n° 06-42.439, Inédit
- [85] Cass. soc., 12 décembre 1983, n° 81-41.845, D.1984, 111
- [86] Cass. soc., 5 décembre 1989, n° 86-45.556, RJS 1990, 1
- [87] Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 08-42.951, Bull. civ. V, n° 296
- [88] Cass. soc., 2 février 1999, n° 95-45.331, Bull. civ. V, n° 52
- [89] C. trav., art. L.1221-20
- [90] C. trav., art. L.1221-25 et -26
- [91] Prévu par la convention collective ou par la loi (art. L. 1221-19 C.trav)
- [92] Emmanuel DOCKÈS parle de « *première évaluation par l'employeur du salarié* » dans son manuel *Droit du travail*, op. cit.
- [93] Jean MOULY, *La rupture de l'essai motif inhérent à la personne du salarié : fraude, abus de droit ou absence de cause réelle et sérieuse ?*, D. 2008, p. 196
- [94] C. trav., art. L. 1221-23
- [95] Cass. soc., 20 novembre 2007, n° 06-41.212, Bull. civ. V, n° 194
- [96] Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 « *portant modernisation du marché du travail* »
- [97] Cass. soc., 22 février 1979, n° 78-40.072, Bull. civ. V, n° 167
- [98] Cass. soc., 5 octobre 1993, n° 90-43.780, Inédit
- [99] Idem

[100] C. trav, art. L. 1221-21

[101] Cass. soc., 21 décembre 1977, Bull. civ. V, n° 348, p. 226

[102] Cette convention n°158 de l'OIT fut adoptée à Genève le 22 juin 1982 et est entrée en vigueur en France le 16 mars 1990. Elle prévoit à son article 2 § 2b, que la protection contre le licenciement qu'elle établit peut ne pas s'appliquer aux salariés en période d'essai, pourvu que cette durée d'exclusion soit raisonnable. Pour un exemple de la référence à cette norme dans l'appréciation du caractère déraisonnable d'un essai, voir Cass. soc. 11 janvier 2012, n° 10-17.945, Bull. civ. V, n° 11

[103] Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-17.945 ; Cass. soc., 4 juin 2009, n° 08-41.359

[104] Cass. soc., 5 mars 1987, n° 84-40.548, Bull. civ. V, p. 71

[105] Cass. soc., 31 mai 2000, n° 98-43.457, Inédit

[106] Cass. soc., 1^{er} juillet 1976, n° 75-41.027, Bull. civ. V, n° 411

[107] Cass. soc., 25 mars 1985, n° 84-41.458, Bull. civ. V, p. 146

[108] Cass. soc., 18 juin 1996, n° 92-44.891, Bull. civ. V, n° 247

[109] Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-41.224, Bull. civ. V, n° 123

[110] Cass. soc., 15 novembre 2005 n° 03-47.546, Bull. civ. 2005, V, n° 321

[111] Cass. soc., 4 octobre 1979, n° 78-40.621, Bull. civ. V, p. 501

[112] Cass. soc., 24 novembre 1999, n° 97-43.054, Inédit

[113] Cass. soc., 20 novembre 2007, n° 06-41.212, Bull. civ. V, n° 194

[114] Cass. soc., 25 octobre 1995, n° 92-41.866, Dr.soc. 1995, p. 1044

[115] Cass. soc., 9 mai 1979, n° 78-40.704, Bull. civ. V, p. 285

[116] Alexandre BARÈGE, *L'éthique et le rapport de travail*, 2008, op. cit., p. 275

[117] Loc. cit.

[118] Jean PÉLISSIER, Gilles AUZERO, Emmanuel DOCKÈS, *Droit du travail*, 26^e édition, Dalloz, Précis, 2012, n° 303

[119] C. civ., art. 1165

[120] C. civ., art. 1134, alinéa 1^{er}

[121] Antoine JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean PÉLISSIER, Dalloz, 2004, p. 306

[122] C. trav., art. L.3211-1 et suivants

[123] C. trav., art. L.1222-1 et suivants

[124] Cass. soc., 25 mars 1981, n° 79-40.976, Bull. civ. V, n° 253

[125] Olivier LECLERC, *Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail*, Dr.soc. 2005, p. 173

[126] Cass. soc., 21 septembre 2006, n° 05-41.477, Bull. civ. V, n° 273, RJS 11/06, n° 1148

[127] Cass. soc., 25 novembre 1997, n° 94-45.437, Inédit

[128] Cass. soc., 25 janvier 1995, n° 93-43.682, Inédit

[129] Cass. soc., 21 septembre 2006, op. cit.

[130] Cass. soc., 28 avril 1986, D. 1987, p. 265

[131] Issu de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 précitée

[132] Cass. soc., [9 mai 1990](#), [pourvoi n° 87-40.261](#), [Bull. civ. V n° 210](#).

[133] Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-45.135, Bull. civ. V, n° 239

[134] Cass. soc., 3 octobre 2007, n° 06-45.478, JCP S, 1032, note Bernard BOSSU

- [135] Bernard BOSSU, *Les notions fondamentales du droit du travail*, op. cit., p. 193
- [136] Bernard TEYSSIÉ, *Introduction*, La négociation du contrat de travail, Dalloz, 2004, p. 3
- [137] Alain BÉNABENT, *Rapport français*, La bonne foi, travaux de l'association Henri CAPITANT, 1992, p. 293
- [138] Mustapha MEKKI, *Existe-t-il un « jus commune » applicable aux clauses du contrat de travail ?*, RDT, 2006 p. 292
- [139] Cass. soc., 10 mars 1988, Jurisp. soc. UIMM, 1998, n° 504, p. 265
- [140] Cass. soc., 4 avril 2006, n° 04-43.505, Bull. civ. V, n° 132
- [141] Cass. soc., 18 mai 1999, D.2001, n° 2797, note Bernard BOSSU
- [142] Cependant, un licenciement économique pourra intervenir, selon les circonstances de l'espèce
- [143] Cass. soc., 9 décembre 2009, n° 08-41.213, Bull. civ. V, n° 281
- [144] Christophe VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, op. cit., p. 707
- [145] François GAUDU, Raymonde VATINET, *Les contrats de travail*, Traité des contrats, LGDJ, 2001, n° 185
- [146] Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail : Mélanges Henry Blaise*, Paris, Economica, p. 125
- [147] Christophe VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, op. cit., p. 708 ; Jean PÉLISSIER, Gilles AUZERO, Emmanuel DOCKÈS, op. cit, n° 607
- [148] Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, op. cit. p. 127
- [149] Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2002, p. 100
- [150] Christophe VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, op. cit., p. 708

[151] Cass. crim., 19 mai 2004, n° 03-83.953

[152] Jean PÉLISSIER, Gilles AUZERO, Emmanuel DOCKÈS, op. cit, n° 607

[153] *Ibid.*

[154] Fanny LAMBRY-VASSEUR, *La bonne foi dans les relations individuelles de travail*, op. cit., p. 61

[155] Cass. soc., 12 janvier 2011, n° 09-71.373, Inédit

[156] Cass. soc., 27 janvier 2009, n° 07-43.960, Inédit

[157] Cass. soc., 10 décembre 2008, n° 07-41.820, Bull. civ. V, n° 245

[158] La Cour de cassation a estimé, dans un arrêt rendu le 10 avril 2013 (Cass. 1^{re} civ. n° 11-19.530) que la qualification d'espace public ne pouvait être retenue si les personnes en mesure de prendre connaissance des messages litigieux étaient en nombre très restreint, en fonction notamment de la configuration du compte.

[159] Cass. soc., 25 février 2003, Dr.soc., 2003, p. 625, note. Jean SAVATIER

[160] Cass. soc., 6 mai 1998, n° 96-41.163, Inédit

[161] Cass. soc., 17 Juin 2009 N° 08-41.663, Inédit

[162] CA Metz, 24 juin 2009, JurisData : 2009-379017

[163] Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187, op. cit.

[164] Cass. soc., 2 mars 1967, Bull. civ. IV n° 206, cité par Fanny LAMBRY-VASSEUR, *La bonne foi dans les relations individuelles de travail*, op. cit.

[165] Cass. soc., 26 avril 2006, n° 04-43.582, Bull. civ. V, n° 145

[166] Étant entendu que ces règles ne valent que pour les locaux non-ouverts au public, dans lesquels le salarié est sensé avoir accès.

[167] Cass. soc., 3 avril 2001, n° 98-45.818, Bull. civ. V, n° 115

[\[168\]](#) Délibération n° 2009-201 du 16 avril 2009 de la CNIL

[\[169\]](#) Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 « *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* »

[\[170\]](#) C. trav., art. L.1221-9 et L.1222-4

[\[171\]](#) Cass. soc., 10 janvier 2012, n° 10-23.482, JurisData n° 2012-000185

[\[172\]](#) C. trav., art. L. 2323-13 et L. 2323-32, alinéa 3

[\[173\]](#) Jean-Emmanuel RAY, *Courrier privé et courriel personnel*, Dr.soc. 2001, p. 915

[\[174\]](#) Cass. soc., 2 octobre 2001, 99-42.942, Bull. civ. V, n° 291, ; D. 2001. 3148, note Pierre-Yves GAUTIER

[\[175\]](#) Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-40.274, JCP S 2009, n° 39, 263

[\[176\]](#) Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48.025, JCP S 2006, n° 48, 1946

[\[177\]](#) Quentin URBAN, *La bonne foi, un concept utile à la régulation des relations individuelles de travail* : Mélanges Christian LAPOYADE-DESCHAMPS, PU Bordeaux, 2003, p. 332

[\[178\]](#) L'article 226-16 du Code pénal dispose que « *le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende* ».

[\[179\]](#) Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 06-45.814, JSL 2008, 229-14

[\[180\]](#) Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-40.852, JSL 2008, 232-3

[\[181\]](#) Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, JCP S 2012, 904, note Danielle CORRIGNAN-CARSIN

[\[182\]](#) CEDH, 10 octobre 2006, L. c. France, requête n° 7508/02 ; CEDH, 13 mai 2008, N.N. et T. A. c. Belgique, requête n° 65097/01

[\[183\]](#) Voir, à titre d'exemple, Cass. 1^{re} Civ., 31 octobre 2012, n° 11-17.476 ; Cass. 1^{re} Civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.778, *Bull. civ. I*, n° 230

- [184] Julien RAYNAUD, *Pour la réhabilitation, sous conditions, de la preuve dit déloyale en droit du travail*, JCP S 2013, 1054
- [185] Dans un arrêt du 29 janvier 2008 (n° 06-45.814), l'enregistrement d'une conversation téléphonique avec un représentant de l'employeur par le salarié avait été jugé déloyal, et donc irrecevable.
- [186] Jean PÉLISSIER, Gilles AUZERO, Emmanuel DOCKÈS, op. cit., n° 618
- [187] C. trav., art. L. 1226-1-1
- [188] C. trav., art. L. 1226-7
- [189] C. trav., art. L. 1225-47
- [190] Dans un arrêt rendu le 21 novembre 2012 (n° 11-23009), la chambre sociale a précisé que l'employeur qui fait travailler un salarié placé en arrêt maladie s'expose notamment au remboursement des sommes versées par l'assurance maladie
- [191] Cass. soc., 15 juin 1999, n° 96-44.772, Dr.soc. 1999, p. 842, note Arnaud MAZEAUD
- [192] Cass. soc., 15 juin 1999, n° 96-44.772, Bull. civ. V, n° 279
- [193] Cass. soc., 6 février 2001, n° 98-46.345, Bull. civ. V, n° 43
- [194] Cass. soc., 18 mars 2003, n° 01-41.343, Inédit
- [195] Cass. soc., 18 mars 2003, n° 01-41.343, Inédit
- [196] Cass. soc., 23 juin 2003, n° 01-43.155, Inédit
- [197] Cass. soc., 12 octobre 2011, n° 10-16.649, Bull. civ.V, n° 231
- [198] Cass. soc., 26 janvier 1994, n° 92-40.090, Inédit
- [199] Cass. soc., 16 juin 1998, n° 96-41.558 Bull. civ.V, n° 323
- [200] Cass. soc., 2 juillet 1996, n° 93-43.529, Inédit

[201] Cass. soc., 12 janv. 2005, n° 02-46.002, JSL n° 161, p. 7

[202] Arnaud TEISSIER, op. cit.

[203] Cass. soc., 12 octobre 2011, n° 10-16.649 ; RJS 12/11 n° 964

[204] Cass. soc., 23 juin 1999, n° 97-44.067, Inédit

[205] Cass. soc., 21 octobre 2003, n° 01-43.943, Bull. civ. V, n° 258

[206] Cass. soc., 28 novembre 2006, n° 05-41.845, Inédit

[207] Cass. soc., 12 octobre 2011, n° 10-16.649, précité

[208] Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 « *emportant modification du code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée* »

[209] C. trav., art. L. 1232-1

[210] *Ibid.*

[211] C. trav., art. L. 1232-4

[212] Cass. soc., 22 mars 1979, n° 18-60.676, Dr.soc. 1979 p. 92, note Jean SAVATIER

[213] C. trav., art. L. 1232-3

[214] Respectivement C. trav., art. L. 1232-2 et L. 1232-6

[215] Philippe ENCLOS, *Le déroulement de l'entretien préalable au licenciement*, Dr.soc. 1992, p. 992

[216] Cass. soc., 1^{er} avril 1997, n° 95-42.246, Bull. civ. V, n° 131, RJS 1997 n° 592

[217] L'entretien préalable ne doit se tenir impérativement que si le projet de licenciement concerne moins de dix salariés.

[218] C. trav., art. L. 2323-6

[219] Cass. soc., 29 novembre 1990, RJS 1991, n° 16. 76.

[220] Cass. soc., 21 septembre 2006, n° 05-41.155, JCP S, n° 4, 23/01/2007, note Bernard BOSSU

[221] Cass. soc., 17 janv. 2001, n° 98-44.354, Bull.civ V, n° 13

[222] Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-42.208, Bull. civ. V, n° 310

[223] Cass. soc., 17 avril 1991, 90-42.63, Bull. civ. V, n° 201

[224] C. trav., art. L. 1234-3

[225] Cass. soc., 30 juin 1993, Dr.soc., 1993, p. 774

[226] Cass. soc. 15 janvier 2013, n° 11-15.646, P+B

[227] Christophe VIGNEAU, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, op. cit., p. 711

[228] Cass. soc., 29 mars 2005, n° 03-43.407, Inédit

[229] Cass. soc., 29 septembre 2009, n° 08-43.997, Inédit ; Cass. soc., 16 février 2011, n° 10-10.592, Bull. civ. V, n° 51

[230] Cass. soc., 17 mars 1998, 96-41.884, Bull. civ. V, n° 149

[231] Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-43.578, Bull. civ. V, n° 209

[232] L'article 434-13 du Code pénal énonce que « *le témoignage mensonger fait sous serment devant toute juridiction ou devant un officier de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* »

[233] Cass. soc., 7 févr. 2012, n° 10-18.035, Bull. civ. V, n° 55

[234] Cass. soc. 12 mars 1980, n° 77-40.599, Bull. civ. V, n° 243

[235] Cass. soc. 28 octobre 1992, n° 89-45.034, Bull. civ. V, n° 512

[236] Cass. soc., 21 septembre 2006, n° 05-41.477, Bull. civ. V, n° 286

[237] Cass. soc., 10 juillet 2002 n° 00-45.135 ; n° 00-45387 et n° 99-43.334

[238] Cass. soc., 14 mai 1992, Bull. civ. V, n° 309, p. 193 ; JCP S, 1992, n° 21889, note Jacqueline AMIEL-DONAT

[239] Cass. soc., 30 octobre 1991, n° 87-44.600, Inédit

[240] Cass. soc., 13 février 1996, n° 97-41.256, Inédit

[241] Cass. soc., 12 octobre 2011, n° 09-43.155, Bull. civ. V, n° 233

[242] Cass. soc., 15 décembre 2009, 08-44.847, Inédit

[243] Cass. soc., 15 novembre 2006, n° 04-46.721, Bull. civ. V, n° 330

[244] Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-71.567, Bull. civ. V, n° 159

[245] Cass. soc., 13 mai 2003, n° 01-41.646, Inédit

[246] Cass. soc., 28 janvier 2005, n° 02-47.527, JSL n° 162, p. 12

[247] René DÉMOGUE, *Traité des obligations en général, Tome IV, Effets des obligations*, Paris : Rousseau, 1933, n° 3, p. 8

[248] Alexandre BARÈGE, *L'éthique et le rapport de travail*, op. cit., p. 275

[249] Jean MOULY, *Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique*, op. cit., p. 359

[250] Cass. soc., 14 mars 1995, n° 91-43.788, Inédit

[251] Pour un rappel récent, voir Cass. soc 27 juin 2012, n° 10-26.773, Inédit

[252] **Directive 91/533/CEE 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 »**

[253] Le décret n° 94-761 du 31 août 1994 n'a pas repris l'intégralité du contenu de la directive européenne. Cependant, en application de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 5 avril 1979, *Ratti, aff. 148/78*), la directive mal transposée peut, à certaines

conditions, être invoquée directement devant le juge

[254] *Idem*, art.2

[255] Cass. soc., 23 novembre 1999, n° 97-43.022, Bull. civ. V, n° 448

[256] Cass. soc., 13 février 2013, 11-27.826, Inédit

[257] Cass. soc., 15 décembre 1996, Bull. civ. V, n° 1345 ; Cass. soc., 4 févr. 2004, n° 01-43.651, Bull. civ. V, n° 40

[258] C. trav., art. L. 1242-12

[259] C. trav., art. L. 1242-2

[260] Cass. soc. 21 mai 1996, D. 1996 p. 565, obs. Yves CHAUVY

[261] C. trav., art. L. 1221-3

[262] René DÉMOGUE, *op. cit.*, n° 29

[263] Bernadette LARDY-PÉLISSIER, *L'information du salarié* : Mélanges Jean PELISSIER, Dalloz, 2004, p. 331

[264] Cass. soc., 25 janvier 2012, n° 11-11.374, Bull. civ. V, n° 19

[265] Cass. soc., 2 avril 1996, RJS 1996, n° 513

[266] Cass. soc., 25 juin 2008, n° 07-41.065, Dalloz actualité, 11/07/2008, obs. Bertrand INES

[267] Jean-Louis DENIER, *Rôle de l'employeur : payeur et... conseiller ?*, JCP S, 2003, n° 1124

[268] Cass. soc., 25 février 2009, n° 07-43.189, Inédit

[269] Cass. soc., 9 mars 1999, n° 96-41.734, Bull. civ. V, n° 108

[270] Bruno PETIT, *Contrats et obligations*, Obligation d'information : JCL Civ., art. 1136 à 1145, fasc. 50, n° 46

[271] Bernard BOSSU, *Le seul risque d'un conflit d'intérêt ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement*,

[272] Cass. soc., 21 septembre 2006, op. cit.

[273] Bernard BOSSU, *Les notions fondamentales du droit du travail*, op. cit., p. 204

[274] PÉLISSIER, AUZERO, DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., n° 607

[275] Cass. soc., 10 mai 2006, n° 05-42.210, Bull. civ. V, n° 169

[276] Cass. soc., 13 décembre 2006, n° 05-44.580, Bull. civ. V, n° 373

[277] Cass. soc., 27 novembre 1991, D. 1992, p. 296, note Yves PICOD

[278] Cass. soc., 13 juillet 1988, n° 85-45.107, Bull. civ. V, n° 445

[279] Cass. soc., 7 décembre 1999, n° 97-42.878, Bull. civ. V, n° 473. Attention cependant : lorsque ladite défaillance n'est survenue qu'une fois à cause de l'installation d'un nouveau système de paie, le refus du salarié ne saurait être admis (Cass. soc., 9 février 2011, n° 09-42.582, Inédit).

[280] Cass. soc., 4 avril 1990, n° 87-43.464, Bull. civ. V, n° 604

[281] Cass. soc., 12 décembre 2012, n° 11-19.459, Inédit

[282] Cass. soc., 18 mai 1999, op. cit.

[283] CA Paris, 7 avril 2011, *Société Auxifip*

[284] C. trav., art. L. 6111-1

[285] Cass. soc., 25 février 1992, n° 89-41.634, Bull. civ. V, n° 122

[286] Françoise FAVENNEC-HÉRY, *De l'adaptation à l'emploi à l'obtention d'une nouvelle qualification*, JCP S, n° 39, 28/09/2010, 1386

[287] Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 « relative à la réduction négociée du temps de travail »

[288] C. trav., art. L. 6312-1

- [289] Laurent CAILLOUX-MEURICE, *L'obligation de formation est à la charge du seul employeur*, JCP S, n° 31, 30/07/2013, 1322
- [290] Cass. soc., 5 juin 2013, n° 11-21.255, P+B
- [291] CA Poitiers, 17 mai 2011, n° 09/00563
- [292] Cass. soc., 3 mai 1990, n° 88-41.900, Inédit
- [293] Cass. soc., 20 juin 2001, n° 99-44.378, Inédit
- [294] C. trav., art. L. 6313-10
- [295] Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC
- [296] Marie-Cécile AMAUGER-LATTES, *Les deux visages de l'obligation patronale d'adaptation du salarié*, JCP S, 1334
- [297] Cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-40.950, Bull. civ. V, n° 171
- [298] Cass. soc., 29 mai 2002, n° **00-40.996**, Inédit
- [299] « *Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* »
- [300] Cass. soc., 17 mai 2006, 04-43.022, Inédit
- [301] Christophe VIGNEAU, op. cit., p. 713
- [302] Bernadette LARDY-PÉLISSIER, *L'obligation de reclassement*, D. 1988, p. 399
- [303] **Loi n° 81-3 du 7 janvier 1981 « relative à la protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle »**
- [304] **Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 « relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage »**
- [305] C. trav., art. L. 1233-4
- [306] Cass. soc., 26 février 2003, n° 01-41.030, RJS 2003 n° 589

- [307] Cass. soc., 3 décembre 2008, n° 07-43.818, Inédit
- [308] Cass. soc., 20 septembre 2006, n° 04-45.703, RJS 2006, n° 1163
- [309] Cass. soc., 24 avril 2013, n° 12-13.228, Inédit
- [310] C. trav., art. L. 1233-4 et L. 1233-4-1, modifiés par la loi du 18 mai 2010
- [311] Cass. soc., 17 octobre 2001, n° 99-42.464, Inédit
- [312] Franck HÉAS, *Les obligations de reclassement en droit du travail*, Dr.soc. 1999, p. 504
- [313] Alexandre BARÈGE, *L'éthique et le rapport de travail*, op. cit., p. 291
- [314] Jean-Emmanuel RAY, *Droit du travail : Droit vivant*, Liaisons, 17^{ème} édition, p. 339
- [315] Gérard LYON-CAEN, Jean PÉLISSIER et Alain SUPIOT, *Droit du travail*, 18^e édition, 2000, n° 6 et suivants
- [316] Antoine JEAMMAUD et Martine LE FRIANT, *L'incertain droit à l'emploi*, Travail, Genre et Sociétés n° 2, Paris, l'Harmattan, 1999, p. 29
- [317] Cons. const., 28 mai 1983, n° 83-156 DC
- [318] Cons. const., 13 janvier 2005, n° 2004-509 DC
- [319] **Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 « de programmation pour la cohésion sociale »**
- [320] Christian SAURET et Dominique THIERRY, *La gestion prévisionnelle des emplois et de compétences*, 2^{ème} éd., Paris, L'Harmattan 1993, p. 23
- [321] Alexandre BARÈGE, *L'éthique et le rapport de travail*, op. cit., p. 305
- [322] Henri CAPITANT, *Le régime de la violation des contrats*, DH, 1934, p. 1
- [323] Denis MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, op. cit. p. 627
- [324] *Idem*, p. 626

- [325] Loïc CADIET, *Une justice contractuelle, l'autre* : Mélanges Jacques GHESTIN, LGDJ, 2000, p. 177
- [326] Laurent LEVENEUR, *Le solidarisme contractuel, un mythe*, Le solidarisme contractuel, Coll. Études juridiques, Paris : Economica, 2004 p. 186
- [327] Jean-Paulin NIBOYET, *La révision des contrats par le juge, Rapport général*, Société de législation comparée, Rapports préparatoire à la semaine internationale du droit, 1937, p. 1
- [328] Au terme duquel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »
- [329] Denis MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, op. cit., p. 607
- [330] Denis MAZEAUD, *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, Les Petites Affiches, 6 mai 1998, n° 54
- [331] Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit.
- [332] Christine STAGNARA, *La bonne foi en droit du travail : une obligation unilatérale ?*, JCP E, 2007, 2290
- [333] Gérard LYON-CAEN, *Défense et illustration du contrat de travail*, Archive de la philosophie du droit, Sur les notions du contrat, tome XIII, Paris : Sirey, 1968, p. 66
- [334] TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op. cit., n° 40-1
- [335] Jean PÉLISSIER, *Inaptitude et modification d'emploi*, loc. cit.
- [336] Cass. soc., 21 février 2006, 04-47-881, Inédit
- [337] Christine STAGNARA, op. cit.
- [338] Christophe JAMIN, *Henri Capitant et René Démogue, notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal* : L'avenir du droit, Mélanges François TERRE, 1^{ère} édition, Paris, PUF, 1999, p. 137
- [339] Henri CAPITANT, *Les effets des obligations*, RTD Civ., 1932, p. 772
- [340] Marie BARTNIK, *Les contrats précaires font florès en Europe*, article du 9 août 2013, Le Figaro, <http://www.lefigaro.fr/emploi/2013/08/09/09005-20130809ARTFIG00249-les-contrats->

[341] Alexandre BARÈGE, *L'éthique et le rapport de travail*, 2008, Paris, LGDJ, p. 305

[342] Loïc CADIET, *Une justice contractuelle, l'autre*, op. cit.

[343] François-Xavier TESTU, *Le juge et le contrat d'adhésion*, JCP, 1993, 3676

[344] Denis MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, op. cit, p. 640

[345] Emmanuel DOCKÈS, *De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur*, Analyse juridique et valeurs en droit social : Mélanges Jean PÉLISSIER, Paris : Dalloz, 2004, p. 203

[346] Christophe JAMIN, *Plaidoyer pour un solidarisme contractuel : Le contrat au début du XXI^e siècle*, Mélanges Jacques GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001, p. 441

[347] Bernard TEYSSIÉ, *Introduction*, La négociation du contrat de travail, Dalloz, 2004, p. 3

[348] Alain RACLET, *L'inaptitude contractuelle, essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle*, Les Petites Affiches, 6 août 2001, n° 155, p. 19

[349] Emmanuel GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse en droit privé, Dijon, p. 376

[350] René DÉMOGUE, *Traité des obligations en général*, op. cit., n° 3

[351] Denis MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, op. cit, p. 632

[352] Philippe LE TOURNEAU, *Existe-t-il une morale des affaires ?*, La morale et le droit des affaires, Montchrestien, 1996, p. 7

[353] Arnaud TEISSIER, loc. cit.

[354] François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit., n° 35

[355] *Idem*

[356] Christophe JAMIN, op.cit., p. 438

[357] Christophe JAMIN, op.cit., p. 443

[358] Léon BOURGEOIS, *Solidarité*, Armand Colon, 1896 (réédité en 1998 aux éditions universitaires du Septentrion), p. 43

[359] Denis MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, op. cit. p. 615

[360] Jean-Paul SARTRE, *L'Être et le Néant*, Chapitre 2, Gallimard, Paris, 1943

[361] Bernard BOSSU, *Les notions fondamentales du droit du travail*, op. cit., p. 209

[362] Fanny LAMBRY-VASSEUR, *La bonne foi dans les relations individuelles de travail*, op. cit., p. 4

[363] Romain LOIR, *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, Mémoire de DEA « Droit des contrats », dirigé par Christophe JAMIN, 2001, p. 3

[364] Alexandre BARÈGE, *L'éthique et le rapport de travail*, op. cit.

[365] Georges RIPERT, *Abus ou relativité des droits*, Revue critique législative et juridique, 1929, p. 44, n° 12

[366] Alain SERIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 1998, n° 55