

Eric Loubet

Master 2 DJCE juriste d'affaires

Mai 2009

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS PARIS II

CONFIANCE ET CONTRAT DE TRAVAIL

Sous la direction de M. Arnaud MARTINON

L'université PANTHEON ASSAS (PARIS II) droit - économie - sciences sociales
n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans ce mémoire.
Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>Arch. Phil. Dr.</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
CA	Cour d'appel
CC	Conseil constitutionnel
Ch. mixte	Chambre mixte de la cour de cassation
Civ. 1 ^{re}	Première chambre civile de la cour de cassation
Concl.	Conclusions
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
- <i>Chron.</i>	- <i>Chronique</i>
- <i>I.R.</i>	- <i>Informations rapides</i>
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
dir.	Direction
Fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>JCP</i>	<i>Juris-Classeur périodique (la semaine juridique)</i>
<i>JCP E</i>	<i>JCP édition entreprise et affaires</i>
<i>JCP S</i>	<i>JCP édition social</i>
JO	Journal officiel de la République française
<i>LPA</i>	<i>Petites Affiches</i>
n°	numéro
<i>Obs.</i>	<i>Observations</i>
<i>Op. cit.</i>	<i>Ouvrage précité</i>
<i>préc.</i>	<i>précité</i>
<i>préf.</i>	<i>préface</i>
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>RJS</i>	<i>Revue de jurisprudence sociale</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation

<i>Som.</i>	Sommaire
ss.	sous
<i>Th. dactyl.</i>	<i>Thèse dactylographiée</i>
V°	Mot

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : L'EXIGENCE DE CONFIANCE

§1 – La confiance recherchée

§2 – La confiance négociée

DEUXIEME PARTIE : LA RUPTURE DE CONFIANCE

§1- Droit commun de la perte de confiance

§2 – Situations particulières

INTRODUCTION

À qui souhaite sonder « *l'âme des contrats* »¹, c'est à la confiance que le doyen Cornu invitait à s'intéresser ; sans doute la personne s'intéressant au contrat de travail peut-elle alors espérer trouver dans la singularité de celui-ci le « *supplément d'âme* » qui enrichira son étude. De prime abord, l'entreprise n'apparaît toutefois pas évidente, tant cette notion est difficile à saisir : « *l'âme des contrats* » est vague.

S'ajoutent à cette difficulté les doutes quant à la pertinence du rapprochement des deux notions, en témoigne l'attention limitée qu'ont longtemps prêté les auteurs au rôle tenu par la confiance au sein de la relation contractuelle. À cela deux raisons principales qu'il conviendra d'écarter : d'une part, droit et sentiment ne relèveraient pas du même champ d'analyse. D'autre part, à supposer cette première objection levée, demeurerait l'idée que contrat et confiance s'excluent mutuellement, en raison de l'opposition qui les caractérise.

Confiance et droit. – Confiance et contrat semblent appartenir à deux champs d'analyse différents. Entendue comme l'espérance ferme que l'on place en quelqu'un, en quelque chose, comme la certitude de la loyauté d'autrui², la confiance est une notion évanescence, plus aisée à percevoir qu'à décrire, à ressentir qu'à exprimer. Son champ est celui du sentiment humain : propre à chaque individu, elle est mouvante voire versatile. Elle relèverait ainsi du « *non-droit* »³, notion développée par Jean Carbonnier, afin de décrire le champ des rapports humains échappant au droit. D'un point de vue de sociologie juridique, le « *non-droit* » renvoie aux situations d'absence ou de retrait du droit là où il aurait dû trouver à s'appliquer : la confiance, trop insaisissable, ne ressortirait pas du champ de l'analyse juridique, mais serait au contraire un facteur qui conduit à écarter la règle de droit. Pour illustrer son propos, l'auteur cite l'exemple de la relation d'amitié (article 1348 du Code civil), qui crée une impossibilité morale de se ménager une preuve écrite : là où règne la confiance... Pourtant, n'est-ce pas là reconnaître, juridiquement, une prise en compte de la confiance ?

¹ G. Cornu, cité par L. Aynès, « La confiance en droit privé des contrats », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénabou et M. Chagny, Dalloz, Actes, 2008.

² Définition donnée par le dictionnaire de l'Académie Française

³ J. Carbonnier, *Droit Civil, Introduction*, Puf Thémis, 27^e édition, n°63

En réalité, la confiance est omniprésente en droit français : elle trouve son expression principale par le truchement de la foi, bonne ou mauvaise qui irrigue nombre de branches du droit⁴. Ainsi, en droit des biens, le possesseur de bonne foi d'un meuble bénéficie de l'article 2276 alinéa 1 du Code civil qui lui confère instantanément un titre sur ce bien. La règle de droit vient ici protéger la confiance qu'il peut placer en sa propriété, et celle qu'il inspire aux tiers. Un raisonnement similaire peut d'ailleurs être tenu à l'égard de la prescription acquisitive, utile en vue de protéger les tiers qui « *ont pu valablement croire qu'une situation était juridiquement fondée* »⁵ : la confiance que leur inspirait l'apparence d'une situation trouve ainsi une prise en compte juridique.

La confiance est également protégée par les magistrats qui utilisent à cette fin diverses techniques comme la responsabilité civile délictuelle ou les vices du consentement. Ainsi, la jurisprudence mentionne expressément la mauvaise foi en cas de rupture abusive de pourparlers non formalisés : l'arrêt rendu le 26 novembre 2003 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation sanctionne une partie qui avait poursuivi des négociations, sans intention de conclure le contrat, avant de rompre unilatéralement et avec mauvaise foi les pourparlers. Par son comportement, la partie en faute avait donné confiance à l'autre partie dans le succès des négociations ; la violation de cette confiance, lorsqu'elle s'effectue dans des circonstances fautives, doit être sanctionnée. Semblable protection de la confiance se retrouve dans l'application des vices du consentement : les magistrats ont ainsi sanctionné, grâce à l'erreur, la croyance erronée née de la confiance placée par l'acquéreur dans les énonciations d'un catalogue⁶. Cette foi dans l'écrit confère une certitude qui, lorsqu'elle est trompée, conduit à l'anéantissement de la relation suscitée.

Le travail législatif récent laisse également une place notable à la confiance, en témoigne l'intitulé de la loi 2004-575 dite « *confiance dans l'économie numérique* » du 21 juin 2004. De même, la confiance est sous-jacente à la fiducie, introduite en droit français par la loi 2007-211 du 19 février 2007. Le nom de l'institution rappelle à lui seul le lien de confiance qui doit unir le constituant et le fiduciaire⁷. La fiducie-gestion, par exemple, est un instrument de gestion du patrimoine: il est nécessaire que le constituant ait confiance en la

⁴ G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3^e édition, Montchrestien, 2005, p.148, n°29 : « *foi, de fides, exprime non seulement la confiance que l'on peut accorder à une preuve et partant sa force ou sa force probante ... mais ce qu'exige la confiance qu'une personne a placée dans une autre, de la part de celle-ci, ce qui produit et entretient cette confiance, c'est-à-dire la fidélité à la parole et à l'engagement (idée que l'on retrouve dans la notion de bonne foi : esprit de fidélité et de vérité...).* »

⁵ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 6^e édition, n°164

⁶ Civ. 1^{re}, 27 février 2007, D.2007.1632, note P.-Y. Gautier.

⁷ Notons également que la fiducie est l'équivalent civiliste du trust existant dans les pays de Common Law, dont le nom d'origine germanique renvoie également à la notion de confiance.

personne à qui il confie ses biens. La fiducie est la consécration de la relation de confiance comme source d'une relation entre les deux parties, confiance qui est indispensable à l'existence de cette relation.

Place de la confiance dans le contrat. – Une fois admise l'importance juridique de la notion de confiance, reste à la concilier avec celle de contrat. Les deux semblent a priori s'exclure mutuellement : là où règne la confiance, le contrat, défini comme une « *espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété* »⁸, ne devrait pas trouver sa place. Lorsque l'on est certain de la loyauté d'une personne, il ne devrait pas être utile de recourir à un instrument juridique pour qu'existe notre relation. « *On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles* »⁹ : l'engagement oral suffit en principe à lier des personnes se faisant confiance. L'impossibilité morale de dresser une preuve par écrit citée à titre d'exemple par Carbonnier, notamment en cas de relations d'affection ou de famille¹⁰, illustre cette conception. Cette difficulté se perçoit principalement à l'égard de la dimension probatoire du contrat, alors envisagé en tant qu'*instrumentum*¹¹ : le *negotium*¹² peut exister entre des personnes se faisant confiance. Le principe du consensualisme qui régit le droit français établit comme source du contrat l'accord de volonté. L'acte juridique est donc immédiatement conclu dès lors que les parties parviennent à s'entendre, peu important qu'une relation de confiance les unisse. La difficulté tient davantage à la possibilité de se ménager une preuve de cet accord. La distinction entre existence et preuve du contrat peut donc paraître importante lorsque l'on s'intéresse à la relation de confiance liant les parties ; la confiance n'exclurait pas tant le contrat en tant qu'accord de volonté que l'acte qui le constate. Néanmoins, il est aisé d'assimiler l'absence de preuve du contrat à l'absence de contrat, envisagé ici comme *negotium* : *idem est non esse aut non probari*. Cet effet de la confiance explique le recours aux Gentlemen's Agreements, conventions entre hommes du monde qui, dans les relations du commerce international, sont des accords comportant peu d'obligations juridiques. Les Gentlemen n'ont pas besoin de soumettre à la contrainte juridique leurs engagements : « *dictum meum pactum* », aucun

⁸ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique H. Capitant*, 8^e édition, PUF, coll. Quadrige, 2007, V^o Contrat.

⁹ Loysel, *Institutes coutumières*, XVI^e siècle, édition de Paris, 1846 : « *On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles ; et autant vaut une simple promesse ou convenance, que les stipulations du droit romain.* »

¹⁰ Req., 24 mars 1941, S.1941, 1, 132.

¹¹ « *Écrit authentique ou sous-seing privé contenant la substance de l'acte juridique ou du contrat envisagé par son ou ses auteurs* », définition donnée par le lexique des termes juridiques, 14^e édition, Dalloz, 2003.

¹² « *Question de fond que vise le contrat, par opposition à la forme qui traduit la volonté de l'auteur de l'acte ou des contractants* », définition donnée par le lexique des termes juridiques, 14^e édition, Dalloz, 2003.

homme digne de confiance n'agit contre sa parole. Descartes ne considère pas autre chose : « *c'est pour remédier à l'inconstance des esprits faibles que les lois permettent que l'on fasse des vœux ou des contrats qui obligent à y persévérer* »¹³. Demander à un gentilhomme la rédaction d'un contrat ne revient-il pas à lui prêter une faiblesse d'esprit qui justifierait qu'on ne lui fasse pas confiance ?

Cette opposition entre confiance et contrat est pourtant rapidement écartée par l'analyse : ainsi peut-on lire sous la plume du doyen Carbonnier que « *le contrat est peut-être assez normalement, assez naturellement un acte de foi, un acte de confiance* »¹⁴. Loin d'énoncer un paradoxe, cette phrase révèle la nature profonde du contrat, qui n'a d'égard à la confiance qui unit ou non les parties qui le concluent. La confiance n'exclut pas le contrat, pas plus qu'elle ne le prive de toute utilité, car il est avant tout un instrument d'organisation des relations¹⁵. Le contrat est conçu comme un acte de prévision¹⁶, permettant aux parties de réduire l'incertitude quant à la poursuite de leurs relations. Le contrat serait utile lorsque manque la confiance en l'avenir plus qu'en l'autre partie. Un double aspect doit donc être pris en compte : la confiance que place chaque partie dans son partenaire, puis la confiance placée dans l'acte conclu.

La confiance interpersonnelle, qui semblait exclure le recours au contrat, serait plutôt à l'origine de la relation contractuelle, elle l'initierait plus qu'elle n'y fait obstacle. Il est plus aisé, et plus courant, de se lier par un contrat avec une personne en qui l'on a confiance qu'avec une personne dont on peut douter de la probité. Les contrats conclus au quotidien sont la preuve de cette situation : un médecin de famille est généralement une personne à qui l'on estime pouvoir se fier, pour ses compétences présumées ou appréciées au fil du temps ; rares sont en revanche les personnes disposées à placer leur santé entre les mains d'un homme dont elles savent qu'il est un charlatan. Le choix d'un médecin dépend donc, pour une large part, de la confiance que lui accordent ses patients. De même, la confiance que l'on place en lui se reportera sur le spécialiste qu'il conseille, ce qui permet à nouveau l'établissement d'une relation contractuelle. Ce caractère déterminant de la confiance, qui conduit à contracter, est précisément visé par la publicité : le but recherché est de créer chez le consommateur une confiance en l'annonceur, notamment quant à la qualité des produits ou services proposés. La démarche est explicite lorsqu'un distributeur d'électroménager se vante

¹³ Descartes, *Discours*, 3^e partie, éd. Gibon, Vrin, page 24.

¹⁴ J. Carbonnier, « Sociologie et droit du contrat », *Annales de la faculté de Droit de Toulouse*, tome VII, fasc. 1, p.112 et s.

¹⁵ A. Chirez, *De la confiance en droit contractuel*, th. dactyl., Nice, 1977, p.7.

¹⁶ H. Lécuyer, « Le contrat acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, Page 643 et s.

d'offrir à ses clients un « *contrat de confiance* ». Ce propos doit néanmoins être nuancé : en l'absence de choix, la confiance perd son caractère stimulant. Ainsi, lorsqu'un seul offreur est apte à satisfaire un besoin, la confiance ne pourra pas jouer un rôle déterminant dans l'établissement de la relation contractuelle¹⁷. La confiance voit probablement son rôle décroître, mais certainement pas disparaître : il reste peu probable qu'une personne conclue un contrat avec un escroc, quand bien même celui-ci serait la seule personne prête à s'accorder avec elle.

Rapport qui lie les deux parties, la confiance devient, une fois l'acte conclu, un effet de celui-ci : le contrat en tant qu'instrument de prévisibilité trouve alors sa pleine expression. Les parties peuvent ainsi précisément définir les termes de leur engagement par le recours aux stipulations contractuelles. Le contrat devient à leur profit un vecteur de protection, grâce aux clauses que chacune négocie en sa faveur. La confiance se manifeste donc à travers la possibilité de délimiter clairement les droits et obligations de chacun, ainsi que les sanctions attachées aux manquements. La stipulation d'une clause pénale permettra par exemple d'avoir une confiance accrue dans la bonne exécution à venir du contrat en faisant peser sur le débiteur de l'obligation une sanction précise et coercitive. Au-delà de ces clauses spécifiques, l'existence d'un contrat exige des parties le respect d'un standard de comportement, la bonne foi. Chacun des contractants sait l'engagement qu'il peut attendre de l'autre dans l'exécution de ses obligations. Pour Ph. Stoffel-Munck, les rapports entre foi et confiance sont étroits : « *la confiance du contractant n'est que le pâle reflet de la même idée : il a foi en son partenaire, ce dernier doit lui rendre selon ses légitimes attentes* »¹⁸. Le contrat, né de la relation de confiance unissant deux parties, devient lui-même un instrument de confiance, sentiment qui ne s'exprime plus à l'égard du cocontractant, mais à l'égard de la relation qui s'est créée. Cette importance première de la confiance au sein de la relation contractuelle a permis de prêter une attention renouvelée à ses manifestations.

La confiance est dans l'air du temps... – Au cours de la dernière décennie, les réflexions sur les rapports entre confiance et contrat ont connu un regain de vigueur, comme le prouve l'organisation d'un colloque en juin 2007 sur ce thème : la législation récente tendrait à le démontrer, « *la confiance est dans l'air du temps ...* »¹⁹. Dans cette perspective, le dépassement des distinctions proposées par le Code civil entre différents types de conventions

¹⁷ A. Chirez, *De la confiance en droit contractuel*, th. dactyl., Nice, 1977.

¹⁸ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, préf. R. Bout, LGDJ, n°237.

¹⁹ *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénabou et M. Chagny, Dalloz, Actes, 2008.

aurait pu permettre de révéler l'importance de la confiance dans certains contrats. Ainsi, entre contrat-échange et contrat-organisation²⁰, c'est dans le second de ceux-ci que la confiance trouverait le plus à s'exprimer. L'analyse aurait également pu avoir pour cadre la catégorie des contrats relationnels²¹, ou encore les contrats d'alliance²². Pourtant, témoignant de l'importance de la confiance au sein de la relation contractuelle, un auteur a proposé la catégorie des contrats de confiance, « avec l'idée que la foi qu'une partie place en son cocontractant peut être un critère électif d'une catégorie de conventions »²³. L'analyse demeure toutefois délicate : tout contrat, dès lors qu'il n'est pas à exécution instantanée, appellerait une part de confiance dès lors que son exécution dépend pour partie de la volonté du cocontractant. Pour cette raison, l'auteur prend soin de définir ces contrats pour lesquels la confiance est primordiale : « un contrat est de confiance lorsqu'il est conclu par un contractant en considération des qualités particulières de la personne de l'autre sur lesquelles il compte et auxquelles il se fie pour la bonne fin de l'opération contractuelle.²⁴ » L'auteur insiste ici sur la finalité de l'opération, et souhaite exclure les contrats conclus avec pour seule considération la confiance particulière qui préexiste à l'acte, comme une donation faite à une personne déterminée. Si la confiance doit être prise en compte, c'est qu'elle est utile à la réalisation de l'opération poursuivie.

L'objet n'est pas ici d'aborder plus avant les rapports qu'entretiennent confiance et contrat de droit commun : en revanche, il peut être intéressant de confronter ce vaste sentiment qu'est la confiance au contrat singulier qu'est le contrat de travail, auquel la définition du contrat de confiance pourrait, semble-t-il, s'appliquer.

Confiance et contrat de travail. – Aborder le rôle joué par la confiance au sein de la relation de travail sous l'angle contractuel pourrait susciter quelque interrogation : le contrat de travail peut-il être analysé comme l'est un contrat de droit commun, ou « *tout rapprochement [est-il]*

²⁰ P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, page 635 et s.

²¹ C. Boismain, *Les contrats relationnels*, th. Nantes, 2004.

²² A. Sériaux, *Le droit, une introduction*, Ellipses, 1997, n°125.

²³ G. Loiseau, « Contrats de confiance et contrats conclu *intuitu personae* », *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénabou et M. Chagny, Dalloz, Actes, 2008 : « Les contrats de confiance suggèrent en effet que, conclus en contemplation de la personne du cocontractant, ils associent étroitement celle-ci à la réalisation de l'opération contractuelle en tant qu'elle participe à la bonne fin de son exécution. Contrats de confiance, donc, parce que la satisfaction de l'une des parties dépend de qualités de l'autre et que, pour cette raison, elle est portée à s'y fier. »

²⁴ G. Loiseau, « Contrats de confiance et contrats conclu *intuitu personae* », *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénabou et M. Chagny, Dalloz, Actes, 2008, p.98.

artificiel »²⁵ ? Face à l'essor de l'ordre public, la nature contractuelle de la relation de travail a été remise en cause par certains auteurs : ainsi pouvait-on lire que « *le droit du travail peut se détacher... de tout support contractuel* »²⁶. La conséquence serait alors que les réflexions sur la confiance ne devraient pas reposer sur un socle contractuel, mais se reporter vers une relation principalement institutionnelle. L'argument doit néanmoins être écarté : le contrat de travail est certes un contrat particulier, mais demeure un contrat, dont le rôle « *génétique* » et « *normatif* »²⁷ offre un champ pour l'analyse. Il a conservé sa place de « *pivot* »²⁸ du droit du travail, à travers un important renouveau²⁹. Il est la représentation juridique de la relation spécifique qu'entretiennent un employeur et son salarié³⁰.

Une autre interrogation pourrait tenir au fait que le contrat de travail est avant tout un contrat, soumis au droit commun des contrats porté par le Code civil³¹ : ces derniers sont, nous l'avons vu, l'objet d'une réflexion déjà avancée quant aux rapports qu'ils entretiennent avec la confiance. Ainsi, les recherches menées dans le champ du droit commun pourraient parfaitement s'appliquer à la relation de travail, si bien qu'il peut apparaître vain de s'intéresser particulièrement au contrat de travail. Ce serait là manquer le principal : « *les relations qui naissent du contrat de travail ont la caractéristique essentielle d'être des relations subordonnées. Le lien de subordination, caractère essentiel du contrat de travail, est une étonnante exception au principe de l'égalité contractuelle* »³². La recherche des manifestations de la confiance, ou de leur absence, en matière de contrat de travail, se fait donc nécessairement dans un cadre singulier, où ne règne pas le dogme de l'égalité contractuelle. Un rapprochement pourrait alors être fait avec le droit de la consommation, où l'inégalité patente entre les parties suscite l'application de règles dérogatoires au droit commun. Comme le consommateur, le salarié est une partie faible digne de protection. Parfois même plus que le consommateur : en témoigne le droit du commerce international, dont les dispositions font du salarié la seule partie faible bénéficiant à la fois, en matière de conflits de loi, d'une protection universelle – quelle que soit sa nationalité – et inconditionnelle – quel qu'ait été son comportement. Le droit de la consommation ne permet donc pas de tenir un raisonnement transposable en droit du travail ; il n'est pas de droit uniforme des relations inégalitaires. En effet, la protection du consommateur résulte principalement de lois

²⁵ F. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats du travail*, dir. J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, n°2.

²⁶ Rouast et Durand, n°440.

²⁷ G. Lyon-Caen, *Défense et illustration du contrat de travail*, APD, t. XIII, 1968, p.14.

²⁸ Ch. Radé, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.*, 2001, p.802.

²⁹ A. Lyon-Caen, « Le renouveau du contrat de travail », *Dr. soc.*, 1992.

³⁰ F. Vasseur-Lambry, « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », *LPA* 2000, p.4.

³¹ Art. L.1221-1 du Code du travail : « Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. »

³² Ph. Waquet, *Libertés et contrat de travail*, *RJS* 05/09, p.347.

favorables, pour prendre en compte la conclusion de contrats d'adhésion rédigés de la main d'une seule partie. Ainsi, la dimension contractuelle est bien plus limitée en droit de la consommation qu'en droit du travail, où le contrat demeure le socle de la relation unissant le salarié à l'employeur, auquel s'ajoutent les règles protectrices des salariés qu'offrent la loi et les conventions collectives.

La singularité de la relation de travail permet donc de s'écarter des réflexions déjà proposées sur le contrat de droit commun, et de faire une analyse propre à ce contrat. Alain Chirez, dans sa thèse sur la confiance en droit contractuel, soulignait l'intérêt de mener une réflexion propre au contrat de travail sur ce thème. Dans cette entreprise, la réflexion de Jacques Le Goff doit être remarquée, sous la plume duquel on a pu lire : « *on a tant insisté sur la fonction générique de la volonté dans la naissance du contrat qu'on en a fini par perdre de vue le rôle non moins décisif de la confiance. Le contrat naît d'un acte de volonté, d'une décision délibérée et libre ; il ne dure que par la confiance c'est-à-dire le pari que chacun des partenaires agira toujours dans le souci de préserver l'avenir de la relation. Une confiance au demeurant originaire qui donne finalement son sens à l'acte de volonté comme choix de se faire confiance dans l'engagement de proscrire tout ce qui pourrait y porter ombrage sous la forme de manquement aux deux obligations sœurs de loyauté et de fidélité* »³³. Ce constat, exprimé en termes généraux, précède les réflexions de l'auteur sur le contrat de travail en particulier.

Le rôle que joue la confiance dans la relation individuelle de travail est donc susceptible d'éveiller quelque intérêt . Les manifestations de la confiance, ou les conséquences de son absence, sont nombreuses, et jalonnent la vie du contrat, un « *lien de confiance réciproque devant nécessairement unir l'employeur et ses salariés* »³⁴. Une telle affirmation, si elle n'est pas contestable, doit toutefois être précisée : réciprocité n'est pas égalité. Les deux parties au contrat de travail se trouvant dans des situations différentes, il est évident que la confiance n'a pas la même importance à l'égard de chacune. Ainsi, dès le processus de conclusion du contrat, l'existence d'une relation de confiance entre les futures parties n'a pas un effet identique pour chacune d'elles. La perte du caractère stimulant de la confiance dans le choix du cocontractant en l'absence d'autre possibilité de contracter explique cette situation : elle n'est pas nécessairement un critère pris en compte pour contracter. En période de sous-emploi, l'employeur bénéficie d'une certaine latitude

³³ J. Le Goff, *Droit du travail et société, tome 1, les relations individuelles de travail*, Presses Universitaires de Rennes, 2001, p.294.

³⁴ M. Del Sol et C. Lefranc-Hamoniaux, « La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants », *JCP S* 2008, 1666.

dans le choix de ses collaborateurs, dont ne disposent pas les personnes à la recherche d'un emploi. Un employeur a donc la possibilité de prendre en compte la confiance qu'il place en une personne afin de déterminer s'il va l'employer ou non, alors qu'une telle considération n'aura qu'une importance beaucoup plus faible pour un demandeur d'emploi. Il est évident que ce raisonnement repose pour une large part sur la qualification du salarié : une personne hautement qualifiée, et dont le profil est recherché sur le marché du travail, bénéficie d'une faculté de choix accrue de son employeur. Se dégage néanmoins l'impression, dès les premières réflexions, que la confiance que peut placer l'employeur dans ses salariés est la plus importante : l'employeur va placer entre les mains de ses collaborateurs sa propriété, des moyens de production lui appartenant. Incontestablement, en concluant un contrat de travail, l'employeur confie une partie de son entreprise, de ses responsabilités à un employé. Peut-être plus révélateur encore de l'importance de la confiance qu'il accorde est le fait qu'en choisissant son préposé, le commettant s'expose à voir sa responsabilité civile engagée³⁵ : il conclut un contrat avec une personne dont le comportement futur est susceptible d'engager sa responsabilité personnelle. En effet, le commettant est tenu d'indemniser la victime en cas de préjudice causé par le comportement fautif du préposé dans l'exercice de ses fonctions³⁶ : pour le professeur Larroumet, « *le fondement de cette obligation réside dans le crédit, la confiance témoignée par le commettant au préposé, [...] confiance que l'on assume envers les tiers lorsque l'on recourt aux services de quelqu'un* »³⁷.

L'importance de la confiance peut être appréciée à l'égard de l'ambiguïté de la relation unissant le salarié à l'employeur, poursuivant des buts opposés mais partageant un intérêt commun, résumée par l'expression de « *coopération antagoniste* »³⁸ de Carbonnier. Comme l'expose le professeur Radé³⁹, les salariés cherchent principalement à améliorer « *leur situation au sein de l'entreprise* », tandis que l'employeur essaie de réduire le « *coût "social" de production* ». Pourtant, tous ont pour intérêt le bon fonctionnement de l'entreprise, afin d'améliorer les gains à répartir en faveur de chacun. La conciliation de ces buts antagonistes, en vue de la réalisation d'un projet commun, passe par la relation de confiance qui doit régner entre chaque partie. La confiance est alors un moyen d'équilibrer les rapports, de les réguler,

³⁵ Art. 1384, al.5 du Code civil.

³⁶ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les Obligations*, Dalloz, 9^e édition, n°827.

³⁷ Ch. Larroumet, Recueil Dalloz-Sirey, 1973, 3^e cahier.

³⁸ J. Carbonnier, *Les obligations*, PUF, n°113.

³⁹ Ch. Radé, « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ? », in *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité ?*, dir. L. Grynbaum, Economica, 2004.

et, en amont, de les rendre possible. La Cour de cassation reconnaît d'ailleurs qu'une « *atmosphère de défiance et de jalousie est nuisible à la bonne marche de l'entreprise* »⁴⁰.

De ce bref aperçu du contrat de travail se dégage l'impression que l'on ne peut pas raisonner sur la base d'un contrat de travail unique : il existe une multiplicité de situations, selon les entreprises, les qualifications des salariés, la stabilité de leur emploi... Il est en effet douteux que la relation de confiance qui unit un employeur à ses salariés soit la même au sein d'une PME et dans une entreprise employant plusieurs milliers de personnes. Pour cette raison, la réflexion portera sur l'hypothèse du contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein, qui est le contrat de droit commun. Pour raisonner sur la confiance interpersonnelle, l'employeur considéré est la personne qui, au sein de l'entreprise, est chargée de recruter les salariés avec lesquels il collabore. Dans une entreprise importante, plusieurs personnes doivent déterminer, pour leurs départements respectifs, les personnes qu'elles souhaitent embaucher. Ces différentes personnes, seules à entretenir une relation personnelle avec le salarié, seront assimilées à l'employeur.

Plan. – La confiance revêt une double dimension pour chaque rapport d'obligation. Elle est dans le même temps foi du créancier dans la bonne foi de son débiteur, et foi du débiteur dans le bon usage que fera le créancier de ses prérogatives. Le contrat de travail est un contrat synallagmatique, mais dont seul un rapport d'obligation nous intéressera : la prestation de travail, dont est créancier l'employeur, et débiteur le salarié. La confiance est une nécessité au sein de la relation de travail, mais dont la rupture n'est pas sans conséquence. Son existence, tout comme sa disparition, doivent être pris en compte. L'exigence de confiance, inhérente à la relation de travail, fera l'objet d'une première partie, tandis que sa disparition sera étudiée dans une seconde partie.

⁴⁰ Soc., 3 mars 1971, *D.*1971, Som.132.

PREMIERE PARTIE : L'EXIGENCE DE CONFIANCE

La relation de travail est appelée à s'étendre sur une certaine période, aussi brève soit-elle : ce contrat n'est pas à exécution instantanée, et, partant, comporte pour chacune des parties une part d'attentes. L'employeur, tout d'abord, compte sur le salarié pour s'acquitter de sa mission du mieux possible, ou à tout le moins dans les termes par eux convenus. Le salarié, soumis au pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur, peut également craindre un abus dans l'usage des prérogatives dont est titulaire le créancier de la prestation de travail. Dans ce cadre, la confiance que place chacun dans son cocontractant est déterminante : l'abandon que représente, dans une certaine mesure, la relation de travail, semble appeler la confiance, l'exiger même. Présente avant même la naissance du contrat de travail à laquelle elle concourt, la confiance demeure une nécessité lorsque le contrat doit être exécuté. Formation (§1), puis exécution (§2), ces deux étapes guideront le raisonnement.

§1 - Formation du contrat de travail

L'importance de la confiance au stade de la formation du contrat, dans un système où règne le consensualisme, a été soulignée par E. Gounot pour qui « *le moment où le contrat se forme n'est pas celui de l'hypothétique rencontre de deux volontés, mais celui où naît la confiance (...) et c'est cette confiance, bien plus que la volonté, qui fixe et limite les effets de la convention* »⁴¹. La confiance trouve à s'exprimer dès la période précontractuelle : souvent à l'origine de la conclusion du contrat auquel elle préexiste (A), elle en est ensuite l'objet (B), la convention permettant de conférer une certaine prévisibilité à la relation.

A- La confiance recherchée

Au stade de la formation du contrat, l'absence de choix que l'on constate fréquemment quant à leur employeur pour les salariés fait perdre à la confiance, nous l'avons vu, son caractère stimulant. La confiance que le salarié place en son employeur potentiel n'est donc pas déterminante à ce stade. Toute autre est la situation de l'employeur, pour qui le choix du salarié doit être réfléchi, car lourd de conséquences : un contrat de travail ne peut être conclu à la légère, ne serait-ce qu'en raison de l'application de règles particulières relatives à la

⁴¹ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th.1912, Rousseau, p.162.

rupture de la relation. Cette recherche de confiance en la personne du salarié se manifeste lors de la phase de négociation précontractuelle (1), à laquelle s'ajoute fréquemment une période d'essai (2).

1- Phase précontractuelle

Par principe libre de choisir ses collaborateurs (a), l'employeur peut mener avec les candidats au poste proposé une négociation au cours de laquelle il pourra décider de placer ou non sa confiance en un salarié (b).

a- Principe et limites de la liberté de recrutement

Liberté d'appréciation de l'employeur. – Le contrat de travail est un contrat conclu en considération de la personne du cocontractant ; cet *intuitus personae* est « *fondé sur la prise en considération des caractéristiques personnelles du salarié qui peuvent aller des aptitudes à remplir une fonction déterminée (qualités actives) aux éléments les plus étrangers à l'emploi (qualités passives)* »⁴². L'employeur doit, avant de conclure le contrat, évaluer librement les candidats pour déterminer leur aptitude à occuper le poste à pourvoir. Le Conseil constitutionnel n'affirme pas autre chose lorsque, dans sa décision du 20 juillet 1988, il fait référence à « *la liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs* »⁴³. La liberté de l'employeur lui permet donc d'évaluer les caractéristiques des postulants afin de librement exercer un choix, selon sa propre appréciation⁴⁴. Il peut à cette fin se référer à leurs aptitudes objectives, principalement révélées par leur qualification et leur expérience, ou se déterminer en fonction de critères plus subjectifs, comme le bon déroulement d'un entretien d'embauche, l'honnêteté ou la probité supposées d'un candidat⁴⁵. Les considérations techniques ne doivent pas nécessairement primer : pour un même poste, il est possible de préférer la personne qui la plus apte à favoriser une bonne ambiance de travail, indépendamment des qualifications. L'employeur, pour faire son choix, prend en réalité en compte un faisceau de considérations, plus ou moins objectives et qui lui sont propres : il ne saurait en être autrement, tant la

⁴² F. Vasseur-Lambry, « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », *LPA* 2000, p.4

⁴³ CC, 20 juillet 1988, J.O. 21 juillet 1988, p.9442 ; *Dr. soc.*, 1988.762.

⁴⁴ Sur une restriction contractuelle à l'embauche : CA Montpellier, 17 octobre 2000, *RJS* 4/01 n°403 : la clause permettant à un salarié de désigner un membre de sa famille pour le remplacer est « illicite et de nul effet ».

⁴⁵ G. Couturier, *Droit du travail, 1/ Les relations individuelles de travail*, PUF, 1^{re} édition, n°70.

confiance a une dimension personnelle marquée⁴⁶. S'exprime ainsi la dimension purement subjective de la confiance, l'employeur fixant des attentes qui lui sont propres et que ne partageraient pas nécessairement un autre individu dans la même situation. La confiance est le sentiment d'un sujet, libre de l'accorder, envers un autre sujet, dont la personnalité a été déterminante pour obtenir cette confiance. Les qualités du candidat forment un ensemble de critères au vu desquels l'employeur se forgera une opinion, si bien qu'il semble difficile de dissocier les qualités passives des qualités actives⁴⁷. Affirmée, la liberté de choisir ses collaborateurs est néanmoins encadrée par la loi : l'employeur est certes libre de déterminer en qui il place sa confiance, mais il ne peut le faire que dans le respect d'un cadre légalement défini visant à prévenir les abus.

Finalité du recrutement et orientation de la confiance. – Lorsque l'employeur cherche à déterminer à qui il entend confier le poste à pourvoir, il ne peut se déterminer qu'au regard de considérations relatives à ce poste : les qualités actives sont érigées en élément déterminant et légalement admissible. Si l'employeur a toute latitude pour apprécier la personne la plus apte à occuper un poste, ce n'est que dans la mesure où il se réfère à des éléments qui sont en rapport avec une telle évaluation. Ainsi, l'employeur dispose d'un pouvoir finalisé, comme l'est la confiance qu'il porte à son cocontractant. C'est en vue du recrutement futur que l'employeur se voit reconnaître un pouvoir d'investigation à l'égard du salarié. L'article L.1221-6 du Code du travail pose une exigence de lien direct et nécessaire des renseignements demandés avec l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles. Lorsque de telles informations sont demandées, ce même article fait peser sur le candidat une obligation de répondre de bonne foi. *A contrario*, ce dernier peut donc mentir, ou s'abstenir de répondre à des interrogations qui seraient hors de propos en vue du recrutement en cause. Il se trouve ainsi seul juge de la pertinence des questions qui lui sont adressées⁴⁸. Victime d'un mensonge qui le conduit à contracter, l'employeur ne peut pas agir en nullité du contrat pour dol : la jurisprudence considère de longue date qu'aucun dol n'est commis en cas de réponses inexactes à des questions sans rapport à l'emploi⁴⁹. Le système ainsi mis en place permet d'encadrer les critères que considère l'employeur lorsqu'il décide d'attribuer sa confiance : de

⁴⁶ B. Teyssié, « Personnes, entreprise et relations de travail », *Dr. soc.* 1988.376.

⁴⁷ G. Adam, « Critique d'une étude critique de J.-E. Ray », *Dr. soc.* 1993.334 : « *Aujourd'hui l'entreprise n'achète plus une force de travail, mais une personnalité dans toute sa complexité et ses ramifications familiales et sociales* ».

⁴⁸ M.-A. Peano, « L'intuitus personae dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 1995, p.136.

⁴⁹ Sur l'absence de dol d'un salarié qui n'avait pas révélé son état de prêteur : Soc., 17 octobre 1973, *JCP* 1974 II 17698, note Y. Saint-Jours.

la même manière, l'employeur ne peut se décider en fonction de l'état de grossesse d'une candidate (art. L.1225-1 du Code du travail). Indépendamment de toute demande d'information, et échappant donc au champ de l'article L.1221-6, les critères considérés comme discriminatoires ne peuvent pas être pris en compte, comme l'énonce l'article L.1132-1 : la confiance qu'est prêt à accorder ou non un employeur ne saurait dépendre de l'origine d'un candidat, de son sexe, de ses mœurs ou encore de son orientation sexuelle. À cette fin, l'article L.1221-7 du Code du travail prévoit, pour les entreprises d'au moins cinquante salariés, l'examen sous forme anonyme des informations transmises par écrit par le candidat. La confiance est seulement accordée en vue d'une finalité, la poursuite d'une relation de travail, pour laquelle l'identité du candidat importe peu. La liberté de recrutement est pour l'employeur liberté de placer sa confiance comme bon lui semble, dans le respect du but pour lequel cette liberté lui est conférée. Apparaît alors la difficulté de sanctionner un manquement aux exigences du Code du travail: les critères pris en compte par l'employeur sont difficiles à établir, et la preuve du manquement sera donc difficile à rapporter. Ainsi, le « *droit au mensonge* »⁵⁰ reconnu au salarié demeure la principale solution pour faire échec aux pratiques condamnables de l'employeur, notamment grâce à l'exclusion du dol : une tolérance est créée, la jurisprudence autorisant un comportement malhonnête. La confiance trompée de l'employeur n'est en effet pas la confiance relative à l'exécution du contrat de travail projeté, seule pertinente dans le processus de formation du contrat de travail et, partant, seule susceptible de bénéficier d'une protection. Néanmoins, même lorsque l'employeur respecte les prescriptions légales, il reste difficile de sanctionner les comportements malhonnêtes au cours de la phase de négociation.

b- Négociation précontractuelle

Protection limitée de l'employeur. – L'employeur et le candidat au poste à pourvoir vont avoir des contacts au cours de la période précédant la conclusion du contrat, afin que chacun puisse apprécier son intérêt à la relation envisagée⁵¹. Le but de cette phase préparatoire à la conclusion du contrat est de créer un lien de confiance nécessaire à l'établissement du lien contractuel. Des entretiens peuvent avoir lieu, après, le plus souvent, examen d'un curriculum vitae transmis par le candidat.

⁵⁰ E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 3^e édition, n°183 ; *contra*, P.-Y. Verkindt, « Le contrat de travail – Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003.

⁵¹ F. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats du travail*, dir. J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, n°61.

Au cours de ce processus, chacune des parties peut se tromper sur le compte de l'autre, et accorder sa confiance à une personne à qui elle ne l'aurait en principe pas accordée. L'effet à donner à cette confiance mal placée est délicat : nous verrons par la suite la place limitée qu'occupe l'absence de confiance au sein du droit applicable à la rupture du contrat. Afin de contourner les règles restrictives applicables au licenciement, il est possible chercher à obtenir l'annulation du contrat. Néanmoins, les vices du consentement n'ont pas, à l'égard du contrat de travail, l'importance qu'ils ont en droit commun, et n'offrent donc à la confiance qu'une protection relative : pour reprendre les termes de J.-E. Ray, « *en travail, trompe qui peut* »⁵². L'importance de la confiance que place l'employeur dans la personne de son salarié devrait pourtant conduire à l'annulation d'un contrat conclu sous l'empire d'une erreur de sa part, qu'elle soit spontanée ou provoquée. En pratique, l'erreur spontanée est difficile à établir : elle sera difficilement excusable dans la mesure où l'employeur pouvait se renseigner sur son candidat afin d'apprécier sa capacité à occuper les fonctions pour lesquelles il a été embauché, ou recourir à une période d'essai.

Le dol dont est victime l'employeur présente davantage d'intérêt : erreur provoquée, par des manœuvres ou par réticence, il constitue une atteinte nettement plus grave à la confiance qu'il a placée dans son salarié. Ce dernier s'est rendu coupable d'une faute civile, précisément destinée à tromper la confiance de son cocontractant. L'indélicatesse rend donc plus fragile le maintien de la relation ; non seulement l'employeur s'est mépris sur un élément qui, s'il en avait eu connaissance, l'aurait conduit à ne pas contracter, mais il a de surcroît fait confiance à un cocontractant dont la malhonnêteté est établie du seul fait du dol commis. La jurisprudence a par conséquent admis la nullité du contrat de travail conclu sous l'empire d'un dol relatif aux diplômes obtenus par le candidat⁵³. À nouveau, les vices du consentement connaissent des limites importantes dans leur application : alors qu'en droit commun le dol rend toute erreur excusable, le contrat de travail se voit appliquer une jurisprudence restrictive⁵⁴. L'erreur provoquée est susceptible d'être inexcusable, par exemple si l'employeur victime d'un dol par réticence ne s'est pas suffisamment renseigné⁵⁵. Le caractère restrictif de la jurisprudence est également manifeste eu égard à l'appréciation de la matérialité du dol : à propos d'une mention portée sur un curriculum vitae, la Cour de

⁵² J.-E. Ray, obs. ss. Soc. 5 octobre 1994, *Dr. soc.* 1994.973.

⁵³ Soc., 17 octobre 1995, *JCP E* 1996, 3923, obs. O.Rault.

⁵⁴ J. Mouly, « La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat », *D.*2008, p.1594 ; B. Teyssié, « La preuve en droit du travail », in *La preuve* (dir. C. Puigelier), Economica, 2004, n° 19.

⁵⁵ Soc., 25 avril 1990 & 3 juillet 1990, *D.*1991, p.507, note J. Mouly.

cassation a jugé que « *si elle était imprécise et susceptible d'une interprétation erronée, elle n'était pas constitutive d'une manœuvre frauduleuse* »⁵⁶.

De cette jurisprudence se dégage l'impression qu'il est, pour l'employeur, difficile de faire sanctionner par la nullité un contrat conclu sous l'empire d'une confiance mal placée : pour le professeur Mouly, l'obligation de bonne foi semble « *mise quelque peu en sommeil par les juges* »⁵⁷. La difficulté d'obtenir l'annulation dans une telle situation consacre une prime à la mauvaise foi probablement favorable au salarié qui a ainsi pu obtenir un emploi qu'il n'aurait pas obtenu sans ces manœuvres, certainement pas à la relation de travail. Une autre solution pourrait alors être envisagée : l'employeur peut rompre le contrat, avec un licenciement pour faute en cas de dol, pour perte de confiance dans les autres cas. Une telle situation est néanmoins hasardeuse, nous le verrons, si bien que la poursuite de la relation paraît s'imposer. La jurisprudence restrictive applicable aux vices du consentement a pour effet de favoriser le maintien de relations de travail au sein desquelles toute confiance peut être absente, compliquant potentiellement la bonne marche de l'entreprise. Ceci se comprend d'autant moins qu'en cas de mentions trompeuses sur le curriculum vitae, par exemple, est en cause la confiance « *pertinente* » de l'employeur, relative à l'exécution du contrat de travail. Paradoxalement, alors que la confiance accordée par l'employeur est plus souvent déterminante pour la conclusion du contrat de travail que ne l'est celle du salarié, cette dernière semble à ce stade bénéficier d'une protection accrue.

Protection du salarié. – Lorsqu'il conclut un contrat de travail, le salarié est généralement motivé par le contenu d'une offre d'emploi, ou par des promesses faites par l'employeur souhaitant le recruter. Il peut donc lui même être victime d'un dol, situation qui fait, dans cette hypothèse, l'objet d'une disposition spécifique : l'article L.5331-3 interdit de publier une offre d'emploi « *comportant des allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur* ». Ayant contracté sur la foi d'énonciations erronées, le salarié déçu pourrait agir en responsabilité contre l'employeur ou chercher à obtenir la nullité du contrat. Cette protection de la confiance trompée se constate également alors qu'aucun contrat n'a été conclu ; comme le constate le professeur Corrignan-Carsin, « *l'idée de confiance trompée ou de déloyauté inspire davantage les solutions jurisprudentielles dégagées à propos de la rupture unilatérale des pourparlers* »⁵⁸. La responsabilité de l'employeur est susceptible d'être engagée s'il a créé

⁵⁶ Soc., 16 février 1999, *Dr. soc.* 1999.396, obs.B. Gauriau ; *D.* 2000, 97, note Aubert-Montpeyssen.

⁵⁷ J. Mouly, « La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat », *D.* 2008, p.1594.

⁵⁸ D. Corrignan-Carsin, « Loyauté et droit du travail », in *Mélanges offerts à H. Blaise*, Paris, Economica, p. 132.

chez l'autre un espoir légitime déçu, ou s'il a mené des pourparlers en sachant qu'ils ne pouvaient pas aboutir⁵⁹. La confiance qu'a placée le salarié dans la poursuite de négociations peut justifier la réparation d'un préjudice moral et matériel.

L'engagement souscrit par l'employeur est plus fort en cas de promesse unilatérale : si, se fiant au comportement de l'employeur potentiel, le salarié a démenagé, ou refusé un autre emploi, il pourra obtenir réparation pour toutes les dépenses qu'il a légitimement exposées et le préjudice subi⁶⁰. La manifestation de la protection de la confiance du salarié est encore plus éclatante lorsqu'elle se voit reconnaître un effet juridique : afin, une nouvelle fois, de contourner la nullité du contrat de travail, la Cour de cassation a parfois reconnu la contractualisation des engagements pris par l'employeur⁶¹. Les magistrats ont ainsi pu déduire du comportement de l'employeur préalable à la conclusion du contrat une clause tacite. Un engagement de stabilité de l'emploi peut découler des circonstances ayant précédé la conclusion du contrat, si l'employeur a incité le salarié à démissionner ou lorsque, « *par son comportement à son égard, il lui avait fait croire à une situation stable* »⁶². La confiance que place le salarié dans les allégations qui l'ont conduites à contracter est d'une importance telle qu'elle conduit à lui reconnaître juridiquement la valeur d'un engagement contractuel de l'employeur. Le contrat de travail n'oblige donc pas seulement l'employeur à ce qui y est stipulé, mais également à ce à quoi l'employé a fait confiance. S'il est incontestable que la confiance personnelle de l'employeur est déterminante pour la naissance de la relation de travail, il apparaît également que la protection qui lui est accordée n'est pas aussi efficace que celle dont bénéficie le salarié : la raison en est peut-être que l'employeur, outre les pouvoirs d'investigation qui lui sont reconnus, peut organiser sa propre protection grâce à une période d'essai.

2- La période d'essai

Finalité de la période d'essai. – « *Phase exploratoire minimale* »⁶³, la période précontractuelle permet d'opérer une sélection parmi différents candidats à un poste. Une fois ce stade passé, les tests professionnels peuvent n'avoir pas suffi pour déterminer si la personne sélectionnée sera apte à occuper le poste convoité. Dans cette optique, une période

⁵⁹ Paris, 28 février 1996, *RJS* 6/96, n°746.

⁶⁰ Soc., 6 février 2001, *Dr. soc.* 2001.436, obs. B. Gauriau.

⁶¹ F. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats du travail*, dir. J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, n°77.

⁶² Soc., 1^{er} juin 1972.

⁶³ F. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats du travail*, dir. J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, n°61.

d'essai peut être prévue par la convention collective applicable ou stipulée dans le contrat : dans ce cas, le contrat de travail est conclu, et l'essai a lieu durant la période d'exécution. Cette période d'essai « *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* »⁶⁴. Stipulée dans le contrat, la période d'essai est une clause qui porte sur le régime de la rupture unilatérale du contrat : les parties conviennent de la possibilité de rompre la relation à tout moment, en écartant les règles applicables au licenciement et à la démission. Se dégage de la définition légale une finalité différente de l'essai pour chacune des parties au contrat : l'employeur comme le salarié cherchent à évaluer s'ils trouvent un intérêt à la poursuite du contrat, mais alors que le salarié apprécie le travail qui lui est confié, l'employeur apprécie les qualités de la personne. La période d'essai sert en premier lieu l'intérêt de l'employeur, dont on sait pour lui l'importance du choix de son cocontractant. Cet état de fait peut être constaté dans certaines décisions de justice, qui paraissent ne prendre en compte que l'intérêt de l'employeur dans la période d'essai⁶⁵.

L'essai est donc un laps de temps, au début de la relation contractuelle, permettant à l'employeur de conforter sa décision, ou, au contraire, de se rétracter. Cette période lui permet d'apprécier l'aptitude du salarié, ce qui n'est toutefois pas le propre de l'essai : l'employeur procède à une évaluation de son personnel tout au long de la relation de travail. La spécificité de la période d'essai tient à ce qu'elle est la « *première évaluation par l'employeur du salarié* »⁶⁶. Elle a lieu alors que la relation de confiance est encore naissante et a vocation à se développer au cours de la relation. Il ne s'agit pas ici de conforter ou de renouveler la confiance mais de permettre sa naissance, entre deux parties qui y sont disposées. L'esprit de la période d'essai est profondément empreint de confiance : en germe depuis la conclusion du contrat, ce sentiment est appelé à croître au cours d'un essai concluant, ou à faner en cas d'échec. Manque alors entre les parties l'habitude, qui génère la confiance autant qu'elle en découle⁶⁷ : la particularité d'une période d'essai est précisément le fait qu'elle concerne un salarié peu connu de l'employeur. Le salarié ancien a droit à une confiance plus solide, si bien que l'ancienneté permet d' « *exclure le caractère de gravité que présenterait la faute*

⁶⁴ Art. L.1221-20 du Code du travail.

⁶⁵ Paris, 23 novembre 1990, *D.* 1992, p. 101, note G. Pignarre : « La période d'essai a pour objet de permettre aux parties de se familiariser l'une à l'autre, de donner à l'employeur les moyens de vérifier aussi bien les compétences du salarié que son expérience est ses facultés d'adaptation à un milieu professionnel nouveau pour lui, d'aider le salarié à assimiler les méthodes de travail et l'esprit de l'entreprise, à se situer par rapport à ses collègues, à accepter l'autorité de ses supérieurs hiérarchiques. »

⁶⁶ E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 3^e édition, n°200.

⁶⁷ A. Chirez, *Op. cit.*, p.237.

objectivement considérée »⁶⁸. Cette perspective permet de comprendre la période d'essai : le salarié récemment embauché n'a pas encore fait ses preuves, et ne bénéficie pas d'un large crédit. La conséquence en est simple : au cours de cette période, le contrat de travail est plus facile à rompre, la fragilité de la confiance liant les parties entraînant celle du contrat lui-même.

Régime de la période d'essai. – Ces considérations guidaient le régime de la période d'essai, tel que défini par la jurisprudence : droit-fonction, le droit de stipuler une période d'essai est limité dans sa finalité à la seule appréciation de l'aptitude du salarié, et se trouve donc aisément sujet à détournement⁶⁹. Depuis la loi du 25 juin 2008, des durées maximales légales sont prévues. Dans la jurisprudence antérieure, les règles applicables à la période d'essai étaient adaptées à la finalité d'évaluation du salarié. Ainsi, sa durée devait être déterminée en fonction du temps requis pour l'évaluation : un délai de six mois avait été jugé excessif et hors de proportion avec le temps réellement nécessaire pour qu'une sténodactylo puisse faire ses preuves⁷⁰. La dimension individuelle de la confiance avait également conduit à considérer que l'employeur ne pouvait mettre en concurrence deux candidats : l'aptitude d'un salarié à occuper le poste ne doit pas être mesurée par référence aux capacités d'un autre candidat. Confiant quant à ses qualités, le salarié soumis à une période d'essai cherche à faire ses preuves : la fragilité du contrat de travail n'est que temporaire, et cessera dès lors qu'il aura convaincu l'employeur par ses efforts redoublés. Il serait difficilement admissible que ces efforts soient vains lorsque l'employeur rompt la relation indépendamment des performances réalisées par son cocontractant. Il est donc logique que les magistrats sanctionnent la rupture du contrat de travail lorsque l'essai avait pour seule fin de contourner la réglementation applicable au licenciement. Plus largement, une rupture de l'essai est jugée abusive dès lors qu'elle est prononcée « *pour un motif non inhérent à la personne du salarié* »⁷¹. L'essai a, par nature, une dimension personnelle, que l'on retrouve dans la confiance qu'il permet d'accorder : la décision d'embauche a déjà été prise, et il n'est possible de revenir dessus qu'en cas d' « erreur sur la personne », ou sur ses qualités essentielles. La période d'essai ne doit pas permettre de rompre un contrat lorsque le salarié s'est montré à la hauteur des attentes placées en lui : cela serait porter une atteinte injustifiée à la confiance qu'il a pu

⁶⁸ G.H. Camerlynck, *Traité de droit du travail – Contrat de travail*, Dalloz, 1968, n°160.

⁶⁹ J. Mouly, « La rupture de l'essai pour motif non inhérent à la personne du salarié : fraude, abus de droit ou absence de cause réelle et sérieuse ? », *D.* 2008, p.196.

⁷⁰ Soc., 21 décembre 1977, Bull. Civ. V, n°348, p.226.

⁷¹ Soc., 20 novembre 2007, Cofiroute, RDT 2008.29 note J. Pélissier.

placer dans le bon déroulement de la relation de travail, et le priver des dispositions protectrices applicables en matière de licenciement.

Souvent insérée dans le contrat, la clause relative à la période d'essai fait partie des diverses stipulations dont l'intérêt est souvent de protéger la confiance souhaitée par l'employeur.

B- La confiance négociée

Au cours de la négociation du contrat, les parties, principalement l'employeur, peuvent obtenir un surcroît de confiance grâce à l'insertion de clauses (1) dont la diversité permet d'embrasser de nombreuses situations (2).

1- Utilité des clauses

Insuffisance de la confiance personnelle. – La confiance qui lie l'employeur au salarié lors de la conclusion du contrat est purement personnelle : elle tient aux qualités supposées du candidat ou décelées chez lui pour exercer au mieux les fonctions pour lesquelles il a été recruté. La période d'essai permet à ce dernier de faire la preuve de sa probité et de son utilité à l'entreprise. Le contrat de travail alors conclu, pour une durée plus ou moins longue, lie l'employeur au salarié sur la foi de « promesses » du second. La dimension personnelle de la relation de travail explique la nature de cette confiance première : elle lie l'employeur à son salarié qui ne peut se substituer quiconque dans la fourniture de la prestation de travail⁷². La confiance qui est ici en cause a une dimension doublement subjective : sentiment propre à l'employeur, elle a pour objet un sujet, le salarié, dont les qualités sont présumées et la loyauté espérée. La confiance est alors un acte d'abandon, l'employeur s'en remet au salarié, auquel il confie une partie de son entreprise et de son avenir. Cet abandon est justifié par l'honnêteté, la probité que l'employeur prête à son salarié.

Il y a nécessairement une part de vulnérabilité née de la foi que l'on place en une personne susceptible de la décevoir. L'idée d'abandon le résume : l'employeur perd nécessairement une part de son contrôle sur l'activité de son entreprise en la confiant à des salariés. Le comportement qu'auront à l'avenir les salariés est, par nature, imprévisible. L'incertitude est le propre du futur, période d'exécution de la relation de travail : cette

⁷² J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 23^e édition, n°268.

imprévisibilité rend la confiance nécessaire. L'employeur ne peut jamais tenir l'honnêteté de son salarié pour acquise : la confiance n'est alors qu'un substitut à la certitude qui fait défaut. Elle vise à limiter l'étendue de cette incertitude, et permet à l'employeur d'accéder à la sérénité à laquelle il aspire. À cet égard, il n'existe pas, entre confiance et certitude, de différence de nature, mais seulement de degré : la certitude offre une tranquillité d'esprit accrue, il n'y a plus le moindre doute quant à la légitimité de l'espérance ferme placée en la personne du salarié. Plus la confiance qu'il place en son salarié est forte, plus le sentiment de l'employeur est proche de la certitude de sa loyauté. La confiance comble le vide de connaissances quant à l'avenir : elle est, en quelque sorte, une présomption simple de bon déroulement des relations futures, et vaudra donc jusqu'à preuve contraire. Cette confiance ne saurait pourtant être absolue : « rien n'est constant dans ce monde que l'inconstance »⁷³. Nécessairement, une part de confiance manque, ou fluctue au gré des relations entretenues. Pour paraphraser François 1^{er}, « souvent, Homme varie, bien fol qui s'y fie » ; l'employeur ne saurait aveuglément se fier à un salarié récemment recruté. Il doit agir en tenant compte d'une part d'aléa, le privant du confort d'esprit que lui procurerait une confiance absolue en la pertinence de ses choix : la confiance est un pari. La dimension personnelle de la confiance apparaît donc insuffisante. Le sentiment de tranquillité qu'elle procure peut alors trouver une autre source que la personne du salarié : le contrat de travail.

Sécurité des stipulations contractuelles. – Né de la confiance, le contrat en devient lui-même un facteur : au manque de confiance subjective, placée en la personne du salarié, pourrait pallier la sécurité que sont susceptibles d'offrir les stipulations contractuelles. Le contrat acte de prévision trouve ici sa pleine expression⁷⁴ : il offre à l'employeur un moyen d'encadrer le comportement de son salarié et de lui conférer une certaine prévisibilité. Le contrat de travail se fait alors le vecteur des attentes de l'employeur, et lui permet d'en assurer le respect quand il n'ose se fier au salarié pour y parvenir. Les clauses ainsi insérées dans le contrat de travail font la loi des parties, et contraignent le salarié à respecter les obligations qui y sont édictées. L'expression de « loyauté contrainte » pour désigner l'effet de certaines clauses, empruntée à Ph. Waquet⁷⁵, semble redondante : le contrat n'est-il pas déjà un moyen d'imposer la fidélité à sa parole ? En réalité, certaines clauses permettent de renforcer cette fidélité ; au-delà du seul effet du contrat, une stipulation spécifique en accroît la rigueur. Les

⁷³ J. Swift, *Essai critique sur les facultés de l'esprit*, 1707-1711.

⁷⁴ H. Lécuyer, *Art. préc.*

⁷⁵ Ph. Waquet, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.*, 1996, p.1430.

clauses permettent ainsi de s'assurer de l'honnêteté d'un salarié qui a déjà donné sa parole : la confiance règne, dira-t-on... L'employeur peut donc trouver, dans le contrat, le sentiment de sécurité que lui confèrerait une confiance accrue en la personne de son salarié : comme le constate A. Chirez, sécurité et confiance sont liées, « *la sécurité est l'aspect statique de la confiance* »⁷⁶. La sécurité est un moyen de fixer la confiance, en limitant le risque inhérent à l'abandon qu'elle constitue. Si le recrutement est un pari, le contrat offre au joueur un moyen de limiter l'aléa.

Pour autant, cette attitude n'est pas nécessairement critiquable. Comme le rappelle le professeur Teyssié, l'employeur a « *charge d'emplois* »⁷⁷ et doit veiller à la bonne marche de l'entreprise pour les préserver. Il est donc logique qu'il sécurise l'avenir, le sien comme celui de ses employés, à travers ces clauses. Le « *florilège contrôlé* »⁷⁸ évoqué par A. Mazeaud est éloquent : « *florilège* » d'abord, la diversité des clauses est remarquable, si bien que notre étude ne pourra les embrasser toutes. « *Contrôlé* » ensuite, référence est faite à l'encadrement légal et à l'examen exercé par la Cour de cassation sur la validité de ces clauses : contrat d'adhésion, le contrat de travail est principalement le lieu de manifestation du pouvoir supérieur de négociation de l'employeur⁷⁹.

2- Diversité des clauses

Le constat dressé par G. Loiseau doit être remarqué : « *le contrat de travail est un vaste champ de clauses dont il est inutile de souligner qu'elles servent, pour la plupart, les intérêts de l'employeur* »⁸⁰. Au sein de ce vaste champ, il a semblé nécessaire de n'en retenir qu'un nombre limité, les plus illustratives du renfort apporté à la confiance. Les clauses améliorant la situation de l'employeur seront au centre de notre étude, même si nous verrons que le salarié peut également protéger ainsi la pérennité de son contrat de travail.

Protection de l'employeur. – Une fois lié par un contrat de travail, l'employeur ne peut aisément se délier : la réglementation portant sur le licenciement encadre le droit de résiliation unilatérale de l'employeur. Il est par conséquent engagé à mener une relation de long terme,

⁷⁶ A.Chirez, *Op. cit.*, pp.20 et s.

⁷⁷ B. Teyssié, *Art. préc.*, n°4.

⁷⁸ A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, 6^e édition, n°414.

⁷⁹ A. Mazeaud, *Op. cit.*, n°101 : « ...le contenu du contrat est le plus souvent imposé au salarié, déjà bien content de trouver un emploi ».

⁸⁰ G. Loiseau, « La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », *JCP S* 2009 1013.

particulièrement lorsqu'il conclut un contrat de travail à durée indéterminée. Son intérêt l'incite donc, lors de la naissance de cette relation, à encadrer au mieux les rapports futurs qui le lieront à son salarié, au-delà du seul effet automatique du contrat.

L'illustration de cette volonté peut être trouvée dans la stipulation de clauses de confidentialité, ayant pour objet la discrétion du salarié. La dénomination dévoile à elle seule ses rapports avec la confiance : l'employeur révèle à son salarié des secrets, des informations propres à l'entreprise qui ont pour elle une valeur et ne doivent pas être divulguées. Il est logique que le salarié ne puisse contrevenir à cette exigence qui pèse sur lui en application du droit commun⁸¹. Néanmoins, certains employeurs n'hésitent pas à insérer dans le contrat une clause réitérant cette obligation : loin d'être redondante, elle permet alors de s'assurer de la compréhension de ces obligations tout en précisant clairement la portée de ce devoir « *afin de réduire l'aléa judiciaire* »⁸². Ces clauses garantissent à l'employeur une confiance accrue quant au comportement du salarié : si elles ne changent ni la nature ni la portée de l'obligation, elles en renforcent incontestablement l'efficacité, puisque, comme le constate Ph. Waquet, « *ce qui va sans dire va encore mieux en le disant* »⁸³.

Dépassant le simple renouvellement d'une obligation inhérente au contrat de travail, les clauses ont également, et principalement, un rôle créateur : elles permettent de mettre à la charge du salarié des obligations nouvelles, sources de confiance quant à la pérennité de la relation pour l'employeur. L'énonciation peut paraître paradoxale : pourquoi l'employeur, dont on sait qu'il dispose, en période de sous-emploi, d'une réserve de main d'œuvre disponible, aurait-il besoin de s'assurer la fidélité de ses salariés ? La réponse est simple : le marché du travail n'est pas un marché homogène, et l'employeur a tout intérêt à rechercher la stabilité des relations qu'il entretient avec des salariés lui ayant donné satisfaction, ou qu'il initie avec des salariés qualifiés. À cette fin, l'utilité des clauses de non-concurrence doit être soulignée : elles portent une interdiction pour le salarié d'exercer certaines activités susceptibles de concurrencer l'employeur une fois son contrat de travail rompu. Ces clauses ont donc vocation à s'appliquer au moment de la rupture, et à ce moment-là exclusivement : elles conféreront une certaine confiance dans la loyauté de l'ancien salarié qui, à défaut d'être spontanée, sera contrainte. Il ne commettra pas la « trahison » d'aller offrir ses services à un concurrent, qui bénéficierait de surcroît de l'expérience gagnée chez son précédent employeur. Cette dimension de la confiance offerte par les clauses de non-concurrence ne doit

⁸¹ Soc., 28 juin 1972, *Dr. soc.* 1973.305, obs. J. Savatier.

⁸² P.-H. Antonmattei, *Les clauses du contrat de travail*, éd. Liaisons, 2005.

⁸³ Ph. Waquet, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.*, 1996, p.1430.

pas dissimuler un autre intérêt qu'elles présentent : si l'on ignore certains détournements⁸⁴, elles sont un moyen efficace de fidélisation des employés, en ce qu'elles le dissuadent de quitter l'entreprise⁸⁵. La fidélité du personnel, l'étymologie en témoigne, entretient des rapports étroits avec la confiance. Dans cette perspective, le professeur Chirez explique que « *le vécu quotidien des rapports du chef d'entreprise avec ses employés postule la confiance tout autant qu'il la détermine* »⁸⁶.

Avant que le régime ne soit fixé en jurisprudence⁸⁷, le recours à ces clauses était discuté : le salarié renonce à une liberté, il consent à une atteinte au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle⁸⁸. Afin d'en apprécier la validité, le professeur Camerlynck proposait certains critères, parmi lesquels « *un élément capital* »⁸⁹, tenant au fait que l'entreprise a ou non apporté au salarié sa formation technique et ses connaissances. Ainsi, un lien particulier existerait entre l'employeur et le salarié dans une telle circonstance, justifiant qu'il ne soit pas fait concurrence au premier d'entre eux. Il apparaissait plus légitime d'exiger la loyauté d'un salarié qui devait sa formation à l'employeur. Le salarié pourrait être assimilé à un investissement pour l'employeur qui a supporté le coût et le temps nécessaire à sa formation, donc à la valorisation de sa force de travail. Si l'employeur réalise un tel investissement, c'est qu'il entend en bénéficier : le retour attendu est la prestation de travail rendu par le salarié une fois celui-ci formé. Par un engagement favorisant la fidélité du salarié, l'employeur s'assure de bénéficier des services du travailleur qu'il a contribué à former, ou à tout le moins peut être confiant quant au fait qu'un concurrent ne profitera pas de ses capacités. Ce raisonnement n'est pas directement transposé en droit positif, mais peut être observé lorsque sont concernées les clauses de dédit-formation.

Lorsque l'employeur souscrit des engagements spécifiques de formation d'un salarié, il peut exiger la conclusion d'une clause de dédit-formation. Cette clause oblige le salarié ayant bénéficié d'une formation à rembourser à l'entreprise les frais engagés pour cette formation s'il la quitte avant l'expiration d'un certain délai. Incontestablement, ces clauses ont pour objet de fidéliser le salarié⁹⁰. Même si la Cour de cassation exige pour leur validité

⁸⁴ F. Gaudu, « Fidélité et rupture », *Dr. Soc.* 1991.419.

⁸⁵ A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, 2005, n°533 ; F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, 2^e édition, n°363.

⁸⁶ A. Chirez, *Op. cit.*, p.234.

⁸⁷ Soc., 10 juillet 2002, *RJS* 2002, n°1119, Dr. soc. 2002.954, obs. R. Vatinet.

⁸⁸ A. Mazeaud, « Droit du travail et bicentenaire du Code civil : autour des articles 1134 et 9 du Code civil, ou, du contrat à la personne », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.589, n°23.

⁸⁹ G.H. Camerlynck, *Traité de droit du travail – Contrat de travail*, Dalloz, 1968, n°120.

⁹⁰ F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, 2^e édition, n°362.

qu'elles n'aient pas pour effet de priver les salariés de la faculté de démissionner⁹¹, les sommes dues auront presque systématiquement un effet dissuasif pour le salarié. Il se trouve ainsi « contraint » de collaborer avec l'employeur auquel il doit une partie de sa compétence. La validité de ces clauses est heureuse, puisque les employeurs seraient en leur absence réticents à l'idée de former des salariés susceptibles de rejoindre à tout moment un concurrent intéressé par leur surcroît de formation. Ces clauses servent donc principalement à donner confiance à l'employeur quant au retour sur investissement dont il espère profiter. Fort de cette confiance, il peut sereinement exposer les dépenses de formation, puisqu'il sait qu'elles lui seront restituées s'il ne peut en bénéficier. Ces clauses lui confèrent la sécurité donc on sait qu'elle est l'un des aspects de la confiance, elle est la confiance dépourvue de risque. Une nouvelle fois, l'employeur apparaît peu enclin à se lancer dans un pari, ou cherche à en limiter les conséquences.

L'effet des clauses relativement à la confiance de l'employeur apparaît donc avec évidence : elles ont pour but de renforcer le sentiment de sécurité qu'il peut nourrir quant à la relation qu'il entretient avec son personnel. Ne sachant pas comment ils agiront, il sait néanmoins à quoi ils sont tenus, et substitue l'autorité juridique des clauses à l'autorité morale que la loyauté est susceptible de faire peser sur ses salariés.

Protection du salarié. – « *À la stabilité le salarié, fréquemment, aspire* »⁹². La conclusion d'un contrat de travail est en elle-même signe d'une certaine stabilité de la relation envisagée. Un corps de règles limite en effet la faculté de rupture de l'employeur, ce qui justifie, nous l'avons vu, que l'employeur ne prenne pas hâtivement la décision d'embaucher. Le renfort d'une période d'essai est d'ailleurs une précaution supplémentaire lui permettant de se lier en connaissance de cause. Ainsi, indépendamment de toute stipulation contractuelle, pèse sur l'employeur une « *obligation de stabilité* »⁹³. Cela peut ne pas suffire pour convaincre de la pérennité de la relation ; une nouvelle fois, dépassant le droit commun du contrat de travail, des stipulations spécifiques peuvent donner confiance au salarié en la stabilité de son emploi.

La principale source de cette confiance du salarié en la pérennité de son emploi, et, par conséquent, de ses revenus, est la clause de garantie d'emploi⁹⁴. L'objet de cette clause est de limiter pour une période donnée le droit de l'employeur de résilier unilatéralement le contrat à

⁹¹ Soc., 21 mai 2002, *Dr. soc.* 2002.902, obs. J. Savatier.

⁹² B. Teyssié, préface, in A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, 2005, p.XIII.

⁹³ A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, 2005, n°176.

⁹⁴ X. Vincent, « La théorie prétorienne des périodes de garantie d'emploi, après dix ans de jurisprudence », *RJS* 2/09, p.91.

durée indéterminée qui le lie à un salarié. La licéité de cette clause a été affirmée par la jurisprudence, « *dès lors qu'elle ne rend pas impossible la rupture du contrat* »⁹⁵. Si le salarié ne commet aucune faute, cette clause doit recevoir application. Il pourra ainsi retirer du contrat une forme de confiance que ne lui confère pas le droit commun du licenciement, grâce à une très nette réduction du droit de rompre le contrat appartenant à l'employeur. Le contrat se fait ici instrument de la confiance du salarié, mais trouve toutefois une limite notable : celle de la faute grave justifiant la rupture du contrat. Sans trop dévoiler les développements ultérieurs, il faut noter que la perte de confiance de l'employeur ne suffit pas à établir l'existence d'une faute du salarié. À l'inverse, on peut supposer que si le salarié a commis une faute grave permettant son licenciement, l'employeur n'a plus confiance en lui ; on ne voit guère pour quelle raison il chercherait à obtenir son licenciement s'il avait encore confiance en lui. On peut donc considérer que la limite qui conduira à écarter cette obligation de maintien de l'emploi du salarié peut être trouvée dans le comportement de celui-ci, dès lors que par celui-ci il fait subir à la confiance de son employeur une atteinte trop importante.

Lorsque l'employeur consent à un tel engagement, le déposédant partiellement de son pouvoir de rupture du contrat, c'est dans la perspective d'une relation qu'il espère durable et bénéfique pour chacune des parties. Il ne trouve pas d'inconvénient à se lier à l'égard d'un salarié dans lequel il place sa confiance. Parfois même, l'engagement de garantie d'emploi est concédé en contrepartie d'un engagement réciproque de fidélité à l'entreprise consenti par le salarié⁹⁶. Les parties se promettent donc une fidélité mutuelle renforcée, le contrat de travail en lui-même n'y suffisant visiblement pas. La réserve de la faute grave joue alors le rôle essentiel de variable d'ajustement de la rupture dans une telle situation. Une telle fidélité ne peut se comprendre qu'entre deux parties que lie une confiance réciproque. Dès lors que celle-ci viendrait à manquer, la rupture pourrait se comprendre. Néanmoins, la perte de confiance étant insuffisante, le seuil est atteint par la caractérisation de la faute grave du salarié. Ainsi, la clause de garantie d'emploi exclut la rupture du contrat de travail pour des motifs échappant au comportement du salarié, mais dès lors que celui-ci se montre suffisamment indigne de la confiance placée en lui, l'employeur recouvre sa faculté de rompre la relation. Le comportement fautif qui justifie la rupture, et qui la motive, est nécessairement de nature à faire perdre la confiance que l'employeur avait accordée. S'il avait prêté un tel comportement au salarié lors de la phase précontractuelle, l'employeur n'aurait sans doute pas conclu le contrat, ni *a fortiori* souscrit un engagement de garantie d'emploi. Il ne pouvait pas le savoir,

⁹⁵ Soc., 16 mai 1990, *RJS* 1990, n°547.

⁹⁶ J. Savatier, « Les garanties contractuelles de stabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 1991.413.

et a seulement fait confiance, acte d'abandon : cette confiance avait pour limite la faute grave, qui vient alors faire échec à l'engagement de stabilité.

La confiance, fondement d'une sanction spécifique. – Définie comme la « *perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice, encourue à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, d'incurie, etc.* »⁹⁷, la déchéance peut servir l'analyse de la sanction de la faute du salarié. Dans cette perspective, la thèse de F. Luxembourg est éclairante : l'auteur propose d'analyser la déchéance comme la sanction du non-respect d'une « *incombance* »⁹⁸, expression empruntée au droit étranger désignant « *une exigence de diligence ou de probité imposée pour conserver le bénéfice d'un droit, dont le seul non respect – bien que ne pouvant faire l'objet ni d'une exécution forcée ni d'une action en réparation – est toutefois juridiquement sanctionné* »⁹⁹. Cette catégorie recoupe deux types de faits générateurs, parmi lesquels le manque « *d'honnêteté, de bonne foi, de loyauté, [...] de probité* »¹⁰⁰ d'un individu. Le recoupement avec la logique applicable à la clause de garantie d'emploi est alors évident. Lorsqu'il commet une faute écartant le bénéfice de la clause, le salarié s'est montré indigne de la confiance que l'employeur avait placée en lui : la probité qui lui fait alors défaut le prive du droit à la stabilité qui lui avait été conféré. Le fait générateur proposé pour cette sanction, le manquement à la probité, appelle une conclusion : si le salarié est déchu, c'est qu'il s'est montré indigne de la confiance qu'avait placée en lui l'employeur, et doit donc perdre le droit dont il bénéficiait en raison de cette confiance. Il est par conséquent possible de considérer que pesait sur le salarié une « *incombance* », celle de se montrer loyal, de ne pas trahir la confiance dont il bénéficiait, raisonnement qui permet de reconnaître une certaine effectivité à la confiance de l'employeur. La confiance, et son non respect, sont le fondement d'une sanction particulière, qui a pour intérêt de laisser subsister le reste du contrat, puisque seule la clause de garantie d'emploi est affectée. Déchu du traitement de faveur qui lui était accordé, le salarié se retrouve soumis au droit commun, et le contrat pourra être rompu à l'initiative de l'employeur. L'intérêt de cette analyse est de reconnaître un certain effet à la confiance, ou plutôt une protection particulière en sanctionnant directement le manque de probité. La déchéance replace la confiance au centre des réflexions en cette

⁹⁷ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique H. Capitant*, 7^e éd., PUF, coll. Quadrige, V^o Déchéance.

⁹⁸ F. Luxembourg, *La déchéance des droits – Contribution à l'étude des sanctions civiles*, éd. Panthéon Assas, 2007, n^o83.

⁹⁹ F. Luxembourg, *op. cit.*, n^o256.

¹⁰⁰ F. Luxembourg, *op. cit.*, n^o83.

matière, et commande un régime particulier de sanction : cela ne semble, au regard des développements précédents, que lui reconnaître la place qui lui revient.

La confiance irradie tout le processus de formation du contrat de travail entre des parties liées pour l'avenir. Une fois la convention conclue, la confiance obtenue et encadrée par les stipulations contractuelles ne disparaît pas. Ses manifestations dépassent la seule initiation de la relation, et trouvent à jouer lors de l'exécution.

§2- Exécution du contrat de travail

« *Le droit positif s'emploie à préserver la relation de confiance nécessaire à la pérennité du contrat de travail* »¹⁰¹. La confiance que place chacune des parties en l'autre est un acte de foi, d'espérance ferme de la loyauté et de la bonne foi de son cocontractant. Cette loyauté est exigée de chacune des parties en sa seule qualité de contractant ; c'est sur cette loyauté de l'autre partie que porte la confiance de chacun des contractants. Selon les mots d'A. Chirez et J. Labignette, « *la confiance, c'est la croyance en la bonne foi de l'autre* »¹⁰². Protection de la confiance placée et exigence de bonne foi sont donc intimement liées.

Or, selon une classification proposée par L. Aynès¹⁰³, la relation qui unit l'employeur et le salarié fait partie de « *la catégorie des relations de confiance dans laquelle la bonne foi contractuelle et ses différents prolongements revêtent la plus forte intensité* »¹⁰⁴. Il faut donc considérer que la bonne foi joue un rôle d'une importance particulière au sein de la relation de travail. La protection de la confiance mutuelle conduit à encadrer les prérogatives de l'employeur dans l'intérêt du salarié (A) en même temps qu'elle établit des normes de comportement pour ce dernier (B).

A- Confiance et protection du salarié

Au stade de l'exécution du contrat de travail, la confiance du salarié est tout aussi importante que l'est celle de l'employeur : les deux sont associés dans la relation de travail et doivent collaborer à sa pérennité. Le contrat de travail permet à cette fin un encadrement des

¹⁰¹ F. Vasseur-Lambry, *art. préc.*, LPA 2000, p.4.

¹⁰² A. Chirez et J. Labignette, « La place du doute dans le contentieux de la relation de travail », *Dr.soc.* 1997.669.

¹⁰³ L. Aynès, « L'obligation de loyauté », *Arch. Phil. Dr.*, 2001, p.195.

¹⁰⁴ Ch. Vigneau, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 2004.706.

pouvoirs de l'employeur favorable au salarié (1), auquel s'ajoutent les incidences de l'obligation de loyauté pesant sur les parties (2).

1- L'encadrement des pouvoirs de l'employeur

« Il faut une [...] touche d'inconscience pour s'aventurer sur un sujet aussi fuyant que celui du pouvoir du chef d'entreprise dans ses rapports avec le contrat »¹⁰⁵. Faisant écho aux propos du professeur Hauser, la question sera ici abordée avec prudence, dans l'unique dessein de déceler l'esprit de confiance qui doit régner entre les parties. Des manifestations peuvent être trouvées à travers les limitations contractuelles qui sont posées au pouvoir de l'employeur (a), ainsi que dans le contrôle jurisprudentiel exercé (b).

a- Encadrement contractuel

Interrogations sur le fondement contractuel des pouvoirs de l'employeur. – L'employeur dispose, au sein de l'entreprise, de certains pouvoirs, que l'on présente parfois selon la trilogie pouvoir de direction, pouvoir normatif et pouvoir disciplinaire¹⁰⁶. Il peut ainsi, c'est un fait, donner des ordres à ses employés, édicter des règles qui leur seront applicables et prononcer des sanctions en cas d'inobservation de ses consignes. L'origine de ces pouvoirs fait depuis longtemps l'objet d'une opposition entre partisans de la thèse institutionnelle¹⁰⁷ et tenants de la thèse contractuelle. Les premiers d'entre eux voient dans l'entreprise en tant qu'institution la source des pouvoirs de l'employeur, dont l'exercice serait indépendant du contrat de travail. Il existerait entre pouvoir et contrat une opposition de nature ; le contrat est le fruit de la rencontre de volontés, le pouvoir est au contraire la faculté d'imposer sa volonté à autrui. Au rapport contractuel viendrait s'ajouter, au sein de la relation de travail, un rapport de pouvoir : « certains aspect significatifs des relations entre salariés et employeurs sont irréductibles au modèle contractuel »¹⁰⁸. Selon cette approche, les pouvoirs de l'employeur échappent donc au contrat de travail, et leur étude serait ici sans objet. Selon la thèse contractuelle au contraire, le pouvoir de l'employeur lui est conféré par le contrat de travail : c'est par le contrat que le salarié se soumet au pouvoir de l'employeur. Il est vrai qu'en

¹⁰⁵ J. Hauser, « Pouvoir et contrat de travail », in *Le pouvoir du chef d'entreprise* (dir. J. Pélissier), Dalloz, 2002.

¹⁰⁶ F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, *Op. cit.*, n°177.

¹⁰⁷ P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.

¹⁰⁸ G. Couturier, *Traité de droit du travail, II. Les relations collectives de travail*, Paris, PUF, 2001, n°7.

l'absence de contrat de travail, l'employeur n'a aucun pouvoir. Le contrat permet donc la soumission du salarié aux prérogatives de l'employeur. L'expression employée par le professeur Radé est éloquente : « *le contrat de travail s'apparente en effet à un contrat-cadre dans lequel les parties fixent l'essentiel des éléments de leur relation et confient à l'employeur le soin de mettre en œuvre la relation au quotidien, dans le cadre de son pouvoir de direction* »¹⁰⁹. Le contrat de travail serait donc l'acte par lequel l'employeur se voit remettre le pouvoir ; l'analyse est convaincante en ce qu'elle situe le fait du pouvoir dans l'entreprise dans une perspective, celle de l'organisation de la relation. La mise en œuvre de la relation est « *confiée* » à l'employeur, qui se voit donc attribuer une charge, une responsabilité qui émane du commun accord des parties au contrat de travail. Toute dimension contractuelle ne saurait alors être exclue d'une réflexion portant sur les pouvoirs de l'employeur : « *incertains et disputés, les confins du contrat de travail et des pouvoirs patronaux constituent une zone stratégique de l'ordonnement des relations de travail* »¹¹⁰. Seule une dimension de cet ordonnancement sera ici évoquée, celle de la confiance.

Le rôle du contrat. – Lorsque le salarié conclut un contrat de travail, il accepte d'être subordonné à l'employeur, aucune négociation n'étant possible quant aux pouvoirs¹¹¹. Le pouvoir du chef d'entreprise est alors étendu : le professeur Hauser le présente comme une « *potestas* », l'employeur ayant le pouvoir de tirer du contenu du contrat des prérogatives, mais également d'en modeler le contenu¹¹². Pourtant, le salarié ne consent pas à subir un traitement arbitraire ; le pouvoir qui est reconnu est un pouvoir finalisé, il doit être exercé dans l'intérêt de l'entreprise. Si le salarié s'y soumet, c'est qu'il fait confiance à l'employeur pour l'utiliser à bon escient : « *seule la façon bonne ou mauvaise dont le pouvoir s'exerce lui sert de titre de légitimité* »¹¹³. Finalité de la confiance de l'employeur et finalité des pouvoirs qui lui sont accordés se rejoignent dans une perspective visant à en limiter les effets de chacun : les pouvoirs doivent être cantonnés, tout comme la confiance pertinente à l'égard de la relation de travail doit seule être prise en compte. Cette confiance ne saurait néanmoins être aveugle. Elle a pour renfort le contrat lui-même, auquel s'ajoute le contrôle jurisprudentiel.

¹⁰⁹ Ch. Radé, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.*, 2001.802.

¹¹⁰ A. Jemmaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, « L'ordonnement des relations du travail », *D.*1998 chr. 359.

¹¹¹ P.-Y. Verkindt, « Le contrat de travail – Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003.

¹¹² J. Hauser, *Art. préc.*.

¹¹³ G. Lyon-Caen, « Le pouvoir dans l'entreprise », in *Le pouvoir du chef d'entreprise* (dir. J. Pélissier), Dalloz, 2002.

La protection du salarié face au pouvoir de l'employeur, tout autant que la confiance qu'il peut avoir dans son exercice, émane en premier lieu du contrat de travail. Bien que ces prérogatives échappent à la négociation, les mots d'A. Supiot révèlent l'importance première de la convention qui lie les deux parties : « *le pouvoir patronal est d'autant plus grand que cette marge d'indétermination des obligations du salarié est grande* »¹¹⁴. La détermination précise des obligations du salarié réduit donc le pouvoir de l'employeur à la part qui est demeurée ignorée des stipulations contractuelles, mais n'échappe pas pour autant au champ du contrat. Il faut à cet égard noter que par principe, le contrat de travail de droit commun, à durée indéterminée et à temps complet, est un contrat consensuel dont la forme est libre¹¹⁵. Par conséquent, aucun écrit n'est nécessaire à sa formation, l'accord de volontés étant à lui seul suffisant. La détermination précise des obligations du salarié repose pourtant sur leur preuve : de cela se déduit l'utilité de préconstituer une preuve du *negotium*. Pour un auteur, l'écrit est un « *facteur de sécurité pour le salarié, l'engagement verbal étant considéré comme trop entaché d'incertitude sur l'étendue des obligations respectives des parties, sinon profitant trop au pouvoir de l'employeur* »¹¹⁶. S'il n'est pas nécessaire de recourir à l'écrit pour nouer une relation de travail, la directive 91/533/CE du 14 octobre 1991 prévoit tout de même l'obligation de transmettre au salarié par écrit un certain nombre d'informations relatives aux conditions essentielles du contrat de travail. La transposition, à l'heure actuelle jugée insuffisante, devrait être améliorée, comme incite d'ailleurs à le faire l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail. L'intérêt de la rédaction d'un contrat ne saurait être négligé, d'autant plus que les parties sont libres d'y recourir. En tant qu'acte de prévision, le contrat expose clairement ce à quoi le salarié est tenu, et fait ainsi échapper à la volonté de l'employeur un certain nombre de dispositions. Confiant dans les énonciations de l'acte, le salarié n'a pas à craindre l'usage que pourrait faire l'employeur de ses prérogatives. Cette crainte serait d'autant moins fondée que la jurisprudence participe au renfort des stipulations contractuelles au profit du salarié.

¹¹⁴ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Quadrige, p. 119.

¹¹⁵ Article L.1221-1 du Code du travail ; E. Dockès, *Op. cit.*, n°194.

¹¹⁶ M. Véricel, cité par Ch. Bessy, in *La contractualisation de la relation de travail*, LGDJ, Droit & société, p. 50 ; de même peut on lire sous la plume de P.-H. Antonmattei : « *l'écrit peut être indispensable à la mise en place de certaines obligations, permet une meilleure gestion de la modification, évite les litiges d'ordre probatoire et assure au salarié une meilleure connaissance de ses droits et obligations.* », in *Les clauses du contrat de travail*, éd. Liaisons, 2005.

b- Renfort jurisprudentiel

La fragilité initiale du contrat. – Avec la notion de « *potestas* », J. Hauser évoquait le pouvoir de modeler le contenu du contrat dont disposerait l'employeur. L'affirmation peut paraître paradoxale après avoir vanté les mérites des stipulations contractuelles pour réduire le champ du pouvoir de l'employeur. L'intérêt d'établir un contrat par écrit se trouve en effet fortement amoindri si l'employeur peut à sa guise en modeler le contenu. De plus, la confiance que peut placer le salarié en l'acte n'a alors pas lieu d'être, si bien qu'il ne peut plus compter que sur la bienveillance de l'employeur lorsqu'il exerce ses prérogatives. Conférer à l'une des parties un tel pouvoir unilatéral peut paraître absurde : le contrat est un accord de volonté, et n'existe que dans la mesure où les parties sont parvenues à un accord. Il serait étrange qu'une fois celui-ci conclu, l'une des deux parties puisse faire fi du résultat de la négociation pour y substituer sa seule volonté. C'est pourtant une solution assez proche de cette description qui, un temps, était appliquée en jurisprudence, avant que ne soit opéré un renfort du contrat favorable au salarié.

Le pouvoir de refus du salarié. – Ce renfort a d'abord été opéré par l'arrêt *Raquin* rendu le 8 octobre 1987 par la Chambre sociale de la Cour de cassation¹¹⁷. Avant cette décision, la jurisprudence admettait de déduire une acceptation tacite du salarié dès lors que celui-ci poursuivait l'exécution de son contrat de travail après que lui avait été faite une proposition de changement important des conditions de travail. L'employeur peut légitimement vouloir changer les termes du contrat, et il est utile que la volonté puisse défaire ce qu'elle a fait. À cette fin, l'employeur va proposer un changement des conditions de travail, qui peuvent radicalement différer de celles qui étaient prévues initialement. Souhaitant éviter le conflit, voire de perdre son emploi, les salariés peuvent « *courber prudemment l'échine* »¹¹⁸. La confiance unissant les parties n'avait donc qu'une incidence limitée, comme le révèlent les propos de G. H. Camerlynck : « *étant donné la nature des rapports de travail et le climat de confiance dans lequel ils se situent, un devoir de correction impose à l'employeur qui entend apporter à la convention en cours une modification [...] d'en informer préalablement[le salarié] et de lui laisser éventuellement le délai nécessaire de réflexion* »¹¹⁹. Le contrat pouvait donc aisément être modifié par l'employeur, au gré des besoins de l'entreprise, au

¹¹⁷ Soc., 8 octobre 1987, Bull. civ. V n°541.

¹¹⁸ E. Dockès, *Op. cit.*, n°84.

¹¹⁹ G.H. Camerlynck, *Traité de droit du travail – Contrat de travail*, Dalloz, 1968, n°103.

détriment parfois des intérêts du salarié. La confiance que pouvait alors placer le salarié dans les conditions de son contrat était à tout le moins fragile, tant le « *contrat n'était en pratique qu'un chiffon de papier* »¹²⁰. Le revirement opéré en 1987 a pour intérêt de renforcer le contrat et, logiquement, la confiance qu'il peut offrir au salarié : l'acceptation de la modification du contrat de travail ne peut plus résulter du silence du salarié et doit provenir d'une affirmation expresse de sa part. Le silence du salarié qui exécuterait le contrat aux nouvelles conditions lui permet, plusieurs années plus tard, d'invoquer les dispositions du contrat initial et d'en obtenir le bénéfice. Reste que l'absence de consentement exprès d'un salarié fait toujours craindre un licenciement, seule la modification effective du contrat est devenue plus complexe pour l'employeur. Le salarié, doté d'un « *formidable pouvoir conservateur* »¹²¹, peut protéger les dispositions contractuelles qui lui sont favorables. Si le salarié s'est ainsi vu reconnaître un droit de s'opposer aux modifications de son contrat, encore faut-il déterminer ce qu'inclut ce domaine échappant au pouvoir unilatéral de l'employeur.

L'objet du pouvoir de refus du salarié. – À cet égard, la confiance que peut placer le salarié dans le contrat de travail a été renforcée par les arrêts rendus le 10 juillet 1996 par cette même formation¹²². La jurisprudence relative aux modifications du contrat initiées par l'employeur opérait une distinction entre modifications substantielles et modifications non substantielles du contrat de travail, les premières reposant sur le consentement du salarié pour être mises en œuvre, les secondes relevant du pouvoir de l'employeur. Selon cette jurisprudence, une part du contrat était soumise au seul pouvoir de l'employeur, privant de ce fait le salarié de toute stabilité concernant ces dispositions, et partant, de toute confiance à l'égard de certaines dispositions contractuelles. L'appréciation entre modifications substantielles et non substantielles se faisait grâce à une analyse sinon personnalisée de la situation des parties, et de leurs intentions initiales¹²³. Selon l'importance qui pouvait être accordée à certaines stipulations, la volonté unilatérale de l'employeur pouvait défaire ce que la volonté commune avait fait. Selon le conseiller Ph. Waquet, la terminologie utilisée avait en fait été détournée de son sens, et il aurait été préférable d'entendre par modifications non substantielles celles qui ne portaient pas atteinte à la « *substance même du contrat, autrement dit de ce qui*

¹²⁰ E. Dockès, *Op. cit.*, n°84.

¹²¹ Ch. Radé, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.*, 2001.802.

¹²² Soc., 10 juillet 1996, Bull. civ. V, n°278.

¹²³ F. Gaudu et R. Vatinet, *Op. cit.*, n°366.

constitue son armature, son économie, son équilibre interne »¹²⁴. La distinction élaborée en 1996 a le mérite de rétablir une certaine clarté, en restaurant la force obligatoire : s'opposent désormais modifications du contrat et changement des conditions de travail, les secondes seulement relevant du pouvoir de l'employeur. Est en quelque sorte affirmée l'existence d'un « *sanctuaire contractuel* » au sein duquel le salarié peut être confiant, protégé de toute volonté unilatérale de l'employeur. Pour les tenants de la thèse contractuelle¹²⁵, cette jurisprudence porte la supériorité du contrat sur le pouvoir de l'employeur, qui ne peut aller à l'encontre de l'acte juridique dont il émane. Le contrat offre alors une certaine sécurité au salarié grâce à la prévisibilité de l'exécution du contrat de travail; sécurité, prévisibilité, les fondations de la confiance sont ainsi préservées.

2- L'obligation de loyauté de l'employeur

En application des articles 1134 alinéa 3 du Code civil et L. 1222-1 du Code du travail, l'employeur est tenu à une obligation de bonne foi, entendue, selon le professeur Mouly, comme « *celle qui impose à chacune des parties des comportements propres à optimiser les avantages que l'autre espère légitimement tirer de la convention* »¹²⁶. En découlent un certain nombre de conséquences qui ne seront pas ici recensées¹²⁷; nous nous concentrerons plutôt sur l'une des manifestations les plus éclatantes de cette obligation comportementale, l'obligation d'adaptation du salarié (a), avant d'évoquer la loyauté dont doit faire preuve l'employeur dans l'exercice de son contrôle du salarié (b).

a- L'obligation d'adaptation du salarié

Le risque d'obsolescence des compétences. – Par le contrat, le salarié s'engage à fournir à l'employeur une prestation de travail, déterminée en fonction de ses compétences et expériences. Dans la situation idéale, l'emploi sera stable, et le salarié exercera ses talents au sein de l'entreprise pendant plusieurs années. Avec l'évolution technologique rapide qui caractérise aujourd'hui le marché en général et celui du travail en particulier, les aptitudes du salarié ont naturellement tendance à décroître, à tel point que des branches de métier

¹²⁴ Ph. Waquet, « Modification du contrat de travail et changement des conditions de travail », *RJS* 12/96, p. 791.

¹²⁵ E. Dockès, *Op. cit.*, n°87.

¹²⁶ J. Mouly, « Une nouvelle création prétorienne à la charge de l'employeur : l'obligation de protection juridique du salarié », *D.* 2007 p. 695.

¹²⁷ F. Gaudu et R. Vatinet, *Op. cit.*, n°184.

disparaissent parfois. Les compétences qui avaient alors justifié son recrutement sont susceptibles d'expliquer plus tard l'inutilité du salarié pour l'entreprise et, plus largement, son « *inemployabilité* » sur le marché du travail. Le néologisme employé est aisément compréhensible : les aptitudes du salarié constituent sa valeur, son principal pouvoir d'attrait et de négociation sur le marché du travail. Leur caducité rend difficile pour le salarié de trouver un nouvel emploi. Dans la situation décrite, le salarié est traité comme l'est une machine, avec une obsolescence programmée, et qu'il faudra remplacer afin de rester compétitif. Le trait est forcé, mais le problème est réel. Lorsque le salarié s'engage par un contrat de travail, il ne conclut pas un contrat de vente, il ne souhaite pas céder sa force de travail, pas plus qu'il n'entend conférer à l'employeur le droit d'en disposer. Souhaitant généralement une relation stable, il fait confiance à l'employeur pour lui fournir du travail et lui payer un salaire s'il exécute correctement ses obligations. Si ces présupposés sont respectés, rien ne semble faire obstacle à la pérennité de la relation. Il paraît injuste que celle-ci soit rompue au prétexte que le salarié est devenu inadapté au marché du travail, lorsque cette inadaptation est apparue alors qu'il offrait ses services à l'entreprise. En charge de la pérennité de la relation, l'employeur aurait dû prévoir ses besoins futurs, afin d'adapter le salarié aux exigences prévisibles du marché, et de préserver son « *employabilité* ».

La création prétorienne. – Le problème est délicat : il serait illégitime de contraindre l'employeur à conserver un salarié dont les compétences sont totalement inadaptées. Pour autant, le recours au licenciement n'est guère acceptable dans une telle situation. C'est pourquoi l'arrêt *Expovit* rendu en 1992 par la Chambre sociale de la Cour de cassation¹²⁸ a mis à la charge de l'employeur, « *tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail* », une obligation d'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois. La référence à la bonne foi est expresse, ce qui ne laisse aucun doute sur le fondement de cette obligation ; cette obligation pèse sur l'employeur en vertu du contrat, bien qu'elle n'y soit pas mentionnée. Il est légitime que le salarié attende de la part de son employeur un tel comportement qui n'est que le moyen de permettre la pérennité de la relation. Tenu de fournir du travail à son employé, le chef d'entreprise agirait de mauvaise foi s'il ne mettait pas des moyens raisonnables en œuvre afin de s'assurer que la relation pourra être durable, et tromperait donc la confiance qu'a placée en lui le salarié pour user au mieux des compétences qu'il met à sa disposition. Cette manifestation éclatante de l'incidence de la bonne foi à l'égard de

¹²⁸ Soc., 25 février 1992, Bull. civ. V, n°122 ; *JCP E* 1992, I, 162, n°8, obs. D. Gatamel ; *D.* 1992, p. 390, note M. Défossez.

l'employeur a depuis été légalisée et est aujourd'hui énoncée par l'article L.6321-1 du Code du travail¹²⁹. Fondement d'une telle obligation, la bonne foi contractuelle en explique aussi la limite : l'employeur est seulement tenu de veiller au maintien des compétences des salariés, et ne doit pas pour autant assurer un accroissement de leur qualification¹³⁰. La protection de la confiance du salarié conduit à considérer qu'il doit être veillé à la pérennité de son « *employabilité* »¹³¹. Il est légitime qu'il attende de l'employeur qu'il ne l'emploie pas un temps pour ensuite le délaisser. L'employeur doit en quelque sorte veiller à ne pas éroder l'employabilité du salarié, afin que celui-ci puisse faire valoir, à la fin de sa relation, des compétences au moins équivalentes sur le marché du travail. Il serait en revanche illogique que le salarié compte sur son employeur pour permettre sa formation et l'amélioration de ses compétences. Cette conception est présente dans la loi, puisque l'article L.6321-1 ne prévoit, en son troisième alinéa, qu'une faculté de proposer des formations à cette fin. Liant tous deux leur avenir, salarié et employeur doivent donc veiller à la pérennité de la relation, et, confiance oblige, à ne pas nuire aux intérêts de l'autre. Cette exigence de préservation de la confiance mutuelle demeure, même lorsque s'imisce le doute.

b- Loyauté de la preuve

Confiance et doute. – Confiance n'est pas certitude, nous l'avons vu ; la confiance est nettement plus sensible au doute, ce qui conduit un auteur à évoquer un « *pari* »¹³² lorsqu'une relation de confiance est envisagée. Quelle que soit la probité dont a pu faire preuve le salarié, il est toujours possible pour l'employeur de douter de la pérennité de ce comportement. L'employeur peut même être tenté de procéder à des contrôles préventifs, simplement en vue d'éviter qu'insidieusement, le doute ne vienne compliquer les relations. Une confiance totale doit logiquement conduire à rendre inutile tout contrôle¹³³. Une telle confiance s'installe dans la durée, après que le salarié a fait la preuve de son honnêteté et de sa fidélité à l'employeur. Elle ne se place qu'en la personne, une stipulation contractuelle n'étant pas susceptible d'être utilement y suppléer. Cette relation entre l'employeur et son salarié provient « *tout autant*

¹²⁹ Les trois premiers alinéas énoncent : « L'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi au regard, notamment, de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations.

Il peut proposer des formations qui participent au développement des compétences, ainsi qu'à la lutte contre l'illettrisme. »

¹³⁰ Soc., 3 avril 2001.

¹³¹ Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat », *Dr. et patr.* mars 1998, p. 46.

¹³² J. Le Goff, *Op. cit.*, p.294.

¹³³ *Contra*, Lénine pour qui « la confiance n'exclut pas le contrôle ».

[...] d'une fréquentation habituelle que de la connaissance d'un comportement habituellement honnête »¹³⁴. Le salarié ancien semble mériter un traitement plus favorable que celui auquel ont droit les autres employés, en témoigne la jurisprudence de la Chambre sociale qui a par le passé apprécié le caractère blessant et humiliant du comportement d'un directeur au regard, notamment, de l'ancienneté de la victime de ces actes¹³⁵. Lorsque des liens anciens unissent un employeur à son salarié, « *la méfiance s'analyse alors comme un comportement déplacé* »¹³⁶. Ceci explique que la Cour de cassation n'ait pas retenu de faute grave à l'égard d'un salarié qui, n'ayant commis aucune indécatesse en vingt-sept années passées au service de l'entreprise, avait refusé de se soumettre à un contrôle décidé par l'employeur¹³⁷. *A contrario*, il semble que lorsque l'ancienneté ne justifie pas de tels égards, il incombe au salarié de se soumettre au contrôle de l'employeur, qui a le pouvoir de s'assurer qu'aucun comportement malhonnête n'a été commis.

Loyauté dans la recherche de preuve. – Titulaire d'un pouvoir de direction et de contrôle, l'employeur peut chercher à surveiller l'activité de ses salariés afin de contrôler l'exécution du contrat de travail, voire en vue de rechercher des comportements malhonnêtes. Sa liberté en ce domaine est néanmoins contenue par un certain nombre de règles restrictives qui, au nom de l'obligation de loyauté, encadrent la recherche de preuve. Il s'agit tout d'abord de l'article L. 2323-32 aux termes duquel « *le conseil d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés* ». Cette obligation de transparence de l'employeur a été étendue au profit des salariés dont l'activité va être soumise à contrôle par l'arrêt Néocel rendu par la Chambre sociale en 1991¹³⁸. Le principe énoncé est clair : « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles, à leur insu, constitue un mode de preuve illicite* ». Les salariés doivent donc être informés préalablement du mode de recueil des preuves qui va être mis en place au sein de l'entreprise¹³⁹. Une telle exigence eut se comprendre entre des parties que la confiance lie : le contrôle clandestin est un acte qui peut apparaître déloyal. « *L'exécution loyale des contrats*

¹³⁴ A. Chirez, *Op. cit.*, p. 239.

¹³⁵ Soc., 4 janvier 1968, *JCP G* 1969.II.15835, note J. Ghestin.

¹³⁶ A. Chirez, *Op. cit.*, p. 238.

¹³⁷ Soc., 21 novembre 1958, *Quest. Prud.* 1959, p. 214.

¹³⁸ Soc., 20 novembre 1991, *Dr. soc.* 1992, p. 28, rapp. Ph. Waquet ; D. 1992, p. 73, concl. Y Chauvy.

¹³⁹ B. Teyssié, « La preuve en droit du travail », in *La preuve* (dir. C. Puigelier), *Economica*, 2004, n° 9 ; B. Bossu, « Surveillance du salarié et loyauté de la preuve », *JCP S* 2008, 1396.

[...] ne saurait s'accommoder de procédés insidieux qui [...] brisent la confiance »¹⁴⁰. La mise en place de mesures de contrôle peut également être perçue comme un geste de défiance par les salariés concernés. La préférence de l'employeur irait logiquement à la mise en place d'un mode de surveillance clandestin : épargnant aux salariés l'affront de la découverte d'une confiance vacillante de leur employeur, le procédé offre de surcroît une meilleure efficacité pour apprécier les comportements. Pourtant, la jurisprudence n'admet pas cette solution, trop attentatoire à la loyauté qui doit régner entre les parties. Cette situation est bien résumée par Ch. Vigneau, qui constate que « le droit positif consacre un véritable devoir de transparence à la charge de l'employeur destiné à préserver la confiance nécessaire à la bonne exécution du contrat de travail »¹⁴¹. Il convient alors de distinguer ce que peut faire un employeur loyal de ce qu'il ne peut se permettre pour surveiller ses salariés.

La surveillance directe du salarié est la plus simple, qu'elle soit faite par l'employeur en personne ou par son délégué. Dans ce cas, il n'est nul besoin d'informer préalablement le salarié, puisqu'il peut logiquement s'attendre à un minimum de surveillance de son activité. Dès lors qu'il n'use pas d'un stratagème, un huissier peut également constater la faute disciplinaire d'un salarié¹⁴². En revanche, il n'est pas possible de recourir aux comptes-rendus de filature d'un détective privé ayant suivi un salarié à son insu¹⁴³, ni aux rapports dressés par une société de surveillance chargée de contrôler l'utilisation des distributeurs de boissons¹⁴⁴. La confiance qui règne entre les parties, ou qui devrait régner, laisse à penser que le comportement de chacun ne doit pas être surpris par son cocontractant. Le droit à la vie privée fait également en ce domaine la démonstration de son importance, puisqu'il vient également limiter les pouvoirs de l'employeur dans sa recherche d'indélicatesses commises par le salarié. Ainsi, le fameux arrêt *Nikon* rendu en 2001 par la Chambre sociale interdit à l'employeur d'accéder à la messagerie personnelle du salarié. La recherche de preuve ne saurait donc être attentatoire à la vie privée. Le droit à la vie privée entraîne également l'irrecevabilité d'une preuve constatée par une filature réalisée près du domicile du salarié¹⁴⁵. L'employeur qui cherche à prouver que sa confiance a été trahie ne peut donc pas, à cette fin, agir de manière déloyale, à peine d'irrecevabilité de la preuve ainsi obtenue.

Les conséquences de cette jurisprudence peuvent paraître étonnantes : un employeur qui constate les indélicatesses répétées d'un salarié à l'aide d'une surveillance clandestine ne

¹⁴⁰ Y. Chauvy, *concl. préc.*.

¹⁴¹ Ch. Vigneau, *art. préc.*.

¹⁴² Soc., 18 mars 2008.

¹⁴³ Soc., 22 mai 1995, *RTD civ.*, 1996, p. 197, n°6, obs. P.-Y. Gautier.

¹⁴⁴ Soc., 15 mai 2002, *RJS* 7/02, n°782.

¹⁴⁵ Soc., 26 novembre 2002, *Dr. soc.* 2003, p. 225, obs. J. Savatier.

peut en tirer argument pour justifier un licenciement. Il n'aurait en effet aucune preuve à présenter au Conseil de prud'hommes en cas de contestation du licenciement par le salarié. Pourtant, il ne fait aucun doute que la confiance a, entre l'employeur et le salarié disparu. Confronté à la malhonnêteté d'un salarié dont il ne peut faire état, l'employeur se trouve contraint de poursuivre la relation, alors même le comportement blâmable ayant conduit à cette situation ne lui est pas imputable – à tout le moins le premier d'entre eux. Semblable à la jurisprudence relative au dol, la solution applicable en matière de preuve conduit à ne pas avoir d'égard pour la confiance perdue. On comprend donc bien l'apparence de « *traquenard* »¹⁴⁶ qu'évoque le professeur Teyssié pour parler de ces solutions, tant l'employeur paraît piégé dans un contrat au sein duquel la confiance a disparu. Ce propos trouve d'autant plus de force que l'issue du licenciement pour perte de confiance a été fermée par les magistrats de la Cour de cassation, comme nous le verrons par la suite.

B- Confiance et protection de l'employeur

L'obligation d'adopter un comportement loyal à laquelle est astreint l'employeur pèse également sur le salarié, par sa seule qualité de contractant. Conscient de la loyauté de son salarié, l'employeur pourra plus facilement placer en lui sa confiance. Diverses obligations comportementales ont été déduites de ce devoir de loyauté, dont l'étude sera nécessairement plus brève que le propos tenu à l'égard de la protection du salarié. L'employeur dispose en effet d'une grande latitude pour modeler le contrat en sa faveur lors de sa conclusion, et peut donc y insérer nombre de clauses imposant au salarié certains comportements, si bien que sa protection est ainsi déjà organisée. Néanmoins, le devoir de loyauté fait peser un certain nombre d'obligations sur tous les salariés (1), il est même des situations particulières où ce devoir revêt une importance accrue (2).

1- Salariés ordinaires

Bonne foi et obligation principale. – Envisager l'étude de la loyauté en droit du travail exige, logiquement, de passer par la recherche de la bonne foi : la loyauté « *imprègne le droit tout entier au travers du principe de bonne foi* »¹⁴⁷. Elle est utilisée comme une norme de conduite, un standard permettant d'apprécier l'exécution d'une obligation. Au salarié, elle

¹⁴⁶ B. Teyssié, *Op. cit.*, n°3.

¹⁴⁷ J. Ghestin, *Traité de Droit civil, les obligations, le contrat*, L.G.D.J., n°184.

impose de « *contribuer loyalement et activement à la réalisation des objectifs fixés* »¹⁴⁸. Son incidence est en réalité assez faible à l'égard de l'obligation principale qui pèse sur lui, la prestation de travail. Lui imposant de faire preuve de diligence et de conscience professionnelle, les manquements sont également sanctionnés comme une faute par le pouvoir disciplinaire de l'employeur : en effet, l'exécution déloyale de la prestation de travail recoupe souvent en jurisprudence une inexécution fautive du contrat sans qu'il soit nécessaire de recourir à la notion de bonne foi¹⁴⁹.

Bonne foi et obligations accessoires. – La bonne foi a surtout permis de déduire du contrat des obligations implicites, accessoires à la prestation de travail au sens strict. La principale manifestation de la loyauté dont doit faire preuve le salarié est très probablement l'obligation de fidélité, dont découle une obligation implicite de non-concurrence durant la période d'exécution du contrat de travail. Pour M. Mekki, « *être fidèle, c'est [...] respecter la confiance ou l'attente légitime d'autrui* »¹⁵⁰. Cette obligation ne doit pas être confondue avec la clause de non-concurrence qui trouve à s'exécuter lorsque le contrat de travail cesse de l'être ; la situation est différente concernant l'obligation déduite du devoir de bonne foi. Durant l'exécution du contrat de travail, le salarié n'est pas astreint à un devoir d'exclusivité, et peut librement à travailler pour un autre employeur, à condition toutefois de ne pas excéder le temps maximum légal de travail. Cette liberté de pluriactivité ne porte pas d'atteinte systématique à la confiance de l'employeur, mais ne doit pas lui causer un préjudice, ce qui fait obstacle à l'exercice d'une activité concurrente par un salarié. L'employeur peut donc former le salarié ou lui confier des secrets de fabrication sans craindre que ce dernier n'utilise ses connaissances pour porter atteinte à l'entreprise qui l'emploie¹⁵¹. Dans le même ordre d'idées, pèse sur le salarié une obligation de réserve et de discrétion, dont on a vu que la réitération par écrit visait principalement à faire prendre conscience de sa portée au salarié.

L'importance de cette obligation de loyauté est telle qu'elle déploie également ses effets au cours des périodes de suspension du contrat de travail¹⁵², et peut avoir une incidence hors du cadre de la vie professionnelle du salarié. La bonne foi est en effet susceptible d'apporter aux libertés et droits fondamentaux certaines restrictions. La liberté d'expression

¹⁴⁸ D. Corrigan-Carsin, « Loyauté et droit du travail », in *Mélanges offerts à H. Blaise*, Paris, Economica, p. 143.

¹⁴⁹ Ch. Vigneau, *art. préc.*.

¹⁵⁰ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, n° 1231.

¹⁵¹ J. – E. Ray, « Fidélité et exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 1991.376.

¹⁵² P. – Y. Verkindt, *art. préc.*.

trouve certaines limites, tant au sein de l'entreprise qu'hors de celle-ci. Ainsi, la critique et le dénigrement de l'entreprise ont pendant un temps été considérés comme des causes de licenciement. Si la jurisprudence semble se départir de cette solution, il faut toutefois réserver l'hypothèse où ces critiques se doubleraient de conditions aggravantes. La faute grave est en revanche retenue à l'encontre d'un salarié qui s'est rendu coupable d'insultes envers les dirigeants et le personnel de son entreprise, comme l'a jugé la Chambre sociale dans un arrêt rendu le 25 juin 2002¹⁵³. Résistant à la suspension du contrat, « *l'obligation de loyauté à laquelle est astreint le salarié s'affaiblit mais ne s'éteint pas lorsque meurt le contrat* »¹⁵⁴. Libre de concurrencer son employeur, le salarié ne doit néanmoins pas mener une concurrence déloyale, les magistrats sanctionnant l'utilisation abusive des informations obtenues auprès de l'ancien employeur. Le droit permet donc à l'employeur de sanctionner certaines atteintes à la confiance, constitutives d'une faute.

La bonne foi permet un encadrement du comportement du salarié ; en tant que standard, évolutif selon les fonctions et la nature de l'emploi du salarié, elle permet d'offrir une certaine sécurité à l'employeur qui se voit reconnaître une protection minimale. Le salarié n'est donc pas tenu au seul contenu du contrat, son engagement dépasse ce cadre, et permet d'exiger de lui un surcroît de disponibilité, d'implication, la bonne foi permettant de « *sanctionner le comportement de ceux qui ne paient pas assez de leur personne dans l'exécution du contrat de travail* »¹⁵⁵. Standard minimal de conduite, la bonne foi fait parfois peser une charge plus lourde sur la personne du salarié, précisément lorsque le lie à son employeur une confiance particulière.

2- Obligations particulières

La nécessité de la relation de confiance ne revêt pas la même intensité selon le poste concerné ou l'entreprise en cause. Dans une entreprise ordinaire, une loyauté particulière sera attendue des personnes occupant les « *postes de confiance* », les cadres ; dans les « *entreprises affinitaires* »¹⁵⁶, cette loyauté sera attendue de tous les salariés.

Loyauté des cadres. – Le personnel d'encadrement sert souvent d'intermédiaire entre l'employeur et les salariés, grâce à la délégation d'autorité dont il bénéficie. Aux yeux de

¹⁵³ Soc., 25 juin 2002, *RJS* 2002, n°1094.

¹⁵⁴ B. Teyssié, *Droit du travail, Relations individuelles du travail*, n°642.

¹⁵⁵ A. Supiot, *Op. cit.*, p. 100.

¹⁵⁶ J. – E. Ray, *Art. préc.*, p. 382.

leurs subalternes, ils sont la manifestation de l'autorité de leur employeur¹⁵⁷. Ils se voient incontestablement appliquer un statut particulier, en témoigne la jurisprudence qui les soumet à des contraintes plus lourdes que celles qui pèsent sur certains salariés¹⁵⁸, exigeant de leur part une honnêteté et une probité exemplaires¹⁵⁹. L'explication doit en être trouvée dans la confiance accrue qui lie l'employeur à cette catégorie de salariés. « *Le climat de confiance totale nécessaire à la collaboration* »¹⁶⁰ d'un cadre relevé dans un arrêt de la Cour de cassation pour expliquer la rupture d'un contrat de travail justifie la loyauté particulière à laquelle ils sont astreints. Pour obtenir ce surcroît de loyauté, l'employeur souscrit implicitement à certaines obligations réciproques, situation résumée par le professeur Ray en ces termes : « *loyauté et fidélité totales contre promotion régulière et stabilité de l'emploi* »¹⁶¹. Les cadres semblent donc devoir se garder d'afficher toute divergence avec la direction de l'entreprise, la loyauté se manifestant ici sous la forme d'un devoir de réserve renforcé, proche d'une exigence de « *conformité* »¹⁶². Pourtant, peu à peu, la jurisprudence a pris ces distances par rapport à la stricte exigence de conformisme, et a pris en compte certains critères permettant de déterminer la réalité du manquement à l'obligation de loyauté. Ce mouvement se comprend : les principales conséquences de ces manquements s'appréciaient sur le terrain du licenciement pour perte de confiance, dont nous verrons le recul. Malgré cela, une certitude demeure, l'employeur doit pouvoir se reposer sur les cadres qui doivent s'abstenir de saper son autorité. Ils sont le garant de la cohérence du travail au sein de l'entreprise, ce qui explique que la confiance placée en eux ne doive pas être prise en défaut.

La loyauté renforcée exigée des cadres tient à la confiance dont ils bénéficient de la part de leur employeur, confiance que la jurisprudence cherche à préserver. La confiance se fait donc, à leur égard, génératrice d'obligations, c'est parce qu'ils doivent se montrer dignes de la confiance que l'employeur place en eux qu'ils sont astreints à une loyauté particulière. L'expression de « *poste de confiance* » n'aurait plus lieu d'être s'il en allait autrement.

Entreprises d'affinité. – Une réflexion spécifique peut être menée à l'égard de certaines entreprises singulières, les entreprises d'affinité, ou entreprises de tendance¹⁶³, traduction de

¹⁵⁷ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, t. 208, L.G.D.J., 1989, p. 140.

¹⁵⁸ A. Gardin, « Licenciement des cadres et exigence de loyauté », in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand* (dir. C. Marraud, F. Kessler, F. Géa), Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, p. 129.

¹⁵⁹ Soc. 27 mai 1992 ; Soc. 13 juillet 1993.

¹⁶⁰ Soc., 2 décembre 1964, *D.* 1965, p. 97.

¹⁶¹ J. – E. Ray, *Art. préc.*, p. 376.

¹⁶² Y. Picod, *Op. cit.*, p. 158.

¹⁶³ Ph. Waquet, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.* 1996, p. 1427.

l'allemand « *Tendenzbetrieb* ». Outre-Rhin, la législation prévoit pour ces entreprises des règles particulières, exigeant que les salariés soient de « *foi sûre* ». Il n'existe pas, en France, de régime spécifique pour les entreprises de tendance, notion qui peut d'ailleurs être délicate à appréhender. Pour D. Corrignan-Carsin, une entreprise d'affinité est « *celle qui ne se contente pas de fournir des biens ou des services, mais se réclame d'une philosophie, d'une éthique ou d'un idéal indissociable de son objet* »¹⁶⁴. Il est possible d'intégrer, dans cette catégorie les groupements comme les partis politiques, les églises ou autres groupes à caractère religieux, et les syndicats. Les entreprises concernées sont porteuses de principes, d'une éthique, de valeurs dont il est préférable qu'elles soient partagées par les salariés. Une première idée peut aisément se comprendre : de manière générale, un employeur place sa confiance en certains salariés dont il espère qu'ils serviront au mieux les intérêts de l'entreprise. Dans une entreprise de tendance, pour laquelle la défense de certaines idées est importante, l'employeur peut souhaiter s'entourer de personnes partageant ses valeurs. La loyauté du salarié, à laquelle il s'oblige lors de la conclusion du contrat, le contraint à tout le moins à ne pas entraver la bonne marche de l'entreprise et, partant, à ne pas en dénigrer le message, les valeurs. Il est donc légitime pour l'employeur de faire confiance au salarié pour assurer la protection des idées que défend l'entreprise. Il ne s'agit là que d'une manifestation du devoir de loyauté ordinaire, qui pèse sur tous les salariés ; il est tout simplement déloyal de faire obstacle au bon déroulement de l'activité de son employeur.

Des interrogations particulières apparaissent ensuite dans la recherche d'une obligation de loyauté approfondie, propre à ces entreprises. Il est légitime qu'une entreprise de tendance cherche à recruter des personnes partageant ses idées. L'employeur fait donc logiquement confiance à chacun de ces salariés pour respecter certaines valeurs, et s'attend à ce qu'ils agissent conformément à la foi qu'ils partagent. Dès lors, si un salarié, dans sa vie privée, ne respecte pas les espérances qu'il a pu faire naître chez l'employeur, ce dernier est trompé dans sa confiance. Faut-il, pour autant, laisser place à cette confiance trompée et donner effet au sentiment déçu de l'employeur ?

Ces interrogations relatives au licenciement nous conduisent alors à envisager plus précisément les conséquences d'une confiance trahie, et souvent, perdue.

¹⁶⁴ D. Corrignan-Carsin, *Art. préc.*, p. 148.

DEUXIEME PARTIE : LA RUPTURE DE CONFIANCE

La confiance est omniprésente dans la relation de travail : préexistante à la conclusion du contrat de travail, elle est indispensable à sa bonne exécution. Sa disparition permet-elle la rupture du contrat de travail ? Il apparaît en effet légitime de s'interroger sur la place à accorder à la confiance en tant que motif de rupture du contrat. À ce titre, une distinction peut être opérée entre les salariés ordinaires (§ 1) et les salariés pour lesquels la relation de confiance revêt une importance particulière (§2).

§1- Droit commun de la perte de confiance

L'importance qu'accorde l'employeur à la confiance est une donnée essentielle du rapport de travail. On comprend donc aisément qu'un employeur ayant perdu la confiance qu'il plaçait dans un salarié souhaite mettre un terme à la relation de travail. Reste à déterminer la compatibilité d'une telle décision avec les règles applicables en matière de licenciement. La jurisprudence a connu d'importantes évolutions sur la question, témoignant de la difficulté de définir la place à accorder à la rupture de confiance. Sur cette question, la confiance s'est d'abord vu accorder les plus larges égards, les magistrats permettant alors une rupture excessivement facile (A). Cherchant à contenir ce mouvement, la jurisprudence a par la suite encadré la place de la perte de confiance dans le droit du licenciement (B). Pourtant, force est de constater qu'il est difficile de renoncer totalement au sentiment naturel qui fait de la confiance une condition du maintien de la relation de travail (C).

A- Les débordements de la perte de confiance

Ayant retiré la confiance qu'il accordait à son salarié, l'employeur cherche souvent à rompre la relation de travail pour ce motif. Cette décision peut, de prime abord, paraître légitime (1), ce qui a conduit la jurisprudence postérieure à la réforme du droit du licenciement en 1973 à conférer à la perte de confiance des effets excessifs (2).

1- Rupture de confiance et rupture du contrat de travail

Influence de la confiance sur la rupture. – L'employeur est en charge du bon fonctionnement de l'entreprise et doit avant toute chose en assurer la pérennité. Il doit pour cela assurer un recrutement adapté : à cette fin, la confiance qu'il place dans ses salariés est déterminante. Si la conclusion d'un contrat de travail repose sur la confiance dont bénéficie le salarié quant à sa capacité à servir les intérêts de l'entreprise, il semble logique que la disparition de cette confiance conduise à la rupture de ce contrat. Éminemment subjective, la confiance accordée par l'employeur tient à un ensemble de critères qui lui sont personnels. Des règles encadrent certes les motifs retenus, en témoigne l'interdiction de prendre en compte des motifs discriminatoires, mais le droit ne peut les appréhender toutes. Il n'est ainsi aucun contrôle exact des motifs qui incitent un employeur à contracter ; de la même manière, il ne peut y avoir d'examen des motifs ayant amené la disparition de la confiance lors de la rupture. L'employeur est en principe seul juge des décisions adaptées à la gestion de l'entreprise. Il serait donc logique de se fier à son appréciation lorsqu'il estime qu'il ne peut plus faire confiance à un salarié pour s'acquitter de sa mission de manière satisfaisante, que ce dernier ait déjà trompé cette confiance ou qu'il risque de le faire. Le contrat de travail se trouve dès lors atteint dans l'un de ses fondements, qui a conditionné sa formation et favorisait sa bonne exécution. La volonté que peut avoir l'employeur de mettre fin à la relation de travail est donc légitime. Réciproquement, il est douteux que l'employeur souhaite mettre fin à un contrat le liant à une personne en qui il a gardé confiance : le but poursuivi par l'employeur est en principe la protection des intérêts de l'entreprise. La rupture du contrat d'un salarié auquel l'employeur fait confiance pour exécuter correctement ses obligations se conçoit difficilement, tant cela constituerait une méconnaissance de l'intérêt de l'entreprise, en principe seul pertinent. La décision de rompre le contrat prise par l'employeur peut donc apparaître légitime, voire naturelle : comme l'affirme le professeur Chirez, « *la disparition de la confiance justifie [...] la rupture du contrat de travail* »¹⁶⁵.

Exigences relatives à la rupture du contrat. – Ce principe, pour naturel qu'il puisse paraître, se heurte néanmoins à des difficultés. La notion de confiance est en elle-même problématique : la subjectivité qui la caractérise la rend insaisissable, les éléments dont elle dépend sont souvent multiples et difficiles à déterminer. Les causes d'une disparition de la

¹⁶⁵ A. Chirez, « La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », *D.* 1981, chron. p. 195.

confiance sont tout aussi insaisissables, et font obstacle à l'appréciation de la légitimité de la rupture. Si l'on comprend aisément que les facteurs les plus divers peuvent provoquer la disparition de la confiance, il est nettement plus difficile d'admettre que cela entraîne la rupture du contrat de travail. Subordonner le maintien de la relation de travail à la persistance des éléments subjectifs qui ont conduit l'employeur à faire confiance au salarié contribuerait en effet à fragiliser le contrat de travail. À l'inverse, il serait délicat d'ignorer la perte de confiance comme cause de rupture du contrat de travail, en ce que cette solution enferme l'employeur dans une relation qu'il ne souhaite pas poursuivre. Se ressent alors la difficulté principale tenant à la rupture du contrat de travail pour perte de confiance : s'il est des situations où la disparition de la confiance fait légitimement obstacle au maintien de la relation, ce motif recouvre toutefois des situations où la confiance perdue n'a rien à voir avec l'exécution du contrat, et ne devrait pas permettre sa rupture. En charge de réguler le régime de la rupture du contrat de travail se trouve le droit du licenciement. En cette matière, la principale distinction oppose licenciement pour motif inhérent à la personne et licenciement pour motif économique¹⁶⁶. Les considérations relatives à la disparition de la confiance figurent évidemment au sein de la première catégorie. Parmi les motifs inhérents à la personne susceptibles de justifier un licenciement se trouvent notamment la faute, l'inaptitude physique ou professionnelle¹⁶⁷. Derrière ces motifs se retrouve l'inaptitude du salarié à exécuter correctement le contrat de travail pour lequel il a été recruté. C'est ce que suppose logiquement la notion de motif personnel permettant la rupture du contrat de travail. Reste à déterminer la place que trouve, au sein de ce schéma, la perte de confiance, interrogation à laquelle la Cour de cassation a offert des réponses variables au fil du temps.

2- 1973-1990 : les excès jurisprudentiels

L'apport de la loi du 13 juillet 1973. – La réforme du droit du licenciement par la loi du 13 juillet 1973¹⁶⁸ avait fait naître chez certains auteurs l'espoir d'une amélioration du droit du licenciement, parmi lesquels M. C. Bonnetête pour qui devaient « être éliminés tous les motifs subjectifs et invérifiables, tels que le mauvais caractère du salarié, son manque d'affinités avec le personnel, les simples soupçons, [...] le défaut de collaboration et de confiance »¹⁶⁹.

¹⁶⁶ G. H. Camerlynck, *Op. cit.*, n° 150.

¹⁶⁷ F. Gaudu et R. Vatinet, *Op. cit.*, n°447.

¹⁶⁸ G. Lyon-Caen et M. C. Bonnetête, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc.* 1973.493.

¹⁶⁹ M. C. Bonnetête, *D.* 1974, chron. p. 191.

Cette idée pouvait, pour cet auteur, être déduite de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse érigée en condition de fond de la validité du licenciement, exigence qui n'a depuis pas été remise en cause¹⁷⁰. L'interprétation de l'expression « cause réelle et sérieuse » n'était pourtant pas univoque ; pour le professeur Couturier, il n'était pas possible de déduire de l'exigence du caractère réel l'impossibilité de prendre une décision pour des motifs exclusivement subjectifs¹⁷¹. La jurisprudence a fait sienne la seconde de ces lectures, permettant une omniprésence de la confiance au cœur de la rupture. Cette hypertrophie de la confiance était patente à l'égard de l'appréciation laxiste de sa disparition (a), solution d'autant plus regrettable que la perte de confiance permettait presque systématiquement le licenciement (b).

a - Le laxisme de l'appréciation

Les largesses dont faisait preuve la Cour de cassation se constataient à l'égard de la perte de confiance suscitée tant par un fait imputable au salarié que par celle découlant d'un fait étranger à la personne du salarié licencié.

La perte de confiance liée à un fait imputable au salarié. – Apparemment soucieuse de veiller au maintien de la confiance entre les parties au contrat de travail, la Cour de cassation a pris en charge la protection de ce sentiment, à travers la sanction de sa disparition. Elle a pour cela développé une jurisprudence qui, près de deux décennies durant, a contribué à fragiliser les contrats de travail. Confrontée aux arguments des employeurs invoquant la perte de confiance comme motif de la rupture du contrat de travail, La Cour de cassation a dû se prononcer sur le caractère réel et sérieux de ce motif. L'étude des décisions rendues à partir de 1973 révèle une prise de position marquée des magistrats, nettement favorables à la rupture pour perte de confiance, si bien qu'A. Chirez constata une « véritable offensive judiciaire de la perte de confiance, en tant que cause de licenciement »¹⁷². Rares étaient en effet les arrêts à ne pas admettre que la perte de confiance invoquée par l'employeur constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement. La perte de confiance avancée par l'employeur suffisait à justifier la rupture du contrat de travail, quels que soient les causes de cette rupture de confiance. Les raisons en sont simples : la perte de confiance est, très logiquement, un motif apparemment réel et sérieux. Il est compréhensible que les juges soient alors peu enclins à

¹⁷⁰ L'article L. 1232-1 du Code du travail introduit par la loi du 25 juin 2008 est explicite : « tout licenciement pour motif personnel doit être justifié par une cause réelle et sérieuse. »

¹⁷¹ G. Couturier, *Op. cit.*, n°121.

¹⁷² A. Chirez, *Art. préc.*, p. 193.

maintenir une relation où la confiance a disparu. Pourtant, cette cause de rupture est également la plus difficile à prouver : l'ambiguïté de l'article L.122-14-3 ancien « *selon lequel l'employeur n'a pas particulièrement la charge la preuve* »¹⁷³ conduisait à faire peser le risque de la preuve sur le salarié, le doute profitant alors à l'employeur.

Illustrant ce propos, la formule employée par la Chambre sociale en 1979 ne manquera pas d'interloquer : « *des coïncidences troublantes sont susceptibles de constituer à elles seules pour l'employeur une cause réelle et sérieuse de licenciement* »¹⁷⁴. Ces termes consacrent, au détriment du salarié, une fragilité du contrat de travail corrélative à celle de la confiance. Une telle solution n'est à vrai dire que la conséquence logique du phénomène « *purement subjectif* »¹⁷⁵ qu'est la perte de confiance. Libre de la placer comme il l'entend, et pour les raisons qu'il choisit, l'employeur peut également la retirer librement, ou plus involontairement, la perdre. Le juge ne saurait s'immiscer dans l'appréciation de ces motifs. Ainsi, le simple désaccord constaté entre l'employeur et l'un des cadres de l'entreprise a pu constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, dès lors que « *n'existait plus entre les deux parties de confiance mutuelle réciproque, laquelle était nécessaire pour que les relations de travail puissent être utilement maintenues* »¹⁷⁶. Il semble pourtant que le désaccord n'ait que peu à voir avec la perte de confiance ; émanant d'une personne occupant un « poste de confiance », il peut même être de sa responsabilité de s'opposer à l'employeur lorsqu'est en jeu l'intérêt de l'entreprise. Ces considérations n'avaient pourtant pas lieu d'être sous l'empire de la jurisprudence antérieure aux années 1990, puisque l'appréciation judiciaire de la perte de confiance correspondait généralement à celle de l'employeur, quand bien même celle-ci aurait reposé sur des faits extérieurs à la personne du salarié.

La perte de confiance liée à un fait non imputable au salarié. – La confiance qui unit l'employeur à son salarié a, nous l'avons vu, une dimension doublement subjective : elle est tout d'abord propre à l'employeur, ce qui explique que les considérations personnelles qui en déterminent l'attribution soit difficiles à appréhender ; elle est ensuite un sentiment ayant pour objet la personne du salarié, ce qui explique qu'il ne puisse se substituer un débiteur. Pourtant, la confiance de l'employeur peut évoluer en raison de comportements n'émanant pas du salarié, solution qui, malgré son caractère surprenant, a été admise en jurisprudence. Des décisions notables concernent le conjoint du salarié, dont le comportement a pu conduire à la

¹⁷³ A. Chirez, *Art. préc.*, p. 194.

¹⁷⁴ Soc., 29 novembre 1979, Bull. civ. V, n° 917, p. 672.

¹⁷⁵ J. Péliissier, note ss. Soc., 29 novembre 1990, *D.* 1991 p. 190.

¹⁷⁶ Soc., 23 juin 1976, *D.* 1971, p. 191, note G. Lyon-Caen.

perte de confiance de l'employeur. L'arrêt rendu le 26 juin 1980 par la Chambre sociale de la Cour de cassation est sur ce point remarquable, puisqu'il admet qu'existe une cause réelle et sérieuse au licenciement prononcé à l'encontre d'une salariée en raison du différend opposant son employeur à son époux suite au licenciement pour faute grave de celui-ci. Les magistrats prirent alors le soin d'exposer le raisonnement tenu : « *la femme ne peut plus accomplir son travail dans des conditions normales ; il en résulte une absence de confiance réciproque mettant obstacle au maintien des relations de travail et justifiant son congédiement* »¹⁷⁷. En l'espèce, à supposer la cause réelle, est-elle pour autant sérieuse ? Le juge semble admettre tout motif de perte de confiance, quand bien même le salarié n'aurait pas donné la moindre raison de douter de sa capacité à exercer correctement ses fonctions. Seul le lien unissant le salarié à la personne ayant commis une faute laisse présumer l'incapacité du salarié à s'acquitter correctement de sa tâche.

Il est alors difficile d'imaginer pourquoi un tel raisonnement cesserait lorsque disparaissent les liens du mariage, ce qui expose également les salariés à un licenciement en cas de comportement fautif d'un ami ou d'un concubin. Outre la difficulté pour définir les limites de cette jurisprudence¹⁷⁸, elle repose sur un raisonnement particulièrement critiquable : l'employeur retire sa confiance car il présume l'inaptitude du salarié à agir de manière intègre. Le licenciement ou la concurrence d'un époux permet de douter du professionnalisme d'une personne qui, semble-t-il, n'a jamais donné de raison de le faire. Un salarié peut donc se voir reprocher le comportement fautif d'une autre personne, sans qu'il puisse avoir la moindre emprise sur la disparition de la confiance : autorisant un « *licenciement du fait d'autrui* » dont on voit difficilement comment il s'insère au sein de la réglementation du licenciement pour fait personnel, la Cour de cassation souligne la peine que l'on peut avoir à traduire juridiquement l'importance de la confiance dans la relation de travail. Cette jurisprudence était d'autant plus problématique qu'au-delà de la reconnaissance quasi-systématique de la perte de confiance avancée par l'employeur, la Cour de cassation en déduisait presque toujours la possibilité d'un licenciement.

¹⁷⁷ Soc., 26 juin 1980, D. 1981, I.R. 127, obs. Langlois.

¹⁷⁸ La faute grave d'un collègue de travail licencié est-elle susceptible de faire perdre la confiance de l'employeur ? Dans un tel cas, toutes les relations d'une personne licenciée devraient-elles être emportées dans le licenciement ?

b- La sévérité des effets

Un licenciement systématique. – Les magistrats qui avaient à connaître d'un licenciement pour perte de confiance faisaient régulièrement leur l'appréciation de l'employeur. Dès lors que l'employeur estimait avoir perdu confiance en son salarié, aucune vérification, sinon sommaire, n'était opérée par le juge quant à la réalité de cette perte de confiance. Une conséquence en était tirée : ayant perdu la confiance qui l'unissait à son salarié, l'employeur ne pouvait être contraint de poursuivre l'exécution du contrat. La maladresse de cette solution jurisprudentielle supportait mal une mise en perspective avec le droit du licenciement pour faute. En effet, seules les fautes sérieuses, graves ou lourdes permettaient le licenciement. Face à de tels manquements, dont la survenance est de nature à faire disparaître toute confiance, le relais de la perte de confiance était inutile pour fonder un licenciement, la seule faute justifiant la rupture de la relation de travail. L'employeur n'avait donc pas à mentionner la perte de confiance qu'avait engendrée le comportement du salarié, motif surabondant pour obtenir le licenciement. En revanche, face à des manquements insusceptibles de justifier à eux seuls un licenciement, la perte de confiance pouvait être d'un grand secours pour l'employeur. En effet, les facteurs expliquant la perte de la confiance sont multiples, et peuvent tenir à un comportement anodin du salarié. La perte de confiance pouvait donc résulter d'une faute simple commise par le salarié, voire d'un comportement non fautif qui n'auraient pas permis un licenciement pour motif disciplinaire. Par cette jurisprudence, la perte de confiance – largement appréciée de surcroît – venait « *opportunément pallier l'insuffisance graduelle de la faute* »¹⁷⁹. Adopter un comportement susceptible de faire perdre sa confiance à l'employeur était d'une gravité telle que la jurisprudence lui appliquait le traitement retenu pour une faute sérieuse.

Un licenciement problématique. – Malgré la force que cette jurisprudence semble conférer à notre propos, il semble difficile d'adhérer à un tel débordement de la confiance. L'employeur peut avoir perdu la confiance qu'il plaçait en son salarié pour diverses raisons, sur lesquelles la Cour de cassation exerçait un contrôle limité. Il pouvait être de bonne foi lorsqu'il estimait ne plus avoir confiance en son salarié pour exercer de manière satisfaisante ses fonctions, doutant légitimement de ses capacités ou de sa probité. Les déterminants assez aléatoires de ces sentiments fluctuants autorisent néanmoins l'interrogation : faut-il accorder suffisamment

¹⁷⁹ A. Chirez, *Art. préc.*, p. 194.

d'importance au sentiment nouveau, le doute, pour permettre le licenciement ? L'argument principal de la Cour de cassation, qui se comprend aisément, est l'impossibilité du maintien de la relation de travail : si la confiance a disparu, la relation ne peut continuer. Pourtant, ce truisme apparent mérite quelque critique. Si l'employeur a perdu la confiance qu'il plaçait en son salarié, la cause peut être totalement étrangère à la relation de travail. Le champ des facteurs de la perte de confiance excède en théorie largement la seule exécution du contrat de travail. Si l'employeur doute seulement de son salarié, la mauvaise exécution du contrat de travail n'a pas encore eu lieu : il a des raisons, sérieuses ou fantaisistes, de penser que l'exécution du contrat de travail ne servira pas au mieux les intérêts de l'entreprise. Refuser le licenciement à un employeur nourrissant quelque doute à l'endroit de son salarié ne revient pas à le rendre prisonnier du contrat, mais confère plutôt au salarié une forme de sursis. Ce dernier peut alors continuer à exécuter le contrat de travail correctement, ou au contraire confirmer les soupçons de l'employeur et se rendre coupable de manquements, susceptibles de justifier un licenciement, « libérant » ainsi l'employeur. Une telle solution ne revient pas à nier toute importance à la confiance, mais plutôt à lui rendre sa place en la cantonnant au sein du contrat de travail dont elle intéresse l'exécution. Cette confiance n'a d'autre raison d'être que le contrat de travail qui unit l'employeur au salarié : elle ne devrait donc permettre sa rupture que lorsque sa disparition fait précisément obstacle au maintien des relations. Ainsi, toute perte de confiance ne devrait pas entraîner un licenciement, mais plutôt supporter un double examen : le premier quant à la réalité de la perte de confiance, le second quant aux conséquences susceptibles d'en découler, idée à laquelle la jurisprudence n'a pas été insensible à partir de 1991.

B- L'encadrement de la perte de confiance

Afin de limiter les excès de cette jurisprudence, la Cour de cassation a évolué sur les deux points qui en faisaient la faiblesse : précédemment laxiste, l'appréciation de la perte de confiance est devenue restrictive (1) ; antérieurement sévères, les effets en sont devenus inexistant (2).

1- Une appréciation restrictive

Le contrôle de la perte de confiance. – La jurisprudence relative à la perte de confiance a connu d'importantes évolutions à partir de 1990, à la faveur d'un revirement de jurisprudence notable. L'arrêt rendu par la Chambre sociale le 29 novembre 1990¹⁸⁰, concernait une affaire dont les faits étaient assez similaires à ceux de l'arrêt du 26 juin 1980. Dans chacune des affaires, le licenciement d'une salariée était prononcé en raison du différend opposant son époux à son employeur. Le licenciement admis une décennie plus tôt est ici refusé, au motif que « *la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement* », la Cour de cassation exigeant alors que le licenciement repose sur des éléments objectifs. Cette jurisprudence n'écarte pas la possibilité d'un licenciement pour perte de confiance, mais pose des exigences à son admission : comme le constate le professeur Pélissier, la perte de confiance peut être une cause réelle et sérieuse de licenciement si les événements qui en sont à l'origine « *sont établis, imputables au salarié lui-même et de nature à rendre impossible le maintien des relations de travail* »¹⁸¹. L'arrêt instaure donc un contrôle des causes ayant conduit l'employeur à retirer sa confiance, afin de se conformer aux exigences de la loi de 1973. Pour que le licenciement soit valable, la cause doit en être réelle et sérieuse, et non fantaisiste ou fallacieuse. Le juge cherche donc à vérifier le fondement de la perte de confiance, ce qui exclut sans doute la recevabilité des seules « *coïncidences troublantes* » précédemment admises. Les termes employés par les juges du fond sont révélateurs du contrôle exercé : pour la Cour d'appel de Bourges, « *si la perte de confiance n'est pas en soi un motif de licenciement, elle peut être un motif légitime de rompre le contrat de travail dès lors que l'employeur démontre à l'encontre du salarié, auquel il a retiré sa confiance, des faits personnels, objectifs et vérifiables* »¹⁸². La première certitude tient à l'irrecevabilité de la perte de confiance causée par le comportement d'un tiers : l'employeur doit établir un fait imputable au salarié, et à lui seul. La confiance a, comme cela a été évoqué précédemment, une dimension doublement subjective. Par cette jurisprudence, une part de cette subjectivité se trouve restaurée, puisque seuls comptent les faits imputables au sujet sur lequel porte ce sentiment, ce qui, paradoxalement, limite l'incidence de la perte de confiance. En effet, la limitation de la perte de confiance tient également à une exigence d'objectivité posée par la Chambre sociale, qui semble refuser toute prise en compte des sentiments propres

¹⁸⁰ Soc., 29 novembre 1990, *D.* 1991, p. 190 note J. Pélissier.

¹⁸¹ J. Pélissier, *note préc.*.

¹⁸² CA Bourges, 16 octobre 1998.

à l'employeur, ce qui écarterait une part de la dimension subjective de la confiance. La réduction du champ de la confiance s'est donc faite par un double mouvement contraire, restaurer la subjectivité tenant au salarié en centrant le raisonnement sur le sujet, et renforcer l'objectivité des motifs en réduisant la libre appréciation de l'employeur.

La persistance de la dimension subjective. – Il est pourtant difficile d'adhérer à cette idée : la confiance est un phénomène purement subjectif qu'il est impossible d'objectiver totalement. Dès lors que l'on ne s'intéresse plus au sentiment propre à l'employeur, la confiance ne saurait être en cause. Comme le note A. Gardin, cette jurisprudence laisse encore une place à la subjectivité de l'employeur, à condition toutefois que celle-ci repose sur des éléments objectifs¹⁸³. L'employeur apprécie toujours, en dernier ressort, si la confiance survit aux actes du salarié. L'apport de la jurisprudence nouvelle est de faire peser sur l'employeur la charge de la preuve des actes en cause, il doit justifier la perte de confiance. Il doit être possible d'imputer au salarié les comportements ayant donné lieu à la perte de confiance, ce qui lui permet d'échapper à l'arbitraire qui pesait sur lui ; en d'autres termes, l'incompatibilité d'humeur ne suffit plus. Il a opportunément été jugé que la mésentente d'un salarié avec des membres du personnel est susceptible de justifier un licenciement si elle repose objectivement sur des faits imputables au salarié licencié¹⁸⁴. La priorité donnée au fait personnel dans le licenciement pour fait personnel mérite d'être saluée. La perte de confiance ne permet plus un licenciement automatique, échappant à tout contrôle, mais doit au contraire pouvoir faire l'objet d'une preuve quant à sa cause. Cette solution a pour principal intérêt d'exclure le doute comme suffisant à causer un licenciement. En effet, le doute est par principe exclusif de la confiance. Dès lors qu'un employeur doute de son salarié, il perd la confiance qu'il avait placée en lui, et peut donc être tenté de rompre le contrat de travail. Depuis 1990, le licenciement fondé sur le doute n'est plus possible, puisqu'aucun fait objectif n'est susceptible de corroborer ce sentiment. Le salarié se voit donc accorder le bénéfice du doute et, comme le constate A. Chirez, le « *bénéfice de la confiance* »¹⁸⁵, le contrat de travail ne cédant pas au gré des simples interrogations de l'employeur. Le contrat de travail joue désormais un rôle de renfort d'une confiance vacillante, empêchant de la retirer avec un excès de facilité. Versatilité et contrat ne font pas bon ménage : la jurisprudence astreint l'employeur à une constance minimale, lui empêchant de trouver tout prétexte pour retirer la

¹⁸³ A. Gardin ss. Soc., 29 mai 2001, *D.* 2002, p. 921.

¹⁸⁴ Soc., 9 novembre 2004, *RJS* 2005, n°19.

¹⁸⁵ Chirez (A.), *Art. préc.*.

confiance placée dans un salarié. Un équilibre semble être trouvé par cette jurisprudence, qui reconnaît une place au sentiment de confiance dans la pérennité de la relation contractuelle, tout en limitant les incertitudes attachées à son caractère subjectif. Le juge s'octroie ainsi le seul regard possible sur une notion incontrôlable, exigeant, à vrai dire, la bonne foi de l'employeur qui retire sa confiance.

2- Des effets inexistants

L'abandon du licenciement pour perte de confiance. – Malgré l'apparent équilibre que présentait la solution dégagée en 1990, la Cour de cassation est allée plus loin dans le rejet du licenciement pour perte de confiance, déniait cette fois toute reconnaissance juridique à la confiance au stade de la rupture du contrat. Ce changement est issu d'un arrêt rendu le 29 mai 2001 par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Dans cette affaire, un employeur avait perdu la confiance qu'il plaçait dans son salarié et l'avait licencié. Se conformant à la jurisprudence applicable, il avait relevé comme élément objectif des anomalies de gestion imputables au salarié dont la réalité n'était pas contestée. La perte de confiance pouvait donc être établie, et il paraissait légitime que l'employeur n'entende pas poursuivre la relation de travail avec un salarié s'étant rendu coupable de tels comportements. Pourtant, la Cour de cassation adopte une position radicalement différente, ce qu'énonce l'attendu de principe de l'arrêt : « *la perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs* »¹⁸⁶. La référence aux éléments objectifs n'a ici d'autre utilité que de consacrer la rupture avec la position adoptée onze ans plus tôt. La formule « *en tant que telle* » pouvait néanmoins laisser penser que la perte de confiance continuerait à être prise en compte, mais ne serait plus un motif de rupture autonome. La Cour de cassation exclut également cette interprétation, le licenciement éventuel pouvant seulement avoir pour cause les éléments objectifs relevés par l'employeur, « *mais non la perte de confiance qui a pu en résulter* ». Les magistrats excluent donc des considérations relatives au licenciement pour fait inhérent à la personne du salarié le sentiment de l'employeur, dont « *la subjectivité [...] se trouve désormais purement et simplement bannie* »¹⁸⁷.

La Cour de cassation renonce à accorder la moindre importance à la confiance dans la poursuite de la relation de travail, l'absence de la première ne paraissant plus faire obstacle à

¹⁸⁶ Soc., 29 mai 2001, *D.* 2002, p. 921 note A. Gardin.

¹⁸⁷ A. Gardin ss. Soc., 29 mai 2001, *D.* 2002, p. 921.

la poursuite de la seconde. La réflexion tenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation change de nature : consciente des excès de sa jurisprudence passée, elle avait d'abord cherché à l'encadrer, en limitant l'admission de la perte de confiance susceptible de justifier un licenciement. Cette jurisprudence était guidée par la recherche d'équilibre entre la prise en compte nécessaire de la confiance de l'employeur et la protection de l'emploi du salarié. En 2001, elle exclut tout recours à la perte de confiance, décision dont on peut s'interroger sur les motifs. Peut-être les magistrats ont-ils renoncé à toute référence à une notion jugée inutile auxquelles d'autres règles pouvaient utilement se substituer. Il est également possible qu'ils aient cherché à neutraliser une notion complexe, difficile à appréhender dont les conséquences fragilisaient trop le contrat de travail. La recherche d'équilibre est abandonnée : la perte de confiance de l'employeur n'est plus directement sanctionnée, au profit de la pérennité du contrat. Cette jurisprudence fait écho aux propos de L. Aynès pour qui « *si [...] la conclusion d'un contrat est la manifestation d'une confiance donnée et reçue, il est plus risqué d'admettre que le contrat ne se maintienne, obligatoire, que tant que demeure la confiance* »¹⁸⁸. Une nouvelle fois, il est possible de s'interroger sur la pertinence de la solution adoptée. La prise en compte de la confiance apparaissait logique eu égard à l'importance qu'elle revêt tout au long de l'exécution du contrat de travail. L'arrêt du 29 mai 2001 affirme au contraire que le contrat de travail survit à la perte de confiance, même durable, unissant les parties. Il ne s'agit alors plus d'assurer une certaine constance de l'employeur, mais de priver totalement d'effet une perte de confiance consommée et justifiée, solution pour le moins favorable au salarié. Intervenant à propos de la confiance en droit commun des contrats, G. Loiseau a relevé l'intérêt que présente cette jurisprudence : « *conclu en considération de la personne, le contrat de confiance ne peut plus, à tout coup, se défaire par déconsidération de la personne. Le droit du travail fait, il est vrai, pour l'instant, cavalier seul sur cette route ; mais il a le mérite de nous faire entrevoir que l'intuitus personae, dans une relation de confiance, peut aussi se traduire par une exigence particulière de respect de la personne* »¹⁸⁹. Ce constat souligne la singularité du contrat de travail, ce qui peut logiquement susciter quelque interrogation quant à la pérennité de la solution.

¹⁸⁸ L. Aynès, « La confiance en droit privé des contrats », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénabou et M. Chagny, Dalloz, Actes, 2008.

¹⁸⁹ G. Loiseau, « Contrats de confiance et contrats conclu *intuitu personae* », *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénabou et M. Chagny, Dalloz, Actes, 2008

C- La résurgence de la perte de confiance

L'état du droit positif semble être clairement fixé depuis 2001, et il peut être légitime de s'interroger sur la pertinence de l'abandon de la perte de confiance (1), d'autant plus que certaines décisions récentes témoignent de la difficulté de renoncer à la notion (2).

1- Pertinence de l'abandon

Portée de l'abandon. – Malgré l'apparente renonciation à toute protection de la confiance, l'idée qui sous-tend la jurisprudence est moins maladroite qu'il n'y paraît : avant cet arrêt, l'employeur pouvait respecter les exigences de la jurisprudence et établir la réalité de sa perte de confiance par des éléments objectifs appréciables par un juge, sans pour autant que ces éléments soient réellement pertinents. Dans le contrat de travail est seule pertinente, nous l'avons vu, une confiance orientée, finalisée. Seule doit être appréciée la confiance qui se rapporte à l'exécution du contrat de travail, à l'exclusion du sentiment de confiance général, qui peut être sans rapport avec l'exécution du contrat. Lorsqu'il conclut le contrat, l'employeur est libre de prendre en compte, en son for intérieur, toutes les dimensions de la confiance qu'il est prêt à accorder au salarié, même si ces considérations sont étrangères à la prestation de travail. Une fois le contrat conclu, il perd cette liberté : le contrat de travail vient enserrer la confiance dans le carcan de la prestation de travail. Cette confiance seule doit imprégner les relations entre les parties, et permettre leur rupture par sa disparition. La perte de confiance devrait donc être admissible lorsqu'elle fait obstacle au maintien de la relation de travail. Par cet arrêt, la Cour de cassation replace la rupture sur le terrain de l'appréciation de la cause réelle et sérieuse, qui doit se faire indépendamment de toute référence à la perte de confiance. Au-delà du seul principe de l'abandon de la perte de confiance, la portée du changement mérite d'être nuancée. En effet, si l'on admet que l'employeur ne peut invoquer la perte de confiance que lorsqu'elle fait obstacle au maintien de la relation de travail, les faits objectifs dont il doit faire état au soutien du licenciement doivent nécessairement être en rapport avec la relation de travail. Pour que la perte de confiance conserve un rôle, il conviendrait donc d'admettre que l'employeur puisse tirer argument de faits objectifs, en lien avec le contrat de travail, lui ayant fait perdre la confiance qu'il plaçait en son salarié pour exercer de manière satisfaisante la prestation de travail. Or ces faits sont-ils si différents de la cause réelle et sérieuse qu'exige désormais la Cour de cassation ?

Sanction de la perte de confiance. – Dépourvue de définition légale ou jurisprudentielle, la notion de cause réelle et sérieuse a fait l'objet de réflexions doctrinales pour pallier cette absence¹⁹⁰. Ainsi, est réelle la cause objective, existante et exacte : semblable exigence pesait déjà, depuis 1990, sur l'employeur dans l'établissement des faits nécessaires au soutien du licenciement pour perte de confiance. La cause sérieuse peut être une faute ou un comportement non fautif. Les rapports entretenus par le licenciement pour faute et la perte de confiance ont déjà été évoqués : la faute fait perdre la confiance nécessaire au maintien de la relation de travail, car dans le cas contraire l'employeur ne prononcerait sans doute pas le licenciement et utiliserait son pouvoir disciplinaire pour sanctionner différemment le manquement. Reste à envisager le cas du comportement non fautif du salarié susceptible de constituer une cause réelle et sérieuse : il s'agit « *du comportement ou plus généralement de la situation personnelle du travailleur [constituant] une gêne importante pour le bon fonctionnement de l'entreprise,* »¹⁹¹ rendant impossible sans dommage pour l'employeur le maintien de la relation. Un tel comportement sera également la cause d'une perte de confiance, si bien qu'il est possible de se demander si la jurisprudence nouvelle prive de sanction certaines situations que couvrait la notion de perte de confiance. L'exigence d'une cause réelle et sérieuse fait obstacle à l'invocation du seul doute, dont-on sait qu'il ouvre la porte à l'arbitraire de l'employeur.

La Cour de cassation consacre principalement un abandon de la référence à la confiance, notion purement subjective, pour apprécier la rupture sur un terrain objectif. Cette solution n'enferme pas pour autant l'employeur qui a perdu confiance dans le contrat dès lors que cette perte de confiance est légitime. Elle ne lui permet que d'invoquer des éléments objectifs en rapport avec la prestation de travail : la Cour de cassation prend ainsi en compte l'idée que la confiance pertinente dans la relation de travail est finalisée, ce qui justifie les restrictions ainsi apportées. La disparition de toute référence à la perte de confiance révèle moins l'abandon de sa prise en compte qu'une meilleure appréhension du rôle que la notion doit jouer. Pourtant, malgré une jurisprudence claire et qui peut paraître satisfaisante, certains arrêts récents ont permis au professeur Mouly de discerner un « *retour discret de la perte de confiance* »¹⁹².

¹⁹⁰ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Op. cit.*, n° 467 et s.

¹⁹¹ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Op. cit.*, n° 473.

¹⁹² J. Mouly, « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », *Dr. soc.* 2006.839.

2- Interrogations jurisprudentielles

L'importance de la confiance dans le contrat de travail rend difficile d'éluder ce sentiment dans l'analyse. Chercher à la préserver chez l'employeur paraît naturel, en témoignent certains arrêts récents de la Cour de cassation ayant semblé réintroduire la prise en compte de la perte de confiance.

Incidence de faits relevant de la vie personnelle du salarié. – L'expression de vie personnelle¹⁹³ peut de prime abord surprendre : elle se comprend lorsqu'elle est opposée à celle de vie professionnelle. La vie personnelle échappe en principe à l'emprise du contrat de travail, aux pouvoirs de l'employeur et à l'exigence de confiance qui unit les deux parties. Autrement dit, l'employeur fait confiance à son salarié pour s'acquitter de ses tâches avec diligence : cette confiance finalisée ne doit pas dépendre de faits qui sont étrangers à la prestation de travail. Ces considérations rejaillirent pourtant un temps sur le terrain de la perte de confiance, l'employeur tirant argument du comportement du salarié au cours de sa vie personnelle pour justifier la perte de la confiance qu'il lui accordait. L'arrêt *Painsecq* rendu le 17 avril 1991 établit alors le régime applicable aux actes commis par le salarié hors du cadre de sa vie professionnelle. En principe insusceptible d'être une cause de rupture, « *il peut [néanmoins] être procédé à un licenciement dont la cause est fondée sur le comportement du salarié [dès lors que celui-ci], compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* »¹⁹⁴. Le salarié bénéficie donc d'une immunité de principe pour le comportement qu'il adopte dans sa vie personnelle, ces faits se trouvant « *hors du champ contractuel* »¹⁹⁵. La notion de trouble caractérisé permet de protéger l'employeur, qui pourra sanctionner le salarié lorsque son comportement extra-professionnel est susceptible de nuire à l'entreprise. Ces considérations peuvent totalement échapper à un raisonnement basé sur la perte de confiance, puisque le licenciement alors prononcé repose sur un trouble objectif causé au sein de l'entreprise, et aucunement sur un sentiment de l'employeur. La confiance ne semble donc pas en cause dans cette jurisprudence, idée que certains arrêts de la Cour de cassation ont contredite.

¹⁹³ L'expression sera préférée à celle de vie privée, dont la protection est reconnue au cours même de la vie professionnelle ; V. not. A. Lepage, « Le bureau du salarié n'est pas une extension de son domicile privé », *D.* 2004 p. 1635.

¹⁹⁴ Soc., 17 avril 1991, *JCP* 1991 II 21724, note A. Sériaux.

¹⁹⁵ F. Gaudu, « Le licenciement pour perte de confiance », *Dr. soc.* 1992, p.32.

La Cour de cassation a admis que certains licenciements soient prononcés en raison du comportement adopté par le salarié dans le cadre de sa vie personnelle, alors même que faisait défaut l'exigence d'un fait objectif et vérifiable ayant causé un trouble au sein de l'entreprise : comme le relève le professeur Mouly, la notion de trouble caractérisée ne recoupe pas celle de dommage, ce qui ouvre la voie à un licenciement préventif en vue de sauvegarder les intérêts de l'entreprise¹⁹⁶. L'employeur prononçait la rupture du contrat dans la crainte de voir le salarié reproduire au sein de l'entreprise le comportement adopté hors du cadre professionnel, ce qu'ont admis certaines décisions. L'arrêt rendu le 26 janvier 2006 est particulièrement révélateur : dans cette affaire, une employée de banque avait été licenciée en raison de sa participation à un vol et un trafic de voitures. S'agissant de faits commis hors de sa vie professionnelle, le licenciement aurait très certainement dû être condamné par la Cour de cassation, faute de trouble caractérisé causé au sein de l'entreprise. Pourtant, la Chambre sociale admet ce licenciement, considérant qu'en tant qu'employée d'un établissement de crédit, la salariée était tenue à une « *obligation particulière de probité*. ». L'employeur pouvait donc reprocher à l'employée son comportement extra-professionnel, pour en déduire un manquement à l'obligation de probité qui pèse sur elle en vertu du contrat de travail, et ainsi étendre le champ de ce contrat au-delà du strict cadre professionnel. Cette décision admet l'idée que la confiance que l'employeur a accordée peut toujours être déçue par le salarié, même dans le cadre de sa vie personnelle, durant laquelle une stricte probité doit être observée. Loin d'être isolé, cet arrêt se situe dans un courant jurisprudentiel tendant à étendre l'intensité de l'obligation de loyauté pesant sur le salarié. Ainsi l'arrêt rendu le 2 décembre 2003 par la Chambre sociale de la Cour de cassation¹⁹⁷ admet-il le licenciement pour faute grave d'un chauffeur routier qui avait été arrêté pour conduite en état d'ébriété, ce qui avait mené à l'annulation de son permis de conduire par le juge répressif. Certains auteurs ont déduit de cette jurisprudence un développement de l'obligation renforcée de loyauté, obligeant le salarié à adopter à tout moment un comportement conforme à celui qui est attendu de lui dans le cadre de sa vie professionnelle. Comme le relève J. Savatier, l'attitude conforme que doit adopter le salarié dans sa vie personnelle est la condition pour que l'employeur puisse continuer à lui « *faire confiance* »¹⁹⁸.

¹⁹⁶ J. Mouly, « Du pouvoir de l'employeur de réglementer l'usage par le salarié de son domicile », *D.* 2009 p. 1316.

¹⁹⁷ Soc., 2 décembre 2003, *Dr. soc.* 2004.550, obs. J. Savatier.

¹⁹⁸ J. Savatier, obs. ss. Soc., 2 décembre 2003, *Dr. soc.* 2004.550.

Résurgence de la perte de confiance. – Le licenciement autorisé par la jurisprudence repose bien sur une perte de confiance implicite de l’employeur, qui ne peut plus se fier à son salarié pour adopter le comportement conforme qu’il attend de lui. Encore plus regrettable est le fait qu’il s’agit d’un licenciement pour perte de confiance des plus subjectifs, celui reposant sur le seul doute de l’employeur, en l’absence d’éléments révélant objectivement la propension du salarié à reproduire le comportement reproché dans un environnement professionnel. Ainsi, cette jurisprudence constitue un retour critiquable sur l’arrêt du 29 mai 2001 qui excluait toute incidence de la perte de confiance. La porosité de la frontière séparant vie professionnelle et vie personnelle conduit à une regrettable confusion, imposant paradoxalement au salarié d’observer un strict professionnalisme hors de sa vie professionnelle. En concluant un contrat de travail, le salarié ne s’engage alors plus seulement à ne pas nuire à l’entreprise, mais également à ne pas adopter dans le cadre de sa vie personnelle un comportement qui, s’il était adopté dans sa vie professionnelle, nuirait à son employeur. La confiance que lui accorde l’employeur s’étend donc à sa vie personnelle, alors même qu’il ne peut en principe en tenir compte lors de la formation du contrat de travail. De cette jurisprudence se dégage la difficulté d’exclure la confiance du raisonnement : il est naturel de vouloir la prendre en compte, et de déduire de sa disparition l’impossibilité de poursuivre l’exécution du contrat. En supprimant la perte de confiance du champ du droit du licenciement, la Chambre sociale a exclu ce qui peut apparaître comme une cause légitime de rupture du contrat. Chassez le naturel... La réintroduction de la confiance s’est faite par des voies détournées, et probablement de manière inconsciente. Ces solutions, en dépit de leur contrariété avec les arrêts antérieurs, paraissent de prime abord raisonnable, puisque l’employeur entend se séparer d’une personne en qui il n’a plus confiance, et dont le comportement est condamnable – et condamné. Cette jurisprudence n’est en réalité pas totalement maladroite mais mérite de voir son champ d’application restreint. Comme le suggère un auteur, ces solutions devraient être « *cantonnées aux fonctions ou aux entreprises qui exigent de la part des salariés une confiance particulière et renforcée* »¹⁹⁹.

§2- Situations particulières

Dans l’étude du licenciement pour perte de confiance, il est possible de déceler un régime spécial concernant les règles applicables aux salariés sur lesquels pèse une obligation

¹⁹⁹ J. Mouly, « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », *Dr. soc.* 2006.839.

de loyauté renforcée (A). Il peut également être intéressant d'évoquer la position du juge administratif dont relève le licenciement des salariés protégés (B).

A- Salariés soumis à une obligation particulière de loyauté

Difficile à appréhender, l'obligation particulière de loyauté qui pèse sur certains salariés est la conséquence de la confiance accrue que place en eux leur employeur. La diversité de leurs situations appelle une distinction entre cadres (1) et salariés d'entreprise d'affinité (2).

1- Loyauté particulière des cadres

Au regard de la jurisprudence récente, il pourrait être utile de restaurer la spécificité du lien qui unit l'employeur à certains de ses salariés, afin de donner effet à cette confiance particulière.

Sens de l'obligation. – La résurgence constatée en jurisprudence de la perte de confiance se fait au moyen de la reconnaissance par les magistrats d'une obligation « *renforcée* » de loyauté, dont nous avons vu qu'elle devrait principalement concerner certains salariés, les cadres et le personnel des entreprises de tendance. S'il est nécessaire que chaque salarié fasse preuve de loyauté envers son employeur, et en cela se montre digne de la confiance placée en lui, il est également souhaitable que cette obligation soit cantonnée au strict nécessaire à la protection de l'employeur, afin de ne pas imposer de trop larges obligations comportementales au salarié hors de sa vie professionnelle. En cela, l'extension de ce type d'obligations par la jurisprudence récente est critiquable. Le comportement qu'impose la confiance, reflet des attentes de l'employeur, ne devrait pas être le même selon les situations. Pour cette raison, il n'est pas incohérent de souhaiter laisser une place au devoir renforcé de loyauté qui peut incomber à certains salariés, à condition toutefois d'en faire une application cohérente. La jurisprudence semble aujourd'hui utiliser cette notion comme variable d'ajustement permettant d'appréhender des comportements qui échappaient au champ du licenciement depuis l'abandon de la rupture du contrat de travail pour perte de confiance. Tout salarié ayant eu un comportement suffisamment grave pour que l'employeur perde la confiance qu'il plaçait en lui peut être sanctionné pour violation d'une obligation

particulière de loyauté. En raisonnant avec la confiance pertinente, orientée vers l'exécution du contrat, cette solution pourrait se comprendre : il est normal que l'employeur attende de son salarié qu'il n'adopte pas un comportement susceptible de le faire légitimement douter de sa capacité à exécuter le contrat avec diligence et probité. L'incohérence de la jurisprudence récente tient à ce que cette perspective est présente dans tout contrat de travail, ce qui vide de sens l'expression d'obligation « *particulière* » de loyauté, comme le relève J. Mouly en évoquant sa « *généralisation* »²⁰⁰. Une telle obligation ne peut avoir de sens qu'à condition d'en préserver la particularité. Seraient alors principalement concernés par une telle obligation les cadres, qui occupent un poste de confiance. La difficulté principale tient à déterminer ce qui distingue l'obligation particulière qui pèse sur un cadre de celle que retient la Cour de cassation à l'égard de nombreux salariés.

Existence de l'obligation. – Ce qui rend particulière l'obligation de loyauté qui pèse sur les cadres est l'intensité de la confiance qui est placée en eux, davantage que l'objet spécifique de cette confiance. L'employeur accorde une confiance accrue au personnel d'encadrement. Il y a une spécificité de la relation entre l'employeur et le cadre qui justifie la reconnaissance d'une obligation particulière de loyauté : l'acte d'abandon est plus grand à l'égard d'un cadre qu'à l'égard d'un autre salarié. La jurisprudence récente, qui tend à élargir ces obligations particulières à nombre de salariés, reconnaît une particularité de la loyauté d'une autre nature, tenant à l'objet de la confiance plus qu'à son intensité. La loyauté sur laquelle reposent ces solutions est spécifique à la profession en cause et ne repose pas sur l'intensité particulière du lien entre l'employeur et le salarié. Ainsi, une employée de banque ne devrait pas commettre de vol ou de détournements de fonds, un chauffeur routier ne devrait pas faire l'objet de sanctions pénales pour conduite en état d'ébriété, un dresseur devrait sans doute se garder d'être poursuivi pour maltraitance envers des animaux... Les exemples peuvent être multipliés à l'envi. Est ici en cause l'objet de la confiance de l'employeur, tenant à un comportement spécifique, qui ne doit pas être adopté dans la vie professionnelle, et que la jurisprudence sanctionne maintenant même lorsqu'il a eu lieu dans la vie personnelle. L'employée de banque n'encourrait aucun licenciement en cas de condamnation pour conduite en état d'ébriété : la confiance que place en elle son employeur n'a pas pour objet un comportement routier responsable.

²⁰⁰ J. Mouly, *Art. préc.*

Toute autre est la situation du cadre qui ne se voit pas attribuer un type d'obligations spécifique, mais une intensité particulière dans la loyauté dont il doit faire preuve ; l'obligation de conformité qui semble ressortir de la jurisprudence récente ne correspond pas au devoir qui pèse sur les cadres. La confiance qui est placée en eux est en elle-même singulière, par son intensité, et non par son objet. Cette probité qui doit guider le cadre dans ses rapports avec l'employeur est caractéristique de leurs fonctions. La loyauté dont ils doivent faire preuve ne fait pas peser sur eux l'exigence d'un comportement spécifique, ponctuel, mais plutôt une manière d'agir, ils doivent être plus fiables que ne le sont les autres salariés. La confiance pertinente est à leur égard totalement indépendante du champ d'activité de l'entreprise dans laquelle ils travaillent : ils doivent veiller à préserver l'intérêt de l'employeur à tout moment, et seul un comportement remettant en cause ce dévouement est susceptible d'être pris en compte. C'est à l'égard de ces salariés qu'il paraît pertinent de restaurer la prise en compte de la perte de confiance, car la confiance fait directement partie de leurs missions. Plus qu'à tout autre salarié, l'employeur doit pouvoir leur faire confiance ; plus que pour tout autre salarié, la perte de confiance fait obstacle au maintien de la relation de travail. En l'état actuel, la jurisprudence ne permet pas de tels raisonnements puisqu'aucun licenciement pour perte de confiance ne peut être prononcé. La restauration de cette cause de rupture pour les cadres serait souhaitable, « *par exception* »²⁰¹, comme le suggère très justement le professeur Mouly. Il est en revanche plus difficile de suivre cet auteur lorsqu'il souhaite introduire dans le champ de cette exception les employés des entreprises de tendance.

2- *Loyauté particulière dans les entreprises d'affinité*

Particularité tenant à l'objet de la confiance. – Au sein des entreprises de tendance pèse également sur les salariés une obligation particulière de loyauté, dont la nature diffère, semble-t-il, de celle qui pèse sur les cadres. L'entreprise en cause est porteuse de valeurs, dont la diffusion est importante, et à laquelle participent les membres du personnel. Il apparaît donc logique que l'employeur fasse confiance aux salariés pour ne pas adopter un comportement en contradiction avec la tendance que promeut l'entreprise. Toutefois, entre le respect des valeurs de l'employeur par le salarié et leur partage, il est un pas que la jurisprudence a parfois paru franchir. L'arrêt rendu le 19 mai 1978 par l'Assemblée plénière

²⁰¹ J. Mouly, *Art. préc.*

de la Cour de cassation est à ce titre révélateur. Dans une affaire où une institutrice avait été licenciée par l'école privée catholique qui l'employait en raison de son remariage suite à un divorce, une Chambre mixte de la Cour de cassation avait d'abord considéré que le licenciement prononcé constituait une atteinte à la liberté du mariage sans que cette atteinte ne soit justifiée par la nécessité des fonctions occupées²⁰². Ayant par la suite à connaître de l'affaire, l'Assemblée plénière adopta une position différente, estimant que « *lors de la conclusion du contrat [...], les convictions religieuses de [la salariée] avaient été prises en considération et cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante* »²⁰³. La foi du salarié aurait ainsi, par un habile jeu de miroir, conditionné la foi, dans un sens plus prosaïque, placée en elle par son employeur. L'inobservation de certaines règles religieuses n'était pas conforme aux attentes de l'employeur, qui a pu perdre la confiance qu'il plaçait dans sa salariée. Par une telle solution, la loyauté due par le salarié obtenait une portée nouvelle : la confiance de l'employeur ne porte plus seulement sur l'exécution du contrat de travail, mais sur un mode de vie conforme à ses valeurs. La qualité du travail de la salariée n'était ici pas en cause ; l'employeur avait seulement perdu la confiance qu'il plaçait en elle pour exécuter le contrat de travail conformément aux valeurs prônées par son entreprise. Allant un pas plus loin encore, la Cour de cassation a mentionné en 1986 l'existence de tâches impliquant « *que le salarié soit en communion de pensée et de foi avec son employeur* »²⁰⁴. » Cette jurisprudence permettait d'ouvrir largement le licenciement pour perte de confiance au sein des entreprises d'affinité, reconnaissant un devoir de loyauté omniprésent, voire envahissant. L'abandon de la perte de confiance comme cause de rupture du contrat semblait écarter toute possibilité de licenciement pour les motifs précédemment évoqués. Pourtant, la jurisprudence récente pourrait réintroduire une telle faculté pour l'employeur.

Particularité tenant à l'objet de la confiance. – La confiance particulière que place l'employeur porte sur un comportement spécifique de la part du personnel des entreprises de tendance, une obligation de loyauté dont la particularité tient à l'objet de la confiance placée en eux par l'employeur. Ainsi le salarié d'une association de protection des animaux devrait-il se garder d'être condamné pour maltraitance envers les animaux, et le membre d'un parti

²⁰² Ch. Mixte, 17 octobre 1975.

²⁰³ Ass. Plén., 19 mai 1978, *D.* 1978, p. 541, concl. Schmelck, note Ardent.

²⁰⁴ Soc., 20 novembre 1986, *JCP* 1987 II 20798, obs. Th. Revet.

écologique éviter d'être reconnu coupable de comportements polluants. Se retrouve alors en filigrane l'exigence de conformité qui sous-tend la jurisprudence dans laquelle se retrouve le licenciement pour perte de confiance. Les critiques dont ces arrêts ont fait l'objet reçoivent ici le même écho : il est des attentes de l'employeur que le salarié ne peut être tenu de satisfaire. La confiance que doivent respecter les salariés d'une entreprise de tendance n'a pas besoin de la protection offerte par le licenciement pour perte de confiance, la jurisprudence relative au trouble caractérisé permettant d'appréhender les comportements qui échapperaient *a priori* au pouvoir disciplinaire de l'employeur lorsqu'ils sont commis dans le cadre de la vie personnelle. Ainsi, si, dans les entreprises d'affinité, la confiance que place l'employeur est particulière, sans doute plus importante que dans les entreprises « ordinaires », comme cela a été évoqué dans une première partie, il n'en découle pas qu'une protection spécifique doit être offerte²⁰⁵. L'ouverture de la perte de confiance comme cause de rupture ne saurait être souhaitable dès lors qu'une confiance particulière existe entre les parties : cela dépend de ce qui fait la particularité de cette confiance, son intensité ou son objet. Sur ce point, il est intéressant de constater la position adoptée par le Conseil d'Etat lorsqu'il connaît du contentieux relatif au licenciement des salariés protégés.

B- Salariés protégés

Le droit du travail offre à certains salariés une protection contre le risque de licenciement encouru en raison de leurs fonctions représentatives. Le contentieux relatif à ces salariés relève du Conseil d'Etat, qui doit contrôler le licenciement prononcé : la position adoptée à l'égard de la perte de confiance ne manque pas d'intérêt.

Risque encouru par les salariés protégés. – Les représentants du personnel sont, dans les entreprises, souvent appelés à s'opposer à l'employeur pour défendre les intérêts des salariés qu'ils représentent. Indispensables au bon fonctionnement de l'entreprise, ces salariés bénéficient d'une protection contre le licenciement auquel ils sont particulièrement exposés²⁰⁶. Bénéficient de la protection mise en place les représentants du personnel titulaires, leurs suppléants, les anciens représentants pendant un certain délai et les candidats aux élections. Cette protection se manifeste principalement par l'exigence d'une consultation préalable du comité d'entreprise et par la nécessité d'une autorisation accordée par

²⁰⁵ Soc., 28 avril 2006, *D.* 2006 p. 1336.

²⁰⁶ E. Dockès, *Op. cit.*, n° 1132.

l'inspecteur du travail. Cette étape est déterminante : s'il s'oppose au licenciement, l'inspecteur du travail contraint l'employeur à conserver le salarié. La réintégration du représentant du personnel doit avoir lieu, à peine de commettre un délit d'entrave. L'inspecteur du travail réalise une enquête contradictoire²⁰⁷, en vue d'aboutir à une décision motivée indiquant la nature des faits reprochés au salarié²⁰⁸. Son rôle est de s'assurer que les faits invoqués par l'employeur sont de nature à justifier un licenciement et qu'il n'existe pas de motif d'intérêt général susceptible d'y faire obstacle, sous réserve de ne pas porter une atteinte excessive à l'un ou l'autre des intérêts en présence. L'inspecteur du travail joue donc un rôle de garant de la protection des représentants, sous le plein contrôle du juge administratif depuis l'arrêt *SAFER d'Auvergne* rendu le 5 mai 1976 par le Conseil d'Etat²⁰⁹. Dans cette perspective, s'intéresser à la place occupée par la perte de confiance dans la jurisprudence administrative est révélateur, dans la mesure où ce motif « *passe-partout* »²¹⁰ est le plus susceptible de laisser une large place à la subjectivité de l'employeur souhaitant se séparer de représentants du personnel qui l'embarrassent.

Place de la perte de confiance. – Comme à l'égard des salariés ordinaires, la perte de confiance est au confluent d'impératifs contradictoires, la légitime protection de l'employeur qui ne peut plus se fier à son salarié et la nécessité d'offrir une certaine stabilité du contrat de travail au salarié qui ne doit pas se retrouver soumis aux seules humeurs de l'employeur. Plus qu'à l'égard des salariés ordinaires, l'impératif de protection des représentants du personnel semble primer. Il aurait donc été logique que la perte de confiance ne puisse pas être invoquée à l'égard des salariés protégés, d'autant plus que l'opposition avec les intérêts de l'employeur « *est une condition de bon exercice de leur mandat* »²¹¹. L'employeur peut légitimement douter de la loyauté d'un salarié conduit à s'opposer à lui dans le cadre de son mandat ; cette idée sous-tend d'ailleurs le régime protecteur des représentants du personnel. Pourtant, le Conseil d'Etat n'a pas immédiatement été hostile au licenciement pour perte de confiance, auquel il posa seulement, dans un premier temps, des conditions. Ainsi en 2001 l'arrêt *Genève*²¹² admettait-il encore le licenciement pour perte de confiance alors que la juridiction suprême de l'ordre judiciaire l'abandonnait. Les salariés protégés étaient donc susceptibles d'être l'objet d'un licenciement pour perte de confiance pourtant exclu à l'égard des salariés

²⁰⁷ CE, 21 août 1996.

²⁰⁸ CE, 7 février 1992.

²⁰⁹ CE 5 novembre 1976, Dr. soc. 1976. 346, concl. Ph. Dondoux.

²¹⁰ J. Pélissier, obs. ss. Soc. 28 mars 1979, D. 1979, I.R.423.

²¹¹ E. Dockès, *Op. cit.*, n° 1132.

²¹² CE, 31 janvier 2001, RJS 7/01, n°891.

ordinaires. Les conditions posées par le Conseil d'Etat étaient particulièrement intéressantes : pour qu'un tel licenciement soit admis, il fallait que le salarié exerce une fonction dirigeante au sein de l'entreprise ou y occupe une position éminente. Cette exigence présente quelque similitude avec l'intensité particulière que revêt la confiance de l'employeur à l'égard des cadres. Le juge administratif semblait considérer que seule était digne de protection la confiance placée par l'employeur dans le personnel haut placé dans la hiérarchie, probablement du fait de la spécificité de cette confiance, justifiant une « obligation particulière de loyauté ». Le Conseil d'Etat semblait alors guidé par l'idée que seules les personnes à l'égard desquelles l'employeur a une confiance particulière sont susceptibles d'être licenciées pour perte de confiance, à l'image des cadres, comme cela a été suggéré précédemment. Néanmoins, cette position est désormais abandonnée, le Conseil d'Etat refusant désormais que la perte de confiance constitue un motif de licenciement d'un salarié protégé²¹³. L'alignement du droit du licenciement des représentants du personnel sur celui des salariés ordinaires a donc eu lieu, excluant tout rôle de la perte de confiance²¹⁴. La rupture de la perte de confiance avec le droit du licenciement semble désormais consommée.

²¹³ CE, 21 décembre 2001, *Baumgarth*, *RJS* 2002 n°304.

²¹⁴ E. Dockès, *Op. cit.*, n° 1145.

CONCLUSION

Confiance et contrat de travail se joignent pour initier la relation de travail, la première étant nécessaire à la naissance du second. Il apparaît particulièrement complexe de détacher l'une de l'autre, tant leurs rapports sont étroits, chacun se renforçant mutuellement. Le contrat de travail est, tout au long de son exécution, imprégné de confiance.

L'incontestable importance de la confiance au sein de la relation de travail, sans doute indispensable à sa pérennité, a longtemps dissimulé la difficulté qu'il y a à appréhender juridiquement la notion. Sa subjectivité en fait un critère peu opératoire, critique à laquelle elle n'échappe pas quand bien même serait seule prise en compte la confiance « pertinente », relative à l'exécution du contrat. Le recul de la notion en jurisprudence est heureux, en ce qu'il restaure un meilleur contrôle de la rupture du contrat, à laquelle n'est jamais vraiment étrangère la perte de confiance. Son utilisation autonome est trop incertaine pour qu'il y soit recouru de manière systématique. Ce n'est pas sacrifier la confiance que d'écarter la sanction de sa disparition lorsqu'aucun autre motif ne corrobore ce sentiment ; il s'agit plutôt de la concilier avec le contrat de travail, qui porte en lui une exigence de stabilité, une certaine résistance aux fluctuations des sentiments de l'employeur.

Comme nous avons débuté cette étude, concluons avec la pensée du professeur Cornu, qui, dès 1963, exprimait cette idée en ces termes : « *la confiance a beau être la clef de voûte à laquelle se rapporte tout un système de règles (liberté du choix, révocabilité), elle n'est pas, dans chaque espèce, l'objet d'une analyse concrète du juge, en tant que sentiment. Elle n'apparaît pas distinctement du consentement qu'elle inspire, ni la méfiance de la révocation, comme cela serait si elle était une entité indépendante* »²¹⁵.

²¹⁵ G. Cornu, « Du sentiment en droit civil », conférence prononcée à Liège en 1963, in *L'art du droit en quête de sagesse*, Puf, 1998, p.74.

INTRODUCTION	p. 6
PREMIERE PARTIE : L'EXIGENCE DE CONFIANCE	p. 16
<u>§1 – Formation du contrat de travail</u>	p. 16
A- La confiance recherchée	p. 16
1- Phase précontractuelle	p. 17
a- Principes et limites de la liberté de recrutement	p. 17
b- Négociation précontractuelle	p. 19
2- Période d'essai	p. 22
B- La confiance négociée	p. 25
1- Utilité des clauses	p. 25
2- Diversité des clauses	p. 27
<u>§2- Exécution du contrat de travail</u>	p. 33
A- Confiance et protection du salarié	p. 33
1- Encadrement des pouvoirs de l'employeur	p. 34
a- Encadrement contractuel	p. 34
b- Renfort jurisprudentiel	p. 37
2- Obligation de loyauté de l'employeur	p. 39
a- Obligation d'adaptation du salarié	p. 39
b- Loyauté de la preuve	p. 41
B- Confiance et protection de l'employeur	p. 44
1- Salariés ordinaires	p. 44
2- Obligations particulières	p. 46
DEUXIEME PARTIE : LA RUPTURE DE CONFIANCE	p. 49
<u>§1- Droit commun de la perte de confiance</u>	p. 49
A- Les débordements de la perte de confiance	p. 49
1- Rupture de confiance et rupture du contrat de travail	p. 50
2- 1973-1990 : les excès jurisprudentiels	p. 51
a- Le laxisme de l'appréciation de la perte de confiance	p. 52
b- La sévérité des effets de la perte de confiance	p. 55
B- L'encadrement de la perte de confiance	p. 56
1- Une appréciation restrictive	p. 57
2- La suppression des effets	p. 59
C- La résurgence de la perte de confiance	p. 61
1- Pertinence de l'abandon	p. 61
2- Interrogations jurisprudentielles	p. 63
<u>§2- Situation particulières</u>	p. 65
A- Salariés soumis à une obligation particulière de loyauté	p. 66
1- Loyauté particulière des cadres	p. 66
2- Loyauté particulière dans les entreprises d'affinité	p. 68
B- Salariés protégés	p. 70
CONCLUSION	p. 73

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GENERAUX

- ANTONMATTEI P.H.**, *Les clauses du contrat de travail*, éd. Liaisons, 2005
- CAMERLYNCK (G.H.)**, *Traité de droit du travail – Contrat de travail*, Dalloz, 1968.
- CARBONNIER (J.)**, *Droit Civil, Introduction*, Puf Thémis, 27^e édition.
- CARBONNIER (J.)**, *Les obligations*, PUF.
- CORNU (G.)**, *Linguistique juridique*, 3^e édition, Montchrestien, 2005.
- CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique H. Capitant*, 8^e édition, PUF, coll. Quadrige, 2007.
- COUTURIER (G.)**, *Droit du travail, I. Les relations individuelles de travail*, PUF, 1^{re} édition.
- COUTURIER (G.)**, *Droit du travail, II. Les relations collectives de travail*, Paris, PUF, 2001.
- DOCKES (E.)**, *Droit du travail*, Dalloz, 3^e édition.
- FAVENNEC-HERY (F.)**, **VERKINDT (P.-Y.)**, *Droit du travail*, LGDJ, 2^e édition.
- GAUDU (F.)** et **VATINET (R.)**, *Les contrats du travail*, dir.J.Ghestin, L.G.D.J.,2001.
- GHESTIN (J.)**, *Traité de Droit civil, les obligations, le contrat*, L.G.D.J..
- LE GOFF (J.)**, *Droit du travail et société, tome 1, les relations individuelles de travail*, Presses Universitaires de Rennes, 2001.
- LOYSEL**, *Institutes coutumières*, édition de Paris, 1846.
- MAZEAUD (A.)**, *Droit du travail*, Montchrestien, 6^e édition.
- PELLISSIER (J.)**, **SUPIOT (A.)**, **JEAMMAUD (A.)**, *Droit du travail*, Dalloz, 23^e édition.
- SERIAUX (A.)**, *Le droit, une introduction*, Ellipses, 1997.
- SUPIOT (A.)**, *Critique du droit du travail*, 2^e éd., PUF, coll. Quadrige.
- TERRE (F.)**, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 6^e édition.
- TERRE (F.)**, **SIMLER (Ph.)**, **LEQUETTE (Y.)**, *Les Obligations*, Dalloz, 9^e édition.
- TEYSSIE (B.)**, *Droit du travail, Relations individuelles du travail*, n°642

II- THESES

BOISMAIN (C.), *Les contrats relationnels*, th. Nantes, 2004.

CHIREZ (A.), *De la confiance en droit contractuel*, th. dactyl., Nice, 1977.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th. 1912, Rousseau.

LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.

LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits – Contribution à l'étude des sanctions civiles*, éd. Panthéon Assas, 2007.

MARTINON (A.), *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, préf. B. Teyssié, Dalloz, 2005.

MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ.

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Bibliothèque de droit privé, t. 208, L.G.D.J., 1989.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat*, préf. R. Bout, LGDJ.

III- ARTICLES, OBSERVATIONS

ADAM (G.), « Critique d'une étude critique de J.-E. Ray », *Dr. soc.* 1993.334.

AYNES (L.), « L'obligation de loyauté », *Arch. Phil. Dr.*, 2001, p.195 - « La confiance en droit privé des contrats », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénabou et M. Chagny, Dalloz, Actes, 2008.

BOSSU (B.), « Surveillance du salarié et loyauté de la preuve », *JCP S* 2008, 1396.

CARBONNIER (J.), « Sociologie et droit du contrat », *Annales de la faculté de Droit de Toulouse*, tome VII.

CHIREZ (A.), « La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », *D.* 1981, chron. p. 195.

CHIREZ (A.), **LABIGNETTE (J.)**, « La place du doute dans le contentieux de la relation de travail », *Dr.soc.* 1997.669.

CORNU (G.), « Du sentiment en droit civil », conférence prononcée à Liège en 1963, in *L'art du droit en quête de sagesse*, Puf, 1998.

CORRIGNAN-CARSIN (D.), « Loyauté et droit du travail », in *Mélanges offerts à H. Blaise*, Paris, Economica.

DEL SOL (M.), **LEFRANC-HAMONIAUX (C.)**, « La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants », *JCP S* 2008, 1666.

DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation », *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, page 635 et s.

DONDOUX (Ph.), concl. ss. CE 5 mai 1976, SAFER d'Auvergne, *Dr. soc.* 1976.346.

GARDIN (A.), « Licenciement des cadres et exigence de loyauté », in *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand* (dir. C. Marraud, F. Kessler, F. Géa), Presses Universitaires de Strasbourg, 2000 – note ss. Soc., 29 mai 2001, *D.* 2002, p. 921.

GATUMEL (D.), obs. ss. Soc., 25 février 1992, *JCP E* 1992, I, 162, n°8.

GAUDU (F.), « Fidélité et rupture », *Dr. Soc.* 1991.41.- « Le licenciement pour perte de confiance », *Dr. soc.* 1992, p.32.

GAUTIER (P.-Y.), obs. ss. Soc., 22 mai 1995, *RTD civ.*, 1996, p. 197, n°6- note ss. Civ. 1^{re}, 27 février 2007, *D.*2007.1632.

GAURIAU (B.), obs. ss. Soc., 16 février 1999, *Dr. soc.* 1999.396.

GHESTIN (J.), Soc., 4 janvier 1968, *JCP G* 1969.II.15835.

HAUSER (J.), « Pouvoir et contrat de travail », in *Le pouvoir du chef d'entreprise* (dir. J. Pélissier), Dalloz, 2002.

JAMIN (Ch.), « Révision et intangibilité du contrat », *Dr. et patr.* mars 1998, p. 46.

JEAMMAUD (A.), **LE FRIANT (M.)**, **LYON-CAEN (A.)**, « L'ordonnancement des relations du travail », *D.*1998 chr. 359.

LECUYER (H.), « Le contrat acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, Pages 643 et s.

LEPAGE (A.), « Le bureau du salarié n'est pas une extension de son domicile privé », *D.* 2004 p. 1635.

LOISEAU (G.), « Contrats de confiance et contrats conclu *intuitu personae* », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénabou et M. Chagny, Dalloz, Actes, 2008 - « La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », *JCP S* 2009 1013

LYON-CAEN (A.), « Le renouveau du contrat de travail », *Dr. Soc.*, 1992.

LYON-CAEN (G.), *Défense et illustration du contrat de travail*, APD, t. XIII, 1968 – note ss. Soc., 23 juin 1976, *D.* 1971, p. 191- « Le pouvoir dans l'entreprise », in *Le pouvoir du chef d'entreprise* (dir. J. Pélissier), Dalloz, 2002.

LYON-CAEN (G.), BONNETETE (M.C.), « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. soc.* 1973.493

MAZEAUD (A.), « Droit du travail et bicentenaire du Code civil : autour des articles 1134 et 9 du Code civil, ou, du contrat à la personne », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.589.

MOULY (J.), obs. ss. Soc., 25 avril 1990 & 3 juillet 1990, *D.*1991, p.507 - « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », *Dr. soc.* 2006.839 - « Une nouvelle création prétorienne à la charge de l'employeur : l'obligation de protection juridique du salarié », *D.* 2007 p. 695- « La rupture de l'essai pour motif non inhérent à la personne du salarié : fraude, abus de droit ou absence de cause réelle et sérieuse ? », *D.* 2008, p.196 - « La réticence du salarié sur un empêchement à l'exécution du contrat », *D.*2008, p.1594 - « Du pouvoir de l'employeur de réglementer l'usage par le salarié de son domicile », *D.* 2009 p. 1316.

PEANO (M.-A.), « L'intuitus personae dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 1995, p.136.

PELISSIER (J.), obs. ss. Soc. 28 mars 1979, *D.* 1979, I.R.423. - note ss. Soc., 29 novembre 1990, *D.* 1991 p. 190- obs. ss. Soc., 20 novembre 2007, Cofiroute, RDT 2008.29.

PIGNARRE (G.), note ss. Paris, 23 novembre 1990, *D.* 1992, p. 10.

RADE (Ch.), « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.*, 2001, p.802 ; « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ? », in *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité ?*, dir. L. Grynbaum, Economica, 2004 ;

RAY (J.-E.), « Fidélité et exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 1991.376- obs. ss. Soc. 5 octobre 1994, *Dr. soc.* 1994.973.

RAULT (O.), obs. ss. Soc., 17 octobre 1995, JCP E 1996, 3923.

RENET (Th.), obs. ss. Soc., 20 novembre 1986, *JCP* 1987 II 20798.

SAINT-JOURS (Y.), note ss. Soc., 17 octobre 1973, *JCP* 1974 II 17698.

SAVATIER (J.), obs. ss. Soc., 28 juin 1972, *Dr. soc.* 1973.305 – « Les garanties contractuelles de stabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 1991.413 – obs. ss. Soc., 26 novembre 2002, *Dr. soc.* 2003, p. 225 – obs. ss. Soc., 2 décembre 2003, *Dr. soc.* 2004.550.

SERIAUX (A.), note ss. Soc., 17 avril 1991, *JCP* 1991 II 21724.

TEYSSIE (B.), « Personnes, entreprise et relations de travail », *Dr. soc.* 1988.376 ; « La preuve en droit du travail », in *La preuve* (dir. C. Puigelier), Economica, 2004

VASSEUR-LAMBRY (F.), « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », *LPA* 2000, p.4.

VATINET (R.), obs. ss. Soc., 10 juillet 2002, *Dr. soc.* 2002.954.

VERKINDT (P.-Y.), « Le contrat de travail – Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003.

VIGNEAU (Ch.), « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 2004.706

VINCENT (X.), « La théorie prétorienne des périodes de garantie d'emploi, après dix ans de jurisprudence », *RJS* 2/09, p.91.

WAQUET (Ph.), « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.*, 1996, p.1430 - « Modification du contrat de travail et changement des conditions de travail », *RJS* 12/96, p. 791- *Libertés et contrat de travail*, *RJS* mai 2009, p.347.