

REVUE de

mensuel - n° 1 - janvier 2007

DROIT du TRAVAIL

DROITS D'ICI, DROITS D'AILLEURS

→ Représentativité
syndicale et négociation
collective (suite et fin)

CHRONIQUES

→ Contrats

Résiliation judiciaire et autres cas
de rupture du contrat de travail

Tiennot Grumbach et Jean Pélissier

→ Emploi

Requalification d'un contrat à durée
déterminée et relations entre employeurs
successifs

Philippe Waquet

→ Libertés et pouvoirs

Harcèlement et discrimination en droit
interne et en droit communautaire:
brèves remarques

Corinne Sachs-Durand

CO

CONTROVERSE

→ Que penser du « contrat
de travail unique » ?

Xavier Lagarde et Antoine Jeammaud

ET

ÉTUDES

→ Des chambres d'allaitement
aux crèches d'entreprise

Martine Herzog-Evans

→ La liberté d'entreprendre au pays
des droits fondamentaux

Véronique Champeil-Desplats

*Toute l'équipe de la Revue de Droit du Travail
vous présente ses meilleurs vœux pour l'année 2007*

DAJLOZ

Revue de droit du travail 2007 p. 407

Droit des contrats et droit du travail (2^e partie) (1)

Gérard Couturier, Professeur à l'Université de Panthéon-Sorbonne (Paris I)
Adalberto Perulli, Professeur à l'Université Ca Foscari de Venise

France

Le contrat de travail et le droit des contrats

Il y a un peu plus de trente ans, une controverse doctrinale portait sur les rapports entre le droit du travail et le droit civil (2). Étaient alors en débat la place qu'étaient susceptible de tenir les règles du droit civil parmi toutes celles applicables aux relations du travail et, plus particulièrement, la légitimité du recours aux concepts, aux principes, aux raisonnements du droit civil quand il s'agit de la mise en oeuvre du droit du travail. Il était soutenu que l'interprète et surtout le juge ne pouvaient faire appel au droit civil sans sortir de la logique du droit du travail - et ce au détriment des intérêts des salariés. Cette prise de position pouvait se rattacher à une certaine vision théorique du droit applicable aux relations du travail - la théorie dite du « conflit des logiques » - selon laquelle toutes les données de droit, en la matière, se rattachent forcément à des logiques antagonistes, l'une allant dans le sens des intérêts des employeurs, l'autre dans celui des intérêts des salariés (3). Dans la ligne de cette conception, l'approche juridique retenue, en ce qu'elle implique qu'on entre dans l'une ou l'autre de ces logiques, détermine en réalité le sens dans lequel interviendra la décision.

Dans ce débat, le droit des contrats aussi était impliqué : comme le droit civil en général, le droit des contrats en particulier était regardé comme relevant de la logique patronale. Mais, précisément, l'hypothèse de départ selon laquelle chaque fois qu'il est fait appel au droit des contrats, le raisonnement prenant appui sur lui tournerait nécessairement à l'avantage de l'employeur ne s'est pas du tout vérifié à l'expérience. Certaines positions ont donc dû être abandonnées et le débat s'en est trouvé, à bien des égards, dépassé.

Au binôme contrat de travail/droit des contrats, cependant, correspond aussi une autre problématique, pérenne celle-là, donnant lieu à des discussions qui sont permanentes parce que constamment renouvelées. Cette problématique là est exposée aux regards croisés des privatistes décrivant l'évolution du droit des contrats et des travaillistes analysant le régime du contrat de travail. Les premiers peuvent observer le retentissement que les solutions consacrées à propos du contrat de travail sont susceptibles d'avoir à l'échelle du droit des contrats dans son ensemble (4). Les seconds continuent à s'interroger sur la place réelle du contrat dans l'agencement des relations de travail : celles-ci sont-elles suffisamment contractuelles pour que les règles du droit commun des contrats aient vocation à s'y appliquer ? Est-il légitime de soumettre le régime du contrat de travail aux principes généraux du droit des contrats ?

Il y eut un temps où l'on évoquait volontiers le « déclin du contrat de travail ». Il s'agissait, pour les auteurs, de montrer qu'afin de rendre compte du développement du droit du travail, la perspective statutaire et la référence à l'entreprise étaient plus opérantes et plus réalistes que l'approche contractuelle et que le régime du contrat de travail, parce qu'il était fondé sur la prise en compte de l'inégalité des parties, s'écartait nécessairement des principes les plus fondamentaux du droit des contrats - celui de la liberté contractuelle avec la multiplication des règles impératives, celui de l'effet relatif du contrat avec l'article L. 122-12 du Code du travail, etc. Aujourd'hui, et depuis une bonne vingtaine d'années, c'est du « renouveau du contrat de travail » qu'il est, à l'inverse, généralement question (5) : on met en évidence son « actualité » (6), on rend justice aux « fonctions » qui sont les siennes (7). Il s'agit de tirer toutes les conséquences qui s'attachent réellement à la dimension contractuelle de la relation

de travail, et, en particulier, de faire toute leur place aux principes du droit des contrats dont le respect est ainsi justifié.

Présentement, nul ne peut méconnaître l'importance des références que le régime actuel du contrat de travail conduit à faire au droit commun des contrats. L'incidence du droit des contrats en général sur le contrat de travail en particulier est assurément très révélatrice de la conception de la relation individuelle de travail qui est celle du droit positif et plus particulièrement celle de la jurisprudence.

Dans la tradition française, la relation juridique entre le salarié et son employeur est de nature contractuelle, elle procède du contrat conclu entre l'un et l'autre. Ce postulat est fondamental. Sa signification véritable dépend, toutefois, de l'importance des emprunts que le régime du contrat de travail fait ou ne fait pas au droit des contrats. Il y a des principes qui sont caractéristiques : ils s'appliquent spécifiquement aux situations ou relations contractuelles et ne s'appliquent qu'à elles. Retrouve-t-on, dans le régime du contrat de travail ces marqueurs issus du droit des contrats, ce qui caractériserait essentiellement la dimension contractuelle de la relation de travail ? Cette question appelle une réponse extrêmement contrastée : de la référence au modèle contractuel la jurisprudence a tiré des conséquences très significatives d'où résultent, pour le salarié, des garanties essentielles. Mais il est également évident qu'à d'autres égards cette jurisprudence s'écarte de conceptions que l'on rattache traditionnellement à l'idée même de contrat.

Force obligatoire et bonne foi

S'il est une évolution de la jurisprudence à laquelle peut être rattaché le phénomène déjà cité du « renouveau du contrat » en droit du travail, c'est bien celle qui a marqué, relativement à la modification du contrat de travail, un retour spectaculaire au principe de la force obligatoire du contrat⁽⁸⁾. La jurisprudence antérieure sacrifiait celui-ci manifestement, elle admettait dans son principe la modification unilatérale du contrat en faisant prévaloir le droit de résiliation unilatérale reconnu aux parties aux contrats à durée indéterminée : « le contrat à durée indéterminée, qui peut être à tout moment rompu par la volonté de l'une des parties, peut également et par là-même être modifié de façon unilatérale »⁽⁹⁾. Désormais, au contraire, il est jugé que « l'employeur ne peut, sans l'accord du salarié, modifier substantiellement le contrat individuel de travail et qu'il lui incombe, soit de maintenir les conditions contractuellement convenues, soit de tirer les conséquences du refus opposé par l'intéressé »⁽¹⁰⁾.

Dans ce refus de la modification unilatérale on peut bien reconnaître le principe de l'article 1134 du Code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (al. 1) ; avec son corollaire immédiat : « elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel » (al. 2). Ainsi revenue au respect du principe, la Cour de cassation a pu observer que ce n'était pas seulement les « modifications substantielles » - ni, au demeurant, les modifications d'un « élément essentiel » du contrat - qui ne pouvaient pas être imposées par un contractant à l'autre : toute modification du contrat est dans ce cas. A cet égard, la seule distinction vraiment décisive est celle qu'il faut faire entre ce qui relève de l'exécution du contrat et ce qui impliquerait sa modification⁽¹¹⁾.

L'irrévocabilité et l'intangibilité qui constituent des aspects majeurs de la force obligatoire du contrat s'appliquent donc au contrat de travail, d'où résulte une garantie essentielle pour le salarié. Celui-ci est préservé des mesures prises unilatéralement par l'employeur et qui remettraient en cause son contrat : ces mesures ne peuvent lui être imposées, elles requièrent son acceptation.

Cette fonction de garantie vis-à-vis des décisions de l'employeur directement liée au principe de la force obligatoire apparaît aujourd'hui comme un aspect premier du modèle contractuel en droit du travail⁽¹²⁾.

L'article 1134 du Code civil pose aussi l'exigence de la bonne foi contractuelle : les conventions légalement formées « s'exécutent de bonne foi » (al. 3). La place

progressivement prise par cet autre principe dans le droit applicable aux contrats en général constitue un phénomène majeur ayant marqué la seconde moitié du XX^e siècle (13). Sont concernés, en particulier, les contrats dont l'exécution doit se poursuivre dans le temps - le contrat de travail au premier chef.

Quant à l'affirmation de l'exigence de la bonne foi contractuelle dans les relations de travail, un pas décisif a évidemment été accompli par la Cour de cassation avec l'arrêt *Expovit* : « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois » (14). La conséquence que la Cour de cassation attachait ainsi au principe de l'exécution de bonne foi est généralement présentée depuis lors comme une « obligation d'adaptation » (15). De même, l'employeur, quand l'emploi d'un salarié est menacé, doit rechercher toutes les possibilités de reclassement susceptibles d'éviter le licenciement et cette « obligation de reclassement » peut aussi être rattachée à l'exigence de bonne foi (16).

C'est au regard de cette exigence que le juge apprécie le comportement de l'employeur quant aux conditions d'exécution du contrat de travail (17), dans l'éventualité d'une modification de ce contrat (18) ou pour l'application de certaines de ses clauses (19). La bonne foi est exigée dans l'exécution de l'obligation de reclassement elle-même (20).

Du côté du salarié aussi - sans qu'il s'agisse d'une véritable symétrie - l'exigence de bonne foi se manifeste au regard de risques d'activités nuisibles à l'employeur, d'activités concurrentes en particulier. On parle à cet égard d'obligation de loyauté (21), voire d'obligation de probité (22). Une jurisprudence développée depuis une dizaine d'années se prononce sur la situation qui est celle des parties pendant les périodes de suspension du contrat de travail (congé de maladie en particulier). Il en résulte que, du fait de la suspension, aucun comportement du salarié n'est plus susceptible de constituer un manquement aux obligations résultant du contrat de travail, seuls pourraient lui être reprochés des « actes de déloyauté » (23). Il faut comprendre, semble-t-il, qu'une exigence de loyauté - qui n'est ici pas différente de l'obligation de bonne foi - constitue tout ce qui reste du contrat lorsque les obligations contractuelles sont neutralisées par l'effet de la suspension. Ce serait l'expression d'un effet du contrat tout à fait élémentaire et irréductible.

Il est évidemment remarquable que cette application au contrat de travail de l'exigence fondamentale de bonne foi ait été récemment reprise à son compte par le législateur et introduite par lui dans le Code du travail. C'est l'article L. 120-4 de ce code (ce sera l'art. L. 1222-1 dans le nouveau code) qui, par l'effet de l'article 168 de la loi du 17 janvier 2002 dite de modernisation sociale, transpose la formule de l'article 1134, alinéa 3 : « le contrat de travail est exécuté de bonne foi ». On peut s'interroger sur le sens et sur la portée de cette transposition. Dans quel but le législateur a-t-il voulu faire une place dans le Code du travail pour cette affirmation dont nul ne pouvait douter (24) ? Qu'est-ce que cela change que l'application d'un principe général de droit commun au contrat de travail soit légalisée (25) ?

Cette intervention du législateur, quoiqu'il en soit, va évidemment dans le sens d'une approche contractuelle des rapports entre salarié et employeur. Il y a donc dans le régime du travail salarié une place qui revient au droit des contrats puisque c'est ce droit qui fournit les principes en fonction desquels on raisonne et d'abord ceux qui figurent à l'article 1134 du Code civil (26).

Cette célébration de l'article 1134 en droit du travail pourrait, il est vrai, sembler paradoxale si l'on rappelait que classiquement le principe qui y est inscrit était compris comme imposant aussi au juge le respect du contrat : il doit le respecter comme s'il s'agissait de la loi elle-même. Or, en droit du travail le contrat est, on va le dire maintenant, largement soumis à l'emprise du juge. Mais il s'agit d'un phénomène qui, à l'heure actuelle, s'étend à toutes sortes de contrats (27).

Un déficit d'autonomie

L'autonomie constitue une caractéristique première du contrat. Les effets que le contrat

produit sont *a priori* ceux en vue desquels il a été conclu. Les contractants se trouvent placés dans la situation qu'ils ont voulue. S'ils sont obligés, c'est en vertu de l'engagement qu'ils ont volontairement pris. Il ne s'agit certes pas de redonner à ces quelques observations la portée théorique, voire philosophique qu'elles avaient, paraît-il, au XIX^e siècle, si l'on en croit Gounot (28). On sait que dans le cadre du droit des contrats contemporain l'autonomie contractuelle n'est plus ce qu'elle était, mais, s'agissant du contrat de travail, on croit observer un déficit d'autonomie particulièrement marqué.

Au regard de la liberté contractuelle, il est pourtant possible de marquer des avancées du côté du contrat de travail. Selon les analyses qui en ont été faites (29), le renouveau du contrat en droit du travail était en particulier un renouveau de la liberté contractuelle. C'est bien au titre de la liberté contractuelle que le contrat de travail peut comporter les clauses qui en font aujourd'hui l'instrument de l'individualisation des rémunérations et des conditions d'emploi, de l'adaptation de celles-ci aux changements techniques ou économiques, de fidélisation des salariés, etc. Cette vitalité de la liberté contractuelle se traduit donc par la multiplication de clauses telles que les clauses de mobilité, d'exclusivité et de non-concurrence, de dédit-formation, etc.

Cependant, ces manifestations de liberté contractuelle sont circonscrites et de portée limitée. Pour l'essentiel, le régime du contrat de travail ne fait évidemment à la liberté contractuelle qu'une place très réduite. Entre les grandes catégories de contrats - contrats à durée indéterminée, contrats à durée déterminée, contrats à temps partiel, etc. - le choix est très strictement encadré et les aménagements envisageables - la stipulation d'une clause de résiliation dans un contrat à durée déterminée ou celle d'un terme dans un contrat à durée indéterminée - sont absolument exclus. C'est l'impérativité qui est partout. Il en est de plusieurs sortes : l'ordre public est tantôt relatif - lorsqu'il s'agit de garanties minimales et que la règle cède devant toute disposition plus favorable aux salariés - et tantôt absolu. L'impérativité est souvent accentuée, ce qui se marque tant au regard de l'application des règles dans le temps (30) qu'au regard des sanctions qui leur sont attachées (31). L'impérativité s'attache éventuellement au contrat lui-même en ce qu'il est une garantie : l'employeur ne peut prendre unilatéralement une mesure qui remettrait en cause le contrat et les parties elles-mêmes ne peuvent convenir qu'il aura cette faculté (32). Il ne paraît pas indispensable de décrire à nouveau ici les limites et restrictions apportées à la liberté contractuelle quand elle s'applique au contrat de travail (33). On voudrait seulement par quelques observations caractériser la façon d'appréhender le contrat qui est celle de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation.

L'indifférence à la volonté réelle des parties

La multiplication des clauses implicites découvertes opportunément dans le contrat par le juge est un phénomène bien connu et souvent décrit dans le cadre du droit des contrats. Ces clauses sont situées dans le prolongement de l'exigence de bonne foi de l'article 1134, alinéa 3 ou, préférablement, dans celui de l'article 1135 : « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Même en droit des contrats, la mise en oeuvre des obligations attachées à ces clauses non prévues par les parties va, parfois, jusqu'au « forçage du contrat » (34).

Il en va de même pour le contrat de travail. Citons seulement la place faite maintenant dans la jurisprudence à l'obligation de sécurité de résultat pesant sur l'employeur : en vertu du contrat de travail, « l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par le salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés dans l'entreprise » (35) ; ou « notamment en ce qui concerne les accidents du travail » (36). Cette obligation a également été évoquée à propos de la lutte contre le tabagisme (37), et en matière de harcèlement moral (38). Elle est explicitement contractuelle ; l'expression « obligation de sécurité de résultat » elle-même est évidemment empruntée au vocabulaire du droit de la responsabilité contractuelle. Il n'en est que plus frappant que cette référence à une clause implicite du contrat serve à substituer l'obligation ainsi caractérisée et même qualifiée à l'obligation de sécurité dont il était précédemment

question en droit du travail, laquelle était une obligation non de l'employeur mais « du chef d'entreprise » (39), était une obligation légale et non-contractuelle et fondait une responsabilité pénale plutôt que civile.

A présent, et en raison des conditions (déjà évoquées) qui sont celles de la modification du contrat, il importe beaucoup de pouvoir déterminer ce qui est partie intégrante du contrat et ce qui lui est extérieur : lesquelles des composantes de la relation de travail doivent-elles être considérées comme déterminées par le contrat ? Il s'agit *a priori* d'une question d'interprétation que l'on aurait naguère cherché à résoudre en fonction de l'intention - prouvée ou présumée - des parties. Il est manifeste que le *modus operandi* de la jurisprudence actuelle est très différent. S'agissant de dire si et dans quelle mesure le lieu du travail ou l'horaire du travail ou la nature des tâches sont prévus par le contrat de travail du salarié, il n'y a plus lieu du tout de se référer à l'intention (supposée) des parties lors de l'embauche. La jurisprudence fait prévaloir des règles qu'elle a posées elle-même et qui déterminent ce qui doit être prévu par le contrat et à quelles conditions les parties peuvent donner au contrat un contenu plus large.

Ainsi, en ce qui concerne le lieu du travail, la jurisprudence applique *a priori* un système présenté comme « objectif », c'est-à-dire tout à fait étranger à l'état d'esprit des parties (40). La règle est, à cet égard, que le contrat est conclu pour s'exécuter dans un « secteur géographique » déterminé, de sorte que c'est en recherchant si le lieu auquel le salarié est affecté est situé dans un secteur géographique différent de celui où il travaillait précédemment que le juge peut décider si la mutation géographique constitue une modification du contrat de travail (41). Peu importe que les parties n'aient eu nulle conscience du contenu ainsi prêté à leur contrat. Il est vrai que ce système est supplétif et que la contractualisation d'un lieu de travail précis est admise. Mais elle ne l'est qu'à des conditions strictes. Il ne suffit pas que le contrat porte l'indication d'un lieu de travail, il faut qu'il stipule explicitement que ce lieu est le seul où le salarié aura à travailler (42)

La volonté des parties n'apparaît pas ainsi comme étant - par elle-même et en général - source de légitimité. C'est, spécialement, le consentement du salarié qui est tenu pour indifférent d'une façon qui est particulièrement significative. On pense, en particulier, à l'évolution de la jurisprudence relative aux clauses d'objectifs. Initialement, il était jugé que la détermination d'objectifs assignés au salarié impliquait un accord des parties : l'employeur ne pourrait faire grief au salarié de n'avoir pas atteint des objectifs qu'il avait fixés unilatéralement (43). Mais, depuis lors, il est apparu que les objectifs fixés au salarié avaient identiquement la même portée et étaient soumis au même contrôle des juges, qu'ils soient acceptés ou non par le salarié (44). L'explication a été donnée par l'un des principaux artisans de cette jurisprudence : « la Chambre sociale renonce à tirer quelque conséquence que ce soit du caractère unilatéral ou contractuel de l'objectif... On peut douter, en effet, de la portée de l'accord donné par le salarié à des objectifs qu'il ne peut utilement contester. Au contraire, il est normal qu'un chef d'entreprise, dans le cadre de son pouvoir de direction, détermine les objectifs qu'il convient d'atteindre. Ce pouvoir se concilie, sans difficulté, avec celui du juge d'apprécier, dans chaque cas, si le salarié a commis une faute en n'atteignant pas les objectifs fixés » (45). Ainsi, la norme jurisprudentielle répartit si bien le pouvoir entre l'employeur et le juge qu'il ne reste plus rien à quoi le salarié ait à consentir.

Les valeurs attachées au modèle contractuel et les autres

A la figure du contrat s'attachent traditionnellement des valeurs de liberté et d'engagement, des valeurs de loyauté aussi, on l'a relevé plus haut. Au cours de la dernière période, le droit du travail a été soumis à l'influence grandissante d'autres valeurs, celles en particulier qui sont liées au respect des droits de l'homme, des droits et libertés de la personne, notamment en raison de l'attention portée aux sources supra nationales et aux principes de valeur constitutionnelle. Entre les unes et les autres, il y a des recoupements, il n'y a pas de contradiction, même pas de concurrence. On peut voir toutefois que l'évolution ne se fait pas au profit des premières.

La référence à l'article L. 120-2 du Code du travail s'impose ici : « nul ne peut apporter aux

droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Le texte n'est pas ancien - il ne remonte qu'à la loi du 31 décembre 1992 - mais on s'est vite accoutumé à y voir un texte fondamental, un élément fondateur du droit du travail d'aujourd'hui (46). Le respect des droits des personnes et des libertés individuelles et collectives dont il est question est celui de valeurs essentielles dans le droit régissant les relations de travail.

Par rapport au droit des contrats, l'article L. 120-2 se présente dans deux positionnements un peu contradictoires. D'un côté, il peut être lu comme une règle de droit des contrats. Il exprime, évidemment, une limite à la liberté contractuelle. C'est une limite spécifique en ce qu'elle implique une conciliation entre le respect des droits et libertés de la personne et les exigences tenant - au travers de sa tâche propre - à la fonction du salarié dans l'entreprise. Cette conciliation passe par un rapport de proportionnalité (« proportionnées au but recherché »). C'est un rattachement fort au droit des contrats. On sait que le « principe de proportionnalité » est volontiers rangé aujourd'hui au nombre des « principes directeurs du droit des contrats » (47). Le contrôle de proportionnalité apparaît maintenant comme une méthode du droit des contrats ; en raison de l'article L. 120-2 (et de quelques autres règles aussi), c'est aussi une méthode du droit du travail (48). On peut envisager qu'une application plus large de l'article L. 120-2 conduise à soumettre à un contrôle de proportionnalité différentes clauses du contrat de travail, notamment la clause de mobilité (49).

A l'inverse, est très apparente l'absence troublante dans l'article L. 120-2 de toute référence au contrat. Le respect des droits de la personne et des libertés s'impose et la règle est unique. Il n'est pas distingué selon qu'elle s'applique aux mesures décidées par l'employeur (notamment dans l'exercice de ses pouvoirs), au comportement de tiers (par exemple les conseils en recrutement visés par le législateur de 1992) ou qu'elle s'applique au contrat auquel le salarié lui-même souscrit personnellement. Ni la règle elle-même ni la façon dont elle est appliquée ne font en rien apparaître la portée susceptible d'être reconnue à un choix fait par le salarié contractant en toute connaissance de cause, à un engagement pris par lui librement. Il y a une certaine logique de l'engagement et du contrat - qui est aussi une logique de dignité - qui est tout à fait étrangère à l'article L. 120-2. C'est une autre manifestation - la plus forte, peut-être - du déficit d'autonomie évoqué plus haut.

Le régime du contrat de travail et le droit des contrats ont évolué ensemble. La singularité de ce contrat a été à l'origine de solutions qui ont souvent retenti ensuite sur le droit des contrats tout entier. Inversement, des tendances de ce droit ont trouvé dans leur application au contrat de travail une réalisation particulièrement significative. On s'interroge sur les nouvelles formules contractuelles et les combinaisons de contrats qui vont devoir être trouvées dans les perspectives présentement ouvertes de « sécurisation des parcours professionnels » et de « sécurité sociale professionnelle ».

Gérard Couturier

Italie

Les relations entre le droit du travail et le droit des contrats constituent une question classique dans la perspective méthodologique du droit du travail. Cette question trouve écho dans un certain nombre d'oppositions ou de tensions : entre le contractualisme et la vocation anti-contractuelle du droit du travail qui tend à réduire la fonction du contrat à un simple fait constitutif d'une relation dont la réglementation est soustraite à l'autonomie des parties, entre le contrat individuel de travail et l'organisation productive qui introduit dans la logique contractuelle des éléments irréductibles à la logique élémentaire de l'échange (l'intérêt de l'entreprise), entre l'inégalité des parties et les schémas contractuels classiques. Il y a là quelques illustrations bien connues de la confrontation entre les structures du droit du travail et les schémas du droit privé. Cette dialectique mérite d'être revisitée au regard des évolutions du droit, selon trois axes de réflexion : 1) la perte de spécificité du droit du travail en raison de la progressive expansion de l'autonomie de la volonté et de la redécouverte du

travailleur-individu ; 2) le changement de nature et de fonctions du droit des contrats dans un processus plus général de contractualisation de la société ; 3) l'usage de catégories typiques du droit des contrats, en particulier la bonne foi objective, et ses conséquences sur la question de l'autonomie du droit du travail par rapport au droit privé.

Le droit du travail, la spécialité et la dynamique des sources

Le droit du travail, dans ses rapports avec le droit civil, est traditionnellement décrit par sa spécialité, tant dans ses contenus que dans sa fonction. Comme il a été souligné, « le droit du travail est né contre l'impérialisme du contrat »⁽⁵⁰⁾, ou bien contre la réduction - une caractéristique de la perspective civiliste - des relations de travail à la catégorie des contrats d'échange, rendue possible par l'assimilation du facteur du travail à un bien susceptible d'échange sur le marché. Il est donc considéré comme un « droit spécial » parce qu'il pose contre l'anthropologie du droit civil un modèle de l'homme totalement ignoré par le droit privé, mettant en exergue la contradiction entre le « droit bourgeois » et la « législation travailliste ». Le droit du travail est un droit spécial parce que le contrat de travail est relatif à « l'être », alors que le droit des contrats concerne « l'avoir » des personnes. Il l'est également parce que le droit du travail se trouve entre le droit des biens et le droit des personnes, entre la partition classique entre le droit privé et le droit public.

Bien qu'il conserve quelques traits de spécialité, le droit du travail n'a plus d'antinomie forte avec le droit civil. En revanche, d'un certain point de vue, il est en train de suivre un parcours typiquement privatiste au moins dans trois directions : a) en sollicitant la catégorie du contrat pour diversifier les régimes (construction de sous-types de travail subordonné en dérogation au schéma ordinaire) ; b) en déplaçant le point d'équilibre d'une logique de protection (caractérisée par la réduction de l'autonomie de négociation individuelle et par une régulation hétéronome impérative) à une logique de marché (avec une croissance du pouvoir contractuel) ; c) en valorisant la volonté des parties dans la qualification et le régime juridique du rapport de travail.

Ces trois directions convergent vers celle qui a été décrite comme la singularisation de la condition juridique du salarié⁽⁵¹⁾. Le vecteur de cette contractualisation-singularisation⁽⁵²⁾ est souvent le législateur lui-même dans le cadre d'une tendance générale à la déréglementation ou à la flexibilisation des garanties prévues par la norme hétéronome : le droit du travail redéfinit alors la dialectique traditionnelle de l'autonomie/hétéronomie dans une perspective d'autodétermination et de valorisation de l'individu. En témoigne une série d'indices, certains évidents, d'autres embryonnaires.

A la base de ces tendances se trouve le dépassement de l'idée que les rapports de travail sont réductibles à un type général de travail subordonné auquel correspond une loi indépendante des fluctuations du marché et des changements technologiques. Cette loi, qui constituait la base stable de la condition salariale, semble aujourd'hui toujours plus déstructurée en raison d'une dé-standardisation exacerbée des rapports de travail, entendue comme la multiplication des formes contractuelles. Avec cette flexibilité typologique se profile « la démolition de l'avant-mur construit pendant le XX^e siècle afin de séparer le marché du travail du marché des marchandises »⁽⁵³⁾ et l'accroissement corrélatif des espaces de régulation attribués à l'autonomie privée individuelle. Cette tendance, qui s'inscrit dans un processus plus général de « contractualisation de la société »⁽⁵⁴⁾, marque un déplacement vers davantage d'autonomie privée individuelle. Le thème, décrit par la formule « pan-contractualisme »⁽⁵⁵⁾, est de ceux qui marquent une époque. Il transcende le domaine du droit du travail pour comprendre le système juridique tout entier, à travers des phénomènes comme l'élargissement des espaces d'autonomie, les méthodes dite « alternatives » de résolution des conflits (ADR), la diffusion de règles modelées sur l'autonomie privée dans le droit administratif, l'entrée de la régulation d'autonomie dans les secteurs traditionnellement réservés à la loi comme celui des rapports personnels ou familiaux. Depuis quelque temps le droit du travail vit également ce retour à l'autonomie individuelle, comme l'illustrent un certain nombre d'interventions normatives.

a) L'extension des espaces régulateurs attribués à l'autonomie contractuelle, au détriment de

la source collective, est particulièrement évidente dans la régulation des rapports de travail atypiques, notamment du contrat de travail à temps partiel (art. 46 du Décret législatif n. 236/2003) : dans ce cas, même en l'absence d'une réglementation collective spécifique, le travailleur peut, au moyen de clauses individuelles, consentir à l'employeur la possibilité de moduler unilatéralement le temps de travail ou le volume horaire.

b) La valorisation de l'autonomie contractuelle est également évidente dans la régulation du travail sur projet (art. 61 et ss. d. lgs. n. 236/2003) qui laisse aux parties la possibilité d'écarter l'exigence d'un motif de rupture. Plus généralement, elle est présente dans toutes les nouvelles typologies contractuelles : dans la réglementation du *job sharing*, l'expression « sauf clause contraire des parties » se répand comme un leitmotiv qui change l'orientation et la nature même des règles hétéronomes, désormais disponibles.

c) Un autre exemple de relance de l'autonomie de négociation - dont la jurisprudence même est devenue porteuse - est offert par la réévaluation de cette autonomie dans le cadre de la qualification du contrat de travail (56). La dénomination donnée par les parties devient un indice efficace et prend quelquefois même une valeur décisive : la déclaration de volonté s'élève, spécialement en présence de modalités d'exécution incompatibles avec le caractère autonome de la prestation de travail, comme l'« élément fondamental et prioritaire pour résoudre les situations d'ambiguïté factuelle » (57). La volonté des parties et la réduction corrélative des espaces de la norme intangible s'affirment à nouveau avec l'introduction par la loi de formes de volonté assistée et de mécanismes de « certification » des rapports de travail. Avec la procédure volontaire de certification introduite par le décret législatif n. 276/2003 (art. 75 et s.) et actuellement prévue pour tous les contrats de travail, voire pour distinguer le contrat d'entreprise et le contrat de travail temporaire ; art. 68 et 82), le législateur poursuit deux objectifs. Le premier tient à l'attribution aux parties d'un pouvoir de qualification du rapport : les parties, en présentant une demande écrite commune, opèrent directement la qualification du contrat qui est validée par un acte administratif de vérification de l'accord contractuel par un troisième organe (*commissione di certificazione*). Cette procédure introduit un élément formel *ex ante* de qualification du rapport, dans un domaine traditionnellement indisponible (« *inderogabile* »).

Le deuxième objectif concerne l'ouverture à des formes de dérogation assistée : les commissions de certification ont pour tâche de fournir « conseil et assistance » aux parties lors de la négociation « avec une référence particulière à la disponibilité des droits », prévue expressément par la phrase « qualification exacte du rapport ».

Le droit privé, la justice sociale et la protection des droits fondamentaux.

Le droit privé - dans certains cas impulsé par le droit communautaire - n'est plus le champ du vouloir et du pur individualisme, il n'est plus le droit inattentif aux problèmes de la justice sociale et des effets distributifs de la richesse. En droit privé, se rencontrent aujourd'hui de nombreuses rationalités sociales, de multiples interactions avec d'autres champs (l'économie, la science, la technologie, la politique). En embrassant de nouveaux champs d'action, le droit contractuel subit par là même une transformation. Le contrat n'est plus réductible à l'échange économique, et au-delà le droit privé a intégré le social à travers des effets distributifs, comme : 1. l'expansion de l'instrument contractuel en tant que norme remplaçant la loi pour organiser la société civile et protéger les intérêts sociaux ; 2. les fonctions de correction de la justice contractuelle mises en place par les interventions régulatrices du marché (protection du consommateur, régulation de la concurrence, protection contre les situations de « dépendance économique », honnêteté et bonne foi, raisonnable) ; 3. l'exigence de rationalité de la négociation (l'information et les asymétries informatives, la transparence dans les échanges, etc.) ; 4. l'exigence de proportionnalité des échanges qui s'exprime notamment à travers le standard de *raisonnabilité* prévu par les Principes du droit européen des contrats et la recherche d'une « proportion entre l'effort et la valeur, entre la gravité de l'inexécution et le remède » ...

Le système du droit privé est un système autoréférentiel, mais cognitivement ouvert. Dans un contexte de crise du droit public et de la capacité de régulation économique de l'Etat-nation,

face au mouvement de dénationalisation de l'économie et de désétatisation du droit, le droit privé incorpore des garanties fondées sur les droits fondamentaux. Dans cette perspective, il est naturel que le droit privé et le droit du travail développent une nouvelle grammaire commune.

Le droit du contrat est aujourd'hui prêt à régir les champs sur lesquels s'était construite l'expansion du droit public. « De la protection au contrat », telle a été la direction de la modernité (58) ; telle semble être la direction aujourd'hui prise par l'Etat social, dont rend compte le passage en cours de la protection à la contractualisation.

Le droit du travail est né et s'est développé à la croisée de deux exigences : l'efficacité économique et la protection de la personne. L'objectif a été, d'un côté, de protéger le travailleur qui se trouve dans une situation de subordination juridique, en garantissant le respect des droits individuels et collectifs, tels que fixés par la loi et la convention collective, de l'autre, de contribuer à une organisation efficiente de l'activité économique de l'entreprise. Ces deux principes sont contradictoires seulement en apparence. D'une part, le droit du travail n'est pas (et ne doit pas être) contre le marché; il est un droit régulateur du marché qui exprime sa rationalité économique non seulement en formalisant l'usage de la force de travail dans l'intérêt de l'entreprise, mais surtout en corrigeant les déficiences du marché. Chaque marché a besoin de règles juridiques pour fonctionner correctement, comme l'illustrent les cas *Enron*, *Andersen*, *Parmalat*, caractéristiques de l'échec de l'autorégulation en matière financière et de la création des normes de procédure comptable faites sur mesure pour les acteurs économiques. D'autre part, le droit du travail doit fonctionner avec un certain niveau de réglementation hétéronome et d'ordre public dosé en quantité suffisante pour réaliser la protection de la personne.

La réalisation de ces objectifs requiert du droit du travail un sens du compromis et de l'équilibre. Dans cette fonction d'équilibre, les schémas et les modèles civilistes représentent une ressource importante, justement parce que ces modèles - basés sur l'idée de coopération entre les individus - permettent de réaliser la médiation sociale dans le contexte actuel de crise régulatrice de la loi.

Le droit des contrats et le gouvernement du pouvoir

C'est une opinion généralement diffusée que le droit du travail n'est pas réductible à un rapport contractuel : il ne s'agit pas de redécouvrir l'âme anti-contractuelle du droit du travail, mais d'être conscient du fait que, si l'origine de la relation est contractuelle, l'exécution du rapport est en bonne partie sous l'égide des pouvoirs unilatéraux de l'employeur. Dans un tel cas, le juriste se trouve obligé de retrouver des techniques de gouvernement du pouvoir discrétionnaire pour encadrer les prérogatives unilatérales. En réalité, la mise à l'écart de la logique paritaire du contrat ne dépend pas de l'usage du contrat comme catégorie fondatrice du rapport de travail, mais de la reconnaissance d'une rationalité organisationnelle - laquelle s'exprime dans la formule de l' « intérêt de l'entreprise » (art. 2104 du Code civil italien) - dans la gestion du rapport. La jurisprudence s'est exprimée plusieurs fois en ce sens en soulignant que le travailleur est également tenu « à l'exécution de comportements accessoires rendus nécessaires par l'intérêt de l'employeur à une prestation utile » (59).

Face à cette tendance à un élargissement de la sphère de sujétion, l'effort de la doctrine et de la jurisprudence a suivi une logique contractuelle à l'intérieur du contrat et de l'autonomie privée. Les clauses générales du droit privé ont été mobilisées dans cette perspective, tout particulièrement la bonne foi, prise comme critère d'examen de la légitimité des choix unilatéraux de l'employeur. La bonne foi évolue pour satisfaire les exigences de protection des travailleurs et limiter les prérogatives de l'employeur là où le législateur n'est pas intervenu *ab externo* pour limiter tel acte spécifique de l'employeur.

A cette fin, la bonne foi opère dans une double direction : d'une part, elle représente une limite qui s'ajoute aux prévisions existantes en permettant un contrôle distinct de celui assuré par les normes formelles de validité, d'autre part, la bonne foi agit là où les dispositions normatives explicites sont absentes, pour cantonner dans des limites raisonnables le pouvoir

de l'employeur. Les raisons de ce nouvel usage de la bonne foi sont explicitées par la jurisprudence, qui clarifie comment « l'élaboration doctrinale du concept de pouvoir privé comme pouvoir prééminent lié aux phénomènes d'organisation de la collectivité, avec l'exigence (au-delà de la délimitation de celui-ci) de régulation de l'exercice de ce pouvoir pour la protection de ceux qui y sont soumis », a contribué au paramètre choisi. Le droit du travail a ainsi constitué le terrain d'élection d'un usage de la bonne foi dont la fonction est le contrôle et le cantonnement des pouvoirs privés. Un terrain désormais visité par la jurisprudence, que la doctrine civiliste, avant même la doctrine travailliste, avait emprunté pendant les années 70.

Le domaine de prédilection de la bonne foi est celui du pouvoir de l'employeur lorsqu'il se concrétise dans des conditions indéterminées. Tel est le cas des activités typiquement discrétionnaires : par exemple, en matière d'évaluation, de modification des tâches ou dans la sélection des salariés aux fins de leur attribuer des avantages, comme dans le cas de promotions ou d'embauches par concours. La bonne foi signifie ici qu'il faut opérer une évaluation comparative en observant des critères pré-établis sans poursuivre des intentions discriminatoires ou qui lèsent la dignité du travailleur⁽⁶⁰⁾. La bonne foi est également mobilisée pour régir la distribution de désavantages comme dans le cadre de l'ordre des licenciements collectifs, du placement en « *cassa integrazione* »⁽⁶¹⁾ ou en cas de transferts collectifs. Dans tous ces cas, la bonne foi constitue le critère d'évaluation au regard des canons du caractère raisonnable et de la pertinence des moyens adoptés par rapport à l'intérêt poursuivi et suppose d'externaliser les motifs de l'acte, au moyen d'une obligation positive de *motivation des choix effectués*⁽⁶²⁾.

Un examen attentif de la jurisprudence montre qu'à travers l'usage de la bonne foi, l'intervention judiciaire vise toujours à contrôler le respect par les parties contractantes du programme de négociation. Cependant, il en élargit la sphère d'examen à l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (l'interdiction de *venire contra factum proprium*) ou à « l'impartialité » des choix d'organisation.

Dans cette perspective, la jurisprudence considère comme figure symptomatique de la bonne foi en matière disciplinaire la rapidité et la cohérence dont l'employeur doit faire preuve dans le processus disciplinaire : la bonne foi concurrence alors une institution - la *Verwirkung*, « l'exercice inadmissible du droit » - qui, sur la base de la prohibition de *venire contra factum proprium*, paralyse le pouvoir et rend invalide l'éventuelle sanction infligée.

La jurisprudence récente continue de faire appel à la bonne foi pour gouverner certaines prérogatives de l'employeur qui se déploient dans les espaces de vide juridique. Il suffit de penser à la notion de justification appliquée au licenciement des dirigeants qui ne s'identifie pas avec les notions légales de juste cause (*giusta causa*) ou de motif justifié (*giustificato motivo*) mais repose sur les principes d'honnêteté et de bonne foi⁽⁶³⁾.

Dans une perspective plus générale, la jurisprudence fonde sur la bonne foi la « clause générale de clôture, de transparence et de garantie pour l'évaluation des comportements de l'employeur ». L'usage des clauses générales pour limiter les pouvoirs de l'employeur a fait l'objet de critiques persistantes au nom de l'arbitraire du juge et de l'usage idéologique des clauses générales. Ces critiques peuvent toutefois être renversées.

Il faut penser, par exemple, au cas où l'accès à un niveau professionnel supérieur dépend d'un système de choix et non de concours. La seule condition nécessaire à la légitimité de la mesure de promotion est le respect du devoir de l'employeur de se comporter de bonne foi, ce qui implique la motivation de la mesure à partir de critères tels que la cohérence, l'impartialité et l'absence de contradiction par rapport aux situations analogues. Il en est de même des évaluations relatives à la qualité du travail et à l'obligation - selon l'honnêteté et la bonne foi - de motiver d'une manière adéquate les notes des salariés afin de permettre au juge de contrôler une éventuelle intention discriminatoire ou bien des motifs illégitimes ou déraisonnables extérieurs aux qualités professionnelles du travailleur⁽⁶⁴⁾.

Dans cette ligne, la bonne foi a permis la mise en évidence de « types normaux de

comportement » que certains rejettent au nom de la variabilité intrinsèque de l'organisation du travail qui exclurait l'énumération de modèles comportementaux sociaux-typiques.

Il faut ajouter que l'on sous-estime le lien entre les clauses générales et les principes constitutionnels (surtout ceux de la solidarité sociale ex art. 2 Const. et le respect de la dignité humaine ex art. 41, co. 2°, Const.). Il s'agit ici d'utiliser la bonne foi pour arbitrer en les concrétisant les valeurs constitutionnelles, traditionnellement diffusées dans l'expérience jurisprudentielle allemande¹(65), comme semble le faire depuis peu la jurisprudence française²(66). On retrouve ces principes, *in concreto*, dans la coordination de l'intérêt de l'entreprise avec la liberté du travailleur, paramètres de jugement suffisamment spécifiques, ou bien dans les types normaux de comportements qui - en comparaison à d'autres - sont largement respectueux de la dignité de l'homme au travail et donc fidèles à « l'espace des droits et libertés finalisés au développement de la personnalité morale et civile du travailleur »³(67).

Mais il y a plus. Prétendre établir le contrôle des pouvoirs de l'employeur par rapport à des types normaux de comportement contraste avec les réflexions les plus avancées de la doctrine civiliste qui, ayant pris acte de la futilité des efforts visant à formuler des définitions abstraites et universelles du contenu de la bonne foi (incompatibles avec les finalités d'une clause générale), recherchent des objectifs plus satisfaisants et réalistes par l'élaboration « d'indices d'appréciation » de la bonne foi. Dans cette dernière perspective, il ne s'agit pas d'identifier les formes d'un exercice « normal » du pouvoir de direction qui appartiendrait à un improbable « type normal de comportement », mais d'énumérer une série de paramètres de jugement contrôlables et prévisibles quant à leur usage.

Dans la relation de travail, ces paramètres de jugement doivent tenir compte de la valeur de la personne humaine et de son implication dans l'entreprise. En vérité, pour celui qui ne se range pas à l'idée d'un pouvoir de l'employeur affranchi de tout contrôle de rationalité, la délimitation de l'abus de l'employeur semble aujourd'hui se déplacer vers la garantie, au profit des travailleurs, de la jouissance des droits fondamentaux de la personne. Cette exigence se décline autour de deux concepts cardinaux : celui de « proportionnalité » et celui de la « justification » dans l'usage du pouvoir, concepts que la bonne foi objective peut contribuer à préciser et à rendre opérationnels⁴(68).

Adalberto Perulli

Mots clés :

GENERALITES * Sources * Droit du travail * Rapport avec le droit des contrats * Droit français * Droit italien

(1) V. la 1^{re} partie de cette chronique, RDT 2007.339⁵.

(2) V., not., G. Lyon-Caen, « Rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974. 229 ; G. Couturier, « Les techniques civilistes et le droit du travail », chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues, *D.* 1975. Chron. 151 et 221 ; A. Supiot, *Dr. soc.* mai 1980, sp. p. 65-66 et le numéro de *Dr. soc.* 1988. 371 à 427. Avait contribué à ce débat le Procureur général Touffait dans ses concl. sur les arrêts *Perrier* (*JCP* 1974. II. 17801 ; *D.* 1974. 593).

(3) Sur le conflit des logiques, v., en particulier, « Le droit du travail dans la lutte des classes », *CFDT aujourd'hui*, n° 23, janv.-févr. 1977. 3 ; J.-C. Javillier, « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : ô normalisation ò du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », *Mélanges Camerlynck*, p. 101 ; A. Supiot, *Traité de droit du travail* de Camerlynck, t. 9 ; *Les juridictions du travail*, n° 81-85, p. 89 à 94. Adde T. Grumbach, « Syndicalisme de proposition et de transformation sociale », *Mélanges Verdier*, Dalloz, 2001, p. 43.

(4) V. par ex., J. Mestre, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des

contrats », *Dr. soc.* 1988. 405.

(5) P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 1999. 383 ; comp. Not., P. Moussy, « Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du « renouveau » du contrat de travail) », *Dr. ouvrier* 1999. 1.

(6) A. Lyon-Caen, « Actualité du contrat de travail », *Dr. soc.* 1988. 540.

(7) A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », *Mélanges Lyon-Caen*, p. 299. Cette réflexion sur les fonctions se situe dans le prolongement de l'article historique de G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. phil. droit*, n° 13, 1968, p. 59.

(8) Il est habituel, pour rendre compte de cette évolution, de citer l'arrêt *Raquin* (Soc. 8 oct. 1987, *Bull. civ. V*, n° 541 ; *Dr. soc.* 1988. 140, avec l'étude J. Savatier, p. 136). Celui-ci, toutefois, ne se prononce directement que sur une question adjacente : celle de savoir si le salarié qui continue de travailler est censé accepter la modification apportée à son contrat. Le nouveau cours de la jurisprudence ne s'exprime complètement que dans des arrêts un peu postérieurs : Soc. 4 févr. et 25 févr. 1988 (*Bull. civ. V*, n° 96, et n° 140).

(9) Soc. 26 janv. 1978, *Bull. civ. V*, n° 69 ; *Dr. soc.* 1979. 287.

(10) Soc. 4 févr. 1988, *préc.*

(11) V. les bases conceptuelles de cette jurisprudence dans les études du Conseiller P. Waquet (*Cah. soc. barreau Paris* 1993, n° 47, p. 57 ; *RJS* 12/96. 798) et l'utilisation des expressions modification du contrat et changement des conditions de travail dans des arrêts tels que Soc. 10 juill. 1996, *Dr. soc.* 1996. 976, obs. H. Blaise ; *Sem. soc. Lamy* n° 803, p. 7 ; Soc. 10 mai 1999, *Dr. soc.* 1999. 736, obs. Gauriau.

(12) C'est dans ce sens que le terme de « résistance » est utilisé pour caractériser « la figure du contrat dans le rapport de travail » (v., C. Radé, *Dr. soc.* 2001. 802).

(13) V., not. M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, 2004, n° 29 et s.

(14) Soc. 25 févr. 1992, *Dr. soc.* 1992. 379 ; D. 1992. Jur. 390, note M. Défossez  ; v. A. Lyon-Caen, *Sem. soc. Lamy*, n° 596, p. 3.

(15) Cette obligation a été, depuis l'arrêt *Expovit*, consacrée en tant que telle dans plusieurs textes du Code du travail, en particulier l'article L. 930-1 (rédaction de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, art. 7) : « l'employeur a l'obligation d'assurer 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 ».

(16) Pour cette obligation de reclassement aussi, les formules initiales de la jurisprudence (Soc. 1^{er} avr. 1992, *Assurance Mutuelle Universitaire*, *Bull. civ. V*, n° 228 ; Soc. 8 avr. 1992, *Jardin*, *Bull. civ. V*, n° 258 ; *Dr. soc.* 1992. 626) ont été reprises par la loi et figurent à l'art. L. 321-1 C. trav. : « le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ... ne peut être réalisé... »

(17) L'employeur qui cesse d'assurer le transport sur son lieu de travail d'une salariée qui, en raison de ses fonctions, doit commencer très tôt le matin, la met en réalité dans l'impossibilité de travailler, ce qui caractérise un manquement de l'employeur à l'exécution de bonne foi du contrat de travail (Soc. 10 mai 2006, n° 05-42.210, *Bull. civ. V*, n° 169). Comp. « il appartient à l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, d'assurer lui-même la mise en oeuvre des stipulations conventionnelles » (à propos des éléments servant à la détermination de la part variable de la rémunération), v. Soc. 24 janv. 2007, n°

05-41.263.

(18) L'employeur manque à l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi en demandant au salarié d'accepter une modification de son contrat sans lui laisser un délai suffisant pour évaluer la portée de la modification et décider en connaissance de cause (Soc. 28 mars 2001, *Sem. soc. Lamy*, n° 1025, p. 12).

(19) Par exemple d'une clause de mobilité : « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, fait un usage abusif de cette clause en imposant au salarié, qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés » (Soc. 18 mai 1999, *Bull. civ. V*, n° 219 ; *Dr. soc.* 1999. 734).

(20) « L'employeur doit exécuter loyalement son obligation de reclassement » (Soc. 7 avr. 2004, *Bipe Conseil, Bull. civ. V*, n° 114 ; *Sem. soc. Lamy*, n° 1165, p. 13).

(21) V., not. CE 28 sept. 2005, n° 269784, *Sté Carto Rhin* ; Soc. 21 sept. 2006, n° 05-41.155, *Bull. civ. V*, n° 285.

(22) Soc. 25 janv. 2006, n° 04-44.918, *Bull. civ. V*, n° 26.

(23) V., not., Soc. 16 juin 1998, *Dr. soc.* 1998. 1002 ; Soc. 21 mars 2000, *Dr. soc.* 2000. 648.

(24) Le fait que l'art. 168 de la loi « de modernisation sociale » figurait dans un chapitre intitulé « Lutte contre le harcèlement moral au travail » ne fournit qu'un élément d'explication très partiel.

(25) La Cour de cassation, quant à elle ne craint pas de viser simultanément les deux textes, art. 1134 C. civ. et art. L. 120-4 C. civ., v., not. Soc. 10 mai 2006, n° 05-42.210, *préc.*

(26) Ces références aux principes à valeur explicative. C'est un aspect de ce que l'on appelle la « fonction heuristique » du contrat de travail (v. A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », *préc.*).

(27) V. not. le numéro de *Droit et patrimoine* mars 1998, « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? »

(28) Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Dijon, 1912.

(29) Notamment celles citées *supra* notes 4 et 5.

(30) V. la présentation de C. Radé sur « le recul du pouvoir temporel des parties » dans son article sur « La figure du contrat dans le rapport de travail », *préc.* p. 806.

(31) Nullités de protection évidemment, mais aussi nullités limitées à la clause illicite (clause réputée non écrite), requalifications, réfaction, etc., v. G. Couturier, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 293.

(32) « La clause par laquelle un employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou partie, le contrat de travail est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134, alinéa 2 du Code civil, le salarié ne pouvant renoncer aux droits qu'il tient de la loi », Soc. 27 févr. 2001, n° 99-40.219, *Dr. soc.* 2001. 514, note C. Radé ; *Sem. soc. Lamy*, n° 1020, p. 12. On peut lire dans cette jurisprudence que l'art. 1134, al. 2 est d'ordre public, on peut aussi y voir la prohibition d'une clause abusive, v., G. Loiseau, *JCP* 2001. I. 330, p. 1215.

(33) V., G. Couturier, « Liberté contractuelle et encadrement normatif », in *La conclusion du contrat de travail*, éd. Panthéon Assas, LGDJ, diffuseur, 2005.

(34) V., L. Leveneur, « Le forçage du contrat », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat*, préc.

(35) Soc. 28 févr. 2002, *Dr. soc.* 2002. 445 ; *Sem. soc. Lamy*, n° 1066, p. 7 ; *Liaisons soc.*, jur. n° 759 ; *JCP* 2002. II. 10053, concl. A. Benmakhlouf et commentaire A. Lyon-Caen. Ce sont les fameux arrêts « amiante » rendus à propos de la faute inexcusable de l'employeur dans les contentieux initiés par des salariés victimes de l'amiante.

(36) Soc. 11 avr. 2002, *Dr. soc.* 2002. 676, obs. Chaumette ; *Liaisons soc.* jur. n° 766 ; *Sem. soc. Lamy*, n° 1079, p. 10 ; V. aussi Ass. Plén. 17 juin 2005, n° 03-30.038, *Bull. AP* n° 7.

(37) Soc. 29 juin 2005, n° 03-44.412, *Dr. soc.* 2005. 971, note J. Savatier ; *JCP* 2005. II. 10144, note Corrignan-Carsin.

(38) Soc. 21 juin 2006, n° 05-43.914, *Dr. soc.* 2006. 826, note C. Radé ; *Sem. soc. Lamy*, n° 1268, p. 10 ; *Liaisons soc.*, jur. n° 966.

(39) V., not., H. Seillan, *L'obligation de sécurité du chef d'entreprise*, Dalloz, 1981, préface J. Ghestin.

(40) « Le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective » (Soc. 4 mai 1999, *Dr. soc.* 1999. 737, obs. J.-E. Ray ; *Liaisons soc.* 1999, jur. n° 630 ; *JCP* 1999. II. 10126, note C. Lefranc-Hamoniaux).

(41) Soc. 4 mai 1999, préc.

(42) Soc. 3 juin 2003, *Dr. soc.* 2003. 884, obs. J. Savatier ; *Liaisons soc.*, jur. n° 820 ; *JCP* 2003. II. 10165, note M. Vériceil ; Soc. 21 janv. 2004, *Aventis Pharma*, *Sem. soc. Lamy*, n° 1154, p. 11 commentaire G. Lyon-Caen.

(43) V., not. Soc. 18 avr. 2000, *Bull. civ.* V, n° 138.

(44) Soc. 14 nov. 2000, *Dr. soc.* 2001. 99, obs. P. Waquet ; Soc. 22 mai 2001, *JCP* 2002. 10066, note V. Renaux Personnic.

(45) P. Waquet, obs. préc., *Dr. soc.* 2001. 100.

(46) Ce texte, devenu art. L. 1121-1, sera situé tout au début du nouveau Code du travail, juste après le titre sur le champ d'application et les seuils d'effectifs, comme l'article unique du chapitre unique du titre consacré aux droits et libertés dans l'entreprise.

(47) V., M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, op. cit., n° 34, p. 73.

(48) Ainsi, aux thèses qui ont été consacré à la proportionnalité en droit des contrats (d'abord, bien sûr, celle de M^{me} S. Pech-Le Gac, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000) peuvent répondre des thèses de droit du travail (en particulier, I. Cornesse, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, 2001).

(49) V., not., J.-Y. Frouin, *Cah. soc. barr. Paris* 1998, n° 99, p. 123, R. Vatinet ; *Dr. soc.* 2002. 998.

(50) A. Lyon-Caen, « Actualité du contrat de travail », in *Dr. soc.* 1988. 540.

(51) J.-M. Béraud et A. Jeammaud, *Le singulier en droit du travail*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006.

(52) « La loi en droit du travail est devenue instrument de différenciation, presque d'individualisation, résultant d'une sorte de mouvement de consécration d'un droit de la diversité », A. Bouilloux, *La loi ou le mythe de l'uniformité*, in *Le singulier en droit du travail*,

op. cit., p. 9.

(53) U. Romagnoli, *Radiografia di una riforma*, Bologna, 2003.

(54) Cf. A. Supiot, *Homo Juridicus*, Seuil, Paris, 2005, p. 172.

(55) F. Galgano, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto Impresa*, 2000, p. 919.

(56) Cass. 20 janvier 2000, n. 608, in *Inf. Prev.*, 2000, p. 570.

(57) Cass. 19 novembre 1998, n. 11711, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, II, p. 632.

(58) C'est le titre de la première partie de R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard, Paris, 1995.

(59) Cass. 7 avril 2004, n. 6813, in *Or. Giur. Lav.*, 2004, I, p. 418.

(60) Cass. 11 juin 2004, n. 11127, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, p. 6.

(61) Il s'agit d'un système propre au droit italien, qui se rapproche du chômage partiel en droit français.

(62) Cass. 29 janvier 2003, n. 1382, *Giust. Civ. Mass.*, 2003, p. 221.

(63) Cass. 3 décembre 2002, n. 17131.

(64) Cass. 8 août 2000, n. 10450.

(65) P. Kindler, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998, p. 58.

(66) A. Lyon-Caen, I. Vacarie, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Paris, 2001, p. 421 ss.

(67) Secondo l'insegnamento della Corte costituzionale italiana 22 febbraio 1989, n. 103, in *Mass. Giur. Lav.*, 1989, p. 127.

(68) Cf. A. Perulli, « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *RDT* 2006. 85 s. 