

# L'office du juge dans la détermination et le contrôle des obligations contractuelles

par Agnès MARTINEL,  
Conseiller référendaire à la Chambre sociale de la Cour de Cassation

## PLAN

### I. Office du juge et détermination des obligations contractuelles

A. La modification du contrat de travail

B. La prise d'acte : le droit à la rupture ?

### II. Office du juge et contrôle des obligations contractuelles

A. Office du juge et administration de la charge de la preuve

B. Office du juge et droits fondamentaux

“*Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle*”. Ainsi Montesquieu (1) définissait-il le pouvoir judiciaire. Cette conception, fondée sur une sacralisation de la loi, a longtemps dominé les esprits. Défiance à l'égard du juge qui ne doit être que “la bouche de la loi”, déification de la loi, expression de la volonté générale, supériorité de la volonté des parties et de l'autonomie individuelle, tels furent les credos sans cesse renouvelés de cette vision judiciaire.

Tout laissait penser que le juge demeurerait ce gardien des lois, qui, dans une conception platonicienne du droit, ne pourrait qu'exercer un art d'application. “*Interpréter la loi, c'est la refaire*”, disait Beccaria. C'est dans cet esprit que l'Assemblée constituante interdira au juge d'interpréter les lois et que la loi des 16-24 août 1790 mettra en place le référé législatif : les juges devront s'adresser au Corps législatif s'ils s'agit d'interpréter une loi. C'est l'Autorité judiciaire, pouvoir désincarné, que la Constitution de 1958 va créer.

Ainsi, rien ne prédestinait le juge à une émancipation véritable. Pourtant, aujourd'hui, cette conception n'est plus de mise et il ne viendrait à l'idée de personne de contester que la jurisprudence est une source du droit, et que les juges peuvent avoir certains pouvoirs normatifs.

Or, c'est dans le domaine contractuel que les pouvoirs du juge se manifestent de la manière la plus évidente. Non pas qu'il soit plus aisé pour le juge de dépasser la loi des parties. Mais parce que les différentes théories du contrat ont influencé des courants jurisprudentiels divers traduisant une volonté délibérée de repenser l'acte contractuel. De l'autonomie de la volonté au solidarisme contractuel, les doctrines sur le contrat n'ont cessé de se développer.

Pour les tenants de l'autonomie de la volonté, le postulat était simple : les hommes à l'état de nature sont libres, mais ils finissent par constituer la société par leur accord librement consenti. La conséquence était inéluctable : la formation du contrat est libre et sa force obligatoire indiscutable. Ainsi était née l'Ecole du Droit naturel marquée par Grotius, Pufendorf, Locke et finalement incarnée par Rousseau. L'article 1134 du Code civil va s'inspirer largement de cette philosophie.

Aux antipodes s'est construite l'Ecole solidariste. Les hommes ne peuvent naître libres et égaux en droit. La libre volonté et l'égalité ne sont que des créations mythiques, l'homme étant par nature un être social “*débiteur de l'association humaine*” (2). Et le contrat n'est plus le point d'équilibre de deux intérêts opposés mais bien un acte rédigé par le plus fort à son bénéfice.

Aux confins de ces théories, vont également émerger différentes conceptions du contrat de travail. Nourrie par deux traditions culturelles

(1) Montesquieu *L'Esprit des Lois*, 1748 Livre IX chapitre VI

(2) L. Bourgeois, *Solidarité*, Paris, Armand Colin, 1896

différentes – la romaniste et la germaniste –, la conceptualisation de la relation de travail oscille entre contrat et statut. Les apports des théories de Léon Duguit, de Georges Scelle et de Emile Durkheim sur l'institution ont ainsi permis le développement de l'idée d'un statut du travailleur. Alain Supiot, dans son ouvrage intitulé *Critique du droit du travail* décrit parfaitement cette spécificité de la relation contractuelle en droit du travail : "Le contrat de travail acquiert ainsi cette vertu de doter le salarié d'un véritable statut. Pour reprendre l'expression de Georges Scelle, le contrat joue le rôle d'un "acte-condition" qui déclenche l'application d'un ensemble systématique de normes, indépendamment de la volonté des parties à ce contrat. Cette insertion du statut social dans le contrat de travail est parfaitement exprimé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française, lorsqu'elle décide que la seule volonté des parties au contrat est impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche." (3).

Ces conceptions diverses du contrat, et plus spécifiquement du contrat de travail, vont inspirer tant le législateur que le juge. Elles vont exercer une influence considérable sur la manière dont sera appréhendé l'office du juge dans la détermination et le contrôle des obligations nées du contrat de travail.

Qu'en est-il aujourd'hui ? Comment la Chambre sociale de la Cour de cassation conçoit-elle cet office du juge prud'homal dans la formation et l'exécution du contrat de travail ? Cet office du juge est conçu depuis un certain nombre d'années comme un double pouvoir : la qualification des obligations (I) et leur contrôle (II).

C'est une question bien évidemment très vaste même si l'on s'en tient à l'actualité jurisprudentielle. Cette intervention ne pourra donc être exhaustive, notamment en raison des impératifs de temps auxquels nous sommes soumis. Ainsi, il s'agira plutôt de traiter ce sujet sous l'angle de la jurisprudence récente en se référant aux arrêts les plus importants rendus dans ce domaine du contrat de travail. Je n'évoquerais pas ici la question de la bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles traitée par M<sup>e</sup> Myriam Plet (4). Toutefois, il convient d'observer l'émergence très forte dans la jurisprudence de la notion d'obligation de loyauté. J'en veux pour preuve un arrêt récent de la Chambre sociale (5) qui affirme qu'en vertu de l'article 1134 du Code civil, l'employeur est tenu d'exécuter loyalement son obligation de reclassement.

## ■ I. Office du juge et détermination des obligations contractuelles ■

Depuis quelques années, se développe un courant jurisprudentiel traduisant une volonté de qualification, voire même devrait-on dire, de clarification de la nature des obligations découlant du contrat de travail. Cette tendance à la détermination claire et précise des obligations tant du salarié que de l'employeur se poursuit et se concrétise aujourd'hui dans un grand nombre d'arrêts. Je limiterai cependant mon propos aux deux questions essentielles de la modification du contrat de travail et de sa rupture.

### A. La modification du contrat de travail

Est-il besoin de rappeler ici la dimension objective de la jurisprudence mise en œuvre par la Chambre sociale de la Cour de cassation par la détermination des quatre piliers du socle contractuel ? Rémunération, lieu de travail, qualification, et durée du travail, tels sont les principaux

éléments immuables de la sphère contractuelle dégagés par la Chambre.

Mais faut-il pour autant considérer que chacun des piliers est soumis au même régime juridique ? En réalité, une étude approfondie des décisions permet d'observer que la Chambre circonscrit la définition de chacun des piliers selon des critères plus ou moins souples. Au sommet de la pyramide, la rémunération, pour laquelle la jurisprudence est inflexible. En effet, toute modification de la rémunération, fût-elle plus favorable pour le salarié, entraîne la modification du contrat de travail (6). S'agissant de la qualification professionnelle, l'employeur ne peut la modifier mais il dispose de toute sa liberté pour changer les tâches du salarié (7). Pour la durée du travail, seuls les changements de rythme de travail ayant une incidence sur la vie personnelle du salarié peuvent être considérés comme une modification du contrat de

(3) 2<sup>e</sup> ed. Quadrige/PUF, 2000, p. 30 (1<sup>re</sup> ed., PUF, 1994)

(4) *supra* p. 98

(5) Soc. 7 avril 2004, Bull. civ. V n° 114, *infra* p. 122

(6) Soc. 19 mai 1998 Bull. civ. V n° 265

(7) Soc. 10 mai 1999 Bull. civ. V n° 199, RJS 6/99 n° 791

travail (passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit, passage d'un horaire continu à un horaire discontinu, ou d'un horaire fixe à un horaire variable).

Enfin, en ce qui concerne le lieu de travail, le changement de lieu de travail emporte modification dès lors que la nouvelle affectation ne s'effectue pas dans le même secteur géographique. Ce dernier pilier du socle contractuel vient-il de faire l'objet d'une révolution copernicienne mise en œuvre par les arrêts rendus par la Chambre sociale le 3 juin 2003 (8) ? Question difficile s'il en est. En effet, par deux arrêts, ayant fait l'objet de la publication la plus grande (PBRI), la Chambre sociale a affirmé que "*la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information, à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu*".

La question posée à la Haute Juridiction par deux pourvois était la suivante : quelle valeur faut-il donner à la mention dans le contrat de travail du lieu d'exécution de la prestation de travail ? Une telle mention est-elle susceptible de contractualiser le lieu d'exécution du contrat de travail, faisant ainsi de tout changement du lieu de travail une modification du contrat de travail ?

C'est par la négative que la Cour de cassation a répondu : la mention du lieu de travail n'est qu'informative. Seule une clause claire et précise stipulant que le contrat de travail s'exécutera exclusivement dans ce lieu que la mention aura une valeur contractuelle. Et la preuve par tout moyen que le lieu de travail était un élément déterminant du contrat devra désormais être considérée comme inopérante. Il s'ensuit qu'à défaut de clause précise, le changement d'affectation dans le même secteur géographique ne pourra en aucun cas constituer une modification du contrat de travail.

Double faute, tel est le constat de M. Jean Pélissier dans l'article qu'il a consacré à cet arrêt (9). Selon lui, la clause ne peut être que contractuelle et à supposer qu'elle soit informative, même dans ce cas, elle serait susceptible d'entraîner des effets. Cette critique appelle quelques observations notamment quant à la portée de l'arrêt qui mérite d'être précisée.

En premier lieu, cette décision ne remet pas en cause le critère du secteur géographique. Elle répond à une question qui lui a été posée sur une clause spécifique, et elle replace la notion de secteur géographique au cœur

du débat. Les arrêts censurés avaient contourné cette notion en retenant que le lieu de travail, tel que stipulé au contrat, était déterminant pour le salarié.

En second lieu, la Chambre sociale n'a pas changé de position quant au contrôle de qualification sur le secteur géographique. Elle s'en tient à un contrôle de l'appréciation objective des juges du fond, ainsi qu'elle l'a affirmé dans un arrêt du 15 juin 2004 (10).

## B. La prise d'acte : le droit à la rupture ?

Existe-t-il une "rupture du troisième type" ? Telle était la problématique posée à la Chambre sociale depuis quelques temps. Le droit de la rupture du contrat de travail s'est toujours inscrit dans une logique binaire entre licenciement et démission. Et jusqu'à présent, la question de la qualification de la rupture reposait sur trois principes essentiels :

- la démission du salarié suppose une volonté claire et non équivoque de mettre fin au contrat ;
- tout ce qui n'est pas une démission est un licenciement ;
- la rupture d'un commun accord demeure possible mais elle est soumise à un régime particulier : lorsque l'employeur et le salarié sont d'accord pour admettre que le contrat de travail a été rompu, chacune des parties imputant à l'autre la responsabilité de la rupture, il incombe au juge de trancher ce litige en décidant quelle est la partie qui a rompu (11).

Ces solutions n'avaient jusqu'ici soulevé aucune contestation jusqu'à ce que, saisie encore d'un pourvoi sur une prise d'acte d'un salarié, la Chambre sociale affirme que la démission n'est pas caractérisée lorsque le salarié prend acte de la rupture en reprochant à l'employeur de n'avoir pas respecté ses obligations contractuelles, même si en définitive, les griefs invoqués ne sont pas fondés (12). L'arrêt *Mocka* allait susciter un certain nombre d'interrogations et déclencher le début d'une polémique. Certains ont pu parler "d'équation infernale" (13) permettant au salarié de s'auto-licencier (14).

Les arrêts du 25 juin 2003 ont tenté d'apporter une réponse à ce débats. Ils sont venus poser deux règles essentielles :

- l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail ou qui le considère comme rompu du fait du

(8) Dr. Ouv. 2003 p. 527 n. F. Saramito et P. Moussy

(9) "Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail" RJS janvier 2004

(10) P. n° 01-44707

(11) Soc. 14 novembre 2000 Bull. civ. V n° 366

(12) Soc. 26 septembre 2002 Bull. civ. V n° 284, p. 273, Dr. Ouv. 2003 p. 456 n. M. Carles

(13) P.Y. Verkindt "*démission motivée = licenciement sans cause réelle et sérieuse : l'équation infernale*" Actualité Lamy social, mars 2003

(14) G. Couturier "L'auto-licenciement n'est pas un droit, c'est un risque" Semaine soc. Lamy, 22 avril 2003 p 11

salarié doit mettre en œuvre la procédure de licenciement ; à défaut, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (15) ;

– lorsque le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire d'une démission (16).

La Chambre sociale distingue donc deux types de prises d'acte : la prise d'acte par l'employeur, d'une part, la prise d'acte du salarié, d'autre part.

Dans un premier temps, elle ferme la porte à la prise d'acte de la rupture par l'employeur. Deux arrêts rendus le même jour mettent ainsi un terme à la jurisprudence qui permettait aux juges du fond de retenir comme cause réelle et sérieuse de licenciement le motif invoqué par l'employeur dans sa lettre de rupture, alors même qu'il imputait celle-ci au salarié en le considérant à tort comme démissionnaire. Cette décision, précise le rapport annuel 2003 (17), n'est que l'aboutissement d'une jurisprudence hostile à la prise d'acte de la rupture par l'employeur, dès lors que celui-ci a à sa disposition la procédure de licenciement (18). Dans un arrêt du 10 juillet 2002 (19), il avait été jugé qu'en l'absence de volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner, il appartenait à l'employeur qui lui reprochait un abandon de poste de le licencier.

Dans un second temps, la Chambre sociale a opéré un revirement important en ce qui concerne la prise d'acte de la rupture par le salarié. Revenant sur la solution retenue dans l'arrêt *Mocka*, elle a rejeté la thèse selon laquelle la prise d'acte par le salarié s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, même si les

griefs invoqués dans la lettre de rupture étaient infondés. Cet arrêt laisse aux juges du fond le pouvoir d'apprécier la cause réelle et sérieuse de la rupture. L'office du juge est réaffirmé : aux juges du fond de décider si, eu égard à leur gravité, les faits invoqués doivent être qualifiés de licenciement.

Cette jurisprudence a été confirmée mais également précisée. Un arrêt du 8 juillet 2003 interdit au salarié, qui a assigné son employeur en exécution d'une obligation née de l'exécution du contrat de travail, de prendre acte de la rupture en raison des faits dont il a saisi le conseil de prud'hommes (20).

Dans un arrêt du 21 janvier 2003 (21), la Chambre sociale a statué dans une hypothèse de prise d'acte par un salarié protégé. Dans l'espèce, un salarié titulaire d'un mandat de délégué du personnel, avait pris acte de la rupture en raison de faits reprochés à son employeur. La rupture a été considérée comme devant s'analyser en un licenciement, et partant un licenciement nul, car prononcé en violation du statut protecteur du salarié.

Ces principes posés, certaines questions demeurent encore irrésolues :

- dans l'hypothèse d'une conjonction de plusieurs ruptures successives, quelle est la valeur d'une prise d'acte ? Autrement, si le salarié lance les hostilités par une prise d'acte, et si l'employeur poursuit en notifiant un licenciement, lequel des deux actes marque-t-il la rupture du contrat de travail (et notamment sa date) ?

- qu'en est-il de la prise d'acte formalisée par le salarié sous un coup de colère ? Est-elle effective du seul fait de son existence ? Faudrait-il au contraire envisager de considérer, comme dans le cas de la démission, que la prise d'acte doit être claire et non équivoque ?

## ■ II. Office du juge et contrôle des obligations contractuelles ■

Afin d'accomplir son office dans le contrôle des obligations contractuelles, le juge dispose d'un certain nombre d'instruments. Qu'elles soient d'ordre processuel (garanties de la procédure, administration de la charge de la preuve) ou qu'elles concernent le fond du droit, ces techniques de contrôle sont encadrées tant par le législateur que par la jurisprudence. Comment le juge doit-il les mettre en œuvre ?

### A. Office du juge et administration de la charge de la preuve

Faut-il rappeler que le droit du travail connaît un régime d'administration des règles de preuve spécifique, qui s'apparente davantage à la procédure pénale qu'à la procédure civile ? L'introduction du principe du doute dans l'article L. 122-14-3 du Code du travail en est un des

(15) Bull. civ. V n° 208

(16) Bull. civ. V n° 209, RPDS 2003 p. 362 n. M. Carles

(17) Rapport annuel de la Cour de cassation 2003, *L'égalité*, la Documentation française

(18) Soc. 10 avril 1996 Bull. civ. V n° 148

(19) Soc. 10 juillet 2002 Bull. civ. V n° 240

(20) Soc. 8 juillet 2003 Bull. civ. V n° 225, infra p. 110 n. D. Joseph

(21) Bull. civ. V n° 13

exemples les plus éloquentes. Certes, toutes les règles de preuve posées par le Code du travail n'obéissent pas forcément à cette logique du droit disciplinaire. Ainsi en est-il des règles de preuve posées par l'article L. 212-1-1 du Code du travail, qui trouvent plutôt leur raison d'être dans la nature même de la notion d'heures supplémentaires. En effet, en matière de durée du travail, c'est l'employeur qui détient les éléments de preuve permettant d'établir ou non la réalité des heures de travail accomplies.

Sur cette question de l'administration de la preuve en matière d'heures supplémentaires, doit-on désormais considérer que la Chambre sociale a, dans son arrêt du 25 février 2004 (22), bouleversé l'office du juge en matière de contrôle de l'exécution des heures supplémentaires ? Dans cet arrêt du 25 février 2004, la Chambre sociale a affirmé que *"s'il résulte de l'article L.212-1-1 du Code du travail que la preuve des heures supplémentaires n'incombe spécialement à aucune des parties et que l'employeur doit fournir au juge des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaires"*.

L'attendu de la chambre n'est en réalité qu'une reprise exacte des termes de l'article L. 212-1-1 du Code du travail. Cette nouvelle jurisprudence vise à assurer un équilibre entre les parties. Elle ne revient pas sur l'interprétation jurisprudentielle de l'article L. 212-1-1 du Code du travail. Elle n'opère pas non plus un renversement de la charge de la preuve. Mais là où précédemment, la Chambre considérait qu'en l'absence d'éléments fournis par l'employeur, il y avait lieu à paiement d'heures supplémentaires, même sur simple allégation du salarié (23), elle affirme aujourd'hui que le salarié doit fournir au juge les éléments de nature à étayer sa demande. Et, du point de vue sémantique, si le terme "étayer" sous-entend "soutenir", il ne présuppose pas que la charge de la preuve repose pour autant sur le salarié. Etayer, c'est peut-être fonder, mais ce n'est pas prouver. Cette solution a été réaffirmée dans deux arrêts du 24 mars 2004 (24).

Deux observations s'imposent. La première est que cette jurisprudence sera ce que les juges du fond en feront. En effet, l'article L.212-1-1 du Code du travail donne au juge un office tout à fait particulier dans l'administration de la charge de la preuve. C'est lui qui est

la pierre de voûte de ce système dans lequel il doit examiner attentivement chaque pièce produite et forger sa conviction au vu de l'ensemble des éléments versées aux débats. C'est bien d'un juge interventionniste dont il s'agit, un juge qui ne pourra être un simple arbitre. L'audience peut ainsi devenir un lieu d'échanges (à condition bien évidemment qu'elle soit préparée) où le débat judiciaire trouvera sa plénitude. Au besoin, le Juge pourra décider de mesures d'instructions préalables. La seconde observation concerne le terme "étayer". L'interprétation des Juges du fond sera déterminante. Etayer, s'agissant du salarié, et fournir les éléments de preuve, s'agissant de l'employeur, deux notions dont les contours seront à définir, deux notions de fait à apprécier, sous un contrôle "léger" de la Cour de cassation.

## **B. Office du juge et droits fondamentaux**

La question des contrôles ne peut être dissociée de celle des droits fondamentaux. Même si, avec l'élargissement de l'Europe, les questionnements se multiplient sur la Constitution européenne et sa Charte des droits fondamentaux, il n'en demeure pas moins que l'office du juge prud'homal, depuis plus d'une décennie, ne peut se concevoir sans l'apport des textes de droit interne mais aussi de droit international définissant les principaux droits sociaux fondamentaux.

Certes, il convient, sur cette question, de ne pas minimiser les apports essentiels de l'article L. 120-2 du Code du travail. Mais il faut néanmoins souligner qu'avant la mise en application de ce texte, la Chambre sociale s'est fondée sur la Convention européenne des droits de l'Homme pour reconnaître l'existence de certaines libertés et droits fondamentaux. Ainsi, dans un arrêt en date du 12 janvier 1999 (25), a-t-elle jugé que la clause de mobilité avec changement de domicile n'était valable qu'à la condition d'être indispensable pour l'entreprise et proportionnelle au but recherché.

Cela étant, l'existence de ce texte de droit interne ne supprime pas toute référence au droit européen. Ainsi, dans l'arrêt du 26 novembre 2002 (26), la Chambre sociale a-t-elle condamné la filature d'une salariée depuis le domicile de son employeur au visa tant de l'article L.120-2 du Code du travail, de l'article 9 du Code civil, de l'article 9 du nouveau Code de procédure civile mais également de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

(22) Bull. civ. V n° 62, RPDS 2004 p. 369 n. M. Carles

(23) Soc. 10 mai 2001 Bull. civ. V n° 160

(24) Bull. civ. V n° 96, pourvoi n° 02-40426, RPDS 2005 p. 20 n. M. Carles

(25) Soc. 12 janvier 1999 Bull. civ. V n° 7, RJS 2/99 n° 151, Dr. Ouv. 2000 p. 247

(26) Soc. 26 novembre 2002 Bull. civ. V n° 352, Dr. Ouv. 2003 p. 249 n. F. Saramito

Au-delà de cette question du visa des textes, comment la Chambre sociale aborde-t-elle sur le fond cette question du contrôle des obligations contractuelles par référence aux droits fondamentaux ?

Une analyse des décisions rendues dans ce domaine révèle que le contrôle du juge doit s'opérer dans le cadre d'une double interrogation : le principe allégué est-il une liberté fondamentale, d'une part, et dans l'affirmative, la restriction résultant du comportement de l'employeur est-elle justifiée et proportionnée au but recherché (contrôle de proportionnalité) ?

L'arrêt dit du bermuda en est un exemple particulièrement significatif. Dans cet arrêt en date du 28 mai 2003 (27), la Chambre sociale a considéré que si, en vertu de l'article L.120-2 du Code du travail, un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché, la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales. La question a donc été réglée sur le seul terrain de la proportionnalité, étant précisé que la portée de l'arrêt se limite ici aux activités professionnelles. Dans cette affaire, la question concernait davantage le port d'une blouse de travail, non contestée, qui laissait apparaître les jambes nues d'un salarié qui prétendait devant les premiers juges, avoir sur ce point les mêmes droits qu'une femme.

Dans un arrêt du 22 juin 2004 (28), la Chambre sociale a approuvé une Cour d'appel d'avoir décidé que le fait pour un salarié de diffuser à l'ensemble du personnel une lettre ouverte répondant à celle que la direction avait précédemment adressée à ce même personnel, et qui mettait en cause ses compétences, n'était pas constitutive d'une faute grave dès lors que les critiques n'avaient pas de caractère excessif. C'est donc une conception plutôt large de la liberté d'expression, liberté fondamentale, qui a été retenue par la Chambre.

Enfin, dans un arrêt du 12 octobre 2004 (29), il a été jugé que le salarié a droit, même au temps et lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, ce qui implique notamment le secret des correspondances et que l'employeur ne peut, dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail, cela même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur.

Faut-il toutefois en déduire que ce principe fondamental du respect de l'intimité de la vie privée peut justifier toutes les utilisations informatiques ? A cette question, la Chambre sociale a répondu par la négative dans un arrêt du 2 juin 2004 (30). Une entreprise avait mis à disposition de ses salariés une messagerie électronique avec une adresse électronique comportant, outre le nom du salarié, celui de l'entreprise. Un salarié de cette société avait utilisé cette messagerie pour envoyer à une personne domiciliée en Israël un courriel contenant des injures et des menaces antisémites. Le destinataire s'étant plaint à l'employeur, le salarié avait été licencié pour faute grave. La Chambre sociale a estimé que le fait pour un salarié d'utiliser la messagerie électronique que l'employeur met à sa disposition pour émettre, dans des conditions permettant d'identifier l'employeur, un courriel contenant des propos antisémites est nécessairement constitutif d'une faute grave. Et par l'emploi des termes "*est nécessairement*", la chambre a exercé ici un contrôle lourd (à la différence du contrôle léger mis en œuvre habituellement sur cette question et marqué par les termes "*a pu décider*").

\* \* \*

Au terme de ces développements, qui sont loin d'être exhaustifs, il apparaît que l'office du juge dans la détermination et le contrôle des obligations nées du contrat de travail est toujours, et demeurera central. Et il est fort à parier que ce sera encore certainement demain un sujet d'actualité.

Non pas qu'une telle question ne soit en mesure d'être résolue. Mais les évolutions constatées et la vigueur des discussions portent à croire que tout ne peut être figé.

Or, on observe aujourd'hui qu'en matière contractuelle, le législateur intervient essentiellement pour poser des "standards", laissant au juge une marge d'appréciation non négligeable. Et au delà de l'interprétation des règles de fond, il existe une immense nébuleuse constituée par les contrôles procéduraux, qui ne peuvent se concevoir que dans l'existence d'un juge actif, acteur véritable au milieu des autres protagonistes du procès.

Quoiqu'il en soit, l'acte de juger restera toujours à penser et à réinventer.

**Agnès Martinel**

(27) Soc. 28 mai 2003 Bull. civ. V n° 178, Dr. Ouv. 2003 p. 224 concl. P. Lyon-Caen n. P. Moussy

(28) Soc. 22 juin 2004 Bull. civ. V n° 175, infra p. 116

(29) Dr. Ouv. 2005 p.28

(30) Soc. 2 juin 2004 Bull. civ. V n° 152, infra p. 123