

Bonne foi et contrat de travail

par Myriam PLET, Avocat au Barreau de Lyon

PLAN

- I. La bonne foi, une notion féconde ?
- II. La bonne foi : une notion tremplin ?
- III. La bonne foi : une notion à articuler

Lorsqu'il m'a été demandé de proposer aux participants au Colloque du SAF des pistes de réflexions sur la bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, la tentation de déborder le sujet a été forte. Il semblait en effet que se cantonner à l'exécution du contrat, conduirait à renoncer à ce qui précède, c'est-à-dire aux pourparlers et à la phase de la formation des relations contractuelles. Cette phase d'approche, de rencontre, d'évaluation qui précède la concrétisation du contrat ne devait pas être évincée, car elle présente un double intérêt au regard du sujet posé.

Dans la législation relative au recrutement et dans la jurisprudence, la notion de bonne foi figure en bonne place et ce depuis plus de dix ans. Au travers de l'article L 121-6 introduit par la loi du 31 décembre 1992 émerge en effet dans le Code du travail, sinon dans le droit du travail, la notion de bonne foi.

C'est au candidat à l'emploi que l'exigence est posée et l'article L 121-6 précise : *"Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ou à un salarié, ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. Le candidat à un emploi ou le salarié est tenu d'y répondre de bonne foi"*. Cette obligation énoncée en termes forts, est littéralement imposée au seul candidat à l'emploi ou salarié.

Mais cette exclusive n'est pas le résultat d'un déséquilibre en défaveur du salarié et il n'est pas inutile de rappeler qu'à l'origine de cette loi du 31 décembre 1992, figure un rapport de Gérard Lyon-Caen sur les *Libertés Publiques et l'Emploi* (1). L'hommage qui nous ne cessons de lui rendre passe peut-être aussi par le rappel d'un texte phare dont nous n'avons pas encore utilisé toutes les ressources, et qui est, au premier mouvement, plus séduisant que la morale à laquelle semble renvoyer la notion de bonne foi. Il s'agit naturellement de l'article L 120-2 : *"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"*. Ce texte semble plus séduisant parce qu'il renvoie à des valeurs républicaines partagées, plutôt qu'à la notion *a priori* presque religieuse de bonne foi. Il ne sera pas question d'opposer ces deux normes que sont l'exigence de la bonne foi d'une part et le paramétrage de l'article L 120-2 d'autre part, mais d'analyser peut-être ce qui les rapproche et la combinaison que peuvent en faire les praticiens.

La doctrine nous dit de la bonne foi dans la formation et l'exécution du contrat, qu'il s'agit d'une notion parmi les plus fécondes du droit privé :

- elle permettrait de faire pénétrer la règle morale dans le droit positif, selon Ripert,
- elle représenterait un résidu d'équité que le droit ne peut éliminer, selon Gérard Lyon-Caen,

(1) La Documentation française, 1991.

- elle serait l'expression de la pérennité de l'idéal de justice dans le droit des contrats et obligations,
- elle serait bien pratique, puisqu'elle constitue une norme éthique de conduite à contenu indéterminé et à formulation générale,
- enfin, elle aurait une portée particulière dans le rapport salarié, marqué par la subordination juridique et l'inégalité de l'une des parties envers l'autre.

Cela nous conduit-il jusqu'à une vision idéalisée selon laquelle la bonne foi consiste à respecter les intérêts essentiels de l'autre, dans un esprit de confiance mutuelle, de coopération, de collaboration autour d'un intérêt commun au travers d'une vision pacifiée des relations de travail ? La bonne foi permettrait-elle de dépasser le conflit des logiques pour mettre en évidence une union des intérêts en présence ? Cette vision œcuménique ne rend, à l'évidence, pas compte de l'âpreté des relations de travail et de leur assujettissement à une exigence de profit.

Plus modestement alors, la bonne foi peut apparaître comme un moyen offert, par la loi, au juge d'introduire une plus grande justice contractuelle entre les parties placées en situation d'inégalité.

Sur le plan historique, la bonne foi dans la formation et l'exécution des contrat n'est pas une notion nouvelle : le droit romain connaissait des contrats au sens strict, comportant des obligations explicites, mais également des conventions comportant des obligations implicites, que le juge était chargé de mettre en évidence. La bonne foi était ainsi une sorte de pouvoir d'aménagement du contrat par le biais de l'interprétation du juge (2). Il s'agissait d'une sorte de pouvoir d'aménagement du contrat dévolu au juge interprète.

On sait que le choix des rédacteurs du Code civil fût tout autre : si en effet le contrat fait la loi des parties, le juge ne peut l'interpréter. Il lui est tout au plus permis de rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. Dans cette conception, la part créatrice du juge au travers de sa conception de la bonne foi n'a pas de place. L'exécution de bonne foi se confond alors en réalité avec l'exécution du contrat. Cette conception n'offre guère de prises aux travailistes. Elle n'a cependant pas empêché le juge civil de sanctionner le banquier, le prêteur, le créancier, l'assureur, l'éditeur, le mandant, le vendeur, le distributeur d'eau, en évoquant à leur égard un manquement à l'obligation de loyauté, de sincérité, de bonne foi.

Le place de la bonne foi dans le paysage du droit du travail renvoie donc nécessairement à la fonction du droit du travail qui elle-même renvoie à la fonction du juge. Quelle conception du droit du travail sous-entend la mobilisation du concept de bonne foi :

- le droit du travail est-il tout entier dédié à la protection des travailleurs ? Est-il le rempart ou plutôt le bouclier protégeant le travailleur contre une exploitation excessive ?
- le droit du travail est-il un artifice destiné à masquer une exploitation bien réelle en sorte que quelques menues concessions préservent en réalité la liberté et la pérennité du puissant ?
- le droit du travail est-il un mode de régulation des relations dans l'entreprise tout au long de la vie du salarié ? (3)

Dans cette troisième conception, le juge devient ajusteur d'un droit régulateur ; il n'a plus pour fonction de veiller à la stricte application du contrat conçu comme l'instrument de la volonté des parties. Il s'affranchit de l'allégeance à la fiction de la liberté et de l'égalité des cocontractants. Il met tout naturellement à néant la théorie de l'employeur seul juge. Il devient créateur.

C'est ainsi qu'ont émergé certains aspects de l'architecture jurisprudentielle relative aux licenciements économiques. Dépassant une fonction mécaniste, le juge donne vie et effet utile à un texte ou à une règle en l'inscrivant dans la réalité des relations de travail, et leur déséquilibre. Dans cette conception de la fonction du droit du travail et du juge de la relation de travail, le concept de bonne foi trouve à s'épanouir. Il devient ce supplément d'âme qui permet, au-delà de la lettre, au-delà même de l'esprit, de définir un modèle comportemental acceptable, respectueux de la vie personnelle du salarié, et adapté à l'évolution de l'entreprise (I). Mais une analyse plus précise conduit à s'interroger sur la fonction tremplin de la bonne foi (II) et à opérer des distinctions parmi les notions rattachées à la bonne foi par la doctrine. Cela conduira à distinguer le domaine propre de la bonne foi, d'autres notions, telles que le droit de la preuve, ou le paramétrage proposé par l'article L 120-2, pour tenter de les articuler (III).

(2) Quentin Urban, *Annales de la faculté de droit de Strasbourg* n° 6, 2003

(3) Alain Supiot, *Au-delà de l'emploi*, Flammarion 1999

■ I. La bonne foi, une notion féconde ? ■

La doctrine rattache le devoir de loyauté à la bonne foi. A partir du concept bonne foi/loyauté, les obligations respectives des parties sont déclinées, au fil de la carrière des salariés, et donc en premier lieu au stade du recrutement.

A. Recrutement

A ce stade, sont rappelés :

– L'obligation d'écarter du processus de recrutement tout comportement discriminatoire (L 122-25, L 122-45, L 122-46, L 123-1, L 412-2).

– Les droits du candidat à l'embauche, qui doit être informé des méthodes et techniques d'aide au recrutement préalablement à leur mise en œuvre. Ces méthodes doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie, définie comme l'appréciation de la capacité du candidat à occuper l'emploi proposé, ou ses aptitudes professionnelles. Les données personnelles recueillies par l'employeur potentiel ne peuvent être divulguées à des tiers (4).

Force est de constater que le Code du travail est précis dans les obligations mise à la charge de l'employeur, et offre la souplesse chère au juriste dans l'appréciation du lien direct et nécessaire, qui s'illustre notamment dans les entreprises de tendance, entre les informations réclamées par l'employeur, l'emploi proposé et l'évaluation des aptitudes professionnelles du candidat.

Il n'est pas alors nécessaire de mobiliser la notion de bonne foi à la charge de l'employeur dès lors que la loi offre un paramétrage tout aussi pertinent et opérationnel, dans l'objectif de protéger le salarié susceptible d'être confronté à l'usage de méthodes d'investigation sans rapport avec les informations nécessaires à un employeur potentiel pour procéder à un recrutement.

Mais l'employeur n'est pas oublié et sa protection est assurée par l'exigence imposée au candidat à l'emploi. Celui-ci doit en effet répondre de bonne foi aux questions qui lui sont posées (5) lorsque les questions correspondent aux impératifs de recrutement. Si la question ne présente pas un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé, si elle n'a pas pour finalité d'apprécier des aptitudes professionnelles ou la capacité à occuper le poste, l'exigence de bonne foi disparaît.

De manière cependant assez paradoxale, alors que la bonne foi est imposée au salarié, et à lui seul de manière explicite au stade du recrutement, c'est sur la base du dol que l'employeur se fonde quelquefois pour soutenir que le contrat est nul.

Ainsi, dans une hypothèse où une candidate a été embauchée, alors qu'elle avait enjolivé son curriculum vitae et fait état d'une expérience d'assistante de responsable de formation, alors qu'elle n'avait en réalité suivi qu'un stage de quatre mois dans un service de formation linguistique, le concept de bonne foi n'a pas été invoqué (6) ; est-ce parce que le curriculum vitae n'est pas une réponse aux questions d'un employeur, mais une indication spontanée, susceptible de provoquer une question, mais insusceptible de constituer à lui seul, et en l'absence de questions, la réponse de mauvaise foi sanctionnée par la loi ?

Qu'en est-il d'un salarié qui tait la clause de non concurrence à laquelle il est tenu ? La Cour de cassation a dit que le candidat a l'obligation de révéler en toute loyauté à son futur employeur potentiel qu'il est tenu par une clause de non concurrence (7). La décision serait-elle la même aujourd'hui en l'absence de questions de l'employeur ? Elle avait en effet été rendue sur le fondement du devoir de loyauté, avant que l'exigence de bonne foi figure explicitement dans le Code du travail comme une obligation à la charge du salarié.

Dans la phase de recrutement, la notion de bonne foi mise explicitement, par le Code du travail, à la seule charge du salarié, ne crée pas un déséquilibre dans les droits et obligations respectifs parce que les contraintes et limites imposées à l'employeur sont précisément définies au regard d'une finalité clairement énoncée.

Le déséquilibre apparent, né de l'inégalité entre les parties, dont seule la plus faible se voit imposer une obligation de bonne foi, se trouve en réalité parfaitement compensé par le cadrage de l'employeur, qui ne peut recourir qu'à des méthodes annoncées et pertinentes au regard de la finalité poursuivie. La bonne foi du salarié est mesurée à l'aune du comportement de l'employeur, contraint à des obligations à la fois précises, mais également suffisamment souples pour être adaptées à la spécificité de telle ou telle entreprise, de tendance notamment.

(4) Article L 121-8

(5) Article L 121-6

(6) Cass. Soc. 16 fév. 1999, Dr. Soc. 1999 p. 396

(7) Cass. Soc. 3 janv. 1964 Bull. civ. V n° 5

Au stade du recrutement, le couple bonne foi (imposée au salarié) et paramétrage (exigé de l'employeur) prévu par le législateur, constitue un équilibre plus protecteur pour le salarié que la seule référence commune à la bonne foi.

B. Exécution du contrat

L'article L 120-4 précise : "*Le contrat de travail est exécuté de bonne foi*". Il n'y a pas plus de précisions que cela, notamment pour ce qui concerne la charge de la preuve. Mais les juridictions du travail n'ont pas attendu la loi de modernisation sociale pour s'emparer de la notion de bonne foi en se référant au droit commun des contrats et à l'article 1134 alinéa 3 du Code Civil, qui dispose : "*Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi*". Certains auteurs soutiennent que la bonne foi crée certes un surcroît de sujétions pour les salariés, mais a permis de dégager des obligations supplémentaires pour l'employeur (8).

1. Pour le salarié la bonne foi représente un surcroît de sujétions à la marge pour ce qui concerne la prestation de travail au sens strict. Sur ce plan, en effet, il n'est pas nécessaire de recourir à la mauvaise foi pour sanctionner l'inobservation d'une règle ou d'une instruction, sauf dans quelques rares hypothèses par exemple vis-à-vis d'un salarié qui refuse de terminer le déchargement d'un camion dans lequel restaient deux colis, même si cette tâche l'amène à dépasser l'horaire de travail (9).

En revanche, la notion de bonne foi a une portée décisive en dehors de la stricte prestation de travail. C'est ainsi qu'a émergé le devoir de loyauté né de l'obligation de bonne foi illustré notamment dans l'obligation de non concurrence en dehors même d'une clause de non concurrence, l'obligation de réserve et l'obligation de discrétion. Ont pu être sanctionnés des comportements qui se situent pendant les périodes de suspension du contrat. Le salarié alors dispensé d'une prestation de travail est néanmoins tenu, par exemple, de communiquer les informations ou documents nécessaires à la poursuite de l'activité (10), de s'abstenir de développer une activité concurrente, notamment

pendant un congé sabbatique (11). Obligations de bonne foi et devoir de loyauté permettent d'atteindre le salarié en dehors de la stricte vie professionnelle, en raison d'actes relevant de sa vie personnelle.

2. Pour ce qui concerne l'employeur, l'exigence de bonne foi constitue un encadrement de ses pouvoirs. Ainsi, l'employeur qui exécute le contrat de bonne foi doit définir dans le contrat les attributions et responsabilités du salarié (12), mettre les salariés en mesure d'exécuter convenablement leur prestation et s'abstenir de tout comportement rendant impossible l'accomplissement de la prestation de travail. Il doit s'abstenir de provoquer la faute du salarié et de le déstabiliser (13).

Plus précisément encore, l'employeur de bonne foi ne peut mettre un salarié à la retraite, même si celui-ci à l'âge requis et a acquis les droits qui lui permettent de bénéficier de la retraite de la Sécurité sociale, dès lors que ce salarié n'a pas l'ancienneté dans l'entreprise qui lui permettrait de percevoir la retraite complémentaire (14).

L'employeur de bonne foi ne peut pas, non plus, répondre à des salariés licenciés pour motif économique dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, et qui demandent si l'indemnité de réorientation est assujettie à l'impôt sur le revenu, qu'elle n'est pas soumise à l'impôt, s'il sait par une lettre de l'Administration fiscale que l'indemnité est assujettie (15).

L'employeur de bonne foi ne peut, même en présence d'une clause de mobilité, imposer au salarié un déplacement immédiat pour rejoindre un poste qui pourrait être pourvu par d'autres salariés (16).

L'employeur de bonne foi ne peut, enfin, licencier pour motif économique une salariée occupant un poste de chef de service presse après lui avoir proposé un reclassement dans un poste de vendeuse, alors même qu'il existait un projet de recrutement d'une attachée de presse mode (17).

Il doit exécuter de bonne foi l'engagement pris dans un plan de sauvegarde de l'emploi de transformer des emplois à temps complets en temps partiel (18).

L'employeur de bonne foi doit assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi (19).

(8) C. Vigneau, Dr. Soc. 2004 p. 706

(9) Cass. Soc. 7 juil. 1982 Bull. civ. V n° 466

(10) 18 mars 2003 Dr. Soc. 2003 p. 770 ; rapp. Cass. Soc. 4 juin 2002 Dr. Ouv. 2003 p.248, Cass. Soc. 21 mars 2000 Dr. Ouv. 2000 p. 286 n. A. de Senga

(11) 1^{er} avril 2003 Dr. Soc. 2003 p. 770

(12) CA Limoges 01.06.2004 Gaz. Pal. 26 juin 2004 (définition concurrence/attribution)

(13) CPH Grenoble (Ind. - Dép.) 21 janv. 2002 Dr. Ouv. 2003 p. 204

(14) Cass. Soc. 4 juin 2002, n° 00-42280, Bull. civ. V n° 188

(15) Cass. Soc. 23 juin 1998 n° 96-41953

(16) Cass. Soc. 18 mai 1999 Bull. civ. V n° 219

(17) Cass. Soc. 27 octobre 1998 Bull. civ. V n° 458, RJS 98 n° 1457

(18) Cass. Soc. 6 mai 1998 n° 95-45464 Bull. civ. V n° 231

(19) Cass. Soc. 6 février 1996 p. n° 92-45319 ; Cass. Soc. 25 fév. 1992, Bull. civ. V n° 122

■ II. La bonne foi : une notion tremplin ? ■

La bonne foi semble ainsi remplir son rôle de moralisation de la conduite des cocontractants. Cependant, un examen plus attentif et le souci de repérer une évolution autorisent peut-être à le qualifier de "tremplin". Ainsi elle a été évoquée comme fondement contractuel de l'obligation de recherche de reclassement (20) jusqu'à ce que le droit au reclassement trouve son autonomie et sa place en tant que tel dans le Code du travail au troisième alinéa de l'article 321-1.

De même, la bonne foi a été évoquée comme fondement du devoir imposé à l'employeur d'assurer

l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi (21) jusqu'à ce qu'en 2002 l'article L 932-2 vienne inscrire cette obligation dans le Code du travail.

Sommes-nous dans une phase porteuse pour les notions trempins, qui requièrent pour se développer un juge conscient de l'inégalité des parties et désireux certes de donner au contrat son plein effet, mais dans une vision dynamique notamment pour la partie qui est en situation de plus grande faiblesse ?

■ III. La bonne foi : une notion à articuler ■

On peut faire l'hypothèse que la référence à la bonne foi est très sévèrement concurrencée par des textes qui sont peut-être d'un usage plus encadré compte tenu de leur formulation même. Ainsi, l'article L 120-2 offre sans doute un équilibre plus riche de perspectives que l'article L 120-4. Il faut dire qu'il permet à toutes les libertés proclamées, y compris au plan communautaire, de s'intégrer aisément au droit positif. C'est ainsi que le droit au respect de la vie privée, le droit à la liberté d'expression qui nous viennent de la Convention européenne des droits de l'Homme ont trouvé à s'appliquer et forment, avec l'article L 120-2, un "ticket" relevant d'une conception juridique commune (22).

Cette conception consiste :

– à affirmer un principe "*nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions*",

– tout en les assortissant d'une limite définie au regard de la finalité du contrat de travail. Ne peuvent être apportées de restrictions "*qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché*". Cette rencontre heureuse entre l'article L 120-2 et la Convention européenne des droits de l'Homme fait une concurrence sévère à la notion de bonne foi, plus floue, plus dangereuse, parce qu'elle évoque le contrat sans tenir compte de l'inégalité des parties, et que l'appréciation de la bonne foi recèle une bonne part de subjectivité.

La combinaison entre la bonne foi et l'article 120-2 est dans aucun doute de nature à rendre réellement opérationnelle cette notion désormais insérée dans le Code du travail.

Enfin la bonne foi est souvent évoquée à l'occasion des débats sur la licéité de la preuve. Ainsi la doctrine qualifie de mauvaise foi l'employeur qui fait procéder à la filature d'un salarié qu'il soupçonne de ne pas consacrer ses après-midi à l'accomplissement de sa prestation de travail (23). En réalité, la question de la bonne foi de l'employeur est étrangère à ce débat de droit processuel sur la preuve licite ou illicite et il est heureux que ce ne soit pas la bonne foi, concept mou, mais le respect de la vie privée et les articles 9 du Code Civil et du Nouveau Code de Procédure Civile qui soient évoqués. L'invocation de la bonne foi est, sur le terrain de la preuve, relativement périlleuse et il y a sans doute lieu d'y préférer les règles du droit de la preuve.

Peut-il être, en conclusion, proposé :

– de recourir au droit processuel lorsqu'est en question le caractère licite ou illicite de la preuve,

– de laisser à l'article L 120-2 toute sa place sur le terrain des libertés fondamentales, en le combinant avec la notion de bonne foi de l'article L 120-4,

– de mobiliser la bonne foi comme tremplin d'élaboration de normes à charge de l'employeur, susceptibles d'entrer ensuite de manière autonome et en tant que telles dans le Code du travail.

Myriam Plet

(20) Cass. Soc. 8 avr. 1992 Bull. civ. V n°228, Dr. Ouv. 1992 p. 310

(21) Cass. Soc. 25 fév. 1992, prec.

(22) V. par ex. Cass. Soc. 22 juin 2004 ci-après p. 116.

(23) Cass. Soc. 26 nov. 2002 Dr. Ouv. 2003 p. 249 n. F. Saramito ;
rapp. obs. sous Cass. Soc. 12 oct. 2004 Dr. Ouv. 2005 p. 28