

# A propos du retour en force de la loyauté contractuelle

(un flash back qui permet de remettre en cause l'autonomie du travailleur)

par Marie-Laure Dufresne-Castets, Avocate au Barreau de Caen  
et Pascal Moussy, Chargé d'enseignement à l'Université d'Evry Val d'Essonne

## PLAN

### I. Le contrat de travail à l'épreuve du principe de loyauté.

- A. Un contrat présumé loyalement conclu.
- B. Le travailleur soumis à l'obligation de réciprocité de l'exécution loyale du contrat.

### II. La loyauté comme expression d'un retour au contrat : une pente savonneuse pour le droit des travailleurs à la négociation collective.

- A. Le droit des travailleurs à la négociation collective, une construction qui s'est avant tout imposée par l'affranchissement des canons contractuels.
- B. Une obligation de réciprocité introduite, au détriment des travailleurs, par la contractualisation de la négociation collective.

« C'est ainsi que les économistes bourgeois ont le sentiment vague que la production est plus facile avec la police moderne qu'à l'époque par exemple du "droit du plus fort". Ils oublient seulement que le "droit du plus fort" est également un droit... »

Karl Marx, Contribution à la critique de l'économie politique, Editions Sociales, 1957, p. 153.

**L'**exécution loyale du contrat de travail ne saurait admettre l'éloge de la paresse.

**La direction d'une entreprise présentée comme un phare en matière sociale a récemment, pour justifier l'engagement d'une procédure disciplinaire, sollicité l'obligation de loyauté du salarié à l'égard de l'entreprise pour dénoncer "une stratégie individuelle clairement affichée dans l'ouvrage Bonjour paresse, visant à gangrener le système de l'intérieur" (1).**

**La gestion de l'entreprise a évolué.**

**L'heure n'est plus à l'emprisonnement pour le salarié coupable d'insubordination (2). Aujourd'hui, le salarié qui dévie aux règles établies par le chef d'entreprise n'encourt plus l'embalement. Il risque tout au plus de retrouver toute sa liberté à la suite d'une procédure de licenciement. Et l'employeur se fait même un devoir de lui donner toutes les explications nécessaires pour lui permettre de comprendre la légitimité de la mesure indispensable à la bonne cohésion de la collectivité de travail (3). Le contrat est alors invoqué comme norme de référence (4). Plus précisément, c'est la loyauté contractuelle qui sera affirmée comme un des principes directeurs d'une relation normale entre les participants au rapport de travail (5).**

(1) Cette stratégie destructrice, reprochée à Corinne Maier, chercheuse à la direction recherche et développement d'EDF, qui venait de publier "Bonjour paresse, de l'art et de la nécessité d'en faire le moins possible en entreprise", était révélée par les faits suivants : "Lire le journal en réunion de groupe, quitter les réunions avant la fin..." (voir C. Monnot, "L'ode à la paresse qui a indisposé la direction d'EDF", *Le Monde* du 27 juillet 2004).

(2) "Le parlement de Paris, par un arrêt du 1<sup>er</sup> août 1783, autorise le Commissaire du Roi auprès de la Fonderie, qui n'est autre que de Wendel, à faire emprisonner les ouvriers convaincus d'insubordination dans le travail, par suite du refus d'obéissance ou d'injures envers les supérieurs" (J. Bart, "La féodalité au secours du capitalisme", *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Ed. Frison-Roche, 1999, 5).

(3) Il a été relevé que, loin d'être assurée une fois pour toutes, la légitimité de l'exercice du pouvoir du chef d'entreprise, distinguée de celle de son attribution, est l'objet d'un processus infini de justification, de re-justification sous l'horizon qu'il est

censé servir (voir J. Le Goff, "Entreprise et institution : retour sur un débat crucial", *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, 2004, 89).

(4) "Finalement, ce qui fait problème dans l'usage du concept de contrat, c'est sans doute moins son application à des réalités dont le caractère contractuel ne saute pas immédiatement aux yeux, que les conséquences qu'on se croit autorisé à en tirer en termes de justification des obligations qui en découlent." (P. Pharo, "Les fondements non contractuels du contrat", *Le contrat. Usages et abus d'une notion*, Desclée de Brouwer, 1999, 49).

(5) "Ceci est un contrat valide parce que les choses sont ainsi faites ou parce que, par exemple, la nature de l'homme commande que ses relations soient guidées par une certaine idée de la justice ou de la loyauté. Par conséquent, l'accord de volonté qui est à la base du contrat ne sera créateur d'obligations qu'à la condition d'être soutenu par un critère "objectivant" qui le justifiera et lui concédera l'onction juridique" (P.Y. Gahdoun, "Les apports de la théorie réaliste de l'interprétation à la notion de contrat", *D.* 2005, Chr., 1519).

**Le principe de la loyauté contractuelle est consacré par les dispositions légales qui affirment le devoir d'exécution de bonne foi.**

**Pendant longtemps, c'est le précepte général posé par l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil (6) que les juges statuant en matière prud'homale rappelaient comme règle de conduite aux parties au contrat de travail.**

**Aujourd'hui, ce seraient plutôt les dispositions du nouvel article L.120-4 du Code du travail (7) qui devraient présider au bon comportement des parties à la relation de travail.**

**Le principe de loyauté qui irradie le droit du contrat de travail constitue certes une garantie face à un patron peu scrupuleux qui entend faire virevolter le salarié au gré de ce qu'il estime être les besoins impérieux de l'entreprise.**

**Mais nous nous attacherons à montrer que la loyauté contractuelle participe également au renforcement de la légitimation de l'état de subordination dans lequel est enfermé le travailleur (I).**

**La bonne foi, qui s'affirme comme "norme générale de comportement" qui doit présider aux relations entre les parties au contrat (8), ne s'arrête pas à la relation individuelle de travail. Elle a vocation, à travers le devoir de loyauté, à régir le comportement des acteurs de la négociation collective.**

**Nous verrons qu'aujourd'hui le droit de la négociation collective est soucieux d'affirmer une loyauté contractuelle marquée par la réciprocité des obligations des acteurs. Pour accéder à de nouveaux droits, ou tout simplement pour préserver ses "acquis", il faudra alors emprunter une pente savonneuse (II).**

## I. Le contrat de travail à l'épreuve du principe de loyauté

Il a été fort justement relevé que "l'entreprise est une addition d'intérêts par nature contradictoires" : "La volonté du détenteur du capital d'obtenir le maximum de profits et de préserver (les deux étant souvent liés) le maximum de souplesse dans l'organisation de l'entreprise ne rejoint que fort modérément les préoccupations des salariés" (9).

Aussi, "le discours sur l'intérêt de l'entreprise conçu comme un principe d'action (par-delà les intérêts particuliers des uns et des autres) risque fort d'apparaître (au mieux) lorsqu'il vise un comportement (individuel ou collectif) comme un exercice de rhétorique (que ne suffisent pas à sauver les exigences d'ordre éthique qui peuvent l'animer)" (10).

Mais les bonnes paroles semblent, aux yeux des juges du contrat de travail, gagner en crédibilité lorsque l'intérêt de l'entreprise apparaît comme un "bien commun" qui

"s'exprime en premier lieu par un principe de loyauté, parfois formulé en termes de "coopération", de "fidélité", de "fraternité" ou de confiance", qui oblige les contractants à dépasser leurs aspirations individuelles et à coopérer" (11).

Cet attachement à collaborer attendu des parties dans l'exécution du contrat de travail ne mérite pas l'excès d'idéalisation observé aujourd'hui, surtout lorsqu'il se pare des vertus d'une "bonne foi" qui tend à masquer la réalité et le sens du pouvoir dans l'entreprise (12).

On rencontre en amont l'exigence de loyauté au moment de la formation du contrat : le consentement ne saurait être forcé.

Et c'est cette adhésion librement consentie qui légitime la mise en œuvre de la subordination, qui caractérise le contrat de travail (13). Pour reprendre la formule d'Antoine Lyon-Caen (14), le salarié devient

(6) Art. 1134 du Code civil : "Les conventions légalement formées tiennent loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi."

(7) Aux termes desquelles : "Le contrat de travail est exécuté de bonne foi."

(8) Voir, à ce sujet, A. Cathiard, "Quand la bonne foi trouve un second souffle", note sous Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 15 mars 2005, D. 2005, jurisprudence, 1465.

(9) B. Teyssié, "L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail", D. 2004, Chr., 1682.

(10) B. Teyssié, chr. préc., 1682.

(11) Voir P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, 47 et s.

(12) "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 oecuménique ne rend, à l'évidence, pas compte de l'âpreté des relations de travail et de leur assujettissement à une exigence de profit" (M. Plet, "Bonne foi et contrat de travail", Dr. Ouv. 2005, 99).

(13) Voir, à ce sujet, Ph. Enclos, "Contrat de travail et construction des rapports sociaux", *Le contrat. Usages et abus d'une notion*, Desclée de Brouwer, 1999, 186. "La subordination juridique est fondée en droit sur le principe général de la liberté contractuelle. Les cocontractants sont libres de convenir que l'on se soumettra à l'autorité de l'autre pour l'exécution de ses obligations".

(14) Utilisée à propos des "clauses d'objectifs".

"artisan, réel ou fictif, selon l'authenticité de la négociation, de sa propre subordination" (15). Il n'est aujourd'hui guère contesté que le demandeur d'emploi qui a accepté de conclure le contrat offert par le futur employeur est la plupart du temps dans une indiscutable vulnérabilité sociale et économique (16). La double présomption de liberté et de loyauté attachée à l'exécution du contrat de travail loyalement formé a pour effet, si l'on s'en tient aux postulats de la jurisprudence dominante, de valider l'injustice de l'accord qui a profité de la dépendance économique.

Le courant "solidariste" qui "irrigue aujourd'hui notre droit des contrats" conduit à une mobilisation croissante de la notion de "bonne foi" (17). L'exécution de bonne foi du contrat de travail met alors pleinement en œuvre la règle de réciprocité. Elle concerne aussi bien l'employeur (18) que le salarié (19). Mais ce synallagmatisme, s'il répond aux canons d'une belle orthodoxie de la relation contractuelle, peut servir à justifier une réduction de la sphère d'autonomie reconnue au travailleur par les dispositions du Code du travail affirmant les libertés et droits de la personne.

## A. Un contrat présumé loyalement conclu

"L'exercice du pouvoir peut être dissimulé par le contrat" (20).

Surtout lorsque le contrat se présente comme ayant été valablement conclu et exempt de tout vice du consentement ou de tout agissement frauduleux, qui aurait été commis en vue d'entraîner l'accord de l'autre participant à la négociation (21).

Il y a quelque temps déjà, la Cour de cassation a pris une position de principe. Au visa de l'article 1134 du Code civil, elle a censuré le jugement rendu par un Conseil de prud'hommes qui avait déclaré frauduleuse et contraire à l'ordre public une convention conclue entre un ouvrier et un employeur en raison de son bas prix (22). Pour pouvoir annuler le contrat, le juge prud'homal se devait, dit la Cour de cassation, de constater un "fait spécial de fraude" (23).

La Haute Cour a été formelle. En se fondant uniquement sur la quotité d'un salaire pour déclarer frauduleuse et contraire à l'ordre public la convention qui l'a déterminé, le Conseil de prud'hommes a violé "la liberté des conventions et de l'industrie" et a exposé "le règlement du prix du travail à des rétractations et incertitudes aussi périlleuses pour les ouvriers que pour les maîtres".

Cette combinaison du principe de liberté des contrats et de l'industrie et du principe de sécurité juridique a conféré une forte présomption de loyauté à l'accord conclu entre le travailleur et l'employeur, même si ce dernier a acquis la force de travail à un prix dérisoire.

Au fil du temps, l'existence d'un "déséquilibre" a pu être perçue par les juges invités à intervenir dans le contentieux du contrat (24). La notion même de "déséquilibre économique" a commencé à faire l'objet d'un début de reconnaissance (25)...

Mais il reste encore du chemin à parcourir avant que soit consacrée l'idée que le déséquilibre structurel qui caractérise un contrat peut être de nature à faire naître légitimement un doute sur la loyauté de la partie qui était

(15) A. Lyon-Caen, "Actualité du contrat de travail", Dr. Soc. 1988, 542.

(16) Qui peut, dans certains cas, conduire l'employeur à "imposer des conditions de travail inhumaines à ses salariés" : voir, à ce sujet, C. Willmann, "La liberté du travail, un enjeu majeur de la notion d'esclavage moderne", Semaine Sociale Lamy Supplément, 2 mai 2005, n° 1213, 21.

(17) Voir J. Mouly, note sous Cass. Soc. 23 février 2005, Dr. Soc. 2005, 577.

(18) La Chambre sociale de la Cour de cassation souligne que l'obligation de l'employeur d'exécuter de bonne foi le contrat de travail ne se confond pas avec l'intention de nuire. L'engagement de la responsabilité contractuelle de l'employeur envers son salarié n'impose pas que l'employeur ait agi dans le but de nuire au salarié. Il suffit qu'il ait manqué à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail (v. Cass. Soc. 4 juin 2002, Bull., V, n° 188).

(19) A qui il est rappelé que pendant les périodes de suspension de son contrat de travail, il reste tenu envers son employeur d'une obligation de loyauté (v. Cass. Soc. 30 mars 2005, RJS 7/05, n° 709).

(20) J. M. Béraud, "Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail", Dr. Ouv. 1997, 532. Le pouvoir doit ici s'entendre comme le "pouvoir de fait". "Le pouvoir de formuler des ordres ayant valeur juridique, c'est-à-dire de créer des obligations, ne doit pas être confondu avec l'influence sur ses salariés que l'employeur détient dans les faits. Cette influence a sa source principale dans la domination économique subie, le plus souvent, par les

salariés" (v. E. Dockès, "De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur", *Analyse juridique des valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, 205).

(21) "Quant au contrat, les paroles ont été échangées et confrontées lors de sa conclusion de sorte que, par la suite, il exerce aussi son emprise dans le silence. L'hégémonie contractuel interdit donc d'entreprendre l'interrogation du pouvoir." (J. M. Béraud, "Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise", *Analyse juridique des valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, 66).

(22) Le prix de 5 fr. 50 c. avait été fixé pour la façon (la confection) d'un paletot confié à l'ouvrier tailleur.

(23) Cass. Civ. 12 décembre 1853, D. 1854, première partie, 20 et s. Nous tenons à remercier Grégoire Loiseau, professeur à l'Université de Paris I, de nous avoir signalé cet arrêt.

(24) La Cour de cassation précisant que l'existence de ce déséquilibre est souverainement apprécié par les juges du fond. (Voir Cass. Soc. 15 juin 2004, Bull., V, n° 163).

(25) Voir le commentaire de J. Mestre sous un arrêt de la Cour d'appel d'Aix (2<sup>e</sup> Ch. 17 avril 1987, SA Mory c/ Georges Attard) condamnant une société de transports à des dommages-intérêts pour avoir imposé à un chauffeur des conditions contractuelles draconiennes, rendues possibles par des "conditions de déséquilibre économique" qui avaient permis "une exploitation caractérisée de la faiblesse d'un cocontractant" (Rev. Trim. Dr. Civ. 1988, 115 et s.).

en position de force au moment de la formation du contrat.

La 1<sup>re</sup> Chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 16 mars 2004 (26), a solennellement affirmé qu'un cocontractant ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel que, "par sa négligence ou son imprudence", il n'avait pas su apprécier. Elle a rejeté l'argumentation du pourvoi qui faisait valoir que l'inégalité contractuelle, qui se traduisait par le pouvoir détenu par un des contractants de fixer unilatéralement les modalités d'exécution du contrat, emportait, au nom du devoir de bonne foi et à la charge des contractants du demandeur au pourvoi, une obligation de renégocier ce contrat-cadre de dépendance manifestement déséquilibré (27).

En définitive, pour la 1<sup>re</sup> Chambre civile, "le devoir de bonne foi entre les contractants, que traduit l'obligation de renégocier, ne se déploie que si le déséquilibre qui affecte le contrat résulte d'un changement de circonstances au regard desquelles les contractants avaient déterminé l'équilibre des prestations et des stipulations contractuelles postérieur à la conclusion de leur contrat. En revanche, si profond soit-il, le déséquilibre, fruit d'une négociation libre, sincère et éclairée, n'est pas considéré comme une injure à la loyauté contractuelle" (28).

Si elle fait sienne cette conception de la loyauté qui préside à la formation du contrat, la Chambre sociale ne devrait pas arriver à la conclusion que le déséquilibre manifeste qui, la plupart du temps, caractérise les relations entre les négociateurs du contrat de travail remet en cause le principe d'une discussion "libre, sincère et éclairée".

A moins que la spécificité de la relation entre celui qui offre et celui qui demande l'emploi ne conduise au constat que, par nature, cette négociation ne saurait être vraiment "libre", même si elle est éclairée... et que la bonne foi n'est pas vraiment au rendez-vous lorsque se conclut le contrat de travail. Mais il semble que le chemin soit encore long.

Une lueur d'espoir a récemment semblé venir du côté de la Cour de justice des communautés européennes. Dans un arrêt signalé par le président Sargos (29), la Cour a relevé que le travailleur doit être considéré

comme "la partie faible au contrat de travail", "de sorte qu'il est nécessaire d'empêcher que l'employeur dispose de la faculté de circonvenir la volonté du contractant ou de lui imposer une restriction de ses droits." Il est donc impératif, dit la Cour, que "la partie faible" manifeste "explicitement son consentement" (30)... La flamme s'éteint vite.

A partir de l'instant où le consentement à l'habillage contractuel du déséquilibre s'est valablement exprimé, la présomption de loyauté qui est censée avoir présidé à la conclusion de l'accord en ressort consolidée. Seul un mauvais esprit pourrait concevoir être ici en présence d'une manifestation de sadisme contractuel.

Il est toutefois envisageable de rediscuter utilement du postulat de loyauté qui accompagne la conclusion du contrat de travail si l'on se place sur le terrain du vice du consentement qui serait de nature à affecter la validité du contrat (31).

Il a été relevé que l'on pourrait s'interroger plus particulièrement sur la violence concomitante à la formation du contrat (32).

En matière sociale, le concept de "violence économique" semble même avoir eu un début de reconnaissance.

Appelée à intervenir à l'occasion du contentieux suscité par une cession de droits d'auteur d'une rédactrice salariée à une maison d'édition, la Cour de cassation a admis que l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence le consentement donné par la partie la plus vulnérable (33).

Elle a cependant estimé devoir censurer la démarche suivie par les juges du fond qui avaient accepté la demande d'annulation de la cession présentée par la salariée, après avoir relevé la situation de dépendance économique résultant du statut salarial de l'intéressée et la fragilisation de cette situation due à une perspective de compression de personnel au sein de l'entreprise. La Cour de cassation a considéré que les juges du fond, s'ils voulaient donner une base légale à leur décision, se devaient de constater que l'employeur avait directement menacé la salariée d'une mesure de licenciement pour obtenir son accord à la cession de ses droits.

(26) Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 16 mars 2004, D. 2004, jurisprudence, 1754.

(27) Voir, pour la présentation des arguments du demandeur au pourvoi, D. Mazeaud, "Du nouveau sur l'obligation de renégocier", note sous Cass. Civ. 16 mars 2004, D. 2004, jurisprudence, 1755.

(28) D. Mazeaud, note préc., 1757.

(29) Voir P. Sargos, "L'horreur économique dans les relations de droit", Dr. Soc. 2005, 124 : CJCE, 5 octobre 2004, Pfeifer (Dr. Ouv. 2004 p.575 chron. M. Bonnechère).

(30) Et si l'on lit les conclusions de l'avocat général, on apprend que cette manifestation expresse de consentement doit s'entourer de toute une série de garanties, tendant à ce que

l'intéressé ne subisse aucun préjudice s'il n'accepte pas un travail de plus de quarante huit heures hebdomadaires.

(31) Art. 1109 C. Civ. : Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

(32) Voir M.C. Escande-Varniol, "La sophistication des clauses du contrat de travail", Dr. Ouv. 1997, 484. La violence, aux termes de l'article 1112 du Code civil, s'entend comme une violence "de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent".

(33) Voir Cass. Soc. 1<sup>re</sup> Civ. 3 avril 2002, D. 2002, jurisprudence, 1860.

Toute à son souci de "sécurité juridique", la Haute juridiction entend faire prévaloir une démonstration pleine de la "violence économique", en exigeant que soit rapportée la preuve d'un comportement fautif ou abusif de l'employeur (34).

Encore une fois, le curseur se déplace du moment de la formation de l'accord vers l'acte déloyal commis par l'employeur pendant l'exécution du contrat de travail.

Mais cette exécution loyale du contrat ne concerne pas que l'employeur. Le principe de réciprocité veut que le salarié assume sa part du devoir de loyauté.

## **B. Le travailleur soumis à l'obligation de réciprocité de l'exécution loyale du contrat**

La "bonne foi" a été présentée comme une "sorte de pouvoir d'aménagement du contrat par le biais de l'interprétation du juge" (35). Elle se révèle alors comme une "notion prometteuse", s'inscrivant dans le prolongement de la loyauté contractuelle, qui veut que "l'employeur comme tout contractant doit agir conformément aux attentes légitimes que le contrat a fait naître auprès de son cocontractant" (36).

Au début des années 1990, la référence à l'obligation de l'employeur d'exécuter de bonne foi le contrat de travail a consacré le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi (37).

Une fois franchi le cap du nouveau millénaire, l'impératif catégorique affirmé par le troisième alinéa de l'article 1134 du Code civil n'a pas perdu de sa vigueur.

Le visa de l'article 1134 a permis à plusieurs reprises de rappeler l'employeur à son obligation d'exécution de bonne foi.

Les conditions de versement du treizième mois ne peuvent être modifiées par un avenant au contrat de travail dans un sens moins favorable que celles prévues par un accord collectif ou par un accord valant engagement unilatéral de l'employeur tant que cet accord demeure en vigueur (38).

L'employeur ne saurait légitimement invoquer les circonstances de la rupture du contrat de travail et la possibilité pour le salarié de reprendre une activité concurrentielle pour ne pas s'acquitter du paiement de

l'indemnité compensatrice de non-concurrence qui est liée à la cessation d'activité du salarié, au respect de la clause de non-concurrence et à l'absence de renonciation de l'employeur (39).

L'employeur n'exécute pas de bonne foi le contrat de travail en procédant, dans le cadre du congé parental, à une réduction de l'horaire de travail de tous les jours ouvrables hebdomadaires, alors que la salariée souhaitait ne pas travailler le mercredi, sans opposer à l'intéressée un motif valable tiré de l'intérêt de l'entreprise (40).

L'employeur manque à son obligation de loyauté en licenciant un salarié, à qui aurait pu être offert un poste pourvu par un recrutement extérieur, alors que le processus de licenciement était en cours (41).

Le transfert du salarié d'une société à une autre constitue une modification du contrat de travail qui ne peut intervenir sans son accord, peu important que ces sociétés aient à leur tête le même dirigeant (42).

Lorsqu'un salarié refuse la modification de son contrat de travail, l'employeur doit, soit le rétablir dans son emploi, soit tirer les conséquences de son refus en engageant la procédure de licenciement. Il ne peut, sans avoir rétabli le salarié dans son emploi, se prévaloir d'un comportement fautif de ce dernier, postérieur à son refus, pour procéder à son licenciement disciplinaire (43).

Une transaction ne peut pas porter sur des droits et obligations dont l'une des parties, les salariés, ignore l'existence. Manque à son obligation de loyauté l'employeur qui ne donne pas toute information sur une procédure de licenciement collectif en cours à un salarié qui fait l'objet, dans le même temps, d'une procédure de licenciement personnel individuel (44).

L'employeur ne saurait imposer au salarié qui effectuait un travail administratif à son domicile de se rendre deux jours par semaine au siège de la société situé à plus de 200 km pour exécuter le travail (45).

Dès lors que le contrat de travail des salariés mentionne expressément qu'ils disposent d'un samedi de repos sur trois, la fixation d'un repos un samedi sur deux suite à l'application d'un accord collectif de réduction du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui ne saurait être imposée aux intéressés (46).

(34) Voir, à ce sujet, S. Wdowiak, "La violence économique : une nouvelle forme d'esclavage ?", Semaine Sociale Lamy Supplément, 2 mai 2005, n° 1213, 31.

(35) Voir Q. Urban, "La "bonne foi", un concept utile à la régulation des relations individuelles de travail", *Le droit social-Le droit comparé, Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, 334.

(36) A Lyon-Caen, "Le droit et la gestion des compétences", Dr. Soc. 1992, 578. Antoine Lyon-Caen souligne : "On avait, à coup sûr, trop tendance à ironiser sur la loyauté, au motif qu'elle justifiait des mesures contre le salarié. La voilà reconnue, logiquement, comme notion bilatérale, susceptible d'être invoquée par le salarié à l'encontre de l'employeur".

(37) Voir le célèbre arrêt Sté Expovit c/ Dehaynin, Cass. Soc. 25 février 1992, Bull., V, n° 122.

(38) Cass. Soc. 4 février 2003, Dr. Ouv. 2004, 523.

(39) Cass. Soc. 30 avril 2003, RJS 7/03, n° 899.

(40) C.A. Versailles 9 mars 2004, RJS 2/05, n° 167.

(41) Cass. Soc. 7 avril 2004, Dr. Ouv. 2005, 122.

(42) Cass. Soc. 5 mai 2004, Bull., V, n° 120.

(43) Cass. Soc. 13 juillet 2004, Dr. Soc. 2004, 1038.

(44) C.A. Versailles (6e ch.) 9 novembre 2004, Dr. Ouv. 2004, 499.

(45) Cass. Soc. 13 avril 2005, RJS 6/05, n° 600.

(46) Cass. Soc. 12 juillet 2005, RJS 10/05, n° 987.

L'article 1134 du Code civil a également été mobilisé pour garantir les droits d'un représentant du personnel que l'employeur prétendait réintégrer, à la suite de l'annulation de l'autorisation de son licenciement, en lui notifiant une mise en disponibilité (47).

Et la mauvaise foi de l'employeur fait bien sûr l'objet de la sanction judiciaire lorsqu'à l'occasion du contentieux du harcèlement moral, il est établi que l'employeur cherche à provoquer et guetter l'erreur de son salarié (48).

Cette référence devenue constante à l'article 1134 du Code civil pour rappeler à l'employeur son devoir d'exécuter de bonne foi le contrat de travail pourrait laisser penser qu'il existe en droit du travail un langage contractuel *"marqué par l'hostilité à l'égard des clauses et techniques défavorables aux intérêts des salariés et par une faveur notamment à l'égard du principe d'intangibilité dès lors qu'il permet de résister au pouvoir de l'employeur"* (49).

Mais le "double langage" véhiculé par le "discours contractuel" (50), ne témoigne pas que d'un parti pris en faveur de la préservation des intérêts du salarié. La loyauté contractuelle impose également au salarié d'honorer le devoir d'exécuter de bonne foi le contrat de travail (51).

Le contentieux prud'homal suscité par le comportement du salarié en arrêt de travail pour cause de maladie a donné l'occasion, à plusieurs reprises, de rappeler que *"la violation de l'obligation de loyauté dérivant du devoir de bonne foi constitue un motif valable de congédiement"* (52).

La violation de son obligation de loyauté par le salarié qui se livre pendant l'arrêt maladie à des déplacements ou des activités qui démontrent sans ambiguïté qu'il n'était nullement dans l'incapacité de travailler est même constitutive d'une faute grave (53).

La règle est plus souple en cas de congé sabbatique. Le respect de l'obligation de loyauté n'impose pas au salarié de ne pas exercer d'activité salariée (54).

L'obligation de loyauté exige également du salarié, pendant la suspension du contrat de travail provoqué par la maladie ou l'accident, qu'il communique à l'employeur, qui en fait la demande, les informations qu'il détient et qui sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise (55).

La faute grave est également retenue à l'encontre du salarié qui manque à son obligation de loyauté en sollicitant, en cours de formation, un stage en entreprise auprès d'une société concurrente de son employeur (56) ou qui, pendant son congé sabbatique, utilise à des fins personnelles le matériel de l'entreprise dans des proportions excédant considérablement les limites de la tolérance (57).

D'une manière plus inédite, la Chambre sociale a posé le principe que des salariés, qui avaient vu prononcer la nullité de leurs licenciements économiques intervenus au mépris des dispositions légales concernant l'obligation de mettre en place un plan social, ne pouvaient exiger leur réintégration dans l'entreprise à la suite de l'annulation de leurs licenciements, dans la mesure où leur réintégration dans l'entreprise était impossible, puisqu'ils s'étaient rendus coupables de concurrence déloyale à l'égard de leur employeur (58)... La déloyauté contractuelle reprochée aux salariés permet donc ici à l'employeur de s'affranchir des conséquences attachées au constat judiciaire de la violation des obligations d'ordre public visant à préserver l'emploi.

Nous commençons à rentrer dans la magie du synallagmatisme.

La mise en exergue du principe de bonne foi révèle ici la tendance de la jurisprudence à un "remodelage" judiciaire du contrat *"afin d'assurer l'équilibre des obligations convenues"* (59). Et cette quête d'une relation contractuelle bien balancée conduit certains à déceler, à partir d'un arrêt de la Chambre sociale du 13 juillet 2004 (60), la consécration d'une obligation permanente de négociation dans le contrat de travail. *"Exécuter de bonne foi un accord contractuel, ce n'est*

(47) Cass. Soc. 30 juin 2004, Dr. Ouv. 2005, 72 et s., note M. Grévy, Dr. Soc. 2004, 1040 et s., note L. Millet.

(48) Voir B. Lapérou, "La notion de harcèlement moral dans les relations de travail", RJS 6/00, 429.

(49) C. Radé, "La figure du contrat dans le rapport de travail", Dr. Soc. 2001, 803.

(50) Expression utilisée par C. Radé, art. préc., 803.

(51) Voir Ph. Waquet, *L'entreprise et les libertés du salarié*, Editions Liaisons, 2003, 180 : le salarié, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail (C. trav. Art. L.120-4) est à ce titre débiteur d'une obligation de loyauté.

(52) "Maladie, contrat de travail et loyauté", Cahiers prud'homaux, mai 2004, 1.

(53) Voir, dans ce sens, C.A. Limoges (ch. soc.) 16 septembre 2003, D. 2004, jurisprudence, 517 et s., note J. Mouly ; Cass. Soc. 21 octobre 2003, Liaisons Sociales du 4 novembre 2003, jurisprudence n° 837. La jurisprudence sociale durcit ici sa qualification. Elle considérait jusqu'alors que l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constituait pas en lui-même un manquement à l'obligation de

loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt. (Voir Cass. Soc. 4 juin 2002, Dr. Ouv. 2003, 248 ; Cass. Soc. 11 juin 2003, RJS 8-9/03, n° 1002).

(54) Cass. Soc. 1<sup>er</sup> avril 2003, RJS 6/03, n° 770.

(55) Cass. Soc. 18 mars 2003, Dr. Soc. 2003, 770.

(56) Voir Cass. Soc. 12 octobre 2004, RJS 12/04, n° 1262.

(57) Voir Cass. Soc. 2 février 2005, RJS 5/05, n°530.

(58) Voir Cass. Soc. 25 juin 2003, D. 2004, jurisprudence, 1761 et s., note M. Julien ; add. Cass. Soc. 26 avril 2006, Dr. Ouv. 2006, 548, note P. Moussy.

(59) L. Cadiet, "Les jeux du contrat et du procès : esquisse", *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Editions Frison-Roche, 1999, 42.

(60) Cass. Soc. 13 juillet 2004, Dr. Soc. 2004, 536. La Cour de cassation pose ici le principe que, lorsque le droit à une rémunération variable résulte du contrat de travail et à défaut d'un accord entre l'employeur et le salarié, il incombe au juge de la déterminer en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes.

pas seulement payer une somme, accomplir une démarche précise ou s'acquitter d'une tâche, c'est également faire l'effort de discussion et de négociation avec le cocontractant pour parfaire l'accord initial" (61).

Mais il n'est pas certain que cette règle de négociation permanente et de bonne foi reflète fidèlement la réalité de la relation entre les parties à la relation de travail. Il a été relevé que, dans la vie de l'entreprise, "l'exigence d'une décision rapide exclut la négociation continue entre égaux" (62).

Les notions de "réciprocité" (63) et de "bonne foi" (64) valent moins comme concepts permettant de contribuer à une représentation exacte de la réalité sociale que comme des éléments de valorisation de l'approche œcuménique de l'entreprise.

Il a été fort justement relevé que "présentée comme un élément de pacification des rapports de travail, la bonne foi impliquerait pour chacun des contractants de respecter les intérêts essentiels de l'autre" et qu' "emporté par une fibre idéaliste, on pourrait y trouver la source de rapports juridiques empreints d'un esprit de confiance mutuelle, voire de coopération et de collaboration autour d'un intérêt commun, voire d'une "institution" commune" (65).

D'autres insistent sur le "compromis" qui sous-tend un contrat tentant de gommer la "contestation" (66).

Mais l'analyse la plus pertinente vient peut-être du vieux bolchevik qui a souligné la fonction de légitimation de la "réciprocité" (67), qui s'affiche comme une norme impartiale, visant en fait à dissimuler le pouvoir de contrainte (68)... qui est ici inhérent à l'employeur.

Dans le jeu de la réciprocité, l'employeur s'est récemment vu offrir par la Chambre sociale de la Cour de cassation un incontestable avantage. Il s'est vu attribuer une présomption de bonne foi contractuelle (69) qui lui a permis de se mettre à l'abri de l'exigence de justification, jusqu'alors en vigueur, que la mise en œuvre d'une clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail est conforme à l'intérêt de l'entreprise (70). Le salarié qui entend contester la légitimité d'une mutation décidée d'une manière un peu précipitée, sous le couvert de la clause de mobilité, se retrouve donc avec le handicap de la preuve, pas toujours facile à surmonter.

Il a été relevé, dans le commentaire de la position prise par la Cour de cassation publié dans *Le Droit Ouvrier*, que l'insertion dans le Code du travail, avec l'article L.120-4, du principe de la bonne foi contractuelle n'a pas pour autant fait disparaître l'article L. 120-2 du même Code qui affirme le respect dû dans l'entreprise aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives (71).

Or, la prise en compte de la place première qui revient à ces droits et libertés permet de renvoyer à l'employeur la balle de la justification.

Mais, au-delà des difficultés d'ordre probatoire qu'il suscite, l'arrêt du 23 février 2005 invite à la réflexion sur le risque d'une mise entre parenthèses, par le jeu de la bonne foi contractuelle, des droits et libertés fondamentales, qui sont imprégnés d'une logique d'autonomie du travailleur. Et la tendance à la contractualisation de la loyauté que révèle l'évolution du droit de la négociation collective ne contribue sans doute pas à faire taire l'inquiétude.

(61) Ph. Waquet ; "L'obligation de négocier dans le contrat de travail", Liaisons Sociales / Magazine, novembre 2004, 65.

(62) Voir E. Dockès, "Le pouvoir dans les rapports de travail", Dr. Soc. 2004, 622. Qui précise : "l'unicité du centre de décision et l'obéissance aux ordres semblent alors les seules solutions efficaces".

(63) "Si ce contrat constitue le support et un déterminant du rapport juridique entre employeur et salarié, donc de la condition de ce dernier, c'est d'abord à travers la création d'obligations réciproques" (A. Jeammaud, "Le contrat de travail, une puissance moyenne", *Analyse juridique et valeurs en droit social. Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, 302).

(64) "Cette promotion de l'obligation de bonne foi n'est pas propre au contrat de travail et marque moins une conquête de la doctrine institutionnelle de l'entreprise qu'une pénétration des idéaux du "solidarisme contractuel"" (A. Jeammaud, art. cit., 306). Voir également, dans le même ordre d'idées, A. Chirez, "Ruptures déviantes", Dr. Ouv. 2004, 204 : "Les avancées jurisprudentielles actuelles sur les obligations de reclassement ou encore d'information de l'employeur constituent une forme de solidarisme contractuel qui vient assurément borner le pouvoir de direction en posant, en sorte de principes, l'exigence d'une nécessaire collaboration entre employeur et salariés".

(65) C. Vigneau, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail", Dr. Soc. 2004, 707.

(66) Voir, par exemple, D. Linhart, "Le contrat de travail salarié : un quiproquo fondamental", *Le travail nous est compté*, La Découverte, 2005, 9 et s. : "La contestation est inscrite dans le contrat puisqu'il cherche à établir une équivalence entre des

entités qui ne relèvent pas de la même nature ni du même registre... Dans le domaine marchand, ce qui s'achète ouvre droit à une propriété exclusive sur le temps vécu et les capacités d'une personne. Or, ceux-là ne peuvent précisément relever de l'exclusif. Elles fondent un terrain de contestation, chaque partie se sentant légitimée dans sa propriété. Ce malentendu fondamental qui sous-tend le contrat de travail salarié impose alors la notion de compromis".

(67) Voir E. B. Pasukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme*, EDI, 1970, 112 : "Hauriou, un des juristes bourgeois les plus perspicaces, place très justement la réciprocité comme garantie la plus efficace de la propriété et nécessitant le minimum de violence extérieure".

(68) "La contrainte, en tant qu'injonction basée sur la violence et adressée par tout individu à un autre individu, contredit les prémisses fondamentales des rapports entre les propriétaires de marchandises... Elle doit apparaître plutôt comme une contrainte provenant d'une personne collective abstraite, et qui n'est pas exercée dans l'intérêt de l'individu dont elle provient – car chaque homme est un homme égoïste dans une société de production marchande – mais dans l'intérêt de tous les membres participant aux rapports juridiques. Le pouvoir d'un homme sur un homme est transposé dans la réalité comme le pouvoir du droit, c'est-à-dire comme le pouvoir d'une norme objective impartiale" (E. B. Pasukanis, op. cit., 131).

(69) Nous ne connaissons pas d'arrêt récent faisant bénéficier le salarié de ladite présomption.

(70) Voir Cass. Soc. 23 février 2005, *Sté Leviel contre Caullier*, Dr. Ouv. 2005, 213 et s.

(71) voir P. Moussy, Dr. Ouv. 2005, 215.

## II. La loyauté, comme expression d'un retour au contrat : une pente savonneuse pour le droit des travailleurs à la négociation collective

A la fin du dix-neuvième siècle et au début du vingtième, à travers la question sociale, c'est la réalité profonde des inégalités entre les individus, les groupes et les classes qui s'est imposée face à la prétention égalitaire du droit individualiste issu de la révolution de 1789 (72).

L'explosion sociale fut telle que, outre la mobilisation de l'arsenal répressif (il fut même envisagé d'interdire la CGT en 1907) (73), la bourgeoisie libérale de l'époque décidait de mettre en place une *stratégie de résorption des foyers d'inflammation* d'abord par l'édiction d'une loi confiant au juge de paix une mission de conciliation (74) puis par l'institution d'un droit permettant une *"canalisation de l'expression des antagonismes"* (75).

Le droit social et, notamment, le droit des accords collectifs allaient en naître.

A l'origine, la cause du contenu de ces accords fut d'abord la grève. Ce fut ensuite la prévention de la grève. C'est pourquoi, il fut difficile de les qualifier pour les juristes classiques. Selon qu'ils étaient plus ou moins partisans de l'intervention étatique et en fonction des nécessités de l'époque, ils préféraient leur attribuer, soit la nature d'un contrat de droit privé, soit celle d'un règlement. En réalité, comme les besoins variaient avec les situations historiques, les uns et les autres s'accordaient pour conclure qu'ils relevaient des deux catégories (76). Il n'est pourtant pas indifférent que, tout au long de leur histoire, l'accent ait néanmoins été porté sur l'un ou l'autre de ses aspects. Dans un premier temps, celui de la vitalité du mouvement ouvrier et d'un certain retour au jacobinisme, ils étaient envisagés comme un moyen de régulation par évitement du conflit, donc conçus comme des règlements strictement encadrés par la loi. A la sortie des trente glorieuses, dans le cadre d'une redéfinition offensive du capitalisme renouant avec un libéralisme économique sauvage, on observe un retour à des notions relevant du droit des obligations, l'accord étant de nouveau compris comme un contrat privé passé entre un patronat redevenu puissant et des syndicats affaiblis, qui fonctionnent pour certains comme des corps intermédiaires faute d'assise populaire.

### A. Le droit des travailleurs à la négociation collective, une construction qui s'est avant tout imposée par l'affranchissement des canons contractuels

A la fin du dix-neuvième siècle et avant 1919 apparaissaient les "contrats collectifs de travail" (77) qui, en réalité, étaient des accords de fin de conflit. Pour que cesse la grève, l'employeur s'engageait à appliquer au sein de l'entreprise la règle nouvelle pour laquelle les salariés avaient combattu.

Cependant, avant l'édiction de la loi du 21 mars 1884, légalisant la création d'organisations syndicales, ces actes nés de la pratique se voyaient refuser toute validité

Ensuite, le discours juridique issu de 1789, écrit en dehors des rapports collectifs et dont l'individualisme était puissamment servi par les principes civilistes, en limitait le champ d'application personnel par l'effet de l'article 1165 du Code civil.

La loi de 1919 a marqué une césure, donnant force obligatoire aux engagements contenus dans les accords. Pourtant et malgré l'édiction du Code du travail en 1910, la rupture avec le droit civil n'était pas opérée, la convention collective y étant définie comme un contrat et les individus liés uniquement par le biais du mandat accordé aux négociateurs (78).

Les grèves de 1936 avec occupation d'usines à une échelle jusqu'alors inconnue donnaient un sérieux coup de pouce à l'évolution du droit des accords collectifs (79).

L'éloignement de la sphère contractuelle y est évident.

A côté des conventions dites "de droit commun", devenues résiduelles, apparaissaient de véritables "lois professionnelles" applicables dans la branche d'activité toute entière, dont la procédure de négociation était fixée par le législateur et réservée aux syndicats les plus représentatifs. Par ailleurs les parties n'étaient libres ni du champ d'application territorial, ni du contenu des accords. Ceux-ci devaient couvrir, soit une région déterminée, soit l'ensemble du territoire et contenir certaines clauses obligatoires et surtout, ne pouvaient déroger aux lois en vigueur, si ce n'est dans un sens plus favorable aux salariés. Enfin l'introduction de la procédure d'extension, permettant de rendre l'accord obligatoire à tous les employeurs et tous les travailleurs du territoire considéré, finissait de donner un visage très éloigné de la figure

(72) Robert Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard, 207 et s.

(73) J. Le Goff, *Du silence à la parole*, PUR, 266 et s.

(74) Loi du 27 décembre 1892.

(75) A Supiot, "Le juge et le droit du travail" *Dr. Soc.* 1980, 59.

(76) M. Despax, *Droit du travail, Négociations, conventions et accords collectifs*, tome 7, Dalloz 2<sup>ème</sup> ed, 70 et s.

(77) M. Despax, *op. cit.*, 33.

(78) C. Didry, *Naissance de la convention collective*, Ed. de l'EHESS, 151 et s.

(79) Robert Castel, *op. cit.*, 340.



contractuelle aux accords collectifs issus de la loi nouvelle.

Passée l'époque de Vichy, marquée par un retour à une organisation de type corporatiste (80), dans la période de pénurie de l'immédiate après guerre, la loi du 23 décembre 1946 imposait une conception purement réglementaire de la convention collective. Elle renforçait le contrôle de l'Etat, les salaires en particulier étant placé sous contrôle gouvernemental. La négociation collective laissait place à la loi.

La loi du 11 février 1950 opérait un retour en permettant, à côté des accords de branche, la signature de conventions collectives ordinaires. Cependant, les uns et les autres s'appliquaient à tout le personnel de la branche ou de l'entreprise et le principe de faveur était maintenu.

Aux lendemains des années 68, la loi du 13 juillet 1971 fut conçue comme "*l'expression d'une orientation politique des pouvoirs publics qui ont fait de la concertation entre les pouvoirs sociaux la clef de voûte de la politique sociale. Il s'agit[ssai]t dès lors de moderniser un instrument à qui on entend[ait] demander des services accrus*" (81).

Amplifiant géographiquement et matériellement la portée de la négociation collective, elle lui conservait son caractère de loi professionnelle dont la mission première était de compléter et améliorer le droit existant au profit des travailleurs, inscrivant en outre à l'article L 131-1 du Code du travail un "*droit des travailleurs à la négociation collective*". Le législateur de 1971 maintenait donc à la convention collective un caractère essentiellement réglementaire créant, comme la loi qui l'encadrait, des obligations à la charge de l'employeur de manière unilatérale.

Nous savons que l'institution apparue dans l'ordonnement juridique en 1919 n'a pas été classée *sui generis*, c'est-à-dire de son propre genre et que les qualifications contractuelle et réglementaire furent mises en concours depuis sa création. Pour les uns, sa nature contractuelle allait dominer, pour les autres, loi professionnelle, elle devait être assimilée à un véritable règlement intérieur de la profession (82). Cependant depuis l'édiction de la loi du 24 juin 1936, "*(...) entre ces deux thèses (...), le droit finira par se frayer une voie moyenne néanmoins fortement polarisée par la seconde*" (83). On parle volontiers de sa nature "*hybride*", contrat au moment de sa formation et règlement dans son

application (84). Et jusqu'aux lois dites *Auroux* de 1982, cet aspect de règlement sous surveillance législative va s'imposer.

Cette question, posée dès la naissance du contrat collectif de travail, d'une part en terme de recevabilité, à partir de l'acteur syndical, d'autre part du point de vue des travailleurs eux-mêmes pour son applicabilité (85), trouvait durant toutes ces années une réponse favorable aux travailleurs. Son caractère de loi professionnelle, bien qu'elle soit d'origine privée, ne pouvait néanmoins se manifester qu'en faveur du salarié, du moins dans la conception régnant avant 1982.

Du point de vue du travailleur en effet, conformément à l'article L 135-2 du Code du travail, la loi professionnelle s'applique de plein droit à son contrat de travail. Il s'en déduit que les clauses des contrats individuels de travail qui lui sont contraires sont réputées inexistantes et remplacées automatiquement par les dispositions existantes de la convention collective, sous réserve du principe de faveur posé par l'article L 132-4 du Code du travail. Il faut toutefois relever que, depuis quelques années, la jurisprudence permet que la convention collective impose directement au salarié certaines clauses défavorables telles les clauses de non-concurrence, de mobilité ou de périodes d'essai (86).

C'est encore au statut de loi professionnelle protectrice des salariés de la convention collective que s'adresse la Cour de cassation lorsqu'elle veille à son interprétation comme à celle d'une règle légale (87). Pour les mêmes raisons, elle exige du juge qu'il la recherche comme règle de droit applicable au même titre que la loi.

Du côté de l'acteur syndical, dans le cadre d'une construction obéissant à une logique constante, la Cour de cassation donne son plein effet au caractère de loi professionnelle respectueuse de l'ordre public social des contrats collectifs de travail. En harmonie avec cette conception le syndicat se voit donner le moyen de veiller tant au respect de cette loi en mineur qu'à sa conformité aux dispositions légales. Il lui est donné capacité de le faire au nom de l'intérêt collectif qu'il représente. Tenant compte de la nature particulière de l'intérêt collectif dont elle assure la défense, la loi accorde donc une spécificité à l'action syndicale quant à la qualité pour agir. Depuis 1920 et l'institution de l'action attitrée de l'article L 411-11 du Code du travail, il est notamment dérogé à la règle "*nul en France ne plaide par procureur*". C'est la profession elle-

(80) J.P. Le Crom, "La profession aux professionnels", *Deux siècles de droit du travail*, PUR, 143.

(81) Rapport Ass. Nat. n° 1704, p. 3.

(82) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, n°883.

(83) J. Le Goff, *Droit du travail et société, Les relations collectives de travail*, PUR, 471 et s.

(84) J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeanmeaud, *Droit du travail*, Dalloz, 22<sup>e</sup> ed, 2004, n° 767.

(85) Claude Didry, "L'évolution de la jurisprudence au cours des débats sur la convention collective" in *Naissance de la*

*convention collective*, ed. EHESS, 87 et s. L'auteur souligne notamment qu'entre les deux conceptions extrêmes, règlement ou contrat, un compromis va s'esquisser autour d'une analyse de la convention collective à partir du mandat, dès le début du vingtième siècle.

(86) François Gaudu, Raymonde Vatinet, *Traité des contrats, Contrat de travail*, LGDJ, n° 577 ; A. Viottolo-Ludman, Egalité, liberté et relation contractuelle de travail, n° 455 et s.

(87) Ass. Plén. 6 février 1976, JCP 1976, II, 18481, note H. Groulet ; J.Y. Frouin, "L'interprétation de la norme collective", RJS 3/96, 137 et s.

même qui est partie au litige, représentée par le syndicat. Cependant, il s'agit d'une représentation assez singulière puisque la "représentée" (la profession) n'a aucune personnalité, et ne saurait donc être titulaire de droits ou d'actions. Il s'agit à travers cette fiction, spécialement pour la matière des conventions et d'accords collectifs de travail, de donner au syndicat le rôle de ce que le doyen Vizioz appelait un "agent public", qui agirait dans l'intérêt du service public ou de la légalité (88).

C'est ainsi que, chaque fois qu'une disposition d'ordre public est mise en cause, la loi reconnaît un droit d'agir à tout syndicat régulièrement constitué.

Une jurisprudence désormais constante applique ces principes. Ainsi les syndicats se sont vus reconnaître le droit d'agir en nullité d'un accord collectif (89).

La Cour de cassation reçoit l'action des syndicats en exécution d'une convention collective y compris lorsqu'ils n'en sont pas signataires (90) ou même l'action en interprétation (91).

De la même manière, et au nom du principe d'égalité entre le syndicats, fondant cette solution sur les alinéas 6 et 8 du préambule de la Constitution de 1946, sur la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ainsi que sur le droit à l'expression de ses intérêts par la voix de ses représentants garanti à tout salarié, la Cour suprême veille scrupuleusement à ce qu'aucun syndicat ne puisse être écarté du bénéfice d'une disposition au motif qu'ils ne seraient pas signataires d'un accord.

Ces principes d'égalité devant la loi professionnelle trouvent non seulement application dans la négociation des accords de droit syndical (92), mais également lorsqu'il s'agit d'inviter les syndicats à en négocier la révision. A cet égard l'arrêt rendu le 17 septembre 2003 est particulièrement intéressant, la Cour de cassation y consacrant le principe selon lequel tout accord collectif, de quelque nature qu'il soit, doit résulter d'une négociation avec l'ensemble des organisations syndicales représentatives (93). A travers cet arrêt rendu sous le visa des articles L 132-1 et L 132-7 du Code du travail, dont la rédaction est pourtant extrêmement restrictive, il est loisible d'observer qu'encore une fois, la Cour de cassation conserve, du point de vue des acteurs à la négociation, une conception écartant toute notion contractuelle.

Ainsi, jusqu'en 1982, du côté des travailleurs, les règles étaient simples. Certes, la loi leur imposait l'effet impératif du contrat collectif de travail, mais elle leur garantissait un minimum de droits. Elle jouait le rôle d'un verrou que ni l'employeur à titre individuel, ni la négociation collective, même dans tous ses états, ne pouvait faire sauter, du fait de la vocation exclusive d'amélioration du droit conférée à cette dernière.

Du point de vue des acteurs à la négociation, la jurisprudence mettait nettement à l'écart l'article 1165 du Code civil pour permettre aux syndicats de jouer pleinement leur rôle vis-à-vis de la loi professionnelle instituée en faveur des salariés. Cette conception des accords collectifs de travail leur a permis de défendre les "acquis professionnels", indépendamment de toute signature ou adhésion, c'est-à-dire de toute allégeance.

Certes, comme l'observaient justement Marie-Armelle Souriac et Georges Borenfreund, il n'est pas douteux que "*l'édification des relations et des règles conventionnelles ait été chargée d'une forte dimension idéologique de sorte que toute référence nostalgique à un âge d'or de la négociation collective méconnaîtrait l'ambivalence prononcée qui l'a toujours caractérisée*". Néanmoins, les mêmes auteurs poursuivaient : "*la production conventionnelle de normes pouvait être reçue comme l'expression d'un conflit d'intérêts tendu vers le dépassement de l'inégalité consubstantielle au contrat de travail, dans un esprit de complémentarité avec la loi protectrice*".

Le retour en force de la thèse contractuelle, apparu à partir des années 80, amène malheureusement une réponse affirmative à leur interrogation sur les dangers courus par " (...) *l'identité du principe même du droit des salariés à la négociation collective*" (94).

## **B. Une obligation de réciprocité introduite, au détriment des travailleurs, par la contractualisation de la négociation collective**

La modernisation recherchée en 1971 sera poursuivie par la loi du 13 novembre 1982 précédée dans cette œuvre par l'ordonnance du 16 janvier de la même année (95) relative à la durée du travail et aux congés payés.

(88) J.M. Verdier, "Accords collectifs et action 'syndicale' en justice : le rôle fondateur de l'article L 411-11 du Code du travail (réflexion à partir de l'arrêt Euro Disney du 12 juin 2001)", D. 2002, chron. 503. Plus spécialement, p. 505 : l'auteur met en évidence la mise à l'écart, par une substitution de motif, des règles relatives aux droits et obligations des parties.

(89) Cass. Soc. 26 mai 2004, Bull V, n° 143 ; CA Paris, 16 mai 2000, Dr. Ouv. 2000, 496.

(90) Cass. Soc. 14 février 2001, Dr. Soc.2001, 572, RJS 4/01 n° 479 ; Cass. Soc. 12 juin 2001, voir note précitée de J.M. Verdier (note 88). J.M. Verdier "La recevabilité de l'action syndicale exercée dans l'intérêt collectif de la profession après les arrêts Aventis Pharma et Michelin", Dr. soc. 2004, 845 où en faisant le point sur la notion de recevabilité des syndicats fondée sur l'article L 411-11 du Code du travail issue de cette évolution, il souligne que : "*Générale quant aux opérations*

*mises en cause, la portée du droit des syndicats d'agir en défense de cet intérêt [collectif de la profession] se retrouve pour la détermination des syndicats recevables à l'exercer*".

(91) Cass. Soc. 16 décembre 1979, Bull. V, n° 957.

(92) Cass. Soc. 20 novembre 1991 puis Cass. Soc. 29 mai 2001, D 2002, 34, note F. Petit, Dr. Soc. 2001, 829, note G. Borenfreund, Dr. Ouv. 2001, 361 n. M-F. Bied-Charretton.

(93) Cass. Soc. 17 septembre 2003, *Fédé. Nat. des Ind. de la Chimie*, Dr. Ouv. 2003 p. 529 n. C. Thomas, JSL n° 133.

(94) M.A. Souriac et G. Borenfreund, "La négociation collective entre désillusion et illusion", *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, Mélanges offerts à Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, 181.

(95) Ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982.

Ces textes, dont un auteur qui portait des *"regards un peu sombres"* sur leur contenu, a écrit qu'ils réalisaient une *"déjudiciarisation du sujet de droit"* (96) constituaient, en toute hypothèse, un tournant considérable.

Sous couvert d'une démocratisation économique et sociale dont ni les fondements, ni le contenu n'a jamais été explicité, une mise en cause profonde des principes considérés jusqu'alors comme essentiels au droit des conventions collectives y était opérée.

Désormais, *"la loi n'est plus un socle intangible, ses dispositions sont, elles-mêmes, susceptibles de négociation. Elle modifie en outre les termes de la négociation, il ne s'agit plus d'une modification en termes d'acquis, d'amélioration, mais d'une négociation en termes d'adaptation qui suppose que des contreparties réciproques puissent être définies"* (97).

On entrait dans l'ère du tout négocié, du tout contractuel et des accords dits *"donnant, donnant"* comme si les parties connaissaient une quelconque égalité des armes.

Le mouvement était accentué par l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 repris par la loi en 1996 (98), poursuivi et amplifié par les lois appelées Aubry des 13 juin 1998 et 19 janvier 2000.

Les touches (dont aimeraient pouvoir penser qu'elles seront finales, à moins d'un retour à un droit conforme à son objet, celui qui a pour fonction de corriger le déséquilibre initial de la relation de travail marquée par la subordination (99)) ont été apportées par la loi du 4 mai 2004 (100) dans son titre consacré au dialogue social.

Il ne peut qu'être observé que l'histoire du droit collectif constitue une révolution au sens premier du terme, c'est-à-dire qu'il s'est opéré un tour complet.

Dans un monde où le droit du travail n'existait pas, l'accord collectif fut d'abord conçu comme un contrat au sens du droit civil. Il s'en est progressivement autonomisé en même temps que se bâtissait un statut légal de protection des salariés.

Avec la victoire de la *"refondation"* on constate un retour à la conception contractuelle. Pour un certain nombre il s'agit de construire un modèle d'organisation sociale, conçu comme une alternative à la fois à un excès de libéralisme et au socialisme.

Dans ce contexte, les syndicats, qui ont en grande partie perdu la légitimité qui reposait sur le nombre de leurs adhérents, ne s'identifient plus à leurs membres (101). Ils pourraient se situer entre les corps intermédiaires de l'ancien régime et les organisations de la tradition trade-unioniste des pays anglo-saxons.

Certains se précipitent vers cette conception du syndicalisme de gestion.

D'autres organisations semblent se retourner vers leurs racines, celles de doctrines apparentées au catholicisme social, recherchant, sous une forme renouvelée, la fameuse *"troisième voie"* qui offrirait des échappatoires aux excès de l'individualisme et à la lutte des classes (102).

De l'autre côté, les employeurs ont bien mesuré les vertus régulatrices d'un retour au contrat et le profit qu'ils peuvent tirer de l'adhésion à un syndicalisme gestionnaire de ceux qui deviennent ainsi plus leurs partenaires que leurs antagonistes (103).

C'est ainsi que, dans ses propositions, la commission présidée par M. de Virville insistait sur les bienfaits d'une *"contractualisation de la loi"*, ce qui laissait dubitative la doctrine, même la plus libérale, qui redoute *"un émiettement de la norme sociale"* (104).

Dans cette conception, qui faisait dire à Gérard Lyon-Caen que *"l'article 1134 du Code civil [était la] véritable constitution économique de la France depuis 1804"* (105) l'atomisation des rapports sociaux fait courir les plus grands dangers au principe d'égalité entre les citoyens (106).

Le risque est d'autant plus grand que ce type de convention peut, depuis la loi du 4 mai 2004, d'une part déroger de façon défavorable aux salariés, aux conventions et accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, d'autre part s'appliquer à une collectivité de plus en plus restreinte. Cet engouement

(96) B. Edelman, "La déjudiciarisation du fait de la loi (regards un peu sombres sur les lois Auroux)", *Dr. Soc.* 1984, 290.

(97) R. Soubie, "La négociation collective : déclin ou renouveau ?", *Dr. Soc.* 1984, 671.

(98) Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996. Dès cette époque, certains ont pu craindre qu'à partir de ces textes une logique qui inverserait les rapports de la loi et de la convention collective se mette en marche. Voir le commentaire d'Alain Supiot "Droit négocié, droit imposé ?", Publication des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1996, 630 et s.

(99) A. Supiot, "Parité, égalité, majorité dans les relations collectives de travail", *Le droit collectif du travail, Etudes en l'honneur de H. Sinay*, Peter Lang, 1994, 59 et s.

(100) Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004

(101) A. Jeanmeaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, "L'ordonnement des relations du travail", *D* 1998, 365.

(102) L. Cantamessa, "Catholicisme et mode du travail ; les syndicats mixtes à Poitiers (1886-1893)", *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, J.P. Le Crom (dir.), PUR, 151.

(103) V. Chambarlhac et G. Ubbiali, *Epistémologie du syndicalisme*, L'Harmattan, 104 et s.

(104) B. Teyssié, "Loi et contrat", actes du colloque Vive la loi, [http://w.senat.fr/colloques/vive\\_la\\_loi16.html](http://w.senat.fr/colloques/vive_la_loi16.html)

(105) G. Lyon-Caen, "A propos d'une négociation sur la négociation", *Dr. Ouv.* 2001, 3.

(106) M. Bonnechère, "La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères", *Dr. Ouv.* 2001, 415. L'auteure rappelle que : "Elle seule [la loi] peut viser l'ensemble des salariés et des entreprises, se fonder sur l'intérêt général assurer les solidarités sociales nécessaires ; et elle peut, contrairement à l'accord collectif, édicter des sanctions pénales".

pour une autonomie des volontés accordée à un niveau toujours plus infime a conduit le législateur à inscrire dans le Code du travail (L 135-2-1 nouveau) une règle reconnaissant, en cas de concours d'activités rendant incertaine l'application du critère de l'activité principale *"une sorte de faculté d'autodétermination au profit des entreprises dans l'application à l'employeur (et donc in fine aux salariés) des conventions collectives ou accords professionnels"* (107).

Ainsi, au nom de la nécessité de prendre en compte les différences, le législateur organise une autonomie de chaque "niveau" de négociation, chaque groupe (branche, groupe, entreprise) étant désormais habilité à se donner ses propres règles, toute liberté de négociation étant offerte à chaque niveau. A la place de la vocation favorablement unificatrice de l'accord collectif, c'est un principe de différence qui désormais va régner.

Il est, en outre, devenu possible d'établir un ordre interne de travail dans des entités de taille réduite comme les petites et moyennes entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel ou dans les établissements (108).

Il faut encore ajouter que le contrat proposé est un contrat collectif d'adhésion, lequel établit des rapports d'allégeance et non plus les rapports d'échange du contrat du Code civil.

Concernant la société que ce phénomène nous dessine, on ne peut manquer de se souvenir de ce qu'écrivait un juriste du début du siècle *"L'instauration d'un ordre interne de travail est un acte de législation privée, c'est-à-dire un élément authentique de féodalisme, même si les juristes bourgeois se donnent beaucoup de peine pour donner à la chose une tournure moderne en construisant la notion d'un soit disant contrat d'adhésion ou de pleins pouvoirs que le capitaliste recevrait prétendument des organes du pouvoir public afin d'exercer avec succès la fonction sociale nécessaire et utile de l'entreprise"* (109).

Pour combattre cette omniprésence de la figure contractuelle en droit du travail, il convient donc de ne pas oublier la fonction essentielle de ce droit, pas plus que la nature même et les conditions historiques de l'émergence de la négociation collective (110).

Une des principales originalités du droit du travail et sa caractéristique propre, est d'être constituée de normes impératives en ce sens qu'elles établissent et garantissent un minimum de droits. Pour servir cet objectif il doit être autonome du droit civil, qui, lui, est conçu pour servir les propriétaires.

Concernant la négociation collective, il doit être tenu compte de ce que toute négociation porte en elle le conflit. Il n'y a d'ailleurs négociation véritable qu'en cas de crise, en droit du travail plus spécialement en cas de grève (111).

Longtemps en effet, le droit des salariés à la négociation collective n'a eu d'existence que sous la menace de l'engagement d'un conflit et il a été soutenu avec justesse que l'obligation de négocier instaurée par la loi du 13 novembre 1982 compte parmi ses objectifs celui de la prévention des conflits (112).

Les premiers contrats collectifs de travail n'ont d'ailleurs été créés que pour éteindre des grèves et ce sont les mouvements insurrectionnels qui ont dopé les élans régulateurs des tenants du pouvoir (113).

Comme l'a également fait Marie-Armelle Souriac au sujet du droit de grève, Gérard Lyon-Caen soulignait fort opportunément pour la négociation collective dans une note critique sur les propositions du MEDEF en matière de refondation sociale que *"S'il existe un statut constitutionnel de la négociation collective, il se trouve, non pas dans l'article 34, mais dans le préambule, au titre des droits économiques et sociaux. Or, que dit le préambule ? « tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective de ses conditions de travail... »"* et l'auteur de commenter : *"La formule est remarquable par son unilatéralité, et aussi par l'omission complète de toute autonomie ou ce qui pourrait y ressembler"* (114).

Le droit de grève et le droit à la négociation collective sont donc consubstantiels.

Par ailleurs leur caractère unilatéral les rend totalement autonomes du droit civil et plus particulièrement du droit des contrats.

En cette matière deux raisons postulent l'intervention du législateur.

D'une part il existe une inégalité structurelle entre les parties (115), les employeurs détenant le pouvoir en

(107) S. Frossard, "Application des conventions collectives : les limites de l'autodétermination", Dr. Soc. 2006, 17. Il paraît difficile d'adhérer au commentaire enthousiaste de l'auteur, optimisme fondé sur la seule présence du mot "entreprise" dans le texte.

(108) F. Saramito, "Le nouveau visage de la négociation collective", Dr. Ouv. 2004, 445.

(109) E. B. Pasukanis, op. cit., 130.

(110) J. Le Goff, op. cit., 267 et s. ; G. Lyon-Caen, "Permanence et renouvellement du droit du travail dans une économie globalisée" Dr. Ouv. 2004, 49.

(111) C. Didry, "Ressource juridique ou contre pouvoir ? A la recherche du syndicat dans les accords collectifs en France

au tournant des dix neuvième et vingtième siècles", *Les acteurs de l'histoire du droit du travail, préc.*, 285.

(112) M.A. Souriac, "Conflits du travail et négociation collective", Dr. Soc. 2001, 705.

(113) Pour une illustration enthousiaste et revigorante du lien entre la mobilisation dans la grève et son poids dans la négociation voir M. Bonnechère, "Les enseignements juridiques de la grève à l'Usine Rateau (La Courneuve) contre un licenciement collectif", Dr. Ouv. 1975, 203.

(114) G. Lyon-Caen, "A propos d'une négociation sur la négociation", Dr. Ouv. 2001, .2.

(115) A. Jeammeaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, D. 1998, chr. préc., 363.

raison de leur statut de propriétaires, les salariés étant soumis par un lien de subordination (116).

D'autre part il y a lieu de tenir compte de l'effet impératif produit par l'acte, tant au niveau de la branche que de l'entreprise et ce, indépendamment de toute adhésion individuelle. C'est ce qui explique que, bien que la convention collective demeure un contrat pour une partie de son régime, elle soit hermétique aux notions issues du droit civil, particulièrement la notion de réciprocité, caractéristique du synallagmatisme.

Les accords dits "donnant, donnant" en sont une illustration.

Le domaine privilégié de ces accords est celui de la réduction et de l'aménagement du temps de travail.

Or l'expérience datant désormais de plusieurs années, il est loisible de faire un point.

Le premier gain pour les employeurs a été la diminution du coût du travail du fait des exonérations de charges qui leur étaient accordées. Il sera observé qu'à cet égard, ce qu'ils ont reçu leur était donné par la loi et non par l'autre partie à l'accord.

L'autre avantage important retiré de ces dispositifs par la partie patronale provient des aménagements du temps de travail autorisés par les lois de 1996, 1998 et 2000, notamment la modulation du temps de travail, permettant une plus grande flexibilité (117), alors même que les salariés souffrent de cette nouvelle organisation (118).

Or il est difficile de trouver dans lesdits accords une contrepartie au bénéfice des salariés.

Certes la loi du 19 janvier 2000 avait inscrit dans l'article L 212-8 du Code du travail que la modulation et les sujétions supplémentaires qu'elle allait imposer aux salariés devaient être justifiées par des "données économiques et sociales", précisées dans l'accord. En outre il était spécifié dans la circulaire d'application du 5 mars 2003 que cette exigence devait être considérée comme une condition essentielle de la validité de la convention ou de l'accord en cause. Pourtant aucun des accords conclus sur le fondement de la loi Aubry ne comportent la clause exigée. Plus exactement ils contiennent une clause de pure forme, dont la rédaction

témoigne de préoccupations exclusivement économiques, sans la moindre donnée sociale, hormis une vague déclaration d'intention relative à l'emploi.

Or la Cour de cassation valide ces clauses sans contenu et surtout sans équilibre (119), sans se soucier de trouver aux sujétions nouvelles imposées aux salariés une cause, au sens du droit des contrats, plus particulièrement de ceux que l'on nomme synallagmatiques, c'est-à-dire un engagement corrélatif de l'employeur, les obligations des parties se servant mutuellement de cause en pareille matière.

C'est le même leurre synallagmatique qui permet aux patrons d'obtenir de syndicats complaisants la perte de droits acquis à travers des accords antérieurs sans le moindre abandon de leur part. Il s'agit des accords comportant ce qu'un auteur dénomme "des engagements de garantie d'emploi à vocation collective" (120).

La Cour de cassation validait ce type de convention dans un arrêt rendu le 1<sup>er</sup> avril 1997 (121), dans lequel, fondant la solution sur les articles 1134 du Code civil et L 135-3 du Code du travail. Elle approuvait une Cour d'appel d'avoir accordé réparation au salarié licencié malgré un engagement de l'employeur, lequel avait été conclu en contrepartie d'une réduction du temps de travail et des salaires dans l'entreprise.

Cette jurisprudence n'est pas restée isolée, puisqu'en 1998 (122), puis en 2002 (123), des décisions étaient rendues dans le même sens. Il s'agit donc d'un mouvement à l'intérieur du mouvement de contractualisation d'obligations fondées sur la loi. Des auteurs se sont réjouis de ce qu'ils ont perçu comme une avancée jurisprudentielle au profit des salariés, et ont cherché dans les règles du Code civil les moyens d'en accroître le bénéfice, tout en reconnaissant qu'elles ne sont pas adaptées (124).

En réalité, l'employeur qui s'engage à ne pas licencier, sait pouvoir s'en dispenser. Or les termes de l'article L 321-1 lui interdisent de licencier en pareille circonstance (125). Son engagement est donc vide de contenu (126).

(116) Sur l'inégalité structurelle existant entre les parties à la négociation, la raison en est simple : "En régime capitaliste de production, la masse des producteurs immédiats se trouve face à face avec le caractère social de leur production sous forme d'une autorité (...), mais les porteurs de cette autorité ne sont plus des seigneurs politiques ou théocratiques ; s'ils la détiennent, c'est simplement qu'ils personnifient les moyens de travail vis-à-vis du travail" (K. Marx, *Le capital*, L. III, Ch. LI.)

(117) I. Merlin, "La durée annuelle du temps de travail, une figure en hausse", *Dr. Soc.* 1999, 863

(118) *lemonde.fr* 12 décembre 2005.

(119) Arrêts *Synthec et Michelin*, *Cass. Soc.* 26 mai 2004, *Bull. V* n° 143 et 144.

(120) Fl. Canut "La sanction des engagements collectifs en matière d'emploi", *JCP, Ed. Soc.*, n° 25, 1411.

(121) *Cass. Soc.* 1<sup>er</sup> avril 1997, *Dr. Ouv.* 1998, 74, *Dr. soc.* 1997, 646, note J.E. Ray.

(122) *Cass. Soc.* 22 janvier 1998, *RJS* 1998 n° 337 ; G Couturier "La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi (à propos de l'arrêt Briou), *Dr. Soc.* 1998, 375 ; *JCP E.* 1998, 1141, note P. Morvan.

(123) *Cass. Soc.* 10 octobre 2002, *Dr. Soc.* 2002, 1158, note C. Radé.

(124) Fl. Canut, art. préc., 1411.

(125) A. Lyon-Caen, "Les évidences du droit du licenciement pour motif économique", *JCP, Cahiers de Droit de l'Entreprise*, n° 6, 2003, 2.

(126) D'autant plus qu'il s'agit très souvent d'accords conclus dans le cadre de grands groupes florissant sur le plan économique. Voir : l'Accord relatif à la sauvegarde économique et des emplois et avenant du 11 mai 2004 sur l'ARTT, dit "accord Bosch", *Liaison soc.*, bref 14182.

Certains se sont choqués du cas de la société Hewlett-Packard dans lequel l'employeur se refusait à formaliser une renonciation à licencier, prétendant néanmoins obtenir du syndicat une renonciation aux trente-cinq heures par voie d'accord (127). En réalité, la situation de l'employeur prenant des engagements d'emploi à vocation collective est toujours la même, qu'il formalise ou non, il ne s'engage pas. C'est d'ailleurs ce que craignait une doctrine vigilante qui s'inquiétait à juste raison du risque de voir légitimer des accords qui n'auraient comporté que des "concessions unilatérales des salariés" (128).

La notion d'engagements réciproques est inopérante. Le droit de la négociation collective étant, par nature unilatéral, la réciprocité est une notion qui aurait dû lui rester étrangère. Démontrant son absence d'efficacité pour rendre compte des mécanismes réellement mis en œuvre, Emmanuel Dockès s'alarmait de manière prémonitrice, dès 1997, expliquant : "Mais alors c'est toute l'organisation traditionnelle des sources du droit du travail qui explose" (129).

Dans notre droit des accords collectifs, une seule disposition (l'article L 135-3 du Code du travail) fait mention d'une obligation de loyauté, mais exclusivement de manière négative et au moment de l'exécution de l'accord. Si l'on se réfère à la conception réglementaire qui est de mise en jurisprudence, il est mal aisé de saisir de quelle manière la partie syndicale pourrait manquer à cette obligation d'origine légale, n'ayant, à ce stade, qu'une mission de surveillance.

Concernant la négociation, le Code du travail, dont la vocation consiste à énoncer les droits protecteurs des travailleurs, ne crée d'obligations, dans les articles L 132-26 et L 132-27, qu'à la charge de la partie patronale. Il est communément reconnu que si les règles prévues aux articles L 132-28 et suivants renvoient à des principes de loyauté (ou de bonne foi) dans la négociation "il ne peut s'agir de transposer en droit du travail telle conception de la bonne foi qui serait admise par le juge dans l'élaboration du contrat civil", la règle de loyauté revêtant un caractère purement unilatéral dans le cas précis (130).

En réalité, qu'il s'agisse de loyauté ou de bonne foi, les notions pouvant être confondues (131), c'est le respect de

ses obligations légales par l'employeur qui importe et les sanctions qu'il encourt s'il tente de s'y soustraire (132).

Néanmoins, grâce au leurre du synallagmatisme, les accords dits "donnant, donnant", qu'on devrait plutôt appeler "prenant, perdant", en totale contradiction avec la logique fondatrice du droit du travail, qui veut qu'existent des règles protectrices garantissant aux travailleurs une certaine préservation de leurs conditions de vie et de travail face à une course à la productivité, uniquement justifiée par la recherche de la satisfaction du client, auront permis des avancées considérables au bénéfice du patronat (133).

Cette extension du domaine contractuel au profit de la négociation collective ne cesse d'augmenter. Un exemple récent se trouve dans la loi du 18 janvier 2005, qui a permis, dans un nouvel article L 320-3 du Code du travail, la négociation d'accords de méthode dérogatoires aux règles du Code (134) jusqu'au niveau de la branche en matière de licenciement économique.

Les dangers du retour à un accord de droit privé, qui comme l'a écrit Alain Supiot pourrait "absorber" la loi" (135) sont d'autant plus importants que le déséquilibre des forces s'est accentué. En effet "L'unité de vue est plus grande du côté patronal que du côté syndical où la division affaiblit la position des négociateurs. La "discorde chez l'ennemi" devient dès lors le moyen facile de faire de l'autonomie ce qu'elle est devenue : une élaboration de la norme par une seule des parties, norme à laquelle l'autre partie est invitée à adhérer ; et de la convention collective un pur contrat d'adhésion" (136).

Les défenseurs des théories nées dans les années 80 en matière de négociation collective adoptent une attitude de strict positivisme juridique, qui se caractérise par une indifférence radicale au problème des fondements, paraissant ne s'intéresser qu'au fonctionnement effectif de l'ordre juridique en place et à son évolution en fonction de présupposés issus de ce que Gérard Lyon-Caen appelait une "étrange argumentation dans la concurrence internationale, les lois du travail handicapent les entreprises françaises (...). Du seul fait de leur existence la gestion manque de flexibilité" (...) (137).

(127) lemonde.fr, 3 novembre 2005.

(128) M.A. Souriac, Les accords collectifs au niveau de l'entreprise, Thèse Paris, 1986, 1041

(129) E. Dockès, "La réciprocité des dispositions dans la convention collective", Dr.Ouv., 1997, 503

(130) J. Péliissier "La loyauté dans la négociation collective", Dr. Ouv. 1997, 496 ; Y. Chalaron, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, n°72 ; M.A. Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, op. cit., 496 et s. : l'auteur, analysant "les indications repérables dans notre droit" démontre de manière très convaincante "que le concept de bonne foi est inadéquat à la conception française de la négociation collective mais que celle-ci doit se dérouler dans des conditions objectives propres à assurer le droit des travailleurs à la négociation dans l'entreprise (...)".

(131) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 7<sup>ème</sup> ed., 403 et s ;

(132) Voir encore J. Péliissier "La loyauté dans la négociation collective", Dr. Ouv. 1997, 496.

(133) Voir la satisfaction de J. Barthélémy et G. Cette dans : "Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel", Dr. Soc. 2006, 24

(134) Voir Emmanuel Gayat, Dr. Ouv., 2005, 349.

(135) A. Supiot "Droit négocié, droit imposé", Publication des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1996, 630 et s.

(136) Article précité de Gérard. Lyon-Caen, Dr. Ouv. 2001, 4.

(137) G. Lyon-Caen, "Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective", Dr. Soc., 2003, 355.

Mais, comme l'écrivait dans le même article le brillant auteur, il ne s'agit que "d'amuser la galerie".

Les patrons ne s'y trompent pas. Ainsi Jacques Barthélémy, s'adressant à son public, proposait-il dans un numéro spécial sur les accords de méthode dans un journal intitulé "Les cahiers du DRH" des "clauses favorisant un comportement de bonne foi" et, parmi elles l'interdiction que se feraient les syndicats de susciter des mouvements de grève pendant les négociations (138).

Cependant, sous couvert de bonne foi et de loyauté, c'est à la réciprocité qu'ils songent, mais pas n'importe quelle réciprocité, celle qui rapporte et qui bâillonne.

\* \*\*

*"Plutôt que de voter de multiples textes, sans cesse modifiés, sur des questions quelquefois de détail, le législateur serait bien inspiré en introduisant dans le Code du travail quelques principes généraux qui conforteraient et l'autonomie et le caractère juridique de cette discipline. L'affirmation nette de principes généraux de droit du travail permettrait en effet d'exclure toute référence au droit civil et par la même de supprimer tous les problèmes d'adaptation du droit civil au contrat de travail" (139).*

Ce radicalisme manifesté par Jean Pélissier envers les principes du droit civil peut apparaître un peu trop catégorique. Nous avons relevé, notamment, que les dispositions du Code civil sanctionnatrices de la violence, appliquées de manière dynamique, étaient de nature à mettre en évidence l'injustice du déséquilibre attachée à la formation du contrat de travail.

Mais nous ne pouvons qu'adhérer à la préoccupation de ne pas voir les dispositions protectrices spéciales limitant les effets de l'exploitation de la force de travail écartées "en invoquant les principes généraux du droit des contrats, en particulier l'article 1134 du Code civil et les effets habituels du synallagmatisme" (140).

L'insertion dans le Code du travail du principe général prôné par l'article L 120-4 ne va pas dans le sens d'une rupture avec l'obligation de réciprocité qui enferme le travailleur dans le jeu contractuel.

De la même manière, la logique impulsée par le nouveau droit de la négociation collective permet que l'action collective, à l'origine exclusivement créatrice de droits, devienne source d'obligations.

Ce sont les multiples combats (dans les entreprises, dans la rue et dans les prétoires) qu'ils ont menés qui ont permis aux travailleurs d'obtenir l'empiètement sur le pouvoir du chef d'entreprise qui a conduit la reconnaissance des libertés individuelles et collectives qui sont aujourd'hui inscrites dans le code. Ces batailles n'ont pas été livrées au nom d'une exigence de réciprocité des obligations des parties au "contrat" ou n'ont pas été portées par le souffle de la "loyauté contractuelle".

Bon nombre des luttes individuelles et collectives menées par les travailleurs ont eu pour objet de contraindre l'autorité patronale à leur reconnaître l'autonomie, sans laquelle ne peuvent s'exercer les droits de la personne. Si cette autonomie devait rentrer dans la sphère de la loi de l'échange, la liberté fondamentale deviendrait liberté conditionnelle.

**Marie-Laure Dufresne-Castets et Pascal Moussy**

(138) J. Barthélémy, "L'ingénierie de l'accord de méthode", Les cahiers du DRH, n° 46, 2001, 6. Et ce monsieur qui pense à tout indique qu'il estime que cette clause pourrait être considérée comme licite dans la mesure où elle ne s'adresserait pas aux salariés "constitue une obligation de ne

*pas faire pour les syndicats qui commettraient une faute en incitant les salariés à débrayer."*

(139) J. Pélissier, "Droit civil et contrat individuel de travail", Dr. Soc., 1988, 394.

(140) J. Pélissier, art. préc., 389.



## **Droit social**, par Marianne Keller et Franck Petit

Cet ouvrage constitue un manuel synthétique dont la caractéristique est d'aborder, outre le droit du travail (Emploi : recrutement, modification et transfert du contrat, perte d'emploi ; Travail : durée du travail, suspension du contrat, salaires ; Action collective : droit syndical, IRP, grève et négociation collective), ceux des aspects de droit de la protection sociale qui intéressent directement le salarié (affiliation, assurance chômage, cotisations et contributions). Loin d'une séparation académique ces deux dimensions sont heureusement articulées au gré d'un ouvrage accessible qui offre au lecteur la possibilité de se repérer dans une branche à la complexité croissante.

Edition Foucher coll. Parcours juridique - ISBN : 2216105554 - 247 pages

Prix : 25 €