L'obligation implicite

Gérard LYON-CAEN

Professeur émérite à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

RÉSUMÉ. — Se fondant sur l'article 1134-3° c. civ., les juges découvrent de nouvelles obligations qu'ils imposent aux parties contractantes. Il en est spécialement ainsi dans le contrat de travail, où l'entreprise-employeur doit par exemple adapter – et reclasser son personnel.

On est fondé à parler d'obligation implicite à partir du moment où une des parties au contrat est tenue d'une prestation positive ou d'une abstention – plus généralement d'un comportement, qui : en premier lieu n'est pas formellement ou explicitement énoncé dans le texte écrit du contrat, et ne peut donc dériver de la volonté clairement exprimée des parties – ; en second lieu n'est pas non plus imposé par le régime légal du contrat (comme l'obligation de payer le prix ou l'obligation de délivrance). En pratique cette obligation implicite est « découverte par le juge » sans qu'on puisse prétendre cependant qu'il en soit véritablement l'auteur ; elle est rattachée par lui à l'article 1134 du code civil, alinéa 3, c'est-à-dire à l'obligation d'exécuter de bonne foi (une bonne foi très objectivée).

On objectera que le juge dépasse ses pouvoirs en mettant ainsi à charge des parties une obligation nouvelle, peut-être ignorée d'elles lors de la formation du contrat. Il n'est pas dans l'usage en France de reconnaître l'existence d'une « politique jurisprudentielle », *a fortiori* d'admettre avec cette franchise une « *judge made law* ». On rétorquera que le contrat ne vit pas détaché de tout contexte temporel ou spatial, isolé de la société civile, à l'abri des vents de l'économie et du poids des idées dominantes ; le contrat est tout imprégné de données économiques et sociales ; et, sans forcer les choses, l'exécution de bonne foi de l'article 1134 reflète approximativement cette idée. Les obligations incluses dans le contrat de louage ne peuvent être strictement ce qu'elles étaient en 1804. Ce qui est peu douteux, c'est que ces obligations implicites évoluent dans le temps et peuvent être mises à charge de l'une ou de l'autre partie selon les circonstances. Il y a une latence de nombre d'« obligations » enfouies à l'intérieur de tout contrat lesquelles font surface lorsqu'il en est besoin.

Si on raisonne sur le cas du contrat de travail, l'obligation implicite y a fait son apparition d'abord comme un comportement imposé au travailleur salarié. Et cela se comprend, puisque celui-ci est parce qu'en position de subordination en quelque sorte un « super obligé ». Cette subordination elle-même, ne se comprend aisément que si on l'analyse comme une obligation implicite. La loi en effet n'en parle pas. Ce sont les tribunaux qui en ont fait usage pour différencier ce contrat des contrats voisins, ayant eux aussi comme objet une prestation de travail (sans que le destinataire de cette prestation de travail ait la faculté – même s'il est qualifié de donneur d'ordres –, de donner au contractant, ordres et directives).

À partir de là, l'article 1134. 3° du code civil a été massivement utilisé pour multiplier les obligations tacites ou implicites pesant sur le salarié, obligations allant bien au-delà de la simple exécution des ordres dans l'accomplissement du travail. L'existence d'une entreprise peut expliquer cette prolifération d'obligations implicites mises à charge aussi bien du personnel d'exécution que du personnel d'encadrement ou de direction.

Pendant une sorte de retournement s'est produite : des obligations implicites ont été imposées également au chef d'entreprise-employeur. L'explication doit en être cherchée dans une direction différente : c'est l'orientation de la politique de l'emploi, mise en œuvre par les pouvoirs publics, qui exerce ici une influence indirecte sur les juges, et qui est (ou doit être, en quelque manière) intériorisée par le chef d'entreprise. Au-delà de l'obligation principale de payer le salaire convenu ou imposé par la loi, l'entreprise se voit tenue de multiples obligations dont on chercherait vainement trace dans le code du travail ou le contrat écrit. Elles ont à la longue profondément modifié la physionomie du contrat lui-même.

Il n'est donc pas irrationnel de porter son dévolu sur le contrat de travail comme exemple d'un bouillon de culture où prolifèrent les obligations implicites ou latentes –, apparaissant puis disparaissant là, réapparaissant ici. Certes toutes les nouveautés du Droit du travail ne peuvent ainsi se relier au seul contenu du contrat individuel. Une autre recherche devrait porter également sur la convention collective. Mais la renaissance, souvent signalée, du contrat individuel et son importance à nouveau croissante peuvent trouver là une de leurs explications : plus qu'un échange synallagmatique, il est le support juridique d'un emploi.

I. — CHANGEMENT DANS LES OBLIGATIONS DU SALARIÉ

Les obligations implicites du salarié se sont, elles-mêmes, beaucoup transformées.

- Implicite déjà on l'a souligné, l'obligation de se conformer dans le travail aux ordres prescrits. Mais elle se confond en somme avec la définition même du contrat. Une pléiade d'obligations annexes y a progressivement été adjointe par les tribunaux. Ainsi l'obligation de se conformer au règlement intérieur, dans le domaine de la sécurité et de la discipline, laquelle a été confirmée ensuite par le législateur.

Aujourd'hui l'obligation de se plier aux normes internes de l'entreprise ou du groupe, à son « ordre juridique » spécifique (qui revêt la forme d'un livre du personnel ou reçoit toute autre appellation (charte de l'entreprise)). On dira que l'on sort ici du

terrain de l'implicite puisqu'il s'agit d'un texte écrit ; c'est méconnaître que ce document interne ne formule pas de contraintes directes ; il définit plutôt des avantages en corrélation avec les événements ou les comportements ; et il est donc à la source d'obligations qui sont bien implicites car le plus souvent non énoncées.

Plus floues, et plutôt en régression (?) les obligations de discrétion (dès qu'il y a un risque de contact avec un concurrent), de loyauté (dès que se renforce la « culture d'entreprise ») de conformité avec les orientations de l'entreprise (dès lors qu'il s'agit d'une entreprise autre que commerciale ayant une « tendance » bien accusée).

Sur ce point demeure un non dit : les obligations implicites d'un cadre dirigeant sont évidemment différentes de celles d'un simple exécutant. Principalement dans le domaine des obligations de « fidélité » ou de « loyauté ». C'est cette différenciation que la jurisprudence a commencé à opérer sur le terrain de la non-concurrence ou de la durée du travail au point qu'on peut mettre en doute l'existence de cette obligation de fidélité pour le salarié démuné de responsabilités dans la gestion : « Inspirer confiance » à l'employeur (et donc s'exposer à un licenciement pour perte de confiance) ne fait plus partie des obligations du salarié ordinaire. Soutenir l'employeur, s'il connaît des difficultés (une OPA), non plus.

En revanche, les dirigeants salariés peuvent légitimement être tenus d'une sorte d'obligation non écrite de solidarité avec la politique de la direction (dont ils font souvent partie) sauf à démissionner si le désaccord est trop vif. Et ils sont tenus de ne pas critiquer publiquement une décision – ce qui ne serait pas le cas d'un salarié sans responsabilité. L'étendue de l'implicite est donc liée au statut dans l'entreprise.

Il est sans doute plus délicat d'avancer l'idée que l'obligation de loyauté ou de réserve ne saurait être identique pour un salarié pur et simple et pour un représentant élu du personnel ou désigné par le syndicat ; mais cette distinction, encore discutée, s'imposera nécessairement. Affronter la direction fait partie des fonctions des représentants du personnel. Leurs « obligations » ne peuvent en être que plus légères.

Le fond du débat est ailleurs : il réside dans l'idée que le salarié est certes un contractant tenu d'obligations mais ne peut se voir imposer des contraintes que si celles-ci sont justifiées par la tâche à accomplir et proportionnées (art. 120-2 du code du travail) car il est aussi un citoyen titulaire des mêmes libertés que tout autre citoyen. Mais c'est un trop vaste débat pour être évoqué en quelques lignes : les obligations imposées doivent se concilier avec les droits de toute personne au respect de ses libertés.

Ce premier type d'obligations implicites n'est pas sans affinités avec le paternalisme lequel est aujourd'hui moqué et probablement désuet.

- Il en est d'autres plus « modernes ». Obligation de s'adapter aux changements technologiques et, à cet effet, accepter de suivre des stages divers de mise à niveau ou de conversion. Obligation de mobilité (qui tend pour certains salariés à être souvent explicite). Obligation d'objectif ou de résultat (vue avec une relative défaveur par les tribunaux, qui rappellent parfois que, dans la fourniture de travail, le salarié n'est tenu que d'une obligation de moyens). Obligation parfois d'être à la disposition de l'entreprise y compris en dehors des heures et lieu de travail (ce que le téléphone mobile facilite) et ce qui sera un terrain conflictuel pour demain.

On verra sans doute prochainement apparaître une obligation de faire preuve d'initiative en cas de situation imprévue ; ce qui est un renversement de la nature même du

contrat de travail. Autrefois, les obligations implicites visaient à renforcer la subordination. Elles auraient plutôt tendance à réaliser un rapprochement de la condition du travailleur salarié avec celle du travailleur indépendant, surtout dans les professions libérales (l'avocat « salarié » n'a-t-il pas principalement à respecter des obligations implicites, bien proches de celles qui pèsent sur l'avocat « collaborateur » ?).

Ce qui est certain, c'est que les obligations implicites du salarié constituent un instrument efficace de transformation du salariat, non vers plus de subordination aveugle mais vers plus d'indépendance, de savoir-faire et d'initiative. La règle juridique ne suit-elle pas ici l'air du temps ?

II. — CHANGEMENT DANS LES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

La découverte d'obligations implicites à respecter par l'employeur est plus récente et sans doute plus significative encore.

- Certaines ont été expressément énoncées par la Cour de cassation. D'abord l'obligation de *reclassement*. Non pas celle (qui est légale) qui concerne les victimes des accidents du travail ; non pas non plus celle, dorénavant légale, qui doit figurer après le licenciement collectif économique, à l'intérieur du plan social. Mais celle que la jurisprudence met à la charge de l'employeur avant tout licenciement et précisément pour l'éviter. La décision de principe de 1992 est formellement fondée sur l'article 1134 alinéa 3 du code civil. Faute pour l'employeur de s'y être conformé, le licenciement ultérieurement intervenu sera dépourvu de cause réelle et sérieuse, ce qui constitue incontestablement une sanction originale et nouvelle de l'inexécution d'une obligation. Ce reclassement doit être recherché dans l'entreprise, dans le groupe dont elle fait partie, y compris dans une filiale située à l'étranger. Qui plus est, la charge de prouver que tout reclassement est impossible pèse sur l'employeur.

Contemporaine de la précédente, l'obligation pour l'employeur d'*adapter* le salarié à « l'évolution de l'emploi », c'est-à-dire aux changements techniques apportés au poste de travail. Il ne pourra pas licencier valablement un salarié, au prétexte de son incompétence professionnelle, s'il n'a au préalable établi qu'il lui a fourni les moyens d'acquérir les nouvelles connaissances nécessaires. Cette obligation est également fondée sur le devoir d'exécution de bonne foi, mais il est manifeste que sa genèse n'est pas sans corrélation avec les règles qui se sont développées depuis trente ans et qui encadrent la politique de formation professionnelle continue.

- Les deux obligations qui précèdent ont été clairement énoncées dans les arrêts. Celles qui suivent sont moins catégoriquement affirmées. Elles inspirent cependant des attitudes judiciaires de plus en plus fréquentes qui ont trait directement au pouvoir de gestion de l'employeur.

Longtemps arbitraire, celui-ci a été non pas affaibli mais en réalité renforcé par une série d'exigences, de conditions et de limites, qui prennent la physionomie d'obligations implicites concrètes. Obligation d'*informer* aussi complètement que possible non pas

seulement les organes collectifs mais chaque salarié individuellement lors du recrutement ou à l'approche de toute modification de son contrat. Le contrat de travail rejoint ici la plupart des contrats civils et commerciaux où le devoir d'information s'impose de plus en plus (information du malade ou de l'actionnaire).

Obligation d'*anticiper*, c'est-à-dire de mettre en place les outils de gestion prévisionnelle, obligation qui conflue dans une obligation globale de tenir compte des conséquences prévisibles de tout acte de gestion, spécialement sur l'emploi.

Obligation de *motiver* ses décisions, et finalement - quoique non dite mais bien lisible entre les lignes - obligation implicite de *bien gérer*, de gérer rationnellement, de gérer dans la transparence les choses et les hommes en « bon employeur ».

L'influence du droit public est sans doute perceptible : ces devoirs du bon gestionnaire, ces obligations du bon employeur évoquent devoir et obligation de l'homme public. L'intérêt général est présent ici comme là. On est loin de la simple obligation de payer le salaire ou de respecter les obligations légales en matière de congés ou de durée du travail.

Les obligations implicites de l'employeur – dont la liste s'allonge sans cesse – sont plus ou moins bien supportées ; on accuse parfois à tort le législateur. Il s'agit pour les juges – principalement à l'occasion de plans sociaux – d'imposer lentement l'idée que les licenciements massifs ne doivent intervenir qu'à titre d'ultime remède – de convaincre les directions de l'entreprise que l'économie a sa rationalité propre (le dirigeant, sa responsabilité sur le terrain de l'emploi). Vaste programme – et attitude inattendue venant des juristes.

Au regard de la gestion, le salarié voit sa situation évoluer dans le même sens que celle de l'actionnaire minoritaire. Il n'y a guère, la direction avait peu d'obligations envers l'actionnaire. Celles-ci se sont multipliées ; se sont développées dans le même sens, celles qui pèsent sur elle envers chacun des membres de son personnel. Sans doute pourrait-on soutenir qu'au tournant du siècle l'entreprise a le même intérêt à satisfaire les apporteurs de travail que les apporteurs de capitaux. Le travail se confondant de plus en plus avec la matière grise dont l'entreprise a autant besoin que d'argent. Sa transparence devant être identique aux yeux des uns et des autres et les travailleurs étant eux mêmes fréquemment actionnaires.