

Le bébé de la jeune maman et la main de l'épouse complaisante : vers la disparition du dol dans la convention de louage de services ?

Pierre-Yves Gautier, Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

La formation et l'exécution du contrat de travail sont-ils devenus à ce point coupés du droit commun des obligations que plus aucune question, fût-elle la plus générale et la plus classique, ne ressortirait à celui-ci ? Nous voudrions y réfléchir ici, à propos du *dol* : *l'erreur de l'employeur, provoquée par les manoeuvres ou la réticence du candidat à un emploi et portant sur une ou plusieurs qualités essentielles de la personne*, était traditionnellement tenue pour source d'annulation (V. par ex. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd. t. XI par A. Rouast, n° 791) ; la protection des salariés, aussi légitimement poussée soit-elle, ne saurait couvrir les fourberies, alors que *l'intuitus personae* est extrêmement marqué, dans ce contrat ; pourtant, « s'agissant du contrat de travail, l'application du régime des vices du consentement, en général, de celui de l'erreur sur la personne ou du dol, en particulier, ne présente qu'un intérêt limité... » (G. Couturier, *Droit du travail*, t. I, 2<sup>e</sup> éd. n° 71).

Deux récents arrêts de la *chambre sociale de la Cour de cassation*, rendus à propos, l'un, d'un dol par réticence, l'autre, d'un dol positif, en fournissent une illustration très nette.

- La première décision, du 2 février 1994 (*Bull. civ. V*, n° 38), fait application d'un texte « détonant », comme il y en a beaucoup dans le code du travail, mais qui est peu expliqué en doctrine travailliste ou civiliste, l'article L. 122-25 ; la situation est celle d'une jeune femme enceinte, se sachant bientôt mère, qui postule à un emploi : elle « *n'est pas tenue... de révéler son état de grossesse* ». Il s'agit à l'évidence de lutter contre les discriminations à raison du sexe, objectif noble et utile, de nature à prévenir les comportements antédiluviens de certains employeurs, qui ont du mal à changer de millénaire ; alors que la compétence devrait être le seul et unique critère, la crainte d'un désintérêt croissant de la salariée à l'endroit de son emploi, lorsqu'elle sera mère, la nécessité de la remplacer pendant le temps de congé-maternité, etc., entraînent des entreprises faussement soucieuses des « ressources humaines » à écarter impitoyablement la gent féminine en attente d'un heureux événement ; or, la *qualité essentielle* d'une employée est son efficacité, *pas son état gravidique ni sa future gésine* ; le droit des obligations et celui du travail se rejoignent donc pour refuser le vice du consentement, *alors même* que cette question aurait été *déterminante* de l'accord de l'employeur, car elle n'est pas pertinente ; on pourrait encore reprendre le critère du *lien de causalité*, en l'adaptant au rapport direct ou non entre l'état et les fonctions (rapp. Soc. 17 oct. 1973, *JCP* 1974.II.17698, obs. Y. Saint-Jours, peu importe que lors de l'embauche, l'ouvrier ait caché qu'il était prêtre ; et en matière d'exécution du contrat, Soc. 17 avr. 1991, *ibid.* 1991.II.21724, obs. A. Sériaux, il n'est pas sûr que l'homosexualité du sacristain ait des conséquences sur ses fonctions).

D'un point de vue sociologique, on notera cependant que de nombreuses femmes enceintes se sentent tenues de révéler leur grossesse, lors de l'entretien d'embauche : belle et émouvante illustration de la vivacité des obligations naturelles, ce qui est l'occasion de constater que « *le retrait du droit laisse le champ libre à l'individu, donc à sa conscience...* » (D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, LGDJ, 1993, n° 179) ; malheureusement, elle n'est pas toujours payée de retour.

Quoi qu'il en soit, cette dispense d'information est excellente et irréprochable pour l'employée

dans un travail de services et de bureau - mais l'est-elle dans *tous les autres cas* ?

Voici les faits : une jeune femme est engagée, par contrat à durée déterminée, à la fin du mois de novembre, pour un travail de *chimiste* ; dès le début janvier, soit six semaines plus tard, le médecin du service médical de l'entreprise révèle sa grossesse à l'employeur et préconise, pour la santé de la salariée, un changement de poste, compte tenu de la dangerosité de cet emploi pour son état ; le lendemain, l'employeur lui notifie la cessation du contrat ; elle réagit en lui adressant un certificat médical relatant sa situation de grossesse, dans le 3<sup>e</sup> mois ; le débat se poursuivra aux prud'hommes.

Les juges du fond retiennent la rupture abusive et condamnent l'employeur à verser des dommages-intérêts à la salariée ; dans son pourvoi, l'entreprise met l'accent sur les caractéristiques du poste, « impliquant la manipulation de produits toxiques » et le caractère de ce fait déterminant et directement causal de l'absence de grossesse de la part de la chimiste devant y exercer ses fonctions, de sorte que la dissimulation de son état par la jeune femme, qui connaissait le danger de ce poste et son inéluctable mutation, constituait un dol, ou encore une fausse cause, matière à nullité ; rejet : « M<sup>me</sup> G. n'étant pas tenue, en application de l'article L. 122-25 du code du travail, de révéler son état de grossesse, la cour d'appel a décidé à bon droit que l'employeur ne pouvait rompre le contrat en méconnaissance des dispositions relatives à la protection de la maternité ».

On s'autorisera à qualifier cette position d'excessive, à l'aune du caractère déterminant et du lien de causalité : certes, ainsi qu'il a été souligné plus haut, « Il y a des caractéristiques du salarié que celui-ci n'est pas tenu de révéler, *quand bien même* elles pourraient être déterminantes, de sorte que le silence gardé n'est pas constitutif de réticence dolosive » (Couturier, *passim* et n° 59 pour la grossesse) ; tel est le cas du gardien de nuit condamné pénalement, ou du cadre malheureux en affaires (Soc. 25 avr. et 3 juill. 1990, *D.* 1991.507, note J. Mouly, cette *Revue* 1991.316, obs. J. Mestre) ; l'employeur est un professionnel et n'a qu'à se montrer plus curieux (mais pas trop tout de même faute de quoi, il risque d'être taxé de refus d'embauche discriminatoire ! V. art. 225-1 et 2 c. pén.), outre qu'il n'est pas sûr que celui qui a honte soit un fraudeur (sur ce que le silence sur l'information est insuffisant, sans la volonté de tromperie, V. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 1992, n° 356).

S'agissant des femmes enceintes, cette indifférence au silence est encore plus forte, puisque l'omission est encouragée aux termes mêmes de la loi (Fabre-Magnan, *op. cit.* n° 180 : « elle autorise le cocontractant à ne pas répondre », qui cite égal. la thèse de M. Saumade) ; un précédent arrêt de la chambre sociale, rendu en matière de maternité, peut être cité dans ce courant libéral, jeune femme embauchée pour un travail d'*aide-comptable* (Soc. 23 févr. 1972, *Bull. civ.* V, n° 152).

Aide-comptable, chimiste : la *nature de l'emploi* n'a-t-elle pas dans le second cas un rapport *direct* avec l'état de la future parturiente, ce qui n'est pas le cas dans le premier travail ?

Plaçons-nous sur le terrain des *droits de l'homme* et de la femme, car c'est lui qui aura manifestement le dernier mot : toutes les discriminations entre hommes et femmes sont-elles donc interdites ? D'un point de vue général, on commencera par rappeler que « *toutes les discriminations de traitement ne sont pas interdites*, mais seulement celles qui ne reposent pas sur des justifications *objectives et raisonnables*... » (F. Terré, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd. n° 177).

D'un point de vue spécial, on évoquera la *Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (1979), à laquelle la France est partie, dont on extraira l'article 11 (public. Bruylant 1993) : les Etats membres s'engagent à assurer aux femmes l'égalité de traitement avec les hommes et notamment : « Le droit aux mêmes possibilités d'emploi, y compris l'application des *mêmes critères de sélection*... », voici notre article L. 122-25 qui réparaît ; mais ils s'engagent également à leur prodiguer « Le droit à la *protection de la santé et à la sécurité des conditions de travail, y compris la sauvegarde de la fonction de reproduction* » ; cette fois-ci, c'est l'espèce sur la chimiste qui resurgit et on

voit bien là la *contradiction* qui peut se produire entre les deux propositions, si on ne cherche pas à les combiner : comment assurer l'égalité mathématique, absolue, quand l'emploi proposé comporte des dangers pour la « reproduction » (...) et le cours harmonieux de la grossesse ? L'arrêt commenté est excessif dans la « sur-protection » accordée à la chimiste, car s'il fait jurisprudence, il implique que les employeurs sont désormais tenus d'embaucher les femmes enceintes, pour exercer des emplois dangereux, *purement théoriques*, dès lors que, comme en l'espèce, la *mutation* très rapide à un autre poste sera inéluctable. De ce point de vue, il n'est pas normal que la femme enceinte se fasse engager pour occuper un poste qu'elle sait pertinemment ne pas pouvoir assurer.

Ce n'est pas ainsi qu'on encouragera l'embauche. On aurait plutôt suggéré l'examen de la discrimination, au regard de l'exception susvisée de « discrimination raisonnable et justifiée » ; l'article L. 122-25 ne distingue pas ? Il y a la ressource de l'interprétation et dans le pire des cas, on rappellera que le droit interne doit céder le pas devant les conventions internationales.

Remarquons à cet égard, car le droit du travail communautaire prend une place croissante en droit positif, que si *l'Union européenne* lutte aussi pour la promotion des femmes, elle n'en admet pas moins des discriminations au titre de certaines activités professionnelles, dans lesquelles le sexe et l'état de la femme constituent une considération déterminante, de sorte que « *l'exclusion précise et proportionnée* » y est légitimée (V. Ami Barav et Chr. Philip, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, v° *Egalité entre travailleurs masculins et travailleurs féminins*).

Ainsi que l'a souligné un auteur peu suspect de machisme, il y a des « *radicalités* » qui nuisent parfois à la cause qu'on entend servir (Evelyne Pisier in *Dictionnaire constitutionnel* d'O. Duhamel et Y. Mény, v° *Femmes*).

- Le deuxième arrêt, du 5 octobre 1994 (*Bull. civ. V*, n° 256), rendu à propos d'un dol positif, statue sur un cas original, en des termes qui méritent d'être débattus : il s'agissait d'une entreprise, proposant un poste (on ignore lequel), qui avait eu recours, pour sélectionner les candidats, à un procédé devenu courant de nos jours, à tort ou à raison, la *lettre de motivation manuscrite* du postulant, accompagnant généralement son *curriculum vitae*, permettant au pollicitant de faire procéder par un spécialiste à un *examen graphologique* de l'écriture de son rédacteur, afin de déterminer les traits de son caractère, ses éventuelles failles, etc.

Il faut croire que le candidat craignait de trahir des faiblesses psychologiques, de nature à le conduire à l'échec, car il fit rédiger la lettre de motivation *par son épouse* ; l'analyse fut déclarée satisfaisante et le postulant, embauché ; l'entreprise, mise par la suite au fait de la supercherie, intenta à son encontre devant les juges prud'homaux une procédure d'annulation du contrat pour dol ; les juges du fond lui donnèrent raison, au motif que la tromperie sur l'auteur de la lettre était avérée et que c'est bien le résultat positif de l'analyse qui avait déterminé son consentement, de sorte que la nullité devait être retenue ; cassation, au visa de l'article 1116 du code civil et de la règle qu'il contient, selon laquelle le dol « ne se présume pas et doit être prouvé », car la cour d'appel « *n'avait pas constaté que si les manoeuvres invoquées n'avaient pas existé, à savoir que si les documents en cause avaient été écrits de la main du mari, il était évident que la société n'aurait pas contracté* ».

Cette solution n'est-elle pas excessivement libérale ?

On commencera par relever que le caractère déterminant du dol, puisque c'est le terrain qu'a choisi l'arrêt pour la censure, s'apprécie *in concreto* (V. J. Flour et J.-L. Aubert, *Obligations*, vol. I, 6<sup>e</sup> éd. n° 222 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd. n° 230) ; « les juges du fond doivent donc rechercher l'importance de l'erreur, eu égard à l'intention de la partie et au *but poursuivi par elle* » (Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd. t. VI, par P. Esmein, n° 203 ; V. égal. J. Ghestin, *Traité, La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd. n° 556 ; G. Marty et P. Raynaud, *Obligations*, 2<sup>e</sup> éd. t. I, n° 157).

On rappellera également qu'il s'agit de prouver un fait psychologique, donc d'avoir recours

aux présomptions de l'homme - était-ce « évident », interrogé dans son présumé, l'article 1116 ? (sur la liberté de la preuve et les présomptions en matière de dol, V. Terré, Simler et Lequette, *op. cit.* n° 231).

Il faut maintenant se poser la question suivante : à quoi bon requérir un examen graphologique, si ce n'est pour lui faire produire une utilité ? Ainsi qu'on l'a indiqué, de plus en plus d'employeurs procèdent de nos jours, à tort ou à raison, à des tests, questionnaires et autres examens graphologiques, constitutifs d'autant de *mesures de sélection* ; à cet égard, « le résultat des tests relève du *pouvoir souverain du chef d'entreprise*, juge de l'intérêt de l'unité économique qu'il dirige » (B. Teyssié, *Droit du travail*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd. n° 446 ; rapp. le *Vocabulaire Cornu*, 4<sup>e</sup> éd. v° *Questionnaire*, soulignant le caractère *d'information* de telles mesures).

Il faut encore souligner que les postulants sont normalement mis au fait de l'importance attachée par l'employeur aux mesures de sélection qu'il met en oeuvre, ce que dispose expressément l'article L. 121-7 du code du travail : « Le candidat à un emploi est *expressément informé, préalablement à leur mise en oeuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard* » ; celles-ci doivent simplement être en relation directe avec le poste et les aptitudes requises, ce qui s'exprime dans le « principe de pertinence » (V. Couturier, *loc. cit.* n° 72, un brin réservé sur les « méthodes symboliques ou irrationnelles » et exposant dans un ordre croissant de fantaisie la graphologie, l'astrologie, la « gestuologie », etc.) ; cette information ne renforce-t-elle pas l'argument du caractère déterminant du résultat des tests dans l'esprit de l'employeur ? Cela méritait en tout cas plus ample discussion.

En outre, l'idée de l'écrit rédigé de la main du futur cocontractant, qui fonde l'analyse graphologique ressortit sans guère de doute, dans notre droit privé, au terrain probatoire : il s'agit de prouver quelque chose (V. les entrées du *Vocabulaire* préc. *vis Ecrit* (subst. et adj.) et *Ecriture*) ; or, l'analyse graphologique a bien pour objet de *prouver* que le candidat, de par sa personnalité exprimée par son écriture, *correspond* au profil de l'emploi et aux besoins de l'entreprise ; cela vaut à plus forte raison lorsque, pour satisfaire à son obligation légale d'information, mise à sa charge par l'article L. 121-7 susvisé, l'entreprise a mis l'accent sur l'importance, à ses yeux, de l'analyse graphologique, de sorte que la *preuve ressortit ici de l'information et du procédé choisi*.

Certes, le caractère probatoire et la pertinence de ce procédé peuvent être contestés, mais il n'est pas interdit à l'employeur de former son consentement avec les méthodes de son choix, dès lors qu'elles ne sont pas illicites ; et il n'est pas non plus établi dans les usages sociaux, à notre connaissance, que le recours à l'examen graphologique soit devenu d'une telle banalité que les employeurs qui l'exigent n'y prêteraient plus la moindre attention (ne serait-ce que parce qu'il suppose des formalités et qu'il a un coût).

Enfin, si on le mène jusqu'à son terme, le raisonnement de la chambre sociale obligera l'employeur à établir après coup que l'écriture réelle du candidat l'aurait dissuadé de contracter ; ne lui suffira-t-il pas de produire une *attestation* de son graphologue habituel, celui-là même qui procéda à la première analyse (dont on remarquera incidemment qu'il a tout de même pris une écriture de femme pour celle d'un homme, il faut donc que la manoeuvre ait été extrêmement habile, faute de quoi le professionnel engagerait peut-être sa responsabilité contractuelle, fût-elle de moyens) ? Un tel document risquerait alors d'être suspect de partialité, de sorte que le juge aura la tentation d'avoir recours à une *mesure d'instruction*, confiée à un technicien.

C'est très difficile, puisqu'il ne s'agit pas tant de savoir quelle est l'écriture *moyenne* qui pouvait convenir au profil du poste et si celle de l'auteur du dol y aurait satisfait sans la manoeuvre, ce que pourrait effectivement établir un graphologue judiciaire (avec toute la subjectivité que suppose cette science). Mais il s'agit de rechercher, *in concreto (supra)*, si l'écriture véritable du candidat *Primus Dolus* aurait été ou non déterminante du consentement de l'entreprise *Secunda* (on raisonne ici selon le canevas posé par « L'Attendu » de l'arrêt, reproduit plus haut, dont l'on notera qu'il emmène plus loin que la simple question

traditionnelle de savoir si la main de l'épouse complaisante avait ou non provoqué l'erreur de la victime, à laquelle on devrait pourtant s'arrêter : on doit vérifier si *Secunda* a été enthousiasmée par la fausse lettre de motivation, pas nécessairement si l'écriture réelle du candidat lui aurait répugné).

**Mots clés :**

CONTRAT ET OBLIGATIONS \* Contrat de travail \* Dol \* Etat de grossesse \* Graphologie