Université Lumière Lyon 2
École doctorale : Droit
Institut d'études du travail de Lyon
Équipe de recherche : Centre de recherches critiques sur le droit

La volonté du salarié dans le rapport de travail

Par Martine GOURVES épouse BARBIER

Thèse de doctorat en Droit
Sous la direction de Georges BORENFREUND
Présentée et soutenue publiquement le 28 Janvier 2010

Membres du jury : Jean-Marc BERAUD, Expert Antoine JEAMMAUD, Professeur émérite, Université Lyon 2 Georges BORENFREUND, Professeur des universités, Université Paris 10 Cyril WOLMARK, Professeur agrégé, Université Lyon 2 Geneviève PIGNARRE, Professeur des universités, Université de Savoie

Table des matières

Contrat de diffusion . . 5

Introduction Générale . . 6

I - Le concept de volonté . . 6

A. La quête du sens de la volonté . . 6

B. La spécificité de la volonté du salarié . . 14

II – La mesure de la volonté du salarié . . 18

Première partie La volonté du salarie dans le contrat de travail . . 20

Titre I Une volonté « minorée » lors de la formation du contrat . . 21

Chapitre 1 : La réduction du domaine d'exercice de la volonté du salarie . . 21

Chapitre II : La singularité du régime du consentement . . 112

Conclusion titre I . . 127

Titre II : Une volonté affermie en cours d'exécution du contrat de travail . . 128

Chapitre 1 : La faculté de choix du salarié en situation de modifications du contrat . . 128

Chapitre II : La capacité de résistance contractuelle du salarié face aux normes collectives . . 174

Conclusion du titre II . . 191

Titre III : Une volonté protégée en cas de ruptures du contrat . . 191

Chapitre 1 : La rupture à l'initiative du salarié . . 192

Chapitre II : L'accord des parties sur la rupture du contrat de travail . . 209

Conclusion du titre III . . 233

Conclusion de la partie I . . 234

Seconde partie La confrontation de la volonté du salarié au pouvoir de l'employeur . . 237

Titre I : Le degré d'emprise du pouvoir sur la volonté . . 238

Chapitre préliminaire : L'employeur, détenteur d'un pouvoir . . 238

Chapitre 1 : La soumission de la volonté du salarié . . 268

Chapitre II : Les mécanismes correcteurs de la prégnance du pouvoir . . 286

Conclusion titre I . . 307

Titre II Les voies et moyens de l'émancipation de la volonté du salarie face au pouvoir . . 308

Chapitre 1 : L'essor des prérogatives du salarié . . 309

Chapitre II : L'affirmation des droits fondamentaux liés a la personne du salarié . . 340

Conclusion Titre II . . 360

Titre III : L'empreinte de la volonté du salarié dans les droits collectifs . . 361

Chapitre 1 : Des droits individuels et de l'action collective . . 362

Chapitre 2 : Le renforcement des prérogatives du salarié, membre du groupe . . 376

Conclusion Titre III . . 405

Conclusion de la Partie II . . 406

Conclusion générale . . 408

Bibliographie . . 411

Contrat de diffusion

Ce document est diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Paternité – pas d'utilisation commerciale - pas de modification** » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Introduction Générale

1 L'objectif de cette étude est de mesurer le rôle et la place que le droit du travail accorde à la volonté du salarié dans le rapport de travail. Une telle démarche constitue-t-elle aujourd'hui encore une *« tâche embarrassante»,* comme le relevait, il y a quelques années déjà, le professeur A. Lyon-Caen[1] ? N'est-elle pas vouée à constater l'incompatibilité de la volonté avec l'état de subordination du salarié et la protection impérative et collective dont ce dernier fait l'objet ?

«Comme tout voyageur interrogeant vainement la nuit qui l'entoure, tant est faible, la portée de la lanterne de route» [2], il faut donc au préalable, scruter l'objet de sa destination, éclairer sa démarche pour avancer sur un chemin que l'on pressent semé d'embûches. Mais c'est sans compter sur ce que Lévinas appelle l'occasion[3], en l'occurrence la rencontre d'un concept, la volonté, qui vient questionner la rigueur d'une catégorie juridique, celle de salarié, traditionnellement liée à un régime d'ordre public.

Or, levés les voiles d'ombre qui l'entourent, cette rencontre singulière s'avère porteuse de potentialités, précisément parce qu'elle incite à une mise en cause et à un dépassement critique des certitudes. Avant de formuler une hypothèse, à l'aune de l'observation de certaines évolutions du droit positif, celle d'un affermissement du rôle de la volonté du salarié dans le rapport de travail (II), encore faut-il commencer par éclairer le concept de volonté (I).

I - Le concept de volonté

2 D'emblée, le concept[4] même de volonté révèle, au-delà de son apparente évidence, une complexité inattendue. Toutefois, loin de constituer un écueil, cette complexité annonce une quête de sens, riche en virtualités, à l'instar de la personne humaine à laquelle la volonté se trouve intimement liée (A).

Plus précisément, en associant la volonté à la qualité de salarié, l'étude laisse implicitement transparaître l'idée qu'il existerait une spécificité de la volonté du salarié (B).

A. La quête du sens de la volonté

1 A. Lyon- Caen, *« Actualité du contrat de travail »*, Dr. Soc. juillet-août 1988 p 540 et suiv.

2 M-A Ouaknin, *« Dieu et l'art de la pêche à la ligne »,* Bayard éd. 2001.

3 Lévinas, *« Totalité et Infini. Essai sur l'extériorité »,* Nijhoff, 1961, p 123.

4 Le terme concept, préféré à celui de notion auquel il est généralement associé (Dictionnaire Lexis Larousse de la langue française, 2002), a été retenu ici en tant qu'idée abstraite et générale, dont l'analyse permet d'identifier ses composantes, de déceler les rapports existant entre elles, en vue de dégager une définition au regard du droit.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

3 L'unicité du mot « volonté » est un leurre. La volonté a fondamentalement une nature complexe, qualificatif entendu ici dans son sens étymologique[5], c'est à dire de « ce qui est tissé ensemble » (1). Elle rassemble, sans les confondre, les plus grandes diversités. Complexe, la volonté est aussi polymorphe, capable de se manifester sous des formes différentes, parce qu'elle représente *« la marque incommensurable de l'homme. »*[6] (2), en sorte que son essence est des plus singulières à saisir.

1. La volonté, un concept complexe

4 La volonté est une *« chose complexe*. *Elle n'a d'unicité que le nom* » écrivait F. Nietzsche[7]. Le philosophe soulignait ainsi la fascination exercée par la volonté sur l'esprit humain et la difficulté de la saisir en tant que concept structuré. Fondamentalement rivée à la personne humaine, la volonté est d'abord ontologique (a).

Parce que pluridimensionnelle, l'étude de la volonté a attiré, de tout temps, la philosophie. Mais d'autres disciplines telles que la psychologie, le politique et évidemment le droit se sont également intéressés à cette faculté originale, propre à l'homme, pour en étudier la nature et les effets. Il n'est donc pas surprenant que chaque discipline se soit nourrie des apports des autres, tout en apportant sa contribution originale. Ainsi, le droit n'a pas échappé à ce mouvement et a entrepris de caractériser une volonté juridique, plus spécifiquement rattachée à la définition de l'acte juridique[8](b).

a) La volonté ontologique

5 Comme dans toute recherche qui porte sur un concept ou une notion, il n'est pas inutile de consulter tout d'abord les définitions qui sont classiquement données par les dictionnaires. Outre qu'elle fournit une première approche du sens commun, cette démarche permet, dans un second temps, de dépasser la banalisation et d'avoir un regard critique.

Concernant la volonté, on constate très vite qu'en raison de sa nature qui recouvre plusieurs états et manifestations, toute définition paraît malaisée et semble se limiter à une énonciation descriptive de celle-ci. Elle est ainsi couramment désignée comme *« la disposition mentale ou l'acte d'une personne qui veut », « Ce que veut quelqu'un et qui tend à se traduire par une décision effective conforme à une intention »*[9]*, « la faculté de se déterminer à faire ou ne pas faire »*[10]*.*

6 Chaque définition insiste cependant sur un point : la volonté apparaît bien comme ontologique, liée irrésistiblement à l'être en soi qui en est la cause. Elle ne peut être dissociée de la personne physique, en tant que personne humaine, corps et esprit. Le corps est le

[5] Du latin, complexus.

[6] M-A Frison-Roche, *« Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats »*, RTD civ. juill-sept.1995 , p 573 et suiv.

[7] F.Nietzsche, *« Par delà Bien et Mal »* ,Coll. 10/18.

[8] Toutefois, on retrouve la volonté à la base d'autres concepts juridiques, comme la faute, en tant que conduite intentionnelle ou non.

[9] Définition de la « volonté » in Encyclopédia Universalis, p 813.

[10] Définition de la « volonté » in Lexis Larousse de la langue française p 2027-2028.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

siège de la volonté, l'esprit est son guide. En somme, celle-ci est au cœur de ce qui fait l'Humain.

En outre, ces définitions posent aussi la question de la liberté de cette volonté, enracinée dans le sujet pensant et agissant. En effet, sans liberté, il n'y a pas de vouloir possible. Mais la liberté ne signifie pas une volonté souveraine de l'homme. La volonté est puissance de choix, en tant que pouvoir déterminé de se déterminer soi-même [11], ce qui la distingue du « libre arbitre », pouvoir indéterminé de se déterminer soi-même. Il importe donc de dissocier l'essence de la volonté et ses moyens d'expression. La volonté est acquise à la personne humaine sans condition, mais elle subit, dans ses manifestations, des restrictions imposées par le fonctionnement et l'organisation de la collectivité humaine. Tout comme il ne saurait exister de liberté absolue, il n'existe pas de volonté absolue. La volonté est à la fois individuelle et égoïste, collective et solidaire.

7 Au demeurant, est-on vraiment libre de vouloir ? La liberté de la volonté n'impose-t-elle pas en premier lieu de prendre conscience de ses limites et surtout de ses carences ? Dès lors, il importe, semble-t-il, d'user de sa volonté en ayant connaissance des causes qui la déterminent. C'est ainsi que tel acte ou telle décision pourra vraiment être libre.

Ces quelques réflexions mériteraient, assurément, des développements plus poussés. Mais ce qu'on souhaite souligner ici, c'est que la volonté est porteuse de la dignité ontologique de l'homme libre. Volonté et liberté entretiennent des relations privilégiées et étroites. Un tel cousinage devra servir de guide à notre recherche et d'appui à notre réflexion.

b) La volonté juridique

8 Si la volonté est une « aptitude à »[12], une disposition naturelle de l'homme, elle est aussi une capacité garantie et sanctionnée par l'ordre juridique. Cependant, le droit ne peut se contenter d'une volonté pure, facteur d'insécurité, « il l'a rend impuissante, en lui refusant sa propre puissance »[13].

Evidemment, la volonté abstraite fait partie de la figuration de la personne humaine. Tous les êtres humains ont ainsi la personnalité juridique, c'est à dire « l'aptitude à être titulaire de droits subjectifs (ester en justice, être créancier ou débiteur) et débiteur d'obligations (exécuter le contrat conclu, réparer le préjudice causé), et plus généralement l'aptitude à être acteur dans la vie juridique»[14]. Avoir la personnalité juridique, c'est être sujet de droit, donc « sujet à l'application du droit objectif qui fixe les prérogatives et les charges individuelles et réglemente les situations juridiques». En conséquence, toute personne est apte à exercer elle-même les droits dont elle est titulaire, en déclenchant sa volonté.

9 Mais cette volonté n'est pas n'importe quel acte volontaire. N'a en effet de valeur juridique que l'acte de volonté du sujet par lequel il entend mettre en œuvre les prérogatives relatives à ses droits subjectifs. La volonté doit en conséquence être caractérisée par son

[11] A. Comte-Sponville, *« Dictionnaire philosophique »,* PUF 2001 1ère ed.

[12] L' « aptitude à » doit être distinguée de la « faculté de ». Cette dernière, d'origine légale, renferme une prérogative, certes de libre exercice, mais enserrée dans un réseau de conditions.

[13] M-A Frison-Roche, *« Volonté et obligations »,* Archives de philosophie du droit « L'obligation »- D.2000 p 129 à 151.

[14] H. Roland -L. Boyer, *"Introduction au droit",* Litec 2002, p 385.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

intentionnalité juridique [15] et sa capacité à engendrer des effets juridiques. Pour cela, il est nécessaire qu'elle se soit manifestée, exprimée, extériorisée. Ainsi, la définition la plus classique de l'acte juridique consiste-t-elle à y voir une manifestation de volonté en vue de réaliser certains effets de droit.

10 Le droit ne retient donc pas une définition descriptive de la nature de la volonté, mais impose une définition par la finalité qu'il lui reconnaît. La volonté individuelle est indispensable à la formation de l'acte juridique ou du contrat, en tant que manifestation initiale. Détermine-t-elle aussi la portée, les effets juridiques, en particulier la force obligatoire de l'acte juridique ou du contrat ? Cette question, qui a alimenté la pensée juridique, a permis la construction des fondements de la théorie générale du droit des contrats.

Le rôle de la volonté individuelle dans le contrat et son régime ont ainsi subi des évolutions majeures dont il convient ici de rappeler brièvement les principales étapes.

*** La théorie de l'autonomie de la volonté**

11 A partir de la seconde moitié du 19ème siècle, la théorie de l'autonomie de la volonté affirme que la volonté est la source des droits subjectifs, qu'elle est *«* l'organe créateur du droit » [16], « la cause première du droit ». Cette théorie est issue de la philosophie individualiste des Lumières mais surtout de la conception Kantienne de la volonté, fondée[17] sur les idées de morale et de devoir. La volonté est *« le principe suprême de la moralité »*, non pas une détermination rationnelle mais une obligation, entendue comme une contrainte dans l'expérience humaine du devoir[18].

Ainsi, l'autonomie de la volonté désignerait le pouvoir qu'a la volonté de se donner sa propre loi, elle serait à la fois l'élément essentiel du contrat et la justification de sa force obligatoire parce que conforme au bien universel.

12 Le libéralisme économique a largement contribué à fortifier cette théorie, en prônant que le libre jeu des volontés individuelles assure l'équilibre économique et la prospérité générale, ce que A.Fouillée traduisait par la formule *« Qui dit contractuel, dit juste »* [19] *.* La liberté contractuelle et la sécurité procurées par une force obligatoire entendue de manière absolue fournissent alors les axes du droit des contrats. On est dans l'exaltation du *« volontarisme juridique* » [20].

Sous la forme qui vient d'être décrite, cette théorie est en déclin constant[21]. Elle a été progressivement mise à l'écart pour des raisons tenant essentiellement à des facteurs

[15] N. Dumas, *« La volonté dans la formation de l'acte juridique en droit du travail »*, Thèse 2001,Université de Nancy 2, reprenant ici l'analyse de G.Wicker, *« Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique ».*

[16] Gounot, *« Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé »*, Thèse Paris 1912 p 3.

[17] E. Kant, *« Critiques de la raison pratique »,* GF Flammarion 2003.

[18] La conception kantienne de la volonté se détache de celle de Descartes (v. *« Méditations métaphysiques »*, 4ème méditation, GF 1992), pour qui la volonté *« consiste seulement en ce que nous pouvons faire une chose ou ne pas la faire (c'est à dire affirmer ou nier, poursuivre ou fuir) »,* ce que l'entendement nous propose. Descartes dégage ici un concept de volonté solidaire fondée sur la réflexion et la raison.

[19] A. Fouillée, *« La science sociale contemporaine »*, Paris 1880.

[20] V. Renouil, *«L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept »,* PUF 1980.

[21] Le Conseil constitutionnel a considéré,dans une décision du 20 mars 1997, que ni l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, ni aucune norme de valeur constitutionnelle, ne fondait un principe constitutionnel dit de l'autonomie

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

économiques et sociaux. Que signifie, en effet, l'autonomie de la volonté face à l'inégalité des cocontractants ? Une illusion dangereuse, vide de sens. A l'opposée de la formule de Fouillée, s'est imposée celle de Lacordaire « Entre le fort et le faible,…, c'est la liberté qui asservit, la loi qui affranchit »[22]. L'orientation de l'économie, le dirigisme économique, se sont construits aux dépens de l'autonomie de la volonté. L'Etat devient le garant d'une certaine vision de l'utilité sociale visant à limiter l'initiative individuelle privée économique. On parle ainsi d'ordre public de direction. Cette transformation est marquée par l'accroissement considérable des lois impératives destinées à compenser l'inégalité et à protéger le contractant le plus faible. C'est l'ordre public de protection que l'on désigne alors.

L'évolution du droit a conduit peu à peu à la prise en compte de l'autre, au souci de ses intérêts. Ainsi, progressivement, allait se dégager une autre perception et analyse du droit des contrats.

*** La loi, source du pouvoir de la volonté**

13 La volonté individuelle n'est plus perçue, en elle-même, comme créatrice de droit. L'article 1134 du code civil[23], longtemps tenu pour une affirmation de la théorie de l'autonomie de la volonté, exprime uniquement, en vérité, que le pouvoir reconnu aux volontés individuelles n'est pas originaire de celles-ci mais dérivé. Autrement dit, la force obligatoire des conventions légalement formées est issue d'une norme extérieure supérieure, la loi, seule capable de leur conférer le caractère obligatoire et de déterminer leurs effets.

14 Hans Kelsen a ainsi montré que l'autonomie de la volonté ne pouvait constituer une explication suffisante de la force obligatoire du contrat. Elle n'explique pas pourquoi c'est la volonté passée, volonté morte, qui devrait prévaloir sur la volonté présente, volonté vivante, de celui qui refuse d'exécuter le contrat. Pour expliquer ce phénomène, il faut faire intervenir une norme supérieure à la volonté, source véritable des effets produits.

L'idée est donc aujourd'hui largement admise que le contrat tire sa force obligatoire non pas de la volonté, mais du droit objectif qui la lui confère. «Contracter, ce n'est pas seulement vouloir, c'est aussi employer un instrument forgé par le droit »[24].

15 La question que posent alors les auteurs contemporains est de savoir pourquoi le droit confère cette force obligatoire au contrat. Partant, ils ne se contentent pas d'invoquer la règle de droit qui l'affirme, en l'occurrence l'article 1134 du code civil, mais tentent de rechercher et de définir les valeurs supérieures qui la justifient.

Pour le professeur J. Ghestin, il s'est opéré « une substitution de l'utile et du juste au dogme de l'autonomie de la volonté »[25]. Cela ne signifie pas que la volonté n'a plus de rôle à jouer dans le contrat. Son expression et sa qualité sont toujours essentielles, notamment pour la formation de l'acte ou comme élément d'interprétation. Mais elle devient, en quelque

de la volonté (JCP 97,I,4039,n°1et 2 obs. M .Fabre-Magnan). On notera que le Conseil d'Etat avait jugé auparavant que la liberté contractuelle est un principe fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution (décision du 5 mai 1967,Rec.CE p 348).

[22] J.B.H Lacordaire , 52ème conférence de Notre Dame, 1848.

[23] *« Les conventions légalement formées tiennent lieu de 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 ».*

[24] F.Terré , Ph. Simler, Y. Lequette, *«Droit civil : Les obligations»*, Dalloz 9ème Ed. 2005,p 32 (citation Ancel et Lequette,Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 3ème éd. 1997, p 174 et suiv) .

[25] J. Ghestin, *« L'utile et le juste dans les contrats »,* Recueil Dalloz,Sirey 1982, 1er cahier, Chr. p 1-10.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

sorte, un « instrument » au service d'un droit contractuel animé de valeurs supérieures. L'utilité et la justice contractuelle participent ainsi de celles-ci.

D'autres valeurs peuvent également être invoquées, dont on ne saurait faire ici un inventaire exhaustif. L'entreprise serait nécessairement imparfaite au regard des apports d'éminents auteurs [26], mais aussi inopportune dans une recherche dont l'objet n'est pas de rendre compte des divers aspects de l'évolution du droit des contrats[27]. En conséquence, notre approche s'arrêtera plus particulièrement sur certaines valeurs objectives nouvelles, latentes dans le droit positif, afin de les confronter à la volonté.

*** Les valeurs objectives et la volonté.**

16 Les valeurs d'égalité, d'équilibre et de solidarité contractuels semblent émerger tout particulièrement du droit positif et innerver l'ensemble des rapports contractuels. La volonté des contractants, dans ses manifestations et ses effets, est donc nécessairement irriguée par celles-ci.

L'égalité contractuelle transparaît à travers la recherche d'une compensation entre cocontractants ou pré-contractants, précisément en cas d'absence d'égalité entre les parties ou lorsque l'un des cocontractants est investi d'un pouvoir unilatéral. Ainsi, l'égalité contractuelle se découvre-t-elle, dans ses manifestations en droit positif, à travers les devoirs ou obligations d'information, de renseignements (éclairer, rendre « transparent ») qui pèsent sur le contractant dominant et font en sorte de restaurer l'égalité dans le contrat et la connaissance réciproque des parties, indispensable à l'expression des volontés et à l'exécution des obligations consenties.

17 L'équilibre contractuel est, quant à lui, d'une autre nature. Il cherche à agir, non sur la personne des contractants ou pré-contractants, mais sur le contenu du contrat et sur les clauses qui confèrent à l'une des parties un avantage sans contrepartie, n'ayant d'autre justification qu'un rapport de force inégalitaire[28]. En ce sens, il participe grandement à l'idée de justice contractuelle. La volonté du contractant dépendant ne peut tout accepter et celle du contractant en situation de force ne peut tout imposer et doit faire preuve de *« décence»* [29] *.* En découlent les notions de proportionnalité et de justification qui constituent aujourd'hui des valeurs de juste mesure, de raisonnable dans la formation et l'exécution du contrat, en particulier dans l'exercice des prérogatives que le contractant dominant s'est octroyé, qui plus est lorsque celui-ci détient par ailleurs un pouvoir unilatéral reconnu par l'ordre juridique. Le risque existe alors d'une dénaturation du contrat par le pouvoir.

18 Le respect d'un équilibre contractuel peut être renforcé par une exigence, à la fois réciproque et proportionnée, de solidarité contractuelle [30] - terme sans doute plus approprié

[26] V.notamment, J.Ghestin, chr.préc. *« L'utile et le juste dans les contrats »* ; C.Thierbierge-Guelfucci, *«Libres propos sur la transformation du droit des contrats »,* RDT civ. Avril-juin 1997, p 375 *;* L. Cadiet *« Interrogations sur le droit contemporain des contrats »* in le Droit contemporain des contrats, 1987 p 7 et suiv.

[27] Il importe de rappeler ici qu'une importante réforme du droit des contrats est en cours d'oeuvre. V. notamment les observations de J. Ghestin, p 5-32 et celles de X.Lagarde, p74-80, in *« Observations sur le projet de réforme du droit des contrats »*, sous la direction de J. Ghestin, Petites Affiches 12/02/2009, n° 31 (numéro spécial).

[28] F.X Testu, *«Le juge et le contrat d'adhésion»*, JCP 1993 I 3676, spé n° 9.

[29] D. Mazeaud, *« Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? »* in Les Obligations ; Mélanges Terré, éd.Dalloz 1999, p 603.

[30] R. Demogue, *«Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine »,* RTD civ. 1907.246. Y. Picod, *« L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat »*, JCP 1988.I.3318.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

que celui de fraternité contractuelle- et ce, en vue de pérenniser le contrat. Les obligations de loyauté[31], de coopération, de collaboration[32], même si elles sont loin d'imprégner l'ensemble de la réalité contractuelle, se déploient dans le droit des contrats *« grâce aux auteurs et aux juges, en un souci d'altérité et de générosité apte à rendre l'humain vraiment humain »* [33] *.* Ainsi,les exigences de solidarité contractuelle vont-elles se renforçant et se diversifiant (exigence de bonne foi, obligation de renseigner ou de se renseigner, devoir de conseil, obligation d'adaptation, délai de réflexion avant toute décision,…).

Parce que la volonté détient son pouvoir de la loi, elle ne peut s'abstraire ni des limites définies par le droit ni des valeurs objectives qui animent celui-ci. Ces valeurs s'imposent donc à la volonté, en même temps qu'elles imprègnent ses conditions de manifestation et ses effets. Se faisant, elles visent aussi à « moraliser » le lien contractuel.

19 A l'aune de ces quelques observations, une première définition du concept juridique de volonté se dessine. Celui-ci peut s'entendre comme l'aptitude à décider ou agir reconnue par le droit, conformément à certaines valeurs objectives, à toute personne physique, sujet de droit, en vue de produire des effets juridiques. Cette définition devra être affinée et précisée, car la volonté n'est pas seulement complexe, elle présente aussi des formes diverses qu'il convient maintenant d'appréhender.

2. La volonté, un concept polymorphe

20 La volonté s'avère aussi polymorphe parce qu'elle est éminemment subjective et personnelle. Elle est donc mobile, sujette à changements et difficilement saisissable en dehors du sujet qui l'actionne. Il y a donc une part d'impondérabilité et d'incertitude dans la volonté d'un sujet qui ne va pas sans affecter les relations interpersonnelles et sociales.

Or, on l'a vu, le droit ne reconnaît qu'une manifestation objective de la volonté, qui plus est extériorisée, pour être intelligible aux tiers[34]. Ainsi, faut-il *« une volonté tendue vers le droit »* [35] *.* Pour saisir le sens précis de cette acception, tout en négligeant les significations superflues qui pourraient venir s'y enchâsser, on peut se tourner, fort modestement, vers d'autres disciplines susceptibles d'éclairer le processus volontaire.

21 Il est classique, selon une analyse de psychologie comportementale, de soutenir que la volonté se détermine à la suite d'un processus psychique en quatre temps : la conception, la délibération au cours de laquelle sont appréciés les motifs et les mobiles,

[31] Y. Picod, *« Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat »*, thèse LGDJ 1989. V. aussi D. Mazeaud, art. préc. *« Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? »*p 603.

[32] J. Mestre, *« D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration »,* RTD civ. 1986, p 101 et suiv.

[33] A propos de R. Demogue, mentionné par C. Thiebierge-Guelfucci, comme un des précurseurs isolés, d'une certaine aspiration fraternelle, v.art. préc. *«Libres propos sur la transformation du droit des contrats »,* p 384.

[34] Toutefois, selon la conception traditionnelle en France, *« la manifestation extérieure n'a de valeur que par sa conformité au vouloir intime [de son auteur] ».* (J.Carbonnier *« Les obligations »* Droit civil, Tome 4, Les obligations,PUF Thémis 22ème ed.). Cette conception s'oppose à la théorie allemande dite « Erklärungsthéorie », pour laquelle il suffit que la déclaration ait été voulue, peu importe qu'elle reflète ou non le contenu exact de la volonté interne, ou celle dénommée « Willensthéorie » qui reconnaissait la seule valeur de la volonté interne. A.Rieg estimait que ces théories n'avaient pas pénétré le droit positif et que volonté interne et volonté déclarée formaient un tout indissociable (« *Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique, d'après les doctrines allemandes du 19 ème siècle »,* Arch. de philosophie du droit, Sirey 1957 ; *« Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand »*,LGDJ 1961).

[35] J. Carbonnier,op. préc. *« Les obligations »* , p 82.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

la décision qui met fin à la délibération et arrête un choix, l'exécution qui est le passage à l'acte. Ce processus n'est pas dénué d'intérêt pour le droit et on en perçoit de nombreuses influences[36]. Mais il faut se recentrer sur ce que le droit considère comme manifestation « objective » de volonté. Ainsi, en matière contractuelle, s'agira-t-il de la décision et plus spécifiquement, du consentement en tant que passage du vouloir à l'acte juridique.

Parler de volonté ou de consentement est-il alors indifférent ?

a) Consentement et volonté

22 Le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole d'extériorisation de la volonté mais distinct de cette dernière[37]. Il ne peut porter que sur le possible, c'est à dire une volonté tendue vers le droit pour former un contrat. Le consentement fait figure ainsi d'un objet que l'on donne et qui circule, tandis qu'on conserve toujours et par principe sa volonté, ne serait-ce que pour qu'elle produise d'autres consentements. Le contrat résulte de cette dialectique entre le subjectif de la volonté et l'objectif du consentement.

La différenciation entre volonté et consentement, que l'on ne retrouve pas généralement en droit civil, mérite cependant d'être ici retenue. La volonté est assimilée à la liberté de décider et d'agir, même si celle-ci n'est pas absolue, alors que le consentement exprime la soumission à l'autre. Consentir, c'est accepter, c'est dire oui à l'autre[38]. C'est *« faire sien »* ce qui par définition, ne dépend pas de soi. C'est être à l'unisson de l'autre, « *cum sentire* ».

23 Il convient cependant de nuancer ces propos car la volonté, on le sait, n'est pas totalement ce pouvoir libre et infini. Elle est aussi soumise à de nombreuses contraintes juridiques et sociales mais aussi physiologiques, psychologiques, morales, quand elle n'échappe pas complètement à son opérateur. A cet égard, la psychanalyse a largement démontré qu'il n'est pas possible d'envisager la question du sujet pensant, exclusivement sur le mode du « cogito cartésien », et qu'il convient de prendre en compte des processus inconscients. Il y a quelque chose, « çà », qui pense et agit en notre nom. De nombreux travaux et expériences neuropsychologiques[39], confirment que des processus non intentionnels ou plutôt non volitionnels, conditionnent l'activité revendiquée comme volontaire. L'homme ne se contient pas. Retenons surtout de ces analyses[40] que l'homme n'est pas pleinement libre de vouloir, mais qu'il est surtout libre de refuser, parce que le droit de veto requiert un effort mental spécifique.

[36] Ce processus est, en effet, pertinent lors de l'examen des mobiles en droit pénal, de la recherche de l'intentionnalité en matière de responsabilité, mais aussi en matière contractuelle. Ainsi, la nécessité d'une volonté contractuelle « éclairée », qui impose une délibération préalable, est-elle prise en compte au travers de l'obligation d'information et l'octroi de délais de réflexion. De même, la recherche de la volonté réelle pour son interprétation n'est pas indifférente à ce processus descriptif de l'acte volontaire.

[37] M-A Frison-Roche, *« Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats »,* RTD civ., juillet - sept 1995 , p 573 et suiv.

[38] A. Comte-Sponville, *« Dictionnaire philosophique* » préc.

[39] Travaux et expériences dont nous ne pouvons pas relater le détail dans le cadre de cette recherche. Pour mémoire, citons notamment J-F Lambert, *« Qui est ce je qui parle en moi ? De la Physique à la psychanalyse : l'inconscient revisité par les neurosciences »,* Conférence APM, Lyon juin 2000. G. Lafargue et A.Sirigu, *« La volonté d'agir est-elle libre ? »*Article Neurobiologie,Cerveau et psychologie n°6

[40] Ces analyses démontrent notamment que la prise de conscience de l'intention d'agir est précédée par un événement cérébral caractéristique de l'intention. A priori, ceci suggère que la décision finale d'accomplir une action est inconsciente. Les neurobiologistes s'interrogent alors : un acte volontaire est-il amorcé sans le consentement de la conscience ? Un tel acte n'est-il donc pas libre ? Dès lors, il est particulièrement difficile de déclarer si une personne est, ou non, responsable de ses actes.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Ce détour n'est pas simple digression, car il explique en partie le choix de maintenir le terme de concept de « volonté » dans le cadre de cette recherche.

b) La justification du choix du concept de volonté

24 Plus étendue que son homologue, le consentement, la volonté contient en elle-même, la force de refus, du « non », de l'opposition à la volonté de l'autre. Or, le rapport d'emploi, comme nous le verrons, est fondamentalement traversé par les idées de soumission et de hiérarchie. Le salarié est non seulement débiteur de son cocontractant, mais il est juridiquement son « subordonné » et doit se soumettre au pouvoir que l'ordre juridique reconnaît à l'employeur. A cette subordination juridique, il faut sans conteste adjoindre la dépendance économique.

En conséquence, l'étude menée ne doit pas se limiter à analyser le consentement, l'acceptation du salarié, ce qui en réduirait inévitablement la portée. Il convient d' aller plus loin dans la recherche de la volonté, en tant que faculté de choix du salarié et en particulier, capacité de refus et d'opposition. C'est à l'aune de ce pouvoir de résister du salarié, face à son cocontractant mais aussi à ce détenteur de pouvoir qu'est l'employeur, que l'on pourra mesurer le rôle éventuellement grandissant de la volonté du salarié dans le rapport d'emploi.

25 Comme nous l'avions pressenti, ces observations conduisent donc à parfaire la perception du concept juridique de volonté, en y ajoutant la notion de choix, gage de liberté, c'est à dire la faculté d'acceptation ou de refus. Aussi, peut-on retenir désormais la définition suivante de la volonté, comme l'aptitude à décider ou agir, **accepter ou refuser** [41] **,** reconnue par le droit, conformément à certaines valeurs objectives, à toute personne physique, sujet de droit, en vue de produire des effets juridiques. C'est à travers les éléments de cette définition que nous scruterons les manifestations possibles de volonté du salarié.

Si le sens du concept de volonté n'est pas aisé à appréhender, la recherche rencontre très vite une seconde difficulté, non des moindres, qui tient essentiellement à la qualité de salarié.Existerait-il une volonté spécifique au salarié ?

B. La spécificité de la volonté du salarié

26 Peut-il y avoir une différence de nature entre la volonté d'un sujet de droit et celle d'un salarié ? En valeur absolue et en dignité, force est de reconnaître qu'il n'existe aucune différence. Le salarié, en tant qu'être humain doté de la personnalité juridique, est un sujet de droit apte à exercer les droits dont il est titulaire et à manifester sa volonté. Il n'y aurait donc pas lieu de retenir une définition de la volonté qui lui serait singulière.

Pourtant, il existe bien une différence, non de nature mais d'attributs, qui repose précisément sur la qualité de salarié. Aussi, convient-il de s'arrêter sur les conditions qui président à l'attribution d'une telle qualité (1) comme sur les conséquences qui en découlent. (2)

1. La qualité de salarié

27 On observera, tout d'abord, qu'il est malaisé de donner une définition du salarié. Alors qu'aucune disposition légale ne s'y emploie, la jurisprudence rattache la qualité de salarié à l'existence d'un lien juridique de subordination.

[41] Soulignés par nous.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Préférée à celle de dépendance économique, la notion de lien juridique de subordination s'est affirmée et maintenue dans notre droit. Il y a près de quatre-vingt ans déjà, la Cour de Cassation affirmait que *« La qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie »* [42]. Onpeut, à l'instar du professeur A. Jeammaud,[43] en souligner les limites, dès lors que ce lien semble difficile à caractériser dans nombre de situations[44]et que l'organisation productive multiplie les situations de dépendance d'entrepreneurs à l'égard de sociétés ou de groupes plus puissants. Toujours est-il, que depuis un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de Cassation en date du 13 novembre 1996, le lien de subordination se caractérise par *« l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner l'inexécution »* [45].

28 Les notions de salarié et de lien juridique de subordination apparaissent ainsi comme inséparables.Aussi, la volonté, l'autonomie d'action de la personne physique sujet de droit qu'est le salarié, devrait s'en trouver affectée sinon amoindrie. En outre, le pouvoir reconnu par l'ordre juridique à l'employeur engendre nécessairement une soumission de la volonté du salarié qui le subit.

La question majeure qui se pose est donc de savoir comment mesurer la volonté d'une personne physique, le salarié, dont la caractéristique déterminante réside dans un lien juridique de subordination, construit autour d'un rapport de dépendance à autrui, l'employeur ?

a) La volonté et le lien juridique de subordination

29 Dans le cadre du travail subordonné, le conducteur de la volonté n'apparaît pas être le salarié mais l'employeur. Il faut donc appréhender le mécanisme juridique qui sous-tend cette subordination et s'attacher plus particulièrement à l'acte juridique générateur du rapport d'emploi liant tout salarié à son employeur, le contrat de travail.

Fortlogiquement, la définition du contrat de travail construite par la jurisprudence et mise en relief par les auteurs, s'appuie essentiellement mais non exclusivement sur le lien de subordination. On peut ainsi retenir que le contrat de travail est une « *convention par laquelle, une personne physique, le salarié, met son activité au service (à la disposition) d'une autre personne, l'employeur, sous l'autorité de laquelle elle se place, moyennant le versement d'une rémunération »* [46]. Ainsi, la qualification de contrat de travail suppose la réunion de trois éléments : une prestation de travail effectuée par le salarié, une

[42] Cass.Soc. 06/07/1931, DP 1931.1.121, note P.Pic.

[43] A. Jeammaud, *« Le contrat de travail, une puissance moyenne »* , Analyse juridique et valeurs en droit social , in Etudes offertes à Jean Pélissier. éd. Dalloz 2004, p 299 et suiv.

[44] A tel point que certaines catégories de professionnels ont bénéficié d'une intervention du législateur les intégrant d'office dans le salariat, notamment dans des situations où la subordination était susceptible d'être diluée (concierges, travailleurs à domicile,…). D'autres catégories de personnel qualifiées pourtant de « salariés » par la loi (journalistes, artistes de spectacles) posent cependant des difficultés dans l'appréciation du lien de subordination. Enfin, même en l'absence de présomption légale de salariat, il n'en demeure pas moins vrai que certaines fonctions, de par leur nature (médecins, ecclésiastiques, mandataires sociaux cumulant un contrat de travail,…), rendent particulièrement délicate la confrontation au lien de subordination.

[45] Cass.Soc. 16/01/2002, RJS 2002 n° 253 ; Cass.Soc. 15/01/1997, TPS 1997,comm.72, obs.P-Y Verkindt . Cass.Soc. 13/11/1996, Dr. Soc. 1996 p 1067 note J-J Dupeyroux.

[46] A.Jeammaud, M.Le Friant, A.Lyon-Caen, *« L'ordonnancement des relations du travail »,* D.1988, chr.p 361.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

rémunération versée en contrepartie par l'employeur et un lien de subordination[47]. Pour autant, la subordination constitue bien le critère principal qui permet de distinguer le contrat de travail des autres contrats[48].

30 Comme le souligne le professeur P.Lokiec, la subordination s'entend plus comme une opération de qualification des faits bien davantage que comme une opération d'interprétation du contrat[49]. Les conditions d'accomplissement effectif du travail *« sous l'autorité de l'employeur »* qui a le pouvoir de donner des ordres et directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner l'inexécution, donnent corps à l'identification de la subordination et, partant, au contrat de travail.

31 D'ailleurs, la Cour de Cassation rappelle régulièrement que « l'existence d'une relation de travail salarié dépend des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs, et ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénominationqu'elles ont donnée à leur convention »[50]. La volonté des parties au contrat est donc impuissante à faire échapper à la qualification de contrat de travail telle qu'elle résulte des conditions d'exécution du travail. Le régime juridique applicable à la catégorie contrat de travail, en l'occurrence une réglementation d'ordre public, justifie une telle intransigeance.

32 Même si la subordination n'aspire pas à une réification du salarié[51] ni à la création d'un droit de l'employeur sur le corps du salarié[52], mais prétend caractériser les conditions d'exécution d'une prestation de travail salariée, elle n'en constitue pas moins une restriction normative à la volonté du salarié.Le contrat de travail n'est-il pas réputé instrument d'assujettissement du salarié plus que d'engagement [53] ? A telle enseigne que l'ordre

[47] La subordination s'appréciant, selon les données objectives au regard des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité du travailleur. V. notamment l'analyse de P. Lokiec («*Contrat et pouvoir- Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels»,* Thèse 2002 Nanterre).

[48] Cette affirmation est valide, quelle que soit la position adoptée, par ailleurs, dans le débat qui converge autour de l'objet du contrat de travail. Mise à disposition du corps du salarié ou de sa personne (notamment P.Verge-G.Vallée, *« Essai sur la spécificité du droit du travail »*, ed.Y.Blaise inc. Le Droit Aussi 1997 ; G.Poulain, *« Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travail »*, Dr.Soc. 1981 p 754 et suiv ; J-J Dupeyroux, *« Quelques questions »,* Dr. Soc. 1990 p 9 et suiv.), location ou louage de la « force de travail » du salarié par l'employeur (notamment T.Revet, *« La force de travail »*,Thèse Montpellier 1991,Litec 1992 ; *« L'objet du contrat de travail »,* Dr. Soc. 1992 p 859 et suiv. ;M.Fabre-Magnan, *« Le contrat de travail défini par son objet »* in Le travail en perspectives sous la direction de A.Supiot LGDJ 1998 p 101 et suiv. ; A.Supiot, *« Critique du droit du travail »*, PUH 1994), la subordination juridique s'impose comme une nécessité quasi mécanique, comme une certaine emprise sur le corps et la volonté du salarié, certes librement consentie mais une condition requise pour répondre à l'objet du contrat de travail, ce nonobstant la reconnaissance du pouvoir de l'employeur. Elle n'en est pas moins un critère de qualification du contrat de travail permettant une opération de classification et de détermination du régime juridique de l'acte.

[49] Les stipulations contractuelles, même si elles concourent à la qualification, ne sont pas déterminantes en elles-mêmes, puisque le contrat de travail n'a pas à être nécessairement écrit pour exister (V.notamment Cass.soc. 15/02/2006 JCP/La sem. Jur. n°13 28/03/2006).

[50] Cass.soc. 19/12/2000, Liais. Soc. 15/01/01, jp n° 699 , Dr. Soc. 2001 p 227, obs. A. Jeammaud. Cass.Soc.09/05/2001, Dr. Soc. 2001p 798, obs. J.Savatier. Cass.Soc.17/04/1991, Dr. Soc. 1991p 516. Cass. Soc. Ass.Plé. 04/03/1983, D.1984 I R p 164, note J-M Béraud.

[51] Même s'il peut exister un risque pour le corps du salarié (les risques dits professionnels) .

[52] E.Dockès, *« La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail »,* Dr. Soc.1997 p 140 et suiv.

[53] A. Supiot, *« Pourquoi un droit du travail ? »,* Dr. Soc. 1990, p 487. V. aussi du même auteur , *« Le juge et le droit du travail »,* Thèse Bordeaux 1979, notamment p 115, 127. *« Le juge et le droit du travail. Compte-rendu d'une recherche »,* Dr.Soc. 1980, p 61-62.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

juridique a compensé cette faiblesse par un « statut » social prédéterminé visant à introduire une égalité concrète. Le contrat de travail présente donc une double nature, à la fois véritable contrat et acte-condition. De cette double nature, le rapport d'emploi tire une double dimension, contractuelle et « institutionnelle »[54].

33 L'originalité du rôle de la volonté du salarié, tient précisément à la double nature de ce rapport d'emploi. Or, la frontière entre les dimensions contractuelle et institutionnelle est particulièrement délicate à déterminer, quand on s'interroge sur la place de la volonté individuelle du salarié dans le rapport d'emploi. En effet, si cette volonté, à l'unisson de celle de l'employeur, est indispensable à la formation du contrat de travail, le salarié consent, dans un même élan, à l'instauration normative d'un lien de subordination envers son cocontractant, l'employeur. Il est placé, simultanément, dans une situation d'assujetti au pouvoir patronal, du seul fait de son consentement au contrat de travail ; en effet, le salarié se trouve sous l'autorité de l'employeur, lequel dispose de prérogatives reconnues par l'ordre juridique. La volonté du détenteur du pouvoir prime ainsi sur celle de l'assujetti.

b) Volonté et rapport de pouvoir

34 Le pouvoir de l'employeur présente une double physionomie. Il est, d'abord et avant tout, pouvoir juridique : l'employeur dispose d'un ensemble de prérogatives reconnues et soutenues par la force du droit, ce qui lui permet notamment de produire des actes juridiques s'imposant au salarié. Mais le pouvoir patronal est aussi un pouvoir de fait, en raison de la position dominante de l'employeur dans la relation de travail et des moyens économiques et financiers qu'il détient [55]. Cette double physionomie du pouvoir a forcément un impact sur les manifestations volontaires du salarié.

35 C'est donc un rapport inégalitaire et hiérarchique qui s'instaure entre le salarié et l'employeur. Le pouvoir génère nécessairement une contrainte sur celui qui le subit. Il impose, corrélativement, un retrait de la volonté de l'assujetti et une réduction de son espace d'exercice. Ce constat est ici aggravé par une asymétrie économique des protagonistes sur le marché du travail. Dès lors, pèse sur la volonté du salarié de sérieux doutes quant à sa liberté, son intégrité et son espace d'expression, ou à tout le moins, une suspicion légitime à l'égard du contractant dominant, l'employeur.

Aussi, l'objectif majeur de la législation du travail a-t-il été d'assurer la protection du salarié, partie la plus faible, contre les abus possibles du pouvoir.

2. La législation protectrice du salarié

36 En raison de cette configuration inégalitaire, le droit du travail s'est construit en réaction totale à la volonté individuelle du salarié, autour d'un régime de protection impératif.L'essor d'une réglementation d'ordre public a permis d'encadrer les termes de l'échange contractuel et, partant, « de soutenir » la volonté du salarié considérée comme « fictive » ou, à tout le moins, dominée par la subordination envers l'employeur. Les limites juridiques posées au pouvoir de l'employeur et l'instauration de contre-pouvoirs institutionnels ont aussi contribué à un rééquilibrage du rapport d'emploi. Sont ainsi apparues de nouvelles formes de protection collectives (syndicats, représentation du personnel, négociation collective) ou des notions juridiques nouvelles (représentativité, intérêt collectif). Ce faisant, le droit

[54] *« Sans que ce choix terminologique vaille adhésion à la doctrine institutionnelle de l'entreprise »* selon A. Jeammaud, *« Les polyvalences du contrat de travail »* in Etudes offertes à G. Lyon –Caen, Les transformations du droit du travail, ed. Dalloz 1989, p 301.

[55] Sur cette distinction, voir notamment E. *Dockès « Le pouvoir dans les rapports de travail »*, Dr. Soc. 2004 p 620 et suiv. et *« Huit notions fondamentales : le pouvoir »,* in Valeurs de la Démocratie, ed.Dalloz 2005, p 63 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

du travail a accordé progressivement une place de choix à la réglementation par voie conventionnelle et collective du rapport de travail, au détriment de la volonté et du contrat individuels.

D'emblée, la volonté individuelle du salarié apparaît donc enfermée dans un creuset normatif peu propice à son expansion.

37 Est-il alors illusoire, voire serait-ce faire preuve d'un manque évident de pertinence, que de s'attacher à mettre en lumière la place que le droit du travail ménage à la volonté du salarié ? A bien y regarder, cette recherche, loin d'être improbable, révèle des champs d'investigation originaux. Car, en dépit des défiances classiques du droit positif, la volonté du salarié, en tant qu'aptitude juridique à décider ou agir, accepter ou refuser, n'est pas une figure absente des relations du travail.

La finalité ultime de l'étude se dessine ainsi en filigrane. Celle-ci se propose d'identifier, au-delà d'une reconnaissance toujours admise dans son principe, un « affermissement» de la place et du rôle de la volonté du salarié en droit positif. Le terme « affermissement », ici employé, renvoie à l'idée selon laquelle les évolutions du droit du travail, du moins certaines d'entre elles, offrent une prise en compte plus ferme de la volonté du salarié. Pour être modéré puisqu'il n'exclut ni des bornes, ni des arbitrages ou des tempéraments, cet affermissement n'en apparaît pas moins remarquable. Quelles sont ses formes, ses limites et quelles perspectives laisse-t-il entrevoir ? Tenter de répondre à ces questions suppose de procéder à une véritable mesure de la volonté du salarié.

II – La mesure de la volonté du salarié

38 Deux voies d'investigation pouvaient être empruntées. La première consistait à déployer l'analyse à partir des principales manifestations de volonté du salarié, le consentement et le refus, le risque étant alors de se cantonner à la volonté contractuelle et de ne pas investir l'ensemble des formes d'expression volontaire du salarié. La seconde voie autorisait une analyse plus systématique qui traquerait, dans toutes leurs diversités, les figures volontaires du salarié dans le rapport de travail.

Bien que cette dernière approche, ne soit pas non plus exempte de risques, en particulier celui d'une certaine austérité, au moins en apparence, elle est apparue plus opportune, au regard des objectifs d'exhaustivité et de clarté poursuivis. Le choix opéré amène ainsi à apprécier la volonté du salarié au regard successivement de la dimension contractuelle et de la relation de pouvoir, contenues dans le rapport d'emploi, sans oublier de saisir le salarié en tant que membre de la collectivité du personnel.

39 Chercher à identifier des changements requiert nécessairement une claire perception de la configuration de l'objet de cette transformation. Dès lors, rien de surprenant à ce que la démarche s'appuie sur une analyse descriptive du droit positif, tout en cherchant à dégager et évaluer les différents courants ou évolutions susceptibles de participer au renforcement de la volonté du salarié. Corrélativement, une telle approche permet de mettre en exergue les freins qui subsistent à l'expression de la volonté du salarié. Elle prétend participer également à une meilleure appréhension de cette branche du droit qu'est le droit du travail et contribuer, autant que faire ce peut, à tracer quelques perspectives.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

40 Parce que volonté et acte juridique entretiennent, par définition, un lien privilégié, l'étude de la volonté du salarié exige d'être conduite tout d'abord sur le terrain du contrat de travail **(Première Partie).**

Cette investigation apparaît d'autant plus nécessaire qu'on assiste, depuis quelques années, à ce qui est convenu d'appeler, le *« renouveau »* du contrat de travail, phénomène allant de pair avec la réactivation jurisprudentielle de la force obligatoire du contrat, sur le fondement de l'article 1134 du code civil. Ces deux orientations complémentaires mais distinctes donnent-elles naissance à de nouveaux et véritables espaces d'exercice de la volonté du salarié cocontractant ? L'affermissement de celle-ci, qui n'est sans doute donc pas dénué d'ambiguïté, ne se heurte-t-il pas à des résistances inattendues ?

41 Ces questions s'imposent d'autant plus que la volonté du salarié ne saurait être uniquement saisie au travers du contrat. Elle exige également d'être confrontée au pouvoir de l'employeur **(Seconde Partie).**

Sur ce terrain marqué par la soumission de l'assujetti au pouvoir, il importe aussi de rendre compte de certaines évolutions. Les unes touchent directement, ou par ricochet, le pouvoir del'employeur dont on pronostique, sinon l'intensification[56], du moins les métamorphoses[57]. Les autres empruntent des voies et moyens favorisant la progression de l'expression de la volonté du salarié sur le terrain même du pouvoir, ou encore comme membre de la collectivité du personnel.

On l'aura compris, cerner la place et le rôle de la volonté du salarié dans le rapport de travail pourrait s'avérer d'autant plus fécond aujourd'hui que, parmi les transformations qui affectent le droit du travail, la redistribution des rôles respectifs du contrat et du pouvoir tient une place majeure[58]. Cette redistribution n'est pas dénuée d'incidences sur la manière de saisir la volonté du salarié.

42 Mais d'autres enjeux ne pourront pas manquer de surgir au fil de cette recherche. Car le cheminement conduira inévitablement à s'interroger sur les causes et les finalités d'une mise en avant de la volonté individuelle dans le rapport de travail. Cherche-t-on véritablement à sortir le salarié de son état classique de « tutelle » en lui donnant les moyens d'acquérir une réelle autonomie qui le placerait alors dans une position plus égalitaire face au pouvoir de l'employeur ? S'agit-il d'un mouvement plus large de valorisation de la volonté du salarié, en tant que celui-ci serait le plus apte à connaître et définir ses intérêts et le mieux placé pour les défendre ? L'affermissement de la volonté individuelle du salarié aurait ainsi un impact sur les places respectives de la législation d'ordre public et des normes collectives. On entrevoit que ces interrogations touchent non seulement à la configuration du rapport d'emploi tel qu'envisagé jusqu'à maintenant, mais aux fondements même du droit du travail.

Première Partie : La volonté du salarié dans le contrat de travail

Seconde Partie : La volonté du salarié confrontée au pouvoir de l'employeur

[56] E.Dockès, art. préc.*« Le pouvoir dans les rapports de travail*», p 620 et suiv.

[57] A. Supiot, *« Homo Juridicus- Essai sur la fonction antropologique du droit »*, Seuil 2005 p 255 et suiv.

[58] V. notamment sur ce point : J-M Béraud, *«Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail »*, Dr. Ouv. 1997 p 529 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Première partie La volonté du salarie dans le contrat de travail

43 Mesurer la volonté du salarié dans la dimension contractuelle du rapport d'emploi suppose d'évaluer son degré de prise en compte, à l'aune de l'acte juridique qui en est la source : le contrat de travail. Pour ce faire, l'étude s'étendra de la formation à l'extinction du contrat de travail. En effet, le temps où se place l'examen de la volonté du salarié apparaît déterminant du degré de liberté ou de protection et, corrélativement, du niveau de défiance ou de faveur que l'ordre juridique lui accorde. Le choix d'une telle approche s'est imposé avec plus d'acuité encore face au contrat de travail dont la nature duale, à la fois authentique contrat et acte-condition, affecte la puissance et l'étendue de la volonté du salarié.

44 Le contrat de travail est un contrat civil qui est soumis en tant que tel aux règles du droit commun [59]des contrats et des obligations, où la volonté conserve un rôle majeur, selon le cadre défini par la loi et les principes qui la sous-tendent. Mais cette appropriation ne va pas sans adaptation. En effet, dans le contrat de travail, la volonté individuelle du salarié consent à s'engager dans un lien contractuel porteur d'obligations voulues, de droits et obligations greffés par l'ordre juridique. Dans le même temps, le salarié accepte de se placer sous « l'autorité » de l'employeur et d'être soumis aux pouvoirs qui sont reconnus à ce dernier. Partie au contrat économiquement la plus faible, le salarié est dans un lien juridique de subordination, une relation de dépendance qui rendent plus complexe la figure du contrat de travail et plus difficile à cerner le rôle effectif de la volonté du salarié. Dans ces conditions, les mécanismes propres au droit commun des contrats vont fort logiquement être adaptés.

Les illustrations et évolutions aujourd'hui observables semblent procéder d'un schéma dialectique qui, sous certains aspects, tient pour réduits le rôle et la place de la volonté contractuelle du salarié mais, sous d'autres, paraît en prôner l'affermissement.

Mais la volonté contractuelle du salarié est surtout variable selon le temps de samanifestation. De sorte que l'étude a été construite à partir des trois temps majeurs de la vie du contrat : la formation, l'exécution et la résiliation. Une telle démarche s'est imposée à la fois pour répondre à un souci de clarté de l'exposé et mettre en relief les différents aspects de la volonté du salarié dans le rapport contractuel de travail.

45 Lors de la formation du contrat de travail, la volonté du salarié reste circonscrite à l'intérieur des bornes que le droit pose au contrat individuel, en particulier des règles issues de la législation d'ordre public ou des normes collectives. La volonté du salarié apparaît ainsi comme minorée lors de la formation du contrat de travail (Titre I), même si des espaces sont laissés disponibles à son expression.

Elle semble davantage déployée en cours d'exécution du contrat de travail,grâce notamment à la réactivation ou la redécouverte jurisprudentielle de la force obligatoire du contrat. Mettre en perspective les effets et les enjeux, souvent empreints d'ambiguïté, qui traversent ce nouvel espace d'exercice de la volonté du salarié, n'est pas aisé. Car, si la volonté affermie du salarié en cours d'exécution du contrat de travail (Titre II) introduit plus

[59] Art. L.1221-1 du code du travail (ancien art. L. 121-1).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de liberté dans la gestion des effets du contrat, cette propension appelle corrélativement une intervention plus marquée du juge ou du législateur.

Le constat d'un certain renforcement de la volonté du salarié en cours d'exécution du contrat de travail ouvre la voie à une dernière interrogation sur le rôle de la volonté dans la rupture du contrat[60].Doit être examinée plus particulièrement la place aujourd'hui accordée aux ruptures du contrat de travail à l'initiative du salarié, lesquelles sont significatives d'un acte volontaire fort de sa part. Cette reconnaissance est mêlée toutefois d'une certaine défiance. Ainsi, la volonté du salarié lors de la rupture du contrat apparaît-elle encore sous tutelle du droit et demeure-t-elle protégée (Titre III).

Titre I Une volonté « minorée » lors de la formation du contrat

46 Sujet de droit, le salarié est apte à négocier et à s'engager en tant que contractant. Pèse toutefois ici une suspicion légitime en raison non seulement de l'inégalité initiale des parties au contrat de travail, mais aussi de la subordination qui en résulte et imprègne le rapport d'emploi. Ainsi, le futur salarié, en position de dépendance, subit généralement plus qu'il n'initie une volonté contractuelle face au pouvoir d'embauche de l'employeur.De plus,il suffit qu'il consente à la formation du contrat, sans qu'il soit nécessaire qu'il en ait effectivement négocié son contenu lequel est, par ailleurs, fortement pénétré par le « statut »légal et conventionnel du travail salarié qui échappe à sa volonté. En effet, la prédominance de la législation d'ordre public et des normes collectives est censée assurer le jeu de la compensation de l'inégalité intrinsèque au lien contractuel de travail. Ainsi d'emblée, le domaine d'exercice de la volonté du salarié apparaît-il réduit (Chapitre 1).

47 Cet impératif de protection et de compensation de la volonté du salarié lors de la formation du contrat de travail imprègne aussi le régime du consentement du salarié. Ilaffecte aussi bien les conditions de forme que de fonds du consentement du salarié, sa qualité ou son intégrité. Ce régime protecteur est conçu à la mesure de la suspicion du droit positif quant à la faculté pour le salarié d'émettre un consentement libre et éclairé, en raison de sa situation de dépendance à l'égard de son cocontractant. Ainsi, l'adaptation du régime des vices du consentement, l'essor d'un formalisme équipollent à une manifestation expresse de volonté, apparaissent-ils des indices de la singularité du régime du consentement du salarié (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La réduction du domaine d'exercice de la volonté du salarie

48 L'exigence d'une manifestation initiale de volonté est indispensable à la formation du contrat, mais ne peut s'abstraire du respect des limites et conditions posées par le droit. La volonté des personnes, sujets de droit, est donc dépendante des normes générales supérieures qui s'imposent à elle. Le droit habilite des conduites individuelles, conformes aux règles prescrites par lui, en matière contractuelle.

[60] Plus spécifiquement, il s'agira des situations de rupture où la volonté du salarié peut se manifester : transaction suite à une rupture du contrat, résiliation conventionnelle et démission .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Or, le particularisme du droit du travail est d'avoir conçu un maillage normatif d'une telle densité qu'il encercle volonté et contrat de travail individuels. Ainsi, la volonté individuelle subit-elle une contrainte juridique et sociale, un encadrement normatif. (Section1.)

49 Cependant, en dépit des bornes qui régulent sa manifestation, la volonté du salarié trouve à s'exprimer. En premier lieu, classiquement, dans un espace déterminé, au-delà de la norme objective générale, dans un sens plus favorable ; ensuite, dans le champ proprement contractuel du rapport d'emploi. Ce dernier offre-t-il au salarié un véritable espace de stipulations ? Dans l'affirmative, est-il plus étendu aujourd'hui que naguère ? Répondre à ces questions supposera de mesurer les effets et les limites de ce que l'on vise sous la terminologie de *« renouveau »* ou de *« réhabilitation »* du contrat de travail, dont la diversité des aspects n'engendre pas forcément les mêmes conséquences au regard de la volonté du salarié, mais lui préserve un certain espace d'expression. (Section 2)

Section 1 : L'encadrement normatif

50 Le consentement, c'est la volonté de chacune des parties de se lier envers l'autre en vertu d'un contrat[61].Il n'y a donc pas de contrat de travail sans le consentement du salarié. En ce sens, le contrat de travail ne se distingue pas du contrat de droit de commun, la volonté du salarié doit s'accorder à celle de l'employeur.

Or, échappe au consentement du salarié et plus largement à la volonté des contractants, lors de la formation du contrat de travail, tout un ensemble de règles ordonnant les relations de travail, préexistantes, qui se suffisent à elles-mêmes et s'imposent à tous. Quelle que soit la position adoptée sur le caractère d'acte-condition du contrat de travail[62], il faut reconnaître que sa conclusion déclenche la mise en œuvre d'un régime légal et conventionnel qui écarte pour l'essentiel la volonté des parties. Certes, le volume du corpus normatif n'est pas, en soi, un frein absolu à l'expression de la volonté. Mais, dès lors que les règles sont, pour la plupart, plus qu'impératives, mais d'ordre public[63], il en va différemment. Elles deviennent de nature à contrôler et encadrer le contrat. Et si l'ordre public limite le contrat, il évince aussi la volonté individuelle.

51 Cette éviction touche ainsi une des composantes de la volonté juridique, la liberté contractuelle, et plus spécifiquement laliberté de déterminer le contenu du contrat, réduisant corrélativement l'espace d'action et de choix du salarié, comme de l'employeur, acteur de pouvoir. Au jeu des contraintes, se juxtapose la création d'exigences ou d'obligations nouvelles qui n'ont pas été stipulées, voire parfois, même pas envisagées par les cocontractants au moment de la formation du contrat de travail. Il en résulte que consentement et contrat de travail individuels font l'objet d'un encadrement normatif dont les bornes sont dressées, sous le double signe de la contrainte et de la protection de la loi (§1).

52 Au surplus, le droit du travail a réservé une place prépondérante à la norme collective dans l'ordonnancement des relations de travail. Dès lors que l'acte collectif est produit dans les conditions fixées par la loi, il est doté d'un effet impératif et automatique. De telle sorte

[61] C. Larroumet, *« Les obligations. Le contrat »,* Droit civil Tome 3, Ed. Economica 2007, 6ème éd, p 205.

[62] [62] De la conception stricte conçue par G.Scelle (« *Le droit ouvrier* »,2ème ed., A.Colin 1929) à la conception plus nuancée de P.Durand (*Traité du droit du travail*, avec le concours de R.Jaussaud et A.Vitu, Tomes I et II, D. 1947), l'analyse du contrat de travail en tant qu'acte-condition a été largement renouvelée, notamment par l'approche du dualisme structurel du contrat de travail du professeur A. Jeammaud (V. en particulier *«Les polyvalences du contrat de travail»* in Etudes offertes à G.Lyon-Caen, Les transformations du droit du travail , Dalloz 1989, p 299 et suiv).

[63] F.Gaudu, *« L'ordre public en droit du travail»,* in Etudes offertes à J.Ghestin. LGDJ 2001, p 363.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

que la volonté des parties au contrat de travail devient indifférente. Ces effets se justifient d'autant plus fermement que la négociation collective s'inscrit, à l'origine, dans une logique acquisitive, visant à enrichir ou améliorer le dispositif légal, tout en préservant la faculté d'une dérogation contractuelleindividuelle en faveur du salarié.Ainsi, l'encadrement normatif de la volonté du salarié se révèle –t-il aussi par le biais de la protection et de la fonction acquisitive classique de la norme collective (§2).

§ 1 Contrainte et protection de la loi

53 Pour qu'il y ait contrat, il faut consentir, accepter, dire « oui » à l'autre. Il faut une rencontre des volontés qui n'est réalisable que si les parties en présence sont « à l'unisson». Cette osmose des volontés contractuelles suppose une égalité réciproque et immédiate entre les parties, mais aussi la faculté pour chacune d'entre elles de s'engager librement dans le lien contractuel.

Il est fait état de ce que l'on nomme classiquement la liberté contractuelle, laquelle recouvre plusieurs composantes : la liberté de contracter ou non, la liberté de choisir son cocontractant, la liberté de déterminer le contenu du contrat. Cette liberté se nourrit, dans ses différentes manifestations, de la puissance de la volonté individuelle, du vouloir comme source de lien d'obligation. Vouloir être obligé et n'être obligé que parce qu'on le veut. On y retrouve encore vives les traces de la théorie de l'autonomie de la volonté [64].Toutefois, si la liberté contractuelle[65] permet aux individus de construire librement leurs accords, leurs conventions doivent néanmoins être *« légalement formées »* [66] et ne pas déroger *« aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »* [67] .

L'ordre public apparaît comme la *« barrière générale à l' autonomie de la volonté»* [68] et n'exclut pas de limiter, en tant que telle, la liberté contractuelle des parties. Le produit du libre accord de volontés que constitue le contrat, doit donc nécessairement *« respecter*

[64] Supra introduction générale.

[65] Sur la position du Conseil Constitutionnel concernant la liberté contractuelle : v.DC n°2000-437 du 19/12/2000, RTD civ. 2001, p 229, note N.Molfessis. V.aussi dernièrement DC n° 2008-568 du 07/08/08 sur la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail *« Le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit pas justifiée par un motif général suffisant pour méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, ainsi que s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du 8 ème alinéa du Préambule de 1946 ».* Précédemment, après une période où le Conseil Constitutionnel considérait qu'aucune norme constitutionnelle ne garantissait le principe de liberté contractuelle (v. DC.03/08/94, JCP 1995, II, 22404, note Brouselle), il avait ensuite apporté un tempérament en considérant que le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions en cours légalement conclues, des atteintes d'une gravité propre à méconnaître manifestement l'art 4 de la Déclaration de l'homme et du citoyen de 1789 - qui sert d'ailleurs de fondement à la protection constitutionnelle de la liberté d'entreprendre (DC n°98-401 , RTD civ . 1998, p 796, note N.Molfessis, loi sur les 35 heures).

[66] V. art.1134 alinéa 1 du code civil. Dans cette barrière légale, on rencontre bien évidemment la loi, mais aussi une large réglementation (décrets, arrêtés, circulaires,…), la Constitution fournissant principes directeurs et fondateurs progressivement distingués par le Conseil constitutionnel ou le Conseil d'Etat, sans oublier l'œuvre de la jurisprudence dont résulte une part du droit positif, mais aussi les conventions internationales de l'Organisation internationale du travail et du Conseil de l'Europe, le droit européen dont l'action normative est en pleine expansion,…

[67] V. art. 6 du code civil.

[68] Ph.Malaurie, *« L'ordre public et le contrat »,* ed. Matot-Braine, 1953.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

les valeurs essentielles qu'a en charge la société » [69], de sorte que l'ordre public prend la physionomie d'une *« police des contrats »* [70] ou *« d'un ordre public contractuel »*.

Cet ordre public classique se double d'un ordre public économique[71] qui ne se contente pas d'interdire, mais impose des comportements en vue d'aménager, de rééquilibrer des rapports économiques et sociaux.C'est au sein de cette figure spécifique de l'ordre public qu'a été conçu un ordre public de protectionvisant à rétablir l'équilibre du contrat au profit de la partie dite faible et destiné à protéger de tels contractants parce que l'exercice de leur volonté ne garantit plus la justice contractuelle[72]. Cette physionomie inégalitaire de l'ordre public est l'adaptation nécessaire empruntée par le droit en vue de protéger le contractant le plus faible, réintroduire de l'égalité concrète dans une relation juridique de pouvoir. En ce sens, l'ordre public de protection est à la fois impératif et attributif. Il génère de la contrainte pour le contractant dominant, par ailleurs détenteur du pouvoir et crée en contrepartie des garanties pour le contractant le plus faible, soumis à ce pouvoir.

54 Or, précisément, une telle configuration anime le rapport de travail[73]. Le consentement du salarié peut-il être à « l'unisson » de celui de l'employeur dès lors qu'une inégalité socio-économique existe entre les parties en défaveur du salarié, et que pèse le poids de la subordination salariale et du pouvoir patronal?

Un doute légitime se manifeste à cette interrogation, au point que le droit du travail a agencé, pour compenser cette inégalité et limiter le pouvoir de la partie dominante, des rapports asymétriques. Fondés sur la protection de la partie la plus faible et la contrainte de la partie dominante, ils créent un véritable contrepoids normatif constitué par un ordre public à sens unique, dans la direction exclusive du salarié. Sans doute, serait-onmême tenté de considérer que l'ordre public en droit du travail est essentiellement un ordrepublic de protection du salarié.En réalité, l'ordre public en droit du travail est à la fois plus subtil et complexe. *« Le caractère supérieur des dispositions d'ordre public, l'aspect particulièrement éminent des intérêts qu'elles défendent conduisent fréquemment à une concordance d'intérêts entre les dispositions d'ordre public de la Société et les dispositions d'ordre public du droit du travail »* [74]. Mais il existe bien un ordre public autonome, propre au droit du travail[75]dont l'objectif vise à la fois la protection du travailleur et l'aménagement structurel des rapports employeur-salarié, et qui supporte, par ailleurs, même en l'absence de précision textuelle, la dérogation favorable au salarié.

55 Ainsi, à partir du constat d'une réalité factuelle dont le droit ne peut s'affranchir, la loi a encadré, voire même évincé, la volonté du salarié, pour permettre l'application concrète

69 F.Terré, Ph.Simler, Y.Lequette,op. préc. p 344 et suiv.

70 J.Carbonnier, *« Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur »,* LGDJ 1988, 6ème ed.

71 L'ordre public économique peut être défini comme *« l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat »* (G.Farjat, *« L'ordre public économique »,* LGDJ 1963 n°30). Dans cet ordre public, la doctrine s'est attachée à distinguer l'ordre public de direction visant la protection de l'intérêt général et l'ordre public de protection tendant à rétablir l'équilibre du contrat au profit de la partie faible.

72 Infra Section 2 du présent Chapitre.

73 Au surplus, l'ordre public en droit du travail peut revêtir une autre forme, celle d'ordre public dérogeable par voie de convention ou d'accords collectifs du travail (v.infra §2B).

74 L. Rozes, *« Remarques sur l'ordre public en droit du travail »*, Dr. Soc. sept -oct 1977 p 311. Pour mémoire, on rappelera ici qu'entrent dans cette catégorie d'ordre public « concordant », les libertés civiles, largement consacrées en droit du travail.

75 V. F.Canut, *« L'ordre public en droit du travail »,* Thèse 2004, Université de Paris 1 Sorbonne.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de la règle de droit qui s'impose aux parties et au contrat de travail. Pour autant, l'exigence d'un échange du consentement qui préside à la formation du contrat de travail, demeure essentielle, et constitue la préservation d'une volonté, certes restreinte, mais existante. Somme toute, il ne s'agit pas de donner à la volonté du salarié plus de liberté, mais plus de sécurité et d'égalité, singulièrement au cours de la phase de formation du contrat de travail, à une période où le déséquilibre entre les parties apparaît manifeste.

En conséquence, la liberté contractuelle des parties au contrat de travail se trouve notablement encadrée par la norme légale. Choisir son cocontractant, décider de contracter (A) et fixer à son gré le contenu du contrat de travail (B) sont des actes volontaires qui ne sont pas, en droit du travail, laissés à l'entière disposition des parties et apparaissent dès lors enfermés dans d'étroites limites.

A. La décision de contracter

56 Lors de la phase de la formation du contrat de travail, au cours de la période pré-contractuelle, l'initiative de conclure et le choix du cocontractant, ne sont pas du côté du salarié « potentiel », mais appartiennent manifestement à l'employeur, détenteur du pouvoir factuel d'embauche. La capacité décisionnelle, la volonté du candidat à l'emploi apparaissent donc niées ou du moins, très en retrait. Des raisons socio-économiques tenant principalement au poids du marché de l'emploi mais aussi au pouvoir factuel de l'employeur créent une inégalité de fait et une dépendance du candidat à l'emploi. (1)

Le droit du travail tente de combler ce déséquilibre en canalisant les volontés individuelles et en prescrivant des règles impératives. Ainsi, le procédé rappelle-t-il l'effet d'une balance à plateaux. Il consiste d'une part à générer des contraintes pour l'employeur, cocontractant et acteur de pouvoir, en lui imposant d'objectiver ses décisions et ses choix (2) et d'autre part, à créer, en contrepartie, des garanties pour le salarié, partie la plus vulnérable, en imposant des obligations spécifiques, visant à renforcer son processus décisionnel (3).

1. La prise en compte du contexte inégalitaire

57 Tout sujet de droit est libre de conclure ou non un contrat, de consentir ou de refuser. En droit du travail, la liberté du travail[76] , principe constitutionnel[77], signifie que chacun a le droit de travailler, comme il le veut, là où il le veut, pour le compte de qui il veut, voire même pour

[76] La liberté du travail est traditionnellement rattachée au décret des 2-17 mars 1791 dit décret d'Allarde, bien que ce texte à objet fiscal, consacre plus certainement la liberté du commerce et de l'industrie que la liberté de travail proprement dite. « …*Il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix … »* , à l'exception des apprentis, des compagnons et ouvriers à gage. Aujourd'hui, la Constitution de 1958 reprenant le Préambule de la constitution de 1946 , vise *« le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi »* ce qui renvoie plus à un engagement général de politique active de l'emploi qu'à une véritable liberté individuelle du travail. On notera que les sources internationales sont plus précises. Ainsi, selon la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10/12/48 « *toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage »* (art. 23). Cette disposition a été complétée par d'autres dispositions d'origine internationale ou européenne, allant même jusqu'au rappel de la condamnation de l'esclavage, du travail forcé et obligatoire

[77] L'article L.2141-4 du code du travail (ancien art.L.412-1) considère la liberté individuelle du travail comme une des « libertés garanties par la constitution de la République ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

le compte de plusieurs employeurs[78] ,dans les conditions qu'il a bien voulu accepter[79] . A contrario, chacun a également le droit de ne pas travailler, de refuser un travail[80] ou quitter un emploi pour des raisons qui lui appartiennent en propre et qu'il n'a pas à justifier. Ainsi, la liberté de travailler ou de ne pas travailler affirme-t-elle l'importance essentielle, en matière de relations du travail, du principe de la liberté contractuelle [81], puisque c'est à travers elle que peut être autorisée une situation contractuelle où une personne physique se met à la disposition d'une autre, sous l'autorité de laquelle elle se place, moyennant le versement d'une rémunération.

58 La volonté du sujet trouve donc à s'exercer en tant qu'aptitude à décider de travailler ou non, à accepter ou refuser un emploi. Mais quelle est la valeur intrinsèque de cette liberté de choix sur le marché du travail ? Comment peut-elle être porteuse de la volonté de son bénéficiaire? Car la liberté de travail apparaît illusoire, si celui qui cherche à travailler n'a pas les moyens matériels lui permettant d'exercer cette faculté, de choisir son travail et son cocontractant. Ce constat amène alors à s'interroger, à l'instar notamment du professeur A. Jeammaud,[82] sur le contenu, la portée, voire même la positivité d'un principe de valeur constitutionnelle. En effet, si on observe un certain nombre de dispositions et mécanismes qui tendent à favoriser l'obtention d'un emploi et la stabilité d'un emploi, on ne peut confirmer que sont réunis les éléments constitutifs d'un véritable droit subjectif[83]. Ce que confirme à cet égard la loi récente relative aux droits et devoirs des demandeurs d'emploi[84].

Ainsi, est-on forcé de constater que l'obtention d'un emploi ou la conclusion d'un contrat de travail dépendent généralement de facteurs extérieurs à la volonté et la liberté du postulant à l'emploi. Des raisons conjoncturelles liées à l'impact du marché du travail (a) conjuguées à des raisons structurelles, la prédominance du pouvoir factuel de l'employeur (b), constituent le principal écueil à une prise en compte concrète de la volonté du candidat d'accéder à un emploi et partant, de jouir de la liberté de travailler dont il est bénéficiaire.

[78] Le cumul d'activités salariées (secteur privé) n'étant pas interdit par la loi, un salarié peut s'engager dans plusieurs emplois différents lorsqu'aucun des temps qu'il consacre à chaque employeur, ni leur total, n'excède les durées maximales du travail autorisées par la loi (art L.3121.34 et suiv. du code du travail), et sous réserve de non concurrence. Le cumul d'emplois est parfois même protégé, car il est fait l'objet d'une prise en compte incitative, notamment dans le cas de cumul d'emplois à temps partiel. Ainsi, l'article L.3123-24 (ancien art.L.212-4-3 al 5 et 6) du code du travail prévoit la possibilité pour le salarié à temps partiel de refuser une modification de la répartition de sa durée du travail, lorsque cette proposition est incompatible notamment avec une période d'activité fixée chez un autre employeur ou une autre activité professionnelle non salariée. De même, les salariés sous contrat de travail intermittent peuvent exercer une autre activité salariée pendant les périodes non travaillées. Rien n'interdit également le cumul emploi salarié et activité non salariée . Un tel cumul est même favorisé par le législateur en vue de développer l'initiative économique (v. en ce sens la Loi n° 2003- 721 du 01/08/2003)

[79] J.Pélissier, *« La liberté du travail »,* Dr. Soc. 1990 p 19 et suiv.

[80] Encore convient-il de nuancer cette affirmation, s'agissant d'un demandeur d'emploi inscrit. La loi n°2008-758 du 01/08/08 (JO du 02/08/08) pose, de façon plus nette que précédemment, le principe de la conditionnalité des allocations chômage à la volonté de travailler et plus précisément à l'acceptation d'une offre d'emploi « raisonnable », au regard des termes du projet personnalisé d'accès à l'emploi élaboré entre le demandeur d'emploi et l'opérateur en charge du service public de l'emploi (v. à ce sujet la loi n°2008-126 du 13/02/2008 portant réforme du service public de l'emploi).

[81] T.Revet, *« La liberté de travail »,* in Droits et libertés fondamentaux, Dalloz 2007, p 749 et suiv.

[82] A. Jeammaud, *« Les principes dans le droit français du travail* » , Dr. Soc. 1982 p 621 et suiv.

[83] C'est à dire d'une véritable prérogative dont le salarié pourrait user ou exiger l'exécution. V. sur ce point également l'analyse de T.Revet, art. préc. *« La liberté de travail »* .

[84] Loi n°2008-758 du 01/08/2008 (JO du 02/08/2008).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

a) L'impact du marché du travail

59 La liberté de travailler ou de ne pas travailler peut paraître bien théorique dans les faits[85] dès lors que l'intéressé n'a pas d'autre choix que celui d'accepter ce qu'un employeur veut bien lui proposer, quand tout au moins, il peut lui proposer un emploi. Le phénomène est d'autant plus patent dans un contexte économique difficile où le chômage est récurrent,[86] voire exponentiel. Le travail est un *« bien rare »,* constatait le professeur A. Supiot en 1993 [87]. Depuis lors, même si l'évolution économique a été très contrastée, le taux du chômage et les situations de pauvreté demeurent élevés en France [88].Ce bilan préoccupant a appelé une forte mobilisation des pouvoirs publics en faveur de l'emploi[89] et plus largement, l'ensemble des partenaires sociaux, *« tout le corps social»* [90] .

60 La liberté du travail implique une volonté individuelle du sujet qui paradoxalement ne trouve pas à s'exprimer, sans une intervention de la collectivité qui en donne une traduction sociale concrète, selon les valeurs objectives poursuivies par l'ordre juridique. Les termes utilisés pour désigner le futur contractant salarié, tels que « candidat à l'embauche » ou « demandeur d'emploi », reflètent en eux-mêmes, cette situation de dépendance et de vulnérabilité. Etre libre, ce n'est pas simplement vouloir, encore faut-il que cette volonté ait les moyens d'exercice et d'action, qu'elle bénéficie d'une certaine puissance que seul le droit peut lui conférer.

Certes, dans la conception classique de la détermination de la volonté contractuelle, le consentement du salarié, objet extérieur à la volonté, est détaché des raisons profondes qui ont pu conduire à l'acceptation, qu'il s'agisse des contraintes de la vie, de la nécessité de satisfaire les besoins essentiels de l'individu, de s'affirmer ou de se valoriser.La nécessité dans laquelle on peut se trouver de conclure un contrat n'entame pas le fait que, même dans cette hypothèse, le contrat repose sur la volonté exprimée par le consentement, pour la simple raison que la volonté ne suppose pas toujours la liberté[91].Le contrat n'est rien d'autre que « *l'utilisation de la volonté pour organiser les échanges économiques et il importe peu que la volonté soit la mise en œuvre d'un choix ou bien la conséquence d'une nécessité. Si le problème intéresse le philosophe, il laisse le juriste indifférent »* [92] . Il y a toujours de la contrainte dans les contrats, dans les consentements donnés car ils ne sont jamais conformes à ce qui était vraiment désiré. *« Qui dit contrats dit concessions, sacrifices, accordés pour en éviter de plus graves »* [93]. C'est cette conception qui se

85 V. notamment les développements du Professeur J. Pelissier *« La liberté du travail »,* Dr. Soc. 1990 p 19 et suiv.

86 V. *«Le marché du travail en juillet 2008 »,* DARES 2008-35-2.

87 A.Supiot, *« Le travail, liberté partagé »*, Dr. Soc. 1993 p 715 et suiv.

88 De nombreuses analyses sont disponibles. On citera entre autres le rapport du CERC du 7 février 2001 sur l'accès à l'emploi et la protection sociale (documentation française) s'appuyant sur les données du rapport de J.Pisani-Ferry *« Plein emploi »* de décembre 2000.

89 V. notamment les ordonnances du 2 août 2005 sur les mesures d'urgence pour l'emploi.

90 V. le rapport annuel 2004 de l'IGAS (Documentation française) appelant à « la mobilisation de tout le corps social « pour surmonter l'effet du vieillissement démographique sur l'évolution de la population active, et combattre notamment les « forts handicaps » pour l'accès des seniors à l'emploi (et à la formation professionnelle continue).

91 C. Larroumet , op. préc. p 207

92 Ibid.

93 E. Durkheim, *« Leçons de sociologie »* , PUF quadrige 3ème Ed.1997 .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

dégage notamment de la loi relative aux droits et devoirs des demandeurs d'emploi[94]. La primauté est donnée à l'acceptation par le sujet d'une offre raisonnable en adéquation au marché. A défaut, *« c'est dans le cadre d'un régime de sanctions que s'inscrit la question du refus d'emploi pour le chômeur »* [95] sans motif légitime.

61 Il existe donc une absence d'exigence de libre déterminabilité des rapports contractuels, le droit ne se préoccupant de la motivation de la volonté qu'à travers la théorie de la cause[96]. Dès lors, le consentement n'est supporté que par l'échange, c'est à dire que le *« oui »* de l'un ne trouve sa justification que dans le *« oui »* de l'autre (échange des consentements).Cette idée d'échange permet ainsi de servir des intérêts antagonistes qui trouvent un point d'équilibre nécessaire, la réciprocité des engagements dans un contrat de type synallagmatique.

Toutefois, une telle conception du consentement suppose que les cocontractants en présence aient à tout le moins un poids économique et financier équivalent, pour ne pas dire égal.Certes, la volonté exprimée par chaque partie au contrat est juridiquement d'égale valeur, mais en réalité, le contractant le plus puissant économiquement tendra à imposer sa volonté à l'autre ou du moins, à convenir d'un échange en sa faveur, selon les intérêts qu'il sert. Telle est bien la situation dans le rapport d'emploi.

b) La prédominance du pouvoir factuel de l'employeur

62 Iln'est bien évidemment ni original ni nouveau de dire que tous les salariés ne se trouvent pas placés sur un pied d'égalité avec l'employeur, à l'exception sans doute de certains cadres ou travailleurs à qualification spécifique ou possédant une certaine expertise, auquel cas le rapport de forces peut alors même se retourner en leur faveur. Ce qui doit être souligné, lors de la période pré-contractuelle, c'est que cette inégalité naît essentiellement du pouvoir factuel de l'employeur, c'est à dire de sa domination économique, de son emprise sur l'ensemble du processus d'embauche et la détention de l'information. Cette supériorité n'est pas exempte des risques inhérents au pouvoir[97] : l'unilatéralisme et le discrétionnaire.

63 Ainsi, lorsqu'un employeur propose un emploi par le biais d'une annonce ouverte au public, il s'agit d'une offre d'entrer en pourparlers ou en négociations pré-contractuelles. Il n'entend bien évidemment pas être lié à la première personne qui présenterait sa candidature, même si celle-ci est disposée à accepter les conditions posées dans l'annonce. Il se réserve la possibilité d'agréer son cocontractant[98].De même, le candidat qui répond à une annonce pour pourvoir un emploi ou présente une candidature dite spontanée à un employeur potentiel, n'entend que proposer ses compétences et son expérience, sans qu'il

[94] Loi du 1er août 2008 préc.

[95] A.Arseguel et B.Reynès, *« Le refus d'occuper un emploi »* , in Etudes offertes à J.Pelissier, Analyse juridique et valeurs en droit social. Dalloz 2004, p 1 et suiv.

[96] V. le projet de réforme du droit des contrats qui pourrait revoir la notion de cause de l'obligation au profit de l'intérêt du contrat. Pour une analyse critique, v . C Larroumet, *« De la cause de l'obligation à l'intérêt du contrat »,* Rec. D. 2008, 2444.

[97] Que ce pouvoir soit juridique, c'est à dire reconnu par l'ordre juridique, ou factuel, c'est à dire relevant de situations de fait non saisies par le droit. La domination économique est un pouvoir factuel, le pouvoir patronal un pouvoir juridique (v.infra Partie II).

[98] Ceci est justifié non seulement par la liberté reconnue à l'employeur de choisir ses cocontractants (v. infra décision du Conseil constitutionnel du 20/07/88), mais aussi par la présomption, pour les offres de contrats « intuitus personae » ouvertes à un large public, d'une réserve tacite d'agrément du cocontractant, d'autant plus que l'offre d'emploi vise une pluralité de destinataires potentiels, alors même que l'objet offert, en l'occurrence , l'emploi est en quantité limitée.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

y ait une offre ferme de contrat.Dans cette phase pré-contractuelle, laquelle pourra ou non déboucher sur une offre ou une promesse d'embauche, la volonté du salarié « potentiel » existe dans son aptitude à décider ou agir (prendre ou non des contacts, adresser ou non des curriculum vitae, participer ou non à des entretiens d'embauche,…). Néanmoins, elle présente des spécificités propres, liées à la situation de demandeur d'emploi, qui tendent à la disqualifier comme manifestation réelle d'une décision de contracter.

64 Les pourparlers ou la négociation pré-contractuelle apparaissent comme une période *« exploratoire »* où chaque partie va examiner les conditions de l'appel d'offre et s'agréer mutuellement en vue d'une volonté commune tendant au contrat. Dans les relations de travail, elle correspond à ce qui constitue la procédure de recrutement, préalable à l'embauche. Or, cette période, nous l'avons vu, est d'abord fortement marquée par le marché de l'emploi et donc assujettie aux aléas de la demande au regard de l'offre. Ensuite et surtout, elle est largement empreinte du pouvoir factuel de l'employeur. La volonté du salarié « potentiel » apparaît donc le plus fréquemment niée, tant il est vrai que les rapports entre employeurs et candidats ne sont ni égalitaires, ni uniformes et que les situations entre les candidats eux- mêmes sont hétérogènes.

En effet, qu'il s'agisse de la conduite des pourparlers ou des discussions, comme de la volonté finale de conclure un contrat, l'initiative et la décision appartiennent à l'employeur, seul détenteur du pouvoir effectif d'embaucher.De plus, on estime généralement que le contrat de travail est affecté d'un fort intuitus personae,[99]qu'il est conclu en considération de la personne. En conséquence, l'offrant n'est jamais tenu d'accueillir une proposition qui ne lui conviendrait pas[100]. Le choix reste discrétionnaire, dans la mesure où, face à plusieurs propositions de services, l'employeur demeure libre de choisir celle qui lui paraît présenter les meilleures garanties (aptitudes à remplir une fonction déterminée, caractéristiques personnelles,…), voire même de n'en choisir aucune. A telle enseigne que la liberté pour l'employeur de choisir ses collaborateurs a été reconnue par le Conseil Constitutionnel,[101] comme un prolongement nécessaire à *« la liberté d'entreprendre de l'employeur qui responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs»* [102] .

65 De plus, au cours de cette période de pourparlers, les parties en présence ne sont pas engagées l'une envers l'autre. Il ne s'agit encore ni d'une offre de contracter[103] ni d'une promesse de contrat[104]. Cette phase ne débouchera donc pas forcément sur la conclusion

[99] V. M.A Peano, *«L'intuitus personae dans le contrat de travail »* , Dr. Soc. 1995 p 129 et suiv.

[100] « Il y a considération de la personne dans un contrat lorsque le cocontractant , au lieu de considérer uniquement la prestation qu'il attend de ce contrat, considère également la personne qui doit lui fournir ladite prestation », Mme M. Contamine- Raynaud, *« L'intuitus personae dans les contrats »,* Thèse Paris II 1974 p 33.

[101] Conseil Constitutionnel, décision n°88-244DC du 20/07/88,Dr. Soc.1988, note X.Prétot, p 755 et suiv.

[102] Certains auteurs, comme Mme M.A Peano, soulignent que cette conception rappelle la théorie de l'employeur « seul juge » (v. art. préc. *«L'intuitus personae dans le contrat de travail »,* p 129 et suiv.).

[103] L'offre de contracter ou pollicitation est définie comme la proposition ferme et définitive de contracter selon des conditions déterminées, de telle sorte qu'elle emporte volonté de conclure le contrat dans le cas où elle serait acceptée. L'offre de contracter constitue déjà le consentement d'une des parties au contrat à laquelle il manque simplement le consentement de l'autre partie pour qu'il y ait accord de volontés.

[104] La promesse de contracter est un contrat supposant un accord de volontés, c'est à dire l'acceptation de la promesse par le bénéficiaire. Elle peut être unilatérale ou synallagmatique.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

d'un contrat. En effet, le droit de rompre unilatéralement les négociations en cours est admis durant les pourparlers, sauf à engager la responsabilité civile délictuelle de celui qui en a eu l'initiative, si la rupture est intervenue dans des conditions déloyales ou abusives, causant un préjudice à son partenaire[105].

La phase de pourparlers est donc le plus souvent une période délicate et incertaine pour le candidat à l'embauche. Nécessairement sélective, elle se conclut par une décision finale qui dépend par principe exclusivement du choix de l'employeur. La période de pourparlers est donc placée sous le double signe de la dépendance du candidat et de la liberté de l'employeur-offrant.

Dans un souci de sécurité contractuelle, le législateur a donc été conduit à assurer la protection du plus faible, du futur débiteur, à « soutenir » en quelque sorte sa volonté, et à encadrer la volonté du plus fort, créancier et détenteur de pouvoir. Plusieurs moyens sont ainsi mis en œuvre.

66 Le premier consiste à agir sur le marché du travail, notamment par une politique active d'emploi et de lutte contre le chômage[106]. Le deuxième moyen vise plus spécifiquement les règles de protection minimale à l'égard des salariés, lesquelles constituent certes des restrictions à la liberté de déterminer le contenu du contrat mais participent aussi à la consolidation concrète du choix du salarié[107]. Enfin, le troisième moyen consiste à limiter la liberté de choix de l'employeur au cours de la période pré-contractuelle, en lui imposant une exigence d'objectivation[108] de ses décisions, en particulier celle de contracter ou non. L'ordre juridique se sert de la contrainte de la règle de droit, pour borner sinon réduire la liberté contractuelle de l'employeur, et en particulier sa liberté de choisir son cocontractant. Dès lors, la liberté concrète de travailler du demandeur d'emploi et la place laissée à sa volonté se trouvent corrélativement accrues.

2. L'exigence d'objectivation du choix de l'employeur

67 La recherche de l'égalité contractuelle est un des moyens sollicités, ce qui suppose nécessairement de restreindre la liberté du plus fort. Des contraintes pour l'un, des garanties pour l'autre, l'objectif recherché étant d'atteindre un équilibre contractuel, par une égalité « compensatoire », si ce n'est « un solidarisme contractuel » et de rééquilibrer le rapport d'emploi au profit du « plus faible », en particulier pendant la phase de formation du contrat de travail. Ainsi, l'accès au travail est organisé suivant des règles spécifiques qui contraignent ou interdisent certains comportements de l'employeur à l'égard de son futur cocontractant. Il peut s'agir notamment de limites fixées soit dans l'intérêt même du

[105] CA Paris 13/12/1984, RTDCiv.1886 p 97, obs.J.Mestre. CA Riom 10/06/92, JCP E 1993,I,231,n°1, obs.J.Schmidt.

[106] La loi prévoit ainsi des mesures spécifiques propres à inciter l'employeur dans le choix de telle ou telle catégorie de personnes rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi (exemples : les contrats de professionnalisation,contrat jeunes, contrat d'insertion dans la vie sociale,création d'un contrat à durée déterminée spécifique pour les seniors,…), éventuellement, par le biais de primes ou exonérations de charges sociales de sécurité sociale. Sous un autre angle, les lois du 13/06/98 et 19/01/01 visant à une réduction du temps de travail négociée avaient un objectif d'incitation à la création ou à la préservation d'emplois en contrepartie d'allégements de charges sociales. Ces mesures se voulaient des instruments d'impulsion sociale et économique d'ampleur nationale.

[107] V .infra Section 2 du chapitre 1 Partie I.

[108] Par objectivation, nous entendons ici une délimitation extérieure et contraignante, imposant un cadre pré-défini à l'exercice du pouvoir de l'employeur (sur la notion d'objectivation, v. A. Lyon-Caen, *« Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie. A propos de la modification du contrat de travail »,* in Analyse juridique et valeurs en droit du travail, Dalloz 2004, p 357 et suiv).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

travailleur, qu'on veut protéger contre lui-même,[109] soit dans l'intérêt des autres salariés, à qui on veut éviter une concurrence[110] .

68 Toutefois, on s'attachera plus spécifiquement ici à souligner comment les règles de droit tendent à une objectivation du choix par l'employeur, c'est à dire à soustraire à son jugement tout ce qui participe de la personne du candidat et n'a pas de rapport objectif à l'emploi, tout ce qui peut relever d'un traitement discriminatoire entre les candidats à un emploi. Sont ainsi visées les règles propres à *« favoriser l'égalité des chances »* [111] entre les différents candidats à un emploi, en mettant en place un dispositif différencié anti-discriminatoire[112] s'adressant à des groupes ou personnes socialement caractérisés comme pouvant être exposésà des exclusions injustifiées[113].Mais il peut s'agir aussi d'objectiver et contrôler les méthodes et techniques de sélection à partir desquelles l'employeur fonde sa décision d'embauche.On cherche alors, au-delà des discriminations les plus facilement identifiables, à éviter la prise en compte abusive d'éléments étrangers à l'emploi relevant de considérations subjectives sur la personne même du candidat.

La caractéristique commune à ces différentes règles réside dans leur portée asymétrique, avantage pour le salarié et contrainte à la charge de l'employeur. Si la volonté du salarié ne s'en trouve pas plus autonome, elle acquiert en revanche une consistance plus dense, grâce aux moyens d'action concrets dont elle dispose et qui sont susceptibles d'être invoqués à l'encontre des choix de l'employeur.

a) L'interdiction des discriminations

69 En premier lieu, le droit commande à l'employeur de s'abstraire de toute donnée personnelle susceptible, lors d'un recrutement, de conduire à un traitement discriminatoire entre des candidats à un emploi. Il lui interdit de fonder sa décision ou son choix, non sur les compétences ou les actes et expériences de la personne, mais sur les attributs de celle-

[109] Ainsi, les jeunes non libérés de l'obligation scolaire, c'est à dire de moins de 16 ans, ne peuvent en principe être employés pour un travail salarié, exceptés dans des cas limitativement prévus par la loi (voir art. L.4153-1 ancien art.L.211-1 al.1à 3 du code du travail). On citera, notamment, les dispositions visant à ouvrir l'apprentissage aux jeunes dès l'âge de 14 ans, sous certaines conditions (v. la Loi pour l'égalité des chances du 31 mars 2006).

[110] Ainsi, en est-il des dispositions relatives à la lutte contre le travail illégal qui recoupe, outre le travail dissimulé, le prêt de main-d'œuvre illicite et l'emploi irrégulier d'étrangers.

[111] Pour reprendre l'intitulé de la loi n°2006-396 du 31 mars 2006 *« pour l'égalité de chances ».*

[112] Cependant, on notera que la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 relative à la lutte contre les discriminations, introduit désormais un motif légitime général de *« différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée »* (art. 1133-1 du code du travail). Ce motif légitime, que l'on peut qualifier de général car il vise toute discrimination interdite par le code du travail, est également introduit dans l'article 225-3 du code pénal. L'imprécision et la généralité des termes imposent cependant d'attendre les premières décisions des tribunaux pour avoir une définition de ce qu'il faut entendre par *« exigence professionnelle essentielle et déterminante »,* par *« objectif légitime »* et par *« exigence proportionnée »,* trois conditions cumulatives de la légitimité de toute décision en la matière. De même, le nouvel article L.1142-1 du code du travail modifie les motifs légitimes des justifications des discriminations fondées sur le sexe lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre *sexe « répond à une exigence essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime, et l'exigence proportionnée ».*On notera que les discriminations fondées sur l'état de santé ou le handicap suite à une inaptitude constatée par le médecin du travail, sont autorisées dans le cadre du Titre II du livre II du nouveau code du travail.

[113] V. en ce sens, le rapport de C. Bébéar, *« Des entreprises aux couleurs de la France »* en vue de la Conférence nationale sur l'égalité des chances (Janvier 2005), préconisant des mesures pour résorber les inégalités d'insertion dans l'entreprise des citoyens d'origine étrangères dites « minorités visibles » .V. la loi du 31 mars 2006 préc. sur ce thème.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

ci (origine, sexe, âge, religion,…). La préoccupation du législateur vise une plus grande exigence d'égalité devant l'emploi. Il s'agit d'assurer au candidat (mais aussi au salarié déjà embauché), un droit à l'indifférence de sa personne[114] qui couvre l'ensemble des données individuelles que l'employeur peut avoir à connaître et sur lesquelles il pourrait fonder un traitement discriminatoire. *« L'effacement de l'individualité, au profit de l'indifférencié, garantit alors que tout ce qui rend la personne vulnérable à l'arbitraire d'autrui échappe ainsi au personnalisme de la relation de travail. Au fond, c'est un droit à l'impersonnalité qui sort de cette manière, des règles protectrices de la personne des travailleurs »*[115].

A l'aune de l'interdiction de discrimination,[116] récemment revisité par la loi du 27 mai 2008,[117] un attribut de la personne ne saurait permettre une différenciation fondant une exclusion à l'embauche et un refus d'accès à l'emploi.Ainsi, l'origine, la couleur de peau, le nom de famille, le sexe, l'âge,…peuvent être sources dediscriminations volontaires de la part de l'employeur, reflétant le plus souvent des représentations collectives et des stéréotypes[118].Le droit interdit donc à l'employeur, sous peine de nullité,[119]de prendre des mesures visant à écarter une personne d'une procédure de recrutement ou d'accès à un stage ou une période de formation en entreprise[120]dès lors qu'elles sont fondées sur des discriminations directes et indirectes[121].

70 Ces règles ont pour finalité principale[122] de limiter la liberté de choix de l'employeur lors du recrutement, et d'exclure de son champ toute décision qui serait justifiée par des a priori ou évaluations, sans rapport avec l'objet du contrat et la capacité objective du candidat à tenir le poste à pourvoir.Cette prohibition touche toute discrimination fondée sur

[114] M.A Peano, art. préc. *"L'intuitus personae dans le contrat de travail",*p129et suiv.

[115] G.Loiseau, *« La neutralisation du dol du salarié »,* Rec. D. 2006, jp p 204 et suiv.

[116] V. art.L. 1132-1 et suiv. du code du travail. Ces articles s'inscrivent désormais dans les dispositions préliminaires (Livre 1) de la première partie du nouveau code du travail « Les relations individuelles de travail ». Toutefois, les principes dégagés par ces textes s'étendent au-delà du rapport d'emploi pour couvrir l'ensemble de la relation de travail (y compris les relations professionnelles ou collectives).

[117] Loi n°2008-946 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (JO du 28 mai 2008).

[118] V. notamment le constat qui avait été dégagé au cours des négociations interprofessionnelles sur la diversité dans l'entreprise en 2006, qui ont débouché sur la signature de l'accord national interprofessionnel du 11 octobre 2006 (Liaisons sociales 2006 n° 392).

[119] V. art. L.1132-1 du code du travail (ancien art. L.122-45 alinéa 1) complété par la loi du 27 mai 2008, mais aussi les art. 225-1 à 225-3 du code pénal.

[120] Et, plus largement, visant des salariés au cours de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail.

[121] La loi du 27 mai 2008 adopte le concept européen de la discrimination en définissant la discrimination directe comme *« la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ».*Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au 1er alinéa, un désavantage particulier, pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ». V. notamment l'analyse de la loi par L.Péru-Pirotte « *La lutte contre les discriminations : loi n° 2008-496 »,* JCP S 3/06/08 n° 1314 .

[122] Mais elles rendent compte aussi d'une exigence d'égalité.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

la prise en considération par l'employeur soit d'un caractère propre au candidat(l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, la situation de famille, l'apparence physique, l'état de santé[123] ou le handicap[124], l'état de grossesse ou la maternité[125])soit d'un élément de sa personne censé l'identifier par rapport à un groupe humain (caractéristiques génétiques, appartenance ou non- appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, patronyme, orientation sexuelle,..)soit enfin d'une qualité relevant de son engagement personnel (opinions politiques, engagements dans une organisation syndicale ou professionnelle, religion ou convictions…). Ces critères de différenciation prohibés relèvent, de ce que le professeur E. Dockès désigne par discriminations du premier cercle[126] .

71 Au-delà de cette protection, une autre approche du droit tend, au contraire, à faire produire à un attribut de la personne, un effet de différenciation, en vue de diriger les choix de l'employeur vers un type ou une catégorie spécifique de personnes, devenant en quelque sorte des cocontractants privilégiés. La finalité recherchée est de favoriser un groupe de personnes aux caractéristiques communes, lesquelles subissent une discrimination avérée à l'embauche[127]. On parle ainsi, d'ailleurs fort mal à propos, de « discrimination positive », alors qu'il s'agit de dispositif compensatoire anti-discrimination. Mais l'institutionnalisation d'un critère prohibé pour accorder des avantages au candidat ou au salarié en contrepartie de contraintes supplémentaires pour l'employeur, comporte aussi le risque de produire un effet désincitatif à l'embauche, contraire à l'objectif poursuivi[128] .

Le droit utilise également un autre moyen pour limiter le choix parl'employeur de son cocontractant, en provoquant une « préférence » à l'embauche dans certaines situations juridiques limitativement fixées par le législateur. Tel est le cas notamment de l'obligation qui pèse sur l'employeur de respecter les priorités de réembauche [129] .

[123] Excepté le cas de l'inaptitude physique constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre II du livre II du nouveau code du travail.

[124] V. notamment la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées.

[125] Nouveau cas de discrimination interdite introduit par la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

[126] E.Dockès, *« L'égalité »* in *« Valeurs de la démocratie- Huit notions fondamentales »,* Méthode du Droit, Dalloz 2005, p 31 et suiv..

[127] Ainsi, les employeurs d'au moins 20 salariés doivent employer au moins 6% de travailleurs handicapés. A défaut, une contribution doit être versée à l'Agefiph. Cette contribution a été renforcée récemment, ce qui la rend désormais très pénalisante (v. la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées et ses décrets du 9 février 2006 ; Loi n°2008-1249 du 01 décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion et décret du 9 juin 2009).

[128] Ainsi, concernant le critère de l'âge, la contribution dite Delalande créée en 1987 prévoyait le versement par l'employeur d'une cotisation lors de la rupture d'un contrat de travail de salariés de plus de 50 ans. Son objectif était de protéger indirectement ce type de salariés contre d'éventuels licenciements. Considérée comme une des raisons qui ont eu pour effet de ralentir considérablement l'embauche des seniors, cette contribution est désormais supprimée depuis le 1er janvier 2008.

[129] Une telle obligation concerne les salariés en congé parental ou postnatal, les salariés à temps partiel désireux d'occuper ou de reprendre un temps plein (et inversement), les salariés licenciés économiques ou en convention de reclassement personnalisé (dans la mesure toutefois où le salarié a fait connaître sa décision de bénéficier de la priorité de réembauchage dans les délais légaux.V. Cass. Soc . 30/04/99 Liais. Soc. du 20/05/99 jp n°631), les travailleurs de nuit désireux d'occuper ou de reprendre un poste de jour ou inversement (loi du 9 mai 2001), les salariés élus au parlement. Il faut ici distinguer ces situations de celles relevant de l'obligation de reclassement (les salariés menacés de licenciement économique, ceux victimes d'un accident du travail ou d'une

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Enfin, l'employeur doit aussi objectiver ses choix dans le recrutement de son cocontractant, en recentrant ses critères de sélection uniquement sur l'aptitude du candidat à exécuter l'objet du contrat de travail.

b) Le recentrage des critères de sélection sur l'aptitude professionnelle du candidat

72 Pour réduire autant que faire se peut l'intuitus personae, sans pour autant faire disparaître la considération de la personne, dans ses qualités, compétences et expériences, la loi impose à l'employeur de ne retenir que des critères de sélection fondés sur l'aptitude professionnelle des candidats. Ainsi, les questions et informations demandées aux candidats doivent-elles avoir pour seul but d'apprécier leur capacité à occuper l'emploi, à exercer la prestation de travail.Celles-ci doivent avoir *« un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles »* [130] et de plus, être désormais examinées dans des conditions préservant l'anonymat du candidat à l'emploi [131].

Certes, ce dispositif n'interdit pas une investigation sur la personnalité du candidat, car l'évaluation des aptitudes professionnelles d'un candidat suppose aussi l'analyse de son comportement individuel et l'appréciation de ses qualités face à des situations concrètes de travail. Pour autant, cette évaluation doit demeurer rattachée directement etnécessairement à l'emploi proposé,se rapporter objectivement à l'objet du contrat de travail, à l'exclusion de toute recherche fondée sur une appréciation subjective de la personne du postulant.

On peut ainsi estimer que s'opère un glissement de l'intuitus personae dont est empreint le contrat de travail, à un *« intuitus professionis »* [132]concentré sur l'aptitude objective à exécuter l'objet du contrat. Cette exigence d'objectivation dans la décision d'embauche fait écho à la jurisprudence actuelle en faveur d'une objectivation des décisions de l'employeur[133].

73 De façon générale, tout candidat à l'embauche doit répondre de bonne foi aux questions posées par l'employeur, lorsqu'elles sont pertinentes au regard de l'appréciation des qualités professionnelles du candidat ou relèvent de données objectives le concernant (état civil, emplois précédents, langues étrangères pratiquées,…)[134].

Toutefois, il bénéficie d'un véritable droit au silence, voire même d'un droit au mensonge, dans les situations qui, par effet de la loi, ne peuvent légitimement pas être prises en considération par l'employeur, pour motiver un refus d'embauche. Tel sera le cas

maladie professionnelle, les salariés devenus inaptes physiquement). Cette obligation s'inscrit alors dans le cadre de l'exécution du contrat de travail que nous examinerons ultérieurement. On la considérera comme un devoir moral légal ou contractuel de bonne foi.

[130] Art. L.1121-6 du code du travail (ancien art. L.121-6). V. aussi le rapport de G.Lyon-Caen pour le Ministre du Travail , déc. 1991.

[131] C'est la consécration par la loi du principe de l'anonymat du curriculum vitae (art. L.1121-7 du code du travail, ancien art. L.121-6-1, issu de la loi sur l'égalité des chances), dont l'application est, pour l'instant, limitée aux entreprises de 50 salariés et plus, selon les modalités d'application déterminées par décrets.

[132] G. Loiseau, art.préc. *« La neutralisation du dol du salarié »,* p 204 et suiv.

[133] Sous un autre angle, se reporter aux développements de la Partie II. V.infra Chapitre préliminaire.

[134] V. notamment Délibération de la CNIL n°02-017 du 21 mars 2002 portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement. On notera également que tout questionnaire d'embauche doit préciser : le caractère obligatoire ou facultatif des réponses, les conséquences à l'égard du salarié du défaut de réponse, les personnes physiques ou morales destinataires des informations, l'existence d'un droit d'accès et de rectification d'éventuelles erreurs.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de la recherche illicite d'éléments de nature à justifier des discriminations interdites[135].Ainsi, une femme candidate à un emploi[136] est autorisée à ne pas révéler son état de grossesse, situation également visée désormais parmi les motifs de discrimination interdits[137]. Parce que la question en soi est déjà illégitime, le candidat n'a pas à y répondre. Peu importe qu'il pratique le silence ou le mensonge, le postulant à l'emploi gagne ainsi une marge d'appréciation et d'action éventuelle.

De plus, le juge a élargi le domaine de ce droit au silence ou au mensonge, aux questions portant atteinte aux libertés individuelles et à la vie personnelle. Dans ces hypothèses, le candidat a le choix d'adopter le comportement qu'il estime adapté à la situation, en protégeant ses droits et libertés. Ainsi, un candidat à l'embauche peut taire son projet de mariage avec un cadre appartenant à une entreprise concurrente[138]ou encore, ne pas révéler son état de prêtre lors de l'embauche sur un emploi de fraiseur dès lors qu'il avait donné tous les renseignements nécessaires sur ses aptitudes professionnelles[139]. L'employeur ne peut *«exiger des renseignements sans rapport avec l'emploi sollicité »*[140].Cette forme de dissimulation volontaire n'est qu'une forme d'exercice du droit au respect de la personne du candidat ou du travailleur et ne peut, en principe, constituer un dol (ou une erreur)[141].

74 La protection dont bénéficie le candidat à un emploi, démontre combien le rapport de force est originairement déséquilibré au profit de l'employeur. Elle tend nécessairement à contrôler et encadrer le pouvoir du *«plus fort»* en vue de parvenir à rééquilibrer le processus de sélection pré-contractuelle[142]. On peut même estimer que les postulants bénéficient d'un droit de résistance. En effet, s'ils estiment que l'information sollicitée est sans lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé, ils peuvent volontairement refuser de la fournir, voire même saisir le tribunal, civil ou pénal, selon la nature de l'atteinte qu'ils ont subie.

Mais cette résistance n'est–elle pas *in fine* illusoire ? Reflète-t-elle une puissance accrue de la volonté? Sans doute, peut-on y déceler la force du refus, comme moyen de lutter contre l'inacceptable. Mais c'est surtout par le recours aux divers moyens légaux[143]mis

135 V. art. L.1132-1 du code du travail. Supra a).

136 V. art. L.1142-1 (ancien art. L.123-1) et L.1132-1 du code du travail.

137 Champ élargi des discriminations à la grossesse par la loi du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

138 Cass. Soc . 04/04/79 D.1980 I R 24 , obs. Ph. Langlois.

139 Cass . Soc . 17/10/73 JCP 1974 II 17 698 , notes Y. Saint Jours ; Dr. Soc. 1974 p 290, notes J. Savatier .

140 De même, un employeur ne peut exiger d'un candidat qu'il fournisse son dossier scolaire *« document personnel comportant des appréciations sur le candidat lui-même et, parfois des renseignements confidentiels relatifs à son environnement familial et social qui n'ont pas à être connus par l'employeur »* (RM JOAN 16/03/87, DO 1987 p 267). En revanche, l'employeur peut demander un relevé de notes ou une copie des diplômes .

141 V. infra Chapitre II, Section 2,§1.

142 Ce processus n'est pas propre au droit du travail. Il existe dès lors que les rapports juridiques sont déséquilibrés,comme en témoigne aussi le droit de la consommation.

143 Le candidat à l'emploi peut saisir la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) instaurée par la loi du 30 décembre 2004 (JO du 31/12/2004). Il peut aussi saisir le Conseil des Prud'hommes qui a été jugé compétent par la Cour de cassation dans une décision en date du 20/12/2006 pour connaître de tout litige relatif à l'article L.122-45 (en vigueur à l'époque)

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

à la disposition du candidat à l'emploi que sa volonté va pouvoir s'exercer. Ainsi, pourra-t-il décider de faire valoir ses droits et surtout, de combattre les choix discrétionnaires éventuels de l'employeur[144]. On sait aussi que la révélation du délit de discrimination est susceptible d'être fournie par la méthode des « vérifications à l'improviste », dite « testing »[145].

75 Toutefois, force est de reconnaître que l'action judiciaire pour discrimination est encore peu utilisée par les candidats à l'emploi bien qu'ils bénéficient désormais d'un allégement de la charge probatoire dont le régime juridique a été récemment modifié depuis la loi du 27 mai 2008[146]. En effet, celui qui *« s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte doit présenter au juge compétent les faits qui permettent d'en présumer l'existence ».* Le demandeur n'a plus à prouverl'intention discriminante, ce qui était quasi impossible, sauf maladresse grossière de la part de l'employeur.Le risque de la preuve pèse donc sur la personne qui est accusée de discrimination[147] et qui doit alors prouver le caractère objectif, justifié et nécessaire de sa pratique, étrangère à toute discrimination.

76 Pourra alors être retenue une différenciation qui répond à « une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée »[148].Faute de précisions textuelles,il appartiendra aux Tribunaux de définir ce qu'il faut entendre par ces exigences cumulables.Toutefois, il ne s'agit pas pour l'employeur de justifier son choix par rapport à l'adéquation maximale qu'il peut obtenir entre le profil du candidat sélectionné et l'emploi à pourvoir, mais d'objectiver ses critères de sélection conformément aux conditions légales de légitimité[149].

Il faut donc demeurer réservé sur la place véritable laissée à la volonté du candidat, pendant la phase de pourparlers ou de recrutement, en dépit d'un renforcement de garanties dont celui-ci bénéficie désormais.

Le besoin de transparence et la nécessité de sécuriser la phase de recrutement, en tant que période pré-contractuelle, ont également imposé de mettre en place des garanties

du code du travail, la discrimination à l'embauche en faisant partie, qu'il y ait ou non contrat de travail ou promesse d'embauche. Le juge pénal peut aussi être saisi en la matière.

144 Parfois, sans relever du domaine de la discrimination interdite, le choix de l'employeur peut avoir été déterminé à partir d'éléments, qui appartiennent à la vie personnelle du candidat. Ce dernier pourra engager la responsabilité de l'employeur sur les moyens ayant conduit à la décision en démontrant que les questions qui lui ont été posées étaient sans lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé. L'employeur commet une faute en demandant des renseignements en l'absence d'un lien. Cette faute peut donner lieu à dommages intérêts s'il y a atteinte à la vie privée (Réponse Le Guen n°29.036 JO Ass.Nat. 15/10/90 p 4881).

145 Art.225-3-1 du code pénal nouveau (issu de la loi sur l'égalité des chances). Le « testing » est une méthode contrôlée qui permet de mettre en évidence des phénomènes de discrimination. L'utilisation de cette méthode, faible jusqu'en 2005, tend à s'accélérer et à se développer aujourd'hui en tant que baromètre des discriminations à l'embauche à un instant t. (v. C.Artus-Jegou et Y.Beatrix *« La lutte contre les discriminations »,* JCP, ed. sociale n°42 , 16/10/2007, n° 1776).

146 Applicable à tous les procès civils et administratifs.

147 Notons que les juridictions pénales ne sont pas soumises à cette règle d'aménagement de la charge de la preuve, en raison du respect du principe de la présomption d'innocence.

148 Art. L.1133-1 du code du travail issu de la loi du 27/05/08. V. aussi les délibérations de la HALDE (Loi n° 2004-1486 du 30/12/2004) en matière d'emploi et de protection sociale durant l'année 2005.

149 Par ailleurs, les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles poursuivent objectivement et raisonnablement un but légitime – la santé ou la sécurité des travailleurs, l'insertion professionnelle, l'emploi, le reclassement, l'indemnisation en cas de perte d'emploi,…et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés. Dans le même sens concernant l'appartenance à l'un ou l'autre sexe (voir art. L.1142-6 du code du travail).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

permettant aux candidats de s'assurer de la validité des procédés ou méthodes utilisés par l'employeur pour prendre sa décision d'embauche.

3. Le renforcement du processus décisionnel du candidat

77 Dans tout processus décisionnel, la connaissance du contexte et des enjeux, apparaît déterminante pour le choix éclairé du sujet, en particulier lorsqu'il se trouve dans une situation inégalitaire marquée par la dépendance.

En droit du travail, la décision de contracter du candidat fait ainsi l'objet d'accompagnements, en vue de renforcer le contenu de sa réflexion préalable. Les informations et renseignements fournis aux candidats à l'emploi[150], l'octroi de délais de réflexion participent à la réalisation de cet objectif. Ces moyens contribuent aussi à l'encadrement de la décision de l'employeur afin qu'il ne soit pas tenté d'abuser de sa position de force. Véritables obligations, ces dispositifs de nature informative, apparaissent alors comme des instruments destinés à combattre les *« sources factuelles du pouvoir »,* [151] en particulier le caractère discrétionnaire du choix ou de la décision de l'employeur.

78 Donner du contenu à la réflexion préalable à la décision passe d'abord par l'exigence d'une information objective transmise au candidat pendant la période pré-contractuelle, en particulier sur les méthodes et techniques d'aides au recrutement utilisés à son égard par l'employeur ou son mandataire (le cabinet de recrutement). Quels sont leur rôle et leur impact sur la décision finale de l'employeur? Quels sont les critères de sélection utilisés, à l'encontre du candidat [152]?Quelle validité faut-il accorder à de telles méthodes ou pratiques ?

Le candidat, s'il apparaît dépossédé d'une capacité d'initiative et de décision dans le processus de recrutement, doit à tout le moins disposer de moyens juridiques lui permettant de s'assurer du déroulement loyal de cette période au regard des outils d'investigation utilisés et extérieurs aux échanges auxquels il participe directement dans les pourparlers.Pour cela, l'employeur est tenu par la loi d'informer préalablement le candidat[153]sur l'utilisation et la pertinence des méthodes et techniques d'aide au recrutement.

En effet, ces moyens doivent garantir des conditions de sérieux, d'efficacité et d'objectivité favorables à une négociation pré-contractuelle loyale. Ainsi, le candidat à un emploi doit-il être clairement informé des méthodes de recrutement utilisées (tests, questionnaire, graphologie,…) auxquelles il devra se soumettre. En outre, les questionnaires d'embauche doivent porter la mention du caractère facultatif ou obligatoire des réponses du candidat ou des conséquences qu'un défaut de réponse entraînerait à

[150] Et également à tout salarié.

[151] E.Dockès, op. préc *« Le pouvoir »* in Valeurs de la démocratie- Huit notions fondamentales, p 63 et suiv..

[152] Certains auteurs ont pu voir dans ce type d'investigation la recherche d'une confiance réciproque, fondement de la force obligatoire du contrat. Ainsi JF Renucci *(« L'identité du cocontractant »,* RTD civ. juill-sept 1993 p 441 et suiv.) estime-t-il que l'identité professionnelle du cocontractant doit être largement entendue et qu'il faut prendre en considération sa compétence professionnelle stricto sensu, *« mais aussi les caractéristiques de sa personnalité dont on peut déduire sa capacité à exercer telle ou telle fonction. Il n'est donc pas nécessaire que ces qualités aient un lien direct avec l'activité professionnelle …, le comportement extra professionnel d'un individu peut être intégré dans cette notion d'identité professionnelle ».* Une telle approche globaliste n'est toutefois pas sans danger, notamment en terme d'atteintes aux libertés et à la vie personnelle des postulants à l'emploi.

[153] Art. L.1121-8 et L.1121-9 du code du travail (anciens art. L.121-7 et L.121-8), issus de la loi du 31 /12/92. Cette obligation existe aussi à l'égard des salariés embauchés.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

son égard[154]. Ceci afin que celui-ci soit en mesure de connaître l'exacte signification des épreuves auxquelles il est soumis, et d'évaluer les conséquences éventuelles de ses choix.

Les résultats obtenus doivent rester confidentiels et être portés à la connaissance de l'intéressé s'il en fait la demande. De plus, la loi interdit la constitution de fichiers ou de banques de données nominatifs sans que les candidats à l'emploi concerné (ou les salariés) en aient été préalablement informés[155]. Les candidats disposent ainsi d'une possibilité d'accès aux informations et d'un droit à rectification.

79 L'échange d'informations objectives constitue aussi un facteur essentiel pour la connaissance réciproque des parties en présence et la détermination de leur consentement éventuel au contrat. L'obligation d'information introduit manifestement plus d'égalité pendant la période des pourparlers mais, au-delà, se manifestent aussi des obligations de loyauté et de rectitude qui marquent une promotion des valeurs du « solidarisme contractuel », même pendant la période pré-contractuelle[156].

La loi impose également un véritable devoir de renseignements à la charge de l'employeur, consistant à donner des éléments propres à favoriser l'appréciation ou l'estimation du futur salarié, en lui permettant de se renseigner, d'accéder à une connaissance détenue par un autre. Cette obligation de renseignements[157] est certes réciproque mais proportionnée, c'est à dire qu'elle pèse davantage sur la partie en situation de force.

Le futur employeur possède une large aptitude à investigation à l'encontre des candidats pendant la période pré-contractuelle, même si celle-ci apparaît assez strictement encadrée par le droit. En revanche, cette faculté est très faible pour les candidats, et variable selon leur profil. Ils peuvent certes se renseigner [158]sur la structure juridique de l'entreprise et sa santé financière, mais il est souvent difficile pour eux d'appréhender réellement les interlocuteurs impliqués dans les pourparlers, lesquels ne sont pas forcément ceux avec lesquels ils travailleront en direct. Dans ces conditions, l'employeur ou son mandataireest tenu de répondre aux questions que le candidat se pose, voire de lui donner ou transmettre les informations que celui-ci ne peut se procurer par lui-même ou qui vont lui permettre de mieux situer à la fois son travail, ses interlocuteurs, l'entreprise ou le groupe dans lequel il sera éventuellement amené à exercer son activité. Ceci sera particulièrement important lors de l'échange des consentements et l'invocation d'un éventuel vice du consentement, en particulier le dol[159].

Il ne s'agit donc plus seulement pour l'employeur ou son mandataire de donner une information objective sur tel ou tel point mais de transmettre aux candidats des

154 V. la recommandation du 15 octobre 1985 de la CNIL.

155 V. art.L.121-8 du code du travail.

156 L'analyse du Professeur C.Thibierge -Guelfucci (art.préc*. « Libres propos sur les transformations du droit des contrats » p 369-385)* souligne aussi comment l'approche contemporaine du droit des contrats tend à faire primer le souci de sécurité sur la phase de formation du contrat.

157 Comme nous le verrons concernant les vices de consentement (v.infra.Chapitre II, Section 2, §2), l'obligation de renseignement ne se limite pas pour l'employeur à renseigner le salarié. Il lui faut aussi « se renseigner », cette obligation étant d'ailleurs plus substantielle que l'obligation d'informer dont le salarié est débiteur.(P.Jourdain, *« Le devoir de se renseigner »,*D.1983 chr.p 139.)

158 Notamment en saisissant le Greffe, essentiellement aujourd'hui par internet .

159 V.infra Chapitre II, Section 2, §1.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

éléments sélectionnés en raison de leur intérêt technique, financier, économique, voire même juridique, aptes à les éclairer et à alimenter leur réflexion ou leur décision. Vue sous cet angle, cette obligation de renseignement, à la charge du contractant qui est en situation de force, apparaît fondamentale dans le processus décisionnel de l'autre partie et dans la formation ultérieure de l'accord des volontés.

80 Le facteur temps joue également un rôle essentiel dans la prise de décision éclairée du candidat à l'emploi (ou du salarié). Les délais de réflexion ou de rétractation participent à la restauration de l'égalité entre les parties, en permettant une réflexion approfondie de la partie en situation de dépendance. Ainsi, il se peut que la formation du contrat de travail n'intervienne pas aussitôt après la phase de recrutement. Pour autant, dans cette éventualité, l'employeur et le postulant à l'emploi peuvent manifester leur intention de s'engager l'un envers l'autre, sans vouloir que cette relation de travail se concrétise de manière immédiate. Il peut s'agir soit d'une offre ferme et définitive de contracter, selon des conditions déterminées, mais le plus souvent, l'engagement prendra la forme d'une promesse d'embauche unilatérale ou synallagmatique.

81 Concernant l'offre, tant qu'elle n'a pas été acceptée par son destinataire, elle est en principe révocable. Toutefois, la jurisprudence reconnaît une obligation de maintenir l'offre pendant un certain temps de réflexion. En effet, celle-ci ne peut être rétractée par l'offrant jusqu'à l'expiration du délai qu'il a fixé ou, en l'absence de tout délai, pendant un *« délai raisonnable »,* [160]souverainement apprécié par les juges de fond en fonction des circonstances. Ce délai de réflexion tient compte du destinataire de l'offre et doit permettre une réflexion suffisante et nécessaire à l'engagement définitif. Le retrait de l'offre effectué en violation du délai explicite ou implicite est d'ailleurs sanctionné par des dommages - intérêts, sauf si un motif légitime peut être invoqué [161].

82 L'employeur peut aussi prendre l'engagement de recruter le salarié sous forme d'une promesse d'embauche dite unilatérale[162]. Dans ce cas, le candidat bénéficiaire de cette promessedispose d'une option qui lui laisse pour l'avenir la liberté de donner ou non son consentement au contrat définitif. Cependant, en droit du travail, on peut observer que les termes *« levée de l'option »* et *« bénéficiaire de la promesse »* n'apparaissent pas en jurisprudence. Il n'est jamais rappelé que le salarié a une option, qu'il peut arbitrer entre deux attitudes[163]. ·Cet infléchissement dans le vocabulaire utilisé en droit du travailrévèle la réalité concrète du travail et la primauté de l'accès à l'emploi[164].

83 En revanche, il y aura promesse synallagmatique lorsque les deux parties s'engagent l'une envers l'autre à conclure tel ou tel contrat. Or, comme le contrat de travail est un contrat consensuel,[165] la promesse synallagmatique de contrat vaut contrat, à condition qu'elle contienne des précisions suffisantes sur les éléments essentiels du

[160] Cass.soc. 22/03/72,D. 1972 p 468.

[161] Cass. soc. 12/01/2000,RJS 4/00 n° 476.

[162] La promesse est dite unilatérale lorsqu'une personne (le promettant) s'engage envers une autre (le bénéficiaire) qui accepte, à conclure un contrat, dont les conditions sont d'ores et déjà déterminées, si le bénéficiaire le demande dans un certain délai.En conséquence, le bénéficiaire de la promesse prend acte de l'engagement du promettant, mais ne promet pas de conclure le contrat définitif.

[163] N. Damas, thèse préc. « *La volonté dans la formation de l'acte juridique en droit du travail* ».

[164] Cass.soc. 06/02/2001, Dr. Soc. 2001 , 436 et suiv. note B.Gauriau.

[165] Il n'existe pas d'obligation de rédaction d'un acte notarié concernant le contrat de travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

contrat [166] et que les parties se soient engagées l'une envers l'autre à conclure.Elle n'est d'ailleurs pas susceptible d'être révoquée unilatéralement par le promettant jusqu'à la levée de l'option par le bénéficiaire, celui-ci étant ainsi titulaire d'un droit de créance.

Notons que la promesse d'embauche peut être soumise à une condition (délai, obtention d'un examen, accord de la direction,…). Dans cette éventualité, la réalisation de la condition suspensive entraîne la naissance de l'obligation à laquelle elle est attachée. La promesse d'embauche est alors bien formée. Il faut préciser aussi qu'il existe un délai accordé expressément ou implicitement pour la levée de l'option. Si le bénéficiaire ne lève pas l'option dans le délai stipulé ou, à défaut, dans un délai « raisonnable », la promesse devient caduque. Dès lors qu'il y a levée d'option, le contrat définitif est formé et aucune rétractation n'est plus possible[167].

En cas de rétractation de l'employeur, il revient aux juges du fond, éventuellement saisis, de déterminer si une véritable promesse d'embauche a été faite au profit du candidat et si le salarié avait accepté ladite promesse[168]. A cet égard, les juges apprécient diversement le refus de conclure le contrat définitif par le promettant. De manière générale, la révocation unilatérale constitue la violation d'une obligation contractuelle ouvrant droit à l'octroi de dommages intérêts en réparation du préjudice subi[169]. Plus spécifiquement, dès lors qu'il ressort des circonstances que le bénéficiaire de la promesse a manifesté son acceptation, il y a contrat de travail, même si sonexécution n'a pas commencé et, dans ce cas, la rupture à l'initiative de l'employeur caractérisera un licenciement, exposant également au paiement éventuel de l'indemnité de préavis[170].

A travers ces contextes d'engagements différés, on saisit l'importance, notamment, du rôle des délais de réflexion qui sont censés éclairer le contractant sur l'opportunité de conclure ou non le contrat de travail dans les conditions proposées, et garantir le maintien temporaire de la proposition ferme. Ces délais constituent des temps de délibération nécessaire à une manifestation de volonté éclairée et à une décision prise en connaissance de cause.

84 Au stade de la formation du contrat de travail, l'initiative de conclure et le choix du cocontractant sont des actes volontaires sous l'emprise du pouvoir factuel de l'employeur[171].Le droit intervient donc à la fois pour restreindre la liberté de choix de

[166] F. Gaudu et R.Vatinet, *« Les contrats de travail »,* traité des contrats, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ 2001 .

[167] A défaut le préjudice subi ouvrira droit à réparation. Cass. Soc 19 juin 2001,Liais. Soc. 02/07/ 2001, jp n° 727.

[168] L'existence d'une promesse d'embauche est reconnue dès lors qu'apparaît de la part de l'employeur une volonté claire d'embaucher. Il en est ainsi lorsqu'un employeur promet à un candidat de l'embaucher selon des conditions déterminées et précises et que celui-ci accepte l'engagement pris envers lui, l'employeur/promettant est lié en vertu d'un engagement contractuel parce qu'il y a un accord de volontés du promettant et du bénéficiaire. La promesse d'embauche peut être verbale ou écrite. Il convient de rechercher, suivant la situation de fait, si l'on peut déduire des échanges des parties un tel engagement. A noter que la signature du candidat n'est pas indispensable à la conclusion d'une promesse d'embauche. Les juges devront rechercher la volonté réelle du candidat et pour cela utilisent tous les éléments d'information dont ils peuvent disposer.Dès qu'il ressort des circonstances que l'intéressé a manifesté son acceptation, la promesse d'embauche est formée.

[169] On notera que s'agissant d'une promesse d'embauche à caractère synallagmatique, l'irrespect de la promesse d'embauche du fait du salarié peut permettre à l'employeur d'engager sa responsabilité contractuelle et réclamer le versement d'une indemnité correspondante au préavis de démission non effectué.

[170] Cass. Soc. 02/02/99 Duffas c/ Scté Sogea , Dr. Soc. 1999 p 484 et suiv. notes F. Favennec- Herry.

[171] Seul,l'acte de candidature traduit un acte de volonté libre du candidat en tant qu'acceptant potentiel. Mais il n'a en soi aucune valeur juridique.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

l'employeur et permettre la protection du plus faible, du futur débiteur.Ce faisant,l'attraction des dispositifs de protection, des obligations d'information et de renseignement en faveur du candidat à l'emploi, assure l'expression d'une volonté du salarié, sinon plus grande, du moins plus libre et sécurisée pendant la période pré-contractuelle et l'échange des consentements.

La prévalence de l'encadrement normatif de la volonté lors de la formation du contrat de travail prend un relief particulier au moment de la détermination du contenucontractuel par les parties. En effet, la volonté des parties s'inscrit alors dans des limites étroites. Dès lors, la teneur du contrat est-elle encore à rechercher dans la volonté des parties ?

B. La teneur du contrat

85 En affirmant que *« tout n'est pas contractuel dans le contrat »,* le sociologue E. Durkhein[172] traduisait ainsi l'indisponibilité partielle du contrat à la libre volonté des parties et sa soumission à des ensembles normatifs, en particulier la mise en œuvre d'un régime légal essentiellement d'ordre public. Partant, force est de constater que le régime des sources des règles de droit ordonnant les relations du travail restreint fortement la volonté contractuelle du salarié et de l'employeur. Cette empreinte se traduit d'abord par une réduction de l'espace d'action et de choix des parties, traçant ainsi des limites étroites à l'exercice de la volonté individuelle (1).

Mais au-delà d'une dimension de contrainte, le droit génère des ressources, c'est à dire qu'il introduit une réaction défensive de la collectivité en vue de protéger le contractant le plus faible et satisfaire la justice ou l'utilité sociale. Tout contrat crée des obligations lesquelles sont d'abord fixées par le droit étatique, en dehors de la volonté des parties. Il s'agit ainsi, de greffer sur l'expression de la volonté, des valeurs objectives d'égalité, d'équilibre et de solidarité contractuelles (2).

1. Les limites étroites à l'exercice de la volonté

86 Lors de la formation du contrat de travail, le droit pose d'emblée des limites à la volonté des parties, plus spécifiquement à leur capacité de déterminer librement le contenu du contrat. Le contrat de travail provoque la mise en œuvre d'un ensemble de normes légales d'ordre public qui s'imposent en dehors de toute manifestation volontaire des parties. Qui plus est, il existe des prérogatives dont la nature même interdit toute négociation et abandon par voie conventionnelle. Ces prérogatives sont indisponibles à la volonté (a).

Par ailleurs, le droit du travail est profondément marqué par l'ordre public dit social ou relatif. Celui-ci forme un socle impératif mais cependant ouvert à la volonté des parties au contrat de travail, uniquement dans le sens d'une amélioration de la norme légale. L'ordre juridique impose en quelque sorte des règles de sauvegarde à l'exercice de la volonté des parties (b).

a) Les prérogatives indisponibles à la volonté

87 Il s'agit de cerner ici ce qui ne peut être ni discuté, ni négocié ni abandonné par la volonté individuelle, au moment de la formation du contrat de travail. Autrement dit, ce qui est refusé au pouvoir de la volonté. Deux voies d'investigation étaient possibles. La première consistait à préciser les règles selon la nature de l'ordre public visé, la seconde à tenter de les classer selon leur objet.

[172] E .Durkhein, *«De la division du travail social »,* 1893 5ème éd.coll.Quadrige ,PUF 1998.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

L'intérêt de la première démarche n'est pas apparu probant, d'une part en raison d'une certaine incertitude[173] à déterminer l'ordre public selon sa nature, absolue ou relative[174], et d'autre part, au regard de l'objectif poursuivi qui est de procéder au tracé de l'encadrement normatif du contrat et de la volonté individuelle[175]. En outre, n'y a-t-il pas toujours une part « d'absolu » dans l'ordre public, même lorsqu'il emprunte la forme de la relativité ?

La seconde voie a donc été retenue pour identifier les prérogatives dont la nature même, par les visées et objectifs qu'elles poursuivent, interdit leur abandon total à la volonté contractuelle. Au stade de la formation du contrat de travail, trois catégories de règles semblent constituer des limites à la volonté des parties et à leur capacité de déterminer le contenu du contrat de travail. Tout d'abord, on trouve les prérogatives traduisant les valeurs et intérêts supérieurs de la collectivité auxquelles viennent s'ajouter les principes inhérents à la force obligatoire du contrat et le respect des libertés et droits fondamentaux de la personne.

Les prérogatives traduisant les valeurs et intérêts supérieurs de la collectivité

88 L'ordre juridique reflète les valeurs d'une collectivité humaine. « *L'œuvre juridique répond au besoin, vital pour toute société, de partager un même devoir- être …*»[176].Les règles de droit ont donc des finalités assignées, variables cependant selon les époques et les contextes sociaux, politiques et économiques. Comme n'importe quel autre système normatif, le droit du travail remplit un rôle d'interdit ; il s'impose à tous, prescrit et habilite des conduites, prévoit des sanctions. La volonté individuelle du sujet subit nécessairement les limites fixées par ces prescriptions parce qu'elles constituent les règles indispensables au maintien de l'organisation sociale de la collectivité dans son ensemble et/ou à la protection de l'homme dans le travail.

Ainsi, un corps de normes dont le respect est essentiel au bon fonctionnement de la société et à la préservation de ses valeurs référentielles s'applique au contrat de travail et n'entre pas dans ce qui est négociable, discutable entre les parties lors de la formation du contrat. On y trouve bien sûr les règles qui régissent les structures institutionnelles de la société. Ainsi sont déclarées nulles les clauses attributives de juridiction[177]ou celles dérogeant aux dispositions fixant la compétence d'attribution des conseils de prud'hommes,[178] éventuellement incluses dans le contrat de travail par les parties.

Font également partie de ce corps de normes, les règles qui servent à construire le rapport d'emploi, telles que les interdictions du marchandage ou du prêt de main d'œuvre à but lucratif[179].Celles-ci paralysent et sanctionnent pénalement les initiatives individuelles préjudiciables non seulement aux intérêts de la collectivité, à une concurrence loyale entre entreprises mais aussi aux conditions de travail des salariés.

173 J. Le Goff, *«Droit du Travail et Société- 1Les relations individuelles du travail »,* PUF 2001, Introduction générale, p 40

174 Certains auteurs parlant d'imbrication. V. L.Rozes, art. préc. *«Remarques sur l'ordre public en droit du travail »,* p 311.

175 J-J Dupeyroux, *« Quelques questions »,* Dr. Soc. 1990, p 11.

176 A.Supiot, op. préc *« Homo juridicus »,*p 24.

177 Art. L.1221-5 du code du travail (ancien art.L.121-3).

178 Art.L.1411-4 du code du travail (ancien art.L.511-1 al 6).

179 V. art. L.8231-1 et L.8241-1du code du travail (anciens art. L.125-1 et L.125-3).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

89 De la même manière, comme le réaffirme régulièrement la Cour de Cassation, le salarié ne peut renoncer globalement aux dispositions du code du travail ou de la sécurité sociale. La seule volonté des parties est impuissante à écarter le statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement du travail[180]. L'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs[181]. Le fondement de cette jurisprudence est enraciné dans l'idée que *« le droit du travail étant pour l'essentiel d'ordre public, la notion de contrat de travail, qui est la condition première de son application, est elle-même d'ordre public, peu importe la qualification donnée par les parties »* [182]. Dès lors, les salariés comme les travailleurs auxquels la loi étend le régime du salariat,[183] ne peuvent exprimer une volonté de renonciation à l'égard du statut légal qui leur est applicable. Celui-ci est indisponible à la volonté individuelle. En tout état de cause, l'abandon de ce statut serait nul, et ce même si l'employeur offrait au salarié des contreparties avantageuses.

D'autres règles servent à stabiliser le rapport d'emploi, telles les dispositions limitant les motifs de rupture anticipée du contrat à durée déterminée[184] ou celles interdisant de pré- constituer des causes réelles et sérieuses de licenciement[185].Elles interdisent tout aménagement ou renoncement par la volonté des parties, parce qu'elles ont été fixées dans l'intérêt du contractant le plus faible et en vue de sécuriser le lien contractuel dans la durée. Elles servent ainsi à garantir les structures intangibles des rapports entre les employeurs et les salariés.

90 De surcroît, certaines règles sont exclusivement tournées vers la protection des droits et intérêts des salariés, instituant des normes planchers, des garanties auxquelles il n'est pas permis de déroger, si ce n'est en dépassement de ce minimum d'ordre public intangible[186], dans un sens plus favorable au salarié. On est alors dans l'ordre public dit social, *« technique qui désigne la perfectibilité des règles étatiques en droit du travail »* [187]. Toutefois, soulignons, d'ores et déjà, que principe de faveur et ordre public ne doivent pas

[180] Cass.Ass .Plén. 04/03/1982, D.1984, I R p 164.

[181] Cass.Soc. 17/04/1991, CSBP A 37 p 159. Cass.Soc. 19/12/2000, Liais. Soc. 5/01/2001, jp n°699.

[182] J-M Béraud, note sous l'arrêt précité du 04/03/1983.

[183] Les dispositions concernant ces travailleurs sont désormais regroupés en Partie VII du nouveau code du travail, intitulée « Dispositions particulières à certaines professions et activités ». On retrouve notamment dans la livre premier de cette partie, la présomption de salariat des journalistes professionnels (art. 7112-1du code du travail), celle des professions du spectacle, de la publicité et de la mode (art.L.7121-3 du code du travail).

[184] La rupture anticipée du contrat à durée déterminée ne peut intervenir que dans quatre cas limitativement prévus (articles L.1243-1 et L.1243-2 du code du travail, ancien art. L.122-3-8 al 1 et 2). Ces dispositions étant d'ordre public, le salarié ne peut pas, par avance, accepter par l'insertion d'une clause dans son contrat, la rupture du contrat à durée déterminée par l'employeur pour d'autres motifs que ceux prévus par la loi (Cass.Soc. 16/12/1998,Liais. Soc. n° 95-45.341).

[185] Il est, en effet, impossible pour un employeur de pré constituer, par une clause contractuelle, une cause de licenciement. Seul le juge, au titre de l'article L.1235-1 du code du travail (ancien art.L.122-14-3), peut apprécier si les faits invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement peuvent ou non caractériser une cause réelle et sérieuse (Cass.Soc. 14/11/2000 , Dr. Soc. 2001, obs.Ph.Waquet)

[186] Sur la notion d'ordre public, v. aussi N.Meyer, *« L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé »*, LGDJ 2006.

[187] F.Canut, « *L'ordre public en droit du travail »,* thèse 2004 Université de Paris 1 La Sorbonne. LGDJ 2007.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

être confondus. Ainsi, l'ordre public social[188], caractéristique des seules normes étatiques, rend compte de la validité des dispositions juridiques.

Dès lors, sera nulle toute clause contractuelle privant le salarié d'une garantie ou d'un avantage prévu par la loi[189], mais aussi toute stipulation contractuelle lui accordant moins que ne lui assure celle-ci[190], telle par exemple une rémunération contractuelle fixée en dessous du SMIC [191]ou un délai-congé d'une durée inférieure à celle de l'article L.1234-1 du code du travail[192]. En revanche, la règle de la disposition la plus favorable, la plus avantageuse au salarié, relève de ce que la doctrine qualifie de « principe de faveur »[193]. Or, ce principe est une règle de solution de conflitsde normes via le critère du plus favorable pour le salarié et sans tenir compte de la hiérarchie de ces sources de droit ou de leur ordre chronologique[194].

91 Face à la puissance de l'encadrement normatif des volontés individuelles, peut-on alors considérer que le régime juridique du salariat relève d'un statut ? Selon M. Hebraud[195] , le statut est caractérisé *« à la fois par l'ampleur de ses dispositions et par l'unité de son inspiration qui en font l'expression d'une institution ».* Les idées de globalité et d'unité de la réglementation statutaire semblent correspondre à l'encadrement normatif dont fait l'objet le contrat de travail, indépendamment des volontés individuelles des parties. Toutefois, hormis les règles d'ordre public absolu, le contrat de travail véhicule des normes du droit du travail qui n'excluent aucunement d'aller au-delà de la norme objective générale, en faveur du salarié. C'est même une des caractéristiques de l'ordre public social ou relatif. De plus, un élément qualitatif est également nécessaire : l'existence d'une institution que le statut exprime[196]. On pense alors au statut général de la fonction publique. Toutefois, concernant la relation de travail, cet élément fait défaut.

En conséquence, on ne peut pas véritablement identifier en tant que tel un statut des salariés,[197] sauf à y désigner plus justement *«des segments du droit étatique qui supportent*

188 Comme l'ordre public absolu.

189 On citera, à titre d'exemple, le bénéfice des règles propres au droit du licenciement (art. L.1231-1 et suiv. du code du travail), excepté pendant la période limitée de la période d'essai. Sur ce dernier point, rappelons, pour mémoire, l'épisode d'exception constitué par les anciens contrats nouvelles embauches, durant les deux premières années de leur exécution.

190 La liste de ces exigences-planchers pourrait être largement précisée ou allongée tant leur diversité est une marque caractéristique du droit du travail.Il faudrait également y ajouter les limites résultant de la jurisprudence.

191 Considéré généralement comme relevant de l'ordre public de direction, le respect du Smic comporte une forte empreinte de protection de la partie la plus faible ce qui privilégie, selon nous, l'idée d'ordre public de protection.

192 Ancien art. L.122-6 du code du travail

193 D'origine essentiellement doctrinale, l'expression « principe de faveur » est absente du code du travail et n'est pas explicitement consacrée par une Juridiction suprême. Sur cette notion, voir notamment A. Jeammaud, *« Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente »* (Dr. Soc. 1999 p 115 et suiv.), Y.Chalaron, *« L'application de la disposition la plus favorables* (in les Transformations du droit du travail, Etudes offertes à G.Lyon-Caen,D.1989 p243).

194 V.infra §2 A) 1.a) ; Section 2 introduction ; TitreII, Chapitre II, Section 1, §1 A).

195 M.Hebraud, *« Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques »,* Mélanges Maury Tome II, p 419.

196 V. notamment sur ce point l'analyse du professeur H.Thuillier, *« Contribution à la théorie des sources en droit du travail – I La réception des sources : un ordre statutaire »,* D. Doctrine 1974, n° 2649.

197 Sur la notion de statut, voir aussi les développements du professeur P.Lokiec, thèse. préc. *« Contrat et pouvoir».*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

aussi bien les dérogations bénéfiques aux salariés que l'aménagement ou le complément par voie contractuelle » [198] .

92 Parce que la subordination est l'expression d'une situation de dépendance et d'inégalité, mais aussi parce que le travail, objet de l'obligation du salarié, engage sa volonté et sa personne, le lien contractuel de travail dépasse très largement le cadre des parties en cause. Ces raisons justifient donc que la détermination du contenu du contrat de travail ne soit pas laissée à la seule initiative et négociation des parties, mais contienne un nombre de règles intangibles qui sont l'œuvre de la collectivité et non celle des parties. Il semble donc inévitable, comme le souligne le professeur Le Goff,[199] qu'il n'y ait pas d'ordre public en soi mais *« des ordres publics successifs qui, autour d'un noyau dur correspondant aux convictions essentielles d'une société, agrègent les normes selon des configurations évolutives » .* Et cet ordre public, garant des valeurs de la collectivité et de la protection du contractant en situation d'infériorité, constitue toujours une limite à la volonté des parties, à leur liberté contractuelle au moment de la formation du contrat.

De même, la volonté individuelle ne peut mettre en cause le principe de la force obligatoire du contrat.

Les principes inhérents à la force obligatoire du contrat

93 La détermination du contenu du contrat par les parties peut également être réduite dès lors que le résultat de la négociation des parties vient heurter le droit commun des contrats, en particulier le principe de la force obligatoire du contrat.

La loi reconnaît dans l'article 1134 du code civil, la puissance du contrat et s'exprime, en tant que telle, dans la structure même de tout contrat. Le contrat est régi par la loi et c'est parce qu'il respecte la loi que celui-ci est assimilé à une loi pour les parties qui l'ont conclu. Dès lors, la révocation du contrat ne peut résulter que du consentement mutuel des parties ou des causes que la loi autorise.

En conséquence, la clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou partie, le contrat de travail, est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134 alinéa 2 du code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi[200] .

94 Il paraîtrait spécieux de retenir l'argument d'un détournement « a contrario » de l'alinéa 1 de l'article 1134 du code civil[201]et de considérer que l'interdiction ainsi faite aux parties d'inclure dans le contrat une clause de révision unilatérale équivaut à *« nier purement et simplement la portée de l'affirmation de principe qui veut justement que les parties déterminent elles - même le contenu et le régime de leur engagement »* [202] .

Les deux alinéas de l'article 1134 du code civil ne peuvent être lus et compris séparément. C'est parce que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi entre les parties, qu'elles ne peuvent faire l'objet d'une révocation ou révision unilatérale, et en

198 A.Jeammaud, art. préc. «*Les polyvalences du contrat de travail* », p 305.

199 Op. préc*. « Droit du travail et Société - 1 Les relations individuelles* », p 41.

200 Cass.Soc. 27/02/2001, Bull.civ.2001 n°60 ;Dr. Soc. 2001 p 514 et suiv. obs. C.Radé .

201 *« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » .*

202 C. Radé, obs.préc . sous Cass.Soc. 27/02/2001.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

conséquence, que les conventions ne peuvent contenir des clauses mettant en cause ce principe inscrit dans la loi.

Ainsi, une clause contractuelle prévoyant les modalités de révision future des conditions de rémunération par suite d'une décision unilatérale de l'employeur, même consentie par le salarié au moment de la signature du contrat, est-elle contraire aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1134 du code civil[203] et équivaut à un renoncement anticipé de sa part des droits qu'il tient de la loi. L'article 1134 du code civil contient donc à la fois la reconnaissance et les limites de la volonté contractuelle.

Enfin, parmi les prérogatives qui bornent l'action de la volonté au moment de la formation du contrat de travail, il importe de faire figurer les libertés et droits fondamentaux de la personne dont on constate l'impact grandissant, non seulement sur le rapport contractuel, mais plus globalement sur le rapport d'emploi.

· Le respect des libertés et droits fondamentaux de la personne

95 La restriction à la détermination du contenu du contrat de travail par les parties peut découler aussi du strict respect des droits des personnes et libertés individuelles et collectives. Les droits et libertés ne sont pas susceptibles d'une exclusion générale et absolue. Ceci confirme qu'aucun recul de la réglementation d'ordre public au bénéfice de la liberté contractuelle des parties ne s'est opéré[204].

Le salarié ne peut consentir par contrat à renoncer à ses droits et libertés, même si sa volonté est non équivoque. D'ailleurs, l'article 1134 du code civil ne fixe-t-il pas lui-même cet impératif en affirmant que seules les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Or, les droits des personnes et libertés individuelles et collectives[205] font évidemment partie de cette légalité. De surcroît, ils sont pour partie consacrés par des normes de valeur constitutionnelle et s'imposent dans les relations de travail autant qu'à l'égard des autres normes étatiques. Sont classiquement visés, les libertés publiques, les libertés civiles, les droits de la personnalité, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, par les conventions internationales régulièrement ratifiées et publiées en France ou encore, par les conventions adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe.

En sa qualité d'homme et de citoyen, le salarié ne peut se départir de ses libertés et droits fondamentaux, inaliénables, inviolables et imprescriptibles. Par leur généralité, ils dépassent à l'évidence le seul domaine du droit du travail. Protégés et non négociables, ils sont considérés comme *« hors contrat »* individuel mais aussi collectif.

96 Ainsi, la volonté, source de l'exercice d'une liberté, ne peut avoir pour effet de consentir à l'exclusion « générale et absolue » d'une liberté. De sorte que les parties au contrat ne peuvent porter atteinte aux droits et libertés de la personne, sans risque de s'exposer au contrôle et à la sanction des juges. L'article L.120-2 issu de la loi du 31 décembre 1992[206], devenu depuis l'article L.1121-1 du code du travail[207], ne permet pas des

[203] Un arrêt précurseur (Cass. Soc 29/06/99, juris-data n°1999-002726) avait déjà considéré qu'une modification du contrat de travail (passage d'un contrat à durée déterminée à temps plein en contrat à durée indéterminée à temps partiel) même prévue initialement au contrat de travail, ne pouvait être réalisée sans l'accord du salarié. Comme nous le verrons (infra Section 2§1 B), d'autres illustrations récentes confirment cette jurisprudence.

[204] P.Adam, *« L'individualisation du droit du travail- Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu »,* thèse, LGDJ 2005, p 145.

[205] Cette notion fut introduite dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel par une décision n° 89-269 DC du 22/01/90.

[206] La loi du 31/12/92 est elle-même inspirée du rapport de Gérard Lyon-Caen sur les Libertés publiques et l'emploi (Documentation française –Déc. 1991).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

renonciations portant sur les droits et libertés individuelles et collectives. Toutefois, cette indisponibilité de principe n'exclut pas, comme nous le verrons, des exceptions[208]. Certaines *« restrictions»* aux droits de la personne et libertés du salarié sont permises, sous réserve qu'elles soient justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché

97 Le constat s'impose : les prérogatives dont la nature exclut l'intrusion de la volonté visent à garantir un système dans lequel les rapports humains sont non seulement ordonnés mais aussi égalitaires, système qui reconnaît en outre à chaque individu des droits inhérents à la personne humaine[209]. De plus, il faut compter aussi désormais sur le principe de prohibition des discriminations qui irrigue, outre la période pré-contractuelle comme nous l'avons vu précédemment, l'ensemble du droit et trouve à s'appliquer dans les relations contractuelles[210] autant qu'extracontractuelles. Néanmoins, cet espace réglementé et protecteur est-il totalement impénétrable à la volonté ?

Une marge d'exercice de la volonté contractuelle existe bien et est reconnue dans cet espace mais, fort logiquement, elle s'inscrit dans des bornes, en même temps que des garde-fous sont prévus.

b) Les règles de sauvegarde imposées à la volonté des parties

98 On l'a vu, l'existence de règles d'ordre public en droit du travail pose des limites certaines à la volonté et la liberté contractuelles. Les parties ne bénéficient donc pas d'une autonomie pleine et entière, car en vertu de l'article 6 du code civil, elles ne peuvent ni contrevenir aux règles d'ordre public ni s'en abstraire.

Toutefois, la volonté des parties est loin d'être exclue. L'ordre public social repose précisément sur le pouvoir des parties de déroger par conventions particulières. Mais dans ce cas, la volonté des parties ne peut s'exercer que dans un sens unique, celui du plus favorable au salarié, au-delà du minimum légal intangible. Il s'agit ici d'une première règle de sauvegarde.

Par ailleurs, lorsque la loi prévoit des facultés de dérogations à l'ordre public social autrement que dans un sens plus favorable, elle exclut en principe la négociation et la volonté individuelles au profit de la négociation collective des acteurs syndicaux, sauf à prévoir une double contractualisation au niveau collectif et individuel. Il s'agit là encore d'une règle de sauvegarde, même si celle-ci comporte de plus en plus fréquemment des atténuations.

L'ensemble de ces règles de sauvegarde agit en réalité comme des prescriptions de conduite qui doivent diriger la volonté contractuelle des parties. Cela interdit-il aux parties au contrat de travail de renoncer à des droits et prérogatives, au moment de la formation du contrat de travail?

207 *« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir ni proportionnées au but recherché ».*Cet article énonce le même principe de finalité et de proportionnalité que son prédécesseur, l'article L.122-35, nouvellement transformé en article L.1321-3 (concernant le règlement intérieur).

208 V.infra Section 2 §2.

209 N. Meyer, thèse préc. *« L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé »*

210 V. supra §1 A) 2 a). En particulier, comme nous l'avons vu, l'utilisation de l'ancien article L.122-45 al.1, devenu l'article L.1132-1 du code du travail sert de moyen d'objectiver les choix de l'employeur durant la période pré contractuelle de recrutement.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Des prescriptions de conduite en vue de diriger la volonté

99 Même lorsque l'ordre public est dit social, il demeure une part irréductible d'ordre public qui ne peut être anéantie par la volonté des parties au contrat. Même lorsque les parties sont autorisées à déroger à la loi, elles ne peuvent contrevenir au minimum fixé par celle-ci. Le minimum intangible constitue ainsi une limite à la liberté contractuelle des parties[211].

La volonté des parties rencontre donc une première règle de conduite en ce qu'elle ne peut pas décider seule de remettre en cause ce plancher légal. Qui plus est, elle ne peut que l'améliorer. Toute stipulation contractuelle moins favorable que le minimum fixé par la loi serait contraire à l'ordre public. De surcroît, la volonté des parties n'est pas autorisée par elle-même à remplacer ce minimum par des règles différentes, même si celles-ci apparaissent plus favorables. Toute dérogation s'inscrit dans une prévision légale expresse[212].

On constate donc qu'en recouvrant une part de liberté, la volonté des cocontractants demeure encadrée et se doit de respecter le minimum légal garanti par la loi ou de stipuler dans le sens d'une amélioration de celui-ci. Ces prescriptions de conduite imposées à la volonté contractuelle des parties, traduisent la suspicion classique du droit du travail sur la capacité du salarié à défendre ses droits, en même temps que ses craintes sur la capacité de l'employeur à profiter de sa situation dominante. Elles s'inscrivent dans la logique de protection de la volonté du salarié.

100 En revanche, lorsque la loi autorise explicitement, des dérogations, dans des hypothèses de plus en plus fréquentes, les conditions qu'elle pose traduisent une autre conception du droit. Ces dérogations, qui ne vont pas dans le sens du plus favorable au salarié, ne sont pas en principe possibles par l'initiative exclusive des parties au contrat de travail. Elles ne peuvent être mises en œuvre que par convention ou accord collectif du travail,[213]ce qui renvoie à la notion d'ordre public dérogeable[214].

Ce mécanisme ne poursuit plus un objectif de protection de la partie la plus faible mais entend répondre au mieux à l'intérêt de l'entreprise, voire éventuellement, à l'évolution des intérêts de la collectivité dans son ensemble. D'ailleurs, dans certains cas, le législateur a même prévu que l'autorité administrative soit légalement habilitée à accorder une dérogation à la loi d'ordre public au profit de l'entreprise[215],du moins dans l'attente de la conclusion d'un accord collectif.

Cependant, sans dévoiler les développements qui seront menés plus loin,[216] on peut déjà souligner ici que ce mécanisme de dérogation, parce qu'il n'est justement plus porteur d'amélioration de la situation juridique du salarié, nécessiterait d'autant plus fermement

211 N.Meyer, thèse préc.*« L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé ».*

212 De telles dispositions légales prévoient généralement des dérogations, sous réserve de la signature d'un accord collectif.

213 Par négociation de branche ou d'entreprise, voire même en sollicitant un double niveau de négociations. On notera toutefois ici la tendance actuelle à privilégier la négociation collective d'entreprise, en particulier concernant les dérogations au temps de travail, domaine privilégié des dérogations par voie de convention ou d'accord collectif (v. dans ce sens la loi du 20 août 2008 portant réforme du temps de travail).

214 F.Bocquillon, *« Que reste-t-il du principe de faveur ? »,* Dr. Soc.2001, p 255.

215 Art L.3122-36 du code du travail. Concernant le travail de nuit, à défaut d'accord collectif et à condition que l'employeur ait engagé sérieusement et loyalement des négociations, les travailleurs peuvent être affectés à des postes de nuit sur autorisation de l'inspecteur du travail accordée après vérification des contreparties octroyées et des temps de pause.

216 V.infra. Chapitre 1,§2 du présent Titre I.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

la sollicitation de sa volonté. A telle enseigne que parfois, comme nous le verrons, le législateur exige effectivement l'accord individuel et écrit du salarié, en sus d'une disposition explicite de la convention ou de l'accord collectif. Un tel mécanisme est qualifié de «double contractualisation»[217]. Pourtant, récemment, le législateur a permis, sur initiative individuelle du salarié, d'écarter certaines règles d'ordre public[218]. Ce qui pourrait laisser entrevoir la reconnaissance d'une faculté de dérogation singulière, directement sur initiative du salarié,[219] sous réserve de l'accord de l'employeur. Cette faculté, qui se rapproche de l'idée de renonciation, ne peut toutefois se réaliser au moment de la formation du contrat de travail.

A ce stade, la volonté de nature abdicative qui s'exprime dans la renonciation, rencontre en effet des obstacles majeurs.

Des obstacles majeurs à la renonciation volontaire

101 De manière générale, l'idée de renonciation ou de renoncement implique un effort de volonté qui conduit à cesser de prétendre à quelque chose, à abandonner un droit ou répudier une prérogative dont une personne est titulaire. La particularité de la renonciation réside donc dans son effet abdicatif. Son auteur manifeste une volonté tournée vers l'extinction d'un droit. La renonciation est donc une des formes juridiques d'expression de la puissance de la volonté individuelle dans l'aménagement des rapports de droit[220].

D'emblée, elle heurte de front une notion antagoniste, celle de subordination[221].De plus, compte tenu de la protection du droit dont le salarié bénéficie, même contre sa volonté, admettre qu'il puisse renoncer à une disposition légale ou conventionnelle, c'est prendre le risque de vider de tout sens cette protection particulière organisée en sa faveur. On peut craindre, en effet, que la renonciation du salarié à tel ou tel droit soit en réalité le résultat plus d'une pression de l'employeur que d'une volonté libre et éclairée de sa part. Cette réticence est particulièrement forte et justifiée pendant la période de formation du contrat de travail.

102 Cependant, il n'existe pas de principe «d'irrenonçabilité» en droit du travail français[222]. Ce qui laisse entrevoir que l'idée de renonciation est possible. Pendant longtemps, la question de la renonciation n'a guère intéressé la doctrine travailliste[223]. Tel n'est plus le cas. Depuis quelques années déjà, elle suscite même un intérêt doctrinal certain[224]. La notion est complexe et exige de combiner quatre variables : la source des

[217] En matière de mise en œuvre des conventions de forfait annuel jours ou heures (v. infra Titre II, Chapitre 1).

[218] Tel est le cas de la loi du 20 août 2008 portant reforme du temps de travail. En effet, celle- ci prévoit que le salarié qui le souhaite peut, en accord avec son employeur, renoncer à une partie de ses jours de repos acquis dans le cadre du forfait annuel jours, en contrepartie d'une majoration de salaire. Aucun accord collectif n'est nécessaire pour recourir au mécanisme de renonciation. Seule l'exigence d'un écrit sous forme d'avenant entre le salarié et l'employeur est désormais requise. Cette question ne concernant pas la volonté du salarié au moment de la formation du contrat de travail ne sera pas développée ici mais dans le cadre du Titre II.

[219] Mais en cours d'exécution du contrat de travail.

[220] P. Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »* p 158.

[221] G.H. Camerlynck *« La renonciation du salarié »,* Dr. Soc. 1960,p 628.

[222] A.Jeammaud *« La renonciation du salarié »,* Dr. Ouv., décembre 1997 p 535 et suiv.

[223] On en trouve quelques évocations chez P. Durand (*« Traité de droit du travail »* en collaboration avec A.Vitu, D.1950 n° 324). V. également G.H. Camerlynck art.préc., *« La renonciation du salarié »,* p 628.

[224] V. la thèse de F. Dreifus-Netter, *« Les manifestations de volonté abdicatives »,* LGDJ 1985. I. Vacarie *« La renonciation du salarié »*, Dr. Soc. 1990 p 757. Plus récemment, A. Jeammaud *« La renonciation du salarié »,* Dr. Ouv. 1997, p 535. F. Hénot *« La*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

normes visées par la renonciation, le type d'ordre public (social ou absolu), la nature du bénéfice (droits acquis ou autres), le moment de la renonciation[225].

103 Il est fréquemment proposé d'aborder la question de la renonciation du salarié au cours des différentes phases de la vie contractuelle. Cette solution s'impose en raison de la théorie des droits acquis développée par la Cour de cassation. En effet, celle-ci admet la renonciation au bénéfice de règles du droit étatique dès lors qu'elle concerne un droits acquis, indiscuté ou que le salarié pourrait tenter de faire reconnaître. *« Une partie peut toujours, après la naissance de son droit, renoncer à l'application d'une loi, fût-elle d'ordre public »*[226]. La Haute juridiction ne précise pas ce qu'elle entend par ordre public. Mais, si on se réfère au critère de droits acquis, ceci ne peut concerner que l'ordre public de protection.

Par ailleurs, la renonciation est inconcevable en présence d'un ordre public de direction dont la finalité, par nature générale, échappe à l'emprise des volontés individuelles[227].Ainsi, au moment de la formation du contrat de travail, comme à tout autre moment de la vie du contrat, il est d'emblée exclu que le salarié puisse renoncer aux prérogatives indisponibles à la volonté que nous avons identifiées précédemment[228]. L'objectif d'intérêt supérieur qu'elles véhiculent, interdit, sous peine de nullité, toute renonciation. On sait, par exemple, que les droits fondamentaux sont attribués à la personne parce que l'ordre juridique les considère comme essentiels à son humanité même et qu'à ce titre, ils ne peuvent faire l'objet d'un abandon.

104 Lors de la conclusion du contrat de travail, la renonciation à l'ordre public de protection apparaît également impossible. Une renonciation initiale, contemporaine à la naissance des droits, est nulle[229].Toute renonciation, au moment de la formation du contrat, c'est à dire à caractère anticipé, est exclue. Ceci n'est qu'une application de la théorie des droits acquis formulée par la jurisprudence, les droits du salarié n'étant à ce stade qu'éventuels. Le juge le rappelle d'ailleurs régulièrement, concernant notamment l'impossibilité de renoncer, par avance au droit de se prévaloir des règles relatives au licenciement. Au surplus, lors de la conclusion du contrat, le travailleur sollicitant l'emploi et redoutant le refus d'embauchage est un subordonné virtuel qui renoncerait trop aisément[230].

105 Toutefois, si la renonciation est exclue, il n'en va pas de même de la dérogation *in melius* au minimum fixé par la loi. La notion d'ordre public social permet aux parties d'instaurer des avantages plus favorables que le minimum légal garanti par la loi mais celles-ci ne peuvent le remettre en cause ou s'en affranchir. La dérogation envisagée ne peut donc être assimilée à une renonciation à un droit d'ordre public, puisque le mécanisme de la renonciation suppose que le sujet abandonne l'exercice d'une prérogative. En effet, la mise

renonciation du salarié » , thèse Université de Picardie, 1996. C.Radé *« L'ordre public social et la renonciation du salarié »*, Dr. Soc. 2002 p 931. X. Carsin *« La renonciation en droit du travail »,* thèse Paris 1 Panthéon, La Sorbonne, 2006.

225 A.Jeammaud, art.préc. *« La renonciation du salarié »,* p 538.

226 Cass.civ. 27/10/1975, Bull.civ. III n°310 p 234.

227 J.Mestre, *« De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public »*, Obligations et contrats spéciaux, RTDCiv. 1998, p 670 et suiv.

228 V.supra §1B) 1 a.

229 1ère ch.civ. 09/12/1997, Bull.civ. 1 n°368 , décision rendue en matière de droit à la consommation mais applicable à tous les domaines du droit.

230 G.H. Camerlynck, art.préc.*"La renonciation du salarié",* p 628 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

en œuvre de la notion de dérogation *in melius* se conçoit comme la volonté d'acquérir plus d'avantages que ceux édictés par la loi, et non comme un abandon de droits. Elle n'implique pas renonciation à une disposition légale d'ordre public.

En réalité, le salarié ne déroge pas à la loi et ne renonce à rien puisqu'il obtiendra au moins les droits que lui confère la loi. Ainsi, un salarié qui accepte un contrat prévoyant un forfait d'heures par semaine ou par mois, ne renonce pas aux droits que la loi lui octroie concernant le paiement des heures supplémentaires. Il y a seulement substitution de la règle commune par une autre règle incluant une rémunération au moins égale à la rémunération des heures normales majorée des heures supplémentaires inclues dans le forfait.

106 Force est de constater que la figure de la renonciation volontaire par le salarié est écartée au moment de la formation du contrat de travail. Le déséquilibre des parties en présence, le spectre de la subordination et les exigences de l'ordre public de protection sont indéniablement des facteurs qui entrent en compte dans ce constat. Dès lors, aucun indice d'assouplissement de l'encadrement normatif n'apparaît au profit de l'expression de la volonté individuelle lors de la conclusion du contrat de travail. Nous verrons qu'en cours d'exécution du contrat, une certaine suspicion perdure à l'encontre de la renonciation du salarié. C'est sans doute, après la rupture du contrat de travail, au moment où le salarié est sorti du lien de subordination, que celle-ci trouve à s'appliquer plus sûrement mais non sans débats ni contrôles.

Au-delà de la dimension de contrainte, on observe aussi que le droit étatique est à l'origine de la création de diverses obligations, indépendantes de la volonté des parties au contrat, mais traduisant les valeurs objectives qu'il entend véhiculer dans les rapports contractuels. Ce que le professeur A.Jeammaud désigne par les termes «contenu obligationnel »[231] du contrat de travail.

2. L'empreinte d'un contenu obligationnel légal

107 Outre l'influence des normes légales d'ordre public, les parties contractantes subissent l'attraction d'un certain nombre d'obligations greffées sur le contrat de travail par la loi ou par le juge. Alors même que les parties ne les ont ni voulues expressément, ni même parfois envisagées au moment de la formation du contrat. Ainsi, parle-t-on parfois d'obligations « implicites » parce qu'elles n'apparaissent pas clairement énoncées et ne peuvent donc pas dériver de la volonté clairement exprimée des parties[232].

Ces obligations s'imposent en dehors de la volonté des parties, du seul fait de la formation du contrat de travail. Elles complètent les obligations voulues par les parties et enrichissent celles inhérentes à la qualification de contrat de travail, les obligations dites contractuelles. Ainsi, à la charge de l'employeur, recense-t-on l'obligation contractuelle de fournir le travail convenu au salarié, celle de lui verser un salaire en contrepartie du travail accompli et depuis peu, celle de garantir sa sécurité et sa santé physique et morale[233], y

[231] V. notamment A. Jeammaud, art. préc. *« Le contrat de travail, une puissance moyenne »,* p 304ou *« Les polyvalences du contrat de travail »,* p 299 et suiv.

[232] P.Lockiec, thèse préc. *« Contrat et pouvoir ».*

[233] Cette obligation s'inscrit dans le prolongement de celle de l'article L.4121-1 du code du travail (ancien art. L.230-2 issu de la loi du 31/12/1991). Affirmée dans une décision de la Haute juridiction du 11/03/2002, cette obligation est qualifié d'obligation de sécurité de résultat, en vertu du contrat de travail (Cass.Soc 11/04/2002, Dr. Soc. 2002, p 676, obs.P.Chaumette)

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

compris en organisant la prévention des agissements de harcèlement moral[234].Concernant le salarié, celui-ci a l'obligation d'effectuer personnellement le travail convenu, pendant le temps où il est tenu de rester à la disposition de l'employeur et où il doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles[235]. A ce stade de l'analyse, nous délaisserons momentanément ces obligations pour les retrouver ultérieurement, sous un angle différent et dans une autre perspective[236].

108 En revanche, l'accent ici doit être mis sur l'existence et l'influence des obligations de source légale qui complètent celles voulues par les parties et sont induites, en quelque sorte, par la loi comme découlant de la qualification de contrat du travail. Fondées sur des valeurs objectives, ces obligations du « second cercle », issues de la loi ou du juge, tendent à œuvrer non seulement pour la pérennité du contrat mais aussi pour la protection des intérêts des parties, indépendamment des obligations directement contractées par ces dernières. Exigences réciproques et proportionnées, ces obligations n'ont pas le même poids ni la même intensité au regard des deux parties. Elles pèsent, en effet, plus fortement sur la partie en situation de force ou sur la partie dite dominante dans le rapport contractuel.

109 Œuvrer pour la pérennité du contrat, c'est à la fois vouloir sécuriser le lien contractuel et maintenir la paix sociale. L'exigence de bonne foi est ainsi souvent sollicitée pour servir cet objectif. Mais la bonne foi n'est pas seulement un moyen utilisé par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la morale dans le droit positif en général[237], c'est surtout *« une règle juridique, source de droits et d'obligations aux multiples applications pratiques»* [238]. Ainsi, imprègne-t-elle les rapports des pré- contractants[239] comme ceux des contractants. Dès lors que les parties ont consenti au contrat, elles s'engagent mutuellement à l'exécuter de bonne foi. Cette exigence apparaît bien comme une suite du contrat, elle n'est pas pour autant explicitement contenue dans l'acte mais découle d'une double prescription légale [240].Il s'agit donc d'une obligation légale qui incombe aux parties lors de la formation mais également, comme nous le verrons plus loin, en cours d'exécution du contrat[241]. On y décèle un devoir sinon de fraternité contractuelle, tout au moins de solidarité contractuelle[242]. En outre, les sollicitations jurisprudentielles et législatives de l'exigence

234 La référence par les juges à une obligation de sécurité de résultat en matière de harcèlement moral est incontestablement novatrice, même si elle répond logiquement à la combinaison des articles L.4121-1, L.1152-1 (ancien art.L.122-49) et L.1152-4 (ancien art.L.122-51) du code du travail imposant au chef d'entreprise de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs et prévenir les agissements de harcèlement moral dans l'entreprise (Cass.Soc. 21 juin 2006, La sem. Jur. n°28 jp n° 1566, obs. C.Leborgne-Ingelaere).

235 Pour reprendre la définition du travail effectif telle qu'elle résulte de l'article L.3121-1 (ancien art. L.212-4) du code du travail.

236 V. infra Section 2 du présent chapitre.

237 Ripert, *« La règle morale dans les obligations civiles »,* LGDJ 1949 4ème Ed. n°157.

238 D.Corrignan-Carsin, *« Loyauté et droit du travail »,* Mélanges en l'honneur de H. Blaise, Economica, 1995.

239 V.supra &1 A) 2 b.

240 Art. 1134 alinéa 3 du code civil et désormais aussi article L.1222-1 du code du travail (ancien art. L.121-4 issu de la loi du 17 /01/2004). Certes, ce principe se déduisait avant de l'article L.1221-1 (ancien art. L.121-1) du code du travail qui renvoie implicitement aux dispositions de l'article 1134 alinéa 3 du code civil. Cette nouvelle précision légale n'était sans doute pas nécessaire mais elle n'est cependant pas dénuée d'intérêt juridique dans la mesure où cet article se réfère davantage aux conditions de validité du contrat de travail qu'à son exécution.

241 V. infra Titre II, Chapitre 1.

242 C.Jamin, *« Plaidoyer pour un solidarisme contractuel »* in Mélanges J.Ghestin, LGDJ 2001.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de bonne foi semblent aujourd'hui essentiellement exprimer des obligations qualitatives à la charge des parties, *« de simples déclinaisons du devoir légal ou contractuel de bonne foi »*[243].

110 Mais il faut préciser ici que l'exigence de bonne foi, fût-elle bilatéralisée, ne suffit sans doute pas à assurer l'émergence d'un solidarisme contractuel[244], c'est à dire le dépassement des intérêts particuliers de chaque partie pour collaborer à la recherche d'un intérêt commun[245]. L'inégalité juridique des parties au contrat de travail par la subordination de l'une à l'autre rend singulièrement illusoire et trompeuse cette conception en matière de rapport salarial[246]. Il n'en demeure pas moins vrai qu'elle tend à contribuer à une dynamique d'échanges et de collaboration mutuels[247]en vue de favoriser la pérennité du contrat mais aussi, pour certaines de ses composantes, à assurer la protection de la partie la plus faible.

111 Au stade de la formation du contrat de travail, il apparaît donc que le domaine d'exercice de la volonté et la liberté contractuelle des parties s'insèrent dans un étau normatif. La réglementation d'ordre public, plus largement l'action du législateur et du juge, confirment la persistance de règles à la fois contraignantes pour l'employeur et protectrices pour le salarié. Pour autant, la volonté du salarié demeure indispensable à l'existence du contrat de travail, puisque sans consentement exprimé, aucun contrat n'est possible.

Mais au-delà de l'attraction de la norme légale, c'est l'essor de la convention ou de l'accord collectif, comme source de droits et d'obligations, qui intensifie encore le réseau normatif autour de la volonté du salarié.

§2 Protection et fonction acquisitive de la norme collective

112 Le droit du travail a inventé ses propres techniques juridiques pour faire face aux particularismes des relations qu'il régit. L'inégalité entre le travailleur et l'employeur, marque substantielle de la relation individuelle du travail, constitue sans doute le pivot de la réaction du droit. Il s'agit alors de compenser la dépendance factuelle du salarié qui empêche de voir en lui un contractant à part entière, apte à prendre des engagements, en toute parité avec un cocontractant plus puissant. Qui plus est, le salarié n'est pas un contractant ordinaire, il est aussi débiteur d'obéissance, soumis au pouvoir juridique de l'employeur, durant l'exécution du contrat de travail. Il a donc fallu *« équilibrer le pouvoir par le nombre »*[248]. Ce « nombre » est devenu le collectif, empruntant plusieurs figures juridiques construites par le législateur : le syndicat, la convention collective, les notions de représentativité et d'intérêt collectif de la profession.

C'est ainsi que, parallèlement à l'essor de l'interventionnisme étatique, l'autonomie collective a absorbé peu à peu l'autonomie individuelle, le groupement syndical se substituant au salarié-individu comme interlocuteur de l'employeur, la négociation collective

243 A. Jeammaud, art. préc. *« Le contrat de travail, une puissance moyenne »*,p 306.

244 P-Y Verkindt, obs. sous Cass.Soc. 15/01/1997, arrêt préc.

245 Y.Picod, *« L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat »,* JCP G 1988,I, 3318.

246 C.Vigneau, *« L'impératif de bonne foi et l'exécution du contrat de travail »,* Dr. Soc. 2006, p 706 et suiv.

247 D.Mazeaud , art. préc. *« Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? »* , p 603. J. Mestre *« D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration »* , RTD civ. 1986, p 100.

248 S.Yannakourou, *« L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur »,* Thèse, LGDJ 1995, p 217.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

supplantant le contrat individuel comme source de droits et d'obligations [249]. Partant, échappe à la volonté et au contrat de travail individuels un ensemble de règles collectives d'origine professionnelle réglementant les conditions dans lesquelles le contrat de travail peut s'exécuter.

Ces règles sont définies par une convention ou un accord collectif doté par la loi d'un effet impératif et automatique. Elles s'imposent directement et immédiatement aux contrats de travail, sans que le consentement du salarié soit requis(A).

113 Or, les fonctions de la norme collective tendent à se diversifier et s'élargir, de sorte que le relief originel acquisitif de la convention ou l'accord collectif se modifie progressivement. Il faudra donc s'interroger sur la légitimité du retrait de la volonté individuelle face à des aggravations de la situation juridique du salarié générées par la voie du collectif. Cette question constitue aujourd'hui un enjeu essentiel pour l'avenir du dialogue social[250] et la démocratie sociale[251] mais aussi au regard de la hiérarchie des normes, en particulier concernant la place accordée au contrat individuel de travail.

Pour comprendre ce phénomène lié à l'extension des fonctions de la norme collective (B), on s'attachera à analyser ses effets et ses conséquences sur la volonté du salarié, en prenant appui sur l'aptitude, semble-t-il, de l'accord collectif à créer des obligations directement à la charge du salarié. Une telle faculté n'est-elle pas susceptible de faire apparaître des tensions entre les effets des accords collectifs et la volonté exprimée dans le contrat individuel de travail des salariés ?

A. La volonté individuelle sous l'emprise de l'acte collectif

114 Envisagée originellement comme un outil juridique de rééquilibrage et de justice sociale au profit du salarié, la convention ou l'accord collectif devait pouvoir primer sur les manifestations des volontés individuelles.

Sous cet angle, le salarié n'est pas saisi en tant que contractant animé par des intérêts propres mais comme une entité abstraite, celle de membre d'une collectivité de travail. La norme collective est censée lutter contre l'unilatéralisme de la détermination des conditions de travail par l'employeur, dans un rapport de travail globalement dominé par l'inégalité de fait des parties au contrat, ce qui s'avère incompatible avec une manifestation de volonté réelle du salarié.

115 Qui plus est, s'agissant en particulier d'une convention collective de branche, celle-ci présente le caractère d'une loi de la profession, garantissant une uniformité et une égalité de traitement dans les conditions de travail entre les salariés, voire même une concurrence loyale dans ces domaines entre les entreprises entrant dans son champ d'application. Ainsi, pour que la convention ou l'accord collectif puisse remplir son rôle de régulation sociale au profit des salariés, l'acte collectif devait être doté d'une force juridique capable de constituer un contre-pouvoir efficace. Cette force juridique trouve une traduction essentielle dans le double effet « impératifet automatique » qu'elle produit sur le contrat de travail moins favorable, ce qui affecte directement l'expression des volontés individuelles mais donne tout son sens à la fonction acquisitive originelle de la norme collective (1) .

[249] P. Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »* p 318 et suiv.

[250] Pour reprendre l'intitulé de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

[251] V. Loi n°2008-789 du 20/08/08 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. Celle-ci revisite la notion de représentativité syndicale dans l'objectif d'une légitimité sociale accrue des représentants des salariés.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

116 Par ailleurs, l'originalité de l'acte collectif réside dans son double fondement juridique, le principe de la liberté contractuelle d'une part et le droit à la négociation collective stipulé à l'article L. 2221-1 du code du travail[252], d'autre part. Or, il faut garder à l'esprit que le véritable titulaire du droit de la négociation collective n'est autre qu'une collectivité de salariés ayant des intérêts en commun[253], quant à la détermination de leurs conditions d'emploi et de travail et leurs garanties sociales.Faute de personnalité juridique, cette entité ne peut, en tant que telle, ni conclure un acte juridique, ni le négocier. Aussi, la négociation et la conclusion de conventions ou accords collectifs sont-elles en principe dévolues du côté salariés aux organisations syndicales représentatives, agissant au nom de l'intérêt collectif des salariés.Par touches successives[254], l'Etat a procédé à une délégation spécifique autorisant les acteurs socioprofessionnels à créer et produire des règles conventionnelles de type normatif, dès lors qu'elles respectent les exigences et les conditions de validité fixées par la loi.

Outre l'effet normatif de la convention ou de l'accord collectif, l'emprise de l'acte collectif sur les volontés individuelles des salariés trouve une légitimité liée à son efficacité *erga omnes*. Y sont soumis non seulement l'employeur, mais l'ensemble des salariés de la collectivité de travail visée, qu'ils soient ou non membres du ou des syndicats signataires de l'acte collectif.

La soumission des volontés individuelles à la norme collective serait donc aussi confortée par la mise en œuvre d'un pouvoir légal de représentation accordé aux syndicats représentatifs en matière de négociation collective, au nom de l'intérêt collectif des salariés. Ainsi, la volonté collective exprimée par les représentants des salariés à la négociation collective prime-t- elle sur les volontés individuelles (2).

1. Le sens de l'effet impératif et automatique de la norme collective

117 La convention ou l'accord collectif conclu conformément aux exigences de la loi[255]est doté d'un effet normatif. L'acte collectif déploie alors une force juridique en intensité, similaire à celle de la norme étatique et exclusive de la volonté individuelle des parties au contrat de travail (a), sauf disposition plus favorable. Cependant, si sous l'emprise du double effet impératif et automatique, aucun consentement du salarié n'est requis ni à la formation ni à l'applicabilité de la norme collective, c'est essentiellement parce qu'elle est censée produire des avantages et des droits supplémentaires au profit des salariés (b). Prolongement de la loi, la norme collective est aussi dotée d'un objectif d'amélioration de la situation juridique de chaque salarié. Le double effet impératif et automatique apparaît bien être le corollaire de la finalité acquisitive originelle de la norme collective et de la notion d'ordre public social ou relatif.

a) La neutralisation de la volonté contractuelle moins favorable

252 Ancien art. L.131-1 du code du travail.

253 M.L Morin, *« Des titulaires du droit à la négociation collective »* , Dr. Soc. 1988 p 24.

254 Les différentes évolutions seront évoquées dans plusieurs sections de la thèse.

255 La loi du 4 mai 2004 avait déjà modifié de manière substantielle les conditions de validité de la convention ou de l'accord collectif en introduisant le principe majoritaire en vue « de renforcer la légitimité des accords collectifs. » La loi du 20 août 2008 renforce la notion d'accords majoritaires. En effet, le législateur subordonne désormais la validité d'un accord interprofessionnel, d'une convention de branche ou d'un accord professionnel, d'un accord de groupe, d'un accord d'entreprise ou d'établissement à une double condition de majorité de 30% et d'absence d'opposition des organisations syndicales non signataires ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés. V.infra Partie II, Titre III, Chapitre II, Section 2.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

118 L'effet automatique de la convention collective traduit sa capacité à s'imposer directement et immédiatement aux contrats de travail conclus entre l'employeur assujetti à l'acte conventionnel et ses salariés[256]. De sorte que la volonté des parties au contrat est indifférente et n'est pas directement sollicitée. L'effet dit impératif de la convention collective lui permet d'agir à la manière d'une loi. Son contenu n'est pas négociable et ne permet pas des aménagements différents par voie contractuelle, sauf dispositions plus favorables [257].

Ainsi, la règle conventionnelle prévaut-elle sur la clause du contrat de travail, sauf si cette dernière est plus favorable. Dès lors, la clause contractuelle moins favorable au salarié ou non conforme se trouve-t-elle remplacée *« ipso jure »* mais n'est pas pour autant annulée par la clause correspondante de la convention collective. La disposition conventionnelle prive ainsi d'application la clause contractuelle qui fût pourtant acceptée, consentie par les parties au contrat. Par ailleurs, en cas de silence du contrat de travail, la convention collective se substitue à lui sur les points non réglés par les parties au contrat.

119 Les règles conventionnelles s'appliquent d'elles-mêmes au titre de règles de droit, manifestant ainsi l'effet normatif de la convention ou de l'accord collectif. Force est alors de constater que la volonté individuelle du salarié n'intervient pas dans les conditions d'applicabilité de la convention collective [258]. L'effet impératif et automatique exprime ainsi la supériorité de la force juridique de la convention collective par rapport à celle du contrat de travail, alors même que les deux actes ont la loi pour fondement, alors même qu'il n'existe pas de domaine réservé propre à l'un ou l'autre en matière de détermination des conditions de travail et de salaire. Collectivisé, le droit du travail réserve une place prépondérante à la réglementation par voie conventionnelle du rapport de travail, « en *sacrifiant* l'autonomie individuelle au profit de l'autonomie collective » [259]. L'accord collectif a la force hiérarchique que lui confère son intégration dans l'ordre juridique. Il ne doit rien à la volonté des parties au contrat [260].

120 Il faut certes atténuer le propos. On assiste en réalité à un cheminement parallèle du contrat de travail et de la convention collective comme sources de rapports de droit. Un espace demeure réservé à la volonté du salarié et au contrat individuel de travail. Car, si le contrat ne saurait être moins favorable que la convention collective, il peut être plus favorable et n'exclut pas l'agir contractuel[261] ·Les clauses de la convention collective, de

256 Son action porte non seulement sur les contrats individuels conclus postérieurement à son entrée en vigueur (v. toutefois les limites de ce principe, infra Titre II, Chapitre II) mais aussi sur tous les contrats en cours d'exécution. Elle influe aussi sur les relations collectives ou professionnelles de travail.

257 Art. L.2254 du code du travail (ancien art. L. 135-2).

258 Comme est inopérante l'affiliation syndicale des salariés ou leur activité, sauf cas particuliers. Notons toutefois, dans l'hypothèse de l'application volontaire d'une convention ou accord collectif, que le salarié bénéficie d'une certaine marge d'expression de volonté. Il peut toujours exiger l'application de la convention collective à laquelle l'employeur est assujetti compte-tenu de son activité principale, dès lors que celle-ci lui est plus favorable que celle indiquée sur son bulletin de paie ou son contrat, à tout le moins concernant les relations individuelles de travail (Cass. Soc 18/07/00, Bull.civ. V 2000n°295, Dr.Soc.2000, p 922, obs.J-Y Frouin). D'autre part, à défaut de se prévaloir de la convention collective correspondant à l'activité principale de l'entreprise, le salarié peut demander l'application de la convention collective mentionnée sur son bulletin de paie, car cette mention vaut reconnaissance de l'application de la convention collective à son égard (Cass. Soc 18/07/00, Bull.civ. V n°296, Sem. Soc. Lamy n°992 p 8)).

259 *S. Yannakourou , thèse préc.« L'Etat , l'autonomie collective et le travailleurs », p 217.*

260 M-L.Morin, *« Le droit des salariés à la négociation collective – Principe général du droit »* , LGDJ 1994.

261 V. infra Section 2.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

même que les dispositions légales, ne constituent qu'un minimum auquel le contrat de travail peut déroger en faveur du salarié.

Toutefois, par ce minimum incompressible et impératif, l'accord collectif exerce nécessairement un encadrement normatif de la volonté et du contrat de travail individuels. Cette emprise se justifie parce qu'elle contient dans sa finalité même les exigences d'égalité et de protection du salarié, en tant que membre d'une collectivité de travail, et qu'elle est censée permettre ainsi une amélioration de sa situation juridique par la création d'avantages et de droits à son seul profit.

b) La création d'avantages et de droits au profit du salarié

121 La finalité et les fonctions de la convention ou de l'accord collectif ont évolué dans le temps, comme nous le verrons. Mais il n'en demeure pas moins vrai que sa logique propre et originelle est intimement liée à sa fonction acquisitive d'avantages et de droits au profit du salarié.

On argue parfois que la convention collective envisage le rapport de travail comme un statut social protecteur. Il pourrait s'agir plus précisément d'un régime social professionnel, unique et a minima, garantissant et protégeant l'intérêt collectif des salariés, membres de la collectivité considérée (branche, groupe, entreprise,…), sans exclure la faculté d'une négociation individuelle plus favorable par contrat de travail.

Cette approche rend compte de l'exigence d'égalité de traitement entre les salariés qui anime la finalité de la convention ou de l'accord collectif. D'abord, en substituant au salarié le collectif, face à l'employeur. Le poids de la volonté des syndicats représentatifs des salariés pèse évidemment plus fortement dans la défense des intérêts de la collectivité des travailleurs que le poids de la volonté individuelle de chaque salarié face au pouvoir unilatéral de décision de l'employeur.Ensuite, en faisant primer la négociation collective sur l'aléa de la négociation individuelle.L'idée est alors d'assurer un régime du travail sur des bases uniformes dans un secteur d'activités ou une entreprise. Sous cet angle,la convention collective apparaît comme une mesure collective de référence, elle *« prescrit une conduite collective qui devient un modèle type pour l'évaluation de la conduite individuelle »* [262]. Elle institue un contenu de règles a minima qui permet d'accomplir sa fonction primordiale de protection et de définir des dispositions générales qui limitent l'ascendance du pouvoir patronal.

122 Reste une autre explication, sans doute plus convaincante. La volonté individuelle du salarié disparaît sous l'influence de la norme collective parce qu'il s'agit d'un corollaire de la conception *« acquisitive»* de la négociation collective et de la notion d'ordre public social ou relatif.La raison d'être de la force juridique de l'acte conventionnel réside précisément dans la conception acquisitive de la négociation collective. L'article L. 2251-1 du code du travail[263] laisse ainsi la possibilité à la convention ou à l'accord collectif de comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur, sous réserve, bien entendu, de ne pas déroger aux dispositions d'ordre public des lois et règlements. Reconnue comme principe fondamental du droit du travail,[264] la création

[262] S. Yannakourou, thèse préc. *« L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur »*, p 229.

[263] Ancien art.L. 132-4 du code du travail.

[264] Principe dont il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée au sens de l'article 34 de la Constitution (décision du Cons. Const. du 25/07/89,Dr. Soc. 1989 p 627). Il n'a cependant pas la valeur d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (Cons. Const. n° 2002.465 DC du 13/01/2003). Il s'agit donc d'une règle de niveau législatif et non constitutionnel,

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

conventionnelle de normes plus favorables s'analyse comme la création d'avantages supérieurs à la loi ou aux règlements, elle souligne l'idée d'accroissement des droits que les salariés tiennent de la loi, du règlement, voire d'une convention collective précédemment en vigueur, sous certaines conditions[265] .

Pour reprendre la définition du professeur Y. Chalaron[266], « il y a avantage pour le personnel chaque fois qu'une amélioration, même très indirecte, de la situation des salariés (individuelle ou collective) est garantie par un engagement juridiquement sanctionnable pris par l'employeur ou imposé à une institution sociale ». Il peut s'agir tout aussi bien d'avantages pécuniaires ou non pécuniaires, d'avantages pour les salariés pris individuellement, comme pour la collectivité dans son ensemble, d'avantages actuels ou futurs, certains ou conditionnels. Quelle que soit leur nature, les avantages conventionnels donnent une traduction à l'amélioration de la situation juridique du salarié par voie conventionnelle.

123 La convention collective est donc souvent considérée comme le prolongement de la loi dont elle complète les prestations de base minimales en améliorant les conditions de travail des salariés. Elle tient de la loi même le pouvoir propre, original, de constituer des avantages au profit des salariés. A l'origine, les conventions collectives sont donc déséquilibrées au profit de ces derniers[267].

La faveur de la convention collective dans sa fonction d'acquisition d'avantages et de droits aux salariés, donne alors tout son sens aux effets impératifs et automatiques de l'accord collectif. Elle légitime en quelque sorte l'absence de recours au consentement individuel des salariés concernés et justifie l'impossibilité pour la volonté individuelle de renoncer aux droits et avantages qui lui sont ainsi octroyés.

Mais, outre l'effet impératif et automatique, l'emprise de la norme collective sur les volontés individuelles s'explique d'une autre façon. Censé exprimer les intérêts collectifs des salariés, l'engagement des syndicats représentatifs signataires d'un accord collectif à effet *erga omnes* équivaut à l'engagement individuel de chaque salarié, adhérent ou non à ces syndicats. Dès lors, transparaît la primauté de la volonté collective sur la volonté individuelle.

2. La primauté de la volonté collective sur la volonté individuelle

124 La manifestation des volontés individuelles des parties au contrat de travail est indispensable, on le sait, pour faire produire des effets juridiques à cet acte. Pour que chaque partie puisse s'engager personnellement, il faut qu'elle soit dotée de la capacité juridique de conclure.

ainsi que l'a confirmé le Conseil Constitutionnel dans une décision rendue à propos de la loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social (Cons.Const. n° 2004-494 DC du 29/04/2004) .

265 En effet, la loi du 4 mai 2004 a modifié les règles d'articulation des accords collectifs entre eux, autorisant une dérogation de droit, même moins favorable, sauf si l'accord collectif de niveau supérieur en dispose explicitement autrement et à l'exclusion de quatre domaines (salaires minima, classifications, protection sociale complémentaire, mutualisation des fonds destinés à la formation professionnelle). La loi du 20 août 2008 franchit un nouveau cap en donnant un privilège accru à l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement, notamment en matière de négociation collective sur le temps de travail. La convention ou l'accord collectif de branche devient un acte substitutif, sous réserve du respect des règles de sécurisation des accords conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

266 Y. Chalaron, *« Négociations et accords collectifs d'entreprise »* ,LITEC 1990, p 161.

267 E. Dockès, *« La réciprocité des dispositions dans la convention collective »* , Dr. Ouv. Déc. 1997 p 503 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

S'agissant d'un acte collectif dont les effets s'imposent à des sujets autres que les parties contractantes, il est nécessaire que celles-ci possèdent, outre la capacité de conclure, un pouvoir représentation.

Le législateur a ainsi organisé le droit de la négociation collective (et plus largement, le système des relations professionnelles) autour de l'idée de représentation des intérêts collectifs des travailleurs, ce qui suppose la sélection d'un agent doté d'une aptitude juridique à assumer un tel rôle.Du côté des salariés, il s'agit des organisations syndicales représentatives de salariés[268].

125 Il convient de rappeler ici que, parmi les droits collectifs fondamentaux, le droit à la négociation collective est le seul à être construit autour de la distinction entre les titulaires du droit, les salariés, et ses agents d'exercice, lesquels représentent les intérêts collectifs de tous les salariés (a).

Ce mode légal particulier de représentation s'appuie en droit français sur la notion de représentativité des agents d'exercice du droit à la négociation, c'est à dire les organisations syndicales de salariés[269]. La représentativité est un concept essentiel car le législateur établit une connexité entre la validité et les effets de la convention ou l'accord collectif et la qualité représentative des syndicats signataires. De plus, celle-ci figure, selon la définition donnée par Madame S. Yannakourou, la qualité sociologique d'un agent, qui lui confère la capacité de s'identifier aux aspirations d'un groupe social, afin de pouvoir les exprimer avec fidélité et crédibilité. Ainsi, la représentativité d'un syndicat de salariés doit être telle qu'elle ne puisse pas être contestée par ceux, syndiqués ou non-syndiqués, au nom desquels ledit syndicat négocie et auxquels vont s'appliquer les accords conclus.

D'où l'importance de la question suivante : la notion de représentativité, telle que le droit français l'entend aujourd'hui, est-elle suffisante à fonder juridiquement la capacité d'engagement des représentés, sans aucune manifestation de volonté de leur part ?

La réponse doit être recherchée auprès de la notion de représentativité des organisations syndicales, en terme de légitimité à représenter (b) [270].

a) Le privilège de la représentation des intérêts collectifs

[268] V. la loi du 24 juin 1936 , première étape marquante de ce processus de sélection.

[269] Rappelons toutefois que si les syndicats représentatifs ont une vocation naturelle à assurer,notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, ils n'en ont pas le monopole exclusif(v. décision du Conseil Constitutionnel du 06/11/1996 (Dr. Soc. 1997 p 31). Ainsi, l'évolution du droit de la négociation collective a vu l'émergence de nouveaux agents de négociation, dès lors que *« leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celles des organisations syndicales représentatives »*. Aucun obstacle constitutionnel ne s'opposant au développement de modes subsidiaires de négociation collective pouvant produire des règles collectives de type normatif, la loi du 4 mai 2004 puis celle du 20 août 2008, après les prémisses introduites par les lois du 19 janvier 2000 et du 12 novembre 1996, ont ainsi organisé la faculté de négocier avec des élus du personnel ou des salariés mandatés dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Sont-ils censés mieux représenter les salariés ? Sans doute plus proches des salariés parce que directement élus ou issus de leur rang, leur légitimité réelle n'est toutefois pas encore démontrée. A l'origine, les premières lois prévoyant la faculté de recours à ces nouveaux agents de négociation entouraient ce dispositif, notamment en conditionnant sa mise en œuvre à la signature préalable d'un accord de branche étendu. Pour permettre sans doute une extension de ces modes subsidiaires de négociation, notamment dans les petites entreprises dépourvues de délégués syndicaux ou de représentants de section syndicale, la loi du 20 août 2008 a supprimé l'obligation de la signature préalable d'un accord de branche étendu.

[270] Le même débat porte aussi sur la représentativité des organisations patronales. V. L.Dauxerre, *« Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales »,* JCP S n°30, 25/07/2006 p 11 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

126 Dans le droit des contrats, le principe de l'autonomie de la volonté emporte notamment comme conséquence qu'un acte juridique est créateur de droits et d'obligations seulement à l'égard de ses auteurs. Toutefois, grâce notamment au mécanisme de la représentation, ce principe va pouvoir s'étendre. Ainsi, une personne, le représentant, agit au lieu et place d'une autre personne, le représenté, ou accomplit un acte juridique au nom et pour le compte de cette autre personne. La représentation peut être assimilée à une fiction, celle de *« rendre présent quelqu'un qui est absent »* [271].

Toutefois, la caractéristique de la représentation tient au fait que celui qui exprime la volonté nécessaire à la formation du contrat (ou de l'acte) – le représentant- n'agit pas pour lui-même, mais pour le compte et au nom d'une autre personne- le représenté [272]. Pour qu'il puisse manifester une volonté apte à produire des effets juridiques, le représentant doit être investi d'un pouvoir. Ce pouvoir d'agir pour le compte d'autrui est conféré au représentant, soit par la loi (représentation légale), soit par un contrat (représentation conventionnelle), soit encore par une décision de justice (représentation judiciaire).

127 Concernant le pouvoir de représentation dont sont dotés les syndicats de salariés en matière de conclusion d'un accord collectif, celui-ci emprunte une double figure. En effet, l'article L.2231-2 du code du travail subordonne la signature de l'accord collectif à une habilitation particulière de contracter au nom de l'organisation syndicale en vertu soit d'une stipulation statutaire, soit d'une délibération spéciale, soit de mandats spéciaux écrits donnés individuellement par tous les adhérents de cette organisation. Cette habilitation a pour résultat de rendre les adhérents des organisations signataires, parties à la convention collective. Ceux-ci sont ainsi représentés à cette convention selon les techniques du droit commun[273]. Or, conformément à l'article L.2254-1 du code du travail[274], la convention collective a vocation à s'appliquer à tous les salariés indépendamment de leur affiliation syndicale[275].En conséquence, les syndicats de salariés représentent, outre leurs adhérents, les autres salariés.

128 Ce pouvoir élargi de représentation paraît sans conteste ressortir du seul domaine de la loi qui en détermine les spécificités et les limites. En effet, si l'activité du représentant *« ordinaire »* se modèle en quelque sorte sur la volonté et les intérêts du représenté, il ne saurait en aller de même dans des situations où existent des intérêts collectifs multiples et complexes. La représentation syndicale n'est pas nécessairement celle de la volonté des représentés, mais celle de leurs intérêts saisis collectivement. Dans cette optique, la volonté individuelle en tant que telle semble secondaire à l'expression d'un intérêt plus large, que la représentation syndicale permet de dégager. Ainsi, concernant la négociation et la conclusion des accords collectifs, la loi a investi les syndicats de salariés du pouvoir de représenter et défendre l'intérêt collectif d'une collectivité professionnelle dans le respect des principes de la liberté syndicale et du pluralisme syndical. Il ne s'agit pas en l'occurrence d'une représentation juridique classique de chacun des salariés mais plutôt d'une fonction

271 F. Terré- Ph. Simler et Y . Lequette, op. préc. *« Droit civil, les obligations »,* p 161

272 B.Starck, H.Roland, L.Boyer, *«Droit civil, les obligations – 2 Contrat »*. Litec 6ème Ed.1998, p 94 et suiv.

273 Ph. Langlois, *«Contrat individuel et convention collective : un nouveau cas de représentation »*, Dr. Soc. 1975, p 283 et suiv.

274 Ancien art. L.135-2 du code du travail.

275 Cass.Soc. 19/01/1968, Bull.civ. V n°60.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

originale d'expression des intérêts collectifs tels qu'ils sont communément ressentis par un groupe de salariés[276].

129 Toutefois ne peut-on pas soutenir, à l'instar du professeur G. Borenfreund,[277] que la capacité des organisations syndicales ne se limite pas à représenter les intérêts collectifs des salariés, mais aussi les salariés eux-mêmes en tant que sujets. En effet, sauf dispositions contractuelles plus favorables, les salariés se trouvent bel et bien liés par un acte juridique, la convention collective, qu'ils n'ont pas directement conclu et dont ils subissent cependant les effets de droit. En matière de négociation collective, la représentation syndicale se situerait au carrefour de la représentation d'intérêts et de la représentation de personnes. Dès lors, on se trouverait face à une figure originale et spécifique de la représentation légale.

En effet, la loi, de par l'investiture qu'elle confère aux syndicats représentatifs, accorde en quelque sorte une forme d'équivalence entre l'acte conclu par ces syndicats et celui qui aurait été accompli par les salariés s'ils avaient pu agir directement. Cette équivalence, cette correspondance rappelle l'idée de représentation. De plus, l'existence et l'étendue de ce pouvoir ne dépendent en rien de la volonté de chaque représenté,[278]mais d'une représentation organisée directement par le législateur. Son objet est d'étendre le champ d'application de l'accord collectif à des salariés et à des employeurs qui ne sont pas représentés conventionnellement par leur syndicat[279] . Cette représentation ne se limite pas à la défense des intérêts des salariés mais engage juridiquement la personne du salarié pris individuellement, par effet de la loi. Ainsi, nous semble-t-il possible de parler d'une représentation légale d'un type particulier [280], modèle de nature à assurer aussi la finalité protectrice et égalitaire de l'accord collectif ainsi qu'à garantir l'exercice du droit à la négociation collective.

Reste que cette idée de représentation se heurte à la nature juridique de la convention collective, pour partie *«réglementaire »*. En particulier, contrairement aux effets de larepréséntation de droit privé[281], le salarié, pris individuellement, n'est pas considéré comme partie à l'acte collectif et les dispositions conventionnelles négociées par les syndicats ne s'incorporent pas dans son contrat individuel de travail.

[276] Mme Yannakourou (thèse préc. p 78) précise que lié à la personnalisation, l'intérêt a contribué à offrir une vie juridique aux groupements privés en les laissant accéder à la personnalité juridique sous la forme de la personne morale ordonnée à la protection de l'intérêt collectif. Distinct de l'ordre individuel et de l'ordre étatique, l'intérêt collectif est ici perçu comme l'extériorisation d'une réalité juridique nouvelle, l'ordre collectif. Dans cette conception, l'intérêt collectif reconnu au profit des personnes morales de droit privé, en tant qu'entité abstraite et générale ayant une fonction sociale propre, se distingue à la fois de leur intérêt personnel et des intérêts individuels de leurs membres.

[277] G. Borenfreund , *« La représentation des salariés et l'idée de représentation »,* Dr.Soc.1991, p 685et suiv.

[278] Sauf s'il est adhérent de l'organisation syndicale signataire, au titre de l'habilitation de l'article L. 2231-2 du code du travail.

[279] Ph. Langlois, art. préc. *« Contrat individuel et contrat collectif : un nouveau cas de représentation »,* p 283 et suiv.

[280] V. G.Borenfreund, *« Pouvoir de représentation et négociation collective »,* Dr.Soc.1997, p 1006 et suiv. Le professeur Borenfreund estime qu'on se trouve, au regard de sa source comme de son objet, dans une représentation légale d'intérêts (p 1010). Toutefois, cela ne saurait signifier que le pouvoir de représentation des syndicats soit uniquement rivé à la défense des intérêts. Sous certains aspects, le professeur Borenfreund souligne leur vocation à représenter les salariés en tant que personnes (*« Propos sur la représentativité syndicale* », Dr.Soc. 1988, p 478 et suiv.)

[281] Les effets de la représentation de droit privé conduisent à considérer le représenté comme partie au contrat et détenteur des droits issus de ce contrat.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

La question de fond semble alors se déplacer sur les relations qui unissent les salariés aux syndicats représentatifs dotés de la capacité de négocier et conclure des accordscollectifs, aunom de l'ensemble des salariés. La notion de représentativité sert-elle de mesure de légitimité de la représentation ?

b) La représentativité syndicale, mesure de légitimité

130 De l'idée d'une représentation élargie des intérêts collectifs des salariés est née la notion de représentativité syndicale. Celle-ci exprime à la fois la reconnaissance du groupe professionnel en tant que tel et l'appréciation de l'intérêt collectif dont il est porteur au sein de la collectivité des salariés considérée. Grâce à la reconnaissance de sa représentativité, le syndicat se voit doté de certains moyens juridiques dont la possibilité de négocier des conventions et accords collectifs qui, une fois signés, peuvent bénéficier d'une extension éventuelle. Or, c'est précisément parce que la représentativité syndicale est l'instrument du dialogue social, que la légitimité des acteurs syndicaux constitue une exigence.

D'ailleurs, l'utilisation du terme de *«légitimité »* s'est remarquablement amplifié suite aux débats, études et rapports divers[282] qui ont précédé la révision des règles de représentativité et l'adoption de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale[283].

Le concept de légitimité traduit la conformité d'une situation ou d'une position juridique à un titre régulier qui permet à celui qui en bénéficie d'en réclamer les effets[284]. A côté de cette définition, Madame S. Yannakourou propose de préciser le sens de *« la légitimité sociale ».* Celle-ci exprimerait une valeur attachée à l'exercice d'une autorité justifiée aux yeux de ceux qui y sont soumis, dont le résultat serait l'obtention du consensus, comme processus de légitimation d'un pouvoir, d'un agent. La légitimité peut s'entendre alors comme la qualité des représentants lorsqu'ils exercent leur pouvoir en conformité avec les aspirations de ceux au nom desquels ils agissent[285]. Ce qui se rapproche clairement de l'idée de représentation du droit commun.

La mesure et l'appréciation de la représentativité sont-elles alors sources d'une légitimité à représenter ?

131 Lorsqu'un syndicat signe un accord collectif, il va au-delà d'une simple mission de défense des intérêts, puisqu'il crée un acte juridique qui engage tous les salariés. Il est donc nécessaire de s'assurer que le syndicat signataire représente effectivement sinon individuellement chaque salarié, du moins une majorité d'entre eux. Il ne suffit pas d'avoir les *«apparences »* de la légalité syndicale pour être un représentant légitime du milieu professionnel, des salariés que l'on prétend représenter. Cette recherche d'adéquation est

[282] V. notamment le rapport de Raphaël Hadas-Lebel, *«Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales »,* remis le 3 mai 2006 au Premier Ministre (JCP S 2006,act.186 ; Liais. Soc. n°42/2006 du 21/07/2006). V. aussi *« Pour une modernisation sociale du dialogue social »*, rapport de D-J Chertier (Liais. Soc. n°38/2006 du 4 juillet 2006) ainsi que le rapport de la Commission Attali pour la libéralisation de la croissance française (Liais. Soc. n°59/2008 du 06/03/2008).

[283] Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale (et réforme du temps de travail).A l'origine de ce texte, on sait le rôle joué par la négociation interprofessionnelle relative à la représentativité syndicale et au financement du syndicalisme qui a donné lieu à une position commune le 9 avril 2008 (v. notamment B.Gauriau *« La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale »*, JCP S 2008, act197, libres propos. G. Borenfreund *« Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale »,* RDT Juin 2009, p 360 et suiv.).

[284] P. Roubier, *« Droits subjectifs et situations juridiques »* ,D. 1963 P 225.

[285] G.Borenfreund, art.préc.*" La représentation des salariés et l'idée de représentation »*, p 691-691.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

devenue le point majeur de la rénovation du dialogue social et de la refondation de la démocratie sociale. Elle s'inscrit dans une longue évolution dont on peut rappeler ici les grandes lignes.

132 En effet, la notion de représentativité dans le droit français connaît aujourd'hui, après une période de relative stabilité, un profond bouleversement initié par la loi du 20 août 2008. On sait que précédemment à cette loi, parmi les organisations syndicales de salariés, cinq confédérations étaient reconnues comme représentatives au niveau national interprofessionnel[286] . La notion de représentativité, telle qu'elle était conçue alors, conférait aux organisations syndicales une légitimité extérieure de type institutionnel, même si celle-ci n'était pas sans liens sociologiques et historiques avec les membres du groupe représenté (*« la classe ouvrière »*). Toutefois, avec le temps, elle était devenue une des sources de distanciation pour les salariés eux-mêmes[287].

Après plusieurs tentatives de réformes plus ou moins profondes[288], la dernière loi en date de l'été 2008 fait figure d'une révolution nécessaire bien que complexe[289].La disparition annoncée de la présomption de représentativité irréfragable[290], la rénovation de l'ensemble des critères de représentativité mettant en avant l'audience électorale de chaque syndicat évaluée à partir des résultats du 1er tour des élections professionnelles et mesurée périodiquement[291]à tous les niveaux de négociation, devraient participer dans l'avenir à la clarification en temps réel de la représentativité de chaque syndicat. Conséquemment, les règles de validité des accords collectifs sont modifiées. A chaque niveau de négociation, un accord n'est valide que s'il est signé par une ou des organisations représentatives ayant recueilli la majorité relative des salariés en voix (30%) au premier tour des dernières élections professionnelles et s'il n'a pas fait l'objet d'opposition d'une ou

[286] Arrêté du 31 mars 1966. Il ne s'agissait pas alors d'une présomption, au sens juridique du terme mais d'une déclaration. Par la suite, en application de diverses dispositions du code du travail, notamment celles disposant que tout syndicat professionnel affilié à une organisation représentative au niveau national était considéré comme représentatif dans l'entreprise, les syndicats confédérés bénéficiaient, du seul fait de leur affiliation, d'une extension de la reconnaissance par les pouvoirs publics de la représentativité de leur confédération. Ainsi fût instituée une véritable présomption. En revanche, les autres syndicats devaient prouver leur représentativité (anciens art. L.133-2 et L.133-3 du code du travail). Le caractère irréfragable qui fût ensuite conféré à cette présomption, c'est à dire interdisant toute preuve contraire, n'était pas fondé sur une disposition légale explicite mais sur la jurisprudence (Cass.Soc. 05/07/1977, Bull.civ. V n°457). Certains auteurs parlent ainsi de représentativité par irradiation ou d'emprunt (v. G. Borenfreund, art. préc. *« Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale »*, p 364-365).

[287] G.Borenfreund, art.préc.*"Pouvoir de représentation et négociation collective",* p 1006 et suiv. ; *« Propos sur la représentativité »*, p 478 et suiv.

[288] La loi du 4 mai 2004 avait en son temps franchi un grand pas en généralisant l'idée majoritaire comme condition de validité des accords collectifs, rompant avec l'ancienne pratique des accords minoritaires. Elle renforçait les garanties d'adhésion des salariés à l'accord collectif en subordonnant la validité juridique de l'acte collectif, et partant ses effets normatifs, à une exigence majoritaire. Pour autant, celle-ci était prioritairement retenue sous sa forme de majorité d'opposition et non de majorité d'engagement. Cette réforme ne constituait donc pas un passage total d'une *« majorité de refus vers une majorité d'assentiment »* (A.Supiot *« Parité, égalité, majorité dans les relations collectives de travail »* Mélanges H.Sinay p 67). Elle avait ainsi mis en oeuvre des modalités d'application du principe majoritaire différentes selon qu'il s'agissait d'une négociation interprofessionnelle ou de branche, ou bien une négociation d'entreprise.

[289] V. notamment G. Borenfreund, *« Le nouveau régime de la représentativité syndicale »,* RDT décembre 2008, p 712 et suiv.

[290] Art. 2 et 11 de la loi du 20/08/2008.

[291] Art. 1 et 2 de la loi du 20/08/2008.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés[292].

133 Cette double évolution se veut répondre à une exigence de démocratie sociale qui prendrait en compte l'expression du plus grand nombre. Bien qu'elle ne soit pas exempte de critiques[293], elle devrait se traduire par une capacité plus tangible et moins contestable des organisations syndicales représentatives à défendre les intérêts collectifs de tous les salariés aux différents niveaux de négociation. Les salariés, qu'ils soient ou non adhérents, doivent pouvoir se reconnaître dans les initiatives, les prises de position et les accords conclus par les organisations syndicales. Leur vote lors des élections professionnelles devrait sanctionner, s'il y a lieu, l'action et l'engagement de chaque syndicat.

La recherche «d'une représentation qui soit représentative », c'est à dire réelle, est d'autant plus nécessaire que la volonté individuelle des salariés n'est pas en principe directement sollicitée pour l'application de tel ou tel acte collectif[294]. Les salariés se trouvent liés juridiquement par les effets des accords collectifs conclus, sans que leur consentement ne soit requis. Mais, désormais, le vote aux élections professionnelles dont les résultats constituent le critère principal de la représentativité syndicale, devrait permettre une manifestation de la volonté de chaque salarié et favoriser ainsi une participation indirecte au processus de négociation collective[295].

Bien qu'il soit encore difficile de présager de l'avenir de cette importante refonte des règles de représentativité, on y décèle le souci de conforter la légitimité de la représentation des syndicats.Toutefois, comme le notait le professeur G. Borenfreund, il y a quelques années déjà,[296] l'expression majoritaire ainsi organisée découle d'une élection conçue sur le mode proportionnel, ce qui en modère les effets. Par ailleurs, celle-ci risque d'être dénaturée quant à son objet.Toujours selon cet auteur,il ne s'agira plus seulement de désigner des représentants élus ayant vocation à remplir les missions et attributions qui leur sont imparties par la loi, mais de choisir en définitive tel ou tel syndicat dans la perspective des négociations futures.

134 Il est permis de regretter que la loi du 20 août 2008, comme celle qui l'avait précédée en 2004, n'aient pas plus favorisé le scrutin référendaire, comme moyen d'adhésion des salariés au contenu de l'acte négocié ou signé [297].Cette voie aurait pu constituer un signe certain de confiance et de légitimation adressé aux syndicats représentatifs de la part des salariés assujettis à l'acte collectif. En outre, le procédé référendaire intégré dans le processus de négociation irriguerait, nous semble-t-il, le

[292] Art. 8 et 12 de la loi du 20/08/2008.

[293] Outre de redoutables difficultés de recensement à prévoir aux niveaux interprofessionnel et des branches, reste que mesurer l'audience des syndicats pour la détermination de la représentativité au travers des élections professionnelles laisse entière la question des nombreuses entreprises sans représentation syndicale ni élue et ne résout pas la désaffection des salariés observée non seulement dans les votes professionnels mais par rapport au fait syndical (v. Partie II, Titre III). V.P.Rodière *« Du dialogue social à la démocratie sociale : quelques questions sur la réforme de la réforme »*, Sem. Soc. Lamy 13/10/2008 n° 1370.

[294] Mis à part lorsque les accords collectifs sont négociés dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux ou conclus avec un représentant de la section syndicale, auxquels cas une consultation des salariés doit être organisée (art 9 et 6 de la loi du 20/08/2008). V. Partie II, Titre III, Chapitre II, Section 2.

[295] V.infra Partie II, Titre III, Chapitre II, Section 2.

[296] Dans un article bien antérieur à la loi de 2008 et même à celle de 2004 *« L'idée majoritaire dans la négociation collective »* , Mélanges dédiés au Professeur M .Despax Presses de l'Universite des sciences sociales de Toulouse, 2002 p 429 et suiv.

[297] V. infra Partie II, Titre III, Chapitre II, Section 2.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

droit à la négociation, en permettant à ses titulaires, les salariés, de créditer de leur confiance renouvelée, les représentants syndicaux, en tant qu'agent d'exercice du droit à la négociation[298].

L'exigence d'une représentativité incontestée ou du moins légitimée des acteurs syndicaux est d'autant plus impérative que les fonctions de la convention ou de l'accord collectif se diversifient, s'éloignant souvent de la conception acquisitive de la négociation collective. On l'observe notamment dans la création directe, par convention ou accord collectif, non plus d'avantages au profit du salarié, mais d'obligations à sa charge. Ce qui accroît encore l'emprise de la norme collective sur la volonté individuelle des salariés.

B. La volonté individuelle au regard de l'extension des fonctions de la norme collective

135 Pendant longtemps, on a pu penser que l'objet de l'acte collectif était exclusif de toute création d'obligations à la charge des salariés, sa fonction principale étant d'améliorer la condition des travailleurs par l'acquisition d'avantages. Comme on vient de le voir, les effets normatifs de l'acte conventionnel, en dehors de toute sollicitation de la volonté du salarié, apparaissent largement justifiés par la fonction acquisitive de la convention ou l'accord collectif.

Est-ce à dire pour autant, que l'acte collectif ne peut jamais prévoir d'obligations pesant sur les salariés ? Aucun texte légal ne l'exclut formellement, dès lors qu'aucune disposition d'ordre public n'est en cause. C'est ainsi que la création d'obligations par voie de convention collective est généralement reconnue lorsqu'elle constitue l'accessoire d'un avantage créé pour les salariés (1).

Or, depuis quelques années, cette conception semble aller au-delà de la notion d'accessoire à un avantage créé. De véritables contrats à la charge des salariés apparaissent, soit sous la forme de création d'obligations originales, soit sous forme de renonciation ou de réduction de droits existants. Ainsi, sous certaines conditions, certaines obligations conventionnelles sont directement mises à la charge des salariés, sans qu'il soit nécessaire en principe qu'elles aient été expressément prévues dans les contrats de travail ni qu'elles aient fait l'objet de l'assentiment du salarié (2).

Une telle faculté ainsi octroyée à la norme collective suscite encore des interrogations, même si la loi du 25 juin 2008 sur la modernisation du marché du travail semble avoir répondu à certaines d'entre elles.

1. Les obligations accessoires à un avantage conventionnel

136 L'examen du contenu des conventions collectives et des décisions de la jurisprudence démontre que, classiquement, l'acte collectif dispose de la faculté de créer des obligations en tant qu'accessoires à un avantage conventionnel créé pour les salariés. Dès lors, il faut s'attacher à préciser ce que recouvre au juste la notion d' obligation accessoire (a). Plus qu'une extension mettant en cause la finalité acquisitive de la norme collective, il s'agit ici d'un accompagnement objectif au bénéfice d'un avantage conventionnel créé au profit des salariés. En conséquence, ses effets au regard de la volonté individuelle des salariés (b) suivront naturellement le régime de l'avantage conventionnel, sous réserve du respect de certaines conditions d'opposabilité (c).

[298] V.infra Partie II, Titre III, Chapitre II, Section 2.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

a) Définition du caractère accessoire

137 Au regard de l'article 569 du code civil[299], l'accessoire est défini par rapport au principal. Ainsi, l'obligation dite principale est celle qui est, qualitativement ouquantitativement, la plus considérable par rapport à l'autre, dite accessoire. Il y a donc disproportion, inégalité et asymétrie entre les deux obligations.

Certains auteurs[300]considèrent que l'accessoire, du moins dans les contrats simples, est un supplément qui s'ajoute au principal sans en faire partie parce qu'en d'autres circonstances, des éléments de même nature que le principal existent seuls.A cet égard, les obligations accessoires à l'obligation principale n'ont aucun effet sur la qualification du contrat, car elles sont objectivement neutres.Ainsi, les obligations accessoires ne peuvent exister en l'absence d'une obligation principale sur laquelle elles viennent en quelque sorte se greffer[301] mais elles peuvent parfaitement ne pas exister sans que l'obligation principale en soit affectée dans sa nature juridique.

En tout état de cause, l'accessoire n'est pas la cause de l'obligation principale et vice-versa. Il n'y a pas de lien de réciprocité automatique. L'asymétrie caractérise donc le lien d'accessoire, par opposition au lien de réciprocité dans lequel chacune des obligations est la cause, la contrepartie de l'autre. Les deux obligations n'ont pas la même valeur ni les mêmes effets juridiques, notamment au regard d'une éventuelle action en inexécution[302]. Pour résumer, l'obligation principale est l'obligation déterminante, alors que l'obligation accessoire n'en constitue qu'une « annexe », une dépendance, voire même un corps juridique «greffé » sur elle. De surcroît, l'obligation accessoire peut disparaître ou ne pas exister, sans dénaturer ou supprimer pour autant l'obligation principale.

138 Il en résulte, comme le souligne notamment le professeur E. Dockés[303], que lorsque la convention collective crée une obligation accessoire, elle ne peut être qu'une condition éventuellement posée au bénéfice d'un avantage conventionnel et non une véritable contrepartie de type synallagmatique à un engagement de l'employeur. Rien n'empêche en effet un accord collectif de restreindre les droits qu'il institue lui-même, dès lors que cette restriction ne porte pas atteinte aux droits que les salariés tiennent de la loi. C'est ainsi que certaines contraintes ou modalités d'exercice propres à l'octroi d'un avantage ou d'un droit créé conventionnellement peuvent être qualifiées d'obligations accessoires. Une fois que la condition stipulée est remplie par le salarié, il s'établit alors un lien de connexion avec l'ouverture de l'avantage ou du droit prévu par la convention collective à la charge de l'employeur.

[299] Si deux choses sont unies pour former un seul tout, l'une ne peut être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale qui est la plus considérable en valeur, en volume, si les valeurs sont à peu près égales.

[300] M. Goubeaux, *«La règle de l'accessoire en droit privé »* , Thèse Nancy, LGDJ 1969, intro. p 5.

[301] Tel est le cas d'une clause pénale adjointe à une clause de non concurrence. Elle peut ne pas être prévue, elle n'en modifiera pas la qualification de la clause contractuelle. Si elle est prévue, elle viendra simplement s'adjoindre à l'obligation principale, essentielle qui est l'interdiction de non concurrence.

[302] On songe, par exemple, à l'obligation de maintien de salaire à la charge de l'employeur, assortie d'une obligation accessoire constituée par la contre-visite médicale.

[303] E. Dockès,*« La réciprocité des dispositions dans la convention collective »*, Dr. Ouv. 1997 p 503. D'autres auteurs peuvent être cités comme Y Chalaron, M.L Morin (v. traité et thèse préc.).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Le plus souvent, de telles obligations accessoires servent à encadrer les conditions d'octroi des avantages que la convention collective a institués[304]. Elles se présentent généralement sous forme de formalités à remplir, de contrôles à accepter, de délais à respecter, et même de conditions de fonds telles que l'assiduité, la fidélité, l'ancienneté, voire l'acquisition d'une formation ou l'acceptation de certaines nécessités de travail. Dès lors que ces contraintes nesont que les conditions d'un avantage conventionnel qui aurait pu ne pas être créé, elles ne sortent pas de la qualification d'obligation accessoire[305].

Certes, replacée en tant que condition d'un avantage conventionnel, l'obligation accessoire peut ne pas être négligeable, mais ceci ne suffit pas en droit, à la transformer en obligation autonome, dans la mesure en particulier où elle ne peut faire l'objet d'une action en exécution. Au surplus, les obligations accessoires révèlent une relation d'asymétrie, caractéristique du lien d'accessoire, par rapport au lien de réciprocité dans lequel chacune des dispositions est la cause, la contrepartie de l'autre, et pour lesquelles la volonté de chacune des parties doit en principe se manifester pour marquer l'engagement réciproque.

b) Les effets de l'obligation accessoire sur la volonté du salarié

139 L'obligation accessoire étant liée à l'avantage conventionnel créé, elle suit le même régime juridique. Elle a donc des effets normatifs qui s'imposent au salarié, sans que sa volonté individuelle soit sollicitée, parce que l'avantage conventionnel lui-même, en tant que disposition plus favorable, produit de la normativité. La volonté du salarié n'a donc pas à être sollicitée, dans la mesure où il s'agit d'une obligation accessoire qui n'engage pas le salarié en contrepartie de l'acquisition de l'avantage contractuel mais conditionne l'ouverture du droit ou de l'avantage conventionnel considéré.

Reste que le caractère accessoire de certaines obligations conventionnelles n'est pas toujours manifeste et suscite discussions. Tel est le cas lorsque le lien qui unit les deux obligations n'apparaît pas comme un simple lien de connexité mais comme un véritable lien de réciprocité propre aux obligations de type synallagmatique[306].

[304] Ainsi, l'octroi d'une prime annuelle conventionnelle peut-elle être subordonnée à certaines conditions de présence en fin d'année (Cass. Soc . 02/12/81,Bull. civ. V n° 930). De même, l'octroi de conges payés supplémentaires peut être assorti d'une condition d'ancienneté ou de présence . De manière générale, des conditions d'ancienneté sont très fréquemment définies pour le calcul de certains droits conventionnels (prime d'ancienneté, prime d'assiduité, indemnité de licenciement ou de départ à la retraite, préavis,…). Par ailleurs, des conditions d'emploi peuvent être imposées pour l'accès à certains avantages : prime de langues étrangères, prime ou majoration de travail de nuit ou le dimanche, prime d'astreinte,….

[305] Sous réserve bien sûr de ne pas porter atteinte à une règle d'ordre public.

[306] Ainsi, suscite discussion l'obligation pour le salarié de se soumettre à la contre-visite médicale lorsque le versement d'indemnités complémentaires par l'employeur est prévu par la convention collective en cas de maladie. Selon la position de la Cour de cassation , le droit pour l'employeur de faire procéder à une contre – visite par un médecin de son choix constitue la condition de l'engagement pris par lui de verser les indemnités complémentaires de maladie. Dès lors, le salarié qui refuse de se soumettre à cette contre-visite, commet un manquement à son obligation ayant pour effet de le priver du bénéfice de ces indemnités (Cass. Soc 1995, Dr. Soc. 1995 p 984). L'interprétation jurisprudentielle révèle ici une ambiguïté sur la réciprocité des obligations de cette nature. Toutefois, s'il apparaît certain qu'un lien de connexité existe entre les deux obligations, celui-ci ne paraît pas se doubler d'un lien de réciprocité propre aux obligations de type synallagmatique. En effet, l'obligation de l'employeur de verser des indemnités complémentaires en cas de maladie, existe en tant que telle, sans qu'il soit besoin, au préalable, que le salarié se soumette à une contre-visite obligatoire et automatique. Celle-ci n'est pas obligatoire, elle est laissée à l'initiative de l'employeur, alors que celui-ci doit verser les indemnités prévues selon les limites fixées d'ancienneté du salarié et de durée d'absence, à défaut de quoi le salarié pourra utiliser les voies d'exécution forcée contre son employeur. Mais, à l'inverse, si c'est le salarié qui ne respecte l'obligation, s'il refuse la contre-visite, ou si les résultats de cette contre-visite font apparaître que l'arrêt n'est pas justifié, non seulement l'employeur ne pourra

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

140 La controverse la plus significative quant à la qualification d'accessoire porte incontestablement sur l'obligation imposée aux salariés, de contribuer au financement d'une protection sociale créée par accord collectif[307].De tels accords collectifs créent, en effet, des avantages au profit des salariés par le biais de garanties de prestations, mais aussi des obligations sous forme de cotisations salariales à payer ayant pour conséquence la diminution du salaire net des intéressés. La quote-part mise à la charge des salariés affecte leur salaire, élément essentiel du contrat de travail, de telle sorte qu'on aurait pu concevoir que les partenaires sociaux ne soient pas habilités à imposer directement aux sujets de l'acte conventionnel, des prélèvements, donc des baisses de salaire, même justifiées par l'idée de solidarité [308] .

Il aurait été admissible, au contraire, que de tels sacrifices ne puissent faire l'objet que de décisions individuelles des salariés, faisant appel à leur volonté individuelle.Or, le législateur admet sans conteste que les organisations syndicales puissent imposer une telle solidarité en instituant de vrais *« régimes »* à l'égard des salariés. La convention ou l'accord collectif a donc pour effet de rendre obligatoire, pour tous les salariés concernés, l'affiliation à la couverture mise en place. Il s'agit d'une application impérative et automatique. Le salarié ne peut donc s'opposer à ce que soient précomptées par l'employeur les éventuelles cotisations salariales prévues par l'accord pour le financement du régime prévoyance [309].

141 Il est vrai que le caractère d'accessoire de l'obligation imposée aux salariés de contribuer semble ici difficilement contestable. D'abord, cette obligation constitue la condition d'accès à un avantage qui représente une amélioration notable de la situation préexistante des salariés. Ensuite, il n'existe aucun lien de symétrie entre l'avantage perçu lorsque le risque se réalise et la cotisation prélevée. Enfin, les avantages créés par les accords collectifs de protection sociale excédent très souvent la durée du contrat de travail, le maintien du lien de subordination et l'applicabilité du statut collectif[310], voire parfois, ils ne sont dus qu'après la rupture du contrat de travail[311].La capacité de ces avantages à excéder le temps de *« vie au travail »* accentue l'effet d'asymétrie et le caractère accessoire de l'obligation imposée aux salariés de contribuer au financement de la protection sociale.

recourir à aucune voie d'exécution forcée, mais ce refus ou cette situation ne pourra justifier une sanction disciplinaire quelconque. La violation de l'obligation accessoire a pour seul effet de suspendre pour l'avenir l'obligation principale, c'est à dire l'obligation de payer le salaire d'inactivité.

307 De tels accords associent d'une part, la notion de « garanties sociales « des salariés (art. L.2221-1 du code du travail, ancien art. L.131-1) et d'autre part, la notion du droit de la sécurité sociale de «régime » correspondant à la mise en œuvre d'une solidarité entre les membres d'un groupe déterminé face à certains risques. V. notamment J-P Dupeyroux ,*«Les exigences de la solidarité »* , Dr. Soc. 1990 p 742.

308 J. Barthélémy, *«Droits collectifs et nouveau droit de la prévoyance »,* Dr. Soc. 1990, p 365.

309 Cass. Soc . 05/06/86,Bull.civ. V n° 290. Toutefois, comme le constate Mr J. Barthélémy *(« La cotisation salariale dans le régime de retraite et de prévoyance »,* Dr.Soc. 1989 p 330), une chose est de prévoir que le régime étant obligatoire, les prestations bénéficient de droit à tous les salariés, autre chose est d'affirmer que les salariés doivent le financer. Il est vrai que certaines prestations demeurent à la charge exclusive de l'employeur, telle la garantie *« maintien de salaire »*, risque *« employeur »* (uniquement dans le cas où l'accord collectif se borne à reprendre les obligations imposées à l'employeur par l'ANI de 1977 et la loi de 1978 sur la mensualisation). Mais, en dehors de cette hypothèse, l'accord collectif peut prévoir une répartition des cotisations entre employeur et salariés, en contrepartie des avantages créés, ce qui, dans ce contexte, change, semble-t-il, la nature des obligations .

310 Notamment en matière d'incapacité-invalidité.

311 Par exemple, le capital décès versé aux ayants droits. V. aussi la question de la portabilité des garanties prévoyance instituée par l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Certes, comme le relève le professeur Yves Chalaron[312], l'exécution forcée serait possible dans ce cas, mais le lien d'accessoire avec l'avantage créé paraît être d'autant plus certain qu'ici l'employeur n'est pas directement bénéficiaire de l'exécution de la dette du salarié. Il n'y a pas constitution d'un avantage conventionnel pour l'employeur par la création directe d'un droit de créance contre les salariés. De plus, il ne devrait y avoir entre l'obligation de prélèvement et l'obtention de l'avantage social créé aucune des conséquences d'un rapport d'interdépendance de type synallagmatique. Le refus du salarié de contribuer ne devrait pas le priver de cet avantage, sauf à donner lieu à l'action en exécution. Cependant, il ne faut pas exclure le risque de voir un dérapage de la nature accessoire de ces obligations vers la création de véritables obligations nouvelles à la charge des salariés.

On notera enfin, qu'à défaut de manifestation de consentement du salarié, de telles obligations accessoires sont cependant soumises à un certain nombre de conditions.

c) Les conditions d'opposabilité

142 Pour que les effets normatifs des obligations accessoires se réalisent, certaines conditions d'opposabilité doivent donc être respectées. Celles-ci ne différent guère des conditions générales d'opposabilité de la norme collective et portent essentiellement sur l'exigence d'information du salarié, nécessaire à une prise de connaissance préalable de ses droits et obligations. De manière générale, les conventions et accords collectifs font l'objet d'une publicité par voie dediffusion ou d'affichage [313]. L'intitulé de la convention collective de branche applicable dans l'entreprise doit aussi être mentionné sur le bulletin de salaire et le contrat de travail. La Cour de cassation considère que le défaut d'affichage rend l'acte conventionnel inopposable aux salariés [314]. Le salarié doit avoir été mis en mesure de connaître l'étendue de ses obligations au regard de la convention collective, à défaut de quoi, l'employeur ne peut lui reprocher le non-respect de ses obligations**.**

143 On peut, toutefois, douter de l'efficacité réelle de cette information, tant il est vrai que toute information à caractère général tend à se diluer dans une sorte d'anonymat [315]. Il n'y a donc rien de surprenant à ce qu'une obligation nouvelle d'information individuelle des salariés ait été mise à la charge de l'employeur par la loi du 4 mai 2004, contraignant l'employeur à remettre au salarié, au moment de l'embauche, une notice d'information sur les textes conventionnels applicables dans l'entreprise ou l'établissement[316]. Pour autant, il s'agit de la remise d'une liste des textes conventionnels applicables, et non de la remise

[312] Y.Chalaron, Traité préc. p 163 et suiv.

[313] V. art. L.2262-5 et R 2262-1 du code du travail.

[314] Cass. Soc 28/02/96. V. aussi Cass . Soc 31/05/89,Bull.civ.V n° 412. Cass. Soc . 15/04/92, Bull.civ. V n°276.

[315] Mais le risque majeur du défaut d'information, ne réside-t- il pas plus, pour le salarié, dans la méconnaissance qu'il conserve des propres obligations conventionnelles de l'employeur ?Toutefois, dans ce cas, le salarié pourra alors utiliser les voies d'action contentieuses tendant à l'exécution de l'acte, soit individuellement au titre de l'article L. 2262-12, soit collectivement au titre de l'article L.2262-11 du code du travail.

[316] Cette obligation se double de l'obligation complémentaire pour l'employeur d'assurer la mise à jour de la liste des accords applicables. A défaut de précision du texte légal, la sanction du manquement à ces obligations d'information devrait être l'inopposabilité du texte conventionnel.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

des textes eux-mêmes[317]. On peut le regretter, même si la loi a répondu ici à un souci évident de pragmatisme.

Sans doute plus original et plus complet apparaît le devoir pour l'employeur d'assurer une information spécifique obligatoire lors de la mise en place d'une couverture sociale complémentaire et collective ou lors de l'entrée en fonction d'un salarié dans l'entreprise, information[318] rendue nécessaire pour protéger les salariés d'une éventuelle « illusion de l'assurance».

144 A ces obligations d'information s'ajoutent d'autres conditions d'opposabilité relevant du droit commun. Comme toute obligation juridique, l'objet des obligations accessoires imposées par convention collective doit être déterminé et précis, pour permettre au salarié de connaître l'étendue et la nature de ses obligations, et partant l'avantage auquel elles ouvrent droit[319]. De telles obligations doivent aussi avoir un objet possible, c'est à dire réalisable par le débiteur, suivant l'adage bien connu « à l'impossible, nul n'est tenu ». Cette condition suggère aussi l'idée d'une contrainte raisonnable[320] par rapport à l'objet de l'avantage créé. A défaut, son caractère licite pourrait être contesté, comme le serait celui de clauses ou obligations qui prétendraient réaliser de la part des salariés, une renonciation ou une perte pure et simple de droits fondés sur une disposition illicite ou contraire à l'ordre public. Ainsi, les salariés ne pourraient se voir imposer des obligations accessoires ayant pour effet la disposition de leurs droits fondamentaux et libertés individuelles ou collectives[321].

145 En revanche, les règles qualifiées d'ordre public relatif ou social permettent une négociation *« in melius »*, c'est à dire la possibilité d'améliorations apportées par voie conventionnelle notamment. Les partenaires sociaux peuvent décider de faire mieux que la loi, en octroyant par exemple, des congés pour événements familiaux supérieurs en nombre de jours et /ou en événements visés, et imposer en parallèle des conditions d'ancienneté spécifiques. Toutefois, les salariés ne remplissant pas les conditions d'ancienneté pour avoir droit aux congés supplémentaires conventionnels seront soumis aux dispositions légales minimales ; ceci n'étant que le rappel du principe selon lequel la convention collective ne peut restreindre des droits que les travailleurs tiennent de la loi.

[317] Sauf si l'accord collectif de branche ou l'accord professionnel censé définir les conditions d'information des salariés et des représentants du personnel sur le droit conventionnel, en dispose autrement.

[318] Sous forme d'une notice d'information établie par l'organisme assureur résumant de façon précise les conditions de la couverture de prévoyance, même si ce dispositif a été mis en place par accord collectif. La charge de la preuve de la remise de la notice aux salariés et bénéficiaires incombe à l'employeur , en tant que souscripteur principal du contrat collectif de prévoyance. L'employeur peut donc valablement décider de faire signer un bordereau de remise de notice aux salariés, daté et signé par ces derniers. Il a, selon la purisprudence, le devoir de faire connaître de façon très précise aux salariés, les droits et obligations qui sont les siens, à défaut de quoi sa responsabilité serait engagée.

[319] On peut estimer qu'une obligation accessoire qui ne serait pas suffisamment déterminée (texte non précis ou prêtant à confusion) pourrait faire l'objet d'une recherche en interprétation, soit en saisissant le juge, soit en recourant aux offices de la commission paritaire d'interprétation.

[320] Sur cette notion de raisonnable, v.infra Section 2, §2 C.

[321] V.supra Section 2, §2. En cela , il ne saurait être contesté, avec ou sans l'appui direct d'un texte légal, que les principes, tels que l'égalité des droits des hommes et des femmes, «à travail égal, salaire égal » , la prohibition de toute discrimination, le respect des libertés individuelles et collectives, physiques et intellectuelles, des droits économiques fondamentaux…sont hors d'atteinte de la négociation collective en général et en l'espèce, de la création d'obligations accessoires à un avantage conventionnel.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

146 On peut également considérer que la convention collective a la capacité de fixer des modalités d'exercice d'un droit légal, lorsque ces modalités ne sont pas prévues par la loi, voire lorsque la loi elle-même y renvoie[322] et à la condition que ces dispositions soient assez précises pour ne pas porter atteinte au droit légal dans son principe même. Les obligations ainsi imposées ne sont pas contraires à l'ordre public si un lien d'accessoire les unit à la prérogative légale dont elles précisent les modalités.

On le voit, l'obligation accessoire à un avantage créé conventionnellement est toujours intimement liée à la conception acquisitive d'avantages de la convention collective. Pourtant, tout risque n'est pas exclu, en particulier celui d'une mutation en obligations autonomes à la charge des salariés et sans leur assentiment. Il faut donc maintenant s'interroger plus spécifiquement sur la faculté reconnue à la norme collective de créer *« ex nihilo »* des obligations à la charge des salariés, exemptes de tout lien d'accessoire avec un avantage conventionnel.

2. La création « ex nihilo » d'obligations juridiques

147 Depuis plusieurs années déjà, la Cour de Cassation a admis que certaines obligations conventionnelles puissent être directement mises à la charge des salariés, sans qu'elles aient été expressément prévues par les contrats de travail, ni qu'elles aient recueilli l'assentiment individuel des salariés. Cependant, le juge a posé un certain nombre d'exigences à leur encontre. Les clauses de l'accord collectif créatrices d'obligations juridiques à la charge du salarié doivent être claires et précises (a) et faire l'objet d'une information spécifique à son intention (b).

Toutefois, la parution de la loi du 25 juin 2008 sur la modernisation du marché du travail semble donner un coup d'arrêt à cette jurisprudence, à tout le moins pour l'instant uniquement à l'égard des périodes d'essai conventionnelles. En outre, l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 dont est issue cette loi, introduit quelques garanties spécifiques en vue de l'amélioration de la lisibilité des droits contractuels.

Il est vrai que de telles obligations créées et imposées aux salariés par la seule voie de la convention ou de l'accord collectif soulèvent, par leurs conséquences juridiques, de nombreuses interrogations (c).

a) Des obligations claires et précises

148 L'application de plein droit au salarié d'une obligation conventionnelle est subordonnée à deux conditions cumulatives, d'une part elle doit faire l'objet d'une clause claire et précise et d'autre part le salarié doit en avoir été informé et en avoir pris connaissance. C'est à travers la combinaison de ces exigences que le juge a été amené à préciser la valeur juridique qu'il accorde au silence du contrat de travail face au contenu de l'acte conventionnel et donc aussi à la volonté contractuelle des parties.

L'exigence d'une clause claire et précise organisant l'obligation conventionnelle est la première des conditions instaurées par la jurisprudence. Cette exigence semble en quelque sorte requise pour compenser ou justifier l'absence de recours au contrat de travail et aux volontés individuelles. Toutefois, depuis l'adoption de la loi du 25 juin 2008 [323], une

[322] En matière de préavis de démission, par exemple.

[323] Loi n° 2008-596 du 25/06/08 portant modernisation du marché du travail. Cette loi retranscrit certaines mesures adoptées par les partenaires sociaux dans le cadre de l'Accord national interprofessionnel du 11/01/2008, dont les dispositions concernant la période d'essai. Désormais, le code du travail régit les conditions de la période d'essai et de son renouvellement pour les contrats

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

des obligations conventionnelles classiques, la période d'essai, échappe désormais à ces conditions. En effet, celle-ci a dorénavant une nature légale. Son régime juridique peut ou non faire l'objet d'une adaptation par voie d'accord collectif [324]. Son aménagement par voie conventionnelle se distingue donc des autres obligations créées directement par convention ou accord collectif, telles que les clauses de non-concurrence ou de mobilité [325].

149 Désormais régie par le code du travail, la période d'essai et ses conditions de renouvellement doivent être expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail[326].En conséquence, que la période d'essai soit prévue en application des nouvelles dispositions légales ou de dispositions conventionnelles, l'engagement à l'essai et la faculté éventuelle de renouvellement devront être stipulés dans le contrat de travail, laissant la volonté des parties libre ou non de les prévoir. Le défaut de contractualisation de la période d'essai vaut ainsi engagement définitif [327]. Ces nouvelles dispositions légales rendent obsolète la jurisprudence précédente selon laquelle lorsque la convention collective prévoit une clause claire et précise, sans exiger qu'il en soit fait mention dans le contrat de travail, l'essai s'applique de plein droit à condition que le salarié ait été informé lors de l'embauche de l'existence de cet accord et ait pu en prendre connaissance[328]. La convention collective n'a donc plus vocation à l'emporter dans le silence du contrat de travail[329]. Ainsi,

à durée indéterminée. Ce qui est une nouveauté puisque précédemment, la loi ne réglementait pas le régime de la période d'essai des contrats à durée indéterminée, à l'exception de celle concernant certaines catégories de salariés (VRP, …). Les modalités de la période d'essai étaient fixées le plus fréquemment par la convention de branche ou, à défaut, le contrat de travail.

[324] Les durées des périodes d'essai définies par la loi du 25/06/08 ayant un caractère impératif, elles constituent des durées maximales. Les accords collectifs postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi ne pourront donc pas prévoir des durées supérieures à celles fixées par la loi (y compris en cas de renouvellement).

[325] *On sait que de telles obligations peuvent résulter des usages, des conventions collectives, voire du contrat de travail, ce qui implique d'apprécier la portée des différentes sources et de déterminer les rapports qu'elles entretiennent.*

[326] Art. L.1221-23 du code du travail.

[327] V.infra Section 2.

[328] En effet, selon cette jurisprudence, tout dépendait alors de la précision rédactionnelle de la clause conventionnelle. Celle-ci pouvait exiger elle-même la rédaction d'un écrit. La période d'essai conventionnelle ne s'appliquait que si elle était mentionnée explicitement dans le contrat de travail, démontrant la volonté claire et non équivoque des parties d'y recourir. A défaut, *«pas d'écrit, pas d'essai».* Ainsi, *«la seule référence à la convention collective prévoyant une période d'essai ne suffit pas à apporter la preuve qu'elle ait été convenue»* (Cass. Soc 15/11/89,Bull. civ. V n° 661). A fortiori, en était-il ainsi dans le silence du contrat de travail (Cass. Soc 23/02/94,RJS 4/94 n° 374). Si la convention collective imposait une période d'essai tout en précisant que les parties ont la faculté d'y déroger et de supprimer l'essai à condition de le prévoir dans le contrat de travail, la volonté des parties au contrat devait être sollicitée et constater leur accord sur ce point. En l'absence de clause contractuelle démontrant une volonté contraire des parties, la disposition conventionnelle s'appliquait de plein droit au rapport contractuel . Mais, lorsque la convention collective se limitait à rendre l'essai obligatoire, sans autres précisions, la jurisprudence admettait de manière constante qu'une telle clause s'imposait, dans le silence du contrat de travail, faute de manifestation expresse contraire des volontés individuelles. Ainsi, la Cour de cassation reconnaissait, en l'absence même de mention dans le contrat de travail , que la convention collective pouvait directement imposer l'essai, notamment lorsqu'elle prévoyait que *«tout engagement ou tout contrat de travail comporte une période d'essai»*. Encore fallait-il que le libellé des dispositions conventionnelles soit clair, qu'il ne se limite pas à évoquer la période d'essai, ou à en organiser les durées, la considérant comme *« une possibilité laissée à l'appréciation des parties »* .Il fallait que soit exclu tout doute ou incertitude notamment dû à un libellé ambigu. Au surplus, se cumulait dans tous ces cas, l'exigence d'une information préalable du salarié.

[329] Mettant fin ainsi à la jurisprudence tirée de nombreux arrêts: *«En l'absence de clause contraire du contrat de travail, la convention collective…s 'appliquait de plein droit aux rapports contractuels dès lors qu'elle n'exigeait pas une lettre d'embauche mentionnant la période d'essai».* (Cass. Soc . 29/03/95,Dr. Soc. 1995 p 454 comm. JM Desjardins ; Cass. Soc. 23/02/94, D. 1994 ; Cass. Soc. 22/06/94, RJS8-9/94 n° 962) .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

la disposition conventionnelle imposant un essai ne suffit plus, en elle-même. Désormais, quelle que soit la rédaction de la clause conventionnelle, une stipulation contractuelle est requise, non pas à titre confirmatif mais en tant qu'engagement des parties, manifestation de leur volonté. Bien sûr, il restera toujours loisible aux parties de déroger « in melius » par contrat de travail, aux dispositions légales ou conventionnelles, en prévoyant des durées moindres de période d'essai, voire même en ne fixant pas de période d'essai, un engagement définitif étant considéré comme plus favorable aux intérêts des salariés, en vertu de l'article L. 2254-1 du code du travail[330] .

150 En revanche perdure, aujourd'hui encore, la jurisprudence touchant les autres obligations spécifiquement conventionnelles mises à la charge du salarié. S'agissant, par exemple, des clauses de non-concurrence, un arrêt isolé de la Cour de cassation en 1976 [331]avait admis que l'absence d'un contrat de travail conclu par écrit entre les parties ne pouvait pas faire échec à l'application de la convention collective qui régissait nécessairement leur rapport dès lors que cette convention imposait une obligation de non-concurrence aux salariés. Depuis une décision du 08/01/97[332] rendue à propos d'une clause conventionnelle de non-démarchage direct ou indirect, la Cour de cassation a confirmé, de manière générale et non limitative, que *« les obligations mises à la charge d'un salarié par une convention collective lui sont opposables, en l'absence de mention dans le contrat de travail, … ».* Cette décision ne semble pas réserver l'effet normatif direct d'obligations conventionnelles aux seules clauses de non-concurrence ou de non-démarchage, mais à toutes les obligations conventionnelles à la charge des salariés, sans qu'il soit nécessaire de les reprendre dans le contrat de travail. C'est ainsi que les obligations de mobilité créées conventionnellement s'imposent aussi directement au salarié, même en l'absence de clause de mobilité géographique insérée dans le contrat de travail[333]. Encore faut-il que les dispositions conventionnelles en cause se suffisent en elles-mêmes, c'est à dire qu'elles soient suffisamment claires et précises, et qu'elles ne renvoient pas pour leur mise en œuvre à la volonté ou à l'accord des parties au contrat de travail.

De telles obligations opposables aux salariés, même en l'absence de stipulation dans leur contrat de travail et sans requérir leur consentement, ne font certainement pas partie des dispositions favorables aux salariés. Certes, la Cour de cassation a ajouté une nouvelle exigence pour atténuer la rigueur de la solution et adoucir l'effet impératif de telles obligations conventionnelles : le salarié doit avoir été informé. Mais cette exigence d'information est-elle suffisante pour compenser l'absence de consentement individuel de l'intéressé ?

b) L'information du salarié

151 Selon le libellé classique des décisions judiciaires, pour que les clauses conventionnelles créatrices d'obligations soient opposables aux salariés, il faut que ceux-ci

[330] Sous réserve des dérogations et dispositions transitoires applicables jusqu'au 30 juin 2009. En effet, les accords de branche conclus avant l'entrée en vigueur de la loi qui fixent des durées plus longues de période d'essai, restent applicables. En revanche, les accords de branche conclus avant l'entrée en vigueur de la loi qui fixent des durées plus courtes ne restent en vigueur que jusqu'au 30 juin 2009. Dans ce cas, depuis le 1er juillet 2009, les durées de période d'essai légales s'appliquent, sauf signature d'un nouvel accord collectif prévoyant des durées moindres.

[331] Cass.Soc 09/07/76, Bull.civ.V n° 451.

[332] Cass.soc 08/01/97, RJS 2/97 n° 184.

[333] Cass.soc 17/06/2002,Liais. Soc. 15/07/02 jp n° 778.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

aient été *« informés de l'existence de la convention collective et mis en mesure d'en prendre connaissance ».* Or, la pertinence effective de cette exigence laisse perplexe. Rappelons, à cet effet, l'itinéraire emprunté par la Cour de cassation en la matière et les évolutions en cours.

C'est un arrêt en date du 06/07/94 [334] qui marqua une première étape en imposant aux juges du fond de rechercher si le salarié avait été informé de l'existence de la convention collective, sur les fondements des articles L.135-7 et R.135-1 du code du travail en vigueur à l'époque des faits[335]. Ainsi, l'employeur qui n'a pas affiché sur les lieux de travail, l'avis indiquant qu'il tenait à disposition du personnel un exemplaire de la convention collective, ne peut décider que l'obligation en cause[336] prévue par la convention collective est directement applicable aux salariés. La Cour sanctionne donc le défaut d'affichage d'une convention collective par l'inopposabilité de ses dispositions aux salariés[337].

Puis, dans un second temps, la Cour de cassation a renforcé ses exigences d'information à l'égard des salariés, se rapprochant ainsi de la notion d' *« information éclairée »*, qu'elle a développée concernant l'échange de volontés formant engagement de travail[338]. Un employeur ne peut se prévaloir d'une obligation instituée par la convention collective à la charge du salarié, que si ce dernier a été informé, au moment de son engagement, de l'existence de cette convention collective et mis en mesure d'en prendre connaissance[339]. L'ignorance du salarié étant sanctionnée par l'inopposabilité de l'obligation directe[340]. Excepté en matière de période d'essai où elle est devenue obsolète[341], cette jurisprudence perdure pour les obligations de nature strictement conventionnelle, avec quelques nuances qu'il convient de rappeler ici.

152 Concernant les clauses de non-concurrence imposées directement par voie de convention collective la Cour de cassation dans un arrêt du 8 janvier 1997 [342] a précisé qu'il y avait lieu dans ce cas de rechercher si les salariés avaient été informés de l'existence de la convention collective applicable et mis en mesure d'en prendre connaissance. La formule est certes proche de celle retenue à l'époque en matière de période d'essai, pour autant elle n'est pas rigoureusement identique, faisant abstraction de la référence « au moment de l'engagement ». Ce qui n'est sans doute pas fortuit mais instaurait un distinguo peu convaincant. On ne peut qu'être surpris de cette différence, d'autant plus que dans une décision du 17 juin 2002 portant sur l'opposabilité d'une obligation de mobilité prévue par une convention collective, la Cour de cassation a repris une terminologie identique à

334 Bull . Civ. n°225, RJS 8-9/94 n°1023.

335 Devenus art.L.2262-5 et R.2262-1 du code du travail.

336 En l'occurrence, il s'agissait à l'époque de la période d'essai. La solution serait différente aujourd'hui et se placerait au regard du contrat de travail.

337 Cette position rappellecelle déjà retenue en matière depréavis de démission qui constitue une simple obligation accessoire à un avantage conventionnel. Il paraissait donc logique qu'un tel raisonnement soit pour le moins étendu à l'opposabilité des clauses conventionnelles imposant des obligations directes aux salariés.

338 V. infra Chapitre II, Section 1.

339 Cass.Soc. 29/03/95, Dr.Soc. 1998, p 454. Cette décision concernait, en l'occurrence, une période d'essai conventionnelle.

340 Cass.Soc 26/09/2002, Jurisdata n°2002-015600. Cass. Soc 14/02/96 Légi social n° 7426 . Cass.Soc 30/10/97 Légi social n°7766.

341 En effet, seul le contrat de travail peut prouver désormais la volonté des parties de recourir à une période d'essai.

342 Bull.civ. V n° 8.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

celle employée alors en matière de période d'essai[343].Cette jurisprudence sélective apparait juridiquement et pratiquement injustifiée. Une telle différenciation ne semble plus de mise aujourd'hui.

153 En effet, la loi du 4 mai 2004, en généralisant l'obligation d'information des nouveaux embauchés sur le droit conventionnel applicable dans l'entreprise, a unifié à point nommé, le régime de l'information des clauses organisant des obligations conventionnelles qui doit donc se situer au moment de l'embauche du salarié. Il demeure cependant la question du non-respect de cette obligation par l'employeur qui semble devoir être résolue par l'inopposabilité au salarié. En effet, «le mouvement qui se dessine s'inscrit dans l'exigence de transparence des actes de l'employeur. L'opacité des règles trouve une sanction civile radicale dans l'inopposabilité des règles dont le salarié n'a pas eu connaissance»[344].

154 Reste qu'on peut, à juste titre, s'interroger sur la pertinence et l'impact réel de la généralisation de l'obligation légale d'information sur le droit conventionnel au moment de l'embauche. En effet, lors de la conclusion du contrat de travail, le postulant retenu est rarement en position pour imposer la production de la notice informative, en l'absence d'initiative de l'employeur qui l'embauche. A l'évidence, la remise en mains propres contre décharge de la convention collective au nouvel embauché, même si elle permet plus sûrement d'assurer une information pertinente, aurait le même inconvénient et serait matériellement trop contraignante pour les entreprises.

Dès lors, qu'il s'agisse de la période d'essai dont la situation est désormais réglée par la loi, de la clause de non-concurrence ou de mobilité imposée par la convention collective, le mode d'information le plus direct du salarié sur la nature et l'intensité de ses obligations demeure le contrat de travail. Une intégration dans le contrat de travail du contenu des clauses conventionnelles prévoyant telle ou telle obligation apparaît la formule la plus sûre juridiquement pour assurer une information réelle et pertinente du salarié[345]. Mais plus encore, c'est d'engagement contractuel qu'il s'agit. Plusieurs arguments militent en faveur de cette dernière solution.

155 Nous l'avons vu, l'effet impératif des conventions collectives signifie que leur contenu naturellement acquisitif s'impose aux parties au contrat de travail. Or, n'y a-t-il pas des obligations qui sont trop contractuelles, de leur nature même, pour pouvoir être imposées directement et exclusivement par un acte conventionnel, de sorte que le relais du contrat de travail serait indispensable[346]? Certaines obligations devraient pouvoir résister à l'effet impératif de la convention collective et en appeler nécessairement à la volonté individuelle. L'existence d'une période d'essai, d'une clause de non-concurrence ou de

[343] Cass. Soc 17/06/2002, Liais. Soc. du 15/07/2002 jp n° 778 . *« Mais attendu que si, en l'absence de clause de mobilité géographique insérée au contrat de travail du salarié, l'employeur peut se prévaloir de l'existence d'une telle mobilité instituée de façon obligatoire par la convention collective, lorsque la disposition de la convention se suffit à elle-même, c'est à la condition que le salarié ait été informé de l'existence de cette convention collective au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance . »*

[344] M.Grévy, *« La sanction civile en droit du travail »,* LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2002, p 274 et suiv. V. aussi B.Lardy-Pélissier *« L'information du salarié »*, in Etudes offertes à J.Pélissier, Dalloz 2004, p 336 et suiv.

[345] Le juge reconnaissant d'ailleurs la valeur informative de certaines clauses inclues dans le contrat de travail (v.infra Section 2).

[346] V. en ce sens, M-A Souriac-Rotschild et G.Borenfreund, *« La négociation collective entre désillusions et illusions »,* in Mélanges en l'honneur de J-M Verdier, D.2001, p 181 et suiv. G.Borenfreund, *« L'articulation du contrat de travail et des normes collectives »*, Dr.Ouv.1997, p 514. G. Couturier, obs.sous Cass.Soc. 08/01/1997, Dr.Soc. 1997, p 324.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

mobilité constitue indéniablement pour le salarié un élément de son contrat de travail[347] susceptible, en tant que tel, d'infléchir l'expression de sa volonté d'engagement de travail. Le premier pas franchi par la loi concernant la période d'essai milite aussi en cette direction et on peut penser que les partenaires sociaux se saisiront de cette question dans les négociations qu'ils devraient engager sur l'objectivation et la lisibilité des droits contractuels [348]. D'ailleurs, l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 reprend l'idée que le salarié doit être informé lors de l'embauche, dans son contrat écrit ou un document informatif annexé à la lettre d'engagement, des conditions d'accès à la connaissance des droits directement applicables à son contrat de travail en application d'un accord d'entreprise ou de branche. La rédaction du texte ne semble toutefois pas encore imposer une retranscription des obligations conventionnelles à la charge du salarié dans le contrat de travail. Elle paraît se limiter en effet à fournir une simple information sur les modalités d'accès à la connaissance des droits, à partir de laquelle le salarié pourra se renseigner sur telle ou telle obligation fixée par voie d'accord collectif.

156 Enfin, en application de l'article L.2254-1 du code du travail, ne peut-on pas s'appuyer sur le principe de faveur, pour faire prévaloir le contrat de travail et l'autonomie individuelle ? L'absence de clause contractuelle portant sur l'interdiction de concurrence ou la mobilité, ne résulte-t-elle pas de l'expression de la volonté des parties contractantes qui ont entendu ne pas y recourir ? Une obligation conventionnelle apparaît sans nul doute comme une régression, une aggravation de la situation des salariés non par rapport au vide, mais par rapport au contrat de travail [349]. Or, une telle régression est exclue par l'article L.2254-1 du code du travail, lequel fait prédominer la disposition la plus favorable, en cas de conflits de normes, en particulier entre l'accord collectif et le contrat de travail. Entre une clause conventionnelle imposant une obligation directe à la charge du salarié et un contrat de travail ne prévoyant aucune obligation de même nature, le caractère impératif de l'obligation conventionnelle devient difficilement justifiable.

157 Est-ce à dire que deux tendances fortes s'opposent ? La première faisant prévaloir le caractère réglementaire de la convention collective, tandis que le principe d'ordre public social se manifesterait dans la seconde[350]. Le contrat de travail écrit apparaît sans nul doute ici comme la seule source fiable, un relais indispensable à la prise de connaissance mais surtout à l'acceptation des engagements que le salarié est censé souscrire. La stipulation des obligations conventionnelles permettrait ainsi de restaurer la cohérence du droit [351]et d'éviter que le salarié se méprenne sur la valeur et l'intensité de ses engagements.

c) Conséquences juridiques et perspectives

158 Dès lors que la convention collective devient apte à faire peser directement des obligations nouvelles sur les salariés, en l'absence de garanties contraires stipulées dans le contrat de travail, plusieurs interrogations méritent d'être soulevées.

Del'analyse de la jurisprudence enmatière d'obligations conventionnelles directes, on peut d'abord déduire que le silence du contrat de travail équivaut en quelque sorte à l'absence, au *« rien juridique ».* Cette interprétation du vide contractuel suggère l'idée que

347 V.infra Section 2 du présent Chapitre I

348 V. articles 10 et 11 de l'Accord interprofessionnel du 11 janvier 2008.

349 E. Dockès, *« La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail »,* Dr.Soc.1997,p 140 et suiv.

350 P. Pochet, *« Période d'essai, convention collective, et contrat de travail à durée indéterminée »,*D. 1994 n° 10 p 77.

351 Il répondrait en outre aux exigences de la directive communautaire n° 91/533 du 14 octobre 1991.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

la convention collective doit le combler, quitte à ce que ce *« remplissage* » conventionnel soit moins favorable pour le salarié que le silence contractuel. On l'a vu, cette position apparaît contestable, au regard de l'article L.2254-1 du code du travail. Car en définitive, est-on réellement en présence d'une véritable défaillance du contrat de travail et des volontés individuelles ? Rien ne s'opposerait à ce que le juge recherche l'intention des parties au moment de la conclusion du contrat et détermine si l'absence de la disposition invoquée a pu être déterminante dans la volonté des parties de conclure le contrat.

De même, le juge pourrait parfaitement se placer, conformément à sa jurisprudence en matière de modification du contrat de travail[352], dans le cadre de la recherche des éléments entrant dans la sphère contractuelle.La création d'obligations originales par convention collective ne pourrait ainsi résulter que de l'acceptation individuelle des salariés, lorsqu'elles portent sur un élément du contrat de travail.

159 Au surplus, la question est aussi de savoir comment une convention collective peut directement imposer des obligations à la charge des salariés, alors que leur exécution nécessite la prise en compte de la situation individuelle de chaque salarié.En effet, n'omettons pas de souligner que la validité des clauses contractuelles, lorsque sont en cause des droits fondamentaux[353], est subordonnée à l'application des principes de finalité et de proportionnalité [354] mesurés concrètement par le juge, selon une analyse individualisée de la situation de chaque salarié. Dans ces conditions, il paraît tout à fait contestable qu'une disposition conventionnelle créant une obligation à la charge des salariés, sans relais de la volonté et du contrat individuels, puisse être d'application générale, directe, systématique et sans considération des situations individuelles.

160 Le relais du contrat de travail semble encore devoir être préconisé, nonobstant le contrôle a posteriori du juge. Certains auteurs suggèrent même de distinguer entre les clauses conventionnelles qui portent sur la situation individuelle du salarié et les clauses concernant la marche de l'entreprise dans son ensemble. Les premières ne pourraient s'imposer directement au salarié que si le contrat de travail y fait expressément référence, les secondes s'imposeraient, sauf clause contractuelle contraire[355]. Privilégier l'accord du salarié pour l'applicabilité d'une obligation conventionnelle revient à rappeler ici que la convention collective a pour fonction essentielle la création d'avantages pour les salariés et non pas d'équilibrer ces avantages par des engagements directs à leur charge, sans qu'à tout le moins, ils y aient consentis formellement[356].

161 Enfin, si la convention collective devient source d'obligations directes *« de faire ou ne pas faire »* à la charge des salariés, sans qu'il soit besoin du relais du contrat de travail, l'acte conventionnel n'instaure-t-il pas alors un rapport de type contractuel ? La fonction purement acquisitive d'avantages de la convention collective perd de sa substance au profit d'une relation d'interdépendance, obligations contre avantages. L'accord collectif acquiert

352 V.infra Partie I, Titre II Chapitre I, Section 1.

353 Comme la liberté de travail.

354 Au regard de l'article L. 1121-1 du code du travail. V.infra Section 2,§2 du présent chapitre.

355 M-L Morin,thèse préc. *« Le droit des salariés à la négociation collective – Principe général du droit »* .

356 La recherche de l'accord individuel du salarié fait partie d'un courant jurisprudentiel très soutenu qui tend à préserver l'intangibilité du contrat de travail face à la convention collective. Ceci paraît peu conciliable avec la reconnaissance de la capacité créatrice d'obligations directes de l'acte conventionnel.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

incontestablement une *« densité contractuelle »* [357] .Car, non seulement la convention collective apparaît apte à créer des obligations nouvelles et directes à la charge des salariés, mais on constate aussi qu'elle peut les obliger, en contrepartie d'engagements d'emplois par l'employeur, dont l'inexécution est susceptible d'une action en responsabilité contractuelle de la part des salariés[358].

162 Ces orientations semblent bien dessiner une figure nouvelle de l'accord collectif, source d'obligations réciproques entre employeurs et salariés. Une conception obligatoire de la convention collective dans un schéma synallagmatique bouleverserait sans aucun doute sa fonction réglementaire dans l'ordre juridique, mais surtout sa nature acquisitive d'avantages pour les salariés[359]. Elle serait, par ailleurs, difficilement compatible avec l'application de la disposition plus favorable instituée par l'article L.2254-1 du code du travail, la réciprocité ne devant pas être prise en compte dans la recherche de la disposition la plus favorable[360]. Il faut donc reconnaître que le droit positif ne permet pas aujourd'hui de trouver les fondements juridiques d'une vision plus contractuelle des accords collectifs, sauf à revisiter plus fermement encore notre conception du droit à la négociation.

163 En définitive, le contrat de travail paraît certainement le relais formel qui exprime le plus directement la volonté d'engagement du salarié et assure une prise de connaissance immédiate des obligations souscrites par les deux parties au contrat. L'opposabilité d'une obligation conventionnelle à la charge du salarié devrait être subordonnée à une manifestation expresse de volonté de la part de l'intéressé. On serait ainsi face à une double contractualisation[361], ce qui ne constituerait pas une figure juridique isolée en droit du travail.

On le voit, la primauté de la réglementation étatique et conventionnelle, telle qu'elle apparaît dans la construction du rapport d'emploi, est indéniable. Cependant, elle n'a jamais totalement supprimé l'existence d'un champ contractuel, d'un espace ouvert à la volonté et la liberté contractuelles du salarié, au-delà de la norme objective générale, dans un sens plus favorable et dans le respect de l'ordre public absolu. Peut-on diagnostiquer, alors qu'une partie de la doctrine reconnaît avec intérêt ou constate à regret un «renouveau du contrat de travail », qu'un espace de stipulations contractuelles plus étendu que naguère, est laissé aujourd'hui à la volonté individuelle du salarié ? Une telle interrogation suppose d'investir les différentes figures empruntées par ce renouveau, sous l'éclairage de la volonté du salarié.

Section 2 : La persistance d'un espace réservé à la volonté

164 En dépit de l'encadrement normatif du rapport d'emploi, le contrat de travail comme source de droits et obligations n'a pas été annihilé. Même si une grande part des éléments de la situation du salarié est déterminée par la loi ou la convention collective,

[357] Au-delà des obligations juridiques de type synallagmatiques entre les signataires de l'acte conventionnel.

[358] V. Cass.soc. 01/04/97, Dr. Soc. 1997 p 646. Cass.Soc . 22/01/98, Dr.Soc. 1998 p 375.

[359] M.L Morin , thèse préc. *« Le droit des salariés à la négociation collective – Principe général du droit »*

[360] E. Dockés, chr. préc. *« La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail »* p 140 et suiv..Dans ce cas, le risque serait grand d'assister à une comparaison globale des avantages (pourtant ébauchée au travers de certaines décisions telles que Cie générale géophysique du 19/02/97).

[361] L'accord collectif déterminant le cadre général de l'obligation, tel que collectivement négocié et le contrat de travail recueillant l'accord du salarié.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

indépendamment de la volonté des parties au rapport d'emploi, un champ proprement contractuel demeure.

Il est vrai que les règles étatiques ou conventionnelles ne réglementent pas de manière exhaustive l'ensemble des aspects du rapport de travail. Par ailleurs, on sait que dans les matières couvertes par ces règles, la notion d'ordre public social et le principe de faveur légitiment un espace de liberté, uniquement borné par un ordre public absolu aujourd'hui *« réduit à presque rien »* [362]. La volonté individuelle du salarié a toujours pu s'exercer dans un sens plus favorable, en dépassement de la norme générale. Ce qui ne signifie pas cumul d'avantages ou de garanties découlant des règles en concours[363].

165 Plus encore, on observe que l'évolution du droit, en particulier de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de Cassation, a largement contribué, depuis une vingtaine d'années, à ce qu'on nomme, la réhabilitation ou le renouveau du contrat de travail (§1). Phénomène complexe, celui-ci ne recouvre pas la même réalité et prend différents aspects. Pour autant, est-il de nature à renforcer le rôle de la volonté du salarié ? En résulte-t-il corrélativement une « figure volontaire » du salarié cocontractant plus efficace, détentrice d'un «agir contractuel» ? C'est à ces questions que nous tenterons de répondre, en s'attachant à souligner les enjeux mais aussi les limites du phénomène, en particulier celles résultant du respect des droits et libertés de la personne (§2).

§1 Le renouveau du contrat de travail

166 La réflexion de la doctrine travailliste est alimentée, depuis de nombreuses années déjà, par le thème du renouveau ou de la réhabilitation du contrat de travail. Après une période de mise à l'écart[364], le contrat de travail est revenu progressivement[365] mais fermement au devant de la scène du rapport d'emploi. Ce retour, constaté,[366] critiqué[367] ou relativisé[368], permet-il une redécouverte du rôle de la volonté individuelle du salarié en droit du travail ?

La réponse doit être mesurée et nuancée car le renouveau du contrat de travail apparaît comme un phénomène complexe dont les manifestations diverses doivent être identifiées pour mieux en appréhender les effets sur la volonté du salarié. Des analyses

362 P.Adam, thèse préc. « L'individualisation du droit du travail », p 137-138 .

363 Le caractère plus ou moins favorable du contrat de travail s'apprècie généralement au regard de l'intérêt particulier du salarié concerné, éventuellement différent de celui des autres salariés et en procédant à la pesée des avantages ayant le même objet ou la même cause. V. sur la méthode de comparaison, Titre II,Chapitre II, Section 1,§1 A).

364 V. notamment P.Durand, A. Vitu *« Traité de droit du travail »* D. 1950 Tome 2. G.Scelle *« Précis élémentaire de législation industrielle »* Chap.III Les contrats de travail. Paris Sirey 1927 p 173 et suiv. A. Brun *« Le lien d'entreprise»* , JCP Doctrine 1962 n°1719.

365 A.Lyon-Caen, *« Actualité du contrat de travail »,* Dr. Soc. 1988 p 540 et suiv.

366 A . Jeammaud, *«Les polyvalences du contrat de travail »* in Etudes offertes à G.Lyon-Caen, Les transformations du droit du travail. D.1989 p 299 et suiv.

367 V. notamment A. Supiot *« Homo Juridicus – Essai sur le fonction anthropologique du droit »* - Seuil mars 2005- La couleur des idées. C.Radé, «*La figure du contrat dans le rapport de travail »* , Dr. Soc. 2001 p 802 et suiv. S.Erbès-Seguin *«Le contrat de travail, une relation hybride »* in Le contrat, Usages et abus d'une notion ; Sociologie Economique Desclée de Brouwer 1999.

368 A.Jeammaud, art. préc. «*Le contrat de travail, une puissance moyenne »*. P. Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »,* P. Lockiec, *« Contrat et pouvoir – Essai sur les transformations de droit privé des rapports contractuels »* thèse Nanterre Paris X, soutenue le 7/12/2002.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

ont déjà été brillamment menées à ce sujet et notre apport ne peut être que modeste et complémentaire[369].

Une première question a animé notre réflexion. Quel rôle ou quelles fonctions le droit positif attribue-t-il au contrat de travail au moment de sa formation ? A partir des vocations ainsi assignées au contrat de travail, une deuxième question s'est imposée fort logiquement. Le rôle et la place de la volonté individuelle du salarié sont-ils par là-même parallèlement accrus ?

La première tendance constatée au regard de l'évolution législative et jurisprudentielle tend d'abord à renforcer la fonction sociale du contrat de travail au moment de sa formation (A). C'est alors la figure juridique du contrat de travail qui est plus fortement mobilisée soit sur l'initiative du législateur, soit par le biais du mouvement d'objectivation du contrat qui anime la jurisprudence. Une seconde tendance est généralement observée qui consiste en une revalorisation du rôle instrumental du contrat de travail, c'est à dire du contrat en tant qu'instrument de gestion, de spécification ou de singularisation (B).

On entrevoit que le rôle de la volonté du salarié dans ces différents processus sera forcement différencié, dans la mesure où des logiques diverses entrent en ligne de compte.

A. La fonction sociale du contrat de travail

167 Reconnaître une fonction ou un rôle social au contrat de travail revêt plusieurs significations. La première, qui intéresse plus particulièrement l'action du législateur, rend compte d'un usage reconnu et privilégié du contrat de travail comme figure juridique soit au service d'objectifs ou d'intérêts nationaux (lutte contre le chômage ou la précarité), soit pour réguler les rapports de travail (encadrement légal des contrats précaires).Ce recours accru et diversifié aux techniques contractuelles par le législateur[370] implique-t-il un engagement plus fort de la volonté du salarié ou au contraire, un encadrement plus ferme de la liberté de contracter ? (1)

Sous un autre angle, la fonction ou le rôle social du contrat de travail se découvre dans la détermination de ce qui constitue son contenu minimal, autrement dit ce qui forme la garantie et la sécurisation des droits contractuels. Quels sont les éléments qui relèvent ou non du contrat ? Le mouvement d'objectivation du contrat initié par le juge participe ainsi à cette fonction du contrat. S'oriente-t-on alors vers une définition aprioritique du contrat de travail, à partir des éléments essentiels répondant à sa nécessaire réalisation, voire aux expectatives raisonnables[371]des cocontractants ?Quelle placeest alors laissée à la volonté individuelle, à la recherche d'une volonté ou d'une intention commune? En bref, ce sont les effets du mouvement d'objectivation sur la volonté du salarié qu'il nous faudra cerner (2).

1. La volonté du salarié face à l'extension législative des techniques contractuelles

168 La propension du législateur à recourir au contrat de travail, comme figure juridique au service des objectifs de la politique de l'Etat, s'est fortement accrue, au point qu'« au lieu de servir à échanger des quantités, le contrat se publicise en participant à la définition du bien

[369] On soulignera notamment l'apport du professeur A. Jeammaud, art. préc. «*Le contrat de travail, une puissance moyenne ».*

[370] V notamment, Alain Supiot, op.préc. *« Homo Juridicus – Essai sur le fonction anthropologique du droit* », p 142 et suiv.

[371] Gino Gorla, *« Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien »,* Ed. de l'Institut Universitaire d'Etudes Européennes, (Résumé de cours) 1958.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

commun »[372]. Il ne s'agit plus alors pour des personnes, poussées par des mobiles différents de « *convenire* »[373] ' de tomber d'accord, de s'accorder sur une même chose, mais plutôt de décider ensemble d'appliquer un dispositif contractuel entièrement et impérativement aménagé par la loi en vue de la réalisation d'objectifs supérieurs. La volonté des parties au contrat se trouve donc en quelque sorte programmée. Cette programmation signifie que la volonté contractuelle des parties doit répondre aux exigences d'intérêts collectifs définies comme prioritaires par les pouvoirs publics.

Ainsi, la lutte contre le chômage, la précarité ou l'exclusion fait partie de la politique de l'Etat, de plans nationaux *« de cohésion sociale »* [374] *,* de plans *« d'urgence »* pour l'emploi[375], de plans d'action concertés[376],…qui sollicitent et mobilisent le terrain contractuel, tant collectif qu'individuel. Le contrat individuel devient une figure juridique privilégiée, à l'instar des contrats aidés ou dits d'insertion favorisant la mise au travail ou le retour au travail de certaines populations ciblées (demandeurs d'emploi de longue durée[377], jeunes[378], …). Plus que des contrats, ce sont des dispositifs juridiques permettant de mettre en œuvre des impératifs d'intérêt collectif non négociables et strictement encadrés[379].

169 Sans dénier le mérite et la justesse de ces impératifs, ce qu'il faut surtout souligner ici, c'est l'altération de la figure du contrat comme acte générateur d'obligations voulues par les parties, la programmation de la volonté contractuelle des parties au rapport de travail. La volonté individuelle ne s'exerce que dans l'adhésion ou non au dispositif contractuel mis en place par les pouvoirs publics. En outre, elle s'accompagne le plus souvent d'un formalisme d'accès (signature d'une convention entre l'employeur, l'Etat, l'ANPE ou les Assedicdevenus le Pôle Emploi[380]) et d'engagements de l'employeur dont l'inexécution est susceptible de sanctions (suspension ou remboursement des aides,…). Les quelques rares espaces qui pourraient être laissés à la volonté contractuelle sont en réalité absorbés par le pouvoir de direction de l'employeur (choix de la forme du contrat de travail ou de la durée du travail). Il en résulte que la fonction sociale du contrat favorisée par les pouvoirs publics conduit, inversement à son expansion, à limiter la volonté individuelle du salarié.

372 A. Supiot, *« Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? »* Dr. Soc. 2003 p 59 et suiv.

373 Du latin *« convenire »,* venir ensemble (Lexis Larousse de la Langue Française).

374 Initié en 2004, entré en vigueur courant 2005, le plan de cohésion sociale concerne simultanément l'emploi, le logement et l'égalité des chances. Il a donné lieu à une importante retranscription législative ou par voie d'ordonnances. De nouveaux plans pour l'emploi ont depuis succédé.

375 Citons, pour illustrations, les ordonnances n° 2005-892 et n°2005-895 du 02/08/2005 portant mesures du plan d'urgence pour l'emploi.

376 On peut rappeler ainsi, le plan national d'action concerté pour l'emploi des seniors, présenté le 6 juin 2006, en prolongement de l'accord national interprofessionnel du 13/10/2005 signé le 6 mars 2006 et relatif à l'emploi des seniors.

377 Sans exhaustivité, on peut citer, pour le secteur marchand, notamment : le CIE (contrat initiative emploi), le CI-RMA (contrat d'insertion destiné aux bénéficiaires du revenu minimum d'activité), remplacés, à compter du 1er janvier 2010, par le CUI (contrat unique d'insertion).

378 Tel fut le cas du dispositif de soutien à l'emploi des jeunes en entreprise (SEJE), plus communément appelé « contrat jeunes en entreprise ». Demeurent en faveur des jeunes : le contrat de professionnalisation, le contrat d'apprentissage,…

379 Faisant suite au Grenelle de l'Insertion en mai 2008, la loi n°2008-1249 du 01/12/2008 (JO du 03/12/2008) a instauré la généralisation du revenu de solidarité active (RSA) et entrepris la réforme des politiques d'insertion en vue notamment de refondre le régime des divers contrats aidés autour d'un dispositif unique, le contrat unique d'insertion.

380 C'est le cas du nouveau contrat unique d'insertion (CUI).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

170 Sous un autre aspect, le législateur recourt aussi fréquemment au contrat de travail comme instrument de régulation des rapports de travail et tend à instaurer des stéréotypes contractuels parmi lesquels les personnes physiques ou morales peuvent opter, si elles répondent aux critères et conditions fixés. Les contrats dits atypiques (contrat à durée déterminée, travail intermittent, contrat à temps partiel, contrat de travail temporaire, contrat de portage salarial[381], contrat de télétravailleur,…) se multiplient au fur et à mesure de la complexité des situations de travail et de non travail. Initiés originairement pour répondre à une demande spécifique du marché dont il convenait de canaliser les effets, ces contrats sont destinés, par les strictes conditions de recours et de contenu qu'ils imposent, à être suffisamment dissuasifs. Les contraintes spécifiques dont ils font l'objet,[382] les sanctions civiles ou pénales prévues en cas de non-respect[383], sont destinées à accentuer leur caractère d'exception au droit commun du contrat à durée indéterminée, et à assurer un minimum de protection à la partie la plus vulnérable.

171 De plus, on constate une transformation progressive de cette catégorie de contrats réglementés, s'agissant des objectifs mobilisés qui apparaissent de plus en plus servir la politique sociale des pouvoirs publics. Tel semble être le cas du contrat à durée déterminée mis en œuvre afin de favoriser le retour à l'emploi des salariés de plus 57 ans, demandeurs d'emploi ou bénéficiant d'une convention de reclassement personnalisé [384]. Ce contrat est explicitement destiné à lutter contre le chômage des « seniors » et à leur permettre d'acquérir des droits supplémentaires en vue de la liquidation de leur retraite à taux plein. Le législateur aurait pu préférer recourir au droit commun des contrats, le contrat à durée indéterminée. Le choix du contrat à durée déterminée n'est donc pas neutre, il réglemente un comportement contractuel prescrit par la loi. Une approche similaire se retrouve dans le contrat de projet[385], contrat à durée déterminée dont l'échéance est la réalisation d'un objet défini (mission, expertise,…) d'une durée minimale de 18 mois, réservé au recrutement d'ingénieurs et cadres, au sens de la convention collective applicable. Fortement encadré[386], il mobilise un formalisme précis et spécifique. De plus, il devrait nécessiter une délicate articulation avec le régime général du contrat à durée déterminée[387].

172 Ces quelques illustrations ne sont bien sûr pas exhaustives. D'autres techniques contractuelles introduites par le législateur existent ou ont existé[388] et il est à prévoir que

381 Désormais défini par l'article 8 de la loi du 25 juin 2008 qui confie à la branche de l'intérim le soin d'organiser cette activité que l'on retrouve au Chapitre 1 du Titre V du livre II du code du travail qui regroupe les dispositions relatives au contrat de travail conclu avec une entreprise de travail temporaire. V. aussi l'ANI du 11/01/2008 relatif à la modernisation du marché du travail.

382 Notamment, l'obligation d'un contrat écrit contenant des mentions précises.

383 En particulier, la requalification en contrat à durée indéterminée (V.par exemple, pour les contrats à durée déterminée, l'article L.1245-1 du code du travail). Des sanctions d'amendes et /ou des peines d'emprisonnement sont également prévues. (V. pour les contrats à durée déterminée, les articles L.1248-1 et suiv. du code du travail).

384 V. le décret n°2006-1070 du 28/08/2006.

385 Initié par l'ANI du 11/01/2008 et repris par la loi du 25/06/2008.

386 Ce contrat nécessite la conclusion préalable d'un accord de branche étendu ou à défaut, d'un accord d'entreprise.

387 Notamment, on constate certaines divergences entre le droit commun de la rupture des contrats à durée déterminée et la faculté de résiliation unilatérale ouverte aux parties dans certaines situations. V. notamment F. Bousez , *« Le contrat de projet : un contrat sans avenir* », JCP S. 24/06/2008, 1362.

388 Pour mémoire, on évoquera l'ancien contrat « nouvelles embauches », aujourd'hui disparu, réservé aux entreprises d'au plus vingt salariés. Prévu par l'ordonnance n° 2005-893 du 02/08/2005, le CNE a été supprimé par la loi du 25/06/2008. Très critiqué,

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de nouvelles seront privilégiées dans l'avenir[389]. Mais, quelle que soit l'efficacité avérée ou non de ces types de contrats pour favoriser l'embauche ou lutter contre le chômage, ce qu'il convient de souligner ici, c'est l'extension de l'utilisation du contrat comme outil juridique soumis à des fins de politiques publiques[390]. Dès lors, si à l'évidence, le contrat de travail se trouve renforcé comme figure juridique du rapport de travail, il perd corrélativement de sa substance comme source d'obligations librement souscrites par les parties. Peut-on d'ailleurs encore parler de contrat, dès lors qu' « il est soumis à une réglementation qui est l'œuvre de la Société et non celle des particuliers et qui devient toujours plus volumineuse et plus compliquée »[391] ?

Il va de soi qu'un tel constat n'est pas en faveur d'un accroissement de la prise en considération de la volonté du salarié par le droit positif. Au contraire, celle-ci se trouve écartée chaque fois que la voie contractuelle est imposée par la loi. Ceci est d'autant plus remarquable que les dispositions en cause ne relèvent plus exclusivement de l'ordre de la protection. La volonté individuelle n'est pas l'enjeu d'un engagement librement négocié, d'un échange entre les parties, mais le résultat d'un accord formel, sur un contrat prédéfini en dehors d'elle. La volonté est ici saisie, comme un moyen d'entrer dans un dispositif réglementé, non comme le ressort d'une libre négociation des termes de l'engagement contractuel. Au demeurant, la finalité de ces dispositifs cherche, avant tout, à œuvrer en faveur de l'accès ou du retour à l'emploi. Bénéficier d'un agir contractuel peut paraître alors bien secondaire.

Une telle tendance se retrouve-t-elle aussi dans le mouvement d'objectivation du contrat de travail initié par la Chambre sociale de la Cour de cassation?

2. Les effets de l'objectivation du contrat de travail sur la volonté du salarié

173 Relayant le contenu obligationnel légal[392] du contrat de travail, le juge s'est efforcé, ces dernières années, de tracer progressivement un champ contractuel nécessaire, susceptible toutefois d'être étendu par la commune volonté des parties. Il constitue *« l'armature »* ou *« le socle »* du contrat de travail[393]. Cette démarche a été qualifiée de mouvement d' objectivation du contrat de travail. Une telle formulation demande donc d'être, au préalable, précisée.

L'objectivation désigne généralement le phénomène par lequel une donnée subjective est prise pour un objet réellement perçu[394].Plus spécifiquement, rapportée au contrat de travail, l'objectivation s'entend au moins de deux façons. En premier lieu, elle consiste à

ce contrat normalisait en quelque sorte une précarité à l'intérieur d'un contrat sans détermination de durée dont les dispositions étaient préétablies en dehors de toute volonté contractuelle.

389 En particulier, un contrat unique d'insertion entrera en vigueur au 1er janvier 2010.

390 V. notamment, l'article de T. Grumbach, P. Lanquetin, P.Lyon-Caen, C.Michel et C.Zbinden, *«CNE, un leurre pour les salariés et les employeurs »,* Sem. Soc. Lamy 20/02/2006 p 9.

391 E .Durkheim, *«De la division du travail social »,* 1893, 5ème Ed, coll. Quadrige, PUF 1998, p 189.

392 Ce champ contient les obligations inhérentes à la qualification de contrat de travail. L'employeur a l'obligation de donner un travail au salarié, de lui payer le salaire convenu et de garantir sa santé physique et morale et sa sécurité au travail. Le salarié doit effectuer personnellement le travail convenu, se conformer aux directives de l'employeur pendant le temps où il reste à sa disposition.

393 Selonla formule désormais célèbre du Conseiller-Doyen, Philippe Waquet. V.notamment *« Le renouveau du contrat de travail »,* RJS 1999, n°383.

394 T.Revet, *« Objectivation ou subjectivation du contrat ? Quelle valeur juridique ? »*in La nouvelle crise du contrat,Thèmes et commentaires Dalloz sous la direction de C.Jamin et D.Mazeaud.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

fixer les éléments caractéristiques, la structure de l'acte, à délimiter le contenu nécessaire du contrat au-delà du contenu obligationnel légal. C'est sur ce *« socle »* de base, sur cette figure « a minima » du contrat, que le consentement du salarié est requis. En second lieu, l'objectivation sert de méthode d'interprétation du contrat de travail par les juges, à défaut de clause précise ou explicite. Ce mode d'interprétation ne s'appuie plus exclusivement sur la recherche de la volonté initiale et de la commune intention des parties mais consiste à concevoir une volonté purement juridique distincte de la volonté réelle[395]. Bien que différents, ces deux courants ne sont toutefois pas sans lien commun[396].

174 En tant que processus de construction du contenu contractuel, l'objectivation peut se déployer selon deux orientations. La première consiste à considérer que le consentement des parties au moment de la formation du contrat porte sur les principales obligations qu'elles contractent compte tenu de la nature du contrat en cause. Il s'agit des éléments minimaux sur lesquels s'opère l'échange de volontés, ce que le professeur P.H Antonmattei désigne comme les éléments contractuels par nature[397]. Le consentement du salarié à la formation du contrat de travail porte donc nécessairement sur les éléments qui qualifient le contrat de travail : le travail et la rémunération en tant qu'obligations principales réciproques. La seconde voie consiste à admettre que le consentement des parties au moment de la formation du contrat englobe l'ensemble des stipulations inclues dans le contrat, hors les normes extérieures[398].Les défenseurs de cette position arguent qu'à l'exception des normes collectives, « tout a vocation à être dans le contrat, la recherche de ses éléments essentiels, et non plus nécessaires , implique une figure légale plus riche, plus affirmée et plus épaisse…»[399].

Au fil des arrêts, l'orientation judiciaire s'est affirmée dans le moyen terme, sur la base d'un arbitrage des éléments nécessaires et suffisants pour qu'il y ait contrat de travail. C'est ce que révèle l'analyse de la teneur du contrat sous l'angle de l'objectivation (a).

Partant, l'objectivation tend à produire un modèle abstrait de contrat de travail, une « standardisation du contrat de travail » dont la Cour de Cassation fixe les contours, déterminant ce qui est ou n'est pas élément du contrat de travail. On s'expose alors au risque d'une volonté contractuelle type. Serait-ce le sens de l'objectivation ? (b)

a) La teneur du contrat sous l'angle de l'objectivation

175 Il semble se dégager aujourd'hui deux grandes catégories d'éléments, ceux qui ont valeur contractuelle, indépendamment d'un accord express des parties et ceux qui ne l'ont

395 V. en particulier R.Saleilles, «*De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand »*,Pichon 1901. C. Jamin, *« Quelle nouvelle crise du contrat ? »* in la nouvelle crise du contrat, Thèmes et commentaires Dalloz sous la direction de C.Jamin et D.Mazeaud.

396 V. A.Lyon-Caen, *« Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail »* in Etudes offertes à J.Pelissier, Dalloz 2004 p 357 et suiv.

397 P- H Antonmattei, *«Les éléments du contrat de travail »,* Dr.Soc. 1999, p 330 et suiv.

398 Et en l'absence d'écrit, de s'appuyer sur lesénonciations de l'article 2 de la directive CEE n°91.533 du 14/10/91 qui constituent alors les éléments essentiels du contrat de travail, dans leur ensemble .

399 J-M Béraud, *« Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail »,*Dr. Ouv.(Décembre 1997): p 529 et suiv..

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

pas nécessairement, sauf contractualisation explicite ne relevant pas -précise la Cour de cassation-[400] de la simple clause informative [401].

Entre dans la première catégorie, sans qu'il soit besoin que les parties l'aient spécifié dans le contrat, la rémunération, objet de l'obligation principale de l'employeur et contrepartie du travail fourni par le salarié. Comme la rémunération peut résulter du contrat de travail ou du statut collectif applicable, voire des usages, la Cour de cassation s'est attachée à préciser que seule la rémunération contractuelle est un élément du contrat de travail. Nous y reviendrons longuement[402], notons pour l'instant que cette notion est très large et recouvre non seulement le montant fixé[403] (taux horaire, salaire mensuel ou annuel …), mais aussi son mode de calcul ou sa structure (fixe, commissions, pourcentages, etc.)[404] .

Fait également partie des éléments ayant valeur contractuelle, indépendamment d'un accord express des parties, la nature de l'emploi (la qualification du poste[405]) objet de l'obligation principale du salarié, sinon objet du contrat de travail lui-même. La qualification constitue logiquement le second « pilier » du socle contractuel. Le salarié est effectivement engagé, en fonction de sa formation et son expérience, pour assurer un travail déterminé correspondant à une qualification.

La rémunération et le travail sont donc les éléments caractéristiques du contrat de travail, le salarié étant supposé y avoir consenti au moment de la formation du contrat, qu'il soit écrit ou non.

Il est permis de se demander si la nature du contrat de travail, c'est à dire la détermination de sa durée dans le temps en tant que contrat à exécution successive, pourrait être aussi un élément intrinsèque à celui-ci. En effet, si les parties peuvent en principe assigner à leur convention la durée qui leur plaît, on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. La nature du contrat de travail souscrit[406] (contrat à durée indéterminée ou à durée déterminée) a donc bien vocation à faire partie des caractéristiques de celui-ci[407].

176 La seconde catégorie vise d'abord des éléments, tels que le lieu, la durée ou la répartition du travail, qui sont rattachables au champ contractuel, dans la mesure où

400 Cass. Soc. 03/06/2003, Dr. Soc. 2003 p 884 et suiv. obs. J. Savatier, JCP éd. G 2003, II,10165, note M.Véricel .

401 J.Pélissier, *« Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail »*, RJS 1 / 04 p 3.

402 V.infra Titre II, Chapitre II, Section1.

403 Notamment Cass.Soc. 03/07/2001, Liais.Soc. 16/07/2001 jp n°730.

404 V.Cass.Soc. 30/05/2000,Liais. Soc. du 22/06/2000 jp n° 680 et du 20/07/2000 jp n° 683.

405 V. notamment Cass.Soc. 23/01/2001, Liais. Soc. du 05/03/2001 jp n° 707. Cass.Soc. 05/05/1999 Liais. Soc. du 09/09/1999 jp n° 643

406 Art. L.1221-2 du code du travail.

407 Ce qui se traduit, en cas de modification ou de novation ultérieure du contrat, par l'accord nécessaire du salarié, peu important à cet égard, que le changement de nature du contrat ait été envisagé ou prévu dans le contrat initial. V. infra Titre II, chapitre 1, Section 3, notamment sur l'arrêt de la Cour de Cassation du 29 Juin 1999 (RJS 8-9/99 n°1025). Brièvement, évoquons qu'il s'agissait d'un contrat à durée déterminée à temps plein qui prévoyait qu'il pourrait être transformé, à partir d'une certaine date, en contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel. La motivation de la Cour s'est bornée à casser la décision de la Cour d'appel en arguant que *« la transformation d'un horaire à temps complet en horaire à temps partiel constitue une modification du contrat de travail qui ne peut être réalisée sans l'accord du salarié , peu important que cette modification ait été ou non prévue dans le contrat de travail. »* Or, il s'agissait en fait d'une clause qui réservait à l'employeur le droit de transformer la nature du contrat de travail .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

existe une clause explicite en ce sens. « Face à une volonté claire et non équivoque de contractualisation, tel ou tel élément, le lieu, le temps l'horaire, l'intention des parties prime. Mais à défaut, en cas de doute, c'est au juge de déterminer s'il s'agit ou non d'une clause du contrat avec tous les effets que cela emporte »[408] . Il en est ainsi du lieu de travail. Celui-ci n'est pas consubstantiel au contrat de travail. Il ne le devient que si les parties l'ont expressément prévu dans l'échange de volontés. Qui plus est, le jugevérifie désormais les termes mêmes de sa contractualisation. Une clause *« claire et précise »* [409] stipulant que *« le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu [tel qu'indiqué] »* est alors exigée par le juge. Dans ce cas, le consentement du salarié lors de la formation du contrat de travail est sensé couvrir l'acceptation du lieu de travail comme élément déterminant du contrat de travail. Toute modification ultérieure nécessitera alors l'accord du salarié.

L'absence de clause sur le lieu de travail ou une clause n'ayant qu'une *« valeur informative* », à défaut d'être claire et précise, fera l'objet d'un contrôle du juge, au profit d'une interprétation objective à partir de la notion de *« secteur géographique »* [410] en vue de normaliser le contenu du contrat de travail[411]. Cette notion intéresse plus spécifiquement le domaine des modifications du contrat de travail et, comme on le verra alors[412], sa qualité de « critère objectif » peut prêter à discussion en raison d'une certaine imprécision. L'arbitrage judiciaire qui en résulte, peut apparaître un« usage excessif de l'interprétation objective »[413] . Plus précisément, l'objectivation semble ici traduire une volonté judiciaire de fixer des règles destinées à cadrer le contrat de travail et à tracer des frontières entre pouvoir et contrat[414]. La primauté est donnée à la dimension sociale du contrat et aux objectifs qui lui sont assignés par le droit, sur la recherche de la volonté réelle des parties. La volonté des parties ne suffit pas à faire le contrat ou du moins elle ne suffit pas à faire du contrat[415].

Une problématique similaire concerne la durée du travail. La durée du travail, telle que mentionnée dans le contrat de travail, constitue *« en principe »* [416] un élément nécessaire au contrat de travail[417] . Ce qui laisse la voie à des exceptions. En effet, elle peut relever de la simple référence à la durée légale en vigueur. On en revient à la notion de *« clause informative »* laquelle écarte une contractualisation volontaire de cet élément par les parties.

[408] F.Favennec-Hery, *« Le contrôle judiciaire »*, in la Négociation du contrat de travail, sous la direction de B.Teyssié, Dalloz 2004, p 85 et suiv.

[409] Cass.soc. 03/06/2003 (2 arrêts), Dr. Soc. 2003 p 884, obs. J.Savatier, JCP éd G 2003,II, 10 165, note M. Véricel, Liais. Soc. 16/06/2003 jp n° 820.

[410] Cass. soc. 20/10/98 Boghossien c/ Sté Jelt CM, Dr.Soc. 1998 p 1046 obs. Ph.Waquet, RJS 1/99 n°8. V.infra Titre II, Chapitre 1.

[411] F.Favennec-Héry, art. préc. *« Le contrôle judiciaire »*,

[412] V.infra Titre II, Chapitre I, Section 1, §2 A).

[413] A. Lyon – Caen, art. préc. *« Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail »*,p 357 et suiv.

[414] Et partant, entre changement des conditions de travail et modification du contrat de travail.

[415] G.Couturier, chro. préc. *« Les techniques civilistes et le droit du travail »,* p 151 et suiv.

[416] Cass.soc. 20/10/98, Dr. Soc. 1998 p 1045. Obs. Ph.Waquet.

[417] Ne serait-ce que pour permettre le calcul de la rémunération contractuelle.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Ce qui revient à limiter les effets de l'écrit contractuel et en particulier, les engagements de l'employeur[418].

177 Enfin pourraient être intégrés dans cette seconde catégorie, des éléments qui ne sont pas considérés comme nécessaires au contrat, sauf contractualisation. Tel est le cas, de la répartition de l'horaire collectif de travail. *« A défaut de clause contractuelle expresse, les heures de travail relèvent, en principe, des conditions de travail et donc du pouvoir de direction»* [419]. Les heures de travail concernent, en effet, l'ensemble de la collectivité des salariés et entrent en principe dans le domaine du pouvoir de direction de l'employeur [420], sauf si les parties ont manifesté la volonté de les mentionner spécifiquement dans le contrat. C'est parce que les horaires en vigueur dans l'entreprise s'imposent au salarié, en tant que norme extérieure de nature collective, qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir son consentement lors de la formation du contrat[421]. Cependant, par exception, des horaires de travail particuliers peuvent faire l'objet d'une contractualisation, ce qui requiert le consentement initial du salarié[422]. Ainsi, la durée et la répartition du temps de travail prennent une importance décisive dans le contrat de travail à temps partiel pour lequella loi impose un certain nombre de clauses obligatoires [423].Ces éléments sont donc contractuels par nature car ils participent à la définition même du contrat en cause et nécessitent le consentement du salarié au moment de la formation du contrat et indéniablement aussi, en cas de modification ultérieure.

On le voit, l'objectivation n'est pas une technique uniforme et ne produit pas de systématisation des solutions[424]. Reste alors à s'interroger sur le sens à donner à ce mouvement d'objectivation du contrat de travail dans ses diverses acceptions et sur la relation qu'il entretient ou non avec la volonté individuelle.

b) Le sens de l'objectivation au regard de la volonté

178 Quel sens donner au mouvement d'objectivation du contrat de travail ? Très certainement, peut-on souligner qu'il participe au renouveau du contrat de travail dans sa fonction sociale. Le juge, à l'instar du législateur, procède à une détermination impérative du contenu du contrat, ce qui renforce sa place, sa stabilité et sa prévisibilité au sein de

[418] Rappelons, de surcroît, que la loi du 19/01/00 précisait que la seule diminution du nombre d'heures de travail stipulé au contrat de travail en application d'un accord collectif de réduction du temps de travail ne constituait pas une modification du contrat de travail. Il en serait différemment en cas de diminution de la durée du travail unilatéralement décidée par l'employeur, ou lorsque d'autres éléments essentiels du contrat de travail s'en trouveraient modifiés.

[419] Cass.Soc. 22/02/2000, Liais.Soc. du 06/03/2000, jp n°664. Cass.Soc. 02/02/1999, Dr. Soc. 1999 p 419.

[420] Les horaires collectifs font d'ailleurs l'objet d'une information par voie d'affichage.

[421] Ou en cas de changements relevant du pouvoir de direction. Toutefois, nous verrons plus loin que les réorganisations dans la répartition du travail, par la nature et l'ampleur de la modification qu'elles engendrent ou la transformation profonde de l'économie du contrat qu'elles induisent, nécessitent l'accord du salarié. Ainsi, le passage d'un horaire fixe à des horaires variables, ou d'un travail de jour à un travail de nuit (v. infraTitre II, Chapitre 1)

[422] Et son accord sur toute révision ultérieure éventuelle

[423] La loi du 19/01/00 prévoit en effet que le contrat de travail à temps partiel doit préciser la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail, la répartition de cette durée entre les jours de la semaine et le cas échéant les semaines du mois, les conditions de modifications éventuelles de cette répartition et les modalités de communication écrite des horaires journaliers de travail.

[424] V. A. Lyon-Caen, art. préc.,*« Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail »,* p. 364.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

l'ordonnancement des relations de travail. Le juge convient d'une certaine vision objective et sociale de ce que peut être la figure du contrat de travail. Et, à défaut d'une volonté clairement exprimée par les parties, l'interprétation objective du juge dépasse largement la recherche de la commune intention réglée par les articles 1156 à 1164 du code civil. Elle intègre implicitement « le bien commun »[425], la recherche avant tout d'une solution juridique appropriée compte -tenu des besoins et intérêts à satisfaire, une volonté idéale raisonnableou un juste objectif.

Cette démarche peut-elle être rapprochée de la théorie dite de *« l'attente légitime »* à laquelle il faut attacher le nom de G. Gorla [426]? Cette théorie s'appuie à l'origine sur l'attente légitime du seul créancier, de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat. Il est vrai que, dans le processus d'objectivation du contrat de travail, le juge peut être amené à rationaliser les « expectatives raisonnables » des parties, à la fois créancières et débitrices et à déterminer leurs justes prétentions contractuelles, au jour de la formation du contrat et en fonction de la nature du contrat en cause.

179 Pour autant, l'office du juge social paraît aller plus loin en faisant prévaloir la notion de solution objectivement souhaitable au regard de la dimension sociale du contrat en tant qu'il participe au « bien commun », système plus vaste auquel il est soumis. La finalité poursuivie peut être de répondre au rôle unificateur du droit mais aussi de fixer des normes, s'agissant de ce qui est ou n'est pas élément du contrat de travail, éventuellement en dehors même de ce que les parties avaient pu envisager. *« Ces éléments constituent sa figure. Ils doivent, pour cette raison, être déterminés par les parties ou déterminables selon des procédés qui échappent à l'action unilatérale d'une partie »* [427]. Ceci laisse entrevoir une idée de cantonnement d'une certaine potestativité [428] afin de limiter l'action unilatérale d'une partie, généralement l'employeur, en répartissant ce qui est de l'ordre du contrat et ce qui est du domaine du pouvoir.

Au surplus, l'objectivation crée ici une nette dissociation du lien entre le contrat et la volonté. Le contrat n'est pas réellement à rechercher dans la volonté des parties. L'objectivation du contrat de travail, parce qu'elle procède d'un dépassement de la volonté des parties, favorise un consentement postulé du salarié au contrat de travail, c'est à dire une volonté juridique telle qu'elle doit s'exprimer raisonnablement au regard des intérêts individuels réciproques et du rôle social du contrat. Que le salarié ait pu ou non négocier ces éléments dans leurs détails, n'intervient en rien dans le consentement requis. Il suffit que le consentement porte sur le principe du contrat de travail à conclure. L'objectivation du contrat « ne saurait être assimilée à un mouvement de retour à la liberté contractuelle et de ce fait, à la prégnance de l'intention des contractants » [429].

La volonté individuelle du salarié n'est donc pas dans une situation d'autonomie plus grande, elle demeure liée aux règles posées en dehors d'elle par le droit positif. Notons

[425] V. P.Lokiec, thèse préc. *« Contrat et pouvoir ».*

[426] Gino Gorla , « *Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien* » , Edition de l'Institut Universitaire d'Etudes européennes, 1958.

[427] A. Lyon-Caen, art.préc. *« Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail »,* p 357 et suiv .

[428] V. A.Lyon Caen, art.préc. *« Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contat de travail »* , p 357 et suiv.. Rappelons qu'une condition est dite potestative lorsque sa réalisation dépend de la volonté du créancier ou de celle du débiteur (art. 1170 du code civil).

[429] P.Lokiec, thèse préc. *« Contrat et pouvoir »*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

d'ailleurs que l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail annonce une réflexion générale[430]en vue *« d'atteindre l'objectif de pouvoir déterminer, a priori et de manière limitative les éléments qui doivent toujours être considérés comme contractuels…».* Ce n'est donc pas la volonté des parties au contrat qui est ici privilégiée mais l'identification par le droit positif de ce qui fait contrat de travail.

Dès lors, apparaît-il essentiel de rechercher si la marge d'autonomie de la volonté du salarié s'avère plus grande au regard du renouveau du contrat de travail saisi dans son rôle instrumental, en tant qu'acte de gestion, de spécification ou de singularisation. Cet autre aspect semble en effet offrir au salarié une ouverture plus large d'espaces de négociations et de stipulations. Cet espace est-il tangible ? En résulte-t-il, corrélativement, une figure volontaire du salarié plus efficace, détentrice d'un véritable « agir contractuel » ?

B. La fonction instrumentale du contrat de travail

180 L'actualité juridique semble démontrer l'aptitude du contrat de travail à diversifier le contenu de ses obligations réciproques et à *« singulariser »*, voire *« individualiser »* [431] le rapport d'emploi, par l'insertion de clauses diverses. Cette faculté favorise un champ contractuel élargi par la commune volonté des parties et traduit le renforcement du rôle du contrat de travail au sein de l'ordonnancement des relations de travail. On sort ici de la capacité classiquement laissée au salarié de négocier des dispositions contractuelles plus favorables que la loi ou la norme collective. A telle enseigne, que le professeur A.Jeammaud[432] conclut que le principe du plus favorable ne constitue pas ou n'illustre pas un « principe de faveur, digne de ce nom puisque sont valides les clauses contractuelles imposant au salarié des obligations ou des sujétions (obligations de non- concurrence, de mobilité, de remboursement de frais de formation) qu'ignore la loi *».* Ainsi, les possibilités offertes à la volonté et au contrat de travail individuels vont-elles au-delà de l'exigence du plus favorable.

Généralement désigné sous le terme générique de *« contractualisation »,* lequel recouvre par ailleurs plusieurs acceptions[433], ce phénomène[434]connaît un essor parallèle

[430] Par voie de négociations collectives interprofessionnelles dans un premier temps.

[431] V. la démonstration remarquable du mouvement d'individualisation du droit du travail de P.Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail - Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu ».*

[432] A. Jeammaud, art.préc.*« Le contrat de travail, une puissance moyenne »* ,p 322.

[433] Le terme « contractualisation » est dérivé du verbe « contractualiser » qui signifie rendre contractuel, donner un caractère contractuel. Il désigne une action, un état ou un résultat. On parle ainsi de contractualisation d'un usage ou d'une disposition conventionnelle pour rendre compte de leur passage de leur nature originelle en norme contractuelle. Il est employé aussi comme signifiant une extension de la dimension contractuelle du rapport de travail par rapport à sa dimension institutionnelle. Ces diverses acceptions sont utilisées dans notre étude.

[434] On parle plus fréquemment de mouvement de contractualisation. Celui-ci traverserait l'ensemble des rapports juridiques de nos sociétés contemporaines sous diverses formes. En particulier, il serait source de déréglementation, l'Etat abandonnant une part de plus en plus grande de ses domaines d'action, au profit du libre jeu du marché et d'une meilleure régulation de celui-ci. Cette vision économique néolibérale apparaît à l'origine de l'évolution des sources de droit vers le contrat individuel ou collectif au détriment de la norme légale, ce que le professeur A. Supiot désigne par *« mouvement d'universalisation du contrat »* (v. art.préc.*« Il faut se défaire du tout contractuel »,* Le Monde, 07 Mars 2000, page 17*)*. En droit du travail, le mouvement de contractualisation englobe non seulement le recours accrû à la technique contractuelle, avec ses risques de diversification et d'émiettement des règles d'ordre public, mais aussi l'ouverture plus large à des espaces de stipulations propices à l'autonomie individuelle des parties. C'est ce dernier aspect qui sera développé dans ce paragraphe.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

à celui de l'objectivation du contrat, sans toutefois devoir être confondu. *« Si la contractualisation traduit une individualisation du rapport …, l'objectivation traduit plutôt une standardisation du contrat »* [435].

La contractualisation contribue à « *une revalorisation du rôle normatif du contrat individuel »* [436]. Le contrat de travail devient progressivement un instrument de prévision, d'adaptation, voire de flexibilité de la relation contractuelle[437]. Il aménage le rapport d'emploi. Dès lors, il est de plus en plus considéré comme un outil juridique apte à prévoir, à régenter toute perspective future, à *« juguler l'incertitude »* [438] en contractualisant la perspective du changement mais aussi, en prenant en considération les spécificités du travail ou certains éléments de la personne du salarié. Le salarié est donc susceptible de gagner un espace nouveau de stipulations et de majorer ainsi sa volonté contractuelle.

181 Cependant, il faut garder à l'esprit que la pluralité des situations du travail crée divers comportements contractuels parmi lesquels les contrats régis essentiellement par la norme légale ou conventionnelle apparaissent encore majoritaires[439]. De sorte que le rôle normatif du contrat ne s'affirme vraiment que lorsque les parties retrouvent une certaine liberté contractuelle et qu'il existe une plus grande symétrie dans leurs pouvoirs respectifs de négociation. Le contrat conduit alors à *« un dispositif qui équilibre les intérêts en jeu et donc à une contractualisation complète … »* générant une relation du travail qualifiée de type «marchand » par référence aux besoins et contraintes du marché [440].

En conséquence, si le mouvement de contractualisation laisse au salarié une marge plus grande de négociation et d'expression de sa volonté, ceci se vérifiera d'autant plus qu'il est en position favorable sur le marché du travail. La contractualisation semble donc d'un usage inégal selon les catégories de salariés (1). Au demeurant, par la contractualisation,l'employeur va, de son côté, tenter de juguler l'incertitude de l'avenir et protéger les intérêts de l'entreprise.« Voilà le contrat dans son rôle d'instrument de gestion, d'ajustement de la main d'œuvre » [441]. La contractualisation devient en quelque sorte pour l'employeur une garantie pour l'avenir dont il maîtrise parfaitement l'usage (2).

1. Un usage inégal selon les catégories de salariés

182 Au regard du droit commun des contrats, le consentement sur le principe du contrat à conclure est réputé suffisant, quelle que soit la nature des clauses spécifiques [442]qui y sont contenues et le degré de négociations préalables. Ainsi, le consentement du salarié à la formation du contrat recouvre-t-il le contenu des obligations souscrites, sans qu'il soit besoin de rechercher la motivation et la marge d'action personnelles, sauf abus ou consentement

435 P.Lokiec, thèse préc. *« Contrat et pouvoir ».*

436 P. Adam : thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail», p 141.*

437 Le contrat de travail étant à exécution successive, il est inévitablement amené à évoluer dans le temps, ne serait - ce d'ailleurs que dans l'intérêt du salarié (augmentation de salaire, promotion,…).

438 H. Lecuyer, *« Le contrat, acte de prévision »* in Mêlange en l'Honneur de F. Terré,L'avenir du Droit, PUF 1999 p 643 et suiv.

439 Sont ainsi visés les « Contrats-types » à la rédaction uniformisante.

440 Christian Bessy, *"Diversité des contrats de travail et usages du droit,"* Centre d'études de l'emploi n° 39 (avril 2005).

441 A. Jeammaud, art.préc. *« Le contrat de travail, une puissance moyenne »,* p 307

442 Exceptées celles contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou attentatoires aux libertés en application de l'article L.1121-1 du code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

vicié. Il n'entre donc pas dans la définition nécessaire du contrat ni qu'il ait été consenti en détail, clause par clause, obligation par obligation, ni qu'il ait été consenti après débat et négociations. Il suffit que le consentement se porte, avec un minimum de précision sur le principe du contrat à conclure [443].

De plus, comme nous l'avons observé précédemment, la dépendance du candidat face au pouvoir factuel d'embauche de l'employeur, est un facteur peu favorable à une véritable marge d'action et de négociation pour celui qui entendrait améliorer sa situation personnelle ou s'opposer à l'insertion par l'employeur de telle ou telle clause contractuelle. Dès lors, l'essor de la contractualisation risque fort d'accroître les liens d'allégeance, le candidat n'ayant en réalité pas d'autre choix que de consentir au contrat proposé, même s'il n'y a, au moins formellement, aucune atteinte aux principes de liberté et d'égalité [444].

Reste que parfois, la situation d'un candidat sur le marché du travail pourra en faire un cocontractant privilégié, apte à exprimer une volonté propre (a). Mais la négociation individuelle de tels avantages, source de différences entre les salariés, ne peut-elle pas venir heurter l'exigence d'égalité (b) ?

a) L'expression d'une volonté contractuelle propre au salarié

183 L'expansion du champ contractuel permet indubitablement à certaines catégories de candidats à l'embauche, en fonction de leur niveau de qualification personnelle, de la rareté de leur savoir-faire, de leur technicité voire de leur expertise, de négocier et signer des clauses spécifiques ou d'obtenir des avantages supérieurs à la loi ou la convention collective applicable. Il n'en demeure pas moins que cette aptitude dépend considérablement de la stratégie de chaque entreprise, de sa politique d'intégration, de fidélisation et de motivation du personnel[445]. En effet, pour s'attacher les meilleurs collaborateurs, certaines entreprises sont prêtes à mettre en œuvre ou à accepter des dispositifs incitatifs, de façon à rendre attractive l'exécution du contrat de travail, à inciter le bénéficiaire de l'avantage à rester dans l'entreprise ou à sécuriser son avenir professionnel.

184 On ne rappellera ici que quelques-unes des clauses spécifiques les plus fréquemment introduites sur initiative du candidat et souscrites par l'employeur en faveur de son futur salarié. Les clauses les plus courantes ou du moins les plus recherchées[446] ont pour objet une protection renforcée du salarié en cas de rupture éventuelle de son contrat, qu'il s'agisse d'une indemnité supplémentaire de licenciement [447], d'une durée de préavis plus favorable que celle prévue par la convention collective, d'un engagement de l'employeur en matière de maintien de l'emploi pendant une certaine durée ou encore de stabilité du lieu d'emploi.

On trouve également des clauses de nature incitative, se traduisant par l'octroi d'avantages en nature (voiture, téléphone mobile, micro ordinateur, logement de fonctions , …) le versement de primes de fidélité ou d'intéressement individuel, l'octroi de stocks options,…. D'autres clauses sont également négociées pour prendre en considération la

443 J. Carbonnier*," Droit civil - Les obligations »,* Thémis , 22ème éd., tome 4, 2000, p 115.

444 Sur cette critique, v. l'analyse de A.Supiot, *« Il faut se défaire des illusions du tout contractuel »,* Le Monde 07 Mars 2000, p 17.

445 Sous réserve aussi de la situation économique et financière de l'entreprise.

446 V. la polémique actuelle sur les « parachutes dorés ».

447 Une telle clause est analysée comme une clause pénale et donc sujette à réduction par le Juge (art. 1152 du code civil) .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

dimension personnelle ou familiale du salarié, le plaçant ainsi, sur sa demande, dans une situation d'exception par rapport à la collectivité de travail (temps partiel choisi, télétravail, …). L'inventaire n'a ici de limites que celles de l'imagination des protagonistes.

185 Pourtant certaines clauses résistent à l'idée d'une contractualisation favorable au salarié. L'exemple de la période d'essai en fournit une illustration spécifique. Le futur salarié a-t-il intérêt à négocier ou accepter une période d'essai ? La période d'essai est censée protéger les intérêts de chaque partie au contrat face à l'engagement définitif : *« elle permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent »* [448]. Prévoir une période d'essai est laissé à l'appréciation des parties au contrat qui peuvent n'en prévoir aucune, comme le formule l'article 2 de la loi du 25 juin 2008 sur la modernisation du marché du travail [449].

La période d'essai apparaît donc comme une période contractuelle transitoire où les parties peuvent apprécier, sans contrainte forte, la pérennité possible de leur lien contractuel. Selon l'analyse majoritaire dite moniste qui prévaut, cette période n'est d'ailleurs pas détachable du contrat de travail en lui-même, elle n'est qu'une phase préalable à l'engagement définitif. Les parties concluent un contrat de travail unique qui comprend une première phase d'essai [450], au cours de laquelle les obligations réciproques des parties et les conditions propres à la relation de travail jouent pleinement leur rôle. La période d'essai implique nécessairement que le salarié soit placé dans des conditions normales d'emploi permettant une réelle appréciation de la situation de travail en cause. C'est ce qui la différencie des tests ou essais professionnels préalables à l'embauche[451].

186 En outre, cette période d'appréciation mutuelle est empreinte d'une relative liberté des parties puisque les formalités à respecter en cas de rupture de la période d'essai demeurent somme toute réduites, même si la loi a introduit désormais des délais de prévenance à respecter par la partie qui met fin à la période d'essai[452]. La caractéristique essentielle de cette période est bien de permettre aux deux parties de se libérer du lien contractuel, à tout moment pendant sa durée, sous réserve de respecter le délai de prévenance légal mais sans indemnités et sans avoir à justifier d'un motif, sauf si l'employeur

[448] Art. L.1221-20 du code du travail.

[449] Le contrat de travail à durée indéterminée « peut » comporter une période d'essai…

[450] La période d'essai apparaît ainsi comme une spécificité juridique du contrat de travail. Elle ne paraît pas pouvoir être assimilée à une condition résolutoire, compte-tenu de ses effets rétroactifs notamment en cas de non réalisation de la condition (en l'occurrence l'échec de la période d'essai), ce qui entraînerait une instabilité dans la relation de travail.

[451] V. Cass. Soc 04/01/00, RJS 02/ 2000 n° 145 . Ne peut être considérée comme une période d'essai une période pendant laquelle l'intéressé n'est pas placé dans les conditions normales d'emploi. Ainsi, une période où l'intéressé, chargé de conduire un car de transport scolaire, ne l'avait conduit pendant un mois que vide de passagers et en présence du chauffeur habituel.

[452] Art. L.1221-25 (délai de prévenance en cas de rupture de la période d'essai à l'initiative de l'employeur) et art. L.1221-26 du code du travail (délai de prévenance en cas de rupture de la période d'essai à l'initiative du salarié). On remarquera qu'outre des délais infiniment plus courts en cas de rupture à l'initiative du salarié, celui-ci n'est tenu de les respecter qu'en cas de période d'essai dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée. L'extension des délais de prévenance aux ruptures de période d'essai d'au moins une semaine des contrats à durée déterminée n'est en effet prévu que pour l'employeur. L'ANI du 11/01/08 ne visant que les périodes d'essai des contrats à durée indéterminée, la loi n'a pas imposé de contraintes nouvelles à l'égard des salariés sous contrat à durée déterminée.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

invoque un motif disciplinaire auquel cas il doit respecter la procédure disciplinaire[453] . La période d'essai constitue donc une exception au droit commun du licenciement qui en vérité, profite essentiellement à l'employeur[454].

187 Bien qu'apparaissant de prime abord réaliser un équilibre des intérêts en cause, elle n'en suscite pas moins une renonciation au droit du licenciement. Dès lors, il importe de vérifier que le salarié a bien consenti à cette renonciation. La renonciation à un droit ne se présumant pas, la période d'essai elle-même ne se présume pas. Elle doit découler d'un accord de volontés des parties et ne peut résulter que du contrat de travail [455], conformément au nouvel article L.1221-23 du code du travail[456].La manifestation de volonté du salarié doit donc se traduire par son consentement au contrat de travail prévoyant une clause formelle de période d'essai[457]. A défaut de clause, une telle période d'essai ne peut être invoquée et le salarié sera alors considéré comme engagé définitivement.

Qui plus est, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008, des durées maximales de période d'essai, renouvellement compris, sont fixées en fonction de la catégorie professionnelle des salariés[458]. Toutefois, les parties peuvent parfaitement convenir de durées moindres par rapport à celles instituées par la loi de 2008 ou par convention ou accord collectif selon les modalités d'articulation prévues par la loi[459], voire ne pas en prévoir, ce qui constitue un avantage pour le salarié. En revanche, elles ne peuvent instituer des durées plus longues que celles fixées par la loi[460] ou la convention collective. Il ne peut donc y avoir de dérogation « *in pejus* » par accord individuel.

188 En outre, seul un accord collectif étendu peut prévoir la possibilité et les conditions d'un renouvellement de la période d'essai dans les limites fixées par la loi [461], lorsque les

[453] Cass.Soc. 10/03/2004, Liais. Soc. 22/03/04, jp n°857.

[454] La démission n'ayant pas les mêmes contraintes juridiques sauf abus de droit.

[455] Cette obligation vaut non seulement pour les contrats à durée indéterminée mais aussi pour les contrats à durée déterminée. En effet, l'art. L.1242-12 du code du travail prévoit les conditions d'application de la période d'essai des contrats à durée déterminée. Celle-ci doit obligatoirement faire l'objet d'une mention spécifique dans le contrat de travail. A défaut de quoi, les parties sont considérées comme y ayant renoncé. Les durées sont fixées par l'article L.1242-10. Une convention collective peut prévoir des dispositions plus favorables en la matière.

[456] La période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail.

[457] Précédemment à l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008, une période d'essai pouvait être prévue par contrat de travail soit que la convention applicable était muette sur ce point là, soit qu'elle ait un caractère facultatif ou encore qu'elle exigeât elle-même une confirmation par contrat de travail.

[458] Art. L.1221-21 du code du travail. Ces durées maximales ont un caractère impératif. Toutefois, la loi du 25/06/2008 a prévu que les dispositions des accords de branche conclus avant sa date de publication et prévoyant des durées plus longues que les maxima légaux sont préservées. Les dispositions des accords de branche conclus avant la publication de la loi et prévoyant des durées plus courtes que la loi restent en vigueur jusqu'au 30 juin 2009. A défaut d'accord collectif, à l'issue de la période transitoire, les durées initiales définies par la loi ont vocation à s'appliquer directement.

[459] Des durées de périodes d'essai plus courtes que la loi pourront être prévues soit par accords collectifs de branche ou d'entreprise conclus après la date de publication de la loi, soit par contrat de travail ou lettre d'engagement.

[460] Sauf le cas des accords de branche conclus avant la date de publication de la loi et prévoyant des durées plus longues que les maxima légaux qui sont maintenus en vigueur.

[461] Art. L.1221-21 du code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

résultats n'apparaissent pas concluants[462]. De surcroît, dans cette hypothèse, le contrat de travail doit stipuler cette possibilité de renouvellement. En tout état de cause, le salarié ne peut consentir dès la conclusion du contrat de travail au renouvellement de l'essai « par anticipation », ce qui reviendrait à ce qu'il accepte à l'avance que l'essai ne sera pas probant [463] et un renoncement plus long aux règles de rupture du droit commun. La proposition de prolongation ou de renouvellement doit intervenir avant l'expiration de la période d'essai initiale[464] et faire l'objet d'une acceptation non équivoque du salarié. En aucun cas, une telle volonté ne peut résulter de la seule poursuite du contrat de travail[465] .

189 En dépit des règles de droit nouvelles et de la relative sécurisation de ce début de parcours professionnel qui découle de la loi de 2008, le futur salarié semble ne pas avoir intérêt, s'il en a les moyens, à négocier ou à accepter une période d'essai. En effet, des risques majeurs sont liés à cette période. Ceux-ci portent essentiellement sur l'éventualité d'un détournement de sa finalité par l'employeur qui l'utiliserait dans le but *« de retarder la stabilisation de l'emploi »* [466] du salarié[467]ou de tenir en échec certaines règles d'ordre public[468]. Stratégiquement, le futur salarié n'a donc pas avantage à ce qu'une période d'essai soit prévue dans son contrat de travail, en particulier lorsqu'il a quitté un poste dans une entreprise pour venir occuper des nouvelles fonctions dans une autre. L'insertion ou non d'une clause de période d'essai dans le contrat de travail constitue ainsi un véritable enjeu pour le salarié au regard même de la stabilité de son emploi. A telle enseigne qu'une telle clause peut être exclue par la loi[469] ou jugée illicite[470].

190 En définitive, certains salariés peuvent profiter, semble-t-il, de la contractualisation pour singulariser et renforcer leur situation contractuelle, défendre leurs intérêts en négociant des clauses spécifiques ou bien sûr des avantages supérieurs à la loi ou à la convention collective applicable. Ils bénéficient alors d'un agir contractuel de nature stratégique. Leur volonté contractuelle prend une densité particulière d'autant plus remarquable que sont seules concernées certaines catégories de salariés que l'on pourrait

[462] Lorsqu'une convention collective prévoit une période d'essai sans envisager son renouvellement, une clause contractuelle disposant que la période d'essai pourra être renouvelée, est nulle (Cass . Soc 30/03/95 Bull.civ V n°117 ; RJS 8-9/95 n°863).

[463] Cass soc 23/01/97, RJS 3/97 n°248.

[464] En tenant compte aussi des délais de prévenance légaux, en particulier en cas de refus de renouvellement du salarié, si l'employeur n'entend pas poursuivre sur un engagement définitif.

[465] Cass soc 4 octobre 2000, Liais. Soc. jp n° 686 du 16/10/00

[466] A. Jeammaud, art. préc.*«Les polyvalences du contrat de travail »*, p 310-311 .

[467] Ce qu'autorisait par exemple, indirectement la période dite de consolidation du contrat « Nouvelle embauche »(CNE), appelée ainsi en référence à une note du Ministère de l'emploi sous forme de questions –réponses qui précisait que la période de 2 ans n'était pas une période d'essai mais une période spécifique dite de consolidation de l'emploi permettant notamment à l'employeur de mesurer la viabilité économique et les perspectives de développement de son entreprise.

[468] La Cour de cassation ne s'y est d'ailleurs par trompée. Dans des arrêts récents en date du 30 mars 2005, elle souligne, en s'appuyant sur l'article L.122-14-7 du code du travail , que l'éviction du droit du licenciement lors d'un changement de fonctions avec période d'essai, devient impossible (RJS 2005n°59 et ch.J-Y Fouin p 423) .

[469] C'était le cas de l'ordonnance du 2/08/2005 qui prévoyait que la période d'essai du contrat à durée indéterminée n'était pas applicable au contrat « Nouvelle embauche » (CNE).

[470] Tel est le cas si elle est stipulée en cours d'exécution du contrat de travail, à l'occasion notamment d'un changement de fonctions, le salarié ne pouvant renoncer, par avance, pendant la durée du contrat,au droit de se prévaloir des règles du licenciement (Cass.Soc. 30/03/2005 préc.).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

qualifier de cocontractants privilégiés. Pour autant, les bénéfices de la contractualisation demeurent relativement faibles aujourd'hui pour la grande majorité des salariés[471]. En outre, l'usage de l'espace de stipulations par certaines catégories de salariés, dans leur intérêt propre, engendre inévitablement des situations contractuelles plurielles et diverses parmi les travailleurs d'une même entreprise. Une telle source de différenciation ne peut-elle venir alors heurter l'exigence d'égalité dans le rapport d'emploi ?

b) La négociation individuelle du salarié face à l'exigence d'égalité

191 La négociation individuelle du salarié, l'usage d'un espace de stipulations pour conforter ou améliorer sa situation personnelle créent-elles des différences entre salariés incompatibles avec l'exigence d'égalité? La question se pose avec acuité [472]et s'avère porteuse de confrontations.

Il est indéniable que l'égale valeur de tous les être humains en droit et devant la loi, est affirmée et élevée au rang de principe constitutionnel[473] jusque dans le champ des relations de travail. Mais la question touche principalement ici la situation des salariés entre eux. Une différence de traitement dans la teneur du contrat peut-elle être justifiée ? Sachant aussi que l'inégalité entre salariés - ceux qui peuvent défendre individuellement leur place dans l'entreprise et ceux qui n'en ont pas les moyens – creuse et développe un réseau d'insatisfactions mais aussi de déséquilibres.

192 L'exercice de la libre négociation individuelle peut ainsi porter atteinte au principe d'égalité de rémunération ou d'égalité de traitement[474], pour autant que les salariés d'un même employeur soient placés dans une situation identique[475]. Selon la jurisprudence, les différences opérées, les particularismes accordés dans le cadre du contrat de travail[476], à un salarié par rapport à un autre, nécessitent qu'ils puissent être justifiés par des critères

[471] Même si, sous un autre angle, tout salarié peut tirer profit des clauses prévues dans le contrat à l' initiative de l'employeur lorsque ce dernier n'en respecte pas ultérieurement le contenu.

[472] V. notamment A. Jeammaud, art. préc. *« Les polyvalences du contrat de travail »*. E.Dockès, *« L'égalité- Valeurs de la démocratie – Huit notions fondamentales »*, D. 2005, p 31 et suiv. Ph ;Waquet *« Le principe d'égalité en droit du travail »,* Dr. Soc. 2003, p 276 et suiv.

[473] V. art 1 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 confirmé et complété dans la Préambule de la Constitution de 1946, l'ensemble repris dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 de la Vème République.

[474] On pense plus spécifiquement à l'égalité de traitement entre hommes /femmes de l'article L.1142-1 du code du travail, ou entre salariés placés dans une situation de travail identique (Cass. soc. 23/10/96,Dr.Soc 1996 p 1013, note A. Lyon-Caen).La Cour de cassation a visé expressément le principe d'égalité de traitement dans un arrêt du 10 juin 2008 (Sem. Soc. Lamy n°1359, p 10).

[475] V.arrêt Ponsolle du 29/10/96 préc. V.aussi, Cass. soc. 15/12/98, Dr. Soc. 1999 p 187 et suiv. Pour une solution reconnaissant les éléments objectifs justifiant la différenciation, v. Cass.Soc. 01/12/2005 Liais.Soc. 12/12/2005 jp n° 934. V. aussi A. Jeammaud *« Du principe d'égalité de traitement des salariés »,* Dr. Soc. 2004 p 694 et suiv. De même, si la Cour de Cassation, avait admis que des accords collectifs pouvaient, sans méconnaître le principe « à travail égal, salaire égal », prendre en compte pour le calcul des rémunérations le parcours professionnel spécifique de certains salariés bénéficiant d'une promotion (Cass.Soc. 03/05/2006, Liais. Soc. 16/05/2006, jp n° 957), elle semble désormais plus exigeante, à l'égard des dispositions prévues par accord collectif. En effet, « au nom du principe d'égalité de traitement », une différence de traitement entre salariés placés dans une situation identique ne peut s'appuyer sur une seule différence de catégorie professionnelle mais doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence (Cass.Soc. 01/07/2009, Sem.Soc. Lamy n°260, p 7 et suiv., note M. Hautefort)

[476] Ou d'une convention ou d'un accord collectif (Cass.Soc. 01/07/2009 préc.)

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

constants et des raisons objectives[477] permettant une transparence des rapports et justifiant la différenciation[478] .

Toutefois, l'espace laissé à la négociation individuelle, dès lors que celle-ci ne traduit que la prise en compte de compétences précises d'un salarié, de qualités objectives particulières, d'actes ou d'expériences donnés, utiles au poste ou à la mission confiée[479] ne semble pas devoir être remis en cause aujourd'hui ni constituer une rupture d'égalité. L'égalité n'est pas la prohibition de la « *rétribution »* [480] , en tant que reconnaissance d'efforts ou de talents propres à une personne.

193 Au demeurant, la liberté contractuelle et la faculté de négociation individuelle rencontreront inévitablement la butée de la prohibition légale des discriminations[481], en tant que prohibition des différences de traitement fondées sur les attributs de la personne ou son appartenance ou non à un groupe humain différencié. Reste que celles-ci peuvent cependant être admises dès lors qu'elles *« répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée »* [482]. Aujourd'hui, comme le souligne le professeur A.Jeammaud, l'enjeu porte *« sur le poids respectif de l'intérêt individuel et d'un primat de la justice comme l'égalité »* [483] .

Pour autant, le débat n'est pas clos et il n'est pas certain à ce jour, compte -tenu de la mobilisation effective du pouvoir de négociation en faveur des seuls salariés qui ont un niveau élevé de compétence[484], que l'exigence d'égalité entre salariés ne soit pas placée derrière l'intérêt individuel et l'agir tactique de chacun.

Sous un autre angle, il n'est pas exclu aussi que la dynamique de la contractualisation puisse constituer, à moyen terme, une atteinte à la propre dynamique du collectif et un risque d'émiettement de la protection commune des salariés.

194 Force est de constater que l'usage de l'espace de stipulations par les salariés demeure encore faible, si ce n'est pour certains types de relations de travail et pour certaines catégories de salariés à la qualification ou au savoir-faire particulièrement recherché. Mais en dehors de ces cocontractants privilégiés, l'expression de la volonté individuelle du salarié dans l'espace de stipulations laissé aux parties au contrat de travail rencontre des obstacles de taille. Tout d'abord, parce que celle-ci doit se couler dans un passage encore

477 Cass. Soc. 17/06/2003,RJS 8-9/03 n° 974. Cass.Soc. 21/06/2005 Liais.Soc. 27/07/2005 jp n° 917.

478 Dans un arrêt du 16/12/2008 (JCP S 06/01/2009,1005, note J-F Cesaro), la Cour de cassation a affirmé que *« la seule différence de diplômes, alors qu'ils sont d'un niveau équivalent, ne permet pas de fonder une différence entre des salariés qui exercent les mêmes fonctions, sauf s'il est démontré par des justifications, dont il appartient au juge de contrôler la réalité et la pertinence, que la possession d'u diplôme spécifique atteste de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée ».*

479 Arrêt du 16/12/2008 préc..

480 E. Dockés, art. préc. *« L'égalité » in Valeurs de la démocratie – Huit notions fondamentales »,* p 31 et suiv.

481 Art. L.1132-1 du code du travail. V. supra Section 1 A) 1) b).

482 V. art.6 3° de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Précisons que par le passé, la loi n° 2005-102 du 11/02/2005 pour l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées, énonçait dans son article 24que les différences de traitement devaient être*« objectives, nécessaires et appropriées».*

483 A. Jeammaud, art. préc. *« Le contrat de travail, une puissance moyenne »,* p 329.

484 V. l'analyse de C. Bussy, étude préc*. « Diversité des contrats de travail et usages du droit ».*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

étroit, en raison de la détermination largement impérative du contrat. Ensuite, parce que la négociation individuelle du salarié reste étroitement liée aux contingences patronales, à tel point que la majorité des clauses qui prospèrent aujourd'hui, au moment de la conclusion du contrat, proviennent de l'initiative de l'employeur.

La contractualisation ne serait-elle finalement qu'une forme d'instrumentalisation du droit au profit du pouvoir de décision de l'employeur et de sa sécurité juridique ?

2. Un usage maîtrisé par l'employeur

195 Il faut reconnaître, en effet, que l'espace de stipulations laissé aux parties au contrat de travail demeure largement dominé, maîtrisé par l'employeur, ce qui favorise l'essor de clauses dites défensives[485], dans l'intérêt de l'entreprise. On observe donc une mainmise de l'employeur sur le contenu du contrat de travail. Cette tendance est d'autant plus remarquable qu'elle permet d'obtenir le consentement du salarié, dès la formation du contrat, sur des hypothèses de réalisation de telle ou telle situation, des changements ultérieurs imprévisibles au temps de la conclusion du contrat. L'employeur a donc un intérêt particulier à contractualiser un certain nombre de prévisions, dès le début de la relation contractuelle. Ceci explique qu'une place soit accordée à cette question au temps de la formation du contrat.

Les clauses contractuelles que l'employeur a intérêt à prévoir au moment de la conclusion du contrat, peuvent être classées en deux grandes catégories[486] : celles destinées à renforcer l'emprise du pouvoir de l'employeur pendant l'exécution du contrat de travail (a) et celles ayant pour objet de protéger l'entreprise des effets d'une cessation ultérieure du contrat de travail (b).

a) Les clauses contractuelles sous l'emprise du pouvoir de l'employeur

196 En obtenant le consentement du salarié, dès la formation du contrat, sur certaines clauses contractuelles, l'employeur va pouvoir gérer au mieux, si besoin est dans l'avenir, la distinction jurisprudentielle entre modification du contrat et changement des conditions de travail[487], en se protégeant contre tout refus ultérieur d'exécution du salarié. De telles clauses servent alors à renforcer le pouvoir de direction de l'employeur en recourant à la force obligatoire du contrat[488].

En sont une illustration, les clauses de mobilité professionnelle ou géographique. Acceptées par le salarié, dès la formation du contrat de travail, elles rendent inopérantes les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1134 du code civil, le salarié ne pouvant qu'exécuter ce à quoi il a conventionnellement consenti. Toutefois, une clause de mobilité doit *« définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée »*[489]. De surcroît, il n'est pas exclu que ces clauses soient parfois susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés de la personne[490].

485 J. Colbeaux, *« Les précautions juridiques à l'embauche »* , Liais. Soc. Mensuel mars 2001.

486 D'autres typologies existent. Ainsi, M-C Escande-Varniol distingue les clauses favorables au salarié et les stipulations avantageuses pour l'employeur (v. *« La sophistication des clauses du contrat de travail »,* Dr.Ouv. 1997, p 478 et suiv.).

487 V.infra Titre 2, Chapitre I, Section 1.

488 V. infra Partie II, Chapitre préliminaire.

489 Cass.Soc. 7/06/2006, D.2006,3041, note M-C Escande-Varniol, Dr Soc. 2006, p 926, obs.F. Favennec-Héry, Liais. Soc. 11/08/2006 jp n° 972.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

197 Se déploient également les clauses destinées à prévenir tout changement qui interviendrait dans les données initiales du contrat. On retrouve dans cette catégorie les clauses de variabilité ou de révision [491]. Celles-ci permettent en effet de modifier le contrat sans que l'on sache en quoi consistera la modification[492]. La rédaction de la clause joue toutefois un rôle déterminant. Un simple engagement de négocier une révision en cas de changement ne posera pas, en principe, de difficultés juridiques. Par contre, la clause traduisant une autorisation préalable donnée à l'employeur de réviser unilatéralement les nouvelles conditions d'exécution du contrat encourt la nullité[493]. La raison de cette sévérité est évidente. La clause potestative a toujours été nulle[494] si elle dépend de la volonté du débiteur. Au surplus, comme nous l'avons vu, le salarié ne peut valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi[495], il ne peut donc renoncer à son droit de refus en cas de modification de son contrat.

198 D'autres clauses tendent à faire peser sur le salarié certaines contraintes liées à l'activité de l'entreprise. Ainsi, en est-il des clauses d'objectifs stipulées en particulier pour les salariés chargés de la vente et de la prospection commerciale. Toutefois, en raison de l'évolution jurisprudentielle, leur intérêt pratique et juridique semble avoir perdu désormais de sa substance « prévisionnelle ». En effet, depuis un arrêt du 14 novembre 2000 rendu par la Cour de cassation[496], les objectifs ont été dé-contractualisés, leur redonnant leur véritable nature, celle d'un choix de gestion relevant du pouvoir de direction de l'employeur. Ils n'ont donc plus nécessairement à être négociés avec le salarié ni prévus dans le contrat de travail. En tout état de cause, quel que soit le processus de détermination des objectifs (négocié ou unilatéral), ceux-ci doivent être « raisonnables et compatibles avec le marché » [497] ou « réalistes » [498] .

199 Parmi les autres clauses contractuelles qui participent au renforcement de l'emprise du pouvoir, on trouve encore celles qui tendent à contractualiser le devoir de loyauté du salarié, voire même une certaine allégeance envers l'entreprise, parfois hypertrophiée dans les entreprises dites « de tendance ». On y recense les stipulations visant à limiter la disponibilité du salarié à exercer une autre activité professionnelle, en parallèle de celle exercée chez l'employeur[499]. Ce dernier peut ainsi imposer, par voie contractuelle, une clause d'exclusivité, par laquelle le salarié s'engage à consacrer

[490] V.infra §2. Rappelons ici, à titre d'exemple, que certaines clauses vont jusqu'à imposer au salarié un changement corrélatif de domicile. La chambre sociale a eu l'occasion de préciser que le principe du libre choix du domicile personnel et familial doit être respecté, au regard de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Cass. Soc.12 janvier 1999 Spileers c / Scté Omni Pac, Dr. Ouv. Juin 1999 p 254-255).

[491] En matière de rémunération, ces clauses doivent être distinguées de celles prévoyant une rémunération selon le chiffre d'affaires dont le mode de calcul est défini dans le contrat selon des critères objectifs et précis.

[492] Ph. Waquet, *«Le pouvoir de direction et les libertés des salariés »,* Dr. Soc. Déc. 2000 p 1051 et suivantes.

[493] Cass soc 30 mai 2000, RJS 7-8/2000 n°772.

[494] Ph. Waquet, art. préc. *«Le pouvoir de direction et les libertés des salariés »*.

[495] Cass.Soc. 27/02/2001, Dr. Soc. 2001 p 514 et suiv, note C. Radé. D.2001, Somm. 2166, obs. S. Frossard.

[496] Cass. Soc 14 Novembre 2000,Hebdo Liais. Soc. jp n° 692 du 27/11/00.

[497] Cass soc 30 mars 1999, RJS 99 n° 641

[498] Cass soc 14 novembre 2000, Dr. Soc. 2001 p 99

[499] Il faut rappeler sur ce point que si le salarié peut exercer des fonctions chez plusieurs employeurs, il doit respecter cependant les durées maximales du travail prévues par la loi et de ne pas mener une concurrence déloyale.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

l'exclusivité de son activité à son employeur[500]. Toutefois, ces clauses contractuelles limitant indéniablement la liberté d'exercer une activité professionnelle, amèneront un contrôle judiciaire de leur bien-fondé au regard des exigences de finalité et proportionnalité.

L'employeur peut prévoir encore, dès la formation du contrat de travail, d'autres types de clauses destinées à protéger les intérêts de l'entreprise contre les effets d'une future rupture du contrat. Leur objectif est alors de peser sur les conditions de départ du salarié en mettant enjeu sa responsabilité contractuelle, afin de le dissuader de quitter l'entreprise ou à tout le moins, d'encadrer sa volonté de rompre le contrat de travail.

b) Les clauses contractuelles protégeant les intérêts de l'entreprise

200 Les clauses de non-concurrence sont, à cet égard, exemplaires puisqu'elles limitent les possibilités du salarié de s'engager au service d'un autre employeur ou de créer sa propre entreprise en cas de rupture du contrat de travail. Souvent assorti d'une clause de non-débauchage[501], le contrat sert ici d'outil de protection de l'entreprise en matière d'emploi et fait peser la contrainte sur le salarié. Il s'agit là d'une clause défensive de sécurité dont les conditions de validité sont d'ailleurs fortement encadrées par la jurisprudence et la loi [502].

On retrouve la même philosophie dans les clauses de dédit formation qui font obligation au salarié, en contrepartie d'une formation assurée par l'entreprise[503]au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective, de rester à son service pendant une certaine durée et en cas de non respect du délai, de rembourser à l'entreprise une fraction du coût de la formation[504]. Une telle clause dans le contrat de travail initial est toutefois amenée à disparaître en raison de la jurisprudence récente de la Cour de cassation [505] et des effets de la loi du 4 mai 2004[506]. Un accord individuel et spécifique doit, en effet, être établi non a priori dans le contrat de travail initial, mais avant l'exécution de la formation en cause, donc par

[500] V. J-E Ray , « *Fidélité et exécution du contrat de travail »,* Dr. Soc. 1991 p 376) souligne que ces clauses qui portent atteinte à la liberté du travail et sont négociées à l'embauche, font penser à l'abus de position dominante si le nombre d'heures proposées ne permet pas au salarié de vivre décemment. L'illicéité de principe de la clause d'exclusivité pour les seuls salariés à temps partiel' prononcée par la Cour de cassation est aujourd'hui dépassée et intègre désormais les exigences classiques de finalité et de proportionnalité applicables à toute restriction portée à une liberté du salarié (Cass. Soc. 25/02/2004,Liais. Soc. 29/07/2004 jp n° 877).

[501] Clause interdisant au salarié de débaucher lors de son départ des salariés en poste au profit d'une autre entreprise ou de la sienne.

[502] Ainsi, ces clauses doivent être limitées dans le temps ou l'espace (condition alternative), le champ professionnel objet de l'interdiction ne doit pas conduire l'intéressé à changer de métier, compte-tenu de sa formation et de son expérience, elle doit aussi être justifiée par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Enfin, de telles clauses doivent désormais donner lieu à une contrepartie financière (Cass. soc. 10/07/2002,Dr.Soc. 2002 p 954, obs.R.Vatinet, RJS 2002 n°1119 , Liais. Soc. 23/07/2002 jp n° 779).

[503] En dehors des cas visés par les art. L.6321-6 et L.6325-15 du code du travail.

[504] V.infra § 2.

[505] Cass. Soc. 04/02/2004, D.2004 p 677, SSL 08/03/2004 n° 1159 p 14, Liais. Soc. 29/07/2004 jp n° 877. La Haute Juridiction a précisé que l'engagement d'un salarié à suivre une formation à l'initiative de son employeur et, en cas de démission, d'indemniser celui-ci des frais qu'il a assumés, doit pour être valable, faire l'objet d'une convention particulière conclue avant le début de la formation.

[506] V. la loi du 4 mai 2004 sur la formation tout au long de la vie professionnelle qui entérine dans certains cas la nature préalable et formelle des engagements de formation des parties au contrat. Par exemple, les actions de développement des compétences effectuées en dehors du temps de travail doivent faire l'objet d'un accord écrit entre le salarié et l'employeur avant le départ en formation (de même pour certaines actions des périodes de professionnalisation). La clause de dédit formation est interdite pour les contrats de professionnalisation.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

avenant au contrat de travail stipulant un certain nombre de mentions[507]. De toute évidence, ces clauses génèrent une contrainte unilatérale qui pèse sur le salarié, l'employeur étant en droit, quant à lui, de rompre le contrat même pendant la durée d'amortissement de la formation[508] .

201 Reste que la protection des intérêts de l'entreprise n'autorise pas l'employeur à insérer n'importe quel type de clauses. Rappelons[509]qu'aucune clause du contrat de travail ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera une cause de licenciement. L'employeur ne peut pré- constituer une cause de licenciement. Seul le juge, au titre de l'article L.1235-1 du code du travail, peut apprécier si les faits invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement sont de nature à caractériser ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement. De même, la Chambre sociale de la Cour de cassation a-t-elle considéré que l'employeur ne pouvait pas introduire dans le contrat des clauses aggravant la responsabilité du salarié[510] .

202 On le voit, la maîtrise de l'usage des stipulations par l'employeur, si elle prouve l'existence d'un champ contractuel, démontre aussi la capacité d'infiltrer le contrat par des dispositions relevant du pouvoir patronal[511]. Le contrat, expression de la volonté commune, peut dissimuleren réalité la figure del'unilatéralisme. Ce phénomène est amplifié par les besoins de prévisibilité et de protection des intérêts de l'entreprise. Cette marge de manœuvre concédée à l'employeur n'est pas forcement nuisible si elle demeure raisonnable, c'est à dire de l'ordre dela juste prévision contractuelle. Mais, la contractualisation de clauses spécifiques par l'employeur, lorsqu'elle sert exclusivement de moyen en vue de se prémunir contre le salariéet légitimer a posteriori l'exercice du pouvoir, peut aussi bien devenir un facteur d'aggravation de la subordination de celui-ci.

Or, le consentement du salarié à la conclusion du contrat ne peut avoir pour effet de lui faire tout accepter. On le sait, les clauses contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs *demeurent évidemment en dehors du processus de contractualisation* [512] *. En outre, le candidat à l'embauche ne saurait consentir à se contraindre plus qu'il n'est utile à l'entreprise et nécessaire à la réalisation de sa prestation de travail. L'idée de contrainte renvoie généralement à l'exercice d'un pouvoir (de droit ou de fait) et se traduit par une réduction corrélative de la liberté de celui qui la subit. Dès lors, l'essor du rôle instrumental du contrat de travail n'est pas exempt de risques d'atteintes aux droits et libertés du salarié. C'est donc à partir d'une confrontation entre les libertés et droits fondamentaux, et l'intérêt de l'entreprise, que le bien- fondé des clauses examinées va être contrôlé par le juge, sur la base des exigences de justification et de proportionnalité.*

[507] Doivent être précisés : la date, la nature, la durée de la formation et son coût réel pour l'employeur ainsi que les modalités de remboursement à la charge du salarié. V.infra § 3.

[508] V. Cass. Soc. 04/02/2004 précité. Toutefois, seule l'hypothèse de la démission visée par la Cour de Cassation, contraindrait le salarié à payer une indemnité de dédit à l'employeur.

[509] Cass. Soc 14 Novembre 2000 préc.

[510] Cass. Soc 31 octobre 1989, Bull.civ V n°624 ; RJS 1989 n°906. Cass. Soc 10 novembre 1992 – RJS 1993 n°4. .

[511] V.infra Partie II, Chapitre préliminaire.

[512] *Ainsi, à titre d'exemples, rappelons que le législateur interdit, sous peine de nullité, un certain nombre de clauses telles que celles ayant pour objet d'autoriser l'employeur à prononcer des sanctions pécuniaires (art.L.1331-2 du code du travail, ancien art.L.122-42), ou les clauses attributives de juridiction (art L.1221-5, du code du travail, ancien art. L.121-3), ou les stipulations dérogeant à la durée du délai congé (art. L.1234-2 du code du travail, ancien art. L.122-7) ou encore les clauses par lesquelles le salarié renonce à se prévaloir des règles en matière de licenciement (art.L.1231-4 du code du travail, ancien art. L.122-14-7).*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Le contrat de travail ne peut se résumer à un pur échange de volontés ; il contient des limites avérées, celles des droits et libertés de la personne.

§2- Le champ contractuel limité par les droits et libertés de la personne

203 En se mettant à la disposition d'un employeur pour exécuter le travail convenu, le salarié demeure une personne qui jouit de l'universalité de droits et de valeurs reconnus à tous les êtres humains. Il ne peut abdiquer cette qualité et ses attributs par voie contractuelle. Au surplus, le rapport de travail bénéficie d'une certaine redécouverte de la personne[513] dans le monde juridique contemporain. Dès lors, si le salarié est reconnu apte à exprimer sa volonté dans un engagement contractuel choisi par lui, si celui-ci se « subordonne » et accepte de mettre son travail au service d'un employeur, il ne renonce pas pour autant à ses libertés d'homme ; sa personne demeure hors de l'objet du contrat[514].

L'ouverture d'un espace de stipulations reconnu au salarié mais encore largement dominé par l'employeur, impose corrélativement la vigilance sur le respect de la sphère d'autonomie de la personne, dans ses libertés et droits fondamentaux. Plus *« souple »* devient la situation contractuelle du salarié, plus ferme doit être son statut d'homme et plus rigide la garantie de ses libertés essentielles[515].Car les exigences contractuelles posées à l'embauche[516]par l'employeur, même acceptées par le salarié, n'en relèvent pas moins souvent de l'emprise d'un pouvoir privé d'une personne sur une autre, ce qui tend à déplacer la question de la volonté contractuelle proprement dite sur celle des libertés et droits de la personne.

L'acceptation par le salarié de clauses contractuelles ne peut donc se faire sans considération des droits de la personne, ni des droits dont il bénéficie par la loi ou la convention collective en tant que salarié. Le salarié est libre d'accepter ou non des obligations contractuelles, mais pas n'importe lesquelles, et pas au prix d'un renoncement à ses droits et libertés, même résultant d'une volonté non équivoque de sa part[517].

204 Le juge oppose donc les libertés et droits de la personne du salarié comme une limite naturelle au consensualisme. Le contrat de travail doit se contenter d'organiser l'exécution de la prestation de travail pendant la période réservée par le salarié à sa vie professionnelle, pendant le temps où le salarié *« est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles »*[518]. Certes, ces impératifs ne peuvent être complètement dissociés des exigences propres de l'entreprise en matière d'organisation de la production, d'exécution du travail

513 Une personne est un individu considéré comme sujet pensant, à la fois unique (distinct de l'autre) et un (à travers ses modifications). V.A. Comte-Sponville, «*Dictionnaire philosophique »,* PUF 2001, 1ère éd. Celle-ci doit être, cependant, distinguée de l'individu qui est perçu comme un être vivant quelconque dans un espace quelconque. Toutefois, il est différent de tous les autres. Se dit plus spécialement d'un être humain mais considéré plutôt comme objet que comme sujet, plutôt comme résultat que comme principe, plutôt comme élément (dans un ensemble donné, une espèce , …) que comme une personne (A. Comte - Sponville préc).

514 J-M Verdier, *«En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme »,* in Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur de Jean Savatier, p 427 et suiv.

515 J-M Verdier, *«Libertés et travail.Problématiques des Droits de l'homme et rôle du juge »,* Chr. XI Recueil Dalloz-Sirey 1988, p 63.

516 De telles exigences s'imposent aussi en cours d'exécution du contrat de travail.

517 V.supra Section 1 B) a).

518 Définition du temps de travail effectif issue de l'article L.3121-1 du code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

et de discipline, voire de sécurité, d'où résultent inévitablement certaines contraintes. Le juge, comme le législateur, s'attachent donc à garantir un équilibre entre le principe du consensualisme, le respect du salarié en tant que personne et les intérêts légitimes de l'entreprise. Trouver la juste mesure fait sans doute figure alors de défi.

205 Le principe de la liberté contractuelle[519] peut être appréhendé notamment à partir du postulat selon lequel un sujet ne peut être contraint que par un lien qu'il aura voulu et uniquement dans la mesure où il l'aura voulu .Dans ces conditions, on pourrait admettre que la liberté contractuelle porteuse de la volonté du salarié cocontractant est nécessaire et suffisante pour justifier une atteinte librement consentie aux droits et libertés dont il est dépositaire. Mais le rapport d'emploi ne se résume pas au contrat de travail conclu entre l'employeur et le salarié,il contient aussi une part de pouvoirs reconnus à l'employeur par l'ordre juridique. L'idée de pouvoir introduit une capacité d'agir, d'influer sur la volonté de celui qui le subit, même sans ordres, et contient aussi une propension à réduire la liberté de l'autre. Il existe donc un risque d'interaction entre le contrat et le pouvoir, plus particulièrement un risque d'empiétement sur les libertés et droits de la personne du contractant, débiteur de soumission à l'égard de son créancier. Or, ces interactions n'ont pas toujours été prises en compte par le droit.

206 Pendant longtemps la liberté contractuelle a pu justifier les atteintes aux libertés et droits fondamentaux. Le recours aux libertés semblait ne devoir être efficace que pour limiter l'exercice direct du pouvoir de l'employeur mais non pour borner la liberté contractuelle des parties et l'expression de leur volonté. Pourtant, progressivement et surtout depuis les années 1990 [520], la Cour de cassation a sollicité de plus en plus fréquemment les droits et libertés pour arrêter ou limiter la liberté contractuelle, rappelant ainsi que le salarié n'abandonne pas, par voie contractuelle, certains attributs de sa liberté individuelle au bénéfice de son cocontractant ou de l'entreprise. Le juge se substitue ainsi aux parties à la relation individuelle de travail afin de fixer les limites de leurs obligations réciproques. Sans doute, comme le souligne le professeur J.M Verdier[521], l'enjeu réel est-il ici la protection des libertés et droits fondamentaux eux–mêmes autant que celle des salariés qui les exercent, avec leurs intérêts propres.

En conséquence, le juge, gardien des libertés individuelles, se voit conduit à veiller au respect des libertés et droits fondamentaux et opérer à cet effet plusieurs arbitrages. Il s'attache ainsi à vérifier si la clause contractuelle est susceptible de porter atteinte à une liberté ou un droit de la personne du salarié, quand bien même ladite clause résulterait de l'acceptation expresse du salarié démontrant une volonté non équivoque. Si tel est le cas, la validité de la clause contractuelle est appréciée, principalement sous le visa de l'ancien article L.120-2 devenu L.1121-1 du code du travail, de plus en plus sollicité dans

[519] Rappelons, à cet égard, que le Conseil Constitutionnel a précisé que le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle, sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil Constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis…, qu'il ne résulte ni de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, ni d'aucune autre norme de valeur constitutionnelle un principe constitutionnel dit de « l'autonomie de la volonté « (Décision du 20/03/97 JO du 26/03/97 p 4661). Par contre, la liberté contractuelle est un principe fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution (Conseil d'Etat 05/05/67 Rec.p 348).

[520] Cass.Soc.17/04/91 Dr. Soc. 1991, p 485, obs. J. Savatier. Cass .Soc. 14/05/92, Bull.Civ. V 1992 n° 309.

[521] V. J-M Verdier, art. préc. *« En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme »,* p 427 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

les décisions, au regard des exigences de justification et de proportionnalité et compte - tenu de l'intérêt légitime de l'entreprise[522].

Dès lors, convient-il de s'interroger sur le sens de ces exigences (A) et sur les modalités d'arbitrage du juge (B) en s'appuyant sur les illustrations jurisprudentielles les plus significatives. S'agit-il de règles « d'arbitrage » ou de conditions objectives qui encadrent à la fois la volonté contractuelle des parties et l'expression du pouvoir dans le contrat? Au surplus, le juge n'exerce-t-il pas son contrôle, en s'appuyant sur les standards du « raisonnable » et de la « bonne foi » qui assurent l'équilibre contractuel de la relation individuelle de travail (C)?

A. Le sens des exigences de justification et de proportionnalité

207 Dans la mesure où la volonté contractuelle est susceptible de porter atteinte à certains droits et libertés individuelles et collectives, un « arbitrage » s'impose. Toute clause contractuelle contenant une restriction de libertés doit être justifiée et proportionnée. Sous l'apparente évidence du propos, il convient de s'attacher au sens précis de ces qualificatifs, tels que la Cour de cassation les entend et les applique.

On notera que si la Cour suprême n'a pas eu immédiatement recours à l'application de l'article L.1121-1 du code du travail dans le visa de ses attendus[523], elle avait appliqué largement les principes qui le sous-tendent. Ce texte [524]semble révéler désormais tout son potentiel face aux clauses contractuelles limitatives des droits et libertés du salarié. L'article 1121-1, issu de la loi du 31/12/92[525], énonce le même principe de finalité et de proportionnalité que son prédécesseur, l'article L.1321-3 [526]. D'une portée plus générale, il couvre la relation de travail dans son ensemble, ce qui renforce son efficacité juridique à l'égard de la défense des droits et libertés des salariés.

Mais l'article L.1121-1 a aussi pour sens de consacrer la licéité de certaines *« restrictions»* aux droits de la personne et libertés du salarié, sous réserve de la double exigence qu'il introduit. Il ne s'agit certes que de restrictions[527] qui doivent viser un but légitime, dans la stricte mesure où la nature de l'emploi l'impose et à la condition que les moyens mis en œuvre n'aillent pas au-delà de ce que commandent les circonstances de fait. En conséquence, le juge n'admet la licéité des clauses contractuelles restrictives des droits et libertés du salarié que par exception, dans la seule mesure où l'atteinte est proportionnée auregard du but poursuivi et indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

[522] V.infra Partie II, Titre II, Chapitre II, Section 1.A noter que les mêmes exigences sont de justification et de proportionnalité sont recherchées à l'égard des actes unilatéraux de l'employeur.

[523] Pour les faits soumis aux juridictions, antérieurs au 31 décembre 1992, date de naissance de l'article L. 120-2 devenu depuis l'article L.1121-1 du code du travail.

[524] *« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir ni proportionnées au but recherché »* .

[525] La loi du 31/12/92 est elle-même inspirée du rapport de Gérard Lyon-Caen sur les Libertés publiques et l'emploi (Documentation française,Déc. 1991).

[526] Concernant le règlement intérieur (ancien art. L.122-35 du code du travail).

[527] Les interdictions générales et absolues qui viseraient à supprimer telle ou telle liberté, sont prohibées. V. supra Section 1&1B) a).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

208 Ce raisonnement implique alors un contrôle juridictionnel de proportionnalité[528], emportant nécessairement une analyse de pondération des intérêts et des libertés en présence, lesquels sont forcément concurrents. Il confère au juge un large pouvoir d'appréciation sur la validité des clauses contractuelles, lui attribuant un rôle d'arbitre entre libertés du salarié et intérêt de l'entreprise, un rôle directif de *« quasi-législateur »* [529] .

209 Le juge contrôle d'abord la justification de la restriction apportée par la clause contractuelle. Justifier, c'est démontrer *« le bien-fondé, le caractère légitime, nécessaire »* [530] . Cette justification doit donc être concrète et pouvoir être mesurée objectivement au regard de *« la nature des tâches à accomplir »* par le salarié. A l'évidence, le travail confié au salarié peut générer des contraintes spécifiques, d'intensité très différente d'un emploi à l'autre. La recherche de la justification consiste alors à vérifier « in concreto » que l'obligation souscrite comporte une justification suffisante au regard de la nature de la tâche à accomplir par le salarié, rendant nécessaire l'empiétement qui est fait sur ses libertés.

Par ailleurs, cette exigence de justification ne peut être désolidarisée de la recherche de proportionnalité[531]. La restriction doit être *« proportionnée au but recherché »*, c'est à dire adaptée aux circonstances de fait, sans excès, raisonnable. A l'évidence, la proportionnalité instaure un rapport de mesure. Les dispositions contractuelles doivent correspondre, dans leur prévision mais aussi dans leur mise en œuvre, à la réalisation du but recherché et établir un point d'équilibre entre la liberté restreinte et la légitimité du but recherché. Il s'agit donc d'apprécier le caractère équilibré, médiat et raisonnable de la clause contractuelle. Ainsi, le but recherché en insérant une clause de non concurrence dans le contrat de travail doit être de protéger les intérêts légitimes de l'entreprise contre le risque concurrentiel que peut représenter le salarié, en cas de départ de l'entreprise. L'évaluation de ce but est alors rapportée à la restriction de liberté qu'elle impose au salarié. La proportionnalité a donc une fonction conciliatrice.

En définitive, chacun des critères est nécessaire et non suffisant en lui-même, il importe que les exigences de justification etde proportionnalité soient cumulatives et surtout dépendantes[532]. Dès lors, en s'appuyant sur les exigences de justification et de proportionnalité, les juges ne font pas qu'appliquer une simple règle d'arbitrage, ils mettent en œuvre des conditions objectives précises auxquelles le contrat de travail et la volonté doivent se soumettre.

210 Au surplus, l'intérêt de l'entreprise correspond aussi à une condition objective d'édiction et de validité d'une clause contractuelle restrictive de liberté, indépendamment de la volonté, en particulier celle de l'employeur. Reste alors à préciser ce qu'on entend par intérêt de l'entreprise[533]. Difficilement saisissable, cette notion paraît a priori bien floue et malléable, faisant allusion à des valeurs et non à une règle. Elle sert en fait de référent à

[528] A noter que le contrôle de proportionnalité est déjà largement appliqué en matière répressive et de manière plus large, pour apprécier la validité des restrictions apportées par les Etats aux droits et libertés des personnes.

[529] F. Favennec-Hery, art.préc. *« Le contrôle judiciaire du contrat de travail »,* p 85 et suiv .

[530] Dictionnaire Lexis Larousse de la langue française.

[531] Sur ce concept, voir la thèse remarquable de B.Geniaut , *«La proportionnalité en droit du travail. De l'exigence au principe »*,déc.2007 Université Lumière Lyon 2, LGDJ 2009.

[532] I. Cornesse, *« La proportionnalité en droit du travail »,* LITEC 2001.

[533] V. notamment G.Couturier, *« L'intérêt de l'entreprise »,* in les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de J.Savatier, PUF 1992, p 143 et suiv. B.Teyssié *« L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail »*, D. 2004, chr.p 1680. P. Lokiec, thèse préc. *« Contrat et pouvoir »*.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

l'application de la règle [534]. Dans ces conditions, les juges du fond s'attachent à déterminer un intérêt [535]légitime et sérieux de l'entreprise envisagé « in concreto », c'est à dire adapté à la réalité de chaque entreprise : *« l'intérêt de l'entreprise doit être réel et correspondre à la situation envisagée »* [536].Il transcende les intérêts individuels additionnés de l'ensemble de ses membres et ne peut être non plus confondu avec l'intérêt personnel de l'employeur.

Si l'on reconnaît à l'intérêt de l'entreprise un caractère propre, c'est parce que l'entreprise est censée transcender les intérêts individuels. Entité organisée au service de l'ensemble de ses membres et de la société, elle ne saurait en principe relever de la seule logique individuelle[537]. L'entreprise se place dans une logique collective et l'intérêt mis en avant doit correspondre au bien de l'entreprise, c'est à dire à ce qui peut concourir à sa prospérité et à sa pérennité [538]. Une telle approche évoque la conception « institutionnelle » de l'entreprise mais aussi l'idée de bien commun[539]. Toutefois, le recours à l'intérêt de l'entreprise n'est pas dénué d'ambiguïté puisqu'il peut servir indifféremment à limiter ou à justifier le pouvoir de l'employeur[540]. Encore faut-il aussi que l'intérêt de l'entreprise ne soit pas un motif commode pour empiéter sur les droits et libertés des salariés et que son appréciation ne relève pas du seul employeur[541]. Il revient donc au juge judiciaire d'exercer un véritable contrôle- ce qu'il fait aujourd'hui- sur les clauses contractuelles susceptibles de mettre en cause ces droits et libertés.

L'insertion dans le contrat de travail d'une clause restrictive de libertés pour le salarié ne peut relever de l'arbitraire ou de l'intérêt personnel, mais doit être guidée par la protection de l'intérêt de l'entreprise, lequel est supposé réunir l'entrepreneur, les salariés et les capitaux. L'utilisation de la notion d'intérêt de l'entreprise impose donc nécessairement un contrôle objectif, une *« pesée rationnelle »* [542] de la part du juge.

B. Les modalités « d'arbitrage » du juge

211 Les clauses de non-concurrence peuvent fournir une première illustration de l'évolution du contrôle judiciaire en la matière.

Dans un premier temps, laCour de cassation admettait qu'une clause contractuelle de non-concurrence était en principe licite et ne devait être annulée que dans la mesure où elle portait atteinte à la liberté du travail du salarié[543]. L'article 1134 du code civil légitimait à lui seul l'insertion de ces clauses dans le contrat de travail dès l'instant qu'elles avaient été librement acceptées par le salarié et qu'elles ne portaient pas atteinte à la liberté

534 M.C Escande-Varniol, *« La cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise »,* Chr. RJS 4/00 p 260 et suiv.

535 Ce terme « intérêt » est à différencier de l'intérêt au sens processuel ou indemnitaire.

536 M-C Escande-Varniol, chr. préc. *« La cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise »,* p 260.

537 M. Buy, *«Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise : le conflit de logiques »,* actes de colloque,Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise, Aix-Marseille, PUAM 1994.

538 P. Lagoutte et A Teissier, *« Liberté contractuelle, liberté individuelle et intérêt de l'entreprise »,* TPS 5/1999, p6 .

539 V. sur cette analyse, P. Lokiec, thèse préc. *« Contrat et pouvoir »,* notamment p 327 et suiv.

540 V.infra Titre 1, Partie II.

541 Ce fut le cas à une certaine époque, v. en ce sens M-C Escande-Varniol, chr.préc. *« La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise »,* p 260.

542 E. Dockès , art.préc.*« Le pouvoir, Valeurs de la démocratie – huit notions fondamentales »,* p 63 et suiv.

543 Cass. Soc. 8 mai 1967, D. 1967 p 690, note G. Lyon –Caen.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

du travail, c'est à dire qu'elles n'étaient pas trop étendues.Une limitation de la clause dans le temps, l'espace et l'activité prohibée suffisait à admettre sa validité, dès lors que l'interdiction de concurrence permettait au salarié de poursuivre son activité en fonction de sa formation et de son expérience professionnelle. Au surplus, *« le juge ne pouvait substituer son appréciation de l'utilité pour l'employeur de l'obligation imposée au salarié à la force obligatoire de la convention des parties »* [544] . L'intérêt légitime de l'entreprise n'était donc pas vérifié et la primauté était donnée à l'accord des parties.

212 En 1992[545], la Cour de cassation entamait une autre ère jurisprudentielle. Désormais, une clause de non-concurrence dans un contrat de travail constitue par principe une atteinte à la liberté du travail du salarié[546].Même limitée dans le temps, l'espace comme dans l'activité prohibée[547], une telle clause doit être justifiée. La légitimité de la protection recherchée par l'entreprise doit être ainsi vérifiée, sous peine de nullité. La Cour de cassation exige dorénavant que la clause de non-concurrence soit indispensable (et non plus seulement nécessaire) à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise c'est à dire que la nature des tâches à accomplir par le salarié doit présenter un risque concurrentiel[548] tel que l'entreprise a un intérêt non seulement légal mais tangible à se protéger.Ainsi, la justification de la clause restreignant la liberté du travail, nécessite une double démonstration. La première est liée aux particularités de la tâche que doit accomplir le salarié, à la spécificité et la qualification de son emploi [549], et la seconde s'attache à établir que les intérêts légitimes de l'entreprise exigent la mesure de restriction en tant que protection que doit garantir le droit. Au demeurant, la nature de l'entreprise elle-même influe sur la légitimité du but[550].

En dernier lieu, les conditions de licéité d'une clause contractuelle de non-concurrence ont été encore complétées par la Cour deCassation[551]. Sous le double visa d'une part, du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle invoqué pour la

[544] Cass.Soc. 13/10/1988, Bull. civ.V n° 494.

[545] Cass. Soc 14 mai 1992, JCP 1992, 21889, note J Amiel- Donat.

[546] V. art.7 de la loi des 2-17 mars 1791 dite Décret Allarde *« Il sera libre à toute personne de faire négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon »*. Ce texte est classiquement considéré comme proclamant la liberté de travail et la liberté du commerce et de l'industrie et demeure en vigueur malgré l'abrogation des autres articles de la loi de 1791. Il faut noter que si le Conseil Constitutionnel a consacré le principe de la liberté d'entreprendre, il n'a pas consacré le principe de liberté de travail. C'est la Chambre sociale de la Cour de Cassation du travail qui a affirmé, de façon originale et exceptionnelle, le caractère constitutionnel du principe en vertu du Préambule de la Constitution (v. Cass.Soc. 19/11/1996, Bull.civ. V n° 392, Cass. Soc. 18/12/1997, Dr. Soc. 1998 p 194, Cass.Soc. 10/03/1998, Bull.civ. V n° 126)). Pour une analyse critique de cette décision, v. note J. Savatier, Dr. Soc. 1998, p 195.

[547] *« Ces limites ne sont que des indicateurs, des révélateurs de l'équilibre établi par la cause »* : J. Amiel-Donat, note préc. sous Cass. Soc 14 mai 1992.

[548] A cet égard, Madame Gavalda reconnaît trois indices utiles tirés de la jurisprudence pour apprécier *«le risque concurrentiel»* du salarié : le contact avec la clientèle, l'accès à des informations spécifiques sur l'entreprise, enfin l'acquisition d'un savoir-faire propre à l'entreprise (« *Les critères de validité des clauses de non concurrence en droit du travail »*, Dr.soc. juin 1999 p 582.)

[549] D'ailleurs, la Cour de cassation, quand elle relève *« l'absence de qualification »* d'un salarié, en déduit généralement la nature non spécifique de l'activité du salarié et par voie de conséquence, en déduit que la clause de non-concurrence n'est pas indispensable à la sauvegarde des intérêts légitimes de l'entreprise. (v. notamment Cass. Soc 20/01/99, Liais. Soc. 02/03/99, jp n° 620).

[550] On trouve ici le problème spécifique des entreprises dites de « tendance » , c'est à dire des entreprises qui reposent sur une communauté de pensée religieuse ou politique.

[551] Cass. Soc 10/07/2002, arrêt préc..

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

première fois à notre connaissance dans cette décision[552], et d'autre part de l'ancien article L.120-2[553] du code du travail, la Cour ajoute, au contenu habituel des ses attendus[554], la précision suivante : une clause de non-concurrence n'est licite que si *« elle comporte l'obligation pour l'employeur de verser une contrepartie financière »* sous peine de nullité. Les conditions étant cumulatives, il s'agit donc bien d'un revirement dejurisprudence, la Cour ayant admis auparavant la validité d'une clause de non-concurrence, même dépourvue d'une contrepartie financière dès lors qu'une convention ou un accord collectif n'en prévoyait pas l'obligation[555].

213 Faut-il voir, dans cette solution, une sollicitation de la théorie de la cause de l'obligation dans les contrats synallagmatiques ?On sait, en effet, que les obligations engendrées par le contrat doivent avoir une cause, laquelle doit être par ailleurs conforme à la loi, sachant que l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet[556].Certains auteurs ou commentateurs[557]ont effectivement avancé que la cause de l'obligation de l'employeur, le versement d'une contrepartie financière, serait la cause de l'obligation de non concurrence due par le salarié et vice-versa. D'autres auteurs font une analyse de la cause, non au regard de telle ou telle clause particulière, mais au regard du contrat tout entier dont l'économie doit être appréciée globalement[558]. Ainsi, l'exigence d'une cause a-elle occupé le centre du débat des clauses contractuelles[559], en particulier celles limitatives de liberté.

Pourtant, le contrôle du juge semble se placer sur un autre terrain. En effet, celui-ci soumet le contrat de travail à des conditions objectives de validité selon une analyse « in concreto » de chaque situation. Dès lors, un des arguments les plus convaincants[560] pourrait bien être celui de la mise en œuvre judicaire d'un principe, ou sans doute plus exactement d'une exigence d'équilibre contractuel .Le contrat doit respecter un équilibre entre les prestations et un équilibre global entre les droits et obligations des parties comme entre les clauses. Chaque partie doit donc non seulement recevoir l'équivalent de ce qu'elle

552 Cette référence est depuis d'utilisation courante (v. notamment Cass.Soc. 16/05/2007 n° 06640.019, JurisData n °2007-039139 ; Cass.Soc. 27/06/2007 n° 06-41.393, JurisData n° 2007-039856).

553 Devenu art. L.1121-1 du code du travail

554 *« Une clause de non concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié ».* La Cour de cassation ajoute ensuite un élément nouveau *«et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière , ces conditions étant cumulatives ».*

555 Cass. Soc 9/10/85, Bull. civ V n°442 p 319 et plus récemment Cass. Soc 11/07/2001 n° 99-43.627 .

556 V. art.1108 et 1131 du code civil.

557 Notamment Cass.Soc.10/07/2002, D.2002 p 2491 note Y.Serra, Dr. Soc.2002 p 949, note R.Vatinet, Sem. Soc. Lamy n °1118, note A.Mazeaud.

558 Pour une recherche de la cause selon la clause considérée, en l'occurrence portant sur la clause de non concurrence, v. J. Pelissier, A.Supiot et A Jeammaud, *« Droit du travail »,* traité préc. En revanche, certains auteurs considèrent que le contrat de travail étant indivisible, la recherche de la contrepartie doit être effectuée sur l'ensemble des clauses (M. Fabre Magnan, *« Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations »* , Sem. Soc. suppl. n° 1095 28/10/2002 p 32).

559 F. Chalvignac, *"A la recherche des fondements de l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non concurrence,"* Travail et protection sociale février 2004, p 7 et suiv.

560 D'autres raisons tout aussi pertinentes ont été avancées. En particulier, *« c'est le critère de l'atteinte à la liberté professionnelle qui fonde le droit à la contrepartie financière »* (v. S.Béal *« Atteinte à la liberté de travail sans contrepartie. Droit à l'indemnisation fixée par le juge »*, JCP S 2007, 1721, note E. Letombe sous Cass.Soc. 04/06/2008 , JCP S 2008, 1565).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

donne mais aussi ne pas se trouver soumise à des obligations disproportionnées au regard de celles de l'autre, dans l'économie globale de l'acte[561]. Cette exigence d'un équilibre contractuel trouve son fondement dans la justice commutative et participe à l'aspiration grandissante à la justice contractuelle[562]. *« Il faut avoir démontré le caractère équitable des contrats conclus, en sorte que les relations entre les contractants ne sont pas équitables parce qu'elles sont volontaires, mais qu'elles sont volontaires –ou libres ou consenties – donc justes parce qu'elles sont équitables »* [563] .

Le contrat de travail, contrat synallagmatique, pourrait offrir un terrain d'élection à cette aspiration, l'exigence d'une contrepartie sérieuse garantissant l'équilibre contractuel[564]. D'ailleurs, la Cour de Cassation se fait de plus en plus restrictive sur le champ même d'application de la clause de non concurrence dès lors que celle-ci apparaît excessive. Ainsi, une clause, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, peut être restreinte par le juge lorsque celle-ci ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formationprofessionnelle et à son expérience professionnelle[565]. Telle est la teneur d'une décision du 18 septembre 2002 [566]. Il n'est pas indifférent de souligner que le juge n'a pas motivé expressément la décision sous le visa de l'article L. 120-2 du code du travail[567]. Ceci tendrait à démontrer qu'il peut appliquer l'exigence de proportionnalité en dehors de toutes références textuelles, et plus largement qu'il est garant d'un pouvoir de rééquilibrage du contrat face aux clauses excessives.

214 Illustre aussi de façon significative le conflit entre les droits et libertés de la personne et la volonté contractuelle censée défendre l'intérêt de l'entreprise, les clauses de mobilité géographique doublée d'une obligation de résidence. Ainsi, dans l'arrêt Spileers du 12 janvier 1999 [568], la Cour de cassation n'a t-elle pas hésité à mettre en avant le droit au respect du domicile. Sous le visa de l'article 8 de laConvention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales[569], la Haute juridiction rappelle le principe selon lequel toute personne a droit au respect de son domicile ; le libre choix du domicile personnel et familial étant l'un des attributs de ce droit. C'est ce droit strict

561 C. Thibierge - Guelfucci, art. préc. *« Libres propos sur la transformation du droit des contrats »,* p 379.

562 J. Ghestin*, «Le contrat : formation »,* LGDJ 3ème Ed 1993.

563 J. Fabien Spitz , *« Qui dit contractuel dit juste. Quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée »*, RTD civ.2006 p 281.

564 V. les commentaires d'A. Chirez sur un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix en Provence du 23/01/2001 (CA 17e ch, n°00/1746) , Sem. Soc. Lamy 11/02/2002, n° 1062.

565 Toutefois, il ne s'agit pas ici d'une cause de nullité, les conditions de licéité de la clause ayant été respectées.

566 Cass. Soc 18/09/2002, Liais. Soc. 01/10/2002 jp n° 782.

567 Selon la codification alors en vigueur.

568 Cass. Soc 12/01/99 Spileers c / Sarl Omni Pac, Dr.Soc. 1999 p 287, obs.E.Ray ; Liais. Soc. 25/01/99 jp n° 615. Sem. Soc. Lamy 25/01/99. Dr. Ouv. juin 1999 p 254 note P. Moussy.

569 S'agissant des relations de travail, l'applicabilité de cet article *(« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »*) ne s'imposait pas d'emblée puisque la Cour européenne des droits de l'homme avait eu l'occasion de préciser que l'objet et le but essentiels de l'article 8 était de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics (CDDH 16/12/1992 Niemietz c/Allemagne, Série A, 251B, &31). L'arrêt Speelers marque donc une étape importante pour une application de l'article 8 de façon horizontale dans les rapports entre personnes privées. Depuis lors, ce même article 8 a été invoqué par la Cour de Cassation, notamment à l'appui de décision rappelant que le salarié a droit, même au temps et lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, impliquant en particulier le secret des correspondances de toute nature dont électroniques (v.infra Partie II, titre II, Chapitre II,Section 1).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

que la Cour entend protéger. Dès lors, il appartient au salarié et à lui seul de juger de l'opportunité d'installer son domicile à proximité de son lieu de travail et de le modifier en cas de mutation professionnelle, indépendamment des exigences de son employeur. La Cour en tire comme conclusion qu'une restriction à cette liberté imposée parl'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable aux intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte-tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché. Elle appelle les juridictions du fond à apprécier « in concreto » la situation du salarié et l'intérêt de l'entreprise. La Cour fait donc, une fois encore, explicitement référence à la double exigence de finalité et de proportionnalité, sans mentionner l'article L.120-2 du code du travail, la loi du 31 décembre 1992 n'ayant pas encore été adoptée au moment des faits.

215 L'évolution jurisprudentielle semble d'ailleurs renforcer le contrôle de la validité des clauses de mobilité stricto sensu, au regard de l'article L. 1121-1 du code du travail et plus généralement, selon le principe de l'équilibre contractuel. A ce jour, la licéité des clauses de mobilité proprement dites n'a jamais été remise en cause[570], mais elles échappent de moins en moins aux exigences de justification et de proportionnalité. Certes, au titre de leur mise en œuvre, elles sont déjà enserrées dans des limites générales, dans la mesure où elles ne sauraient traduire un détournement de pouvoir[571] ou un abus de pouvoir [572]de la part de l'employeur, ni un manquement à la bonne foi contractuelle[573]. Mais, désormais, les clauses de mobilité doivent respecter en outre des conditions objectives de validité, en particulier de limite géographique. Leur contenu doit être précis et sans ambiguïté. Sous le double visa de l'article L.122-14-4 du code du travail[574] et de l'article 1134 du code civil, *« une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée »* [575].Le consentement du salarié au moment de la formation du contrat de travail devant être éclairé, il lui faut connaître précisément l'étendue de son engagement et l'employeur ne peut se réserver le droit d'en élargir unilatéralement la portée[576].

216 On le voit, désormais la liberté contractuelle doit aussi compter sur les autres libertés de la personne. Le salarié ne peut consentir à aliéner ses droits et libertés par voie contractuelle comme l'employeur ne saurait, de son côté, être autorisé à imposer une telle contrainte à son cocontractant. Seules des restrictions aux droits et libertés de la personne sont admises et relèvent, en outre, d'arbitrages judiciaires qui mobilisent à la fois la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et le respect des exigences de finalité et de proportionnalité. Régulant la volonté contractuelle des parties, en particulier les velléités de l'employeur, ces exigences attestent la recherche plus générale d'un équilibre contractuel à l'origine du contrôle objectif exercé par le juge. Ce principe d'équilibre contractuel trouverait-il un appui dans les standards du « raisonnable » et de la « bonne foi » ?

[570] Cass.Soc. 28/02/2001, Bull.Civ. V n° 64.

[571] Cass. Soc 09/05/90, Bull civ. V n° 210.

[572] Cass. Soc 18/05/99, Liais. Soc. 07/06/99 jp n° 634.

[573] Cass.23/02/2005 n° 03-42 018. La bonne foi contractuelle de l'employeur étant présumée, la preuve d'une mise en œuvre abusive est à la charge du salarié.

[574] Devenu art. L.1235-11 du code du travail.

[575] Cass.Soc. 07/06/2006, Liais. Soc. 11/08/2006, jp n° 972. Pour une décision antérieure similaire, v. Cass.Soc. 19/05/2004, Liais. Soc. jp n° 879.

[576] Cass.Soc. 14/10/2008, Liais. Soc. 27/10/08, jp n° 15227 .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

C. L'influence des standards du raisonnable et de la bonne foi

217 La recherche d'un équilibre contractuel par le juge favorise la construction d'une figure volontaire-type des cocontractants qui pourrait être fondée sur ce qui relève du « raisonnable » et de la « bonne foi ».

Le « raisonnable »[577]représente la *« mesure normale »* de ce qui peut être admis, accepté, consenti ou exécuté par les contractants. Le recours au qualificatif de raisonnable est fréquent en droit du travail. Le juge et le législateur[578] l'emploient pour exprimer d'abord une modération, une adaptation et une proportionnalité. Ce qui est raisonnable s'oppose à l'excès. C'est une mesure en terme de normalité, de correspondance à un modèle préétabli ou non. Le raisonnable, mesure référentielle, pourrait se définir comme un standard « *en tant qu'il vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité »* [579] .

L'appréciation et l'application du raisonnable supposent nécessairement une analyse « in concreto » de chaque situation juridique. Ainsi, le salarié ne peut consentir à s'engager plus qu'il n'est raisonnable au regard de «l'intérêt légitime de l'entreprise mais aussi du respect de ses droits et libertés. Au surplus, le raisonnable contient une idée d'acceptable, ce qui peut être requis, demandé dans un milieu social déterminé. Le salarié n'a pas pu vouloir un contrat déséquilibré, de façon significative, en sa défaveur. Ce qui est raisonnable renvoie donc aux exigences d'équilibre et de proportionnalité. Il y a de la juste mesure dans le raisonnable.On songe alors à rapprocher le raisonnable de la notion de justice contractuelle[580]. Les volontés contractuelles doivent s'exprimer dans les limites duraisonnable, ce qui exclut des disproportions excessives et significatives.D'où un contrôle judiciaire de plus en plus strict de l'absence d'excès d'une clause contractuelle qui fonde le pouvoir du juge de réduire la portée d'une clause lorsqu'elle est excessive[581].Par ailleurs, l'exigence d'équilibre contractuel porteur de la recherche d'une volonté « raisonnable », d'un modèle de volonté, semble inclure aussi le souci de la « bonne foi » de chacune des parties envers l'autre.

218 Parfois considérée comme une règle de droit, voire un principe[582], la *« bonne foi »* est définie aussi par certains auteurs comme un standard, ce qui a le mérite de souligner sa nature de référentiel et sa valeur technique permettant de gérer une situation de droit [583] .Elle s'affirme en tant que critère d'analyse des relations du travail[584]. Certes,

577 G. Khairallah*, « Le raisonnable en droit privé français »,* RTD civ. 1984 p 439 et suiv.

578 A titre d'exemple, la mise en œuvre du droit de retrait du salarié prévue à l'article L. 4131-1 du code du travail est fondée sur la notion de « motif raisonnable de penser » qu'une situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé. Par ailleurs, citons la référence à un « délai raisonnable » dans de nombreuses situations juridiques, ou à l'offre raisonnable d'emploi dans le cadre de la recherche d'un emploi donnant lieu à indemnisation chômage (v. loi n°2008-758 du 01/08/2008 parue au JO du 02/08/08).

579 V. P.Morvan , *« Le principe de droit privé »,* thèse LGDJ- Editions Panthéon-Assas 1999

580 J.Ghestin, traité préc. *« Le contrat : formation ».*

581 V. notamment Cass.Soc. 18/09/2002 préc.

582 J. Ghestin , traité préc. *« Le contrat : formation ».*

583 Le standard est une technique, une méthode, un moyen d'administrer la règle de droit. V. P. Morvan, thèse préc*., « Le principe de droit privé ».*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

l'exigence de bonne foi n'est pas nouvelle en droit du travail tant au regard de la loi que de la jurisprudence, que ce soit à la charge de l'employeur[585] ou à celle du salarié[586]. Mais elle prend un relief particulier de référent médiateur à l'aune de l'exigence d'équilibre contractuel. En effet, l'équilibre recherché implique un état d'être de chaque partie au contrat envers l'autre, d'autant plus, s'agissant du contrat de travail, qu'un certain *« intuitus personnae »* de confiance existe ou, à tout le moins, devrait exister entre les parties.

La jurisprudence a dégagé de cette référence à la bonne foi, un devoir de loyauté qui pèserait sur chacun des contractants, allant jusqu'à un devoir de coopération, mais plus encore une nécessaire solidarité contractuelle[587]. Le conflit entre volonté contractuelle et libertés est résolu dans la recherche de la justification et de la proportionnalité de la contrainte imposée contractuellement. En application du principe d'équilibre contractuel, ce serait le déséquilibre objectif qui guiderait l'action du juge. Ce qui consiste à vérifier, outre le caractère raisonnable du contrat ou de la clause, que le créancier de l'obligation a agi de bonne foi, enexerçant ses droits avec diligence à l'encontre de son débiteur, en pratiquant une prévision contractuelle modérée, qu'il n'a pas excédé le seuil de la normalité requise compte- tenu de la situation[588].

219 En bref, les exigences de justification et proportionnalité, telles que mises en œuvre par le juge, traduisent l'idée d'une nécessaire bonne foi qui doit présider à l'œuvre contractuelle des parties. C'est ce que l'action du juge semble rechercher, en vérifiant que le créancier de l'obligation n'impose pas au débiteur salarié des sacrifices ou des contraintes d'importance disproportionnée par rapport à l'utilité du but recherché. Partant, le jugeprocède à un équilibre contractuel légitimement attendu, revisitant ainsi la volonté des parties. On peut alors soutenir qu'il participe, dans ce contexte précis, à la construction d'une volonté-type des parties au contrat de travail.

Conclusion du Chapitre I :

220 Il apparaît en définitive que, lors de la formation du contrat de travail, le domaine d'exercice de la volonté du salarié demeure assez ténu et guère plus étendu ou affirmé que par le passé. C'est donc une volonté profondément singulière et originale qui se laisse saisir.

En effet, elle demeure largement soumise à la logique de protection et de compensation des normes légales et conventionnelles.

Pourtant, le recours accru à la figure du contrat de travail aurait pu laisser supposer un renforcement comparable du rôle de la volonté du salarié. Autrement dit, la mobilisation du contrat de travail aurait pu être l'occasion d'une valorisation parallèle de la volonté contractuelle du salarié et de sa capacité de négociation individuelle. Or, le « renouveau »

584 En effet, la *« bonne foi »* contractuelle est incorporée désormais dans le code du travail au Livre II «Le Contrat de travail », Titre II « Formation et exécution du contrat de travail », Chapitre II « Exécution et modification du contrat de travail », Section 1 « Exécution du contrat de travail ». Le nouvel article L. 1221-1 du code du travail, issu de l'alinéa 3 de l'article 1134 du code civil, a été créé par la loi dite de modernisation sociale du 17 janvier 2002 . Il affirme *« Le contrat de travail est exécuté de bonne foi »* .

585 V. infra &1 B) . Notamment, l'employeur a l'obligation d'adapter les salariés à leurs emplois (art.L. 6321-1 du code du travail) et l'obligation préalable d'adaptation et de reclassement du salarié à un licenciement économique (art.L. 1233-4 du code du travail).

586 V. supra &1 B). Rappelons ainsi que le salarié est tenu, pendant l'exécution du contrat de travail, à une obligation de loyauté qui implique de ne pas exercer une activité concurrente, incompatible avec celle de l'entreprise.

587 Y. Picod, *« L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat de travail »,* JCP G 1988, 1, 3318.

588 Nous verrons dans la Partie II que l'exercice du pouvoir, notamment dans la mise en œuvre de la clause de mobilité, est soumis à la bonne foi .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

du contrat de travail se caractérise par divers mouvements qui n'ont pas le même impact sur la volonté du salarié. Ainsi, le mouvement d'objectivation du contrat de travail, parce qu'il tend à unifier le contenu de celui-ci, a un effet prescriptif sur la volonté. Il lui assigne, par avance, d'autorité, un cadre opératoire dont le résultat produit du contrat de travail. Plus que de volonté, il faut parler ici d'adhésion. Cependant, si la volonté contractuelle du salarié ne gagne pas en autonomie, elle bénéficie certainement d'une sécurité plus forte.

Sous un autre angle, le contrat de travail, dans son rôle instrumental, est susceptible d'offrir à la volonté contractuelle du salarié, un espace plus étendu de stipulations. Toutefois, cette ouverture ne semble bénéficier, encore à ce jour, de manière effective, qu'à certains salariés dont l'expertise est reconnue et appréciée sur le marché du travail.

Tout aussi significative apparaît l'influence des droits et libertés de la personne sur la relation contractuelle de travail. L'expression de la volonté contractuelle dépend, plus fermement, du respect des droits fondamentaux et libertés de la personne. Il n'existe pas de primauté accordée à la liberté contractuelle, au détriment des autres libertés, rappelant ainsi que le statut d'Homme ne peut être ni négocié, ni contractualisé.

A l'évidence, la singularité de la volonté, lors de la formation du contrat de travail, s'affirme encore lorsqu'on aborde le régime du consentement du salarié.

Chapitre II : La singularité du régime du consentement

221 Dans le cadre de la formation du contrat de travail et conformément à l'article L.1121-1 du code du travail, qui dispose que le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun, la référence au droit des contrats s'impose logiquement. Partant, le régime du consentement, c'est à dire les caractéristiques que doit présenter l'accord de volontés des parties contractantes, paraît lui-même devoir suivre ces règles. Or, l'impératif de protection et de compensation justifiant l'encadrement normatif du rôle de la volonté du salarié lors de la formation du contrat de travail, se retrouve aussi quand on aborde le régime proprement dit du consentement du salarié. Dès lors, celui-ci revêt une singularité avérée qui affecte l'ensemble des conditions de forme et de fond du consentement, sa qualité ou son intégrité lors de la formation du contrat de travail.

Ainsi, bien que le contrat soit classiquement parfait par le seul accord des volontés - aucune exigence de forme n'étant nécessaire à sa validité- observe-t-on un recours accru au formalisme en droit du travail, notamment à travers l'exigence d'un écrit et/ ou de certaines mentions précisément énoncées par la loi, marquant ainsi un recul certain du consensualisme. En outre, pour certains contrats, le législateur exige parfois l'accomplissement de formalités particulières. Il faudra donc s'attacher à déterminer et analyser les caractères spécifiques des conditions de formes ainsi exigées (Section1) .

Néanmoins, si le formalisme s'est accru au détriment du consensualisme, le contrat de travail continue de reposer sur le consentement et sur l'exigence que celui-ci soit libre et éclairé, exempt de vices. Il s'agit alors des conditions de fond du consentement touchant notamment à son intégrité et à sa qualité. Or, pour prendre en compte l'inégalité des parties et le déséquilibre du rapport contractuel, le droit du travail procède à un renforcement de ces conditions au profit du salarié (Section 2).

De tels particularismes reflètent la spécificité du rapport contractuel de travail et traduisent manifestement la recherche d'une égalité et d'une solidarité contractuelles entre les parties, au bénéfice du salarié. Loin de brider la volonté, le renforcement des

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

mécanismes de prévention et de protection permet au contraire de garantir plus fermement son intégrité.

Section 1 : Des conditions de forme spécifiques

222 Les règles qui gouvernent la formation du contrat de travail s'appuient sur celles du droit général des contrats. Pourtant, on dénote quelques inflexions ou particularismes dans leur application en droit du travail, en particulier au regard de la prise en compte de la volonté du salarié. Il importe de caractériser ces nuances et de rechercher leur sens, après avoir rappelé les règles du droit commun des contrats qui demeurent constantes.

Conformément à une première règle, le contrat de travail est formé par l'acceptation ou le consentement, c'est à dire dès lors que l'offre de contrat est acceptée par son destinataire ou, dans l'hypothèse d'une promesse de contracter, s'il y a levée de l'option par le bénéficiaire et ce, sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir une phase de négociations. Le contrat de travail, comme tout contrat, suppose donc la rencontre de volontés concordantes, chaque partie ayant donné son consentement à cet effet. Le droit de travail n'apporte, à cet égard, aucune innovation caractéristique.

223 Que se passe-t-il si le bénéficiaire de l'offre émet une acceptation de principe mais assortie de réserves ou de conditions particulières ? Dans ce cas, il s'agit d'une contre-proposition qui ne forme pas le contrat mais s'analyse comme une offre nouvelle qui donnera lieu ou non à de nouvelles négociations. Si l'offre nouvelle est acceptée par l'auteur de l'offre initiale, l'employeur, la rencontre des deux volontés concordantes donnera alors naissance au contrat de travail. A défaut, le candidat sélectionné et à l'origine de l'offre nouvelle, risque fort, sauf s'il se résigne à accepter les conditions proposées en dernier lieu par l'employeur, d'être écarté au profit d'un autre candidat moins exigeant. Au surplus, face à une promesse de contracter, des contre-propositions éventuelles du bénéficiaire de l'option entraîneront proposition de modification de la promesse. Or, comme toute convention, la promesse ne peut être modifiée que par consentement mutuel des parties. A défaut, il y aurait caducité de la promesse, le promettant n'étant pas obligé par autre chose que ce qu'il a promis.

La formation du contrat de travail n'intervient donc que lorsque l'accord de volontés sur les éléments du contrat aura été constaté, au moment de l'acceptation définitive de l'offre et au lieu où elle a été formulée[589], sauf dispositions contraires.

224 La seconde règle constante concerne l'expression même du consentement. Notre droit a pour principe le consensualisme, c'est à dire qu'il n'impose pas de règle particulière pour admettre l'existence des consentements, il suffit d'apporter la preuve de son existence. Le contrat de travail étant un contrat consensuel, il peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes[590] et n'est soumis en principe à aucune forme particulière. Le consentement peut donc s'exprimer par n'importe quel moyen, par écrit bien évidemment mais aussi verbalement. L'acceptation peut être expresse, la manifestation de volonté ne laissant alors aucun doute et ne nécessitant aucun effort d'interprétation. Mais elle peut être aussi implicite ou tacite .L'essentiel est que la volonté exprimée traduise une réelle intentionnalité juridique pour qu'elle puisse produire des effets. Quant au silence, en matière contractuelle, il vaut défaut d'acceptation, refus, contrairement à l'adage *« Qui*

589 V. Cass.Soc. 03/03/1965 Bull.civ. V n°184 . Cass.Soc. 21/01/1970 Bull.civ.V n°31.

590 V.art. L.1121-1 du code du travail. Dès lors qu'il y a échange de volontés , le contrat de travail est formé, peu importe que le travail ait commencé ou non d'être exécuté. Si le salarié renonce à occuper le poste, il peut voir sa responsabilité civile engagée (Cass soc 29/03/95 Sem. Soc. Lamy 1995 n° 748 p 8).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

ne dit mot consent ». Des exceptions existent cependant : les dérogations textuelles [591], l'offre en faveur du débiteur[592], voire les usages spécifiques[593]. Mais de manière générale, le silence ne peut extérioriser une quelconque volonté d'acceptation, à la différence de la manifestation expresse de volonté mais aussi tacite [594]. Le silence ne consiste pas seulement à ne rien dire, mais aussi à ne rien faire. Le contrat de travail, comme tout contrat, ne trouvera donc pas matière à se former dans le silence d'une des parties.

225 Le principe consensualiste, tel que nous venons rapidement d'en rappeler les grandes lignes, semble de plus en plus fréquemment mis à l'écart dans la relation individuelle du travail, au profit d'un formalisme en pleine expansion. C'est le premier infléchissement notable à un principe jusqu'alors constant du droit commun des contrats. Cette tendance n'est pas propre au droit du travail et se retrouve dans de nombreuses autres disciplines[595]. Elle reflète des préoccupations diverses : attirer l'attention du contractant sur la portée de son engagement, assurer la sécurité des transactions et des actes, pré-constituer la preuve…

La singularité du régime du consentement en droit du travail naît de l'essor du formalisme et du recours à l'écrit. A travers cette orientation, qui entend protéger le salarié, on observe une équipollence, un lien étroit entre manifestation de volonté et formalisme (§1). En outre, l'exigence de formalités à respecter vise à sécuriser le lien contractuel (§2).

§1- Le lien étroit entre manifestation de volonté et formalisme

226 Classiquement, manifestation de volonté et formalisme sont deux notions totalement distinctes qui ne recouvrent pas les mêmes finalités. Si le formalisme peut être défini comme *« la tendance générale, dans une législation, à multiplier, les formalités dans la formation des actes juridiques ou l'exercice de droits, soit à des fins de preuve, soit à des fins de publicité, soit à peine de nullité »* [596], la manifestation de volonté est, quant à elle ,*« tout*

[591] Notamment lorsque la loi présume irréfragablement que le silence gardé vaut acceptation.

[592] Une offre fait par l'employeur proposant à son employé l'intéressement dans les profits de l'entreprise , est acceptée par le silence de ce dernier qui n'avait aucune raison de la refuser (Cass. Soc.15/12/1970,JCP 1971 IV, 24). Toutefois, cette décision déjà ancienne ne devrait plus aujourd'hui, selon nous, trouvée à s'appliquer sans l'accord du salarié, en raison de la jurisprudence sur la modification du contrat de travail (v.infra Partie II, Titre II).

[593] On retiendra aussi la tacite reconduction telle qu'elle peut être fixée par une clause d'un contrat prévoyant que faute par l'une des parties de déclarer expressément qu'elle n'entend pas continuer le contrat après son expiration, celui-ci sera reconduit, c'est à dire prolongé pour une nouvelle période. Le silence crée donc un nouveau contrat. Pour empêcher cette reconduction automatique, des délais de prévenance doivent être mis en place et un devoir de renseignement préalable du créancier envers son débiteur a même été récemment affirmé. On peut citer aussi les relations d'affaires qui permettent de considérer que le silence du client habituel vaut acceptation, dès lors bien évidemment que l'existence d'une série de rapports contractuels de même nature peut être apportée dans le temps. Les prévisions contractuelles peuvent aussi, pour certains contrats, permettre de considérer que le silence gardé pendant le délai prévu par les parties vaut acceptation de l'offre. V. notamment sur ces questions : B. Starck, H.Roland, L.Boyer , traité préc. *« Droit civil. Les obligations.2 . Contrat »,* p 63 et suiv..

[594] Même si, en droit du travail, la notion d'acceptation tacite est une notion restreinte, voire même souvent déniée concernant la manifestation de volonté du salarié.

[595] Notamment en droit de la consommation.

[596] G. Cornu, Vocabulaire juridique .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

comportement actif ou passif, qui permet de conclure à l'existence d'une certaine volonté», selon la formule de A. Rieg[597] .

Or, en droit du travail, on relève l'existence d'une sorte d'équivalence entre formalisme et manifestation de volonté. Le formalisme peut, en effet, se situer sur le terrain de l'expression de la volonté, c'est à dire essentiellement lorsqu'un écrit est la base de la reconnaissance et de l'acte juridique et de la volonté qui l'a créé[598]. Ce phénomène d'assimilation s'explique de diverses façons.

De manière générale, il apparaît comme la conséquence de l'approche traditionnellement prudente du droit du travail à l'égard de la volonté du salarié, avec la protection normative dont celle-ci fait l'objet. Partant, l'extériorisation de la volonté du salarié, nécessaire pour lui permettre de jouer un rôle sur le plan juridique, doit elle-même être protégée. La garantie la plus sûre que le droit oppose pour protéger cette manifestation de volonté tend alors à se porter sur l'exigence d'un écrit. Dès lors, l'écrit sert à caractériser la double existence du contrat de travail et de la volonté du salarié [599].

227 Au surplus, le législateur impose souvent, outre l'exigence d'un écrit, la précision de certaines mentions dans le contrat de travail. Celles-ci ont pour but d'instruire les contractants sur leurs droits et obligations et de certifier la règle légale applicable dans le cadre de l'engagement souscrit. C'est ainsi que, mis à part l'embauche à durée indéterminée à temps complet et sous certaines réserves[600], la loi a imposé la rédaction d'un contrat écrit pour formaliser la rencontre des volontés dans certaines situations contractuelles spécifiques[601]. Il importe alors que *« le salarié soit parfaitement informé de la portée de son engagement »* [602] *.* Ces contrats doivent, par ailleurs, contenir obligatoirement les mentions prévues par le code du travail et être signés par les parties.

Un tel formalisme légal semble d'autant plus justifié que les contrats en cause dérogent au droit commun des contrats à durée indéterminée. Il est indéniable aussi qu'ils renvoient à une relation de travail de type « réglementaire », sur laquelle la volonté du salarié et celle de l'employeur ont en réalité peu de marge de manœuvre. L'exigence d'écrit apparaît alors comme la marque caractéristique du contrat de travail dans son rôle social, c'est à dire lorsqu'il est saisi comme outil juridique au service d'objectifs collectifs définis par les pouvoirs publics ou comme objet de régulation des rapports de travail, dans des situations où justement la volonté individuelle ne s'exerce que dans l'adhésion.

597 *« Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand »,* LGDJ 1961. *« Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français » ,* D.1972 p 40, spec n°3 p 43.

598 N. Damas, *« La volonté dans la formation de l'acte juridique en droit du travail »*. Thèse 2001.Université de Nancy 2.

599 Le pouvoir de l'écrit en droit du travail est d'ailleurs tel qu'il tend aussi très fréquemment, comme nous le verrons plus loin (infra Titre II et Titre III) à assimiler la manifestation expresse de volonté du salarié à la manifestation écrite.

600 Si l'embauche à durée indéterminée peut demeurer verbale, certaines conventions collectives rendent obligatoire la rédaction du contrat de travail et la formalisation de l'acceptation des deux parties. De plus, la directive européenne du 14/10/1991 précise les éléments essentiels du contrat qui doivent être donnés au salarié. Ainsi, la loi impose à l'employeur de remettre au salarié un document écrit reprenant les informations contenues dans la déclaration préalable à l'embauche adressée à l'URSSAF compétente (ou à la MSA). Il en est de même en cas de recours au Titre emploi entreprise ou chèque emploi pour les très petites entreprises (TPE), dispositifs unifiés à compter du 15/04/2009, sous le Titre Emploi Service Entreprises (TESE).

601 Il en est ainsi pour les contrats à durée déterminée, contrats à temps partiel, contrats à durée indéterminée intermittents, contrats de travail temporaire, contrats d'apprentissage, contrats d'insertion en alternance ou de professionnalisation, contrats spécifiques prévus pour les personnes en difficulté, contrats conclus avec des groupements d'employeurs,….

602 M.Véricel, *« Le formalisme dans le contrat de travail »*, Dr. Soc. 1993 p 818.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

228 Au demeurant, l'écrit sert également un objectif d' information et de protection du salarié, il permet d'attirer l'attention des parties sur l'importance et la portée de leur engagement, de prendre connaissance des termes et obligations, de mûrir la réflexion et d'arrêter une décision dans les meilleures conditions possibles. *« Les exigences légales de forme permettent de marquer nettement le passage du projet à l'acte, de l'intention au consentement »* [603]. L'exigence de l'écrit participe donc largement aussi au respect de l'obligation générale d'information entre cocontractants[604], obligation d'autant plus nécessaire que les parties en présence sont en position d'inégalité effective.

« Le souci de protection juridique et judiciaire de l'emploi » [605] justifie aussi le retour du formalisme et l'exigence accrue de l'écrit, qu'il s'agisse de constituer la preuve de l'engagement, d'assurer le respect des conditions de validité posées par la loi, de répondre à la pratique quotidienne qui fait que les contractants se satisfont de moins en moins de la parole donnée. Dans cette perspective, le formalisme de l'écrit répond à une nécessité de sécurisation du rapport contractuel. Dès lors, l'affranchissement des formes s'avère difficile, d'autant plus que leur non-respect est généralement sévèrement sanctionné.

229 La sanction est d'ailleurs multiple. L'écrit est-il exigé comme condition de validité, rien ne peut alors remplacer l'absence d'écrit. L'acte est donc en principe nul. Toutefois, le juge et le législateurprivilégient la requalification du contrat particulier en un contrat à durée indéterminée plutôt que de tirer les conséquences d'une nullité absolue de la convention[606], laquelle effacerait les effets de l'acte.Lorsque l'écrit est nécessaire essentiellement à titre probatoire, l'absence d'écrit n'empêche pas l'existence de l'acte juridique qui peut être prouvé par tout moyen[607].En droit du travail, ceci se traduit par la requalification du contrat en contrat de droit commun à durée indéterminée, sanction généralement prévue par le législateur lui-même et appliqué strictement par les juges [608]. Lorsqu'unedisposition légale

603 F. Terré, Ph Simler, Y. Lequette, traité préc*. « Droit Civil – Les obligations* »,p 189 et suiv.

604 Si la validité d'un contrat de travail n'est pas en principe subordonnée à la rédaction d'un écrit, l'employeur est toutefois tenu, selon la directive CEE n° 91-553 du 14/10/91, de porter à la connaissance du salarié les éléments essentiels du contrat de travail deux mois au plus tard après le début du travail. V. B. Lardy-Pelissier, *« L'information du salarié »* in Etudes offertes à J.Pelissier, Dalloz 2004 p 331 et suiv.

605 P. Lyon-Caen, avis, Cass.Soc. 30/04/2003, Dr. Soc.2003, p 712.

606 Concernant le contrat d'apprentissage, il doit être passé par écrit (art. L.6222-4 du code du travail) et faire l'objet d'un enregistrement (art. L.6224-1 du code du travail). La formalité de l'enregistrement est essentielle, elle conditionne l'existence du contrat. Un contrat non enregistré est considéré comme nul. Le jeune peut alors demandé à ce que sa relation de travail soit requalifiée en contrat à durée indéterminée, le Tribunal qui constate que le contrat d'apprentissage n'a pas été enregistré devant conclure obligatoirement à sa nullité en tant que contrat d'apprentissage (Cass.Soc. 21/03/2000).

607 Notamment, par le bulletin de paie.

608 En matière de contrat à durée déterminée (art. L.1245-2 du code du travail, ancien art. L.122-3-13), le défaut de respect du formalisme prévu entraîne une présomption irréfragable de contrat à durée indéterminée, n'autorisant pas l'employeur à apporter la preuve contraire. Qui plus est, cette requalification est accompagnée du paiement d'une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire, sans préjudice de l'application éventuelle des dispositions relatives aux régles de rupture du contrat de travail à durée indéterminée (Cass.Soc. 03/06/09, Liais. Soc. 06/07/09, jp n°142/2009). Cette action en requalification-sanction ne peut être invoquée que par le salarié. Elle ne doit pas être confondue avec la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée du seul fait de la poursuite de la relation contractuelle après échéance du terme, en application de l'article L.1243-11 du code du travail (dans ce cas, le salarié ne peut prétendre à une indemnité, v. Cass.Soc. 20/09/2006, Dr.Soc. 2006, p 1184,obs. C.Rpy Loustaunau). Concernant le non- respect du formalisme prévu en matière de contrat de travail à temps partiel, l'employeur peut faire la preuve par tout moyen de la durée réelle de travail du salarié, il s'agit alors d'une présomption simple de contrat à durée

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

impose un certain formalisme sans prévoir la sanction de l'inobservation de ces formalités, il revient alors au juge de déterminer celle qu'il estime adéquate. Le plus souvent, il optera pour la requalification du contrat en contrat de travail de droit commun, conformément aux dispositions de l'article 12 du Code de Procédure civile[609].Cette requalification semble la sanction la plus satisfaisante, compte-tenu des conséquences rattachées à la nullité [610] et dans un souci de protection au profit du salarié. La requalification apparaît ainsi comme une opération d'appréciation de la nature objective des choses ou des faits et permet de déterminer leur nature juridique exacte.

230 Le formalismea donc plusieurs fonctions et plusieurs figures dont on vient ici de tracer les caractéristiques principales[611]. Justifié généralement par la nécessité de protéger le salarié en l'informant mieux et plus complètement, il sert aussi à renforcer la sécurité juridique du lien contractuel comme à certifier la règle applicable au salarié. Mais transparaît également dans le regain de formalisme en droit du travail, l'idée d'une équivalence entre la forme et la manifestation de volonté. La forme parvient à un résultat donné, identique, similaire à celui de la volonté. Le consentement ne suffit plus à lui seul à former le contrat et le formalisme devient en quelque sorte le garant de l'expression de la volonté du salarié.

Outre l'exigence d'un écrit, l'impact du formalisme en droit du travail se retrouve dans le recours de plus en plus fréquent à des formalités à caractère administratif soit préalables à la formation du contrat soit postérieures à celle-ci.

§ 2- Les formalités préalables à la formation du contrat

231 Avant même la formation du contrat de travail constatant la concordance des volontés des deux parties, le législateur impose fréquemment le respect de certaines formalités. Dès lors, celles-ci apparaissent nécessaires, voire même substantielles à la naissance de l'acte juridique et à la manifestation des volontés.

Le droit du travail y recourt sans ambages et plus spécifiquement lorsque le contrat de travail est saisi en tant qu'outil juridique d'une politique sociale d'insertion ou de réinsertion, d'aides à l'emploi ou à la formation. Tel est le cas lorsque la conclusion d'un contrat de travail est subordonnée à la signature préalable d'une convention entre l'employeur et les représentants de l'Etat ou l'ANPE[612], s'agissant de contrats ouvrant droit à des aides ou avantages[613] ou de demandes d'autorisation auprès des administrations territorialement compétentes[614]. L'expression de la volonté contractuelle des parties est alors conditionnée par l'entrée dans le dispositif juridique légal prévu. Le contrat de travail conclu sans respecter ces formalités substantielles sera sanctionné différemment selon les cas, soit en étant requalifié en contrat à durée indéterminée de droit commun, soit en faisant l'objet de

indéterminée à temps plein. Cependant, les juges se montrent exigeants s'agissant de la preuve contraire. (v. Cass soc 26/03/1997, RJS 5/97, n°627, Cass.Soc. 09/07/2003, RJS 11/ 2003, n° 1175)

609 *« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée…. »*

610 V.V.M Vericel, art.préc. *« Le formalisme dans le contrat de travail »,* p 818 et suiv.

611 V. pour une étude approfondie, S.Fernandez, *« L'écrit dans le rapport d'emploi »,* Thèse 2006, Université Lumière Lyon 2 .

612 Devenue Le Pôle Emploi après fusion avec les Assedic.

613 Citons, à titre d'exemples, le contrat initiative emploi (CIE),le contrat d'insertion –revenu minimum d'activité (CI-RMA).

614 V.par exemple, la procédure d'autorisation pour faire travailler un étranger (modifiée par la loi n°2006-911 du 24/07/2006).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

sanctions pénales spécifiques prévues par la loi[615]. Il s'agit ici non seulement de garantir la volonté contractuelle de la partie la plus faible mais de s'assurer, par l'intervention d'une autorité ou d'une institution extérieure, du respect des conditions posées par la loi pour prétendre au dispositif considéré.

232 Plus classiquement, il peut s'agir d'une formalité davantage familière au droit général des contrats qu'au droit du travail, l'enregistrement du contrat.Cette formalité repose sur une analyse du contenu de l'acte et du respect des prescriptions légales[616]. Elle entérine et certifie en quelque sorte la manifestation de volontés des parties. D'une façon générale, l'enregistrement du contrat a pour effet de constater l'existence et la validité du contrat, pour des contrats de travail particuliers tels que les contrats d'apprentissage. Le rôle pédagogique dévolu à l'employeur cocontractant joue sans doute ici un rôle fondamental dans la solennité de la contrainte exigée.Se substituant à l'enseignement public assigné traditionnellement à l'Etat, l'employeur doit pouvoir fournir toute garantie nécessaire sur ses engagements contractuels et pédagogiques et l'enregistrement du contrat sert alors à protéger celui au bénéfice de qui l'engagement de formation est pris.

La diversité des textes imposant le respect de formalités à accomplir par les parties signataires d'un contrat de travail spécifique nécessiterait de multiplier encore les illustrations. Toutefois, ce qui semble se dégager communément de l'ensemble de ces formalités, c'est qu'elles sont essentiellement des obligations imposées au contractant dominant. Exigées pour la garantie de la volonté du salarié, elles apparaissent surtout comme des moyens de contrôle de tout éventuel détournement de l'objet du contrat en cause ou d'un recours abusif de la part de l'employeur.

233 L'analyse des règles de forme qui gouvernent la formation du contrat de travail laisse à voir de nombreuses exceptions au principe du consensualisme. Certes, ce mouvement n'est pas propre à la discipline travailliste. Néanmoins, il s'avère prégnant, recouvrant de façon originale et ample le rapport contractuel de travail. Ce phénomène participe au retour ou à la renaissance du formalisme dans la législation contemporaine[617]. Plus spécifiquement, l'exigence d'un écrit, l'insertion de mentions obligatoires dans le contrat de travail, les formalités diverses à respecter lors de sa formation traduisent la réaction du droit positif en vue de protéger l'expression du consentement du salarié et caractérisent aussi un évident souci de sécuriser le lien contractuel de travail.

Mais même singulier, le régime du consentement, en droit du travail, conserve le principe d'un échange de volontés des parties. Qui plus est, le consentement du salarié doit revêtir, dans ses qualités intrinsèques, certaines exigences propres. Ceci nous amène à rendre compte d'un renforcement des conditions de fond du régime du consentement.

Section 2 : Le renforcement des conditions de fond

234 Contracter, c'est vouloir. Dès lors, on comprend l'importance accordée par le droit des contrats à la qualité d'expression du consentement lors de la formation du contrat. Le consentement, pour être valide, doit provenir d'une volonté libre, exempte de contraintes ou de pressions exercées par l'autre partie (ou un tiers), et d'une volonté éclairée qui est donnée en toute connaissance de cause. De telles exigences relèvent du régime des vices du consentement de l'article 1109 du code civil.

615 On citera, notamment, les sanctions pénales prévues à l'encontre de l'employeur au titre de l'emploi irrégulier d'étrangers.

616 Il en est ainsi, en matière de contrat d'apprentissage ou de contrat de professionnalisation, par exemple.

617 X.Lagarde, *« Observations critiques sur la renaissance du formalisme »*,JCP 1999 I p 170.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Reste que l'approche classique du régime des vices du consentement va subir, en droit du travail, une adaptation propre à répondre au souci particulier de protection du consentement du salarié. En outre, l'inégalité des parties au contrat de travail va imposer, au même titre qu'en droit de la consommation, qu'un rééquilibre soit établi au bénéfice de la partie la plus vulnérable, le salarié.

Pour remplir sa fonction de protection du salarié, le régime des vices du consentement subit une application adaptée et différenciée selon l'auteur de la volonté et la victime du vice invoqué (§1). Pour que le consentement du salarié soit libre et éclairé pareillement à celui de l'employeur, lors de la conclusion du contrat de travail, une obligation générale d'information, de renseignement et, parallèlement, un devoir de se renseigner vont être renforcés à la charge de l'employeur, en tant que partie en situation dominante(&2). A telle enseigne que cette exigence tend même à se rapprocher progressivement d'un véritable devoir moral.

§ 1- L'application adaptée et différenciée du régime des vices du consentement

235 La volonté des parties au contrat doit être exempte de vices, c'est à dire d'imperfections pouvant entraîner par leurs conséquences l'annulation du contrat souscrit. Il n'entre pas dans l'objet de cette étude de reprendre l'ensemble du régime des vices du consentement, tel qu'il résulte de l'article 1109 du code civil[618], mais de rechercher comment le droit du travail s'en est saisi pour protéger le consentement du salarié dans la formation du contrat et quellestendances peuvent être soulignées.

Au préalable, rappelons que le droit ne se contente pas de n'importe quel consentement, *« il exige une volonté éclairée, c'est à dire exempte d'erreur ou de dol, et libre, c'est à dire privée de toute violence »* [619]. Le régime des vices du consentement est donc une protection a posteriori qui nécessite une action en justice.A cet égard, force est de remarquer que le contrat de travail donne rarement lieu à des recours judiciaires sur le fondement des vices du consentement, en raison de la nature de la relation de travail, mais aussi compte-tenu des conséquences juridiques qui y sont classiquement attachées. En effet, conformément au droit commun, le contrat de travail est nul si le consentement de l'une des parties est vicié. Or, il faut reconnaître d'une part, une réticence certaine des juridictions du travail dans l'application du régime des nullités qui privent le salarié des garanties afférentes à la qualification de licenciement et d'autre part, une autre réticence provenant des salariés eux-mêmes qui sont victimes d'un vice du consentement et demandent rarement l'annulation de l'acte incriminé [620].L'employeur, quant à lui, peut être tenté de recourir à une action en annulation pour vice de consentement, notamment en invoquant l'erreur ou le dol. En effet, une telle action peut parfois éviter ou justifier[621] une rupture du contrat de travail à la charge de l'employeur. Mais c'est sans compter sur la réticence des juges à reconnaître l'existence d'un vice du consentement au détriment de l'employeur qui le subit[622].

618 *« 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 le dol » .*

619 B. Starck- H. Roland-L.Boyer, traité préc. *" Droit civil - Les obligations - 2. Contrat »* ,p 166.

620 En effet, la sanction des vices du consentement est une nullité relative du contrat à la demande de celui qui invoque le vice. Ainsi, le demandeur peut renoncer à faire tomber le contrat et se contenter de demander des dommages-intérêts .

621 Cass. Soc 30/03/99, Dict. Perm. Soc. jp sociale 2000.

622 V. notamment, concernant le dol, Cass.soc.21/09/2005, D. 3006 n°3, note de G.Loiseau.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

236 Selon la trilogie classique des vices du consentement, la volonté des parties au contrat peut être altérée par l'erreur, le dol ou la violence.L'existence d'un vice du consentement doit s'apprécier en principe au moment de la conclusion du contrat de travail.L'erreur suppose que le contrat ait été conclu sous l'effet d'une opinion contraire à la réalité ; l'un des contractants au moins s'est trompé sur un élément de l'opération[623]. Conformément à l'article 1110 du code civil, l'erreur n'est cause de nullité du contrat de travail que lorsqu'elle porte sur *« la substance même de la chose qui en est l'objet ».* Selon la position de la jurisprudence, fondée sur une conception subjective de la substance, l'erreur portant sur la substance est une erreur de telle nature que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté[624]. Au demeurant, l'erreur *«n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention »* [625]. Ceci suppose donc que le contrat contienne de « l'intuitus personae ». A ce titre, l'erreur sur la personne du salarié lors de la formation du contrat de travail a pu parfois être invoquée par l'employeur.

237 Mais, c'est sans doute le dol qui est le vice du consentement le plus invoqué dans les rapports contractuels de travail. L'article 1116 du code civil définit le dol comme « *une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté » .* Le dol apparaît donc comme une ruse, une tromperie, une manœuvre employée pour induire une personne en erreur et la déterminer à contracter. Ainsi, celui qui est victime d'un dol ne s'est pas trompé, on l'a trompé. Il y a un rapport entre le dol et l'erreur : le dol n'atteint ses fins qu'en créant une erreur, c'est en ce sens qu'il vicie le consentement. Le dol est donc constitué d'un élément matériel, la manœuvre, le mensonge, voire même la réticence et d'un élément psychologique, c'est à dire l'intention de nuire à l'autre partie. Il est invoqué généralement lors de la formation du contrat mais peut exister lors d'une modification ultérieure de ce dernier.

238 Aux deux précédents vices du consentement s'ajoute la violence, définie aux articles 1111 et suivants du code civil, comme consistant en des comportements qui contraignent une partie à contracter, soit par la violence physique directe, soit au moyen de menaces sur la personne de l'intéressé, contre ses biens ou des tiers. Il faut que la violence soit suffisamment importante pour impressionner une personne « raisonnable ». Elle doit être injuste, illégitime.

L'étude de la jurisprudence sociale[626] permet de rendre compte d'une logique originale ou pour le moins spécifique, au regard de l'application du régime des vices du consentement dans le droit général des contrats. Le juge apprécie les vices du consentement en procédant à une analyse « *in concreto* » des parties concernées par l'acte, de celui qui s'est trompé (erreur) ou a été trompé (dol) ou encore de celui qui a subi une violence.Le régime des vices du consentement supporte donc, au contact du rapport contractuel de travail, une application adaptée et différenciée selon l'auteur de la volonté et la victime du vice invoqué. Pour rendre compte de ce constat, on prendra appui essentiellement sur le vice du consentement induit par le dol, qui a donné lieu à quelques décisions significatives de la jurisprudence sociale.

623 J. Carbonnier traité préc. *« Droit civil, les obligations »,* p 98 et suiv.

624 F.Terré ; PH Simler ; Y. Lequette, traité préc. *« Droit Civil – Les obligations »,* p 200.

625 Art.1110 alinéa 2 du code civil.

626 A l'instar de celle portant sur le droit de la consommation.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Le caractère déterminant du dol supporte d'abord une individualisation selon la partie qui s'en prétend victime (A). Ce premier aspect se double d'une prise en considération plus forte de la réticence dolosive (B). Ces deux approches semblent traduire le souci d'assurer une protection spécifique au profit du salarié, en tant que contractant en situation d'infériorité.

A. L'individualisation du caractère déterminant du dol

239 L'effet caractéristique d'un vice du consentement est d'avoir été déterminant dans le processus d'expression du consentement. En matière de dol, les manœuvres pratiquées par l'une des parties doivent être telles qu'il est évident que sans elles, l'autre partie n'aurait pas contracté[627]. Un lien de causalité doit donc être démontré entre les manœuvres et le consentement donné par la partie qui s'en prétend victime.Il s'agit là d'une position désormais classique, illustrée dans de nombreuses décisions au travers desquelles on peut observer que le juge apprécie les allégations mensongères constituant les manœuvres dolosives, selon la qualité de celui qui en est à l'origine et de celui à qui elles s'adressent.

240 Ainsi, le juge est amené à procéder à une analyse différenciée, proche d'une véritable individualisation, laquelle peut varier d'une personne à une autre, selon sa force de caractère, sa situation sociale, sa position économique, professionnelle et psychologique, son sexe,…Dans une décision[628] où le dol était invoqué par des salariés, les juges ont ainsi souligné la position de supériorité de l'employeur[629], en s'appuyant sur la taille internationale de l'entreprise en cause, la capacité de ses dirigeants à appréhender les systèmes financiers et économiques. Ils ont opposé l'autre partie, en position d'infériorité en tant qu'individu isolé, incapable d'accéder aux divers renseignements qui lui auraient été pourtant utiles dans sa décision d'acceptation. C'est le déséquilibre de la situation en faveur de l'employeur qui a conduit les salariés à souscrire un engagement.

241 A l'évidence, pour identifier le lien entre les manœuvres pratiquées et les consentements donnés, la Cour s'est attachée à prendre en compte l'inégalité des parties au contrat de travail, notamment l'inégalité face à la capacité d'obtention d'informations pertinentes et d'analyse d'une situation économique, financière et sociale qui dépassait, en l'espèce, l'individu isolé. Ce qui rend intéressant ici, le raisonnement des juges, tient au fait que le dol au détriment des salariés est aussi caractérisé par le manquement décisif de l'employeur à son obligation d'information et à son devoir de conseil renforcés en raison du déséquilibre des cocontractants, l'une des parties profitant de la faiblesse et de l'ignorance de l'autre qui n'est pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prend. Ceci ne va pas sans rappeler d'ailleurs le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance institué par la loi[630] à l'égard du consommateur abusé. Dans les deux situations, l'inégalité et le déséquilibre entre les cocontractants est en général patent.

On notera, au demeurant, qu'une telle démarche du juge n'est pas isolée, puisqu'elle a déjà été appliquée à propos de la violence morale exercée par un employeur pour obtenir le

627 Ne sont pas visés ici les cas prévus par le code du travail et qui permettent au salarié de taire valablement certaines informations qui pourraient s'avérer déterminantes pour l'employeur (art.L.1225-1 du code du travail,…). V. supra Chapitre 1, Section 1, §1.

628 CA de Montpellier O2/04/1999, Dr. Ouv. Déc. 1999, p 501 et suiv. Notes E. Gayat.

629 En l'occurrence, il s'agissait de la Cie IBM.

630 Loi n°92-60 du 18/01/1992 renforçant la protection du consommateur.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

consentement d'un salarié à un acte juridique[631]. Toutefois, à ce jour encore, la puissance économique d'une partie ne suffit pas à justifier, à elle seule, ni la nécessité économique ni même la situation de faiblesse dans laquelle peut se trouver l'autre partie au contrat[632].

242 En revanche, force est de constater que, dans son approche adaptée et différenciée, le juge est enclin à être plus exigeant sur le caractère déterminant des manœuvres du cocontractant et sur l'existence d'un lien de causalité, lorsque c'est l'employeur qui s'estime victime d'un dol. Ainsi, ne sont pas constitutives de manœuvres dolosives, une lettre de demande d'embauche et un curriculum vitae non écrits de la main du candidat mais de celle de son épouse, alors même que l'analyse graphologique qui avait été faite de la lettre révélait des traits positifs en rapport avec le profil du poste à pourvoir, ce qui avait été manifestement déterminant dans la décision de l'entreprise d'engager le salarié [633]. Cette décision n'est pas critiquable car une analyse graphologique n'est qu'un outil d'aide à la prise de décision qui n'exclut en aucun cas l'analyse par l'employeur du curriculum vitae du candidat ni un entretien d'embauche. Dans ce cas, elle ne peut donc être déterminante à elle seule de la décision de recrutement prise par l'entreprise. L'employeur avait les moyens de s'informer et de faire les recoupements nécessaires. En quelque sorte, le juge renvoie l'employeur à sa propre négligence.

243 Dans une autre affaire, la Cour de cassation avait conclu à l'absence de manœuvres dolosives[634] de la part d'une candidate à l'embauche qui avait indiqué dans son curriculum vitae une expérience d'un an dans une grande entreprise, alors qu'en fait elle n'avait effectué qu'un stage de formation de quatre mois.Certes, la Chambre sociale a reconnu que la mention litigieuse était susceptible d'une interprétation erronée mais le contrat de travail ne devait pas être annulé pour autant pour vice du consentement subi par l'employeur.Il semble que la Cour adopte ici une conception très pragmatique de la phase de recrutement et de la négociation pré- contractuelle, et qu'elle accepte, implicitement que les salariés puissent valoriser leur expérience professionnelle afin d'obtenir le poste à pourvoir, sous réserve de manœuvre caractérisée visant à tromper le discernement d'autrui.Ainsi, si la Haute Juridiction sanctionne un salarié qui a clairement manifesté le dessein de tromper son cocontractant[635], elle conçoit, en dehors même des situations qui autorisent un droit

631 V. Cass. Soc 05/07/65, Bull Civ IV n° 545.Un cocontractant en position de supériorité qui profite des circonstances pour imposer des conditions anormales et injustes dans un nouveau contrat de travail conclu avec un salarié ayant par ailleurs un enfant malade et des besoins pressants d'argent, exerce ainsi une violence morale ayant pour effet de vicier le consentement du salarié. Le contrat passé dans ces conditions doit être déclaré nul.

632 V. l'avant-projet de réforme du régime général des contrats, sous la direction du professeur Catala. L'article 1114-3 de l'avant-projet définit ainsi la situation de faiblesse. Celle-ci s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties et de leur inégalité économique (Rapport à Monsieur P. Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, remis le 22/09/2005. La Documentation Française 2005).

633 Cass. Soc 5/10/94, D. 1995 p 282.

634 Cass. Soc 16/02/99, Liais. Soc. 01/01/99, jp hebdo n°625.

635 Citons, des décisions où le dol a été reconnu : un salarié avait produit un curriculum vitae en grande partie mensonger, il avait de plus remis un faux certificat de travail portant la signature contrefaite d'un précédent employeur et des mentions inexactes relatives à la durée de son emploi chez ce dernier. Dans la mesure où ces indications avaient été déterminantes du consentement de l'employeur à la conclusion du contrat, ce dernier devait être annulé (CA Versailles 19/09/90,RJS 1/1991 n° 5). De même, un contrat de travail conclu sur la base de fausses informations concernant la formation et les diplômes obtenus par le salarié a été annulé pour dol (17/10/95, JCP ed E , 1996n° 543). Tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'un CV contenant des mentions imprécises et ambigües (Cass.Soc. 16/02/1999, Bull.civ. V n°74 p 55).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

au silence ou au mensonge[636], que le salarié puisse embellir la réalité de son expérience professionnelle pour mieux la « vendre » auprès de son futur employeur. Celui-ci a d'ailleurs les moyens sinon le devoir de se renseigner et de vérifier la véracité des dires du candidat.

Le devoir de se renseigner pour la partie en situation dominante se trouve manifestement renforcé, en même temps que lui est imposée par le législateur et le juge une obligation d'information de son cocontractant plus vulnérable. En témoigne notamment la jurisprudence qui fait reposer la réticence dolosive sur l'obligation de contracter de bonne foi.

B. L'accentuation de la réticence dolosive

244 Dans les formes classiques du dol, l'intention dolosive relève de la mise en scène ou de l'emploi d'un artifice favorisant l'erreur de l'autre. Il y a dès lors tromperie caractérisée. Pourtant, la jurisprudence a évolué à cet égard et sanctionne désormais, sur le terrain du dol, celui qui s'abstient intentionnellement de révéler une information dont il sait qu'elle est de nature à influer sur le consentement de son cocontractant.

Certains dispositifs de décisions ou arrêts[637] rappellent ainsi l'obligation pour la partie qui apparaît supérieure à l'autre d'informer de façon complète et loyale la partie la plus faible.L'employeur se doit de communiquer les informations pertinentes qui permettent aux salariés concernés, de prendre une décision en toute connaissance de cause. Compte -tenu de sa position, il est du devoir de l'employeur de fournir à ses cocontractants toute information en sa possession, dès lors que ceux-ci sont dans l'impossibilité de se renseigner eux-mêmes, afin qu'ils puissent prendre une décision éclairée et s'engager en toute connaissance de cause.

245 Conjugué au devoir d'information et de conseil, la partie qui apparaît supérieure à l'autre, l'employeur, a également un véritable devoir de renseigner pour mieux informer son cocontractant mais aussi de se renseigner pour être elle-même tenue informée[638]. Le défaut de renseignement pourrait d'ailleurs être reproché à un employeur. L'ignorance, pour être légitime, doit donc être exempte de tout reproche[639]. On comprend, dès lors, que l'employeur est tenu d'être « actif » face à son obligation d'information et de renseignement, laquelle se présente comme une véritable exigence de transparence dans la formation du contrat de travail.

246 Peut-on estimer, à l'instar du professeur C.Radé[640], que le dol devrait faire partie de ces règles du droit commun en voie de disparition, dans la mesure où elles présentent un intérêt limité pour les parties et où elles peuvent conduire à éluder l'application de garanties

636 V. supra Chapitre I, Section 1 &1 A).

637 V. notamment CA de Montpellier, décision préc.

638 Rappelons, par exemple, que l'employeur se voit autorisé par la loi à se renseigner sur un candidat, ces informations devant présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. L'employeur est donc à même de procéder aux investigations autorisées, de demander des informations complémentaires ou des précisions, de faire vérifier les affirmations de tel ou tel candidat. V. supra Chapitre I, Section 1, § 1 A.

639 V. Cass. soc. 03/07/1990, Bull.civ V n° 329; TPS comm 1990 n° 353; D. 1991 p 507 note J. Mouly; RTD civ. 1991 p 316 n° 2 obs. J Mestre ; RJS 10/90 n° 753.A été jugée comme une erreur inexcusable commise par un employeur sur la personne d'un salarié, le fait qu'il ne s'était pas renseigné plus complètement sur ce candidat directeur et n'avait pas procédé à des investigations plus poussées sur son parcours professionnel, alors même que le candidat avait donné les informations nécessaires, ce qui lui aurait permis de découvrir la mise en liquidation de la société dont la candidat avait été PDG.

640 V. Obs. sous Cass.Soc. 27/02/2001, arrêt. préc.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

reconnues aux salariés ? Il ne nous semble pas. L'exigence d'absence de dol commis au détriment de l'autre partie sous-tend une vision morale du contrat et le respect mutuel des consentements qui ne paraissent pas devoir être écartés, du moins de façon hâtive.

De plus, le juge social sait faire preuve d'adaptabilité par rapport à l'approche classique du droit général des contrats. Compte-tenu de la situation respective des deux contractants, il retient des solutions que l'on peut qualifier de justes et de socialement utiles, procédant à de véritables arbitrages. Nul doute aussi que cette démarche s'accompagne du respect de l'exigence de bonne foi prévalant dans les relations contractuelles. L'essor du devoir de renseignement et de conseil à la charge de la partie en position dominante permet, nous l'avons vu, d'éclairer l'autre partie sur l'opportunité de conclure ou non le contrat, et partant, de prévenir un vice du consentement tel que le dol.

Plus largement, l'obligation générale d'information, due à l'égard de tout cocontractant en situation d'infériorité, existe de façon indépendante et autonome et contribue à favoriser son consentement éclairé par une meilleure connaissance de ses droits et obligations.

§ 2 -Les exigences renforcées d'un consentement éclairé

247 Alors que les vices du consentement sont invoqués au cours d'une action judiciaire qui se situe « a posteriori » des consentements exprimés, l'obligation générale d'information s'inscrit, quant à elle, dans une approche de protection « a priori » de la volonté du contractant le plus faible[641]. Il s'agit alors de favoriser l'information et donc la réflexion du cocontractant bénéficiaire de cette obligation, afin de lui permettre d'acquérir une meilleure connaissance du contexte contractuel et de donner un consentement éclairé, en toute connaissance de cause (A).

Certes, l'obligation d'information permet d'éviter les vices du consentement et participe, en ce sens, à un impératif de prévention, en l'occurrence de la survenance de tels vices.Mais sa fonction principale est d'instaurer une véritable culture d'échanges et detransparence entre les parties au contrat et, plus spécifiquement, au profit du salarié.Ainsi, l'information du salarié participe-t-elle aussi à la stabilité du lien contractuel. (B)

A. L'information en faveur de la réflexion du salarié

248 Participant à une exigence de transparence dans les rapports contractuels, l'information doit améliorer la pertinence et la lucidité des choix des contractants.L'obligation d'information ne nie pas la volonté, elle favorise au contraire la réflexion par la communication réciproque et les renseignements utiles à la prise de décision. Elle est une condition essentielle à l'expression d'une volonté libre et lucide. Donner les moyens de s'informer, de réfléchir, c'est permettre de faire des choix éclairés et pertinents.L'enjeu de l'obligation d'information est donc la transparence et la sincérité contractuelles.Cet enjeu devient majeur en cas d'inégalité entre les parties et de déséquilibre dans la faculté de s'informer.

Destinée aussi à compenser l'inégalité des parties lors de la formation du contrat, l'information imposée par le législateur ou le juge entretient un lien fort avec l'obligation de bonne foi et le devoir de loyauté qui en constituent le fondement.Elle apparaît d'autant plus justifiée que les deux parties en présence n'ont ni les mêmes moyens d'investigation, ni la même sphère de compétence et que l'une d'entre elles est placée, dès la formation du contrat du travail, dans une situation de subordination qui la rend doublement débitrice de

641 B. Lardy- Pelissier, art.préc. *"L'information du salarié"*,p 331 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

l'autre. L'information participe sans conteste à un rééquilibrage de la sphère contractuelle au profit du salarié.

Dès lors, bien que les deux parties au contrat de travail soient alternativement débitrices et créancières d'une obligation d'information à l'égard de l'autre, il est indéniable qu'une telle obligation est nettement renforcée à la charge de l'employeur, en tant que partie dominante. Cependant, le non - respect de l'obligation d'information n'est pas sanctionné par la nullité, sauf cas particulier[642], mais par l'octroi éventuel de dommages intérêts au titre d'un manquement à la loyauté contractuelle, en dehors même de toute obligation légale d'information[643].

249 L'essor de l'obligation d'information au profit du salarié soutient donc largement sa volonté, non pas au titre d'une protection passive, mais en tant que contribution active à son expression. En outre, elle renvoie à la bonne foi contractuelle, et plus spécifiquement au devoir de loyauté qui s'impose tant au débiteur qu'au créancier, dansdes situations contractuelles, mais aussi pré-contractuelles. Ainsi, nous l'avons vu, pendant la période de négociations, l'employeur doit répondre loyalement et sincèrement aux questions du candidat. De même, comme la loi[644] l'impose, l'employeur ne peut diffuser une annonce d'un poste à pourvoir qui contiendrait des allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur, sur les principales caractéristiques du poste offert[645].

L'obligation d'information fait aussi appel à l'idée de coopération entre les contractants. Certes, le contrat de travail, par le rapport de subordination qu'il engendre, ne favorise guère l'expression d'une telle coopération. Au mieux peut-on parler d'une collaboration diligente du salarié, car *« celui qui subit la volonté d'autrui ne coopère pas »* [646].Toutefois, sans faire preuve d'angélisme contractuel[647], il faut souligner ici la nécessité d'une prise en compte des intérêts légitimes de chaque contractant à l'égard de l'autre.

250 Outre les idées de loyauté et de coopération, l'obligation d'information est largement imprégnée aussi du souci de garantir un équilibre contractuel, en rétablissant l'égalité entre les parties, afin que la partie en situation d'infériorité puisse contracter et exécuter ses engagements en toute connaissance de cause. Introduire plus d'égalité dans le contrat, c'est privilégier un juste équilibre dans les rapports de force.C'est aussi mieux garantir la stabilité du lien contractuel.

B. L'information en faveur de la stabilité contractuelle

251 L'accroissement en droit positif des exigences d'information à l'égard de l'employeur traduit indéniablement le souci d'assurer une véritable sécurité dans les rapports contractuels individuels. L'employeur doit répondre à une pluralité d'obligations

642 En cas d'inexécution d'une obligation d'information engendrant un vice du consentement, notamment l'erreur ou le dol, la nullité du contrat pourra être demandée.

643 Cass.soc. 24/11/1992, Dr. Soc. 1993 p 55.

644 Art.L.5331-3 du code du travail.

645 Notamment sur les points suivants : Existence, origine, nature et description du travail, rémunération et avantages annexes, lieu de travail . V. supra Chapitre 1, Section 1, §1 A.

646 P. Lokiec, thèse préc. *« Contrat et pouvoir ».*

647 Pour reprendre la formule de D.Mazeaud, art.préc. *«Loyauté, solidarité,fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? »* p 618 .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

d'information qui engendrent parallèlement un développement du formalisme informatif [648], en particulier au moment de l'embauche.

Hétérogène dans ses manifestations, ce formalisme souvent prévu par la loi tente d'apporter des solutions protectrices à des situations de dépendance ou d'inégalité. Toutefois, le formalisme n'est pas toujours une réponse adaptée, tant il apparaît souvent multiple, complexe, parfois difficilement maîtrisable pour ceux–là même auxquels ilest destiné.C'est ainsi que l'employeur doit, par exemple, transmettre au candidat ou au salarié, les documents ou informations susceptibles de le concerner dans leur relation à venir. Ce formalisme de type informatif est de plus en plus présent en droit du travail. Celui-ci entend assurer au salarié l'information la plus complète possible, notamment sur les éléments, qui ne sont pas proprement contractuels, mais s'appliquent pourtant à la relation contractuelle de travail.

252 Ainsi, comme nous l'avons vu[649], la loi du 4 mai 2004 impose et uniformise une obligation générale d'information[650] sur le droit conventionnelqui s'ajoute à celles préexistantes[651]. Cette notion d'information n'est pas de nature contractuelle[652] mais est destinée à parfaire la connaissance du salarié sur la norme collective applicable à la branche et à l'entreprise qui l'emploie. A telle enseigne d'ailleurs que le salarié peut invoquer le défaut d'information par l'employeur sur les textes conventionnels, pour ne pas remplir les obligations prévues par lesdits textes,l'employeur ne pouvant lui reprocher de les avoir méconnues[653]. En effet,le juge tire, dans ce cas, les conséquences d'une faute commise par l'employeur. Celle-ci caractérise non seulement un défaut d'information, pénalement[654] et civilement sanctionnable, mais aussi un défaut de transparence dans la production des normes collectives applicables[655].

253 Le développement du formalisme repose largement sur l'obligation générale, à la charge de l'employeur, d'informer le travailleur sur les conditions applicables au contrat ou à la relation de travail[656] car l'inégalité dans l'information peut être, tout autant que l'inégalité économique, génératrice de déséquilibre entre les parties au contrat. Il s'agit donc bien, par l'obligation d'informer ou de renseigner, de rééquilibrer les connaissances

[648] M. Vericel, art. préc. *« Le formalisme dans le contrat de travail »*. B.Lardy-Pelissier, art. préc. *« L'information du salarié »*.

[649] Supra Chapitre I,Section 1,§2B).

[650] En principe, par négociation collective d'un accord collectif de branche. A défaut, les dispositions légales s'appliquent directement.

[651] Rappelons ici que l'employeur a notamment l'obligation d'informer son personnel d'une part, sur l'intitulé de la convention collective de branche applicable par le biais du bulletin de paye (art.R.3243-1 3° du code du travail) et d'autre part, par avis affiché sur les lieux de travail, sur les conditions de consultation des textes conventionnels les liant.

[652] Elle pourrait le devenir dans le cadre des dispositions de l'article 11 de l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail (v.supra Section 1,§2B).

[653] Il en est ainsi en matière de durée du préavis en cas de démission (Cass . Soc 31/05/89, Bull.civ.V n°412.Cass. Soc 15/04/92 Bull.civ. V n° 276). De même, l'employeur ne peut reprocher au salarié de méconnaître les dispositions conventionnelles, lorsqu'il n'a pas respecté l'obligation d'affichage prévue à l'article R. 2262-3 du code du travail.

[654] Art. R. 2262-3 du code du travail.

[655] La loi du 4 mai 2004 ne précise pas la sanction applicable en cas de défaut de remise au nouvel embauché de la notice d'information sur le droit conventionnel applicable dans l'entreprise. La sanction la plus adéquate semble être l'inopposabilité des dispositions imposant des obligations à la charge du salarié.

[656] V. Directive CEE du 14 octobre 1991, D.1991, Leg 455 –

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

entre les cocontractants[657] et de rétablir une égalité favorable à un consentement éclairé. Il convient d'attribuer à celui dont on veut protéger le consentement, en raison de sa position d'infériorité, un droit (celui d'être d'informé par son partenaire) qui n'a pas pour contrepartie une obligation. Comme le souligne Madame Lardy-Pélissier, il importe que les informations soient claires, aisément déchiffrables ; il convient également qu'elles soient régulièrement actualisées et données en temps utile. Ces remarques soulignent l'impératif de transparence mais aussi de pertinence et d'adaptation au sujet, que doit recouvrir l'information du salarié.

Conclusion du Chapitre II:

254 Le régime du consentement applicable au futur salarié, lors de la formation du contrat, tend à relativiser la figure classique du décideur libre. Ce constat ne saurait cependant être interprété, hâtivement, de façon négative. Il ne nie pas la manifestation de volonté du salarié, mais permet, au contraire, d'en garantir au mieux l'expression. Car l'exigence du consentement à la formation du contrat de travail ne peut être considérée comme une simple formalité juridique accessoire. Elle est l'expression d'une liberté individuelle, d'une *« autonomie relative, restreinte, mais existante »* [658]. Pour cette raison, il importe d'assurer à la partie au contrat la plus faible, le salarié, plus de sécurité et de maîtrise sur les engagements qu'il souscrit volontairement.

Conclusion titre I

255 Le champ contractuel disponible au salarié demeure encore fortement encadré en raison des résistances qui perdurent à l'œuvre du contrat. Des normes générales, des mécanismes de régulation cloisonnent la volonté et le contrat individuels. Faut-il le regretter au stade de la formation du contrat de travail ? Sans doute pas, pour la majorité des travailleurs qui n'ont guère les moyens d'une négociation contractuelle individuelle et pour lesquels la majoration de l'espace contractuel signifie surtout *« procurer au contractant dominant un surcroît de ressources juridiques d'action unilatérale »* [659] . Le poids d'une relation inégalitaire, fondée essentiellement sur la subordination ainsi que l'influence d'un marché de l'emploi difficile, apparaissent comme des limites à l'expression de la volonté du salarié cocontractant au moment de la formation du contrat de travail.

256 Cependant, certains salariés, ceux qui peuvent faire valoir une capacité professionnelle spécifique, disposent de moyens juridiques et de réelles opportunités d'amélioration ou de singularisation de leur situation contractuelle personnelle. Cet affermissement du pouvoir de la volonté contractuelle de certains salariés paraît toutefois encore trop circonscrit pour signifier qu'une véritable évolution est en cours en vue d'octroyer aux travailleurs subordonnés, plus d'autonomie et de maîtrise dans leurs conditions d'emploi.

Lors de la formation du contrat, le droit du travail minore la volonté du salarié, essentiellement en raison d'un souci évident de sécurité et de protection de la partie la plus faible.

657 P. Jourdain, *« Le devoir de se renseigner »,* D. 1983 ch.139.

658 E ;Dockès , art. préc. *« Le contrat. Valeurs de la démocratie – Huit notions fondamentales »,* p 131et suiv.

659 A.Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, chro.préc. *« L'ordonnancement des relations de travail »*,p 359 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Paradoxalement, c'est durant la vie du contrat que cette volonté va trouver à s'affermir, grâce notamment à la réactivation jurisprudentielle de la force obligatoire du contrat fondée sur l'article 1134 du code civil.

Titre II : Une volonté affermie en cours d'exécution du contrat de travail

257 Dans l'approche contemporaine du droit des contrats, le professeur C.Thibierge-Guelfucci observe que la liberté reflue de la conclusion pour réapparaître après, cependant que la sécurité contractuelle opère exactement le mouvement inverse[660].Un tel mouvement est-il perceptible en droit du travail ?

Après la conclusion du contrat de travail, le double objectif de protection de la partie la plus faible et de sécurité du lien contractuel ne disparaît pas. Plus précisément, il semble qu'une place plus grande soit accordée à la volonté du salarié dans la gestion des effets du contrat. Grâce à la réactivation du principe de la force obligatoire du contrat par le juge social, la volonté du salarié prend une épaisseur juridique nouvelle. Obligatoirement sollicité lors d'une proposition de modification du contrat de travail par l'employeur, le salarié dispose alors d'une faculté de choix lui offrant une capacité de refus ou d'opposition, en tant que cocontractant (Chapitre 1). L'analyse ne pourra pas s'abstenir de répondre au moins à deux questions majeures. Est-on en présence d'une véritable faculté de choix reconnue au salarié ou s'agit-il d'une subordination « revisitée »? Existe-t-il un risque, sinon d'abandon, du moins de recul progressif des normes protectrices générales et collectives dans le rapport contractuel de travail?

258 Au surplus, on observe que dans certaines situations, le salarié a la capacité de résister aux effets de nouvelles normes collectives, en s'appuyant sur son contrat de travail ou grâce à des mécanismes de double contractualisation. La volonté individuelle du salarié n'est donc pas ramenée exclusivement à celle du groupe et peut s'affirmer dans sa capacité à défendre ses intérêts propres.On s'attachera donc à mesurer et analyser la capacité de résistance contractuelle du salarié face aux normes collectives (Chapitre 2). Inévitablement, se posera alors la question de l'avenir même du « statut » collectif.

Chapitre 1 : La faculté de choix du salarié en situation de modifications du contrat

259 La faculté de choix, telle que nous l'appréhendons dans ce chapitre, peut être définie comme la possibilité d'option reconnue au salarié, en cours d'exécution du contrat de travail et plus spécifiquement, en cas de proposition de modification du contrat de travail par l'employeur ou lorsque le recours à l'accord du salarié est imposé par stipulation de la loi ou d'une norme collective.

Dans ces situations, la faculté de choix du salarié ne peut être toutefois assimilée à une liberté totale de la volonté individuelle, ne serait-ce que parce que l'éventail de décisions possibles est limité, celui-ci étant ramené la plupart du temps à une alternative, l'acceptation ou le refus d'une situation juridique donnée. Une des caractéristiques de la faculté de choix

660 C. Thibierge-Guellucci, art.préc. *« Libre propos sur la transformation du droit des contrats »,* p 375-376.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

du salarié est que la prérogative qu'elle renferme s'enserre dans un tissu de conditions précises (proposition écrite, délai de réflexion, modes de manifestation de l'acceptation ou du refus…).

Au demeurant, si la volonté du salarié est nécessaire à l'exercice de cette faculté, puisqu'elle se traduit par une décision individuelle, ses effets, même placés sous l'empire de la loi, n'en subissent pas moins l'influence du pouvoir de l'employeur. Enfin, il faut préciser que l'exercice de la faculté de choix n'est pas soumis, en tant que tel, au contrôle du juge. En effet, dès lors qu'il y a option, c'est que la décision appartient pleinement à son bénéficiaire. Celle-ci n'est donc pas contrôlée et n'a pas besoin d'être justifiée ou motivée. La faculté de choix se traduit par un acte volontaire et individuel dont le salarié est seul juge de l'opportunité [661].

260 A l'évidence, l'analyse de la faculté de choix du salarié en situation de modifications du contrat tend à privilégier la figure du refus, qui s'analyse comme un droit dont dispose le salarié.Refuser, c'est ne pas consentir à ce qui est demandé, ne pas accepter ce qui est offert ou présenté.[662]Dans un rapport contractuel de travail dominé par le lien de subordination et traversé par le pouvoir juridique de l'employeur, le « non » du salarié peut donc apparaître comme l'expression d'une volonté propre par rapport à celle d'autrui. Le refus n'est pas seulement l'opposé étymologique du consentement, il relève d'une manifestation de choix libérée de l'emprise de l'autre, permettant une prise de décision autonome et différenciée.

261 Il conviendra donc de prendre la mesure de l'ampleur réelle de la faculté de choix du salarié. Le contrat de travail, dans son rôle qualifié d'heuristique[663], occupe ici une place cardinale. Il devient ainsi un outil juridique susceptible de conférer un rôle plus effectif à la volonté du salarié et de circonscrire l'unilatéralisme du pouvoir patronal. C'est sur le fondement de l'article 1134 du code civil que le salarié dispose, en effet, d'une faculté de choix, sa volonté devant être sollicitée lors de toute proposition de modification du contrat de travail sur initiative de l'employeur, quelle que soit sa nature (économique ou non, disciplinaire) et son importance (Section 1).

Cette faculté reconnue au salarié ouvre un terrain d'exercice nouveau à l'expression de sa volonté, d'autant plus que le recours à l'accord du salarié est fréquemment imposé par la loi, voire même par la convention ou l'accord collectif (Section2).

Retiennent enfin l'attention les manifestations d'accord ou de refus du salarié en contexte de modifications du contrat. Comment sont –elles accueillies par le droit positif ? Le salarié bénéficie-t-il d'une liberté d'expression accrue de sa volonté ? (Section3)

Section 1 : Une faculté de choix issue de la force obligatoire du contrat

262 La faculté de choix et le droit au refus du salarié cocontractant ont été affirmés progressivement à partir de l'arrêt Raquin rendu en 1987 par la chambre sociale de la Cour de cassation en matière de révision du contrat de travail. Qualifiés par certains auteurs

[661] A l'opposé, tel ne sera pas le cas de la décision de l'employeur de licencier le salarié suite à son refus d'accepter la modification du contrat de travail. Les juges vérifieront les motifs invoqués à l'appui de la rupture du contrat de travail, lesquels doivent être ceux à l'origine de la proposition de modification et non le refus du salarié en tant que tel V. Partie II, Titre I, Chapitre préliminaire.

[662] Dictionnaire Lexis Larousse de la langue française 2002.

[663] V. A. Jeammaud, art. préc., notamment *"Les polyvalence du contrat de travail".*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de *« pouvoir conservateur »* [664], ils trouvent leur fondement dans la réhabilitation, voire la redécouverte[665] par le juge social du principe de la force obligatoire du contrat énoncé à l'article 1134 alinéa 1 du code civil (§1).

L'accord du salarié doit être sollicité en cas de proposition par l'employeur d'une modification du contrat de travail en cours d'exécution de celui-ci. Partant, le salarié a le droit, en tant que cocontractant, de la refuser. Peu importe que la modification proposée ait une nature économique ou non, voire disciplinaire. Peu importe aussi son importance en termes de conséquences pour le salarié. En somme, l'étendue de l'espace d'exercice de la faculté de choix du salarié dépend de ce qui fait ou non partie du champ contractuel du rapport d'emploi (§2). C'est donc à partir de l'ossature du contrat de travail, tel que la Cour de cassation l'a construite[666], que le juge détermine ensuite si la modification en cause entre ou non dans la catégorie des modifications contractuelles nécessitant l'accord des parties. Ainsi, la faculté de choix et le droit de refus du salarié auront-ils d'autant plus de consistance que la dimension contractuelle du rapport d'emploi sera étendue.

Mais au préalable, pour prendre la mesure de l'importance et des enjeux de l'affermissement de la volonté du salarié en situation de modifications du contrat de travail, il n'est pas inutile de rappeler les principales étapes de l'évolution jurisprudentielle qui ont amené à solliciter le principe de la force obligatoire du contrat.

§1- L'évolution jurisprudentielle

263 Tout contrat légalement formé s'impose aux parties et ne peut être modifié unilatéralement, sauf accord mutuel pour procéder à cette modification. Telle est l'une des conséquences classiques de l'article 1134 du code civil, appliquée en droit général des contrats mais longtemps écartée ou du moins temporisée en droit du travail.

Ainsi, en l'espace d'une vingtaine d'années, la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation est passée d'une conception fondée sur la modification unilatérale du contrat par l'employeur, corollaire du droit de résiliation unilatérale, à une vision consensuelle de la modification du contrat, expression de la volonté concordante des parties. La Haute juridiction a procédé par étapes successives (A) avant d'imposer une traduction du principe de la force obligatoire du contrat dans le rapport contractuel de travail (B).

A. Les étapes successives

264 Avant 1987, la Chambre sociale contrôlait ce qui constituait ou non une modification du contrat de travail. Cette distinction dépendait avant tout de la gravité des conséquences de la mesure à l'égard du salarié.Si elle occasionnait une gêne importante, on considérait qu'il s'agissait d'une modification substantielle que le salarié pouvait refuser, entraînant l'imputabilité de la rupture du contrat de travail à la charge de l'employeur.A contrario, une modification mineure, qualifiée de non-substantielle, pouvait être imposée unilatéralement par l'employeur. En cas de refus d'une modification non substantielle par le salarié, celui-ci supportait l'imputabilité de la rupture.Outre l'incertitude juridique tenant à la qualification de la modification, cette position de la jurisprudence privilégiait la logique du pouvoir de direction et le droit de modification unilatérale du contrat par l'employeur. « *Le contrat à*

[664] C. Radé, *« La figure du contrat dans le rapport de travail »,* Dr. Soc. sept/ oct. 2001 p 802 et suiv.

[665] V. P. Adam, thèse préc*. « L'individualisation du droit du travail »*, p 150 et suiv.

[666] V. supra Chapitre 1, Section 2, §2A.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

durée indéterminée, qui peut être à tout moment rompu par la volonté de l 'une des parties peut également par là - même, être modifié de façon unilatérale » [667] .

Certes, le principe de la force obligatoire du contrat jouait son rôle habituel lorsqu'il s'agissait d'une modificationsubstantielle, laquelle nécessitait l'accord des deux parties. Toutefois, cet accord pouvait résulter de la simple poursuite du travail aux nouvelles conditions, privant alors le salarié de toute possibilité de contestation ultérieure. En cas de refus, il appartenait au salarié de faire valoir la rupture du contrat de travail à la charge de l'employeur. La logique contractuelle se heurtait donc à la prédominance du lien de subordination et du pouvoir de direction de l'employeur. Force est de souligner que l'assimilation du droit de modification unilatérale et du droit de résiliation était fondée sur une spécificité juridique.Seul l'employeur possédait le droit de modification unilatérale, contrairement au droit de résiliation. Au surplus, considérer le refus du salarié d'une modification non-substantielle comme une rupture à la charge du salarié, revenait à le rendre décideur d'une modification de l'employeur. Le lien de subordination prenait ici un relief tout particulier.

265 A partir de 1987, un premier revirement jurisprudentiel important allait anéantir ces solutions. En effet, après avoir estimé, sous le visa de l'article 1134 du code civil, que l'acceptation d'une modification substantielle ne pouvait résulter de la seule poursuite du travail[668], la Chambre sociale de la Cour de cassation reconnaissait explicitement que l'employeur ne pouvait modifier substantiellement le contrat sans l'accord du salarié et qu'en présence d'un refus du salarié, la responsabilité de la rupture du contrat de travail incombait à l'employeur. A défaut d'avoir pris une telle initiative, l'employeur était tenu de maintenir les conditions antérieures. Toutefois, ces solutions concernaient les seules modifications dites substantielles du contrat de travail. Quant aux modifications mineures, celles-ci s'imposant au salarié, le refus de ce dernier autorisait l'employeur à prendre acte de la rupture du contrat à la charge du salarié ou encore à engager une procédure de licenciement fondée sur un motif réel et sérieux, voire sur une faute grave.

266 Il fallut attendre le mois de juin 1992 pour que la Cour de cassation poursuive la logique de sa jurisprudence sur les effets de la modification dite non-substantielle. « *A défaut de démission non équivoque, le refus du salarié de poursuivre l'exécution du contrat de travail qui n'a fait l'objet d'aucune modification substantielle de la part de l'employeur n'entraîne pas à lui seul la rupture du contrat de travail, même en cas de départ du salarié, mais constitue un manquement aux obligations contractuelles, que l'employeur a la faculté de sanctionner, au besoin en procédant au licenciement de l'intéressé»* [669] . Cette jurisprudence, qui a été affinée et reprise à maintes occasions par la suite, traduit le souci de la Cour suprême de limiter strictement le champ d'invocation de la démission. Manifestation du droit du salarié de résilier unilatéralement le contrat de travail, la démission doit procéder d'une volonté claire et non équivoque de celui-ci[670]. Elle ne peut être constatée par le pouvoir d'une volonté autre que celle du salarié.

267 Enfin, dernière phase de cette évolution jurisprudentielle, la Cour de Cassation abandonne en 1996 la distinction entre modification substantielle et non substantielle du contrat pour un raisonnement fondé sur une autre distinction entre la modification du

667 Cass . Soc 26/01/78, Bull.civ V n° 69. Dr. Soc.1979 p 287 .

668 Cass. Soc 08/10/87 Raquin, Bull.civ V n° 451. D.1988 p 58. Dr. Soc. 1988 p 140

669 Cass. Soc 25/06/92, Dr.Soc. 1992 p 825 .

670 V. infra Titre III.Chapitre I, Section 1.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

contrat de travail et le changement des conditions de travail[671].Il ne s'agit pas d'un simple changement d'ordre terminologique[672]. La démarche change de nature. Elle vise à distinguer ce qui entre dans la sphère contractuelle et relève de la volonté des cocontractants, et ce qui est de l'ordre du pouvoir de direction de l'employeur, que le salarié, en tant que travailleur subordonné, ne peut refuser sans commettre une faute.Une telle distinction suppose alors que l'on puisse clairement déterminer ce qui relève du contrat de travail et ce qui n'en relève pas, le critère de la distinction passant nécessairement par la détermination du contenu du contrat du travail. C'est ainsi que depuis l'arrêt du 28 janvier 1998 dit Systia Informatique, la Chambre sociale de la Cour de cassation a rétabli sans équivoque et par étape son contrôle sur le contenu et la modification du contrat de travail[673]. Elle s'efforce d'objectiver *« le socle ou l'armature »* du contrat de travail, délaissant peu à peu (mais pas totalement*)* *« la recherche, souvent divinatoire, de l'intention des parties »* [674].

268 Un double mouvement anime donc la politique judiciaire actuelle sur la modification du contrat de travail. D'une part, la Haute Juridiction mobilise le droit général des contrats par le biais de l'article 1134 du code civil aux fins de conforter *« le mutuus consensus »* face aux tentatives de révision unilatérale du contrat par l'employeur. Partant, elle favorise la reconnaissance d'une faculté de choix du salarié cocontractant en cours d'exécution du contrat de travail.D'autre part, le juge intervient de façon active dans la détermination des éléments nécessaires et suffisants pour qu'il y ait contrat de travail, ce qui limite inévitablement le rôle effectif de la volonté contractuelle, en particulier celle du salarié[675].Circonscrire une sphère contractuelle dans laquelle se manifeste nécessairement une volonté contractuelle n'est pas de nature à garantir une liberté contractuelle, mais plutôt à la préétablir. L'objectivation du contrat de travail apparaît, en effet, comme la traduction d'un phénomène plus général qui pénètre les relations contractuelles dans le droit contemporain, de « standardisation » du contrat. Elle participe à la construction d'une figure « a minima » du contrat, indépendamment de la commune volonté des parties.

B. La traduction du principe de la force obligatoire du contrat dans le rapport contractuel de travail

269 Le recours à l'article 1134 du code civil par le juge social est venu s'inscrire en droit du travail dans un mouvement plus large traversant le droit contemporain, d'*« universalisation du contrat »* [676], dont certains auteurs craignent les effets pervers sur le lien social. L'article 1134 du code civil énonce *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faite. Elles ne peuvent être révoquées que par leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise . Elles doivent être exécutées de bonne foi ».*

671 Cass. Soc 10/07/96, Bull . civ . V n° 278 .

672 Ph. Waquet, RJS 12/96 p 793. A l'opposé, certains auteurs estiment qu'il s'agit essentiellement d'une unification des termes utilisés plus que de l'apparition d'un nouveau concept juridique en matière de modification du contrat de travail (C. Puigelier, *« A propos du revirement de jurisprudence en droit du travail »,* JCP Commentaires n° 17 du 22/04/04 p 654 et suiv.)

673 Ph Waquet, *«Tableau de jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail »,* Dr. Soc. juin 1999 p 566 et suiv .

674 P. H Antonmattei , *« Les clauses du contrat sous haute surveillance judiciaire »,* Liais. Soc. mensuel nov.2000, p 74 et suiv.

675 V. supra Titre I, Chapitre I,Section 2 §2 A .

676 A. Supiot, art.préc. *«Il faut de défaire des illusions du tout contractuel »,* p 17.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Cet articleapparaît, d'abord, comme la transcription juridique du principe moral du respect de la parole donnée dans les relations contractuelles. Dès lors que les parties sont convenues d'une convention, elles s'engagent l'une envers l'autre. Il en découle ensuite que le respect de la parole donnée sur ce qui a été convenu implique que seul le *« mutuus dissensus »* puisse défaire ce qui a été fait par le *« mutuus consensus »*. Pour les mêmes raisons, il n'est pas possible qu'une partie modifie unilatéralement les termes d'un contrat[677]. Le contrat de travail est générateur d'obligations et les parties à l'acte expriment leur volonté de s'engager pour l'avenir. Elles s'obligent et restreignent leur liberté de contracter d'autres obligations incompatibles ou différentes des premières.

270 Le contrat, y compris le contrat de travail ne peut donc être modifié que par la volonté commune des parties. Dès l'instant où les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, la volonté unilatérale de l'un des contractants ne peut revenir sur le contenu de l'acte, objet de l'échange réciproque de volontés. Une fois qu'elle s'est accordée à l'autre, la volonté individuelle n'est plus autonome ; elle n'a plus en elle-même le pouvoir d'amender par adjonction ou suppression ou de modifier le contrat d'origine. Il faut l'accord des deux parties. A tel point que désormais la Cour de Cassation subordonne aussi l'exercice du pouvoir disciplinaire portant modification du contrat de travail à l'accord du salarié[678]. Certes, le droit reconnu à ce dernier d'accepter ou non une sanction disciplinaire modifiant le contrat de travail peut apparaître au prime abord antinomique avec l'exercice du pouvoir disciplinaire dévolu à l'employeur cocontractant[679]. Mais l'exercice de ce pouvoir ne peut avoir pour effet de supprimer purement et simplement les droits du salarié cocontractant.Le lien de subordination n'autorise pas à contourner le lien contractuel.

271 Au surplus, les principes issus de l'article 1134 du code civil s'appliquent pareillement s'agissant d'une proposition de modification du contrat de travail par le salarié. En effet, d'un point de vue strictement contractuel, on ne peut dénier au salarié le pouvoir de proposer une modification de son contrat de travail à l'employeur. Dès lors, il n'y a pas de faute grave dans le fait pour un salarié de demander, fût-ce de façon insistante, une modification de son contrat de travail, ni même une cause réelle et sérieuse de licenciement à l'encontre du salarié sollicitant une légère et temporaire modification d'horaire refusée par l'employeur[680], sans que cette demande soit accompagnée d'un refus du salarié d'exécuter le contrat aux conditions antérieures [681].

[677] Toutefois, en raison de la prohibition de l'engagement perpétuel dans un contrat à exécution successive conclu pour une durée indéterminée, chacune des parties est en droit de le révoquer, à condition qu'elle n'abuse pas de ce droit. Le droit de révocation est aussi appelé le droit de résiliation. Si la résiliation suppose le consentement des parties, le texte laisse à entendre qu'elle est possible unilatéralement, par effet de la loi, qui peut conférer un droit unilatéral de résiliation. Quant aux contrats à durée déterminée, le législateur a exceptionnellement admis le droit de le révoquer .

[678] Cass. Soc. 16/06/98, Dr. Soc. 1998 p 808, rapp. Ph. Waquet. La Cour énonce qu'une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée; que cependant, en cas de refus du salarié, l'employeur peut dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, au lieu et place de la sanction refusée.

[679] A. Jeammaud, M.Le Friant, A. Lyon-Caen, chro. préc. *« L'ordonnancement des relations du travail »* p 359 et suiv. Les auteurs soulignent, à propos du pouvoir disciplinaire : *« Etonnant pouvoir, si l'on y songe, qui fonde un contractant à se faire justice en jugeant fautif un agissement de son partenaire, puis en infligeant à ce dernier un avertissement, une mutation, une rétrogradation, une suspension forcée de l'exécution du contrat et une perte corrélative de revenu, ou en l'évinçant de son emploi. »*

[680] Cass. Soc 10/02/93, Cah. Soc. Barreau 1993 A 16

[681] Cass. Soc 09/07/97, JCP E 1997, pan. 1034

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Le salarié peut donc, en tant que cocontractant, demander une modification du contrat de travail à son employeur, sans que cela caractérise en soi une faute professionnelle sanctionnable. Dès lors que l'employeur accepte la modification proposée, la révision ou la novation du contrat sera réalisée par le consentement formel des deux parties. S'il refuse la modification demandée par le salarié, les conséquences de son refus vont dépendre du fondement de la demande de modification du salarié. Lorsque cette demande est justifiée par une mise en conformité du contrat avec la loi ou la convention collective applicable, le refus de l'employeur le rend responsable de la rupture, pour défaut d'exécution des obligations à sa charge[682]. En dehors de cette situation, l'employeur demeure libre d'accéder ou non à la demande du salarié. S'il la refuse, c'est au salarié d'assumer ses responsabilités dans la poursuite des relations contractuelles. Celui-ci peut bien évidemment s'incliner face au refus de l'employeur et poursuivre l'exécution du contrat de travail selon les conditions antérieures, sans pour autant être sanctionné pour son initiative. Mais le salarié peut aussi cesser ses activités, assumant alors la rupture du contrat de travail[683], dès lors qu'il manifeste une volonté non équivoque de démissionner.

Quel que soit son auteur, il faut préciser aussi qu'une révision unilatérale du contrat initial par un contractant, serait inopérante même pour adapter le contrat à l'évolution économique ou aux variations de la situation des contractants[684]. Cette position est l'expression du rejet, en droit privé français, de la théorie de l'imprévision, au profit de la recherche de stabilité du lien contractuel.

272 En outre, rappelons qu'est également inopérante la contractualisation d'un droit unilatéral de modification au profit de l'employeur, de tout ou partie du contrat de travail. La sanction des juges est ferme et sans ambiguïté[685]. Seul le consentement mutuel peut justifier la révocation des conventions légalement formées[686].

Discuter du bien-fondé du rapprochement terminologique entre révocation et révision[687]ou invoquer l'argument tiré d'un détournement de l'alinéa 1 de l'article 1134 du code civil [688] ne semble pas convaincant[689].Les deux alinéas de l'article 1134 du code civil

682 Cass. Soc 07/12/99, Juris-Data n° 004323. En cas de prise d'acte de la rupture, v.supra Chapitre III.

683 Cass. Soc . 14/11/89,Cahiers prud'homaux 1991 n° 4

684 Par ailleurs, rappelons que le contrat étant l'œuvre des parties, il n'appartient pas non plus au juge de le modifier.

685 Cass. Soc 27/02/01, Bull.civ . 2001 n° 60. Dr. Soc. mai 2001 p 514 et suiv. obs.C. Radé. *« la clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou partie, le contrat de travail, est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134 alinéa 2 du code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi. »*Pour une position antérieure, v. Cass. Soc 30/05/00, Bull civ V n° 206.

686 Une clause contractuelle prévoyant les modalités de révision future par décision unilatérale de l'employeur, même consentie par le salarié au moment de la signature du contrat, n'en demeure pas moins contraire au principe de l'alinéa 2 de l'article 1134 du code civil et équivaut à un renoncement anticipé de sa part des droits qu'il tient de la loi (v. supra Titre I,Chapitre 1, Section 1, §1B). Une telle clause est inopérante (Cass soc . 05/06/01, Liais. Soc. 18/06/01 n° 725). La Cour va plus loin en considérant qu'un avenant, même temporaire, devant s'analyser comme une modification du contrat, le salarié est en droit de refuser une modification le replaçant dans la situation antérieure au contrat (Cass.Soc. 11/01/2006 JCP La Sem. Jur. n°9 28/02/2006 p 29.)

687 Notons que la révocation, comme la révision, désigne, toutes deux, le changement d'une situation juridique par suite d'une décision autoritaire qui n'est pas admise par la loi en matière contractuelle, sauf pour les causes que la loi autorise.

688 *« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » .*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

ne peuvent être entendus séparément. C'est parce que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi entre les parties, qu'elles ne peuvent faire l'objet d'une révocation ou d'une révision unilatérale et, en conséquence, que les conventions ne peuvent contenir des clauses mettant en cause ce principe de *«mutuus consensuus.»*

Au demeurant, soulignons aussi que la Chambre sociale de la Cour de cassation applique l'article 1134 du code civil dans sa totalité, y compris son dernier alinéa[690]. Cette démarche s'inscrit dans une véritable politique judiciaire en matière de modification ou de révision du contrat de travail, empreinte du souci permanent d'assurer un équilibre entre les cocontractants et de soutenir une exigence de loyauté dans les rapports individuels de travail, nécessaires à la pérennité du contrat de travail.Le contrat de travail tend alors à devenir un instrument juridique capable de limiter le pouvoir de l'employeur. Il le contraint à exécuter loyalement les engagements souscrits, même si l'employeur, a cessé de le vouloir, sauf accord du salarié. La volonté inclut l'intention délibérée de s'obliger.

273 Ainsi, le contrat accepté par les cocontractants ne peut être modifié sans l'accord des deux même protagonistes, que la proposition de modification soit sur initiative de l'employeur (cas le plus fréquent) ou à l'instigation du salarié (cas particulier). Une partie au contrat ne peut modifier unilatéralement le contrat, sans l'accord de l'autre partie. Face à une proposition de modification du contrat de travail par l'employeur, le salarié cocontractant exprime alors une volonté qui se traduit soit par un refus de la proposition de modification qu'il lui est faite, soit par un accord. Il est vrai que les conséquences d'un refus éventuel de sa part se traduiront généralement par la perte de son emploi. Mais on peut considérer aussi qu'il s'agit là des effets, quelle que soit leur nature, qui s'attachent à toute prise de décision et donc à toute prise de risque. Ces effets n'entachent pas la valeur de l'acte volontaire de refus exprimé par le salarié, sauf vices ou abus de droit.De même, l'acceptation par le salarié de la modification, quelles que soient les raisons qui l'ont déterminée, conserve la valeur d'un choix, pour autant qu'il soit libre et non vicié. Le droit ne s'attache pas en l'occurrence à la motivation à l'origine de la décision du salarié d'accepter ou non une modification du contrat de travail. Seule est prise en compte sa volonté en tant que cocontractant.

Désormais, le droit du travail tire pleinement les conséquences de la force obligatoire du contrat dans le contentieux de la modification. Encore convient-il de déterminer plus précisément le territoire d'exercice de la faculté de choix du salarié cocontractant.

§ 2- L'espace d'exercice de la faculté de choix du salarié

274 L'exercice de la faculté de choix du salarié dépend étroitement de ce qu'on entend par contrat de travail[691].En effet, l'accord ou le refus du salarié n'est sollicité, selon la distinction jurisprudentielle désormais courante[692], que si la modification en cause touche un élément du contrat de travail. Ce qui implique, en cas de différend, que le juge se prononce sur l'objet de la modification proposée par l'employeur.

689 C. Radé, art. préc *« La figure du contrat dans le rapport de travail* »,p 802 et suiv. L'auteur précise que l'interdiction ainsi faite aux parties d'inclure dans la contrat une clause de révision unilatérale équivaut à *« nier purement et simplement la portée de l'affirmation de principe qui veut justement que les parties déterminent elles- mêmes le contenu et le régime de leur engagement ».*

690 *« Les conventions doivent être exécutées de bonne foi »* . Cet alinéa a été repris dans l'article L.1221-1 du code du travail sous la forme *« le contrat de travail est exécuté de bonne foi »* .

691 C.Radé, art.préc. *« La figure du contrat dans le rapport de travail »,* p 802 et suiv.

692 Modifications du contrat de travail et changement des conditions de travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

L'enjeu n'est pas négligeable puisqu'il vise à déterminer ce qui relève du contrat et donc de la volonté, tout en traçant les limites du champ d'exercice du pouvoir de l'employeur, quand bien même le pouvoir se trouve être à la source de la modification en cause (proposition sur initiative de l'employeur).Or, l'analyse des diverses décisions de la Chambre sociale de la Cour de Cassation démontre combien il est délicat de parvenir à un tracé précis de la sphère contractuelle et partant de l'espace d'exercice de la faculté de choix du salarié.

Sans reprendre nos précédents développements[693], rappelons ici que la Cour de Cassation s'emploie à définir objectivement les éléments déterminants du contrat de travail, écrit ou non (A). Peu importent à cet égard les considérations d'ordresubjectif. Cette analyse abstraite et objective remplit son office s'agissant de définir la figure a minima du contrat de travail.

Par ailleurs, face à une volonté commune claire et non équivoque de contractualiser tel ou tel élément, l'intention des parties prime. A contrario, à défaut d'une volonté clairement exprimée par les parties, l'interprétation objective du juge cherche d'abord à déterminer le sens de la stipulation contractuelle, quitte à normaliser le contenu du contrat et à dépasser la recherche de la commune intention réglée par les articles 1156 à 1164 du code civil. En l'absence de clause explicite ou en cas de silence du contrat, l'approche du juge social consiste alors soit à prendre en considération, sur le fondement de l'article 1135 du code civil, un certain nombre d'éléments objectifs, soit à supposer ce que les parties ont voulu, compte -tenu de tous les éléments, objectifs mais aussi subjectifs dont il dispose. La détermination de la sphère contractuelle et de l'espace d'expression corrélatif de la faculté de choix du salarié en situation de modifications du contrat amène donc à constater la part déterminante de l'interprétation du juge en tant que facteur de production de normes juridiques mais avec le risque de signifier une volonté autre que celle des auteurs de l'acte. Le juge donne le sens de la stipulation contractuelle en cause (B). A cet égard, il joue un rôle prédominant que d'aucuns assimilent à celui d'un cocontractant[694].

A. Le nœud contractuel

275 C'est à partir du « nœud contractuel» défini objectivement par le juge que se construit l'espace d'exercice de la faculté de choix du salarié en situation de modifications. On le sait, entrent dans ce premier cercle les éléments contractuels par nature qui participent à la qualification même du contrat de travail[695] et à l'échange initial de volontés. Le juge convient d'une certaine vision objective et sociale de ce que peut être la figure du contrat de travail. C'est ainsi que le travail et la rémunération, en tant qu'obligations réciproques des parties et fondements du lien d'emploi, font objectivement partie du noyau dur contractuel[696]. En application de l'article 1134 du code civil, le juge en déduit alors que toute proposition de modification à l'initiative de l'employeur concernant l'un ou l'autre de ces éléments impose l'accord préalable du salarié.

276 Il en découle qu'une modification proposée par l'employeur, en cours d'exécution du contrat de travail, portant sur la qualification du salarié, constitue une modification du

693 V.supra Titre I, Chapitre I, Section 2, §1.

694 V. F.Favennec-Hery, art.préc. *« Le contrôle judiciaire du contrat de travail »*.

695 Rappelons la définition du contrat de travail telle que retenue par la jurisprudence : *« Est un contrat de travail la convention par laquelle une personne physique, le salarié, met son activité au service d'une autre personne, l'employeur, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant le versement d'une rémunération ».*

696 V.supra Titre I,Chapitre 1, Section 2, §1.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

contrat de travail initial nécessitant son accord [697]. Il est vrai que le travail convenu constitue à la fois la *«carte professionnelle»* du salarié, la reconnaissance contractuelle de ses compétences et de son expérience, ce pourquoi il a été embauché et la cause de l'obligation de l'employeur tenant au versement d'une rémunération. Le travail figure donc comme un élément objectif du contrat de travail, déterminant du consentement à la formation de celui-ci, qu'il soit écrit ou non. En conséquence, la volonté du salarié doit être sollicitée, dès lors que de nouvelles tâches, ne correspondant pas à sa qualification, lui sont demandées, remettant ainsi en cause ce que la volonté commune des parties avait initialement arrêté[698]. L'accord du salarié sera également indispensable en cas de promotion, en particulier si celle-ci comporte des contraintes supplémentaires sans compensation salariale[699]. Bien qu'une promotion signifie généralement une reconnaissance de la qualité professionnelle d'un salarié, elle n'en constitue pas moins une modification du contrat de travail qui nécessite d'obtenir l'accord de l'intéressé, celui-ci n'étant jamais obligé d'accepter des responsabilités supérieures. A l'inverse, toute modification d'emploi ou de fonctions entraînant une diminution de responsabilités[700] nécessitera l'accord du salarié, même pendant la période temporaire d'exécution du préavis[701], et ce, quel que soit l'avis de l'employeur sur l'ampleur de la modification en cause[702] .

Le consentement du salarié est également requis en cas de déclassement professionnel, faisant suite à une proposition de reclassement de l'employeur en raison d'une inaptitude consécutive à une maladie ou un accident non professionnel[703]ou professionnel[704] . Le salarié a le droit de refuser une telle solution de reclassement, quelles que soient ses motivations personnelles ou les appréciations de l'employeur quant à l'adéquation de la proposition de modification à la nouvelle aptitude physique du salarié. En tant que cocontractant, le salarié a la faculté d'accepter ou non une telle modification de son emploi et ou de sa qualification. Il arrive toutefois que cette possibilité soulève quelques difficultés.

277 En effet, les attributions confiées au salarié font généralement l'objet d'une qualification qui, bien que fixée par le contrat de travail, doit néanmoins s'accorder avec

[697] En revanche, comme nous le verrons dans la Partie II, constituera un simple changement des conditions de travail la décision de confier au salarié une tâche différente de celles exercées précédemment mais correspondant à sa qualification. V. Partie II, Chapitre I, Section 1.

[698] Tel est le cas d'un agent de maîtrise affecté à des fonctions purement techniques (Cass. Soc 29/01/97, Bull.civ. V n° 38).De la même façon, s'agissant d'un technicien muté sur un emploi de chauffeur livreur (Cass. Soc 04/12/91, RJS 2/92 n° 120). A noter que dans ces cas, le maintien de salaire a été jugé indifférent.

[699] Cass. Soc 16/12/98, RJS 2/99 n° 154 .

[700] La diminution des responsabilités doit être ici distinguée de la rétrogradation disciplinaire (v infra) , laquelle nécessite en tout état de cause l'accord du salarié .

[701] Cass. Soc 05/05/99, Liais. Soc. 09/09/99 jp n° 643.

[702] Est inopérant l'avis de l'employeur qui soutient que le changement de poste implique des responsabilités aussi importantes que celles antérieurement tenues (Cass. Soc 29/01/01, Liais. Soc. 05/03/01 jp n°707).

[703] V.art. L. 1226-2 du code du travail. Cass.Soc . 09/04/, Liais. Soc. 22/04/2 jp n° 765. Cass. Soc 14/06/00, Bull. civ V 2000 n° 228.

[704] V.art. L.1226-10 du code du travail. Cass . Soc . 15/07/98, Bull. civ . V 1998 n° 380.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

les grilles de classifications prévues dans la convention collective de branche[705] et ou éventuellement l'accord d'entreprise. Le salarié a-t-il alors la faculté d'accepter ou refuser une modification de la classification découlant des dispositions d'un accord collectif ? Cette question s'inscrit dans le processus classique d'articulation entre les différentes sources de droit et en particulier entre le contrat de travail et le statut collectif. Dans une conception large de la notion d'élément constitutif du socle contractuel, la répercussion d'une modification de la grille de classification de la convention collective applicable au salarié ne pourrait se faire sans l'accord du salarié, à tout le moins dès lors que la nouvelle classification a une incidence sur les attributions et la rémunération. Compte-tenu de l'évolution récente de la jurisprudence, il n'est pas certain néanmoins qu'une telle conception soit retenue par la Cour de Cassation, lorsque le contrat de travail n'est que le récepteur informatif des dispositions du statut collectif applicable, sous réserve d'une contractualisation claire et précise de la norme collective[706].

278 La rémunération perçue par le salarié, en contrepartie du travail fourni, est également un élément du contrat de travail qui participe, en tant que tel, à l'économie générale de celui-ci. La rémunération convenue initialement entre les parties ne peut donc être modifiée sans que l'accord du salarié soit sollicité[707]. Mais il s'agit, selon la définition retenue par la Cour de cassation[708], de la *«rémunération contractuelle»* [709] *.* Ce libellée est désormais systématiquement utilisé. En revanche, la Cour de cassation a reconnu que la modification de la rémunération issue du statut collectif (voire de l'usage ou de l'engagement unilatéral) s'impose au salarié[710], sous réserve de la volonté explicite des parties de contractualiser les dispositions en cause. Depuis l'arrêt Systia Informatique du 28/janvier 1998,[711] la Chambre sociale a précisé le caractère d'élément du contrat de travail de la rémunération et la nécessité corrélative de requérir l'accord du salarié en cas de modification de la rémunération contractuelle, que celle-ci ait été ou non spécifiée par écrit. Qu'il s'agisse, comme dans l'arrêt précité, du mode de rémunération (fixe, pourcentage, …) ou de son montant[712]ou encore du taux horaire de référence[713], de primes ayant le

[705] Rappelons à cet égard que pour pouvoir être étendue, une convention de branche conclue au niveau national doit nécessairement définir *« les éléments essentiels servant à la détermination des classifications professionnelles et des niveaux de qualification ,… »* (art. L.2261-22 - 3° du code du travail).

[706] Le pouvoir de résistance conféré au contrat de travail et à la volonté individuelle du salarié face à la norme collective sera examiné au Chapitre II ci-dessous.

[707] Cass.soc. 03/03/98, Dr. Soc. 1998 p 523.obs G. Couturier.

[708] En effet, la Cour de Cassation s'est peu à peu orientée vers cette définition restrictive de la rémunération, en considération de la source juridique qui l'a créée. Certaines hésitations de la doctrine, voire même de la jurisprudence, avaient pu laisser penser à une contractualisation de principe de la rémunération, quelle qu'en soit la source, ce qui revenait à admettre l'incorporation au contrat de travail de certains éléments extra contractuels, au risque de créer quelques bouleversements et de rendre très difficile toute négociation collective sur l'emploi et les salaires.

[709] L'arrêt du 19 mai 1998 Di Giovanni (Cass. Soc 19/05/98, Bull civ V n° 265) a précisé très exactement que *«la rémunération contractuelle»* du salarié est un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié. D'autres décisions ont confirmé cette formule, notamment Cass.soc. 27/06/2000, Dr. Soc. 2000 p 831.

[710] Cass. Soc 27/06/00, Dr. Soc. Sept/ oct 2000 p 828, comm. C. Rade.

[711] JCP G 1998 II 10 058 notes C. Lefranc ;Dr. Soc. 1998 p 523, notes G. Couturier.

[712] Cass. Soc 03/03/98, Dr. Soc. 1998 p 523. Cass. Soc 09/12/98, RJS 1999 n° 45. Cass. Soc 18 / 04/00, D. 2000 info rapides p 41. Cass. Soc 18 / 04 /00, JCP G 2000 Actualité p 895. Cass. Soc 03/07/01, Liais. Soc. 16/07/01 jp n° 730. Cass. Soc 17/10/01, Liais. Soc. 29/10/01 jp n° 738 .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

caractère d'élément de salaire[714], d'une convention de forfait[715], toute modification, pour quelque cause que ce soit, de l'un de ces éléments est une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié, en tant que cocontractant. La règle est objectivement déterminée, peu importe les considérations d'ordre subjectif.

Certains employeurs ont d'ailleurs tenté de prétendre que le nouveau mode de rémunération était plus avantageux que l'ancien[716], que le montant global de la rémunération avait été maintenu[717] ou encore que la modification était minime[718]. En vain. Les juges ont régulièrement rappelé que les employeurs n'en étaient pas moins tenus d'obtenir l'assentiment du salarié pour effectuer une modification portant sur la rémunération contractuelle. Les considérations personnelles de l'employeur sont sans effet sur l'applicabilité de l'article 1134 du code civil. Même au cours de la période limitée du préavis, la modification de la rémunération ne peut résulter que de l'accord du salarié, puisque durant cette durée, le contrat de travail conserve sa nature et les obligations réciproques des parties y sont maintenues. Une mutation même prévue dès l'origine dans le contrat, si elle entraîne une variation de la rémunération contractuelle, constituera aussi une modification du contrat de travail et non une décision relevant du simple exercice du pouvoir de direction du chef d'entreprise[719].

279 Au demeurant, l'accord du salarié doit être individuel et personnel, nonobstant les décisions des autres salariés de l'entreprise[720]. A cet égard, une simple information des salariés sur la modification de la rémunération contractuelle avec début d'exécution (retenues sur salaires), ne peut caractériser leur accord impératif [721]. Peu importe également l'impact d'une grève. L'employeur, tenu de fournir un travail aux salariés non-grévistes, à défaut de toute situation contraignante (chômage technique, lock-out) ne peut, sous le prétexte qu'il les affecte à un travail différent de celui habituellement accompli, diminuer leur rémunération contractuelle sans leur accord individuel[722].

A l'évidence, le travail convenu et la rémunération contractuelle font partie des éléments objectifs de la figure du contrat du travail, ce qui impose, en cas de modification, de requérir le consentement mutuel des parties. Mais le nœud contractuel ne se limite pas à ces deux piliers que sont la qualification et la rémunération. D'autres éléments sont rattachables au champ contractuel.

280 On sait que la durée du travail est *«en principe»* aussi considérée comme un élément du contrat de travail. La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 dite Aubry II avait indirectement confirmé que la durée du travail constituait bien un élément du contrat de

713 Cass. Soc 03/07/01,Liais. Soc. 16/07/01jp n° 730.

714 Cass. Soc 23/10/01, Sem. Soc. Lamy 11/02/02 n° 1062 :

715 Cass. Soc 06/07/99, Liais. Soc. 9/12/99 jp n° 653.

716 V. arrêts Systia Informatique et Aviceau préc. .

717 Cass. Soc 30/05/00, Bull.civ. V 2000 n° 206.

718 V. arrêt Di Giovanni préc.

719 Cass. Soc 10/01/01,Liais.Soc. 12/03/01 jp n° 709.Cass. Soc 17/10/01, Liais. Soc. 29/10/01 jp n° 738.

720 Cass. Soc 9/10/98 Taxis, RJS 1/1999 n° 45 . Cass. Soc 09/12/98, Bull civ V n° 541.

721 Cass. Soc 31/10/00,Liais. Soc. 20/11/00 jp n° 691.

722 Cass. Soc 4/10/00, Dr. Soc.12/12/00 p 1156.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

travail.[723] En conséquence, mis à part la situation visée par le texte[724], la diminution du nombre d'heures de travail stipulé au contrat de travail est nécessairement une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié. Plus généralement, l'employeur ne peut modifier la durée du travail, à la hausse ou à la baisse, sans l'accord du salarié[725].Il est vrai, en outre, que la durée du travail est liée à la notion de rémunération dont elle constitue la base de calcul. De sorte qu'une diminution de la durée du travail, par la baisse de rémunération qu'elle est susceptible d'entraîner, traduit sans nul doute une modification du contrat de travail[726]. Il en est de même d'une augmentation de la durée du travail, même accompagnée d'une hausse de salaire.

Toutefois, en l'état actuel du droit positif, la jurisprudence admet que l'employeur puisse imposer au salarié d'effectuer des heures supplémentaires[727], en respectant les dispositions fixées par la loi ou par convention ou accord collectif[728], pour des raisons liées aux nécessités de l'entreprise [729] et sous réserve du paiement régulier de ces heures[730]. Cependant, on ne peut négliger désormais la décision de la Cour de justice des Communautés européennes[731]invitant à signaler dans le contrat de travail, ne serait-ce que par référence aux dispositions législatives, réglementaires, administratives ou conventionnelles pertinentes, l'obligation pour le salarié d'effectuer des heures supplémentaires sur simple demande de l'employeur[732]. Dès lors, on devrait inévitablement tendre vers une contractualisation du principe du recours aux heures supplémentaires sur demande de l'employeur. L'absence d'une telle mention dans le contrat de travail devrait alors nécessiter l'accord préalable du salarié pour lui faire effectuer des heures supplémentaires. Toutefois, une telle interprétation, si elle était confirmée, serait novatrice dans le droit du travail français, car elle empièterait considérablement sur le pouvoir de direction de l'employeur qui lui est traditionnellement reconnu en la matière.

[723] La loi du 19/01/2000 dispose, en effet, que *«la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail»*. (art. L.1222-7 du code du travail).

[724] Réduction du temps de travail négociée par accord collectif national étendu ou accord collectif d'entreprise à majorité renforcée. De nombreux contentieux touchant à l'application de cette disposition ont toutefois eu lieu (J-E Ray, *« Accord collectif et contrat de travail »* Liais. Soc. Mensuel n°72 mai 2006, p64 et suiv).

[725] Cass. Soc 20/10/98 , Dr. Soc. 1998 p 1045 et suiv. obs. Ph. Waquet.

[726] Cass. Soc 16/02/99, Bull.civ. V 1999 n°72 .Cass. Soc 21/03/00, Liais. Soc. 03/04/00 jp n° 668.

[727] Cass. Soc 10/03/98 BC n° 124 , Dr. Soc.1998 p 492 obs. Barthélemy .

[728] V. les nouvelles modalités introduites par la loi n°2008-789 du 20/08/2008 qui modifient les modalités de fixation du contingent d'heures supplémentaires ainsi que les conditions de recours aux heures supplémentaires (suppression de l'information préalable à l'inspecteur du travail pour les heures supplémentaires effectuées à l'intérieur du contingent, suppression de la demande d'autorisation à l'inspecteur du travail pour les heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent, suppression du repos compensateur au-delà de 41 heures par semaine pour les entreprises de plus de 20 salariés,…).

[729] Cass. Soc 09/03/99 BC n°103, Dr. Soc. 1999 p 630 obs. Antonmatteï.

[730] Lorsque l'employeur n'a pas rémunéré les heures supplémentaires, le salarié peut refuser de les effectuer : Cass . Soc 07/12/99,Liais. Soc. 09/03/00 jp n° 665.

[731] CJCE 08/02/01, aff. C – 350/99 Rec., p 1061.

[732] Le salarié peut aussi lui-même, de sa propre initiative et sous réserve de l'accord de son employeur, effectuer des heures supplémentaires ou renoncer à des jours de RTT, des jours de repos dans le cadre d'un forfait annuel jours (V. infra Partie II, Titre II, Chapitre I, Section 2, §1 B).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

281 Il est indéniable que le caractère contractuel de la durée du travail prend un relief tout particulier en matière de temps partiel. En effet, la durée du travail, comme sa répartition, sont incontestablement des éléments qui relèvent objectivement du contrat de travail à temps partiel et requièrent l'assentiment du salarié lors de toute modification ultérieure de celui-ci portant sur ces éléments[733]. Intégrant la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait affirmé à maintes occasions que la répartition du travail à temps partiel constituait un élément du contrat de travail qui ne pouvait être modifié sans l'accord du salarié[734], la loi du 19 janvier 2000 a fortement encadré le recours au travail à temps partiel et a instauré, au bénéfice du salarié, une capacité de résistance accrue[735].

282 Mais, si la notion d'horaires de travail à temps partiel relève objectivement du contrat de travail, tel n'est pas le cas s'agissant de l'horaire collectif des salariés à temps plein, sauf contractualisation. En effet, celui-ci relève par principe du domaine du pouvoir de direction de l'employeur[736] . L'accord du salarié n'a donc pas à être sollicité en cas de changement des horaires de travail par l'employeur. Toutefois, certaines décisions dessinent comme une vocation contractuelle de l'horaire collectif dès lors que l'équilibre, l'économie du contrat se trouve bouleversé par la modification en cause.

Ainsi, le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit *«caractérise objectivement une modification du contrat de travail que le salarié est en droit de refuser»* [737]. De même, le passage d'un horaire continu à un horaire discontinu constitue une modification du contrat de travail qui doit être acceptée au préalable par le salarié[738]. Sont également des modifications du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié, les modifications portant sur le nombre de jours de travail dans la semaine[739] ou obligeant au travail le samedi[740] ou en

[733] L'article L. 3123-14 du code du travail issu de la loi du 10/01/2000 impose non seulement un contrat de travail écrit mais aussi que la durée hebdomadaire ou mensuelle convenue soit mentionnée dans le contrat, ainsi que la répartition de cette durée, ses conditions de modifications (délai, cas et nature), les conditions dans lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiquées par écrit au salarié, enfin, la limite de recours aux heures supplémentaires. Le contrat de travail à temps partiel doit être constaté par écrit , à défaut de quoi, outre les sanctions pénales auxquelles l'employeur peut s'exposer, l'absence de contrat de travail écrit fait présumer que le contrat a été conclu pour un horaire à temps plein. Certes, il s'agit là d'une présomption simple, c'est à dire que la preuve contraire peut être rapportée, mais la Cour de Cassation est particulièrement exigeante dans cette démonstration. V. notamment Cass. Soc. 12/11/97, Bull. civ V n°362 et Cass. Soc. 28/02/98, Bull civ V n°41.

[734] Cass. Soc 07/07/98, Bull civ V n° 373. Cass Soc 06/04/99 TPS 1999.

[735] Il conviendra de mettre à part les conséquences liées à l'application de l'article L. 1222-6 du code du travail

[736] Cass.Soc.22/02/2000, Bull.civ.V2000 n°67.Liais. Soc. 06/03/2000 jp n° 664. Cass.Soc.02/02/99. Dr. Soc. 1999 p 419.

[737] Cass.Soc. 13/12/2006, Liais. Soc. 27/12/06 arrêt en bref jp n° 989.Cass. Soc 22/05/01, Liais. Soc. 05/06/0 jp n° 721, Bull.civ.n°178. Cass. Soc 27/02/01, Bull.civ V 2001 n° 61. A cet égard, notons que la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 encadrant le travail de nuit, impose désormais de solliciter l'accord du salarié en cas de passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit et vice et versa. V. aussi Cass.Soc. 20/02/2008, Liais. Soc. 13/05/2008, jp sociale n° 114/2008.

[738] Cass. Soc . 18/12/00, Liais. Soc. 09/03/02 jp n° 708.

[739] Tel est le cas lorsque l'employeur impose à des salariés qui travaillent pendant 4 jours de la semaine de travailler un jour supplémentaire (Cass. Soc . 23/01/01, Bull.civ. 2001 V n°19 p 12)

[740] Ainsi lorsque l'employeur oblige les salariés à effectuer systématiquement des heures supplémentaires le samedi (Cass. Soc 16/05/91, Dr. Soc. novembre 1994 p 856).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

cas de transformation d'un emploi à temps plein en emploi à temps partiel[741]. Ces décisions semblent *« passer tout près»* [742] de l'article 1135 du code civil[743]. On peut y déceler, en effet, la prise en compte de l'environnement ou du contexte dans lequel se situe la modification en cause mais surtout des règles commandées par l'exigence de bonne foi contractuelle.

283 Le juge procède donc à une détermination impérative du contenu du contrat de travail, en délimitant objectivement les éléments qui constituent sa figure a minima. Un souci manifeste de sécurisation du lien contractuel transparaît[744], puisque toute proposition de modification par l'employeur touchant l'un de ces éléments doit nécessairement être précédée de l'accord du salarié en tant que cocontractant. Sur ces éléments, la volonté du salarié conserve une maîtrise durant l'exécution du contrat de travail. Ce qui constitue indéniablement un affermissement de sa situation juridique.

Mais, pour l'heure, on ne perçoit pas une volonté judiciaire de «gonfler» a priori la sphère contractuelle[745] même lorsque les juges sont amenés à rechercher le sens de la stipulation contractuelle.

B. Le sens de la stipulation contractuelle

284 La recherche de la volonté des parties en situation de modification du contrat de travail soulève inévitablement la question de l'interprétation du contrat par les juges. Ainsi, le couple lieu de travail et contrat de travail peut donner matière à quelques réflexions sur l'approche objective des juges en la matière[746].

Une stipulation claire et précise suffit, en principe, à caractériser la commune volonté des parties, excluant l'interprétation du juge sous peine d'être censuré pour dénaturation[747]. En conséquence, lorsque le contrat de travail prévoit un lieu de travail fixe, sans clause de mobilité[748], on pourrait largement admettre, comme cela fut le cas pendant un temps, que les parties se sont entendues pour contractualiser le lieu de travail. Le juge se limiterait alors à signifier un sens déjà présent dans l'acte.

741 Cass. Soc 29/06/99, Bull civ. V 1999 n° 306.Toutefois, il s'agit plus ici d'une modification de la durée de travail avec diminution de la rémunération, que d'une modification de l'horaire de travail à proprement dite. Au demeurant, la transformation d'un emploi à temps plein en emploi à temps partiel relève de la catégorie légale de modification du contrat de travail autorisant le refus du salarié.

742 Selon la formule de J-M Béraud, *« Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail »*, Dr. Ouv. Déc 1997 p 529 et suiv.

743 Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

744 Visiblement, cette préoccupation traverse également les objectifs de l'ANI du 11 janvier 2008 précité (v. supra Chapitre 1, Section 2, §1

745 V. l'analyse de I. Meyrat, *«L'érosion de la sphère du contrat (à propos de l'arrêt du 10 mars 2004 Sogecler)»* , Dr. Ouv. 2004 p 548.

746 V.P.H Antonmattei , *« Les éléments du contrat de travail »,* Dr. Soc. 1999 p 330 et suiv.

747 Art. 1156 et suiv. du code civil.

748 La mention dans le contrat d'une clause de mobilité contraint le salarié à accepter les mutations géographiques décidées par son employeur.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Or, selon l'analyse récente de la Cour de Cassation[749], pour se prévaloir d'une contractualisation du lieu de travail, il faut «une clause claire et précise»stipulant que le salarié exécutera son travail exclusivement dans tel lieu. A défaut, l'indication du lieu de travail n'a qu'une valeur informative d'ordre pratique, dépourvue de valeur contractuelle. Le primat est donc reconnu aux clauses «explicites».

285 La solution est sans doute critiquable à plusieurs égards. D'abord, la clause du contrat mentionnant le lieu de travail, traduisant la volonté commune des parties, est une clause contractuelle qui ne peut, en application de l'article 1134 du code civil, être modifiée sans un accord des cocontractants[750]. Parce qu'il participe à la définition du lien contractuel, influe sur la nature de l'obligation du salarié, le lieu de travail, objet d'une mention dans le contrat de travail, aurait ainsi mérité de valoir clause contractuelle de localisation. A telle enseigne, faut-il le rappeler que, quel que soit le contenu du contrat de travail initial, l'introduction d'une clause de mobilité, en cours d'exécution de celui-ci, est considérée comme une modification du contrat nécessitant l'accord du salarié. Le lieu de travail est donc un élément déterminant du rapport contractuel qui rend compte de l'engagement personnel de travail du salarié, mais pèse aussi indéniablement sur ses choix de vie (travail du conjoint, lieu d'installation familiale et personnelle,…) dans un cadre géographique déterminé[751]. Au demeurant, le lieu de travail a même pu être une cause justificative de l'acceptation initiale du contrat par le salarié. Aussi, la position de la Haute Juridiction s'éloigne d'une définition de la prestation de travail élargie qui serait caractérisée objectivement non seulement par la nature du travail fourni contre rémunération, par sa durée mais aussi par son lieu de travail.

286 Faut-il y voir une volonté judiciaire de formaliser une frontière collectivement acceptable entre ce qui est de l'ordre du contrat et ce qui est du domaine du pouvoir? Le lieu de travail, lié à la situation géographique de l'entreprise et donc aux conditions de travail applicables à l'ensemble des salariés, ne ferait pas partie, sauf disposition contractuelle explicite, des éléments constitutifs de la figure du contrat de travail. Il y aurait donc des graduations subtiles entre les éléments ayant simple valeur d'information, qui seraient malléables et les autres, auréolés du qualificatif de contractuels, qui ne seraient pas modifiables[752]. Cette lecture de la jurisprudence n'apparaît pas vraiment convaincante. En effet, s'agissant par exemple de la répartition des horaires de travail et plus particulièrement de l'horaire collectif[753] relevant traditionnellement du domaine du pouvoir de direction de l'employeur, une clause indiquant les horaires de travail a pu suffire à les contractualiser,

[749] Cass.Soc. 03/06/2003,Liais. Soc., jp n° 820, Bull.civ.V n° 185. Confirmation notamment dans Cass.Soc. 15/03/2006, Liais. Soc. 04/04/2006 arrêt en bref jp n° 951.

[750] V. l'analyse à ce sujet du professeur J. Pélissier, RJS 1104, p 3.

[751] Rappelons que même non écrit, le lieu de travail fait partie des conditions applicables au contrat de travail dont l'information doit être communiquée au salarié par l'employeur aux termes de la Directive CEE du 14/10/91.

[752] B.Lardy-Pélissier, art. préc. *« L'information du salarié »,* p331 et suiv.

[753] En effet, concernant les salariés à temps plein, la durée du travail est répartie en principe selon un certain horaire dit horaire collectif qui fait l'objet d'un affichage sur les lieux de travail, sans qu'il soit besoin de le contractualiser. La fixation de l'horaire collectif appartient donc par principe au domaine du pouvoir de direction de l'employeur . Dans ces conditions, la règle est inverse à celle appliquer en matière de durée du travail *«le changement d'horaires consistant dans une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée, alors que la durée du travail et la rémunération restent identiques, constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise et non une modification du contrat de travail».* Cass. Soc . 22/02/00, Bull.civ V 2000 n° 67, Liais. Soc. 06/03/00 jp n° 664. Cass. Soc . 02/02/99, Dr. Soc. 1999 p 419.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de sorte qu'ils ne pouvaient être alors modifiés sans l'accord du salarié[754]. Il n'est pas exigé d'autres précisions spécifiques, pour qualifier la clause de contractuelle.

287 Toujours est-il que la distinction judiciaire entre clauses contractuelles «explicites» et clauses dites informatives renforce l'idée d'une logique de limitation de la sphère contractuelle et, en conséquence, de l'espace d'exercice de la faculté de choix du salarié cocontractant. Par ricochet, le pouvoir de direction voit son champ d'action encore élargi puisqu'il peut donc agir sur les clauses informatives. On conçoit qu'une distinction entre ce qui est de l'ordre du contractuel et ce qui relève de l'informatif dans le contrat ne soit pas dénuée en soi d'intérêt[755]. Mais il est regrettable que le juge, dans la grande liberté d'interprétation dont il dispose, contribue, par des distinctions subtiles, à ébranler la nécessaire sécurité juridique qu'est censé présenter le contrat et à opacifier l'obligation de loyauté, laquelle implique que l'information donnée soit claire et intelligible[756].

Poussant plus avant l'analyse, l'idée se dessine que la Cour de la Cassation privilégie ici une position régulatrice *«aux fins d'unification des lectures judiciaires et d'égalité de traitement des justiciables»* [757] *.* Ainsi, tout en restreignant le pouvoir d'interprétation des juges du fond, elle consacre une règle de droit (à défaut de clause explicite, la référence au lieu de travail est présumée à caractère informatif) qui tend à normaliser. Ce n'est donc qu'à défaut de clause explicite précisant le lieu de travail[758] ou en cas de silence du contrat, que l'interprétation objective du juge se déploie véritablement, en recourant à un critère intermédiaire, celui du «secteur géographique».

288 Depuis 1998[759] , la jurisprudence considère en effet qu'un changement de lieu de travail constitue une modification du contrat de travail lorsqu'il entraîne un changement de « secteur géographique ». Si, en revanche, le nouveau lieu de travail est situé dans le même secteur géographique, on est en présence d'un simple changement des conditions de travail. Ces règles s'appliquent, en outre, lorsque le lieu de travail fait l'objet de modifications du contrat de travail à titre disciplinaire, puisqu'unemutation peut relever du pouvoir disciplinaire de l'employeur lorsqu'elle vient sanctionner un comportement que ce dernier considère comme fautif[760]. A défaut de clause explicite et en l'absence d'une clause

754 Cass. Soc 11/07/01, Bull.civ. V 2001 n° 264.

755 On aurait pu, comme le propose le professeur A. Jeammaud , définir la clause ou mention informative comme celle qui relate un fait ou une donnée normative préexistant à la rédaction de l'acte. En revanche, toute énonciation qui dit ou précise une modalité, aussi modeste soit-elle, du rapport naissant du contrat, un élément qui ne préexiste pas à la conclusion de ce dernier ou ne résulte pas d'une norme préexistante, participe à la construction de rapport juridique (v. art. préc. *«Le contrat de travail, une puissance moyenne*», p 318).

756 B.Lardy-Pélissier, art. préc . *« L'information du salarié »,* p 331 et suiv..

757 A. Jeammaud, art.préc. *« Le contrat de travail, une puissance moyenne »,* p 316. Notons qu'une telle position transparaît également dans l'interprétation de nombreux contrats-types. Sans doute, le juge aurait-il pu appliquer l'une des règles prescrites par les articles 1156 à 1164 du code civil concernant l'interprétation des clauses obscures, ambigües ou contradictoires.

758 Et à l'exclusion d'une clause de mobilité contenue dès l'origine dans le contrat.

759 Cass. Soc 16/12/98,Bull.civ V 1998 n°558. Cass . Soc 20/10/98 arrêt préc. . Cass . Soc 04/05/99 préc. Cass. Soc 21/03/, D. 2000 IR p 154.

760 Le doute n'est pas ici permis au regard de l'article L. 122-40 du code du travail. En effet, constitue une sanction toute mesure, autre que les observation verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de mobilité[761], le changement de « secteur géographique » servira donc de critère objectif d'appréciation en cas de mutation disciplinaire.

289 Que recouvre ce critère? Comment est–il apprécié? Le changement de «secteur géographique»doit êtreévalueau regard du lieu où le salarié exerçait jusque là son travail. Il appartient aux juges de fond de délimiter de manière objective le périmètre du secteur géographique. L'analyse objective exclut toute prise en considération d'éléments subjectifs, ce qui reviendrait à apprécier la modification en fonction de la situation de chaque salarié pris individuellement, donc à renouer indirectement avec l'ancienne jurisprudence sur la modification du contrat de travail.

Le doyen Waquet avait associé la notion de « secteur géographique » à celle de *«bassin d'emploi»* et de *«zone urbaine»*, tandis que dans l'arrêt Boghossian du 20 octobre 1998 [762], la Cour de Cassation avait retenu *«la région»*, en l'occurrence *«le déplacement de l'entreprise avait eu lieu à l'intérieur de la région parisienne»*. Toutefois, au regard de décisions ultérieures, il est impossible d'affirmer aujourd'hui qu'une telle mutation constitue ou non une modification du contrat de travail[763]. Les juges du fond paraissent retenir à ce jour une vision à la fois réaliste et pragmatique du « secteur géographique », eu égard à d'autres éléments objectifs tels que la distance entre deux sites et leur desserte par les transports en commun. Il n'en demeure pas moins vrai que la notion de «secteur géographique» reste encore à préciser. Le risque réside sans doute dans le manque de lisibilité du ou des critères qui seront progressivement dégagés par la jurisprudence. D'où, un doute concernant le rôle imparti à l'expression de la faculté de choix du salarié.

290 En outre, il convient de relever que le juge est amené à déterminer ce que les parties sont supposées avoir voulu, compte-tenu de tous les éléments, objectifs et subjectifs, dont il peut disposer. Ainsi, lorsque le contrat de travail ne comporte aucune mention du lieu de travail ni aucune clause de mobilité[764], la Haute juridiction a jugé qu'un déplacement occasionnel pouvait être imposé à un salarié, en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement, sans que ceci constitue une modification du contrat de travail. Deux conditions sont toutefois posées. La mission doit être justifiée par l'intérêt de l'entreprise et les fonctions du salarié, en raison de leurs spécificités, doivent impliquer une certaine mobilité géographique. Le raisonnement de la Cour de cassation semble s'appuyer, dans ce cas, sur l'argument d'une volonté «supposée». Parce que le salarié avait contractuellement accepté des fonctions pouvant par leur nature impliquer des déplacements, les juges en déduisent qu'il n'avait pu exclure l'éventualité d'un déplacement temporaire, même hors secteur géographique, pour raisons professionnelles justifiées. Autrement dit, le salarié est supposé avoir accepté une « mobilité implicite », en raison de ses fonctions et compte -tenu du contexte général dans lequel se situait le contrat et le but qu'il était censé atteindre. Le critère objectif du «secteur géographique» a donc été ici inopérant.

De même, est-il écarté par le juge dès lors que le domicile est en cause. Un salarié n'est pas tenu d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et instruments

761 Précisons ici que la mutation du salarié en application d'une clause de mobilité ne concerne que les conditions de travail, l'employeur n'a pas alors besoin de solliciter l'accord du salarié. Cette position a été confirmée même si l'employeur exerce son pouvoir disciplinaire. (Cass.Soc. 30/09/97, Bull.civ. V n° 289, Dr. Soc. 1997 p 1094, obs.J-E Ray. Cass.Soc. 11/07/2001 Liais. Soc. 11/10/2001 jp n°735. V. infra Partie II, Chapitre I, Section 1.

762 V.supra arrêt préc.

763 Cass.Soc. 15/06/2004, Bref social n° 14166 du 28 juin 2004.

764 Cass. Soc 22/01/2003, Sem. Soc. Lamy n°1107 p 11.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de travail[765], car le domicile ne constitue pas un lieu de travail comme un autre. Bien que le contrat initial n'ait pas fixé de lieu de travail, les magistrats ne discutent pas du point de savoir si le nouveau lieu de travail (domicile du salarié) se situait dans le même secteur géographique que le précédent. Ils retiennent directement que le fait de demander au salarié de travailler à son domicile constitue une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié. Sauf cas particuliers[766], le domicile ne peut en aucun cas être supposé constituer un lieu de travail, puisqu'il relève de la vie personnelle et intime du salarié. Seule une volonté explicite des parties serait susceptible de prévoir une telle alternative.

291 Au fil des arrêts, la jurisprudence de la Cour de Cassation semble dessiner les contours d'un espace d'exercice de la faculté de choix du salarié en situation de modifications du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Etroitement dépendant de l'étendue conférée à la sphère contractuelle, telle qu'elle résulte de l'interprétation du juge[767], cet espace ne pourra gagner en densité que dans la seule mesure où le champ contractuel s'épanouira. Il ne s'agit plus désormais de s'interroger sur le poids ou l'ampleur du changement, mais sur son objet afin de déterminer si l'élément modifié est du domaine du contrat et de la volonté ou de celui des conditions de travail et du pouvoir.

Or, au-delà des éléments du contrat de travail que l'on pourrait qualifier du *«premier cercle»*, nécessaires à sa stricte qualification, la jurisprudence sociale laisse perdurer de nombreuses incertitudes, notamment sur le caractère contractuel ou non du lieu de travail. La distinction contestable formulée par le juge entre éléments contractualisés et simples mentions informatives confirme, à tout le moins, une approche restrictive de la sphère contractuelle. Ce qui ne va pas dans le sens d'une extension de l'espace d'exercice de la faculté de choix du salarié cocontractant. Cependant, force est d'admettre que le juge fixe un cadre contractuel, certes plus ou moins rigide, mais impératif. Impératif d'abord parce qu'il s'impose à l'employeur et limite son pouvoir de direction mais aussi son pouvoir disciplinaire, ce dernier étant désormais aussi, clairement subordonné au contrat. Impératif enfin parce que le salarié a le droit d'invoquer son contrat et d'affirmer une réelle faculté de choix en cas de modification du contrat sur initiative de l'employeur.

De surcroît, le législateur contribue aussi largement au renforcement de la figure du contrat de travail et de la faculté de choix du salarié en tant que cocontractant. De quelle manière participe-t-il à cette construction? Quels objectifs poursuit-il? C'est à travers ces questions que le tracé de l'espace d'exercice de la faculté de choix du salarié en contexte de modifications du contrat pourra se préciser.

Section 2 : Une faculté de choix encouragée par la loi

292 La place que le droit étatique réserve à la faculté de choix du salarié cocontractant, en situation de modifications du contrat de travail, est sans doute un autre indice significatif de

[765] Cass. Soc 02/10/01,Jp soc. 2001,Ed. legis

[766] Citons, à titre d'exemples, le travail à domicile et le télétravail. L'Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 sur le Télétravail, étendu par arrêté ministériel du 30/05/2006 (JO du 09/06/06) indique expressément le caractère volontaire du télétravail, tant pour le salarié que pour l'employeur d'ailleurs. (v. Liais. Soc. n°350 du 15/11/2005). Très logiquement, seul un accord de volonté peut mettre fin au télétravail, à l'initiative de l'employeur ou du salarié (lorsque le télétravail ne fait pas partie des conditions d'embauche). V. en ce sens Cass.Soc. 31/05/2006, Liais.Soc.13/06/2006, jp n°962.

[767] Ou par détermination de la loi, lorsque celle-ci définit explicitement les éléments ayant un caractère contractuel, comme en matière de temps partiel.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

reconnaissance, sinon d'affermissement, de la volonté du salarié dans le rapport juridique de travail.

293 Dans le Titre précédent[768], l'étude a permis d'identifier une propension du législateur à recourir au contrat de travail, en tant qu'outil juridique au service d'objectifs et d'intérêts nationaux, loin de la conception classique du contrat générateur d'obligations consenties par les parties. L'objet du questionnement actuel est d'une autre nature puisqu'on cherche ici à cerner la contribution du législateur en faveur de la reconnaissance d'une faculté de choix du salarié en contexte de modifications du contrat[769]. Pour procéder à cette évaluation, quelques exemples serviront à illustrer la démarche du législateur, qui s'opère essentiellement autour de trois grands axes, souvent concomitants et complémentaires.

294 Le premier s'inscrit dans le mouvement d'objectivation. Il vise essentiellement les contrats de travail spécifiques, dérogatoires au droit commun, dont le législateur a caractérisé les éléments déterminants, en fonction de la nature du contrat en cause. Dans ce contexte, le droit étatique cherche à assurer au salarié, le plus souvent en situation de travail précaire, un renforcement de sa capacité de résistance face aux éventuelles modifications initiées par l'employeur et pouvant affecter son contrat de travail. Il s'agit alors d'une véritable action régulatrice de la loi en vue d'équilibrer le rapport contractuel et de permettre une faculté de choix en faveur du salarié (§1).

Un deuxième axe peut être distingué, qui consiste de la part du législateur à imposer à l'employeur, dans le cadre d'une procédure formalisée, qu'il sollicite l'accord préalable du salarié, pour toutes modifications générant des situations contraignantes de travail ou intéressant son parcours professionnel. Quitte même à recourir à une double contractualisation incluant un accord collectif préalable. Cette orientation favorise une implication plus grande du salarié, notamment sur les questions touchant à la durée du travail et à la qualification par le biais de la formation professionnelle. Elle s'inscrit dans un mouvement plus large de procéduralisation (§2).

Mais si le législateur aménage, sans trop d'inconvénients, une faculté de choix au salarié dans certaines situations et sous certaines conditions, il maintient en cours d'exécution du contrat de travail, une pression forte à l'encontre de la renonciation du salarié (§3).

§1- La régulation légale en faveur de la faculté de choix du salarié

295 Les évolutions législatives successives ont contribué à une diversification des contrats de travail en tant que dispositifs juridiques, en particulier sous forme de contrats dits atypiques, dérogatoires au droit commun incarné par le contrat à durée indéterminée à temps plein. Initiés originairement pour répondre à une demande spécifique du marché, dont il convenait de canaliser les effets, ou à des objectifs sociaux,[770]ces contrats atypiques conjuguent de strictes conditions de recours et de contenu et des garanties particulières pour les salariés. L'intervention normative du droit étatique en matière de travail à temps partiel apparaît exemplaire d'une telle démarche.

[768] V. supra Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1 A.

[769] Il ne s'agit pas ici d'aborder les droits individuels spécifiques attribués par la loi à chaque salarié en tant que tel , qui seront étudiés plus avant, suivant une autre approche.

[770] V. supra Titre I,Chapitre 1,Section 2, §1 A.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

En augmentation constante, ce mode d'organisation du temps de travail, censé distribuer plus équitablement vie professionnelle et vie familiale, affecte majoritairement l'emploi des femmes. On le retrouve aussi très fréquemment dans l'accès à l'insertion dans le travail ou a contrario, dans la cessation progressive d'activité[771].

La réglementation du travail à temps partiel s'inscrit dans une construction normative menée aussi bien au plan international [772] que communautaire[773].Au demeurant, c'est sur le plan du droit interne que se portera l'analyse, même si, fort logiquement, celui-ci est largement pénétré par ces différentes normes externes.

A cet égard, la loi n° 2000- 37 du 19 janvier 2000 s'est attachée d'une part, à intégrer dans le droit positif la jurisprudence de la Cour de cassation et les dispositions des directives communautaires en la matière, d'autre part à mettre en place un dispositif normatif en vue d'accroître la faculté de choix du salarié face aux modifications proposées par l'employeur.

296 En premier lieu, la loi a construit le socle objectif et impératif du contrat de travail à temps partiel. Et c'est la détermination légale des éléments du contrat à temps partiel qui a contribué à renforcer simultanément la faculté de choix du salarié en situation de modifications du contrat. L'article L. 3123-14 du code du travail énonce, précisément, les mentions obligatoires du contrat de travail à temps partiel: la qualification, les éléments de la rémunération, la durée hebdomadaire ou mensuelle, la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois. Ainsi, ces éléments sont légalement considérés comme des éléments du contrat de travail à temps partiel. Ils doivent obligatoirement être fixés dans ce contrat [774]et ne peuvent être modifiés sans l'accord du salarié.

On retrouve ici la jurisprudence désormais classique de la Cour de Cassation. Certes, compte -tenu de la particularité du temps partiel, temps inférieur à la durée légale ou conventionnelle de travail, c'est en matière de durée du travail que les principes du consensualisme sont éminemment mis en relief. Ainsi, la réduction (ou l'augmentation) du temps de travail hebdomadaire (ou mensuel) d'un salarié à temps partiel constitue nécessairement une modification du contrat de travail que le salarié est en droit de refuser,[775] sans que cette manifestation de volonté puisse être considérée comme une faute de sa part.

297 De même, la répartition de la durée du travail constitue un élément du contrat de travail à temps partiel qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié. L'article L.3123-14 du code du travail, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de Cassation[776], rappelle que le contrat de travail doit prévoir, dès l'origine, le principe d'une modification éventuelle de la répartition du travail, ainsi que les cas et la nature de cette dernière, pour pouvoir être envisageable par l'employeur et opposable au salarié. Enfin, toute modification projetée, conformément au contrat, est notifiée au salarié sept jours au moins avant la date à laquelle

771 V. notamment le bilan contrasté du temps partiel analysé par le professeur F. Favennec-Hery, *« Le travail à temps partiel »,* LITEC, Pratique Sociale 1997.

772 V. convention 175 concernant le temps partiel . Recommandation 182 du 24 juin 1994.

773 On rappelera ici,notamment, la directive du Conseil de l'Union Européenne 97/81 du 15/12/97.

774 La loi impose ici un écrit comme fondement de reconnaissance de l'acte juridique et de la volonté qui l'a créé.V.supra Chapitre II, Section 1 §1 .

775 Rappelons en ce sens la décision de la Cour de cassation du 07/07/98, RJS 10/98 n° 1183.

776 Pour mémoire, citons les arrêts suivants: Cass. Soc 07/07/98, Bull. civ. V n° 373 ;Cass. Soc . 06/04/99 Liais. Soc. 31/05/99, jp n°633 -

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

celle-ci doit intervenir, sauf délai dérogatoire conventionnel[777]. A défaut de ces précisions contractuelles, aucune modification ne pourra être imposée par l'employeur sans l'accord du salarié, le refus de ce dernier d'accepter le changement ne pouvant pas constituer une faute ou un motif de licenciement.

A l'inverse, le refus du salarié d'accepter la modification de la répartition de son temps de travail, dans les conditions et selon les modalités précisées dans le contrat de travail, devrait être considéré comme fautif. Au regard de la jurisprudence actuelle, il s'agit, en effet, d'un simple changement des conditions de travail initialement prévues. En outre, l'application bilatérale du principe du consensualisme oblige le salarié à temps partiel à ne pas modifier unilatéralement la répartition de son temps de travail, sans l'accord de son employeur[778].

L'espace d'exercice de la faculté de choix du salarié à temps partiel en cas de modifications, recouvre donc indubitablement l'ensemble des éléments du contrat de travail à temps partiel, tels que légalement déterminés.

298 En outre, la loi organise un élargissement de la notion même de modification du contrat de travail à temps partiel. Ainsi, contrairement aux heures supplémentaires[779] qui peuvent, sous certaines réserves, être imposées aux salariés à temps plein sur demande de l'employeur, le recours aux heures complémentaires pour les salariés à temps partiel, est fortement encadré[780] et traduit par principe une modification de la durée contractuelle de travail à temps partiel. Ne pouvant dépasser un certain seuil ni avoir pour effet d'atteindre ou dépasser la durée légale du travail, le salarié à temps partiel a également la capacité de refuser de les effectuer, sans que ce refus constitue une faute ou un motif de licenciement, dès lors que le recours aux heures complémentaires n'est pas prévu dans le contrat de travail ou que les heures complémentaires proposées par l'employeur vont au-delà des limites fixées par le contrat[781] ou encore lorsque le salarié est informé moins de trois jours avant la date prévue pour les effectuer. A l'inverse, le refus par le salarié d'effectuer des heures complémentaires fixées dans le contrat, selon les conditions légales et conventionnelles applicables, sera constitutif d'une faute pouvant éventuellement justifier un licenciement, en fonction de la situation de fait.

299 De plus, la loi assure des contreparties aux salariés à temps partiel lorsqu'une convention ou un accord collectif prévoit des dérogations *«in pejus»*: réduction du délai au cours duquel l'employeur peut annoncer une modification de la répartition de la durée du travail ou augmentation du seuil légal d'heures complémentaires jusqu'au tiers de la durée stipulée au contrat. A l'encadrement conventionnel indispensable à ces mesures s'ajoute donc une exigence légale de contreparties sous forme d'avantages négociés par voie d'accords collectifs.

300 L'action régulatrice du droit étatique s'exerce de telle sorte qu'un équilibre puisse être préservé entre contraintes professionnelles et contraintes personnelles du salarié, car

[777] Art. L.3123-21 du code du travail.

[778] Cass. Soc . 07/07/98, RJS 10/98 n° 1183.

[779] V. toutefois nos remarques précédentes (supra Section 1§2 du présent Chapitre) concernant l'incidence de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes.

[780] Art. L.3123-17 et suiv. du code du travail. V. aussi l'application spécifique qui est faite par la loi du 21/08/2007 dite Loi TEPA concernant l'exonération de charges sociales salariales des heures complémentaires des salariés à temps partiel.

[781] S'agissant des heures complémentaires, la loi prévoit un seuil de10 % de la durée contractuelle fixée au contrat, pouvant être porté au tiers de la durée contractuelle par accord collectif de branche étendu.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

en raison même de la nature du temps partiel, du temps est libéré soit pour la vie privée et familiale soit pour l'exercice d'une autre activité professionnelle complémentaire. Dès lors, pour tenir compte des motifs relevant de la vie personnelle du salarié ou d'engagements contractuels extérieurs, le législateur permet au salarié de refuser une modification de la répartition de son temps de travail, même prévue dans le contrat de travail selon les exigences de la loi. Ainsi, un salarié qui justifie soit d'obligations familiales impérieuses, soit du suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, soit encore d'une période d'activité fixée chez un autre employeur ou une activité professionnelle non salariée, possède un véritable droit au refussans qu'une faute ou un motif de licenciement puisse être invoqué à son encontre. Au demeurant, l'exercice de ce droit n'est pas laissé à l'initiative pleine et entière du salarié, puisqu'il fait l'objet d'un encadrement légal et doit être justifié par des motifs limitativement énoncés.

301 L'intervention du législateur ne se limite pas à renforcer la faculté de décision du salarié à temps partiel, elle crée aussi de véritables prérogatives individuelles à son bénéfice durant l'exécution du travail[782]. Ces droits nouveaux seront évoqués plus tard sous un autre angle[783], celui de l'émancipation progressive de la volonté du salarié face au pouvoir. Au stade de notre étude, il faut surtout retenir que l'ordre juridique intervient de manière impérative, pour imposer une sécurisation juridique conforme à l'intérêt du contractant le plus faible. Mais au-delà, le droit confère à ce dernier des moyens juridiques propres à lui assurer une meilleure expression de sa volonté contractuelle face à des modifications initiées par l'employeur.

De plus en plus fréquemment, le législateur intervient aussi pour favoriser directement le recours à l'accord individuel du salarié dans certaines situations de travail impliquant des modifications contractuelles. Ce recours s'inscrit dans une véritable démarche de procéduralisation légale de la modification envisagée en vue de renforcer la faculté de choix du salarié.

§2- La procéduralisation en support de la faculté de choix du salarié

302 C'est sans nul doute dans le domaine de la réglementation de la durée du travail, plus particulièrement, des modalités d'aménagement du temps de travail, largement soumises au pouvoir de direction de l'employeur, que le législateur tend à affirmer une certaine faculté de choix et de décision du salarié. Cette orientation se dessine dans le cadre d'une procéduralisation légale de la proposition de modification initiée par l'employeur. Car, force est de reconnaître que l'organisation du cycle de travail et de production est fréquemment propre à générer des contraintes particulières pour le salarié. A telle enseigne que des normes légales ont été nécessaires pour réguler les évolutions possibles du rapport contractuel de travail et garantir une faculté de décision du salarié dans ces contextes particuliers.

Cette procéduralisation[784] légale implique de respecter un certain nombre d'actes ou conditions préalables à la modification envisagée par l'employeur, afin de garantir le libre

782 V.infra Partie II, Titre II, Chapitre I, Section 2, §1.

783 V.infra Partie II, Titre II, Chapitre I, Section 2, §1.

784 Sur cette notion, v. notamment T.Grumbach, *« Procéduralisation et processualisation en droit du travail »* in Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz 2004, p 253 et suiv. V. aussi X. Lagarde, *« La procéduralisation en droit privé »* in Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation), Université d'été du Barreau de Rouen, publication de l'Université de Rouen, 1er trimestre 2004, p 141 et suiv. .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

choix des salariés dont l'accord est impératif en vertu de la loi. C'est une façon aussi de contenir l'exercice du pouvoir de l'employeur qui peut se cacher derrière le contrat[785].

303 Ainsi, songe-t-on à la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 qui prévoit un dispositif [786] spécifique applicable au travail de nuit et en particulier un certain nombre de conditions nouvelles et de garanties en faveur du salarié. Outre la définition du travail de nuit et du travailleur de nuit, l'objectif de la loi est aussi d'investir le salarié, en tant que cocontractant, d'une certaine capacité d'action et de choix, voire de refus face à la décision unilatérale de l'employeur. En outre, la mise en place du travail de nuit ou son extension suppose la conclusion préalable d'une convention ou d'un accord collectif [787].

Il est évident que le travail de nuit est une organisation du travail qui perturbe par sa nature même le mode de vie personnel et familial du salarié en cause. Dans ces conditions, selon la jurisprudence précédemment examinée, le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit, est considéré, compte-tenu des contraintes qu'il entraîne, comme une modification du contrat de travail exigeant l'accord du salarié. La loi institutionnalise donc la faculté pour un salarié de refuser le passage au travail de nuit sans s'exposer à une sanction ou un licenciement, s'il justifie d'obligations familiales impérieuses[788], telles que la garde d'un enfant ou le prise en charge d'une personne dépendante, incompatibles avec le travail de nuit[789], Prolongeant ces dispositions, il est admis qu'un travailleur de nuit puisse aussi demander son affectation sur un poste de jour s'il justifie des mêmes obligations familiales impérieuses que celles énoncées plus haut[790]. Il s'agit alors pour le salarié d'un droit auquel s'ajoute[791]une priorité d'emploi pour occuper ou reprendre un poste de jour ou vice-versa, sur un poste ressortissant de sa catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent[792] .

304 D'autres situations relèvent également de la démarche de procéduralisation légale de la modification. Le passage d'un horaire collectif à un horaire à temps partiel peut, à nouveau, servir d'illustration[793]. La procéduralisation légale implique ici, au préalable, l'existence d'une convention ou d'un accord collectif prévoyant le dispositif du temps partiel ou la consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel ou encore, en l'absence de représentation du personnel, une initiative de l'employeur ou du salarié après information de l'inspection du travail. L'accord individuel et personnel du salarié est ensuite obligatoirement sollicité et doit être formalisé par un écrit comportant des mentions obligatoires[794]. Nul doute que la démarche de procéduralisation légale de la

785 Infra Partie II, Titre I, Chapitre préliminaire, Section 2, §2.

786 Par ailleurs, rappelons que la loi du 09/05/01 a levé l'interdiction de travail de nuit des femmes dans l'industrie, qui figurait encore dans notre code du travail en infraction à la législation européenne.

787 Art. L.3122-23 du code du travail.

788 Art. L.3122-37 du code du travail .

789 Même si la loi cible le territoire de la capacité de refus du salarié, on peut toutefois supposer que les précédents jurisprudentiels continuent de s'appliquer Ce qui semble l'orientation prise. V. notamment Cass.Soc. 13/12/2006, arrêt préc.

790 Art. L. 3122-44 du code du travail.

791 On retrouve ici une disposition similaire à l'esprit de la priorité d'emploi à temps plein pour les salariés à temps partiel.

792 Art. L. 3122-43 du code du travail.

793 Art. L.3123-2 du code du travail.

794 V. infra section 3 du présent chapitre.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

modification reste empreinte de l'objectif de régulation et de protection en faveur du salarié, précédemment souligné.

La mise en œuvre du forfait annuel en heures ou en jours[795] témoigne de cette même orientation. En effet, le législateur impose ici une double contractualisation par le recours à la norme conventionnelle négociée et signée par les syndicats représentatifs et la sollicitation de la volonté individuelle de chaque salarié concerné. Ainsi, les conditions d'application des forfaits annuels en heures ou en jours doivent obligatoirement être déterminées en amont par convention ou accord collectif. A défaut, de tels forfaits ne peuvent être mis en œuvre, même avec l'accord du cadre concerné.

De plus, conformément à la jurisprudence, le salarié qui se voit proposer un forfait annuel en jours ou en heures, doit nécessairement donner son accord personnel et signer à cet effet, une convention individuelle de forfait. Tout salarié concerné bénéficie, dans cette hypothèse, d'une faculté de choix. Il peut accepter ou refuser le forfait annuel, sans que sa décision puisse faire l'objet de sanction ou d'une mesure de licenciement. On peut même estimer que la volonté du salarié est renforcée puisqu'elle est recueillie à un double titre : d'une part, par l'intermédiaire des organisations syndicales représentatives censées défendre l'intérêt collectif et, d'autre part, directement par la manifestation personnelle de son accord. A tout le moins, la procéduralisation légale du passage au forfait annuel prétend-t-elle étendre l'espace d'exercice de la faculté de choix du salarié cadre, en tant que cocontractant[796].

305 On retiendra des observations qui précédent que le législateur lui-même libère une faculté de choix au profit du salarié, lorsque celui-ci se trouve confronté à des modifications contractuelles initiées par l'employeur dans le cadre d'un dispositif légal. Ce mouvement tend à confirmer que le salarié est un sujet de droit à part entière qui doit pouvoir décider librement de l'évolution du rapport contractuel et qu'il ne peut être réduit à un « matériel humain » soumis aux seules nécessités, même justifiées, de l'entreprise.

En revanche, le droit prend garde à ce que la situation de modification du contrat de travail ne soit pas l'occasion d'une renonciation individuelle du salarié à ses droits ou, du moins, à ce que la renonciation demeure circonscrite.

§3- La limite à la faculté de choix : la renonciation du salarié

306 Il est vrai que le cadre d'une modification du contrat de travail est susceptible de loger l'idée d'une renonciation[797] individuelle du salarié, qu'il s'agisse d'une renonciation à des droits issus du contrat (A), de la loi ou de la convention collective (B). Or, un tel pouvoir de renoncement en cours d'exécution du contrat de travail[798], s'il n'apparaît pas exclu par le droit, suppose d'introduire un certain nombre de précautions et de bornes visant à garantir non seulement l'expression de volonté du salarié mais aussi la finalité protectrice poursuivie.

Au demeurant, certaines prérogatives demeurent indisponibles, et le salarié ne peut y renoncer aussi bien, comme nous l'avons vu, au moment de la formation du contrat de

[795] Art. L.3121-40 du code du travail complété et modifié par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

[796] Nous verrons que la situation est différente lorsque, en application de la loi du 20/08/2008, le salarié volontaire demande à travailler plus, au-delà du forfait annuel jours. Il renonce ainsi à une partie de ses jours de repos (v.infra §3 de la présente section et Partie II, Titre II, Chapitre I, Section 2).

[797] Pour une définition de la renonciation, v. supra Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1 B .

[798] Nous avions vu précédemment que lors de la formation du contrat de travail, la renonciation anticipée du salarié était impossible.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

travail[799] que pendant son exécution. Cependant, cette indisponibilité de principe ne va pas sans poser des questions de fond, en particulier s'agissant de l'effet translatif et automatique de l'article L.1224-1 du code du travail (C).

A. La renonciation portant sur un droit issu du contrat

307 La renonciation par le salarié à un droit d'origine contractuelle ne semble pas rencontrer d'obstacles majeurs à sa réalisation. En effet, il est toujours loisible au salarié de renoncer à un droit ou une garantie ayant pour source le seul contrat de travail. Le droit admet la validité d'une renonciation du salarié au bénéfice d'une disposition dont il partage la maîtrise avec l'employeur, ce qui est effectivement le cas concernant les droits qu'il tient directement de son contrat de travail. Ce renoncement doit donc être individuel, à l'exclusion de toute renonciation résultant d'un accord collectif[800] ou éventuellement d'un vote majoritaire du personnel[801]. Qui plus est, une volonté claire et non équivoque du salarié est exigée[802].

308 Cette exigence apparait doublement fondée. Lorsqu'un salarié accepte, par exemple, de renoncer pour l'avenir[803], à une prime contractuellement prévue, il subit nécessairement du même coup une modification *« in pejus »* de son contrat de travail. La renonciation, comme l'acceptation d'une modification du contrat de travail ne se présumant pas, doivent toutes deux résulter d'une « volonté claire et non équivoque » qui ne peut résulter du silence du salarié[804].

Au surplus, lorsqu'il renonce, le salarié se dépossède volontairement pour l'avenir d'une prérogative qu'il aurait eu la faculté de faire valoir, causant ainsi son extinction[805]. C'est donc un acte de disposition qui modifie le « patrimoine » des droits du salarié et constitue un engagement juridique important qui impose un acte volontaire dénué d'équivoque qui sera généralement formalisé par un écrit[806].

En admettant que le salarié puisse renoncer à un avantage ou un droit qu'il avait pu négocier et obtenir contractuellement de son employeur, en sus du substrat légal et collectif, le droit positif lui reconnaît un véritable « pouvoir de gestion » de ses droits contractuels. Cette liberté de renonciation rend compte à la fois de la figure du salarié contractant et de la densité de sa volonté contractuelle.

799 V. supra Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1 B.

800 Une convention ou un accord collectif ne peut éteindre les droits que le salarié tient du contrat de travail car seules s'appliquent ses dispositions les plus favorables. V. supra Chapitre 1 Section 1 § 2 A).

801 Le principe de la force obligatoire du contrat énoncé à l'article 1134 du code civil s'y oppose.

802 Ainsi, résulte-t-il d'une décision déjà ancienne (Cass.Soc. 25/01/1989, arrêt préc.) qui précise :*« …la volonté non équivoque de M. Balise de renoncer, sans condition, à ses salaires et indemnités ne résultait pas de ce document… ».*

803 En revanche, il y aura remise de dettes si le salarié renonce à une créance échue, en consentant par exemple à ne pas percevoir le paiement d'une prime de treizième mois en raison des difficultés de l'entreprise (v. I. Vacarie, art. préc. *« La renonciation du salarié »* p 757 et suiv.)

804 V. infra Section 3.

805 Par contre, la volonté de novation qui peut découler de l'acceptation d'une modification du contrat de travail par l'extinction d'une obligation et son remplacement par une nouvelle, n'a pas la même nature que la volonté abdicative. (v. infra Section 3 du présent Chapitre)

806 V.infra Section 3 du présent Chapitre

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Toutefois, une telle autonomie s'avère nettement plus réduite et plus sujette à discussion, concernant des prérogatives issues de la loi et de la convention collective, normes revêtant un caractère d'ordre public social.

B. La renonciation à un droit ayant pour source la convention collective ou la loi

309 La question de la renonciation porte ici sur les normes issues soit du droit étatique, à l'exclusion des règles d'ordre public absolu[807], soit du droit conventionnel du travail. On sait que ces normes revêtent un caractère d'ordre public social, c'est à dire qu'elles sont impératives mais autorisent une amélioration de leurs dispositions dans un sens plus favorable au salarié. Autrement dit, elles déterminent un minimum incompressible, sauf dérogation *in melius* par les parties au contrat. D'emblée, un tel mécanisme de protection paraît incompatible avec l'idée d'une renonciation du salarié. Pourtant, les bénéficiaires de cette protection ne sont pas dans un état de tutelle permanente. En conséquence, ils devraient pouvoir volontairement ne pas utiliser ou même abandonner leurs droits.

Force est de constater que la jurisprudence n'admet que de façon restreinte, une faculté de renonciation du salarié en cours d'exécution du contrat de travail. Se fondant sur la notion de droits acquis, elle énonce que *« la seule condition de la validité de la renonciation à ces droits est l'accomplissement de leurs conditions d'acquisition »* [808] .Au surplus, les décisions rendent compte d'une distinction entre normes d'origine conventionnelle et normes issues du droit étatique.

Concernant les droits, même acquis, découlant d'une convention ou d'un accord collectif, [809] le juge estime qu'ils ne peuvent pas faire l'objet d'une renonciation sous peine de nullité[810]. Une telle nullité vise au demeurant les renonciations accomplies *« pendant toute la durée du contrat »* [811] .

310 Pourtant, cette règle peut contenir des exceptions, en particulier dès lors que la loi[812] les autorise. Ainsi, le salarié sous convention de forfait annuel en jours peut, s'il le souhaite, renoncer, même en dehors de tout accord collectif le prévoyant, à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire. Alors même que les droits à repos prévus dans le forfait annuel jours sont obligatoirement déterminés par accord collectif, sous forme d'un plafond annuel de jours de travail, le renoncement volontaire et individuel du salarié est possible dans ce cadre et même légalisé, des règles légales substitutives étant prévues à défaut d'initiative des partenaires sociaux. Par voie de conséquence, le salarié

807 Lesquelles seront examinées au &C)ci-dessous.

808 Ph. Malaurie, note sous CA de Poitiers 18/12/1953, D.1954.

809 *« Est nulle la renonciation à des droits, même acquis, découlant d'une convention ou d'un accord collectif »* Cass.soc. 10/03/1988, Bull.civ. V n° 173. V. aussi les développements du professeur Y. Chalaron , traité préc.*« Négociations et accords collectifs d'entreprise »,* n° 172, 195, 224 et 225.

810 Il ne s'agit là que des effets, fort justement tirés de l'article L. 2254-1 du code du travail, nonobstant la notion de droits acquis. En revanche, le salarié peut renoncer à l'application volontaire d'une convention ou d'un accord collectif qui ne les prive pas du droit d'invoquer les dispositions conventionnelles qui leur sont normalement applicables dès lors qu'elles sont plus favorables.

811 Cass.Soc. 07/05/2002. Ce qui laisse supposer que le salarié pourrait renoncer à un droit tiré de la convention collective à l'issue de son contrat de travail, lorsque cesse son état de subordination (v. infra Titre III,Chapitre II, Section 2).

812 Art. L.3121-44 et suiv. du code du travail, issus de la loi du 20/08/2008.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

peut décider, individuellement, de dépasser le plafond conventionnel de jours de travail et donc de renoncer à ses droits à repos.

Il est vrai que les règles visées concernent l'ordre public dérogeable et que les salariés majoritairement concernés relèvent de la catégorie des cadres censés être plus aptes, en raison de leurs fonctions et de leurs responsabilités, à organiser et défendre leurs droits. Néanmoins, il s'agit bien, selon nous, d'une étape nouvelle vers une reconnaissance plus grande de la faculté de renoncement du salarié à des droits acquis issus de la norme conventionnelle.

Si la volonté individuelle du salarié s'en trouve grandie, encore faudra-t-il s'assurer que celui-ci a réellement la maîtrise de l'initiative du renoncement et qu'au surplus, le renoncement au droit déterminé par la convention ou l'accord collectif s'accompagne d'une véritable contrepartie ou d'un avantage de substitution[813].

311 Quant à la renonciation au bénéfice des règles du droit étatique, la jurisprudence semble lui accorder crédit lorsqu'elle concerne un droit acquis[814] indiscuté ou que le salarié pourrait tenter de faire connaître[815].En revanche, toute renonciation pure et simple au bénéfice de la loi, en cours d'exécution du contrat de travail reste sans effet. Tel serait le cas, par exemple, d'une modification du contrat de travail comportant renonciation du salarié pour l'avenir au bénéfice de droits ou garanties découlant de la loi, exceptée si elle concerne une dérogation contractuelle à des règles d'ordre public social globalement favorable au salarié. On songe ici aux conventions de forfait en heures dont le régime juridique est désormais réglé par l'article L.3121-41 du code du travail [816].

312 Cependant, la théorie des droits acquis en droit du travail est loin de faire l'unanimité et s'expose à certaines critiques, notamment en raison du lien de subordination qui rend le consentement du salarié suspect, pendant toute la durée des relations contractuelles[817]. Bien plus, la renonciation au bénéfice de la loi en cours d'exécution du contrat, indépendamment de la notion de droits acquis ou non, paraît bien porter atteinte aux exigences et aux finalités de l'ordre public social.

313 Ainsi, à supposer que l'on prétende revaloriser de la sorte la volonté individuelle du salarié, la renonciation à des droits légaux en cours d'exécution du contrat ne saurait être envisageable qu'au profit d'un accord au moins aussi favorable au salarié et à la condition d'être entourée de garanties assurant la liberté de choix du salarié, en termes d'informations préalables, de droit de rétractation et évidemment d'exigence d'une manifestation claire et

[813] V. aussi Partie II, Titre II, Chapitre I, Section 2.

[814] Selon la jurisprudence précitée (v. supra Chapitre 1, Section 1,§1 A)). La Cour de cassation cherche alors à déterminer si le droit constitue bien un droit acquis au jour où la personne y renonce.

[815] A.Jeammaud, art. préc. *« La renonciation du salarié »,* p 535 et suiv. L'auteur cite entre autres, la renonciation au paiement d'un salaire échu, au paiement exigible d'heures supplémentaires, à la jouissance de congés supplémentaires pour cause de fractionnement,…

[816] Issu de la loi du 20/08/2008, cet article précise *« La rémunération du salarié ayant conclu une convention de forfait en heures est au moins égale à la rémunération minimale applicable dans l'entreprise pour le nombre d'heures correspondant à son forfait, augmentée des majorations pour heures supplémentaires prévues à l'article L.3121-22 du code du travail »*. Mais, selon nous, le salarié ne renonce en réalité à rien puisqu'il obtient au moins les droits que lui confère la loi (à l'exception éventuellement de la contrepartie obligatoire en repos désormais négociée par accord collectif).

[817] F. Canut, thèse préc. *« L'ordre public en droit du travail »*.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

non équivoque de volonté. Comme le souligne le professeur C.Radé[818], cette conciliation n'est certes pas aisée à réaliser mais c'est à ce prix que liberté et protection peuvent rimer dans le respect de la spécificité du droit du travail.

En tout état de cause, ce régime de renonciation ne peut jouer pour le noyau des dispositions d'ordre public absolu, même pour une solution qui s'avérerait plus favorable au salarié.

C. La fraction de l'ordre public irréductible à la renonciation

314 Il existe, on le sait, un creuset de normes indisponibles à la volonté des parties, en raison de l'intérêt supérieur qu'elles entendent protéger, ce nonobstant les considérations individuelles et particulières. Ainsi, classiquement,les dispositions del'ancien article L.122-12 alinéa 2 devenu l'article L.1224-1 du code du travail[819] sont dites d'ordre public, qui plus est d'ordre public de direction non dérogeable.En effet, selon la position de la Cour de cassation,cet article ne se limite pas à instituer une transmission de plein droit des contrats de travail en cours[820] à l'employeurcessionnaire mais il s'impose dans tous ses effets au salarié, en dépit de sa volonté éventuellement contraire. *«Par l'effet de l'article L.122-12 alinéa 2 du code du travail, c'est le même contrat qui se poursuit de plein droit avec le nouvel employeur auquel sont transmis tous les droits et obligations de l'ancien employeur, peu important le refus de transfert par le salarié»* [821]. Le droit français dénie donc au salarié un droit d'opposition qui serait de nature à paralyser le transfert *ex lege* de son contrat de travail[822].

315 En conséquence, en l'état actuel du droit français, l'effet translatif et automatique de l'article L.1224-1 du code du travail s'impose de façon impérative aux salariés concernés. Aucune dérogation n'est possible, même sur demande du salarié ou avec son accord. Toute clause tendant à écarter l'application de cet article est donc nulle, qu'elle résulte de l'acte de transfert, du contrat de travail ou même d'une convention conclue directement entre les salariés et le cessionnaire[823]. Bien plus, lesalarié, qui persiste dans son refus du transfert, peut se voir reprocher une faute grave susceptible d'un licenciement sans indemnités de rupture[824].

Dès lors, le salarié ne dispose d'aucune faculté de choix à l'occasion d'un transfert. Il n'est pas face à une proposition de modification touchant la situation juridique de l'employeur, il est face à une règle de droit impérative. Le salarié n'a ni à accepter ni à refuser le transfert dès l'instant où le cessionnaire remplit lui-même ses propres obligations,

[818] C. Radé, art.préc. *« L'ordre public social et la renonciation du salarié »,* p 931.

[819] *« S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».*

[820] Ce transfert de plein droit est requis également par la directive européenne du 14 février 1977(JOCE n° L61, 05/03/1977, p 26), reprise et complétée par celle du 12 mars 2001 (JOUE n°L 82, 22/03/2001 p 16).

[821] Cass.Soc. 27/06/2002, Bull.civ. V 2002 n° 221, RJS 2002 n° 1257.

[822] P. Morvan, *«Application conventionnelle de l'article L.122-12 et accord du salarié:plaidoyer pour un revirement»*, JCP S 2006 n°49 p 1964.

[823] Cass.Soc. 16/10/1980, JCP CI 1981, I, 9441, n°13, Obs. B.Teyssié.

[824] Cass.Soc. 14/12/2004, Bull.civ. V 2004, n°331.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

en poursuivant son contrat de travail sans aucune modification. Le contrat de travail ayant été transféré de plein droit, il est censé n'avoir jamais été rompu et cette continuité s'impose à tous les protagonistes, y compris le salarié. En outre, ce dernier ne pourra pas invoquer l'existence d'un licenciement prononcé à son encontre dès lors que sa demande tend à contourner l'application de l'article L.1224-1 du code du travail. Néanmoins, l'article 1134 du code civil s'appliquera dans toute sa rigueur si le cessionnaire entend poursuivre le contrat de travail du salarié en y apportant des modifications. L'accord exprès du salarié concerné sur la proposition de modification contractuelle envisagée sera alors exigé.

316 Toutefois, le droit français et la position actuelle de la jurisprudence interne s'avèrent en dissonance avec le droit communautaire, ce qui contribue à alimenter les débats, un courant de pensée tentant de faire fléchir la position classique de la Cour de Cassation[825]. En effet, la directive du 14 février 1977 modifiée ne fait nullement obstacle à ce qu'un travailleur employé par le cédant à la date du transfert d'entreprise s'oppose au transfert au cessionnaire de son contrat de travail. La Cour de Justice des Communautés européennes précise même que la directive *« ne saurait être interprétée comme obligeant le travailleur à poursuivre la relation de travail avec le cessionnaire. Une telle obligation mettrait en cause les droits fondamentaux du travailleur, qui doit être libre de choisir son employeur»* [826] *.* Elle ajoute que, *« dans l'hypothèse où le travailleur décide librement de ne pas poursuivre le contrat de travail avec le cessionnaire, il appartient aux Etats membres de déterminer le sort qui sera réservé au contrat de travail avec le cédant. Les Etats membres peuvent notamment prévoir, que dans ce cas, le contrat de travail doit être considéré comme résilié soit à l'initiative du salarié, soit à l'initiative de l'employeur. Ils peuvent aussi prévoir que le contrat est maintenu avec le cédant»* [827] *.*

317 Comme le soulignent les professeurs F.Favennec-Héry et P-Y Verkindt[828], une évolution pourrait cependant venir de la situation des salariés protégés. Dès lors que l'autorisation de transfert a été donnée par l'administration du travail, la question s'est posée de savoir si le représentant du personnel pouvait arguer de sa qualité pour refuser le transfert de son contrat. La réponse a été positive mais uniquement si un accord collectif *« fixait les conditions de garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire»* [829] *.*

318 Cette jurisprudence ne va pas sans rappeler celle initiée par la Cour de cassation dès 1985[830] dans l'hypothèse de la perte d'un marché de prestations de services, lorsque existe une transcription volontaire des dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail par accords collectifs. Le juge ne considère pas que le transfert conventionnel des contrats de travail en dehors de l'article L.1224-1 du code du travail puisse constituer un transfert de plein droit. Il requiert, dans ce contexte, l'accord exprès du salarié concerné, exigeant que celui-ci ait *«déclaré vouloir en profiter»* [831] *.* Les parties ne sont plus sur le terrain de

825 Notamment, A.Supiot, *« Les salariés ne sont pas à vendre »,* Dr. Soc. 2006, p 264.

826 CJCE 16/12/1992, aff.C-132, 138 et 139/91 ; Rec.CJCE 1992, I, p 6577.

827 CJCE, 24/01/2002, aff.C 51/100,CJCE 16/12/1992 aff.C-132/91, CJCE, aff.C-171/94.

828 F.Favennec-Héry, P-Y Verkindt, *« Droit du Travail »,* LGDJ 2ème ed 2009 n°144.

829 Cass.Soc.11/01/2005, Dr. Soc. 2005 p 563, note A.Mazeaud.

830 Cass.ass.plén.15/11/1985, JCP G 1986, II, 20705, note G.Flécheux et M. Bazex. D.1986, jurisp p 1, concl.G.Picca, Obs.G. Couturier.

831 Cass.Soc. 07/11/1989, Bull.civ.V 1989 n°644.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

l'ordre public absolu. Le juge semble donc se placer sur le plan d'un avantage conventionnel édicté dans le seul intérêt du salarié et qui ne peut être invoqué que par celui-ci[832]. C'est donc au salarié de dire s'il entend en bénéficier[833]. Au demeurant, en refusant une extension conventionnelle de l'ordre public[834], le juge semble compromettre aussi la valeur normative et impérative des accords collectifs[835].

Sur un autre plan, le juge offre au salarié un droit d'option, lorsqu'il est licencié à l'occasion d'un transfert d'entreprise par le cédant. Le licenciement étant privé d'effet[836], le salarié dispose d'une alternative : demander au repreneur la poursuite du contrat illégalement rompu ou la réparation du préjudice qui découle de la rupture par l'auteur du licenciement. Cette possibilité revient à offrir indirectement au salarié une capacité de refuser de travailler pour le repreneur. Toutefois, ce droit d'option n'existe que pour autant que le contrat de travail ne soit pas poursuivi avec le cessionnaire[837].

319 On le voit, la jurisprudence actuelle oscille entre une intransigeance liée à la nature d'ordre public de direction des dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail qui s'imposent au salarié sans son consentement, et le refus d'une extension de l'effet translatif des contrats par convention collective sans accord individuel du salarié. Pourtant, ces deux aspects ont une finalité commune : assurer la stabilité de l'emploi pour les salariés en cas de modification de la situation juridique de l'employeur.

Sans doute, conviendrait-il alors d'unifier ces jurisprudences, soit en privilégiant la primauté de la règle d'ordre public de direction destinée à protéger l'emploi, soit en instaurant un véritable droit d'opposition du salarié au transfert de son contrat sur le fondement du droit fondamental de choisir son employeur[838]. Cette seconde approche, défendue notamment par le professeur A.Supiot[839], prolongerait et renforcerait incontestablement le mouvement de valorisation de la volonté contractuelle du salarié.

832 Cass.Soc. 12/12/2001, RJS 2002 n° 398.

833 V. notamment l'Avenant du 27/05/2009 sur l'emploi en cas de changement de prestataire de services dans la restauration collective (Liais.Soc. 20/08/2009 n° 15 422). Les contrats de travail des agents de maîtrise et cadres sont maintenus chez l'employeur cédant, sauf si un accord tripartite écrit entre les intéressés (salarié, employeur cédant et employeur successeur) prévoit la poursuite du contrat chez le successeur. En cas d'impossibilité de maintien, le transfert chez le successeur peut redevenir la règle, sous réserve de l'absence de modification du contrat de travail du salarié concerné ou de trajet supplémentaire impliquant un déménagement. Les agents de maîtrise et les cadres doivent alors exprimer leur volonté de manière explicite.

834 V. P.Morvan, art. préc. *«Application conventionnelle de l'article L.122-12 et accord du salarié:plaidoyer pour un revirement»*, p 1964.

835 Ce qui contredit aussi les fondements de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant notamment les effets de la création directe, par voie conventionnelle et collective, d'obligations à la charge du salarié sans que son accord exprès ne soit sollicité. (V. supra Titre 1 Chapitre 1, section 1 §2B.

836 Cass.Soc. 20/01/1998, n°95-40.812, Bull. n°16.

837 Cass.Soc. 13/05/2009, Liais.Soc. 11/06/2009, jp n°15380. V. précédemment, Cass.Soc. 11/03/2003, n°01-41.842, Bull.n ° 86.

838 V. notamment J-F Lhernould, *« Etat des relations entre le droit communautaire et le code du travail »,* RJS 10/02 p 799 n ° 23 et s.V.Ionescu, *«Le droit d'opposition des salariés au transfert du contrat de travail, mythe ou réalité »*, Dr.Soc. 2003 p 5007. A. Mazeaud *« Licenciements économiques à l'occasion du transfert des salariés »,* Dr.Soc. 2003, p 482 et suiv. , *« Le sort des contrats de travail lors des transferts d'entreprises »,* Dr.Soc. 2005, p 735 et suiv. *« L'accord du salarié au transfert de son contrat en cas d'application de l'article L.1224-1 du code du travail- Cass.Soc. 08/04/2009 »,* Dr.Soc. juill-août 2009 .

839 A . Supiot, art. préc. *« Les salariés ne sont pas à vendre »,* p 264.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Elle témoignerait aussi, sur le fondement de la jurisprudence communautaire, de la reconnaissance du salarié en tant que sujet à part entière libre de décider de ne pas poursuivre le contrat ou la relation de travail avec le cessionnaire. Octroyer un droit d'opposition dans ce contexte *« n'entrouvrirait pas la porte à une renonciation individuelle du salarié à ses droits »*, mais permettrait *« plutôt d'interdire qu'il soit soumis à des obligations qu'il n'a pas librement choisies et qui sont la conséquence inévitable et automatique de la règle de maintien avec le cessionnaire »*[840].

Il importerait ainsi de tirer de l'instauration d'un droit d'opposition du salarié au transfert de son contrat de travail, les mêmes conséquences qu'en matière de modifications du contrat de travail. Le refus par le salarié du transfert de son contrat au cessionnaire étant alors un droit, il ne pourrait être qualifié de fautif, à charge pour l'employeur cédant de procéder au licenciement pour motif économique du salarié, à défaut de pouvoir le conserver au sein de l'entreprise.

320 Pour répondre aux transformations objectives du monde du travail, le législateur est conduit à initier ou affermir progressivement le rôle de la volonté du salarié en contexte de modifications du contrat de travail. Sa démarche se distingue cependant de celle du juge. En effet, le juge social semble procéder à des arbitrages entre volonté contractuelle du salarié et pouvoir de l'employeur, alors que le législateur paraît s'attacher plus spécifiquement à garantir un équilibre entre volonté contractuelle des parties et protection d'ordre public. Ces finalités distinctes mais complémentaires trouvent une justification dans le rôle qui est dévolu à chacun.

La question qui se pose, à ce stade, est de savoir comment le droit du travail accueille les manifestations de choix du salarié dans des contextes de modifications contractuelles.

Section 3 : Les manifestations de la faculté de choix du salarié

321 Lors d'une modification de son contrat de travail, le salarié se trouve placé face à une alternative; il doit faire un choix entre accepter ou refuser la proposition de modification, telle que présentée par l'employeur[841]. Pour ce faire, la décision qui relève du choix du salarié doit être éclairée de façon satisfaisante et suffisante.

Ainsi, l'analyse portera-t-elle sur les conditions dans lesquelles le choix du salarié a été formulé. Il conviendra d'abord d'examiner les caractéristiques et conditions de la proposition de modification de l'employeur, acte liminaire à la prise de décision du salarié(§1). Puis, l'étude se prolongera par la détermination des modes de reconnaissance de la manifestation de choix du salarié, quelle que soit sa nature (§2). En effet, ceux-ci révèlent certaines spécificités qu'il faudra s'efforcer de caractériser et de comprendre.

§ 1- Les conditions préalables à la manifestation de choix du salarié

322 La faculté de choix du salarié doit s'exercer librement et en toute connaissance de cause, en raison des effets générés par la modification contractuelle. Toute modification contractuelle sur l'initiative de l'employeur doit donc faire l'objet, au préalable, d'une proposition à l'intention du salarié. Juridiquement, il s'agit d'une offre de modifier le contrat

[840] A.Supiot, art. préc. *« Les salariés ne sont pas à vendre »,* p 264.

[841] En revanche, l'employeur n'aura pas à formuler une proposition de modification du contrat du travail lorsqu'il veut simplement acter un changement des conditions de travail. A défaut, en notifiant une telle proposition, l'employeur reconnaît qu'elle a pour objet une modification du contrat de travail. (Cass.soc. 12/07/99 Bull.civ. 1999 V n°346 p 252).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de travail, l'accord du salarié suffisant en principe à constituer la révision du contrat, voire la novation de ses obligations.

Ainsi, l'offre de l'employeur doit-elle être, en premier lieu, extériorisée car sinon, faute d'avoir pu la connaître, le salarié cocontractant ne pourrait ni l'accepter ni la refuser. De plus, elle doit être suffisamment claire et précise pour favoriser une décision éclairée du salarié, c'est à dire permettre l'information et la réflexion du bénéficiaire de l'offre.

L'extériorisation de l'offre n'est donc pas sans contraintes A telle enseigne que les modes d'extériorisation de la proposition de modification du contrat de travail par l'employeurapparaissent nettement plus rigides en droit du travail que dans le droit général des contrats. En particulier, le formalisme de l'offre de modification (A) et la double exigence d'une offre détaillée et adaptée (B) sont renforcés et constituent des conditions substantielles à la reconnaissance de la manifestation de volonté du salarié.

Ce durcissement des conditions de l'offre rappelle celui qui fut souligné lors de la formation du contrat de travail et qui est par ailleurs présent à tous les niveaux de la relation de travail. Il s'agit ainsi d'assurer la protection du salarié, lui permettre une meilleure connaissance de la nature de la modification contractuelle afin de favoriser sa capacité d'anticipation et la pertinence de son choix définitif. Mais indéniablement, ces exigences sont aussi de nature à contrôler le pouvoir de l'employeur en l'obligeant à rationaliser et objectiver sa proposition.

A. Le recours à un formalisme renforcé de l'offre

323 Le contrat de travail[842] et plus souvent la convention collective prescrivent généralement l'obligation pour l'employeur de formuler au salarié une proposition écrite de modification du contrat, complétée fréquemment par un projet d'avenant, l'absence de ces formalités substantielles rendant la modification inopposable au salarié.

Parfois, le formalisme de l'offre est légalement prévu. Tel est le cas concernant la notification d'une proposition de modification du contrat de travail pour motif économique. Le salarié doit en être informé par écrit, qui plus est, nécessairement par lettre recommandée avec avis de réception[843]. On retrouve le même type d'exigence lorsque la proposition de modification du contrat de travail par l'employeur est présentée au titre de l'obligation de reclassement dans le cadre d'un licenciement pour motif économique[844]. Les offres de reclassement proposées au salarié doivent être *«écrites et précises»* [845].

[842] A cet égard, rappelons que la directive CEE du 14/10/91 (JCP 1991 E III,65122) prévoit qu'une information écrite soit fournie au salarié en cas de modification de son contrat, sauf si ces modifications résultent elles-mêmes d'une modification des dispositions législatives, réglementaires, administratives ou statutaires ou des conventions collectives applicables (article 5-2).

[843] V. art. L.1222-6 du code du travail. Notons que depuis la loi du 18/01/2005, la procédure de modification économique du contrat est détachable de celle de licenciement économique. L'employeur doit donc proposer les modifications du contrat de travail, attendre l'échéance du délai de réponse et en fonction du nombre éventuel de réponses, mettre en œuvre la procédure de licenciement économique, avec ou non un plan de sauvegarde de l'emploi, selon le nombre de refus, sans considération du nombre initial de propositions de modifications du contrat. Ces dispositions ont donc porté un coup d'arrêt aux conséquences de la jurisprudence dite Framatome et Majorette (Cass.Soc.03/12/1996). V. notamment C.Radé, *« Feu la jurisprudence Framatome et Majorette»*, Dr. Soc. avril 2005. F.Favennec-Hery, «*Loi Barloo, nouvelle approche de la modification»*, Sem. Soc.Lamy 17/01/2006 p 9.

[844] Rappelons que dans ce cas, la procédure de l'article L.1222-6 du code du travail ne s'applique pas (Cass. Soc. 13 /04/99, JCP 17/06/99. Cass. Soc 27/11/01, Bull.civ V 2001 n° 359).

[845] Art. L. 1233-4 du code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

324 Par ailleurs, le mode d'extériorisation de l'offre de modification du contrat peut être inhérent à la nature même de la modification proposée. Ainsi, la modification prononcée à titre disciplinaire s'inscrit dans le cadre d'une procédure légale spécifique comportant notamment la notification écrite et motivée de la sanction[846].

Le recours au formalisme de l'offre rend compte d'un mécanisme protecteur dont la finalité est de permettre une manifestation de volonté éclairée du salarié cocontractant. On perçoit aussi, que le droit du travail tend à altérer les règles classiques du droit des contrats selon lesquelles il suffit que l'offre soit extériorisée, de quelle que façon que ce soit. Il est vrai que l'utilité du formalisme se justifie par son efficacité juridique. Le formalisme parfois qualifié d'informatif suggère aussi une idée de prévention contre d'éventuels abus ou insuffisances pouvant affecter la manifestation de volonté du salarié. En privilégiant une information écrite, on cherche ainsi à consolider la réflexion du bénéficiaire. Loin de contrarier la volonté du salarié, le formalisme renforce au contraire son intégrité et son efficacité.

B. Une offre de modification détaillée et adaptée

325 Ecrite, l'offre de modification présentée par l'employeur doit également être suffisamment précise et, en outre, dénuée d'ambiguïté. Elle doit être détaillée et adaptée à son destinataire afin que celui-ci puisse la comprendre et en mesurer les conséquences. A défaut, l'employeur devra répondre de bonne foi aux demandes d'éclaircissements du salarié [847].

Ainsi, l'information sera-t-elle objective et suffisante si l'offre de modification précise le ou les éléments du contrat de travail, objet de la proposition de modification, et indique les termes de la modification envisagée. De plus, en dehors des cas où la loi l'exige, l'employeur peut trouver intérêt à présenter les motifs qui sont à l'origine de la proposition de modification contractuelle, non seulement pour des raisons de transparence à l'égard de son cocontractant mais aussi pour servir de justifications à un licenciement éventuel en cas de refus du salarié.

Une information adaptée suppose encore de fixer un délai de réflexion, à l'issue duquel le salarié aura à exprimer son choix. Ce délai de réflexion, expressément stipulé ou non, est imposé par la Cour de cassation pour permettre au salarié de se déterminer dans de bonnes conditions. Il doit être*«suffisant»,* c'est à dire raisonnable pour prendre une décision réfléchie. A défaut, le licenciement qui interviendrait en cas de refus du salarié, serait sans nul doute considéré comme abusif, la précipitation de l'employeur constituant une faute.

En effet, lorsque la proposition de modification est présentée de manière précipitée et que le salarié accepte, mais se rétracte dès le lendemain, l'accord du salarié n'est pas considéré comme valablement donné, faute de délai de réflexion suffisant pour exprimer une décision correctement éclairée[848]. A fortiori, une solution identique s'impose lorsqu'un texte conventionnel, voire le contrat de travail, oblige l'employeur à accorder au salarié un délai de réflexion en cas de modification du contrat.

326 Concernant la modification pour motif économique, le délai de réflexion est clairement fixé et imposé par la loi. L'employeur doit respecter le délai d'un mois institué par l'article L.1222-6 du code du travail, qui constitue par ailleurs une période de réflexion

[846] Art. L.1332-1 du code du travail .

[847] Cass. Soc . 20/01/98, Liais.Soc. jp n° 7805 du 03/02/98.

[848] Sur la notion de délai suffisant et raisonnable, v. aussi E.Fuma, *« Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail »,* thèse, LGDJ 2008, notamment p 74-75.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

«incompressible», destinée à permettre au salarié de *«prendre partie sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix »* ou de son inaction éventuelle. Un délaiplus court est ainsi inopposable au salarié, ce dernier pouvant alors obtenir la nullité de la proposition de modification de son contrat de travail[849].Plus généralement, à défaut d'observation de ce délai par l'employeur, le licenciement faisant suite à un refus du salarié de la modification de son contrat de travail pour motif économique sera privé de cause réelle et sérieuse[850].

Les règles qui soutiennent les conditions d'extériorisation de l'offre sont donc claires. Plus l'extériorisation de l'offre de modification sera détaillée et adaptée à son destinataire, plus la volonté de ce dernier sera éclairée de façon satisfaisante. Ainsi, le salarié pourra prendre sa décision en toute connaissance de cause. Cette décision réfléchie devra à son tour être extériorisée en vue d'être connue de son cocontractant et reconnue par le droit.

Sous quelles formes et dans quelles conditions doit se manifester cette décision ? Quels effets juridiques engendre t-elle? C'est à ces questions qu'il nous faut maintenant répondre.

§ 2- Les modes de reconnaissance du choix du salarié

327 La manifestation ou l'extériorisation de volonté du salarié est nécessaire mais pas suffisante. Il faut qu'elle soit reconnue, en tant que telle, par le droit. Or, pour traduire une véritable intentionnalité juridique, la manifestation de volonté du salarié en situation de modifications contractuelles doit revêtir certaines exigences spécifiques, imposées principalement par le juge social.

Quoique évidemment présentes, il ne s'agit pas ici de revenir sur les règles de l'article 1109 du code civil concernant les vices du consentement ni même sur l'application du principe de faveur[851]. L'analyse impose désormais d'investir les modes d'expression, d'extériorisation dela faculté de choix du salarié lors de modifications du contrat.

Pour des raisons de clarté de l'exposé, l'accord du salarié ou son refus d'une proposition de modification du contrat de travail seront traités et analysés séparément. En effet, leur réception par le droit mais surtout leurs effets juridiques respectifs justifient une étude distincte. On s'attachera donc d'abord à l'acceptation du salarié d'une modification du contrat de travail, c'est à dire à l'accord (A) puis au refus du salarié (B).

A. L'accord du salarié

328 A l'époque où la Cour de cassation distinguait encore les modifications contractuelles sur la base de leur caractère substantiel ou non, l'arrêt Raquin[852] avait déjà affirmé que l'acceptation par le salarié d'une modification dite substantielle ne pouvait résulter de la simple poursuite de son contrat de travail sans protestation. Ce qui exclut toute présomption d'acceptation.

Depuis lors, la Chambre sociale s'est attachée à rappeler régulièrement, sous le visa de l'article 1134 du code civil, que l'accord du salarié portant sur une modification du contrat

849 Cass.Soc. 28/11/2000, Bull.civ.V n°393.

850 Cass.soc. 10/12/2003,Liais.Soc. 22/12/2003 jp n° 845.

851 V. supra Titre I,Chapitre 1, Section 1.

852 Cass. Soc 08/10/87, arrêt préc.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de travail ne peut résulter que d'une manifestation *«claire et non équivoque»* de celui-ci [853] (1). Qui plus est, en droit du travail, cette exigence tend à se confondre avec la nécessité d'un accord express et le plus souvent formalisé par écrit. Quant aux effets juridiques de l'accord du salarié, ils sont réglés par la loi et différent selon que la modification constitue une révision ou une novation des obligations du contrat (2).

1. L'exigence d'une volonté claire et non équivoque du salarié

329 L'acceptation d'une modification contractuelle doit en principe être exprimée et ne peut résulter que d'une manifestation *«claire et non équivoque de volonté»* du salarié, expresse ou implicite, d'accepter la modification. Une telle exigence, imposée par la Cour de cassation, n'est pas isolée en droit du travail et découle en grande partie de sa jurisprudence relative à la démission du salarié : *«une démission ne se présume pas et ne peut résulter que d'une volonté claire et non équivoque du salarié de rompre le contrat de travail»* [854].

La notion de manifestation claire et non équivoque de volonté comporte des traits communs avec celle caractérisant la manifestation expresse de volonté, même si chacune d'elles conserve sa singularité juridique. En revanche, si on ne peut pas affirmer par principe que ce qui est tacite ne peut être clair et non équivoque, force est de constater que les rapports entre manifestation implicite ou tacite de volonté et manifestation claire et non équivoque sont pour le moins distants.

L'acceptation expresse, c'est à dire celle qui apparaît elle-même immédiatement, sans effort d'interprétation[855], offre une grande sécurité juridique, quelle que soit la forme qu'elle présente[856]. Ainsi, dès lors que le salarié a fait connaître son accord, il ne pourra pas se rétracter, sauf à démontrer que sa volonté a été surprise par l'erreur, le dol ou la violence ou que les conditions qui ont présidé à l'expression de sa volonté étaient telles qu'elles n'ont pas permis au salarié un consentement libre et réfléchi. En outre, l'acceptation expresse offre elle-même des garanties d'une extériorisation claire et non équivoque de la volonté du salarié, en tant qu'elle est évidente et n'est pas susceptible de doute sur le choix effectif du salarié.

330 Aucune règle n'exclut a priori que l'accord du salarié sur la modification du contrat puisse être implicite et déduit de son comportement. Toutefois, les conditions de la reconnaissance de l'acceptation implicite du salarié sont tellement rigoureuses en droit du travail qu'on peut douter de sa réelle efficacité juridique. En effet, ne vaut pas manifestation de volonté *«claire et non équivoque»* d'accepter la modification, la seule absence de protestation du salarié [857] ou la simple poursuite du travail *« dès lors qu'il n'est pas relevé d'autres éléments dont peut être déduit la volonté non équivoque du salarié d'accepter la*

[853] Cass.Soc. 02/02/2000, Liais. Soc. du 28/02/2000 jp.hebdo. n° 663. Cass.Soc. 15/10/1998, Liais. Soc. du 26/11/1998 jp hebdo n° 606.

[854] V. infra Titre 3, Chapitre 1, Section 1. La notion de volonté du salarié dans l'acte de rupture unilatérale est abondante et très soucieuse des intérêts du salarié. Il faut avoir à l'esprit que le salarié démissionnaire est non seulement privé de toute indemnité de rupture mais aussi du droit aux allocations chômage, sauf motifs légitimes, telle qu'une démission donnée pour suivre son conjoint.

[855] N.Damas, thèse préc. *« La volonté dans la formation de l'acte juridique en droit du travail »* .

[856] On ne peut assimiler manifestation expresse de volonté avec une manifestation écrite. V. N. Damas, thèse préc. *« La volonté dans la formation de l'acte juridique en droit du travail »* .

[857] Cass. Soc 17/02/93, Gaz. Pal 1993 &, jp. p 90.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

modification» [858] . De même, la seule acceptation du bulletin de paie consécutivement à une modification de la rémunération ou la seule apposition d'une signature sur un relevé d'horaires établi par l'employeur[859], suite à une modification concernant la durée du travail, ne caractérise pas non plus une manifestation de volonté claire et non équivoque. Ainsi, tout écrit émanant du salarié suggérant ou prenant acte de la modification ne peut être assimilé à une acceptation claire et non équivoque [860].

331 Plus généralement, une des parties au contrat ne peut, par son comportement, décider d'en modifier unilatéralement le contenu. Ainsi, le comportement unilatéral de l'employeur se traduisant par le fait de faire signer au salarié un relevé mensuel d'horaires ne saurait suffire à transformer une simple entente sur le nombre d'heures à payer en un accord du salarié sur une modification de la durée du travail contractuelle. Il ne peut y avoir «forçage» ou détournement de la volonté du salarié en la matière, qui viserait à provoquer un glissement du contrat, tel qu'il a été initialement conclu, vers un autre contrat, tel que l'employeur entendrait qu'il soit effectivement exécuté par le salarié.

Le comportement du salarié ne peut valoir accord implicite que s'il est dénué de toute ambiguïté. Ceci supposera, d'une part, que l'employeur ait respecté les procédures conventionnellement ou contractuellement prévues pour la modification et d'autre part, que le comportement du salarié traduise sans équivoque sa volonté de renoncer à exercer son droit au refus. Tel ne sera pas le cas lorsque le salarié a protesté contre la modification, réclamé le retour aux conditions antérieures ou encore saisi la juridiction prud'homale. Ces quelques illustrations tendent à rejeter ou, à tout le moins, à limiter la reconnaissance de manifestations tacites de volonté du salarié, en matière d'acceptation d'une modification du contrat de travail. Sans doute, faut-il y voir la retranscription du principe selon lequel la volonté d'acceptation du salarié ne se présume pas.

332 De surcroît, le droit n'est généralement pas enclin à reconnaître une valeur juridique au silence[861]. Généralement, le silence correspond au défaut de réponse et ne vaut pas acceptation ni même refus. Par exception, la loi a introduit toutefois un dispositif de présomption irréfragable d'acceptation en matière de modification d'origine économique.

En effet, en application de l'article L. 1222-6 du code du travail, le silence gardé par le salarié sur la proposition de modification que l'employeur lui aura faite par écrit, vaut acceptation, passé l'écoulement du délai légal d'un mois. Il s'agit ici d'une rare exception légale au principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation. La présomption de droit ne laisse alors qu'une place fort réduite à la volonté individuelle du salarié, puisque l'acceptation de la proposition de modification pourra résulter non de cette volonté mais de la loi elle-même. Passé l'écoulement du délai légal, l'inaction du salarié et son silence sont équivalents à une acceptation dépourvue d'équivoque. Encore faut-il naturellement que l'employeur ait respecté les conditions de forme de la notification de modification imposées par la loi, le délai de réflexion d'un mois[862] et que la cause de la modification ait une origine économique. A défaut, les conséquences liées au silence du salarié ne trouveraient pas à s'appliquer. En

858 V. arrêts préc.

859 Cass. Soc 16/02/99, Dr. Soc. 1999 p 415, obs. C. Radé. Liais. Soc. 01/04/99 jp n° 625.

860 Ainsi, un questionnaire rempli par le salarié avec indication du nouveau taux de commission (Cass.Soc 18/04/2000 , Bull.civ. 2000 V n°139 p 108)

861 Excepté, en cas de disposition conventionnelle portant création directe d'une obligation à la charge du salarié, applicable même dans le silence du contrat de travail (v. supra Chapitre 1 Section 1, §2 B).

862 V. Cass. soc. 10/12/2003, arrêt préc.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

revanche, le salarié conserve jusqu'à l'issue du délai légal, la faculté de faire connaître son acceptation par une *«réponse expresse et positive»* [863] .

En dehors de ce cas expressément prévu par la loi, aucune présomption d'acceptation du salarié n'est possible. Ainsi, l'employeur ne pourra pas, notamment pour exercer une pression sur le salarié, préciser dans l'offre qu'en l'absence de réponse dans un certain délai, il considérera que la modification contractuelle a été acceptée par le salarié[864]. Il est vrai qu'à titre exceptionnel, le silence avait pu, par le passé, constituer une manifestation de volonté, face à une offre *«in favorem»,* c'est à dire une offre à l'avantage de celui à qui elle est faite. Dans cette éventualité, le silence du bénéficiaire avait été considéré comme équivalent à un consentement, parce que ce dernier n'avait aucune raison valable de refuser l'offre. A notre connaissance, l'application de cette règle n'a été qu'exceptionnelle en droit du travail[865] et ne semble pas devoir connaître un avenir meilleur en raison même de la jurisprudence actuelle.

333 Dès lors, si on veut s'essayer à bâtir une typologie de la manifestation de « volonté claire et non équivoque » du salarié en contexte de modifications du contrat, une telle démarche impose de procéder par élimination, en excluant les modes de manifestations que le juge a considérés comme étant insuffisamment clairs et non équivoques. On note que les attitudes passives, comme le silence, excepté les quelques dérogations signalées, les attitudes contradictoires ou ambiguës du salarié, les attitudes ou actes insuffisamment significatifs, sont nettement rejetés ; ils ne sauraient constituer des manifestations claires et non équivoques de volonté d'acceptation d'une modification contractuelle.

Est-ce à dire qu'en dehors de ces comportements, toute manifestation de volonté du salarié est nécessairement claire et non équivoque ? La réponse doit être négative. Des incertitudes demeurent, ce qui explique en partie la tendance à vouloir assimiler la manifestation expresse de volonté à sa manifestation écrite. L'écrit, donc le formalisme, est alors largement privilégié, bien que n'importe quel écrit du salarié ne suffise pas, nous l'avons vu, à caractériser une manifestation de volonté claire et non équivoque. L'absence de doute sur la volonté du salarié d'accepter la modification en cause apparaît alors comme un critère déterminant.

Faut-il justement douter de la réalité de la volonté lorsqu'il n'y a pas coïncidence entre le moment où la volonté d'accepter la modification du contrat s'est manifestée, et le moment de la mise en œuvre de la modification elle-même? En d'autres termes, l'accord du salarié doit-il être contemporain à la mise en œuvre de la modification du contrat de travail? Si on privilégie la notion de consentement éclairé du salarié, une réponse affirmative s'impose.

334 De manière générale, cette question est négligée car l'acceptation du salarié se fait après réception de l'offre de modification et sous réserve de l'écoulement du délai de réflexion imparti, la modification étant mise en œuvre postérieurement à la réception de l'accord du salarié. Mais on sait aussi que les parties au contrat peuvent prévoir par avance, grâce à l'insertion de certaines clauses, les conditions dans lesquelles des éléments du contrat pourront être modifiés sans que l'accord du salarié soit contemporain à la mise en

[863] Cass.Soc. 06/07/1998, RJS 8-9/98 n° 959 p 616.

[864] Au mieux, l'employeur pourra indiquer, que faute de réponse favorable dans le délai imparti, il considérera qu'il y a refus du salarié. V. infra §B.

[865] V. Cass.Soc.15/12/1970, arrêt préc.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

œuvre de ladite clause[866]. La clause de mobilité géographique[867] en offre une illustration. La question du caractère contemporain de l'accord du salarié se pose alors avec acuité.

335 La position de la jurisprudence se révèle, à cet égard, plutôt contrastée. Ainsi, sur le fondement de l'article 1134 du code civil, la Haute Juridiction a estimé que *« la transformation d'un horaire à temps complet en horaire à temps partiel constitue une modification du contrat de travail qui ne peut être réalisée sans l'accord du salarié, peu important que cette modification ait été ou non prévue dans le contrat de travail»* [868]. La Cour paraît donc privilégier l'accord du salarié contemporain au jeu de la modification, puisque le consentement initial est sans effet et que seul l'accord au moment de la modification réalise l'accord nécessaire. Dans cette décision, le juge semble même s'être placé sur le terrain de la novation, celle-ci consistant à effacer l'obligation ancienne et à en créer une nouvelle, ce qui nécessite d'établir expressément un lien entre ces deux opérations. La qualification de novation doit être clairement exprimée par les parties qui ont entendu, d'un commun accord, établir entre la succession de deux obligations, un lien de cause à effet. Tel est le cas, notamment,[869] lorsque la Cour de cassation déclare que *« la novation ne pouvait être déduite de la seule conclusion d'un contrat à durée déterminée après une relation requalifiée à durée indéterminée».* Le raisonnement repose ici sur un principe classique selon lequel *«l'animus novandi»* ne se présume pas[870].

Dès lors, cette même argumentation ne vaut-elle pas quand une clause de mobilité géographique, acceptée au moment de la formation du contrat de travail initial, est mise en œuvre ultérieurement par l'employeur? Si on se place sur le terrain de l'exigence d'un consentement libre et éclairé, l'accord du salarié du salarié devrait être alors à nouveau recueilli au moment de la mise en œuvre de la clause contractuelle. Plus encore, la mise en œuvre d'une clause de mobilité contenue dans le contrat de travail initial ne pourrait-elle pas, au même titre qu'une clause prévoyant le passage d'un horaire à temps complet à un horaire à temps partiel, être juridiquement considérée comme une novation d'une obligation contractuelle, ce qui nécessiterait l'accord du salarié contemporain à la date où l'obligation initiale disparaît et se voit remplacée par l'obligation nouvelle?

La question ne semble pas être résolue aujourd'hui en ces termes, s'agissant de la clause de mobilité[871] . Une évolution pourrait bien cependant être en marche.

2. Les effets juridiques de l'accord du salarié

866 A l'exclusion toutefois des clauses permettant à l'employeur de modifier ultérieurement et unilatéralement le contrat de travail. V.supra Titre I, Chapitre 1, Section 2, §1B.

867 Sous réserve toutefois, comme nous l'avons vu précédemment, de l'encadrement jurisprudentiel dont ces clauses font l'objet.

868 Cass. Soc 29/96/99, CSBP n° 114 S 481, obs. F-J Pansier. Plus récemment, v. arrêt précité du 11/06/2006. Cet arrêt laisse supposer qu'après un passage à temps plein, par avenant à caractère temporaire convenu entre les parties, le retour aux conditions antérieures à temps partiel ne peut résulter d'un accord *ab initio* et soit nécessairement subordonné à un nouvel accord des volontés.

869 Cass.Soc 05/01/1999 CSBP n° 108 S.120 obs. R. Wintgen.

870 Toutefois, s'agissant de l'introduction d'une période d'essai dans un contrat de travail succédant à un autre, la Cour de cassation semble avoir écarté la novation, ce qui autorisait notamment de convenir une période d'essai. Cass.Soc.30/03/2005 JCP G 2005, II, 10084 note N. Bataille-Nevejans. Cass.Soc.30/11/2005 JCP n°4 24/01/2006 p 1064 note A.Van de Wynckele.

871 V. arrêts précités .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

336 L'acceptation par le salarié de la modification du contrat proposée par l'employeur entraîne généralement une révision du contrat de travail initial, lequel demeure mais se trouve amendé. Plus spécifiquement, une novation du contrat peut être opérée ou à tout le moins, une novation des obligations contractuelles, avec extinction de l'obligation initiale et substitution d'une nouvelle obligation. Au demeurant, il faut l'accord des deux parties, en application du principe selon lequel ce que les parties ont fait par leur accord mutuel, elles peuvent le défaire par leur volonté commune. L'accord des parties fait l'objet en principe d'un écrit.

L'exigence d'une manifestation *«claire et non équivoque»* de volonté du salarié est donc doublée du respect d'un certain formalisme. Le formalisme devient ici source de reconnaissance non seulement de la volonté mais encore de l'acte juridique nouvellement créé. Mises à part quelques dispositions légales[872], c'est surtout la jurisprudence qui favorise l'essor de ce formalisme.

337 A cet égard[873], la Cour de cassation semble privilégier l'application du principe du parallélisme des formes et exige que le contrat soit modifié par un avenant régulièrement négocié, conclu et signé entre les parties. De la même manière, les conventions collectives voire le contrat de travail lui-même, obligent généralement à ce formalisme. Enfin, la loi impose aussi la rédaction d'un contrat écrit dans de nombreuses hypothèses de modifications contractuelles[874]. Les parties restent liées à la suite d'une modification du contrat de travail acceptée par le salarié. La formalisation par écrit n'est donc pas, sauf exception, une condition de validité de l'acte. Elle apparaît surtout, mais non exclusivement, comme un mode de reconnaissance et de preuve de la volonté claire et non équivoque du salarié d'accepter la modification contractuelle en cause.

338 La modification du contrat de travail constituera une novation lorsque les parties décident de substituer une obligation nouvelle à une obligation préexistante qui est corrélativement éteinte. Toutefois, tous les cas de modifications du contrat de travail ne constituent pas une novation. La spécificité de cette dernière réside dans son effet extinctif, plus précisément dans le lien indissociable établi entre l'extinction de l'obligation initiale et la création de la nouvelle obligation. *«La présente clause annule et remplace la précédente»* . La modification doit porter sur l'existence même de l'obligation, sur sa nature ou sur sa substance[875], de sorte qu'elle sera considérée comme éteinte et remplacée par une obligation nouvelle. La novation est un mode d'extinction des obligations qui peut résulter, selon le code civil, de trois situations[876] : changement de débiteur, changement de créancier ou bien encore *«lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte».* Dans ce dernier cas, les parties obligées l'une envers l'autre restent les mêmes mais elles conviennent de substituer à l'obligation ancienne une obligation nouvelle.

872 On mentionnera, en particulier, les dispositions légales relatives au passage à temps partiel (art. L.3123-21 , art. L.3123-7 du code du travail).

873 V. notamment Cass. Soc 16/02/99, arrêt préc.

874 A titre d'exemple, en matière de passage d'un temps plein à un temps partiel et vice-versa, en matière de travail de nuit. V. aussi la directive européenne de 1991 précitée.

875 Il existe plusieurs types de changements constitutifs de novation: le changement d'objet, le débiteur s'engageant à fournir à son créancier une prestation différente de celle initialement prévue; le changement de cause et enfin, le changement de modalités.

876 Art. 1271 du code civil .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

339 La novation ne se présumant pas[877], la volonté de nover doit résulter clairement de l'acte. Cette disposition peut être reliée au principe plus général selon lequel une renonciation ne se présume pas. Par son effet extinctif, la novation implique en effet renonciation par le créancier à sa créance contractuelle primitive. Il est admis, à cet égard, que le salarié puisse renoncer au bénéfice d'une disposition dont il partage la maîtrise avec l'employeur. C'est donc le cas lorsque le salarié renonce aux droits qu'il tient directement de son contrat de travail.

Il faut préciser, par ailleurs, que le terme « acte » de novation doit être entendu comme désignant l'opération juridique, le negotium et non l'instrumentum. Aucune formalisation expresse n'est donc en principe exigée. Il suffit que l'intention de nover résulte de l'acte, sans qu'il soit nécessaire que cette volonté ait été formellement exprimée. Les juges du fond apprécient souverainement l'intention de nover en recherchant les éléments de la cause d'où résulte une volonté non équivoque des parties d'opérer la novation.

Mais parler de novation du contrat de travail n'est-il pas impropre ? Mieux vaut sans doute évoquer la novation de telle ou telle obligation contractuelle. En effet, seules les obligations contractuelles touchées par les modifications sont éteintes et remplacées par de nouvelles, les autres obligations initiales se voyant maintenues. S'agissant des premières, l'employeur ne peut imposer ensuite un retour aux conditions antérieures[878].

340 Finalement, l'exigence d'une manifestation claire et non équivoque d'acceptation du salarié, doublée d'un certain formalisme, semble largement justifiée par l'inégalité des parties au contrat de travail, tant il est vrai qu'un doute subsiste sur la signification réelle de la volonté du salarié et sa capacité de libre détermination dans une situation de modification du contrat de travail. Les juges cherchent donc àcaractériser une manifestation la plus authentique de volonté du salarié, offrant ainsi une meilleure sécurité juridique, tout en encadrant l'exercice du pouvoir de l'employeur.

B. Le refus du salarié

341 Le droit au refus du salarié lors d'une modification de son contrat de travail est un signe fort de reconnaissance de sa volonté contractuelle. Le mode d'extériorisation du refus peut être en principe exprès ou tacite. Mais les exigences concernant la manifestation du refus du salarié sont-elles aussi fortes que celles présidant à la manifestation de son acceptation ? Quelle est la part du formalisme, en particulier la place de l'écrit ? En répondant à ces questions, on s'attachera à souligner les particularités de la manifestation du refus du salarié lors de modifications contractuelles (1).

Au demeurant, l'affirmation de la puissance de résistance du salarié face à la modification du contrat paraît quelque peu illusoire[879]. En effet, les conséquences juridiques du refus (2) sur la poursuite des relations contractuelles sont telles que le choix du salarié caractérise aussi une véritable prise de risque.Même si les effets du refus sont placés sous l'empire du droit, ils subissent aussi, inévitablement, l'influence du pouvoir et de l'unilatéralisme de l'employeur.

1. La réception juridique du refus

[877] Art. 1273 du code civil .

[878] V. Cass.Soc. 11/01/2006, arrêt préc. Par ailleurs, le salarié ne peut, après avoir accepté la novation, prétendre se soustraire aux nouvelles obligations créées en substitution de celles antérieurement fixées.

[879] A.Dejean de la Batie, *«Le refus du salarié»* , Thèse 26/06/2000 ANRT.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

342 Le refus d'une offre peut être explicite ou implicite. Mais est-ce véritablement le cas s'agissant du refus du salarié d'une modification contractuelle ?

La nécessité d'un refus explicite semble imposée indirectement par la loi, en matière de modification pour motif économique. Dans cette hypothèse, rappelons que si le salarié ne répond pas dans le délai d'un mois à compter de la notification de la modification du contrat pour motif économique, il est réputé l'avoir accepté[880]. Le silence vaut, dans cette situation, acceptation par effet de la loi. Quelles conséquences en découle-t-il pour le refus du salarié ? Le silence ou un comportement passif du salarié pouvant valoir acceptation, une manifestation expresse de volonté de refuser la modification paraît dès lors s'imposer en vue de la réception juridique du refus. Ceci n'impose pas pour autant une traduction écrite. Un refus verbal serait tout à fait recevable, sous la seule réserve qu'en cas de difficultés, il appartiendra au salarié de rapporter la preuve de son refus pour faire obstacle à la présomption légale d'acceptation. Le salarié aura donc tout intérêt à faire connaître son refus à l'employeur par un écrit[881]. Toutefois, le refus tacite du salarié ne semble pas devoir être totalement exclu, il peut être déduit d'un comportement manifeste de refus. En outre, une réponse dilatoire ou conditionnelle, telle qu'une demande de prorogation du délai de réflexion, constitue, selon la jurisprudence, une réponse négative[882] .

343 Mais, en dehors de l'hypothèse d'une modification contractuelle d'origine économique, quelle est la qualité d'expression que doit revêtir le refus du salarié ? Les règles dégagées en matière d'acceptation du salarié, c'est à dire l'absence de présomption d'acceptation, l'exigence d'une manifestation de volonté claire et non équivoque, excluant notamment le silence, l'ambiguïté, la contradiction, la seule poursuite du contrat aux nouvelles conditions, permettent-elles de laisser supposer, par un raisonnement a contrario, que les comportements ainsi écartés valent refus tacite du salarié? Tel semble bien le cas.

En effet, si ces comportements ne valent pas acceptation, ils ne peuvent pas non plus ne rien manifester sinon un refus du salarié de la modification envisagée. Seul le silence pourrait être mis à l'écart dès lors que le droit ne lui reconnaît pas valeur d'une manifestation de volonté , qu'il s'agisse d'accepter ou de refuser. Le silence est en principe inefficace et ne témoigne pas d'une volonté réelle et certaine, sauf lorsque le législateur règle sa portée en posant une présomption d'acceptation. L'employeur n'est pas autorisé, de son côté, à instituer une telle présomption. Toutefois, pour des raisons d'efficacité pratique, il sera admis à prévoir dans l'offre de modification qu'à défaut de réponse du salarié dans le délai imparti, le silence de ce dernier sera assimilé à un refus.

Reste que l'exigence jurisprudentielle d'une manifestation *« claire et non équivoque»* de volonté du salarié, la vigilance nécessaire quant à la preuve du refus se conjuguent pour privilégier une manifestation expresse de refus, dans la mesure où celle-ci apparaît immédiatement, sans effort d'interprétation. Le formalisme d'un écrit, même s'il n'est a priori pas imposé, sauf disposition conventionnelle ou contractuelle, apparaît comme une garantie supplémentaire à la réception du refus du salarié, ne serait-ce qu'à titre probatoire.

344 Lorsque la modification du contrat de travail résulte d'une sanction disciplinaire, le refus du salarié semble aussi devoir être exprimé de façon expresse et par écrit. On sait en effet que, depuis un arrêt du 16 juin 1998[883], une modification contractuelle[884] à titre de

880 Art. L.1222-6 du code du travail .

881 De préférence même, en envoyant un courrier recommandé avec AR.

882 Cass. Soc. 06/07/1998Bull.civ. avis n° 9, RJS 1998. 616, n° 959, D.1998 IR 207. Cass.Soc.03/02/2003 Bull.civ.V 2003 n°38.

883 Bull. civ. N° 320. Dr. Soc. 1998 p 806 .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

sanction suite à une faute du salarié ne peut lui être imposée. Celui-ci est donc en mesure de la refuser, la jurisprudence permettant alors à l'employeur, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, de prononcer une autre sanction, aux lieu et place de la modification refusée. Or, les motifs de la première sanction, à la supposer justifiée, pourront sans doute assez fréquemment être considérés comme une cause réelle et sérieuse de licenciement, venant en remplacement de la première sanction refusée. On peut penser, en effet, que la situation à l'origine de la modification contractuelle à titre de sanction disciplinaire sera a priori de nature à fonder une mise à l'écart du salarié de son ancien emploi [885]. Il découle de ce processus et du cadre de la procédure disciplinaire dans lequel il s'inscrit, que le salarié a tout intérêt à présenter un refus clair et non équivoque à la modification à titre disciplinaire, qui plus est, dans cette hypothèse, un refus motivé[886]. Le silence ne valant pas acceptation, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que *« faute de refus ou d'acceptation de la sanction, il appartient à l'employeur d'inviter le salarié à prendre parti dans un délai raisonnable »* [887]. On le voit, si le salarié ne répond pas à la proposition de l'employeur, ce silence non seulement ne le protégera pas mais pourra même lui nuire ultérieurement.

Les conditions de manifestation du refus du salarié, dans ce contexte disciplinaire, paraissent pour le moins imprécises et mériteraient, comme le préconisent certains auteurs[888], quelques aménagements procéduraux qui pourraient être fort utiles.

345 En vérité, le refus du salarié d'une modification du contrat de travail, de quelle que nature qu'elle soit, est toujours une prise de risque, celle de la liberté de choix qui implique d'assumer les conséquences de sa décision, alors même que l'initiative à l'origine de la modification n'appartient pas au salarié.

Faut-il exiger, en outre, que le refus du salarié soit justifié ? S'agissant de l'expression d'une faculté de choix, le refus par le salarié d'une modification contractuelle proposée par l'employeur, ne peut être en soi fautif et à l'origine de la rupture du contrat de travail. Les motivations du salarié ayant présidé à son choix ne paraissent pas devoir être précisées et donc jugées en tant que telles, sous réserve, semble-t-il, du refus portant sur la modification contractuelle d'origine disciplinaire. Le salarié est en droit de refuser une modification de son contrat de travail, quelles que soient par ailleurs la nature et l'importance des modifications en cause et même si l'employeur les estime plus favorables aux dispositions contractuelles initiales[889]. Le salarié est donc seul juge de l'opportunité de son choix et son appréciation personnelle à l'origine du refus ne peut en aucun cas entrer en compte dans la motivation d'un licenciement ultérieur éventuellement prononcé par l'employeur, ni être contrôlé par le juge. La décision du salarié n'a donc nul besoin d'être justifiée ou motivée.

884 Telles qu'une mutation ou une rétrogradation à titre disciplinaire.

885 Le délai d'un mois , à compter de l'entretien préalable, au-delà duquel l'employeur ne peut plus infliger de sanction, ne lui sera pas opposable. Il est en effet raisonnable de penser que le refus du salarié fait courir ce délai, dans l'état où il se présentait au moment où la modification a été proposée.

886 Dans la perspective d'une contestation contentieuse éventuelle.

887 Cass.Soc. 01/04/2003, Dr. Soc. 2003, p 666, obs. A. Mazeaud.

888 V. notamment S. Frossard, *« La réaction de l'employeur à la faute du salarié »,* in Etudes offertes à J.Pélissier, Dalloz 2004, p 231 et suiv.

889 A titre d'illustration : Le refus du salarié ne saurait être abusif, lorsque le contrat de travail est modifié, même en cas d'une modification adaptée aux nouvelles capacités physiques du salarié, proposée dans le cadre de l'obligation de reclassement de l'employeur suite à une inaptitude physique déclarée par le médecin du travail (Cass.Soc. 15/07/1998, Bull.civ.V n°38- Cass.Soc. 14/06/2000 Bull.civ.V n° 228).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

2. Les effets juridiques du refus du salarié

346 Compte-tenu de la jurisprudence de la Cour de Cassation, sous le visa de l'article 1134 du code civil, le contrat de travail ne peut être modifié que d'un commun accord des parties. Il s'ensuit que le salarié ne fait qu'exercer un droit en refusant la modification de son contrat de travail. De plus, l'exercice de ce droit ne peut lui être imputé à faute ni constituer une cause de licenciement[890].

Dès lors, en cas de refus de la modification par le salarié, il appartient à l'employeur soit de revenir aux conditions contractuelles initiales, soit de prendre l'initiative de la rupture, réserve faite du cas spécifique du refus d'une sanction disciplinaire portant modification du contrat de travail[891]. La rupture résultant du refus du salarié n'est donc plus *«assimilée à un licenciement»*, elle est un licenciement dès lors que l'employeur n'entend pas renoncer à la modification.

Si l'employeur décide de passer outre et d'imposer au salarié une modification de son contrat de travail, celui-ci pourra soit exiger la poursuite du contrat de travail aux conditions initiales[892], soit invoquer ultérieurement et faire juger [893]que l'employeur a provoqué par son fait la rupture du contrat de travail, laquelle s'analyse alors en un licenciement sans cause réelle et sérieuse[894]. Le raisonnement apparaît donc comme la stricte application du principe de la force obligatoire du contrat, issu de l'article 1134 du code civil.

347 Si, en revanche, l'employeur décide de licencier le salarié, il devra bien évidemment respecter la procédure de licenciement adéquate qui sera déterminée en fonction de la nature de la modification. Pendant la période de préavis, le salarié poursuivra son activité selon les conditions contractuelles initiales, les modifications contractuelles refusées par lui ne pouvant lui être imposées même pendant cette période limitée d'activité. L'employeur devra fort logiquement invoquer un motif réel et sérieux de licenciement. Or, nous l'avons rappelé, le refus par le salarié d'une modification du contrat de travail n'est pas en soi une faute ni un motif de licenciement. Il s'agit de l'exercice d'un droit de refus en tant que cocontractant. Dans ces conditions, la cause du licenciement ne repose pas sur le refus de la modification par le salarié mais doit être recherchée dans la cause de la modification.

348 La nature[895] et la légitimité du licenciement sont donc liées à celles de la modification. « Ce n'est pas le refus qui justifie le licenciement; le motif de celui-ci correspond au motif de la mesure initiale,…. Peut-être faudra – t-il en tirer les conséquences théoriques relativement à la notion même du motif de licenciement» [896]. Si aucun motif, autre que le refus du salarié, n'est présenté, alors le licenciement sera normalement considéré comme sans cause réelle et sérieuse. Pour autant, il n'en résulte pas que le licenciement du salarié consécutif à son refus soit nécessairement sans cause réelle et sérieuse. L'imputabilité de la rupture à l'employeur n'implique pas mécaniquement que celle-ci soit abusive. Sur ce point, la Cour de cassation laisse aux juges du fond un large pouvoir d'appréciation quant

890 Cass.Soc.07/07/1998, Bull.civ. V1998 n° 367.

891 Dans cette hypothèse, rappelons que l'employeur est autorisé à prendre unilatéralement une sanction alternative.

892 Cass. Soc 8/06/98, Bull .civ. V 1998 n ° 193.

893 Cass. Soc 15/10/98,Liais. Soc. 26/11/98 n° 606 .

894 Cass.Soc.26/06/2001, Bull.civ. V. 2001 n° 229.

895 Licenciement économique ou non, disciplinaire ou non.

896 G. Couturier, *« Pot pourri autour des modifications du contrat de travail »* , Dr.Soc. 1998 p 878.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

à la légitimité de la modification. Cette orientation s'inscrit dans une politique judiciaire plus générale concernant l'examen du caractère réel et sérieux du motif invoqué par l'employeur. Mais il ne s'agit pas, loin s'en faut, d'un «désengagement» total des magistrats de la Chambre sociale, puisque ceux-ci continuent d'opérer un contrôle rigoureux de la motivation des juges du fond et du caractère objectif du motif de la rupture. Ce recul « relatif » du contrôle de la Cour de cassation se manifeste également dans le cadre de la révision du contrat de travail.

La Cour de cassation se refuse à censurer les juges du fond qui, usant des pouvoirs que leur confèrent l'article L. 1235-1 du code du travail, apprécient la légitimité de la modification, dès lors qu'ils ont recherché si la modification était justifiée au regard des nécessités de l'entreprise et de son intérêt[897]. La cause du licenciement liée à la cause de la modification, doit être fondée sur des impératifs légitimes qu'il appartient aux juges de rechercher. Cette position est exemplaire de l'arbitrage judiciaire actuel qui tend à assurer un équilibre entre le respect de la volonté du salarié cocontractant et la défense des intérêts légitimes de l'entreprise que la décision de l'employeur est censée incarner.

349 L'exercice du pouvoir disciplinaire et la mise en œuvre des principes contractuels ont été sans doute plus difficiles à concilier. Classiquement, lorsque l'employeur use de son pouvoir disciplinaire pour sanctionner un salarié, celui-ci doit se soumettre, il n'a pas à accepter ou refuser une sanction[898], sous réserve du contrôle a posteriori du juge. Comment la jurisprudence relative à la modification du contrat de travail, espace juridique du *«mutuus consensus»* et du respect de la volonté des deux contractants, pouvait-elle trouver alors à s'appliquer sur le terrain du pouvoir disciplinaire de l'employeur, prérogative par essence unilatérale? Les deux régimes juridiques de la sanction et de la modification du contrat de travail étant par ailleurs totalement différents. Pour toutes ces raisons, l'évolution jurisprudentielle a été progressive.

D'abord, le juge s'est appuyé sur l'analyse objective des éléments du contrat touchés par la modification-sanction, sans considération de la gravité de la faute relevée à l'encontre du salarié. Ensuite, il a retenu, sur le fondement de l'article 1134 du code civil, le principe selon lequel l'employeur ne peut imposer au salarié une modification de son contrat de travail prononcée à titre de sanction disciplinaire. L'employeur n'est donc pas autorisé, même dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, à modifier unilatéralement la teneur du contrat, objet de la volonté commune. Le salarié, même fautif, reste un cocontractant qui bénéficie d'un droit de regard permanent sur son contrat. La modification du contrat de travail consécutive à une faute du salarié exige donc son accord. En conséquence, le refus du salarié constitue un droit qui n'est pas fautif en soi.

Enfin, le juge s'est efforcé de maintenir une certaine considération pour le pouvoir disciplinaire de l'employeur, en lui laissant la faculté, en cas de refus du salarié, de prononcer une autre sanction, aux lieu et place de la modification contractuelle refusée. La position est logique, le salarié ne peut tenir en échec le pouvoir disciplinaire de l'employeur qui, par définition, échappe à la volonté du salarié[899] .

[897] Cass. Soc 13 /10/98, Liais. Soc. 26/11/98, jp n° 606 .

[898] V. infra Partie II, Chapitre 1, Section 1.

[899] S. Frossard , art. préc. *« La réaction de l'employeur à la faute du salarié »,* p 243.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

350 L'équilibre de cette jurisprudence, souvent critiquée par les auteurs[900], tente, avec plus ou moins de succès, d'étendre la logique contractuelle et l'expression de la volonté du salarié sur le territoire du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Ce pouvoir qui, quelle que soit la pertinence des fondements qui le justifient, n'en apparaît pas moins comme une dérogation majeure au principe d'égalité des cocontractants et ne peut, en tout état de cause, justifier une atteinte au principe de la force obligatoire du contrat.

Quant à la sanction alternative elle sera généralement plus grave que la modification disciplinaire, en se traduisant par un licenciement disciplinaire. La légitimité d'un tel licenciement sera évidemment recherchée et appréciée au regard des faits invoqués à l'origine de la sanction initiale portant modification contractuelle. Le licenciement ne pourra donc être justifié que si la sanction initiale l'était elle-même. A défaut, il sera considéré comme sans cause réelle et sérieuse.

Force est de souligner que la capacité de résistance du salarié face à une modification contractuelle à caractère de sanction disciplinaire reste, somme toute, relative. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur, momentanément écarté par le contrat, reprend ensuite force et vigueur. Au fond, la position du juge dans ce contexte n'est-elle pas animée essentiellement par le seul souci de préserver une certaine cohérence dans la politique judiciaire de la modification du contrat de travail? En définitive, le droit du licenciement semble seul pouvoir résister aux effets de l'article 1134 du code civil.

Conclusion Chapitre I

351 La faculté de choix du salarié en situation de modification du contrat de travail et les conditions de son expression participent sans nul doute au mouvement d'affermissement de la volonté du salarié en tant que cocontractant. Celui-ci se voit doté d'une véritable capacité de résistance face aux modifications contractuelles initiées par l'employeur. Sa volonté prend une densité nouvelle dans la dimension contractuelle de la relation de travail. L'exigence d'une manifestation claire et non équivoque de volonté, loin de contrarier son expression, devient alors un gage de son autonomie. Sujet de droit et cocontractant, le salarié s'éloigne de la figure traditionnelle du travailleur subordonné. Il bénéficie d'une capacité de réaction face à l'évolution du contenu de son contrat.

A peine énoncée, cette appréciation exige toutefois d'être nuancée. D'abord, l'espace d'exercice de la volonté du salarié, étroitement dépendant de la politique judiciaire, et de l'action du législateur, pourrait être élargi et plus consolidé qu'il ne l'est aujourd'hui. En témoigne notamment, la distinction contestable entre clauses contractuelles et simples mentions informatives. Ensuite, et surtout, la modification du contrat de travail sur l'initiative de l'employeur reflète l'influence du pouvoir, ce qui relativise le pouvoir réel de la volonté du salarié.

On veut cependant défendre ici l'idée que, grâce à la réactivation du principe de la force obligatoire du contrat, en contexte de modifications contractuelles, la figure du salarié cocontractant s'affermit. Partant, le contrat de travail tend à devenir l'une des principales limites du pouvoir de l'employeur et l'une des voies d'expression majeure de la volonté du salarié.

[900] Notamment voir C. Radé, art. préc. *« La figure du contrat dans le rapport de travail »* p 80 et suiv.; J.Pélissier, *« Difficultés et dangers d'une théorie jurisprudentielle »* in Mélanges offerts à Pierre Couvrat, PUF 2001, p 101 et suiv..

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Chapitre II : La capacité de résistance contractuelle du salarié face aux normes collectives

352 Le salarié peut-il invoquer le contrat individuel de travail pour résister aux dispositions moins favorables stipulées par accord collectif? La question se pose aujourd'hui avec d'autant plus d'acuité que des changements d'importance traversent le droit de la négociation et transfigurent les rapports entre normes collectives et volonté individuelle des salariés.

Nous avons déjà souligné la faculté de la convention collective à être source de sujétions pour les salariés, en l'absence de stipulations contractuelles particulières[901]. Qui plus est, l'essor de la négociation collective, encouragée par le législateur[902], tend à octroyer aux partenaires sociaux une capacité accrue d'intervention et d'innovation[903]. Depuis 1982, une négociation de nature dérogatoire à la loi a été introduite, à laquelle s'est associée de façon récurrente une négociation de nature « légiférante »qui se traduit par un vaste pouvoir normatif délégué aux partenaires sociaux[904], voirepar une participation à la production purement législative[905]. Une troisième voie empruntée par le législateur consiste à confier aussi aux acteurs de la négociation le soin de préciser les modalités concrètes des normes qu'il édicte, ce qui revient en quelque sorte à leur rétrocéder l'exercice d'une partie du pouvoir réglementaire.

353 En découle, logiquement, un élargissement de l'espace ouvert à la négociation collective, qui s'avère favorable à un accroissement de la production de normes collectives. Celles-ci peuvent alors entrer en concurrence défavorable avec les autres sources juridiques en présence, en particulier le contrat de travail. Un salarié peut-il refuser alors l'application d'une convention ou d'un accord collectif et se soustraire ainsi aux règles du jeu collectivement définies, a fortiori depuis que l'accord doit être majoritaire pour être

[901] V. supra Partie 1 Titre 1Chapitre 1 Section 1 § 2 B : L'extension à la création d'obligations directes à la charge du salarié.

[902] V. en ce sens la loi n° 2007-130 de modernisation du dialogue social en date du 31 janvier 2007, introduisant une concertation préalable des partenaires sociaux sur tout projet de réforme envisagé par le gouvernement portant sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle. Voir aussi le Rapport Chertier remis le 21 avril 2006 au Premier Ministre, Liais.Soc. 04/07/2006 n° 38/2006 Pour une analyse du phénomène, A. Supiot, *« Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? »,* Dr. Soc. 2003 p 59 et suiv.

[903] La délimitation de l'espace de négociation restant cependant du domaine du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution. V.Décision du Conseil Constitutionnel du 25/07/89, Dr. Soc. 1989 p 701. V. aussi l'analyse de l'orientation générale des rapports loi et convention collective par G. Borenfreund M-A Souriac , *« Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective »,* Dr. Soc. 2003 p 72 et suiv.

[904] A titre d'illustration, la loi du 17/01/2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi (JO du 18/01/2003) confie le soin aux partenaires sociaux de négocier et signer un accord collectif de branche étendu en vue de fixer le taux d'une partie des heures supplémentaires, la loi n'intervenant qu'à titre subsidiaire. Un seuil minimum de 10 % est toutefois imposé. L'évolution est d'importance car le taux des heures supplémentaires a toujours été l'apanage du législateur (v. F. Favennec – Héry, *«Mutations dans le droit de la durée du travail »,* Dr. Soc. 2003 p 35 et suiv.). Cette orientation est allée en s'accentuant puisque la loi du 4 mai 2004 ouvre le champ de négociations aux accords d'entreprise, sur des dispositions légales dont la mise en œuvre dépendait auparavant des seuls accords de branche étendus.La loi du 20 août 2008 confirme ce mouvement de faveur de la négociation collective d'entreprise ou d'établissement, notamment en matière de temps de travail. La négociation collective de branche apparaît alors, de plus en plus, subsidiaire.

[905] Cette orientation devrait même être renforcée suite à la loi du 31/01/2007 sur la modernisation du dialogue social.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

valide[906]? Envisagé comme instrument de confrontation avec la convention ou l'accord collectif, le contrat de travail, du moins dans ses clauses les plus favorables, ouvre des perspectives, mises en relief par la jurisprudence récente et de nombreux auteurs[907]. Il existe donc, potentiellement, un risque d'intensification des conflits entre la convention ou l'accord collectif et le contrat individuel de travail. Ce qui nous amènera à mesurer la capacité réelle de résistance du salarié face à la norme collective (Section 1).

Sans quitter le terrain de la confrontation entre contrat et convention ou accord collectif, il convient également d'appréhender certaines situations spécifiques en cas de dénonciation totale ou partielle de la convention ou de l'accord collectif ou de mise en cause de son application à l'occasion d'un transfert d'entreprise. Ces situations ont un point commun. La convention ou l'accord collectif étant une source autonome de réglementation qui régit le contrat de travail mais ne se confond pas avec lui, lorsque cessent les effets de la convention pour motif de dénonciation ou de mise en cause, ses dispositions sont normalement anéanties, en raison de l'absence d'incorporation des avantages d'origine conventionnelle dans le contrat de travail. Or, la cessation pure et simple de ces avantages engendre indéniablement de la précarité et de l'instabilité sociale à l'égard des bénéficiaires, les salariés.

Face aux dangers d'une réduction ou d'une disparition des avantages conventionnels, la jurisprudence, la loi et les normes collectives ont prévu des mécanismes consistant à autoriser, sous certaines conditions, la «réception» des avantages de source conventionnelle dans les contrats de travail (Section 2).Ces mécanismes garantissent-ils aux salariés la capacité réelle de défendre leurs avantages conventionnels ? Quel rôle peut jouer ici le contrat de travail ?

Section 1 : La prééminence des clauses contractuelles plus favorables en cas de conflit avec une nouvelle norme conventionnelle

354 A la question de savoir si le salarié peut se prévaloir des dispositions de son contrat de travail pour s'opposer à l'application d'un accord collectif qu'il estime moins favorable, s'ajoute une autre interrogation. Le respect dû à la force obligatoire des contrats de travail, en vertu de l'article 1134 du code civil, peut-il interférer avec les principes servant classiquement d'articulation entre sources juridiques concurrentes? Notamment, comment concilier la force obligatoire du contrat, creuset de la commune volonté des parties, avec le caractère impératif de la convention ou de l'accord collectif?

L'accord collectif, qu'il soit ou non dérogatoire, peut se heurter au butoir du contrat de travail. Mais il serait erroné de poser comme acquise la faculté pour un salarié d'invoquer, dans tous les cas, les clauses de son contrat de travail, afin de faire barrage à l'application de l'accord collectif. Il convient donc, dans un premier temps, de s'attacher à mesurer, au regard principalement des décisions du juge social, l'étendue de la capacité de résistance contractuelle du salarié à la norme collective, en mettant en exergue les principes qui soutiennent l'arbitrage judiciaire (§1).

Sous un autre angle, il arrive que le recours au contrat de travail et à la volonté individuelle du salarié constitue une condition d'applicabilité de certaines dispositions prévues par accord collectif. L'équilibre entre volonté individuelle et norme collective,

[906] V. la Loi du 20 août 2008 sur la rénovation de la Démocratie sociale qui a renforcé le mouvement entrepris par la Loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social . V. supra Titre 1-Chapitre 1 Section 1 &2A) .

[907] Notamment G.Borenfreund, *« L'articulation du contrat de travail et des normes collectives »,* Dr. Ouv. 1997 p 514.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

recherché par le législateur, le juge, voire les acteurs de la négociation eux-mêmes, permet ainsi une approbation individuelle des décisions émanant de la volonté collective (§2).

§1- L'étendue de la capacité de résistance contractuelle

355 Notre système juridique résout traditionnellement les situations de concurrence entre la convention ou l'accord collectif et le contrat de travail par ce qu'il convient d'appeler la règle du plus favorable ou de faveur[908] (A).

La règle du plus favorable[909] comporte un corollaire, le non-cumul des avantages concurrents [910]. Mais, une autre règle peut être également invoquée pour régler les rapports de concurrence entre convention ou accord collectif et contrat de travail, celle de la force obligatoire du contrat (B).

A. La règle du plus favorable

356 L'articulation contrat-convention collective repose sur l'article L.2254-1 du code du travail. Ce texte, en disposant que les clauses d'une convention ou d'un accord collectif s'appliquent aux contrats de travail sauf dispositions plus favorables, consacre la prévalence des normes conventionnelles sur le contrat individuel.

L'article L.2254-1 du code du travail renferme une solution du conflit né d'un concours de règles de sources différentes, qui repose sur l' ordre public social. L'originalité de cette solution, comme le souligne le professeur A. Jeammaud[911], est de retenir comme critère de primauté, non la hiérarchie des sources, mais la plus grande faveur pour le salarié.

Cet article a trouvé à s'appliquer sans difficulté pendant de nombreuses années, au cours des périodes où se déployait essentiellement une négociation collective de nature acquisitive dont l'objet premier était de rectifier le déséquilibre existant entre les parties au contrat en faveur des salariés. Or, sicette clef de comparaison a été facile à mettre en œuvre dans un tel contexte d'acquisition de nouveaux avantages, l'analyse du plus favorable est devenue, au fil du temps, plus complexe. L'essor de la négociation dite de «concessions» ou «donnant-donnant» et le passage de l'acquisition d'avantages supplémentaires à la compensation par des contreparties ou obligations mises directement à la charge du salarié, sont porteurs d'enjeux nouveaux.

Dès lors, le contrat individuel de travail présente des degrés de résistance variables, selon que ses clauses sont sans conteste plus favorables que les clauses correspondantes de l'accord collectif en cause ou plus difficilement appréciables, en particulier lorsque celui-

[908] L'article L.2254-1 du code du travail précise à cet effet les relations entre l'accord collectif et le contrat de travail.

[909] Cette règle gère les épreuves que peuvent rencontrer les rapports de la convention ou de l'accord collectif et du contrat individuel de travail et à un moindre degré désormais, les rapports entre conventions et accords collectifs, sans oublier naturellement les rapports de la loi et de la convention ou l'accord collectif. Jusqu'alors, l'accord collectif de rang inférieur ne pouvait déroger à une norme conventionnelle de niveau supérieur que dans un sens plus favorable aux salariés. Depuis la loi du 4 mai 2004, il peut aussi déroger dans un sens moins favorable au salarié à la condition que l'accord de niveau supérieur ne s'y oppose pas. Par ailleurs, l'accord de rang inférieur a toujours vocation à adapter les dispositions de l'accord de rang supérieur venant s'appliquer postérieurement à la conclusion de l'accord inférieur (art. L. 2253-1 du code du travail). Toutefois, ces règles ont été modifiées à nouveau par la loi du 20 août 2008 qui accorde, plus encore, la priorité dans certains domaines, ceux ouverts à la négociation dérogatoire en matière de temps de travail, à l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement par rapport à l'accord collectif de branche.

[910] Art. L.132-4 du code du travail inchangé par la loi du 4 mai 2004.

[911] A. Jeammaud, *« Le principe de faveur . Enquête sur une règle émergente »,* Dr. Soc. Fév. 1999 p 115 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

ci comporte autant d'avantages que de contreparties ou lorsque l'emploi apparaît comme objet de négociation[912]. La difficulté majeure réside alors dans les conditions de mise en œuvre de la règle du plus favorable, c'est à dire le mode de comparaison à retenir.

357 On sait qu'en cas de concours entre la convention collective et le contrat de travail, les juges adoptent une comparaison semi-analytique, en fonction de l'intérêt individuel du salarié concerné, catégorie d'avantages par catégorie d'avantages ayant la même cause ou le même objet. Cette solution est discutée en ce qu'elle méconnaîtrait l'intérêt propre qui s'attache au caractère collectif et uniforme de la règle conventionnelle, à l'unicité du régime social[913].En cas de concours entre accords collectifs[914], la comparaison globale[915] a pu ainsi être préférée, dans certaines décisions, par les juges de la Cour de cassation, en particulier lorsque l'emploi est saisi dans l'accord collectif comme une contrepartie à des concessions des salariés. Le juge tend alors à faire prévaloir l'intérêt collectif du groupe pour considérer comme plus favorable, le maintien de l'emploi global. Mais une telle méthode globale, si elle peut se justifier au regard d'une comparaison entre deux actes collectifs, *«entre deux manières de saisir l'intérêt collectif*», a une légitimité nettement plus contestable lorsqu'il s'agit d'une comparaison entre la convention collective et le contrat de travail individuel.

Si la clause contractuelle se révèle plus favorable pour le salarié, il y a donc lieu d'appliquer l'article L. 2254-1 du code du travail. La notion de *« disposition plus favorable»* ne s'oppose pas, de par sa généralité, à ce qu'un salarié puisse se prévaloir de son contrat de travail, issu de la commune volonté des parties, pour neutraliser un accord collectif moins favorable à son égard. Même fondée sur le principe majoritaire[916], la légitimité de l'accord collectif ne saurait exclure la notion de disposition plus favorable et la comparaison avec le contrat de travail doit s'effectuer au regard de l'intérêt individuel du salarié, non selon la méthode adoptée lorsqu'il s'agit de comparer des clauses conventionnelles entre elles. A défaut, l'expression de la volonté individuelle mais aussi l'existence même du contrat de travail et la figure objective que les juges s'efforcent de lui donner[917], seraient sinon niés du moins fortement relativisés.

Au surplus, le respect dû à la force obligatoire des contrats individuels, en application de l'article 1134 du code civil, peut être aussi justement invoqué.

B. L'appui du principe de la force obligatoire du contrat

912 V. le compte-rendu de la réunion du 28/04/2006 organisée par l'Association française de droit du travail (AFDT) sur l'emploi et la négociation collective (Liais. Soc. 03/07/2006 n°37/2006).

913 A.Chevillard, *« La notion de disposition plus favorable »*, Dr.Soc. 1993, p 368.

914 Ou, entre la loi et la convention ou l'accord collectif.

915 V. notamment Cass. Soc. 19/02/97, Dr. Soc. 1997 p 433, obs.G.Couturier. Il s'agissait d'une comparaison entre un accord initial et son avenant modificatif qui prévoyait , en contrepartie de la suppression d'une prime compensée par une autre d'un montant inférieur, le maintien des salariés dans leur emploi menacé. L'avenant avait été considéré comme globalement (même si le terme n'était pas utilisé, la démarche y était) plus favorable à l'ensemble des salariés. A ce titre, soulignons qu'une décision de la Cour de Cassation du 03/11/99 (Liais. Soc. 9/12/99, jp n° 653), après avoir déterminé la clause plus favorable par comparaison de deux accords collectifs, semble préciser que la comparaison aurait pu tenir compte, le cas échéant, d'une compensation par un autre avantage consenti par l'employeur, notamment un engagement de maintien de l'emploi au niveau de l'entreprise. Cette précision tendrait à privilégier une comparaison globale .

916 G.Borenfreund, *« L'idée majoritaire dans la négociation collective »,* in Mélanges dédiés au professeur Michel Despax, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse 2002, p 429 et suiv.

917 G.Borenfreund, art.préc. *« L'idée majoritaire dans la négociation collective »,* p 442.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

358 Un accord collectif ne peut modifier les contrats de travail en cours, les deux sources étant autonomes[918], seules les dispositions plus favorables de l'accord peuvent se substituer aux clauses du contrat[919]. Ainsi, un salarié est en droit de se prévaloir des dispositions de son contrat de travail pour s'opposer à l'application d'un accord collectif venant modifier «*in pejus»* son contrat. Certes, l'impératif d'unité de statut collectif peut être perdu de vue lorsque prédomine une analyse fondée sur le droit de la modification du contrat de travail et la recherche de l'accord individuel du salarié, avec les conséquences qui s'y rattachent[920]. Toutefois, la Cour de cassation retient la faculté pour le salarié d'invoquer une modification de son contrat de travail, dès l'instant où l'accord collectif modifie de façon moins favorableun élément préexistant de la relation contractuelle ou un avantage issu du statut collectif que les parties ont clairement entendu contractualiser.

En effet, plusieurs décisions énoncent, sous le double visa de l'article L.135-2 du code du travail devenu l'article L.2254-1 et de l'article 1134 du code civil, dans des attendus de large portée, qu' «*en toute hypothèse, un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié; seules les dispositions plus favorables d'un accord collectif peuvent se substituer aux clauses du contrat de travail»* [921] .

359 C'est ainsi que la rémunération contractuelle, étant un élément essentiel du contrat de travail, ne saurait être modifiée sans l'accord du salarié. Cette exigence peut faire échec aux accords négociés par les partenaires sociaux, lorsque les juges du fond relèvent que la rémunération résultant d'un accord collectif était moins favorable au salarié que celle prévue par le contrat; ce qui entraîne la non-applicabilité desdispositions en cause de l'accord collectif au salarié concerné[922] .

La Cour poursuit sa jurisprudence en relevant qu'un accord collectif fixant un repos un samedi sur six constituait une modification du contrat de travail que les salariés pouvaient refuser[923].En outre, les juges ont rappelé que si la réduction de la durée hebdomadaire du travail qui résulte d'un accord collectif étendu s'impose aux salariés sans qu'il soit besoin d'un accord d'entreprise, la perte effective de rémunération contractuelle qu'entraîne cette réduction constitue une modification du contrat qui doit faire l'objet de la part du salarié d'une acceptation claire et non équivoque [924] .

360 L'article 1134 du code civil, allié à l'article L.2254-1 du code du travail, semble donc prévaloir sur les principes de hiérarchie et d'impérativité pour considérer qu'un contrat de travail ne peut être modifié par voie d'accord collectif.C'est ainsi que par exception aux effets classiques d'une obligation conventionnelle, laquelle s'impose au salarié même sans avoir été contractualisée[925],une clause de non-concurrence prévue par un nouvel accord collectif

[918] Cass. Soc .14/05/98, arrêt préc.

[919] Cass. Soc. 13/11/2001, JCP S 2002, Comm.p 13- 14. Cass.Soc. 12/07/2005,jurisdatan°2005-029627.

[920] V. supra Titre I chapitre 2 section 3.

[921] V. notamment sous des formulations diverses, Cass. Soc . 25/02/98, Bull.civ. V n° 104. Cass. Soc. 14/05/98, Bull. civ. V n°251- Cass. Soc . 13/11/2001, Jurisdata n° 2001-011618.

[922] V. Cass. Soc. 13/11/2001, arrêt préc.

[923] En l'occurrence, le contrat de travail des salariées concernées prévoyaient expressément un repos un samedi sur trois (Cass. Soc 12/07/2005)

[924] Cass. Soc 27/03/2001, Bull.civ. V n°109.

[925] V. supra Titre 1, Chapitre 1, Section 1, &2 B).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

ne peut être imposée aux salariés déjà en place dans l'entreprise, dans le silence de leur contrat de travail[926].La Haute Juridiction considère alors le silence du contrat, comme le témoin de la volonté commune des parties de ne pas instituer une telle sujétion.Il en a été jugé de même pour les salariés embauchés avant l'entrée en vigueur d'un accord collectif instaurant une clause conventionnelle de mobilité géographique. Ceux-ci ne peuvent se voir imposer une telle obligation conventionnelle, dans le silence de leur contrat de travail[927].En conséquence, une telle sujétion doit, pour être applicable aux salariés déjà embauchés lors de l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord collectif en cause, faire l'objet d'un accord exprès entre le salarié et l'employeur. L'obligation aura alors pour source le contrat de travail.

361 On observe donc que la position retenue par la Cour de cassation, dans ce contexte, est diamétralement opposée à celle adoptée en cas d'obligation de non-concurrence ou de mobilité issue d'une convention collective déjà en vigueur au jour de la conclusion du contrat de travail[928].En effet, dans le silence même de leur contrat de travail, les salariés embauchés après l'entrée en vigueur d'un accord collectif instaurant une obligation directe à la charge du salarié, sont tenus, quant à eux, de l'accepter[929]. Le pouvoir de la convention collective et ses effets dans l'ordonnancement des règles en droit du travail semblent ici prendre tout leur relief, au regard du rôle dévolu au contrat de travail. Pourtant, le juge pourrait redonner au salarié une faculté de choix et un droit au refus, en exigeant a minima un accord écrit entre les parties au contrat mentionnant l'existence mais aussi les modalités de l'obligation conventionnelle. Une telle démarche correspondrait au rôle social largement assigné de nos jours au contrat de travail et permettrait une politique judiciaire unifiée [930].

362 En outre, lorsqu'un avantage issu du statut collectif a été individualisé et contractualisé, le juge, sous le visa de l'article 1134 du code civil, donne la priorité à la volonté des parties au contrat de travail. Celles-ci ont entendu contractualiser une disposition de la convention collective, dans la perspective d'un changement ultérieur moins favorable. Cette situation est une exception à la règle selon laquelle les éléments du statut collectif ne s'incorporent pas au contrat de travail. Encore convient-il que la transmutation des avantages ne soit pas entachée d'équivoque, au regard de la commune intention des parties au contrat. La contractualisation des éléments du statut collectif doit donc résulter d'une volonté claire et non équivoque des parties. De sorte qu'une prime d'ancienneté de nature conventionnelle ne peut être intégrée, sans l'accord du salarié, dans la rémunération contractuelle[931]. La décision est rendue sous le double visa de l'article 1134 du code civil et

926 Cass. Soc 17 /10/2000, Dr. Soc. 2000 p 1147-1148 , obs. Jean Savatier.

927 V. Cass. Soc 17 / 06 /2002 , arrêt préc.

928 V. supra TitreI,ChapitreI, Section 1 §2 B. V. aussi l'étude de X.Carsin , *« La convention collective source de sujétions pour le salarié »*- JCP Semaine juridique ed.sociale n°3, janvier 2007.

929 A condition que ces salariés aient été informés de l'existence de la convention collective lors de leur engagement, mis en mesure d'en prendre connaissance et que la clause soit conforme à la loi (v.Cass.Soc. 04/06/2008, JCP S n°44-45 28/10/2008, 1565, note E.Letombe), une convention collective ne pouvant déroger à cette dernière pour interdire, en cas de faute grave, au salarié soumis à une clause de non-concurrence de bénéficier d'une contrepartie financière.

930 Cette démarche semble d'ailleurs préconisée par l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008. V.art.11 de l'ANI du 11/01/2008.

931 Cass. Soc 23/10/2001,Sem. Soc. Lamy 11/02/2002 n° 1062.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de l'ancien article 131-2 du code du travail[932]. A défaut de contractualisation, la suppression d'un élément conventionnel s'opère selon les règles de la dénonciation et n'entraîne pas une modification du contrat de travail[933].

Il est clair que la jurisprudence s'efforce de circonscrire le champ contractuel ou contractualisé et le champ relevant du statut collectif.

363 Mais, si on admet que le contrat de travail peut être sollicité pour faire barrage à l'application impérative d'un accord collectif dérogatoire ou non, venant modifier un de ses éléments essentiels, que se passe-t-il en cas de refus du salarié? Sur le fondement du droit de la modification du contrat, l'accord du salarié est exigé, sans qu'une faute puisse lui être imputée en cas de refus. La responsabilité de la rupture appartient alors à l'employeur[934]. Il s'agira vraisemblablement d'un licenciement pour cause économique puisque la cause de la rupture est *«non inhérente à la personne du salarié»*. Toutefois, la légitimité de la cause réelle et sérieuse peut prêter à discussion. En effet, l'édiction de la norme collective, au surplus son caractère majoritaire, peuvent-ils faire présumer que le motif avait une cause économique réelle et sérieuse? Même, s'il existe un indice fort, le juge ne pourra pas se dispenser d'une analyse de la justification de la rupture au regard des motifs économiques, tels que définis par la loi ou dégagés par la jurisprudence [935] Par ailleurs, l'employeur ne sera pas exempté pour autant de respecter l'ensemble de ses obligations de reclassement et d'adaptation.

Ces quelques questions, sources d'incertitudes, ont vraisemblablement été prises en considération par la loi du 19 janvier 2000, dans son article 30, lorsqu'elle a explicitement affirmé la suprématie de l'accord collectif de réduction du temps de travail sur le contrat individuel de travail, et déclaré le licenciement prononcé suite à un refus éventuel du salarié [936]comme un *«licenciement sui generis»,* pour les besoins de la cause[937].

364 Reste à savoir si les réformes récentes de la négociation collective vont faire évoluer les orientations qui viennent d'être examinées. La loi du 4 mai 2004 comme celle du 20 août 2008, sans remettre en cause le principe dit de faveur[938], ont néanmoins introduit successivement des possibilités non négligeables de détournement. L'argument tiré d'une disposition plus favorable, dans un champ d'application plus large[939], semble de plus en plus difficile à invoquer, dans certains domaines, pour s'opposer à l'application d'un accord

[932] Devenu art. L.2212-1 du code du travail

[933] Cass. Soc 27/06/2000, Sem. Soc. Lamy 11/09/2000 n° 994. Dr. Soc. 2000 p 828 et suiv. com. C. Radé. En l'occurrence, la modification du statut collectif, en raison de la conclusion d'un accord salarial de substitution, s'imposait aux salariés , lesquels ne pouvaient se prévaloir d'une modification du contrat puisque la structure de leur rémunération résultait, non du domaine contractuel mais de la convention collective.

[934] Sauf à s'exposer à une action en exécution aux conditions antérieures.

[935] A savoir : les difficultés économiques, les mutations technologiques, la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, la cessation d'activité de l'entreprise. V. G.Borenfreund, art.préc.*« L'idée majoritaire dans la négociation collective »,* p 429 et suiv.

[936] Hors cas de RTT entraînant une modification du contrat de travail (baisse de salaire,…).

[937] On notera, à cet égard, que les juges apprécient la cause réelle et sérieuse du licenciement au regard des seules dispositions de l'accord de réduction du temps de travail. V.Cass.Soc. 15/03/2006 (4 arrêts) Bull.civ. V 2006 n°107.

[938] Rappelons que le Conseil Constitutionnel n'attribue pas au principe de faveur une valeur constitutionnelle , ce qui permet au législateur d'en fixer le contenu et la portée (v. décision du 20/01/2004 préc.).

[939] De l'interprofession ou de la branche.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

d'entreprise ou d'établissement. On peut toutefois considérer qu'en continuant de prendre appui sur l'article 1134 du code civil, les salariés sont en mesure, aujourd'hui comme hier, de défendre les droits qu'ils tiennent de leur contrat de travail et d'opposer ainsi une volonté individuelle, distincte de celle du groupe ou du collectif.

Se pose alors la question d'assurer un juste équilibre entre volonté individuelle et norme collective.

§2 -La recherche d'un équilibre entre volonté individuelle et norme collective

365 Le renforcement de la légitimité de l'accord collectif contribue à consolider la qualité normative de ce dernier et à assurer une assise plus solide à l'effet erga omnes. La «modernisation» du dialogue social, en déployant l'idée majoritaire, puis « la rénovation de la démocratie sociale », en revisitant la notion de représentativité[940], ont progressivement revu notre système de relations professionnelles et les conditions de conclusion des accords collectifs.

Au demeurant, l'accord collectif n'a jamais complètement privé d'intérêt ni le contrat individuel de travail, ni la volonté individuelle. Outre l'espace de stipulations laissé à la volonté commune des parties au contrat, le législateur, le juge et souvent les acteurs de la négociation collective eux-mêmes prennent appui sur la volonté individuelle pour permettrel'application de certaines dispositions prévues par accord collectif. Cette pratique contribue à nouer un lien entre des normes de sources différentes, entre des dispositions conventionnelles émanant de la volonté collective et le contrat de travail, support de la volonté individuelle du salarié. Il y a là une évidente intention d'associer les parties au contrat de travail, en particulier les salariés, à la production normative des partenaires sociaux, plus précisément d'impliquer leur volonté individuelle dans l'applicabilité des normes conventionnelles. C'est l'adhésion des salariés aux objectifs poursuivis par l'acte collectif qui est alors visée. Mais sous un autre angle, par la double contractualisation, c'est l'accord individuel du salarié qui est recherché. En effet, certaines sujétions ou obligations ne peuvent en aucun cas résulter uniquement de la convention ou l'accord collectif, sans que le salarié ait pu donner son consentement exprès.

366 On peut trouver plusieurs illustrations de cette orientation. Ainsi, une clause de dédit -formation prévue par une convention ou un accord collectif ne peut être applicable directement au salarié, sans en appeler à son accord individuel. A telle enseigne que la Cour de cassation précise qu'une clause de dédit -formation *« doit, pour être valable, faire l'objet d'une convention particulière conclue avant le début de la formation et qui précise la date, la nature, la durée de la formation et son coût réel pour l'employeur ainsi que les modalités de remboursement à la charge du salarié »*[941]. C'est donc le juge qui arbitre ici la nécessité d'une double contractualisation. Si la convention ou l'accord collectif peut réglementer ce type de clause en définissant notamment les conditions et les modalités de l'obligation du salarié, il ne peut imposer le respect d'une telle obligation au salarié qui n'y a pas expressément consenti. Une convention particulière doit être signée entre les parties au contrat de travail. Au demeurant, une telle clause de dédit-formation peut être introduite par contrat de travail même en l'absence d'une disposition conventionnelle en prévoyant le principe[942]. Cette solution prônant la double contractualisation pourrait d'ailleurs être

940 V. supra Titre I, Chapitre I, Section 1 §2 .

941 Cass.Soc.04/02/2004 , arrêt préc.

942 V. supra Titre 1 Chapitre 1 Section 2, §1 B.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

étendue à toutes les obligations conventionnelles dont s'empare la norme collective, dès lors qu'elles font partie du territoire du contrat de travail et de l'espace réservé au consentement du salarié.

367 De la même manière, le législateur prévoit que certaines sujétions ou obligations à la charge du salarié sont mises en œuvre par accord collectif, à la condition d'obtenir l'accord du salarié, formalisé par contrat de travail ou avenant.Tel est le cas, nous l'avons vu, des forfaits annuels en heures ou en jours qui constituent des modalités spécifiques de décompte du temps de travail permettant d'écarter certaines contraintes légales sur la durée du travail, pour les salariés ayant la qualité de cadre ou certains non-cadres[943]. Ces dispositifs ne peuvent être mis en place que s'ils ont été préalablement prévus par accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou à défaut, par accord collectif de branche et s'ils ont été par ailleurs acceptés par le salarié concerné. Une convention de forfait doit être obligatoirement signée entre les parties au contrat de travail. A défaut de convention ou d'accord collectif, employeur et salarié ne sont pas autorisés à signer une convention de forfait annuel[944] . La même logique préside désormais pour la période d'essai[945].

Il y a donc là une distribution des rôles entre la négociation collective et le contrat de travail[946]. Les partenaires sociaux fixent les modalités de mise en œuvre de la sujétion qui doit ensuite être acceptée dans son principe par le salarié.Une double contractualisation est donc exigée: un accord collectif d'une part et un contrat individuel d'autre part.La double contractualisation est ici requise en raison de la contrainte supplémentaire imposée au salarié. A ce titre, il doit donner son assentiment personnel[947].

368 Le recours à la volonté individuelle du salarié, en complément d'un accord collectif prévoyant telle ou telle obligation à sa charge, n'est pas propre au législateur. Les partenaires sociaux eux-mêmes peuvent conditionner l'application de telle ou telle dispositionconventionnelle au consentement du salarié, en dehors de toute exigence de caractère légal. Ainsi, certains accords collectifs, dans le cadre de l'application de la loi du 9 mai 2001 sur le travail de nuit[948], ont-ils dépassé les effets classiques d'impérativité et d'automaticité des dispositions conventionnelles, pour préférer une approche fondée sur l'adhésion et le consentement du salarié. Tel est le cas d'un accord collectif qui stipule que *« l'affectation à un poste de nuit entraînant la qualification de travailleur de nuit d'un salarié occupé sur un poste de jour, est soumise à l'accord exprès du salarié »* [949] . Les partenairessociaux vont au-delà du texte de loi, pour associer le salarié, en tant que

[943] V. art.L.3121-40 du code du travail modifié par la loi du 20 août 2008.

[944] Seule une convention de forfait hebdomadaire ou mensuel peut être signée par les parties au contrat de travail, à défaut de convention ou d'accord collectif portant sur le forfait annuel.

[945] V. supra Titre I,Chapitre I, Section 2, §1 B.

[946] X.Carsin, *« La convention collective, source de sujétions pour le salarié »*- JCP 16/01/2007 p 9 et suiv.

[947] La même finalité et la même articulation se retrouvent dans le dispositif dit des « heures choisies » prévu par la loi du 31 mars 2005 (JO du 01/04/2005) qui a été supprimé par la loi du 20/08/2009. Un accord collectif devait prévoir le principe et les modalités de recours à ces heures choisies, c'est à dire à des heures supplémentaires partiellement soustraites au régime légal. Mais le salarié devait consentir individuellement et par écrit à ce dispositif. Sa suppression ne valant que pour l'avenir, les accords collectifs conclus dans le cadre de la loi antérieure à celle de 2008 continuent de s'appliquer sans limite de durée.

[948] V. supra Titre II, Chapitre I, Section 2.

[949] Article 6-1 alinéa 2 de l'Accord d'entreprise sur le travail de nuit du 02/07/2002 COFIROUTE (Liais. Soc. 06/09/2002, Conventions collectives et accords n° 223).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

partie volontaire, à une mise en œuvre personnelle de la norme négociée collectivement. La double contractualisation s'impose ici pour rééquilibrer les effets contraignants de la loi et de la norme collective à l'égard du salarié.

369 On peut aller plus loin et faire référence à l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 sur le télétravail[950]. Celui-ci ayant un caractère normatif, a vocation à s'appliquer directement dans toutes les entreprises. Pourtant, il n'en a pas moins privilégié le caractère essentiellement volontaire du télétravail pour le salarié, comme pour l'employeur, formalisé par le contrat de travail ou un avenant à celui-ci. Le recours à la volonté individuelle et au contrat de travail, prévu par l'accord collectif, apparaît d'autant plus nécessaire que le travail est exporté de l'entreprise vers le domicile privé du salarié, avec les risques qui peuvent en découler et que le juge s'est déjà efforcé de circonscrire[951]. Toute personne ayant droit au respect de sa vie privée et familiale, le domicile étant au surplus « *le lieu de l'intimité de la vie privée et familiale »,* l'accord individuel et personnel du salarié s'avère alors impératif, nonobstant les normes collectives existantes.

370 S'il apparaît que la volonté du salarié peut, par le relais du contrat de travail, résister à certaines normes collectives, il n'en demeure pas moins vrai que cette capacité est encore toute relative. Elle pourrait en particulier être renforcée si l'analyse se plaçait directement sur le terrain de la modification du contrat de travail et du principe de la force obligatoire du contrat. D'ores et déjà, la recherche de l'accord individuel du salarié et le recours au contrat de travail, dans le cadre de la mise en œuvre d'un accord collectif, s'affirment en droit positif. Il serait malaisé d'accorder à cette appréciation une *« valeur exclusivement positive ou négative du point de vue des intérêts des travailleurs»* [952]. On a pu percevoir, au travers de l'analyse, que si la volonté individuelle du salarié est sollicitée, ce qui constitue une évolution positive, c'est essentiellement lors de la mise en œuvre d'une contrainte ou d'une sujétion décidée par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, sur le fondement d'une norme collective négociée qui en prévoit le principe et en fixe les modalités. Un tel contexte peut constituer alors plus un recul qu'une amélioration pour le salarié. N'est-on pas face à une « mystification » de la volonté individuelle du salarié dans le champ de l'accord collectif ? Assurément, la place effective de cette volonté n'est pas aisée à trouver entre la normativité de l'acte collectif et l'unilatéralisme du pouvoir.

Dans le prolongement des développements qui précèdent, une autre interrogation se profile. Le salarié peut-il résister à la dénonciation ou l'arrivée du terme[953] d'un accord collectif, comme à la mise en cause de son application consécutivement à untransfert, une fusion, une cession d'entreprise, voire un changement d'activité ?

Section 2 : Le sort des avantages individuels acquis de source conventionnelle

371 D'emblée, rappelons qu'il n'existe pas, en droit français, de principe général de maintien des avantages acquis, quelle que soit leur source. Dès lors, la disparition d'un acte juridique tel qu'une convention ou un accord collectif entraîne ipso facto la disparition des droits et avantages dont il est le support, sans qu'aucun principe juridique supérieur n'en assure le

950 ANI transposant l'accord-cadre européen du 16/07/2002. V. Liais. Soc. n°350 du 15/11/2005.

951 V. notamment Cass.Soc. 02/10/2001, arrêt préc.

952 A.Jeammaud , art. préc. *« La place du salarié individu dans le droit français du travail »,* p 347 et suiv.

953 On parlera de dénonciation s'il s'agit d'une convention collective à durée indéterminée ou d'arrivée du terme s'il s 'agit d'une convention collective à durée déterminée.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

maintien. Le contraire reviendrait à contredire les règles relatives à la cessation des effets des actes juridiques[954].

Toutefois, par exception, le droit des conventions collectives a prévu dans certaines hypothèses la survie de l'ancienne convention pendant une durée limitée à un an, puis en l'absence d'accord substitué ou négocié, la conservation des seuls avantages individuels acquis[955]. Dès lors, la loi confirme implicitement qu'il n'existe aucun principe d'incorporation des dispositions des accords collectifs dans les contrats individuels de travail. En effet, si un tel principe existait, il assurerait la pérennité des avantages antérieurs et aurait par conséquent rendu inutiles les précautions prises par le législateur pour assurer, dans une certaine mesure, leur survie[956] .

Une relative permanence des avantages acquis peut donc être observée, bien qu'elle ne fasse pas l'objet d'un principe général susceptible de garantir le maintien définitif et intégral du statut conventionnel au bénéfice des salariés[957]. Dès lors, comment le droit aménage-t-il cette permanence ? Quels effets en découlent pour le salarié, notamment s'il entend faire valoir et défendre des avantages individuels acquis ? Chercher à répondre à ces questions nécessite au préalable d'identifier le ou les fondements juridiques du maintien des avantages acquis de source conventionnelle au profit des salariés (§1).

Or, latâche n'est pas aisée, le texte légal étant lui-même peu éclairant. A ce jour, l'observation du droit positif suggère de voir dans le contrat de travail le nouveau support des avantages maintenus. La mutation est audacieuse, transfigurant, par l'intermédiaire de la loi, des normes négociées collectivement en des obligations qui auraient été consenties par les parties au contrat de travail. A telle enseigne qu'il semble admis que les salariés puissent, grâce à cette mutation de source, les consolider et les défendre en dépit d'une *« précarité qui paraît bien être de leur essence »* [958] (§2).

§ 1 - Analyse du mécanisme légal

372 L'examen de l'article L. 2261-11 du code du travail conduit à discerner deux règles principales qu'il faut tenter de disséquer pour mieux les appréhender.

La première assure une continuation provisoire d'application de la convention collective dénoncée ou mise en cause. La seconde garantit la conservation des avantages individuels acquis en l'absence d'accord collectif de substitution. Ces deux règles ont des objectifs précis et complémentaires. Elles tendent indéniablement à protéger les salariés contre une disparition brutale et complète de leur statut conventionnel, en organisant la défense des avantages individuels acquis de source conventionnelle. Au surplus, ces règles constituent une forte incitation à la négociation collective de substitution ou de remplacement. A telle enseigne que la signature d'un accord collectif de substitution dans les délais légaux annule les effets de la pérennité exceptionnelle instaurée par le législateur.

954 V.Y . Chalaron, Traité précité p 300-301.

955 Art. L. 2261-11 du code du travail.

956 J. Deprez, *« Un remède incertain à la précarité des avantages acquis : l'incorporation dans le contrat de travail »*, Dr. Soc. Déc. 1986 p 906 et suiv.

957 Certes, les mécanismes légaux tendent certainement à assurer cette permanence. Par ailleurs, les partenaires sociaux eux-mêmes peuvent prévoir des mécanismes conventionnels destinés à assurer une certaine survie des éléments du statut conventionnel.

958 J. Deprez, art. préc. *« Un remède incertain à la précarité des avantages acquis : l'incorporation dans le contrat de travail »*, p 906 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Nous délaisserons délibérément l'examen de la période spécifique de continuation provisoire de la convention ou l'accord collectif dénoncé ou mis en cause[959], puisque durant celle-ci, c'est bien l'acte conventionnel lui-même qui continue à vivre et à produire ses effets, selon les règles générales précédemment dégagées[960]. L'étude portera donc au-delà de cette période, lorsqu'en l'absence d'accord collectif de substitution, certains avantages découlant de l'ancien statut collectif sont maintenus par effet de la loi. La règle, telle que construite par l'article L.2261-13 du code du travail, dispose en effet que « … *les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ces délais »*[961]. Cette même règle, par le jeu du renvoi de texte, s'applique aussi bien à la dénonciation qu'à la mise en cause[962].

La première étape de l'analyse invite à rechercher le ou les fondements juridiques du maintien des avantages de source conventionnelle (A). Ensuite, se posera logiquement la question du contenu de la notion d' *« avantages individuels acquis »* (B).

A. Fondements juridiques

373 La loi organise donc[963], au-delà de la période limitée de continuation d'application, une survie exceptionnelle et indéfinie de certains avantages de source conventionnelle. Le fondement de cette règle de maintien des avantages, peut donner lieu essentiellement à deux interprétations.

Selon la première, la conservation des avantages est assurée à titre légal, puisqu'il s'agit d'un mécanisme exclusivement conçu et organisé par la loi. En quelque sorte, on serait face à une « clauselégale » de maintien des avantages acquis, qui serait nécessairement distincte et indépendante des contrats de travail des salariés concernés.Cette analyse, bien qu'elle puisse constituer un atout pour les salariés, conduit à rendre irréversibles les avantages acquis au titre de l'article L.2261-13 du code du travail. En effet, détachés de leur support conventionnel originaire mais aussi du contrat de travail auxquels ils ne seraient pas incorporés, ces avantages reposeraient uniquement sur la loi, rendant dès lors impossible toute modification ultérieure éventuelle.

La seconde interprétation consacre, au contraire, l'idée d'une incorporation des avantages individuels acquis, issus de l'accord collectif dénoncé ou mis en cause, dans les contrats de travail des salariés concernés.

959 La mise en cause d'un accord collectif suite à un transfert ou une cession de l'entreprise, aurait certainement mérité un traitement spécifique, compte –tenu de son intérêt. V. sur ces questions : Y. Chalaron (v. traité préc. p 320) et S. Yannakourou (v. thèse préc. p 291-293).

960 V. supra Titre I,Chapitre I, Section 1 §2 .

961 Soit, 3 mois de délai de préavis et 12 mois de période de continuation, ce qui fait un délai total de 15 mois

962 Cette position est jugée moins critiquable au regard de la conservation des avantages individuels acquis que du point de vue de la période de continuation provisoire d'application (v. Y. Chalaron, Traité préc. p 325).

963 A noter toutefois que des clauses de maintien des avantages acquis peuvent être prévues dans des conventions ou accords collectifs. Leur intérêt n'est pas supprimé par la règle légale de l'article L.2261-11 et suiv. du code du travail. Au contraire, de telles clauses peuvent avoir une efficacité juridique complémentaire à la loi, dès lors qu'elles assurent précisément la conservation d'avantages individuels et / ou collectifs que la loi ne couvre pas.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

374 Classiquement, la thèse de l'incorporation des conventions collectives aux contrats detravail est rejetée par la Cour de cassation [964]. Le débat doctrinal s'articule donc autour du rejet et de la faveur dont fait l'objet la thèse d'incorporation.

Certains auteurs soulignent l'incompatibilité de cette thèse avec la nature spécifique de la convention collective, source autonome, à tendance réglementaire que l'on ne saurait ainsi fusionner avec les contrats de travail [965]. En outre, on l'a dit, l'existence même de l'article L.2261-13 du code du travail semble induire qu'il n'existe pas de principe général d'incorporation des accords collectifs dans les contrats individuels de travail, car si un tel principe existait, les précisions du législateur seraient inutiles.A l'opposé, d'autres auteurs soutiennent la thèse de l'incorporation.A telle enseigne que l'idée d'une incorporation ou à tout le moins, d'une réception des dispositions de la convention collective dans les contrats de travail a été présentée dans le cadre de la théorie générale des accords collectifs. Toutefois, cette incorporation ou réception aurait une nature transitoire, prenant fin dans les divers cas où la convention collective cesse d'être en vigueur [966].Une autre interprétation suggère, en se fondant sur le mécanisme de la représentation légale, que celui-ci devrait conduire à l'intégration de la convention collective aux contrats auxquels elle s'applique. L'accord conclu par le représentant produirait directement effet sur le représenté[967].

375 A bien y regarder, l'idée d'incorporation semble devoir être retenue. Il ne s'agit pas de l'invoquer, dans le cadre d'un principe général qu'il serait mal aisé de justifier, eu égard à l'autonomie des deux sources juridiques en présence, convention collective et contrat de travail. Plus modestement, on soutiendra l'idée d'une incorporation de l'avantage individuel acquis par la force du mécanisme juridique posé par l'article L.2261-13 du code du travail, selon les conditions fixées par lui. Dès lors, il ne s'agit pas tant d'un principe que d'un simple procédé de technique juridique, au service d'un résultat jugé souhaitable par le législateur. En l'occurrence, un objectif d'ordre public social pourrait être invoqué, pour assurer une permanence, une stabilité au statut conventionnel dans des hypothèses déterminées explicitement par le législateur. Incorporés au contrat de travail, les avantages individuels acquis subsistent au travers du contrat de travail, qui devient tout naturellement le nouveau support juridique des avantages maintenus, en dépit de leur acte initial de naissance.

376 Après certaines hésitations, la jurisprudence semble avoir entériné cette dernière position. La Cour de cassation a ainsi estimé, dans l'arrêt Berland du 6novembre 1991 [968],que les avantages individuels acquis en application de l'ancien article L.132-8 du code du travail, doivent être considérés comme *« intégrés au contrat de travail ».* Plus récemment[969], la Haute Juridiction confirme cette solution et donne des précisions très instructives, notamment en soulignant que les *« avantages individuels acquis s'incorporent aux contrats de travail »* des salariés concernés, *« au jour où les dispositions de la convention collective avaient cessé de produire effet ».* Le juge envisage donc la conservation de l'avantage

964 Cass. Soc. 21 /06/67, Dr. Soc. 1968 p 177.

965 Notamment J. Savatier , A. Rouast cités par le professeur J. Deprez, art.préc.*« Un remède incertain à la précarité des avantages acquis : l'incorporation dans le contrat de travail* », p 906 et suiv.

966 M. Despax *, « Conventions collectives »,*Dalloz 1966 p 78.

967 Ph. Langlois, *«Contrat individuel et convention collective : un nouveau cas de représentation »,* Dr. Soc. mai 1975 p 283.

968 SPTS c/ Berland et a. , Dr. Soc. janvier 1992 p 81. V. aussi Cass. Soc 20/10/98, Bull. civ . V n° 435.

969 Cass. Soc 13/03/2001, Liais. Soc. 26/03/2001, jp n° 711.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

individuel acquis de source conventionnelle, par incorporation de celui-ci au contrat de travail. Au surplus, il s'est attaché à définir la notion même d'avantages individuels acquis.

B. La notion d'avantages individuels acquis

377 La notion d'avantage individuel acquis des salariés n'est pas définie par la loi. L'expression s'articule autour de trois paramètres : la notion d'avantage, le caractère individuel et la qualité d'acquis. Unavantage traduit généralement une idée d'amélioration de la situation des salariés *« distincte des avantages auxquels ces derniers auraient pu prétendre de toutes manières, c'est à dire même si la règle légale n'existait pas* »[970]. D'autres définitions peuvent évidemment être retenues, notamment celle considérant un avantage comme*« toute situation juridique créée par une norme plus favorable ou moins onéreuse pour les salariés que celle créée par une autre norme»* [971]. Dès lors, la caractéristique principale de l'avantage est bien de procurer *« un plus ou un bénéfice »* par rapport à des règles existantes ou concurrentes.Pour la première fois, à notre connaissance, la Cour de cassation a donné, à proprement parler, une définition de l'avantage individuel acquis dans les arrêts du 13 mars 2001[972]. Jusque là, la Haute juridiction se contentait, le plus souvent, d'indiquer au coup par coup, que telle ou telle disposition conventionnelle constituait ou non un avantage individuel acquis, sans motiver plus avant sa position[973].

Désormais, la Chambre sociale considère que constitue unavantage la disposition conventionnelle qui *« procure au salarié une rémunération ou un droit »* [974]. La Cour poursuit sa définition en précisant que l'avantage individuel est celui qui *« bénéficie au salarié à titre personnel » ,* c'est à dire celui qui profite individuellement à chacun des salariés, distinguant ainsi les avantages individuels des avantages collectifs. La notion d'avantage individuel vise non pas un avantage individuel par sa source, mais par son objet, c'est à dire celui dont le bénéfice peut se réaliser indépendamment d'une collectivité de salariés[975]. Ceci ne semble pas exclure qu'un avantage puisse être individuel par son objet, tout en étant susceptible de bénéficier à une catégorie de salariés[976]. Au surplus, la Cour de cassation parfait sa définition en précisant que l'avantage acquis est celui qui *« correspond*

970 Y. Chalaron , Traité précité, p 326.

971 N.Aliprantis, *« La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes »,* thèse LGDJ 1980 p 58.

972 Arrêts préc.

973 C'est ainsi que la Cour a pu considérer , sans autre explication que le salarié a droit au maintien de son niveau de rémunération (Cass.soc 12/02/91, D.1991, info.rap. p 83, cah.soc. barreau 1991, 53) ; à la prime de 13ème mois (Cass. Soc 27/10/98, RJS 12/98 n° 1520), aux primes d'ancienneté et de vacances (Cass. Soc 24/10/2000 n° 98-42.273 inédit).En revanche, la Cour a exclu que le salarié puisse continuer de bénéficier du système de répartition des pourboires (Cass.Soc 12/02/91 préc.) ou de l'élévation automatique d'échelon (Cass. Soc . 12/01/2000 n° 97-44.728 inédit). N'a pas été considéré non plus, comme un avantage acquis, le droit à indemnités de préavis, de licenciement ou de retraite (Cass.Soc. 23/06/1999, Dr.Soc. 1999, p 973, obs.B. Gauriau).

974 *Bien évidemment, l'approche de la Haute juridiction doit être analysée par rapport à l'ensemble de la définition qu'elle construit autour de l'avantage individuel acquis dans les décisions des 13 et 26 mars 2001 précitées.*

975 V. Y. Chalaron, Traité préc. p 327. E. Dockès, *« L'avantage individuel acquis »,* Dr. Soc. 1993 p 827. La notion d'avantages individuels acquis a pu être aussi déterminée selon l'origine de l'avantage (individuel s'il avait pour origine le contrat de travail, collectif s'il découlait d'un texte conventionnel ou d'un usage). Toutefois, cette interprétation s'avère, en définitive, incompatible avec les dispositions mêmes de l'article L.132-8 al 6 du code du travail .

976 E. Dockès, art. préc. *« L'avantage individuel acquis »,* p 827.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel ». Cette affirmation n'a rien d'innovant, puisqu'elle a été adoptée par la Cour dès 1987 [977]et reprise régulièrement depuis lors.

378 Toutefois, en dépit de ces éclairages, on doit souligner, à l'examen des décisions rendues, combien il est difficile et délicat de déterminer la notion d'acquisition d'un avantage.Il est vrai que cette notion relève plus du champ du sociologique que du juridique, voire dépend plus du subjectif que de l'objectif. Elle traduit ce que chacun a le sentiment de posséder sans que personne ne puisse le lui enlever.

Ainsi, la notion d'acquisition d'un avantage peut-elle osciller entre deux extrêmes, entre l'idée d'un avantage conventionnel sur lequel les salariés croyaient pouvoir compter – fût-ce de manière éventuelle- et l'idée d'un avantage conventionnel sous forme de créance exigible non encore exécutée. La position de la Cour de cassation, en retenant l'expression *« droit déjà ouvert »* donne un éclairage mais qui n'est pas pour autant exempt de zones d'ombres.

A priori, il s'agirait d'un droit [978]ayant un caractère cyclique ou continu, de prestations répétitives et régulières, le plus souvent essentiellement salariales[979], dont le salarié a pu *« bénéficier à titre personnel. »* Ceci semble donc exclure clairement un droit lié à la survenance d'un événement ponctuel ou accidentel qui serait *« simplement éventuel »* ou qui n'exigerait pas de chacun des salariés qu'il en ait été effectivement le bénéficiaire.La Cour a ainsi estimé que l'indemnité conventionnelle de licenciement n'était pas un droit acquis mais un droit éventuel car ne naissant qu'au moment de la rupture du contrat de travail[980] **.** Ainsi, la méthode d'analyse retenue n'est-elle pas aisée à utiliser, en dépit des indications jurisprudentielles et il persiste encore une indéniable incertitude[981].

On remarquera, toutefois, que la Cour, ayant pris soin de préciser *« rémunération ou droit dont le salarié bénéficiait à titre personnel »,* laissait suggérer une évolution qui tiendrait compte alors des éléments du contrat de travail comme clé de répartition. Ceci semble se confirmer. La Haute juridiction a, en effet, considéré dans des arrêts ultérieurs que la structure de la rémunération résultant d'un accord collectif dénoncé constitue, à l'expiration des délais légaux, un avantage individuel acquis qui est incorporé au contrat de travail des salariés employés par l'entreprise à la date de dénonciation[982].

379 Une autre difficulté demeure, s'agissant du moment où se réalise l'acquisition d'avantages. Dans les arrêts de mars 2001, la Cour de Cassation précise que l'avantage individuel acquis est celui qui, *« au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif »,* procure au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel. Ilfaut donc en conclure que seuls les salariés dont le contrat de travail était en

[977] Cass. Soc 19/06/87, Bull.civ V n° 402. Si cet arrêt entérime une solution classique (l'exclusion d'une indemnité de licenciement du champ des avantages acquis), sa motivation en fait un arrêt fondateur.

[978] Sur cette notion, v. E.Dockès, art. préc. *« L'avantage individuel acquis »,*p 827

[979] La Cour de cassation souligne , en effet,*« rémunération ou droit »*.

[980] Cass. Soc 15/06/99 n°96-45.617 inédit .

[981] Ainsi ,en matière d'indemnisation maladie .

[982] Cass.Soc. 01/07/2008, arrêts préc. Or, on sait que la jurisprudence considère la structure de la rémunération comme un élément du contrat de travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

cours (y compris les suspensions de contrats) au jour de la dénonciation peuvent prétendre au maintien des avantages individuels acquis[983] .

Mais que faut-il comprendre par « *jour de la dénonciation »* ? Ce peut être la date de la notification aux signataires de la dénonciation ou encore le jour de l'expiration du préavis de trois mois. A supposer que l'on retienne la seconde possible, les salariés embauchés après la dénonciation mais avant l'expiration du délai de survie de un an, n'auraient pas droit au maintien des avantages[984]. Le mécanisme légal de maintien des avantages individuels acquis ne serait en définitive qu'une technique accessoire, voire peu accessible.

A l'évidence, ce panorama laisse encore perdurer de nombreuses incertitudes. Pour autant, le salarié peut-il en tirer quelque faculté accrue de choix ou de résistance ?

§2-La capacité de résistance eu égard à l'intégration contractuelle des avantages conventionnels

380 La question qui se pose sur le terrain juridique est de savoir s'il résulte une « cristallisation » irréversible de ces avantages individuels acquis au profit des salariés.

En remarque préliminaire, soulignons que la conservation de l'avantage n'est pas garantie aux salariés, comme elle aurait pu l'être avec la thèse de la conservation légale. Au moment où le support collectif disparaît, l'avantage est recueilli par le contrat individuel de travail : il *« s'incorpore au contrat ».* Changeant de support juridique, les avantages ainsi conservés n'ont plus de lien avec l'acte collectif dont ils sont initialement issus, mais désormais avec le contrat de travail. Pour autant, cette mutation n'a pas pour finalité *« d'anéantir la possibilité des partenaires sociaux de renégocier des avantages maintenus après le délai d'un an »* [985] *.* Cette faculté leur est toujours ouverte.

381 En réalité, la conversation des avantages individuels acquis apparaît comme une technique juridique de protection en faveur des salariés quand la convention ou l'accord collectif ne peut plus être appliqué dans son intégralité. En ce sens, l'article L.2261-13 du code du travail est un « fossile » de la conception purement acquisitive de la convention collective. Investie d'un objectif de rééquilibrage du rapport contractuel au profit de la partie la plus démunie, la norme collective s'entendait, selon cette conception, comme créatrice d'avantages pour le salarié. Dès lors que celle-ci est dénoncée et non remplacée dans les délais impartis, les avantages individuels acquis par le salarié sont maintenus, par intervention de la loi. Ces avantages perdurent également lorsque l'accord conclu en vue de remplacer un accord dénoncé a été annulé et non remplacé, l'annulation dudit accord équivaut alors à une absence d'accord de substitution[986].

382 Evidemment, changeant de support juridique, les avantages en cause changent de nature. Ils deviennent des éléments du contrat de travail. Les salariés continueront donc d'en bénéficier tant que leurs contrats seront eux-mêmes en cours ou ne feront pas l'objet d'une modification. Dans cette dernière éventualité, on sait que le salarié bénéficie d'une capacité de résistance et de défense renforcée. Si l'employeur envisage ultérieurement de modifier

983 On peut estimer que cette même règle s'appliquera concernant les salariés embauchés avant la mise en cause de l'acte conventionnel. Se posera avec la même acuité la détermination de la date de mise en cause.

984 Cette incidence s'oppose à l'opinion de certains auteurs , tels MM. Y Chalaron (v. Traité préc. p 328) et J. Pélissier, A Supiot, A Jeammaud (« Droit du travail » D. 2000 p 805) .

985 S.Yannakourou, thèse préc. *« L'Etat, l'autonomie collective et les travailleurs »,* p 285 à 295.

986 Cass.Soc. 9/11/2005,Liai. Soc. 21/11/2005, jp n° 931.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

ou supprimer un avantage individuel acquis de source conventionnelle qui est incorporé au contrat de travail, il devra proposer aux salariés concernés unemodification de leur contrat de travail. L'accord du salarié sera alors requis, dans le cadre du régime juridique de la modification du contrat de travail[987]. Il convient de rappeler toutefois que cette capacité de refus ne pourra pas être exercée par le salarié pendant la période de maintien transitoire d'applicationde la convention collective [988] .

Mais quel serait le sort des avantages acquis incorporés au contrat de travail si une convention collective était conclue après la mise en œuvre de l'article L.2261-13 du code du travail ?On peut estimer qu'une fois les avantages incorporés dans le contrat de travail, ils ne pourront plus être modifiés par un accord collectif, grâce au double mécanisme de l'article L.2254-1 du code du travail et de l'article 1134 du code civil[989].

383 Ainsi, peut-on estimer que l'article L.2261-13 du code du travail met en place un pur procédé de technique juridique, essentiellement destiné à corriger la déstabilisation du rapport de travail, qui peut résulter de la mise en cause ou de la dénonciation d'une conventioncollective non remplacée. Il est fait appel alors au contrat de travail, qui devient le nouveau support des avantages individuels acquis à titre personnel par le salarié, en dépit de leur acte initial de naissance. Incorporés à ce dernier, ces avantages entrent dans le giron de la volonté du salarié, en tant que cocontractant. Celui-ci bénéficie alors d'une capacité de résistance face à toute suppression ou modification, qui pourrait survenir par décision unilatérale de l'employeur ou par la signature d'un nouvel accord.

Toutefois, il ne faudrait pas se méprendre sur l'étendue de cette incursion du contrat de travail et de la volonté individuelle du salarié dans le domaine de la norme collective : elle demeure encore parfaitement circonscrite par la primauté de cette dernière.

Conclusion du Chapitre II

384 A travers l'analyse de la capacité de résistance contractuelle du salarié face aux normes collectives, le propos a été de faire apparaître une volonté affermie du salarié, capable de réactions à l'encontre de certaines évolutions susceptibles de menacer des situations individuelles. En effet, les transformations, qui ont affecté et affectent encore le droit de la négociation collective, en particulier l'accroissement des accords collectifs dits « dérogatoires », ont intensifié les risques de conflits entre la volonté individuelle et la volonté collective. De sorte que l'impérativité de la convention ou de l'accord collectif se heurte, de plus en plus fréquemment, non seulement au principe du plus favorable contenu dans l'article L.2254-1 du code du travail, mais aussi aux dispositions de l'article 1134 du code civil.

Le recours au contrat de travail ou à la contractualisation tendrait alors à devenir, pour le salarié, un moyen de défense en vue d'assurer la pérennité de ses droits. Toutefois, cette orientation ne saurait signifier une exaltation de la volonté et du contrat individuels, mais concourt, plus exactement, à une régulation des rapports de travail visant un meilleur équilibre entre l'individuel et le collectif.

[987] V. supra Titre II, Chapitre I.

[988] Puisque pendant cette période de un an , les salariés ne conservent pas les avantages individuels acquis.

[989] V. supra Section 1. En ce sens, G.Borenfreund, *« L'articulation du contrat de travail et des normes collectives »,* Dr.ouv. 1997, p 514 et suiv. E.Dockès, art.préc.*« La réciprocité des dispositions dans la convention collective »,* p 503 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Conclusion du titre II

385 Les développements qui précédent sont porteurs de plusieurs enseignements. D'abord, la volonté contractuelle du salarié en situation de modifications du contrat bénéficie d'un terreau d'expression renforcée grâce à la réactivation du principe de la force obligatoire du contrat. Celui-ci confère au salarié un droit de refus face à la volonté de l'employeur de modifier le contenu du contrat ou à l'encontre des normes collectives moins favorables que le contrat individuel.

Plus largement ensuite, la faculté de choix du salarié en cours d'exécution du contrat de travail est désormais fréquemment sollicitée par le législateur ou les partenaires sociaux. Qui plus est, la volonté individuelle du salarié n'est pas démunie face à une norme collective modifiant, de façon moins favorable, le contrat de travail auquel ce dernier avait consenti. De sorte que si on ne constate évidemment pas de substitution de la volonté individuelle à la dimension générale et collective, une superposition se développe plus fermement.

On peut donc souligner une volonté du salarié affermie en cours d'exécution du contrat propre à soutenir une liberté de choix, à favoriser une plus grande sécurité juridique et une égalité contractuelle.

386 Il est vrai que l'on peut opposer que cette faculté de choix conférée au salarié, en cours d'exécution du contrat de travail, notamment en cas de modifications, est quelque peu illusoire. Si elle permet au salarié de résister à une contrainte ou une sujétion nouvelle qui lui est imposée par l'employeur -ce qui représente déjà une avancée notable quant à la place et au rôle de la volonté contractuelle du salarié - on sait bien qu'en cas de refus de sa part, il s'en suivra, fréquemment, une rupture de son contrat. De même, si le salarié peut opposer une résistance individuelle aux normes collectives de travail, celle-ci ne signifie pas un recul de la volonté collective au profit de le volonté individuelle de chaque salarié.

387 Ces arguments ne déprécient pas, loin s'en faut, le renforcement observé de la volonté contractuelle du salarié mais rappellent simplement la persistance inévitable, d'une part de la subordination juridique de ce dernier à l'égard de l'employeur et d'autre part, des effets classiquement rattachés aux conventions et accords collectifs régulièrement conclus par les syndicats représentatifs de salariés .

Le bilan fait donc apparaitre que le droit du travail est aujourd'hui traversé par des courants qui tentent d'offrir plus de liberté d'initiative et de choix aux salariés en tant que sujets de droit et cocontractants. Dès lors, c'est sans doute la notion classique de dépendance du salarié qui doit interroger le droit avec plus d'acuité.

Ceci incite à identifier le rôle de la volonté du salarié en cas de ruptures du contrat de travail, à un moment précisément où le salarié sort du lien de subordination.

Titre III : Une volonté protégée en cas de ruptures du contrat

388 La mesure de la volonté du salarié dans la dimension contractuelle du rapport d'emploi impose en dernier lieu de s'interroger sur le rôle de cette volonté lors de la rupture du contrat de travail. En effet, le droit de la rupture du contrat de travail est largement fondé sur un acte de volonté.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Classiquement, c'est la démission qui représente la volonté unilatérale du salarié de rompre le contrat à durée indéterminée[990]. Acte volontaire fort, la démission permet au salarié de décider librement de quitter son emploi. La démission est donc une démarche de liberté autant que de volonté. Le juge social s'affirme sans conteste comme le garant de cette double exigence, au travers du contrôle qu'il exerce sur la qualité et l'intégrité de la manifestation de volonté du salarié. De sorte que cette volonté apparaît, en contexte de ruptures, sous tutelle du droit et demeure largement protégée.

Au demeurant, l'initiative de la rupture dépasse ici l'analyse syncrétique de la volonté comme formant un tout composé de la volonté de rompre et de celle d'assumer les conséquences de la rupture. A telle enseigne que la jurisprudence et les auteurs ont cherché à rendre compte de la dissociation entre volonté déclarée et volonté réelle, à partir d'une distinction entre l'initiative et l'imputabilité. Ce constat irrigue la démission mais aussi les autres modes de rupture unilatérale reconnus au salarié par le juge social.

En effet, la « prise d'acte » par le salarié de la rupture qu'il impute à l'employeur tend de plus en plus à devenir le mode de rupture dominant à l'initiative du salarié, la résiliation judiciaire du contrat demandée par le salarié aux torts de l'employeur demeurant accessoire. Ce premier angle d'étude sur la rupture unilatérale à l'initiative du salarié s'annonce donc plus riche qu'il n'y paraît et certainement singulier (Chapitre 1).

389 De façon plus marginale, la volonté du salarié de rompre le contrat de travail peut rencontrer celle de l'employeur. La rupture d'un commun accord est admise comme licite en son principe par la jurisprudence, par application de l'article 1134 alinéa 2 du code civil. Mais ce mode de rupture a été pendant longtemps très peu utilisé car peu attractif. Diverses raisons expliquent ce constat, en particulier une suspicion enracinée à l'égard d'une volonté commune de rompre le contrat de travail, en raison de l'inégalité des parties en présence. Pourtant, l'arrivée de la rupture conventionnelle issue de la loi sur la modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 ouvre des perspectives nouvelles et pourrait traduire une certaine faveur pour la rupture consensuelle, stabilisée par une procédure garantissant la liberté de consentement du salarié et le bénéfice d'une indemnisation. Au demeurant, la rupture conventionnelle, quelle que soit son mode d'exercice, constitue un mode autonome de rupture du contrat de travail, contrairement à l'accord transactionnel.

Bien que résultant d'un commun accord des parties au contrat, celui-ci ne constitue pas en soi un mode de rupture mais un accompagnement d'une rupture du contrat de travail déjà consommée. Considéré comme un acte de puissance des volontés privées, il témoigne classiquement de la liberté contractuelle des parties et de leur capacité à régler à l'amiable leurs différends nés de l'exécution ou de la rupture du contrat par des concessions réciproques. Un tel acte juridique est porteur d'une idée de renonciation puisqu'il permet d'écarter des dispositions qui devraient s'appliquer à une situation juridique donnée. Dès lors, on s'attachera à examiner comment le droit du travail, traditionnellement réticent à l'idée de renonciation du salarié[991], reçoit et accueille la volonté du salarié dans un tel acte à caractère abdicatif.

Ce sont donc ces différents aspects qui jalonneront notre démarche pour rendre compte de l'idée de volonté commune, au moment de la rupture du contrat (Chapitre II).

Chapitre 1 : La rupture à l'initiative du salarié

990 Art. L.1231-1 du code du travail.

991 V. nos précédents développements à chaque stade de la vie du contrat de travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

390 Les contrats à durée indéterminée peuvent faire l'objet, à tout moment, d'une résiliation unilatérale. L'article L.1231-1 du code du travail le rappelle expressément s'agissant du contrat de travail conclu sans détermination de durée, c'est à dire d'un contrat à exécution successive pour lequel aucun terme n'a été stipulé[992]. Cette règle consacrée par la jurisprudence est présentée comme un corollaire de la prohibition des engagements perpétuels qui vise à sauvegarder les libertés individuelles[993]. Elle est d'ordre public, toute clause contraire étant nulle.

Dès lors, le droit de la résiliation unilatérale du salarié ne peut être restreint par des clauses contractuelles prévues par les parties, si ce n'est dans les limites fixées par l'article L.1121-1 du code du travail et sans pouvoir parvenir à priver totalement le salarié de la possibilité de rompre le contrat de travail[994].

C'est la préservation de la liberté du travail qui fonde, plus spécifiquement, le droit de résiliation unilatérale des contrats de travail à durée indéterminée. Ainsi, aucun salarié ne peut être indéfiniment lié par un contrat et astreint contre sa volonté à un travail sous l'autorité d'autrui. Cette liberté postule bien évidemment l'interdiction du travail forcé et justifie aussi que le salarié puisse rompre le lien contractuel de travail qui le lie à son employeur. Le droit de démission accordé à tout salarié engagé à durée indéterminée lui offre la faculté, malgré l'engagement contracté, de reprendre sa liberté pour l'avenir et ainsi de ne pas travailler ou de travailler pour une autre personne ou encore pour son propre compte.

La démission est donc un acte juridique de rupture résultant d'une manifestation unilatérale de volonté d'une personne, le salarié, investie par la loi du droit de rompre le lien contractuel qui l'unit à son cocontractant, l'employeur. Ainsi, la volonté de rupture unilatérale n'est pas souveraine mais conditionnée par la loi qui en détermine les conditions. Toutefois, contrairement à la rupture unilatérale du contrat de travail à l'initiative de l'employeur [995],

[992] Concernant les contrats à durée déterminée, c'est à dire les contrats à exécution successive assortis d'un terme, ceux-ci ne peuvent, en principe, être l'objet d'une cessation anticipée résultant d'une manifestation unilatérale de volonté, sauf cas prévus par le législateur. Ainsi, les contrats de travail à durée déterminée ne peuvent être résiliés avant leur terme que pour des cas précisément définis par le législateur : force majeure, faute grave ou accord des parties (art. L.1243-1 du code du travail). Le salarié sous contrat à durée déterminée (comme l'employeur) ne peut donc pas rompre le contrat de sa seule volonté, à défaut de quoi il sera redevable envers son cocontractant du paiement de dommages intérêts. La démission n'est pas un mode de rupture du contrat de travail à durée déterminée (Cass.Soc. 28/03/2001 n°99-41.900).En conséquence, la clause de résiliation unilatérale avant l'échéance du terme par l'une ou l'autre partie doit être considérée comme nulle, sans pour autant entraîner la requalification du contrat en CDI, la Cour de cassation rejetant toute recherche de l'intention des parties (Cass. Soc 17/10/2000 n°98-41.815 inédit). On notera toutefois que la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 dite loi de modernisation sociale, a introduit un assouplissement à ces principes et permet au salarié de rompre son contrat à durée déterminée sous réserve de justifier d'une embauche sous contrat à durée indéterminée. Sauf accord des parties, le salarié est tenu de respecter une période de préavis, permettant à son cocontractant de faire face à la situation. Ainsi, le salarié sous contrat à durée déterminée recouvre partiellement sa liberté de démissionner avant l'arrivée du terme, lorsqu'il peut invoquer la liberté de travailler pour le compte d'un autre employeur lui proposant un contrat de travail à durée indéterminée, donc un engagement plus favorable. Toutefois, cette nouvelle possibilité de rupture anticipée à l'initiative du salarié ne peut juridiquement être qualifiée de démission.

[993] Le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle à cette règle. Cons.Const.09/11/1999, n°99-419 DC, D.2000, somm.p424, obs.Garneri.

[994] V. notamment les incidences des clauses de non concurrence, de dédit –formation,… Supra Partie I, chapitre I, Section 2 .

[995] On sait, en effet, que la loi, dans le souci de protéger le contractant le plus vulnérable, a encadré fortement la rupture unilatérale du contrat à l'initiative de l'employeur, qui a été progressivement soumise à des limitations et des contraintes, notamment procédurales. S'agissant même des salariés protégés, la loi a purement et simplement supprimé le droit de l'employeur de mettre fin

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

ces conditions apparaissent peu contraignantes. La démission du salarié est seulement subordonnée à l'obligation de respecter un préavis résultant de la convention collective applicable ou des usages de la profession[996]. Elle n'est limitée que par la notion d'abus du droit, le code du travail visant même la sanction de la démission abusive[997]. En outre, la démission, contrairement au licenciement, n'a pas à être *« causée »,* justifiée[998]. Il suffit que le salarié exprime une volonté non équivoque de sortir du lien contractuel qui l'unit à l'employeur. Dès lors, la volonté de l'auteur de la démission est suffisante pour produire l'effet juridique attendu.

Ainsi, s'agissant du contrat de travail, le caractère réciproque du droit de rupture unilatérale apparaît-il fortement tempéré.

391 Pour autant, on observe une vraie suspicion du droit positif à l'encontre de la volonté du salarié de démissionner, suspicion justifiée par la prise en compte de la situation spécifique du salarié doublement engagé dans le lien contractuel, en tant que débiteur et en tant que subordonné (Section1).A telle enseigne que la jurisprudence se montre singulièrement vigilante, imposant des exigences particulières à la manifestation de volonté du salarié de démissionner et une conception très restrictive de la démission.

Dans le même temps, en raison de l'inégalité des parties ou de la place modeste de la démission, le salarié dispose aujourd'hui d'un éventail plus large de possibilités de ruptures que l'employeur[999]. Ainsi, le salarié peut-il invoquer le fait que l'employeur n'exécute pas ses obligations pour se libérer des siennes en décidant unilatéralement de prendre acte d'une rupture qu'il impute à l'employeur. La rupture emportera alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou d'une démission selon que les faits invoqués par le salarié justifiaient ou non la rupture. Le salarié peut aussi saisir le juge prud'homal pour lui demander de prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur. Ces modes de rupture à l'initiative du salarié tendent indéniablement à reconnaître un certain pouvoir à la volonté du salarié, sans exclure une prise de risques évidente mais au demeurant maîtrisée par le juge (Section 2).

Section 1 : La suspicion vis à vis de la volonté de démissionner

392 Le droit pour le salarié de rompre unilatéralement le contrat de travail permet d'exercer la liberté de disposer de soi-même et de se détacher du lien de subordination quand il le souhaite. Mais cette liberté, si elle n'a pas de prix, constitue pourtant un risque et un coût

unilatéralement au contrat de travail , puisqu'il doit au préalable se soumettre à une procédure consultative et administrative spéciale (art. L. 2411-5 du code du travail).

996 V. art. L.1237-1 du code du travail.A cet égard, il faut souligner la position de la Cour de cassation précisant qu'en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles, la durée du préavis de démission ne peut résulter que des usages pratiqués dans la localité ou la profession et non du seul contrat de travail (Cass. Soc 03/02/98, RJS 3/98 n° 309).

997 V. art.L.1237-2 du code du travail. En effet, le droit de démissionner- comme les autres droits- est susceptible d'abus pouvant engager la responsabilité civile de son auteur, en l'occurrence le versement à l'employeur de dommages-intérêts. La conception retenue par le juge est toutefois restrictive et trouve à s'appliquer en particulier lorsque le comportement du salarié révèle une intention de nuire envers l'employeur.

998 Cass. Soc 22/06/94, RJS 8-9/94 n° 968.

999 En effet, pour l'employeur, la rupture prend essentiellement la forme du licenciement, mais on en connaît le poids et les effets juridiques.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

pour le salarié : retrouver ou non du travail, ne pas être indemnisé au titre du chômage, sauf motif légitime[1000].

Dès lors, une telle liberté est traditionnellement appréciée avec défiance par les tribunaux. Les juges cherchent à avoir l'absolue certitude que la démission du salarié a été donnée en toute connaissance de cause, sans pression de l'employeur destinée à une éviction calculée du droit du licenciement. La construction jurisprudentielle autour de la notion de volonté du salarié dans l'acte de rupture unilatérale[1001] s'avère minutieuse, nuancée et très soucieuse des intérêts du salarié qu'elle entend protéger[1002].

Ainsi, la volonté du salarié doit-elle être claire, sérieuse et non équivoque (§1). En outre, elle doit être libre et réelle, c'est à dire classiquement exempte de vices du consentement, mais aussi autonome, soustraite à tout pouvoir ou autorité supérieure qui pourrait guider la décision, le choix du salarié de rompre le contrat (§2).

§1- Une volonté claire, sérieuse et non équivoque

393 La première exigence jurisprudentielle consiste à caractériser les traits d'une manifestation effective de volonté du salarié de démissionner : la clarté, le sérieux et l'absence d'équivoque[1003]. Car, selon la formule désormais classique, la démission *« ne se présume pas »*.Il appartient à celui qui s'en prévaut d'apporter la preuve de la manifestation de volonté qui la sous-tend. Les juges de fond sont donc amenés à apprécier, au vu des éléments de fait et des circonstances, la réalité de la volonté de l'auteur de la rupture unilatérale. Rappelons que, contrairement au licenciement, son *« faux symétrique »,*[1004] la démission ne donne lieu, sauf dispositions conventionnelles spécifiques, ni à un formalisme particulier ni à une procédure légale obligatoire[1005] ni même à un délai de réflexion qui

[1000] Le dossier du salarié est alors examiné en commission par le Pôle Emploi (ex-Assedic). Parmi les motifs dits légitimes de démission, on citera la démission donnée pour suivre son conjoint muté….

[1001] Ces mêmes exigences se retrouvent, avec quelques nuances, dans la mise en œuvre d'un autre mode de rupture unilatérale du contrat de travail prévu par la loi, à l'initiative du salarié : le départ à la retraite. Celui-ci est une décision de rupture unilatérale laissée au libre choix du salarié, selon les dipositions légales en vigueur (art. L.1237-4 et suiv. du code du travail) . La volonté du salarié de partir en retraite doit être réelle. On peut supposer, contrairement à la démission, que le départ à la retraite doit être « causé » , justifié par l'âge selon les dispositions légales applicables. A défaut, il s'agirait d'une démission obéissant au régime juridique de ce mode de rupture. Toutefois, l'employeur n'a pas le pouvoir d'apprécier a priori les motifs qui poussent le salarié à partir en retraite, ni de soumettre son départ à son accord, dès lors qu'il répond aux conditions légales et que le salarié a demandé la liquidation de sa pension retraite. En tout état de cause, le départ volontaire du salarié pour bénéficier du droit à une pension de vieillesse constitue, comme la démission, une rupture unilatérale de son contrat de travail, qui ne peut résulter que d'une manifestation de volonté claire et non équivoque (CA Versailles 18/11/94 , RJS 1/95 n°17).

[1002] Il faut avoir à l'esprit que le salarié démissionnaire est non seulement privé de toute indemnité de rupture, mais aussi du droit aux allocations chômage sauf motifs légitimes.

[1003] Ces exigences ont d'ailleurs servi de base à d'autres manifestations de volonté du salarié, notamment comme nous l'avons vu au regard de la modification du contrat de travail (v. supra Titre 2 Section 3)

[1004] Selon l'expression du Professeur J-E Ray, *« Démissions réelles ou virtuelles »,* Liais. Soc. magazine, sept. 2002 p 64-65.

[1005] Excepté le respect d'un délai de préavis considéré, comme le souligne la jurisprudence, à la fois comme une obligation pour le salarié démissionnaire et comme un droit pour l'employeur (Cass. Soc. 16/07/1987 Bull.civ. V n° 493). Le salarié qui, sans justification, décide de se libérer immédiatement et de ne pas exécuter son préavis est redevable envers l'employeur d'une indemnité compensatrice, quelle que soit l'importance du préjudice subi par l'employeur. Mais la brusque rupture par le salarié ne confère pas

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

pourrait cependant être fort utile. Toutefois, la jurisprudence privilégie notoirement une manifestation expresse de la volonté du salarié de mettre fin à son contrat de travail, c'est à dire une démission formulée par écrit mais aussi susceptible d'être donnée verbalement.

L'écrit est nettement privilégié pour des raisons probatoires ou parce qu'il est imposé par la convention collective applicable. Dès lors, le contenu de la lettre de démission doit être dénué d'ambiguïté et les circonstances de sa rédaction doivent laisser penser avec certitude que la volonté qu'il exprime est bien claire, sérieuse et non équivoque. Ainsi, dans la situation d'un salarié ne sachant ni lire ni écrire le français, même s'il est supposé avoir signé la lettre de démission, la Cour de cassation a considéré qu'il n'était pas certain que le salarié ait pu en saisir le sens et la portée, de sorte que sa volonté de démissionner était équivoque[1006]. Le doute entre la volonté déclarée et la volonté réelle du salarié de donner sa démission exclut la reconnaissance juridique de cette dernière. Il appartient alors au juge de restituer à la rupture unilatérale sa qualification juridique exacte.

Pourtant, à défaut d'exigence d'un écrit prévue par la convention collective, la démission peut être aussi donnée verbalement par le salarié[1007]. Dans cette hypothèse, les juges sont amenés alors à apprécier le comportement corrélatif du salarié, lequel doit démontrer une volonté claire et non équivoque de rompre le contrat de travail[1008], et à vérifier les circonstances entourant la déclaration de démission.

394 Mais la volonté de démissionner peut-elle s'exprimer exclusivement par un comportement ou une attitude du salarié ? Autrement dit, une démission tacite du salarié est-elle juridiquement valable ?

A cette question, la Cour de Cassation répond en substance, par la négative. Dans la mesure où la volonté du salarié de démissionner ne se présume pas, l'employeur ne peut donc pas la déduire du seul comportement fautif de ce dernier, tel que l' abandon de son poste [1009]. Par exception à ce principe, la jurisprudence avait précédemment admis que la démission tacite d'un salarié absent, pouvait être prouvée par des indices graves, précis et concordants, traduisant la volonté non équivoque de démissionner. Toutefois, la charge et surtout le risque de la preuve pesaient alors sur l'employeur qui devait démontrer que la démission dont il se prévalait correspondait bien à une volonté claire et non équivoque du salarié et qu'elle n'avait pas été présumée à tort. Ainsi, les juges avaient-ils considéré qu'un salarié avait manifesté une volonté réelle et non équivoque de démissionner dans un contexte où, après avoir cessé de se présenter sur son lieu de travail, il avait réclamé à son employeur un formulaire de démission qu'il avait rempli et remis pour transmission au service du personnel, en précisant qu'il démissionnait car il travaillait pour une autre société

nécessairement à la démission un caractère abusif pour lequel la Cour de cassation opère un contrôle étroit de la notion (v. notamment S.Moracchini-Zeindenberg ,*« L'abus du salarié »* ,JCP S mai 2006 n° 1376).

[1006] Cass. Soc 19/12/2000, Liais. Soc., jp n° 698 du 03/01/01

[1007] La preuve de la démission étant donnée par tous moyens, notamment par d'éventuels témoignages. Toutefois, une confirmation écrite est toujours fortement préférable.

[1008] Une démarche volontariste du salarié doit apparaître, soit en demandant à l'employeur un reçu pour solde de tout compte ou en formalisant librement sa décision de démissionner. Dans une décision du 13 juin 2001 (Cass.Soc. 13/06/2001 juris-data n° 2001- 010283), la Chambre sociale avait même admis la démission d'un salarié dans une contexte qui pourtant laisse dubitatif. En effet, le salarié avait manifesté à plusieurs reprises son souhait d'être licencié et, devant le refus de l'employeur, il avait adopté une attitude agressive et violente et n'avait pas obéi à une mise en demeure de reprendre le travail.

[1009] Cass.Soc. 10/07/1996, Juris-data 1996-003361. Cass.Soc 10/08/1998, Juris-data 1998-002832.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

[1010]. Le comportement du salarié avait été considéré comme le révélateur fidèle de la volonté réelle du salarié de rompre le contrat de travail. Or, cette marge d'appréciation du juge était particulièrement délicate, bornée par le respect du principe selon lequel une démission ne peut se présumer. Elle est devenue désormais inopérante suite à la jurisprudence relative à la prise d'acte de la rupture[1011] .

395 La Cour de Cassation condamne, en effet, toute possibilité pour l'employeur de prendre acte de la démission tacite du salarié, quel que soit le comportement de ce dernier. A défaut, la prise d'acte de la rupture par l'employeur s'analysera comme un licenciement qui, prononcé sans énonciation de motifs, se trouvera ipso facto dépourvu de cause réelle et sérieuse[1012], sans que le juge ait d'ailleurs à rechercher si les faits reprochés au salarié étaient ou non fondés[1013]. Ainsi, l'abandon de poste du salarié n'emportera-t-il pas en lui-même rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié, qu'il s'agisse d'une absence prolongée ou d'un refus de reprendre son poste suite à une demande de l'employeur. Une démission ne peut être présumée ni actée à partir d'un comportement qui ne caractérise pas en soi une volonté claire, sérieuse et non équivoque en ce sens, hormis, semble-t-il, quelques rares exceptions démontrant une démarche volontaire indiscutable du salarié dans le processus de résiliation du contrat de travail[1014]. Dès lors, l'absence d'un salarié à l'issue d'une période de congés[1015] ou l'absence de reprise du travail ou le silence du salarié à la fin d'une période de suspension du contrat de travail telle qu'un congé parental[1016]ou un congé de maternité[1017], ne caractérisent pas en soi une volonté claire et non équivoque de démissionner.

Ces évolutions jurisprudentielles ferment purement et simplement à l'employeur la voie de la prise d'acte de la rupture, en procédant à un recentrage du droit de la rupture sur le licenciement. Il en découle que l'employeur ne peut prendre acte de la rupture du salarié, pour quelle que cause que ce soit : il doit mettre en œuvre la procédure de licenciement. Il est vrai que le comportement du salarié dans ces situations d'abandon de poste ou d'absences injustifiées est de nature à caractériser un manquement à la discipline, un comportement fautif, éventuellement grave, ou un motif réel et sérieux de licenciement. Il revient alors au juge d'apprécier la réalité et la gravité de la faute reprochée au salarié [1018].

[1010] Cass. Soc 27/02/2001, Liais. Soc. jp n° 709 du 12/03/01,Bull.civ. V n° 63.

[1011] V. infra Section 2 §1.

[1012] Cass.Soc. 11/02/2004, Juris-data n°2004 -022288. Cass.Soc. 13/01/2004 , Juris-data n° 2004-021802.

[1013] Cass.Soc. 20/04/2005, RJS 7/2005 n° 717.

[1014] Par exemple, lorsque le salarié s'est engagé chez un autre employeur alors que le précédent n'avait manqué à aucune de ses obligations (Cass.Soc. 02/12/2003 RJS 2/2004 n° 178).

[1015] Cass. Soc 20/10/98, juris -data n° 1998-004105 (dans le même sens, v. Cass. Soc 30/05/2000) .

[1016] Cass. Soc 30/04/2002 Juris-data n° 2002- 014247.

[1017] Cass. Soc 12/03/2002, Liais. Soc. 25/03/02 jp n°761.

[1018] Cass.Soc. 10/07/2002, RJS 11/2002 n° 1210. De la même manière, rappelons que l'employeur ne peut considérer comme démissionnaire un salarié qui refuse une modification de son contrat de travail, voire un changement des conditions de travail. Au surplus, suite à une modification dans la situation juridique de l'employeur au sens de l'article L.1224-1 du code du travail, le salarié qui refuse de poursuivre la relation de travail avec le nouvel employeur, en l'absence de toute modification de son contrat, ne pourra être présumé démissionnaire, en l'absence de volonté claire et non équivoque en ce sens mais il pourra faire l'objet d'un licenciement pour faute grave (v. supra Titre II, Chapitre I, Section 2, §3 c.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

396 Reste une dernière interrogation. Une volonté claire et non équivoque de démissionner du salarié peut-elle être caractérisée lorsque la lettre de rupture émanant du salarié invoque l'inexécution par l'employeur de ses obligations ?

Présenter une démission en invoquant des fautes de l'employeur entraîne les mêmes conséquences que prendre acte de la rupture du contrat de travail aux torts de celui-ci,[1019] c'est à dire que la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient. S'agira-t-il également d'une prise d'acte si un salarié impute la rupture à l'employeur, alors que sa lettre de démission ne contient pas de reproches à l'adresse de ce dernier ?

Consciente des difficultés de qualification qui peuvent naître, la Chambre sociale de la Cour de Cassation a procédé, dans des arrêts en date du 9 mai 2007[1020], à une double analyse à la fois pédagogique et éclairante sur cette épineuse question de qualification. Au préalable, elle s'est attachée à recadrer la démission dans une situation juridique précise : *« La démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail ».*

Une fois rappelé le principe, somme toute classique, la Haute Juridiction met en avant un premier cas de mise en cause de la démission par le salarié, lorsque celui-ci invoque un *« vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de la démission »*.Le salarié peut en effet toujours faire valoir a posteriori devant le juge un vice du consentement ayant altéré la qualité de la manifestation de sa volonté et demander ainsi l'annulation de l'acte.

397 Poursuivant son raisonnement, la Cour introduit alors un second cas de mise en cause a posteriori de la démission par le salarié *« en raison de faits ou de manquements imputables à son employeur ».* Dans cette situation qui nous intéresse plus spécifiquement, la Chambre sociale invite les juges du fond à procéder à une analyse en deux temps.

En premier lieu, ceux-ci devront caractériser l'acte de rupture unilatérale : une démission, définie selon les termes rappelés par la Cour, ou une « prise d'acte ». Pour ce faire, les juges devront procéder à l'analyse des *« circonstances antérieures ou contemporaines de la démission ».* S'il résulte, au vu de cet examen, *« qu'à la date à laquelle la démission a été donnée, celle-ci était équivoque »,* alors l'acte unilatéral du salarié n'est pas une démission mais *« doit être analysé en une prise d'acte »* que les juges devront ensuite examiner sur la base des faits et griefs reprochés à l'employeur pour définir le régime juridique applicable à la rupture[1021] .

En revanche, les juges du fond conserveront à l'acte unilatéral de rupture du salarié la qualification juridique de démission, en particulier lorsqu'il apparaît *« que la lettre de démission ne comportait aucune réserve, que le salarié, qui ne justifiait d'aucun litige antérieur ou contemporain de celle-ci avec son employeur, n'avait contesté les conditions de rupture du contrat de travail que plusieurs mois plus tard, ce dont il résultait que rien ne*

[1019] D'ailleurs, le salarié peut aussi, dans ces hypothèses, prendre acte de la rupture du contrat de travail en l'imputant à l'employeur (sur la prise d'acte, v. infra Section 2, §1, notamment Cass.Soc. 15/03/2006. Cass.Soc. 13/12/2006).

[1020] Cass. Soc. 09/05/2007 n° 05-40.315, 05-42.301, 05-40.518 et 05-41. 324 et 325, RJS 7/07 n° 823 (5 espèces) ; Liais. Soc. 14/05/2997 n° 14870; JCP S. 15/05/2007 Act 248.

[1021] V. infra Section 2 §1 sur la prise d'acte.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

permettait de remettre en cause la manifestation claire et non équivoque de démissionner » [1022]

.

398 Ce nouveau tournant de la jurisprudence traduit-il la volonté judiciaire de redonner à la démission une dimension perdue, un champ d'exercice plus effectif ? On peut le soutenir, les juges reprenant la main sur la qualification de la démission par rapport à la prise d'acte. Cette jurisprudence rétablit *« la démission dans sa singularité et sa spécificité comme mode autonome et distinct de la prise d'acte »* [1023] .

Mais il faut bien encore admettre à ce jour que seuls des indices sûrs et probants autorisent les juges à retenir une manifestation claire et non équivoque de la volonté du salarié de démissionner. La règle selon laquelle *« la démission ne se présume pas »* n'est pas simplement une règle probatoire, mais une règle d'interprétation de la volonté exigeant des juges qu'ils caractérisent l'intention certaine du salarié de quitter l'entreprise[1024].

De même, convient-il de souligner que le juge est particulièrement attentif à vérifier l'intégrité de la volonté exprimée par le salarié.

§ 2- Une volonté soustraite à la pression de l'employeur

399 De la formation à la rupture du contrat de travail, l'exigence d'une manifestation de volonté du salarié libre et en toute connaissance de cause, apparaît essentielle. Elle s'impose avec d'autant plus de force que l'acte unilatéral de rupture se présente dans le cadre d'une relation inégalitaire et engendre de lourdes conséquences financières pour son auteur. Dès lors, le contrôle du juge consistera également à vérifier, outre l'absence de vices de consentement, qu'aucune atteinte directe ou indirecte, extérieure au sujet, n'a été portée à la manifestation de volonté du salarié de démissionner, que celle-ci n'a pas été extorquée, d'une manière quelconque, par des pressions de l'employeur ou de son représentant.

Ainsi, la volonté de démissionner du salarié doit-elle être réfléchie et issue d'une véritable délibération. Elle doit être libre pour permettre une indépendance d'esprit et un choix autonome nécessaire à une manifestation de volonté claire, sérieuse et non équivoque. De telles exigences conduisent la jurisprudence à refuser la qualification de démission aux actes de rupture unilatéraux pris par le salarié dans des circonstances qui permettent de douter de l'authenticité de la volonté exprimée. Une démission écrite sous la pression de l'employeur ne peut ainsi traduire la volonté propre et personnelle du salarié de mettre fin au contrat ; que cette pression résulte d'un comportement fautif de celui-ci,pour échapper à un licenciement pour faute grave[1025], ou s'effectue directement en vue de provoquer la démission[1026].

400 La contrainte exercée par l'employeur peut prendre plusieurs formes, mais elle engendre chez le salarié la crainte d'un mal futur plus grand que celui auquel il est

[1022] Cass.Soc. 09/05/2007 n° 05-40.518, seule décision sur les quatre ayant conservé la qualification juridique de démission. Les autres arrêts ont considéré que la volonté de démission du salarié étant équivoque, compte –tenu des circonstances antérieures et contemporaines, l'acte de rupture devait être analysé comme une prise d'acte et non une démission.

[1023] J-Y Frouin, *« Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail »,* JCP S n°1407 du 15/07/2008.

[1024] J. M Bouly commentaires sur Cass .Soc. 22/02/2000, Dr. Soc. 2000 p 441.

[1025] Cass/ Soc 14/05/2002 Juris-data n° 2003-014524.

[1026] Par exemple sous la menace de poursuites pénales par l'employeur (Cass.Soc. 17 /07/1996, RJS 10/1996 n° 1023, 2ème espèce).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

immédiatement exposé, ce qui l'incite à accepter le choix de l'autre. L'état psychologique ou moral du salarié peut également porter atteinte au caractère libre et sérieux d'une démission, il peut résulter de circonstances personnelles ou induit par l'environnement du travail[1027]. De nombreuses décisions illustrent à quel point le juge est attentif à l'altération de la volonté du salarié, ce qui le conduit alors à requalifier la démission en licenciement[1028]. Le juge procède selon une appréciation subjective et fonctionnelle, notamment au regard des qualités personnelles du salarié et de son niveau de responsabilité, des fonctions qu'il occupe dans l'entreprise.

De plus, l'examen doit démontrer que l'employeur n'a pas profité de la situation de faiblesse du salarié pour favoriser ou précipiter sa démission. Dès lors, bien qu'il soit, en principe, difficile pour un salarié de revenir sur sa décision de démissionner lorsqu'elle est certaine, les juges ont pu considérer qu'une rétractation rapide du salarié peut constituer justement un indice du caractère équivoque de sa volonté réelle et sérieuse de rompre le contrat de travail. Le contexte de la rétractation sera généralement pris en compte. Une rétractation suite à une démission donnée sous le coup de la colère[1029], d'une émotion forte ou de pressions [1030] tend, à renforcer le caractère équivoque de la volonté du salarié de rompre unilatéralement le contrat de travail. Les juges sont donc particulièrement attentifs à ce que la volonté de démissionner du salarié provienne d'une délibération éclairée et informée, ce qu'une rétractation rapide semble fréquemment contredire.

401 La recherche de l'intégrité de la volonté du salarié, exprimée dans l'acte juridique unilatéral, paraît d'autant plus nécessaire que le lien de subordination peut être détourné, ce qui sous-tend une réflexion sur le rôle du pouvoir sur les lieux de travail mais aussi sur l'organisation du travail lui-même. La relation de travail n'est pas exempte de risques d'intimidation, voire de violence morale et psychologique ou d'usure mentale, susceptibles d'interférer sur le processus de la volonté individuelle.

402 Les pratiques de harcèlement moral sont, à cet égard, symptomatiques. Elles peuvent contraindre et pousser le salarié à démissionner ou à commettre une faute. Sous l'empire de la crainte ou des pressions, la victime abdique et cherche à fuir son ou ses bourreaux en démissionnant de l'entreprise. Le harcèlement moral[1031] peut donc être un aspect de la violence qui prive la victime de sa liberté et altère sa volonté. Avant la loi

[1027] Ainsi, une démission écrite par un salarié alors qu'il était sous l'emprise d'un état psychologique anormal ou dépressif est considérée comme de nature à altérer son jugement et à entacher le caractère clair et non équivoque de la volonté exprimée (Cass. Soc 01/02/2000 n° 98-40.244).

[1028] Tel est le cas de la démission du salarié donnée dans un mouvement d'émotion ou de colère, c'est à dire dans un état où la personne n'a pas pleinement conscience de la signification et surtout de la portée de ses actes. (Cass. Soc 07/04/99, Juris-data 1999-001583).

[1029] Cass. Soc 04/03/98, juris-data 1998- 001158.

[1030] Cass. Soc 05/10/99, Juris-data 1999-003511.

[1031] L'ouvrage de Mme M-F Hirigoyen a largement contribué à faire connaître le phénomène de harcèlement moral au travail, traduit du concept anglo-saxon de « mobbing », avant même que le législateur français adopte une réglementation spécifique sur cette question. (M-F Hirigoyen, *« Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien »,* Syros 1998). V. aussi H. Leyman, *« Mobbing »,* coll. Seuil 1996. Drida Michèle, Engel E. ; Litzenberger M., "*Du harcèlement ou la violence discrète des relations de travail",* Actes du IIème Colloque International de Psychopathologie et de Psychodynamique du travail, Paris 1999. C.Dejours, *« Travail : usure mentale »*, Bayard 2001).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

n° 2002-73 du 17 janvier 2002,[1032] la Cour de cassation avait fermement déclaré qu'une démission provoquée par les agissements de harcèlement moral exercés par l'employeur ne peut être considérée comme l'expression d'une volonté libre, sérieuse et non équivoque. Tel était le cas d'un salarié victime de brimades exercées pendant de nombreux mois, l'employeur l'ayant poussé à bout jusqu'à ce qu'il ait envoyé une lettre de démission[1033]. Certes, à l'époque des faits, il appartenait encore au salarié d'apporter la preuve des agissements subis et de l'influence produite sur sa volonté, notamment par l'apparition d'un état psychologique anormal le privant de ses facultés de réflexion et de libre entendement.

Depuis, la loi a introduit la notion de harcèlement moral dans le code pénal et dans le code du travail, en précisant les éléments constitutifs de la qualification de harcèlement moral.[1034] Ce dispositif légal permet désormais de protéger, au plan contractuel et délictuel, tout salarié démissionnaire suite à des manœuvres de harcèlement moral. Le régime de la charge de la preuve du harcèlement moral[1035] a été également aménagé pour permettre l'application effective de l'interdiction de harcèlement[1036], à l'instar du dispositif retenu en matière de discriminations[1037].Cette évolution du droit est plus qu'une adaptation aux transformations objectives du monde du travail, elle rend compte aussi de l'impératif de protection de la personne du salarié. Au-delà du cocontractant, c'est la personne du salarié qui doit demeurer libre d'exprimer sa volonté de rompre le contrat de travail, sans contrainte ni pression sur sa décision de démissionner.

[1032] Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 dite de modernisation sociale (parue au JO du 18/01/2002) complétée par la loi n°2003-06 du 3 janvier 2003 (JO du 04/01/2003). V. aussi Décision du Conseil Constitutionnel n°2002-455 DC,12 Janvier 2002. L'article L.1152-1 du code du travail issu de cette législation, prévoit ainsi qu'*« Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ».* Par ailleurs, *« toute rupture du contrat de travail (licenciement ou démission) qui résulte d'un harcèlement moral est nulle de plein droit…. »* (art.L.1152-3 du code du travail).

[1033] Cass. Soc 14/03/83, Dr. Ouv. 1984 p 392.

[1034] L'article L. 1152-1du code du travail ne propose pas une véritable définition du harcèlement moral, mais en donne les éléments constitutifs nécessaires et suffisants : caractère répétitif des agissements, agissements aboutissant à une dégradation des conditions de travail et portant atteinte aux droits et à la dignité de la personne (v. aussi Décret n°2000-110 du 4 février 2000 reprenant l'article 26 de la charte sociale européenne sur le droit à la dignité au travail.), qualification de l'auteur des agissements délictueux (supérieur hiérarchique, collègues ou subordonnés). En outre, le législateur ne s'est pas attaché particulièrement à l'intention et la volonté de nuire de l'auteur des agissements bien que généralement, elles soient retenues dans une situation de harcèlement moral. Par ailleurs, le concept légal de harcèlement moral ne repose pas sur le critère de l'abus d'autorité, reconnaissant ainsi qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur du harcèlement dispose d'une autorité de fait ou de droit sur la victime. Dès lors, la loi condamne à la fois les phénomènes verticaux et horizontaux de harcèlement moral.

[1035] Ou du harcèlement sexuel.

[1036] Art. L.1154-1 du code du travail. Le salarié concerné devra *« présenter les éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement »*, à charge pour la partie défenderesse de *«prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement »* et que la décision en cause *« est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement»* (Notons queces dispositions ne s'appliquent pas devant le juge pénal et que dans les autres cas, elles ne dispensent pas le demandeur «*d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants »)* . La nullité de plein droit de larupture du contrat de travail résultant d'agissements constitutifs de harcèlement moral est évidemment une garantie qui rapproche encore ce concept de celui de discrimination portant atteinte au principe d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail .

[1037] V. la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

403 A l'évidence, les exigences posées par le droit positif quant à la volonté du salarié de démissionner démontrent une forte suspicion à son encontre. Il est vrai que les conséquences sociales et économiques d'une démission ne sont pas négligeables et ne peuvent être supportées par le salarié que dans la seule mesure où elles relèvent d'une volonté propre, libre et responsable. En conséquence, les magistrats sont particulièrement vigilants à n'admettre cet acte unilatéral de rupture qu'en présence d'un signe volontaire fort et dénué d'ambiguïté de la part du salarié. Les juges du fond disposent, à cet égard, d'un large pouvoir d'appréciation de la volonté de démissionner du salarié, compte-tenu des circonstances et des conditions ayant présidé à la rupture.

404 Ainsi, la place effective de la démission dans l'espace reconnu à la volonté du salarié ne saurait être surestimée. En contrôlant la qualité de la manifestation de volonté du salarié et en distinguant initiative et imputabilité de la rupture, les juges délimitent fortement le champ de la démission, réservant cette qualification à quelques situations où indéniablement le salarié exprime une décision de rupture unilatérale incontestable, notamment lorsqu'il entend travailler chez un autre employeur. Ce constat traduit la permanence du régime de protection dont bénéficie le salarié. La démission qui constitue pourtant le mode normal de résiliation à l'initiative du salarié, selon sa volonté propre et personnelle, paraît même *« vouée à disparaître du paysage juridique dans la mesure où, non seulement son champ d'application est étroit mais encore le salarié n'a aucun intérêt à l'utiliser même quand il est déterminé à quitter l'entreprise, car il a à sa disposition des modes de ruptures plus avantageux »*[1038].

Le salarié dispose, en effet, d'autres modes de rupture du contrat de travail dotés d'un régime juridique propre. Ainsi, paradoxalement, l'étroitesse de l'espace d'expression reconnu à la volonté du salarié de démissionner se conjugue avec la reconnaissance de modes de ruptures unilatérales ouverts exclusivement au salarié et qui lui confèrent une large capacité d'initiative mais aussi de prise de risques.

Section 2 : Le risque de la prise d'acte et de la résiliation judiciaire

405 Le processus d'extériorisation de volonté suppose l'initiative du sujet sous forme d'une décision. De l'accomplissement de l'acte voulu naît la responsabilité de son auteur qui doit en assumer les conséquences directes ou indirectes.

L'article L.1231-1 du code du travail dispose, à cet égard, que *« le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié ».* Dans le schéma classique, induit de ce texte[1039], la qualification juridique de la rupture du contrat à durée indéterminée dépend donc de l'identité de la partie à ce contrat qui prend l'initiative de la rupture unilatérale[1040]. Dès lors, l'initiative la plus significative du salarié serait sans nul doute la démission. Encore faut-il - nous venons de le voir- que la volonté de démissionner soit claire, sérieuse et non équivoque. L'initiative apparaît ainsi de l'ordre de l'action ou de la décision consciente et réfléchie. Or, parce que dans certaines situations complexes, il devient incohérent d'assimiler systématiquement l'auteur de la rupture, à la partie au contrat

[1038] J-Y Frouin, art. préc*. « Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail ».*

[1039] Article inspiré lui-même de l'article 1780 du code civil. Il est désormais complété par la mention « ou d'un commun accord… » introduite par la loi du 25 juin 2008 sur la modernisation du marché du travail.

[1040] V.G.H Camerlynck, *« De la conception civiliste du droit contractuel de la résiliation unilatérale à la conception statutaire du licenciement »,* JCP G 1958 I 1425. G.Couturier *« Les techniques civilistes et le droit du travail »,* D. 1975 chron. p 151. J. Pelissier *« Droit Civil et contrat individuel de travail »,* Dr. Soc. 1988 p 387.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

qui a pris l'initiative de le rompre, la Cour de cassation a procédé à la distinction entre initiative et imputabilité de la rupture[1041].

L'imputabilité est l'aptitude d'une personne à assumer les conséquences d'un acte ou d'une situation qu'elle a eu la volonté et la conscience d'accomplir ou de créer. Il en résulte que la qualification juridique de la rupture dépend de celui à qui elle est imputable et non de l'identité de celui qui a pris l'initiative de la rupture. Ainsi, ne peut-il y avoir démission si le salarié, bien qu'à l'initiative de la rupture du contrat de travail, n'entend pas en assumer la responsabilité,[1042] en raison des griefs qu'il formule à l'encontre de son employeur et qui constituent les motifs de ladite rupture. Une telle situation a ouvert la voie de la prise d'acte.

406 Après plusieurs épisodes jurisprudentiels mouvementés, la prise d'acte continue de susciter de nombreux questionnements. Notamment, ce mode de rupture autonome à l'initiative exclusive du salarié semble provoquer une fracture singulière entre ce qui est de l'ordre de l'initiative et de l'imputabilité de la rupture (§1). Cette singularité est accentuée par le fait que la prise d'acte rompt le contrat de travail, quelle que soit l'issue de la démarche engagée par le salarié.

En cas d'inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles, le salarié a aussi la faculté de saisir la juridiction prud'homale aux fins de voir prononcer la résiliation judiciaire du contrat. Dans cette hypothèse, l'initiative prise par le salarié de saisir le juge d'une demande de résiliation ne rompt pas le contrat de travail. Seule la décision du juge aura éventuellement cet effet en donnant la qualification juridique de la rupture. La résiliation judiciaire entre dans la fonction classique de régulation du juge.

Or, prise d'acte et action en résiliation judiciaire sont très souvent combinées, sans pouvoir cependant être confondues. L'analyse se portera ici essentiellement sur le degré d'autonomie de ces modes de rupture, eu égard à la succession dans le temps d'actes juridiques exprimant une volonté de mettre fin au contrat de travail (§2). En d'autres termes, on s'attachera aux effets et conséquences du concours de volontés de rupture.

§1- La prise d'acte : fracture singulière entre initiative et imputabilité

407 Depuis les décisions du 25 juin 2003, la Chambre sociale a entendu revenir, compte -tenu de ses effets excessifs et du profond « malaise » [1043] qu'elle avait suscité, sur sa jurisprudence antérieure[1044] en matière d'imputabilité de la rupture, en cas de prise d'acte de cette dernière par le salarié aux torts de l'employeur.

En effet, la prise d'acte ne pouvant s'analyser en une démission claire et non équivoque, était considérée comme un licenciement nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse en l'absence de lettre motivée de l'employeur, quel que soit le bien fondé des griefs reprochés à celui-ci. Le caractère réel et sérieux des griefs invoqués à l'encontre de l'employeur demeurait en quelque sorte étranger au règlement du litige. Ce qui revenait à abandonner au salarié la qualification de la rupture. La décision du salarié était suffisante pour faire imputer à l'employeur une rupture que le salarié n'entendait pas assumer, ce même si, en définitive, les griefs invoqués à l'encontre de l'employeur n'étaient

1041 Cass.Soc. 24/10/1979, Bull.civ. V n° 779 *« L'initiative de la rupture est distincte de l'imputabilité ».*

1042 Sauf éventuellement à établir postérieurement, comme nous l'avons vu, soit que sa volonté n'a pas été libre ou qu'elle a été altérée, soit qu'il s'agit d'une prise d'acte aux torts de l'employeur.

1043 P-Y Verkindt, TPS 2002 comm.370.

1044 Cass.Soc. 26/09/2002, Bull.civ .V n° 284.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

pas fondés. C'est ainsi que certains auteurs avaient pu parler d'autolicenciement[1045], le salarié choisissant en quelque sorte et de manière unilatérale d'être licencié. Il était par ailleurs indéniable qu'une telle jurisprudence, si elle perdurait, pouvait engendrer certaines pratiques critiquables, notamment au regard du régime des allocations chômage. Elle est désormais caduque.

408 Depuis ses arrêts de 2003, la Cour de cassation estime que lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat en raison de faits qu'il impute à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoquaient la justifiaient, soit dans le cas contraire d'une démission. Rendues sous le visa des articles L.122-4, L.122-13 et L.122-14-3 du code du travail[1046], ces décisions restituent donc aux juges du fond le pouvoir d'apprécier la cause réelle et sérieuse de la rupture. Ils devront ainsi vérifier la réalité des faits reprochés et décider si, eu égard à leur gravité, les faits dénoncés par le salarié produisent les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou, dans le cas contraire, ceux d'une démission.

Au regard de l'analyse de la volonté du salarié, la prise d'acte appelle ainsi deux lectures. La première porte sur la nature de la prise d'acte. Elle permet de constater que ce mode de rupture du contrat de travail met certainement en relief un accroissement du pouvoir de la volonté du salarié de rompre le contrat de travail lorsque l'employeur ne remplit pas ses obligations (A). L'initiative de la rupture lui appartient. La prise d'acte de la rupture pallie en quelque sorte l'insuffisance ou la déloyauté de l'employeur. Toutefois, sous un autre angle de lecture, celui des effets de la prise d'acte, il faut bien relever que celle-ci engendre une réelle prise de risque pour le salarié, dont il doit avoir conscience dès le moment de l'accomplissement de l'acte (B).

A. Un accroissement du pouvoir de la volonté

409 Par la prise d'acte, le salarié a assurément la faculté de considérer, de sa propre initiative, le contrat de travail comme rompu aux torts de l'employeur. Une telle prérogative peut même être considérée comme relevant non seulement du droit des contrats mais aussi du régime de la protection du salarié. A telle enseigne que seul ce dernier se voit reconnaître la possibilité d'une prise d'acte, y compris s'il s'agit d'un salarié protégé[1047] ou d'un salarié déclaré inapte suite à un accident du travail[1048].

Le droit semble reconnaître une grande liberté au salarié pour faire valoir une prise d'acte de la rupture de son contrat. Ainsi, la Cour de Cassation a admis que la démission motivée par les manquements de l'employeur à ses obligations s'analyse en une prise d'acte de la rupture du contrat de travail, nonobstant l'intitulé de la lettre adressée par le salarié[1049]. De manière générale, la qualification réelle de prise d'acte de la rupture, qu'elle soit remise directement par le salarié à son employeur ou présentée par le conseil du salarié au nom

[1045] J-E Ray, *« Le droit à l'autolicenciement »* , Liais. Soc. magasine Janvier 2003 p 52 et 53. G.Couturier , Sem. Soc. Lamy 22/10/2003 n° 1119. G.Couturier et J-E Ray, *«Autolicenciement , décision et revirement »,*Dr. Soc. 2003 p 817 et suiv.

[1046] Devenus respectivement les articles L.1231-1, L.1237-2 et L.1235-1 du code du travail.

[1047] Auquel cas la rupture produit soit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur lorsque les faits invoqués la justifiaient soit dans le cas contraire, les effets d'une démission. V. notamment Cass.Soc. 21/01/2003 Bull.civ.V n°13. Cass.Soc. 05/07/2006 Liais. Soc. 19/07/2006 jp n°968.

[1048] Cass. Soc. 21/01/2009,Liais. Soc. 02/02/2009 n° 15293.

[1049] Cass.Soc. 15/03/2006, JCP éd.soc. n°13 02/05/2006, 1356, obs. P-Y Verkindt.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de celui-ci[1050], dépend essentiellement de son contenu. Un écrit semble donc bien exigé, qui exprime la volonté sérieuse du salarié de rompre le contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à l'employeur, la date de notification marquant notamment le point de départ du délai de renonciation de l'employeur à la clause de non concurrence[1051].

410 Sans doute, les arrêts du 9 mai 2007 [1052] vont-ils servir désormais de ligne de partage entre les qualifications juridiques de démission et de prise d'acte de la rupture, en particulier lorsque la lettre de démission ne précise pas explicitement les torts de l'employeur. Dans ce dernier cas, rappelons que si le salarié demande par la suite la requalification de sa démission au regard des griefs qu'il invoque à l'encontre de son employeur, le juge ne pourra analyser la démission en prise d'acte que s'il résulte des *« circonstances antérieures ou contemporaines de la démission, qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque ».* La prise d'acte de la rupture ne semble pas devoir être systématiquement déduite d'une démission.

Ainsi, une démission pour convenances personnelles a-t-elle été analysée, dans plusieurs des arrêts du 9 mai 2007, en une prise d'acte, dès lors que les juges ont constaté que des faits avaient été reprochés à l'employeur par le salarié dans un délai entourant la démission ou que la lettre de démission était accompagnée de décompte de sommes restant dues par l'employeur.

Par ailleurs, la Cour de cassation avait eu l'occasion de préciser que le comportement du salarié ne devait pas être en contradiction avec la prise d'acte de la rupture du contrat, à défaut de quoi celle-ci serait équivoque[1053]. On peut aussi penser que la jurisprudence cherche, sur ce point, à s'aligner sur les solutions admises en matière de démission. La prise d'acte doit donc être claire, sérieuse et non équivoque. Dès lors que la qualification de prise d'acte de la rupture du contrat ne fait plus de doute, le juge examinera ensuite les griefs invoqués par le salarié à l'encontre de l'employeur.

411 La lettre de rupture fixe-t-elle, comme en matière de licenciement, les limites du litige ? On a pu le penser au travers de certaines décisions[1054], renvoyant à l'idée contestable d'un parallélisme des formes avec la lettre de licenciement. Mais, par un arrêt en date du 29 juin 2005,[1055] la Cour de cassation décidait plus justement que *« l'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur ne fixe pas les limites du litige. Le juge est donc tenu d'examiner les manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié, même si celui-ci ne les a pas mentionnés dans cet écrit ».*

412 Se pose alors la question de savoir si toute faute patronale permet une prise d'acte par le salarié. Il semble que l'intéressé doive invoquer des faits, griefs, réclamations,

[1050] Cass.Soc. 04/04/2007 Liais. Soc. 17/04/2007 n° 14 853. La Chambre sociale a d'ailleurs précisé que la prise d'acte n'était soumise à aucun formalisme et en a déduit qu'elle pouvait valablement être présentée par le conseil d'un salarié au nom de celui-ci.

[1051] Cass.Soc. 08/06/2005 Bull.civ. Vn° 194.

[1052] Cass.Soc. 09/05/2007, arrêts préc.

[1053] Ainsi, le fait de continuer à travailler après avoir pris acte de la rupture ne constituera pas une manifestation de rompre le contrat. L'initiative du salarié s'analysera en une demande de résiliation judiciaire du contrat(Cass.Soc. 27/09/2005 n° 04-44881 inédit).En revanche, le comportement du salarié postérieurement à la prise d'acte semble sans incidence. (Cass.Soc. 19/10/2005 RJS 1/2006 n° 20).

[1054] Cass.Soc. 19/10/2004 juris-data n° 2004-025288, Bull.civ.V n°263.

[1055] Bull.civ. V n° 223.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

suffisamment graves pour justifier la rupture aux torts de l'employeur[1056]. C'est, dès lors, le salarié qui se fait juge du comportement de l'employeur, avec les défauts d'estimation inhérents à ce type d'exercice.

Au surplus, la contestation du salarié doit se situer dans le facteur temps précisé par la jurisprudence (circonstances antérieures ou contemporaines). Il avait été admis dans l'un des arrêts du 9 mai 2007 qu'une rétractation de la démission intervenue six jours après la démission était de nature à la rendre équivoque, ce qui signifie que la rétractation avait été considérée comme contemporaine de la démission. A l'opposé, une contestation exprimée trois mois après la démission n'est pas de nature à la rendre équivoque[1057]. Entre ces deux termes, il est donc permis d'hésiter[1058].

Toujours est-il que les effets de la prise d'acte sont irrévocables. Celle-ci est un mode de rupture autonome qui entraîne derechef la rupture du contrat de travail et cette rupture n'est ni une démission, ni un licenciement. C'est au juge saisi qu'il appartient d'apprécier, d'abord, si les faits invoqués par le salarié légitimaient ou non la rupture et *« de cette appréciation dépend ensuite, non pas la qualification de la rupture, mais les effets de l'une ou l'autre des qualifications possibles»* [1059].

Ainsi, le processus volontaire du salarié dans la prise d'acte de la rupture est-il assorti d'une vraie prise de risque qu'il appartient au salarié de savoir mesurer.

B. Une prise de risque

413 Pour remédier aux effets critiquables de la jurisprudence antérieure, la solution dégagée par les arrêts de 2003 inverse le raisonnement. Partant de la réalité et de l'appréciation du bien-fondé des griefs invoqués par le salarié à l'encontre de l'employeur comme étant à l'origine de la rupture, elle permet d'éviter la mécanique automatique qu'enclenchait auparavant l'exclusion de la qualification démission.

En conséquence, si les manquements reprochés à l'employeur sont établis, la rupture produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse . En revanche, s'ils ne sont pas établis ou, insuffisamment établis ou ne sont pas considérés par le juge comme assez graves pour justifier la rupture[1060], celle-ci sera néanmoins irréversible, car déjà consommée, et emportera les effets d'une démission, tant en ce qui concerne le régime juridique de la rupture que s'agissant de la situation du salarié au regard du régime d'assurance chômage. En s'abstenant, dans ce dernier cas, de qualifier la rupture de démission, pour énoncer qu'elle en produit seulement les effets, la Cour préserve la définition juridique de la démission. En effet, il ne peut pas s'agir stricto sensu d'une démission, laquelle exige une volonté claire, sérieuse et non équivoque du salarié de mettre

1056 A titre d'exemples Cass.Soc. 19/01/2005, Bull.civ.V n° 892. Cass.Soc. 15/03/2005 Bull.civ. V n° 91. Toutefois, il est difficile aujourd'hui d'avoir une réponse tranchée sur la question compte-tenu de la jurisprudence.Tout manquement de l'employeur paraît susceptible de justifier la rupture du contrat, sans considération du préjudice effectivement subi par le salarié.

1057 Cass.Soc. 27/03/2008 n° 06-46.516.

1058 J-Y Frouin, art. préc. *« Les ruptures à l'initiative du salarié et le droit de la rupture du contrat de travail ».*

1059 J-Y Frouin, chr. RJS 8-9/2003 p 647 et suiv.

1060 A titre d'illustrations, on peut relever qu'ont été considérés comme des faits suffisamment graves pour justifier la rupture : le non paiement de tout ou partie de la rémunération, la modification unilatérale du contrat, le harcèlement moral ou sexuel, des faits de violence physique ou encore le non-respect de la réglementation du travail. V. J-Y Frouin , *« Les ruptures du CDI à l'initiative du salarié (démission, prise d'acte, résiliation judiciaire) »,* RDT 2007 p 150.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

fin unilatéralement au contrat de travail et d'en assumer les conséquences. Le caractère « non équivoque » serait manifestement absent.

414 Au demeurant, force est de constater que le salarié est sanctionné plus sévèrement lorsqu'il a pris acte de la rupture sans raison ou sans raison suffisante, que lorsqu'il a abandonné son poste par exemple. Que, dans ce dernier cas, l'intéressé n'ait pas pris l'initiative d'une rupture est sans doute déterminant. Il a seulement démontré une attitude passive, cessant d'exécuter son contrat, ce qui, le cas échéant, peut être tenu pour une faute, mais non pour une manifestation de volonté de mettre un terme à la relation de travail[1061]. On sera porter à penser que le juge considère la prise d'acte de la rupture comme un acte de volonté autonome du salarié et que le creuset de l'analyse est l'initiative de la rupture.

415 Certains auteurs[1062] ont apparenté la solution des arrêts de 2003 à la résiliation unilatérale retenue notamment par la jurisprudence de la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation *« La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin à ses risques et périls »* [1063] *.* Serait ainsi consacrée une voie de « justice privée », sous l'appréciation souveraine des tribunaux. Ce rapprochement n'est pas sans intérêt et les analogies existent effectivement entre la prise d'acte de la rupture et la résiliation unilatérale, notamment en cas d'urgence.

En effet, les tribunaux admettent que la résolution d'un contrat puisse opérer, sans intervention du juge, lorsque la gravité de l'inexécution du contrat est telle qu'une solution immédiate s'impose ou lorsque les relations de confiance entre les parties sont telles que la poursuite de l'exécution du contrat n'est plus possible[1064]. Cependant, un contrôle judiciaire a posteriori est toujours possible pour éviter que cette faculté soit exercée abusivement. Pour autant, les situations visées par la jurisprudence civile concernent encore aujourd'hui des cas exceptionnels, où l'urgence semble prédominer[1065]. En outre, la prise d'acte nécessite impérativement l'intervention du juge, ne serait-ce que pour en définir les effets juridiques. Dès lors, la clarification de la prise d'acte de la rupture par le salarié ne semble pas devoir passer nécessairement par le recours à la figure juridique de la résolution unilatérale du contrat, sauf à vouloir réglementer la prise d'acte pour la « sécuriser ». Car il est indéniable que cette dernière tend à devenir le mode principal de rupture à l'initiative du salarié, menaçant même la pérennité de la qualification de démission. Cette amplification de la prise d'acte pourrait alors justifier sa clarification juridique, en même temps qu'un recentrage de la définition de la démission[1066].

416 En tout état de cause, si la prise d'acte est un acte volontaire fort qui semble en expansion, elle apparaît aussi comme une vraie prise de risque de la part du salarié. La

[1061] P.Pochet, *« Initiatives atypiques du salarié en matière de rupture du contrat de travail »,*JCP S 2005, 1435.

[1062] G.Couturier, J-E Ray, art. préc. *« Autolicenciement, décision et revirement »,* p 817 et suiv.

[1063] 1ère ch.civ.Cass.13/10/1998, JCP 1998 II 10 133, note N. Rzepepecki, RTD Civ 1999, 334.

[1064] C. Larroumet, traité préc. p 681 et suiv.

[1065] Un tel droit de résiliation unilatérale pourrait cependant entrer dans le code civil puisque l'avant – projet de réforme du droit des obligations dit Projet Catala, le consacre dans un article 1158 tout en l'encadrant. Mr J-Y Frouin souligne dans son article précité (*« Les ruptures du CDI à l'initiative du salarié (démission, prise d'acte, résiliation judiciaire)* , p 150) , qu'un texte de cette nature dans le code civil pourrait être directement applicable à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, à défaut de réglementation de celle-ci dans le code du travail.

[1066] Même si les arrêts du 9 mai 2007 apparaissent comme un premier pas sur cette voie.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

démarche de ce dernier ne lui donne aucune garantie sur les effets de la rupture dont il a pris l'initiative et il n'est pas exclu qu'il perde, outre son emploi, le bénéfice d'indemnités de rupture, des dommages-intérêts éventuels et enfin des allocations de chômage.

Le salarié qui ne veut pas prendre de tels risques peut toujours opter pour la voie de la résiliation judiciaire. D'ailleurs, la recrudescence des contentieux qui combinent les deux dispositifs, montre parfois l'incertitude des choix des salariés et partant complique les enjeux, par un concours de procédures et d'actes de ruptures.

§2- Prise d'acte et résiliation judiciaire : les concours de volontés de rupture

417 La prise d'acte et la résiliation judiciaire ne peuvent désormais résulter que d'une initiative du salarié[1067].Ces deux « initiatives atypiques » [1068] de rupture du salarié sont à l'origine d'un contentieux nourri et peuvent interférer, ce qui traduit souvent une recherche de clarification de la situation en cause. La difficulté tient alors au concours de volontés de rupture du contrat de travail, d'autant plus que l'employeur peut être amené à réagir de son côté.

Selon la jurisprudence, aujourd'hui fixée, la prise d'acte par le salarié est acquise du fait de la lettre de ce dernier[1069], tout acte de l'employeur voulant à son tour la matérialiser, notamment par un licenciement, est donc inutile « …*le contrat étant rompu par la prise d'acte du salarié, l'initiative prise ensuite par l'employeur de licencier le salarié est non avenue »* [1070] . « Rupture sur rupture ne vaut »[1071]. Ainsi, saisi par un salarié d'une demande de dommages -intérêts en raison de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur, le juge doit déterminer si les griefs allégués dans la lettre de rupture de ce dernier, étaient fondés ou non, peu important la convocation du salarié à un entretien préalable à un éventuel licenciement[1072].

418 S'agissant de la résiliation judiciaire du contrat de travail, on sait que si les griefs sont fondés, celle-ci sera prononcée aux torts de l'employeur et produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. A défaut de manquements justifiés de l'employeur, le salarié sera débouté de sa demande sans que le juge puisse pour autant qualifier la rupture de démission, le contrat de travail se poursuivant alors [1073].

Lorsque le salarié saisit la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire mais prend ensuite acte de la rupture du contrat, la demande en résiliation judiciaire n'opère pas rupture du contrat, laquelle n'intervient qu'avec la décision du juge. Le juge n'a plus alors à se prononcer sur la résiliation judiciaire demandée, puisque la prise d'acte a entraîné la cessation immédiate du contrat de travail[1074]. Il doit cependant fonder sa

1067 Sauf dans de rares cas où un texte prévoit la possibilité pour l'employeur d'agir en résiliation judiciaire (v. notamment sur ce point P-Y Verkindt note JCP S 2006,1948).

1068 V. P. Pochet,note.préc. *« Initiatives atypiques du salarié en matière de rupture du contrat de travail ».*

1069 Au surplus, à l'instar de la démission, le salarié ne saurait valablement revenir sur la prise d'acte. La rupture étant consommée, elle ne pourrait être remise en cause par le salarié qu'avec l'acceptation de l'employeur.

1070 Cass.Soc. 19/01/2005, Bull.civ. V 2005 n°11. Cass.Soc. 03/05/2006, JCP S 2006, 1498, note J-Y Frouin.

1071 J- E. Ray, *« Prise d'acte par le salarié (acte III) »*, Liais. Soc. magazine, fév. 2007 p 46-47.

1072 Cass.Soc. 28/06/2006 Juris- Data n° 2006-034285. Cass.Soc. 16/11/2005, Bull.civ. V n°234.

1073 Toutefois, si les faits invoqués par le salarié ne sont pas établis et qu'il a cessé le travail, la rupture lui sera imputable si l'on en croit un arrêt de la Cour de cassation du 19 octobre 2004 (RJS 1/2005 n° 34).

1074 Cass.Soc. 31/10/2006, JCP S 2006, 1948, P-Y Verkindt .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

décision sur les faits invoqués par le salarié tant à l'appui de sa prise d'acte qu'à l'appui de sa demande de résiliation judiciaire, devenue sans objet. Cette solution, confirmée depuis lors,[1075] est conforme à la jurisprudence qui considère que la lettre par laquelle le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail ne fixe pas les limites du litige. Le salarié peut toujours prendre acte de la rupture du contrat, que ce soit en raison des faits dont il a saisi le conseil de Prud'hommes ou pour d'autres faits[1076].

Inversement, le salarié peut prendre acte de la rupture et saisir ensuite le conseil des Prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire. Toutefois, la prise d'acte ayant consommé la rupture du contrat, la demande de résiliation judiciaire sera alors sans objet. Le juge appliquera le régime juridique des décisions de 2003 concernant la prise d'acte.

419 En revanche, que se passe-t-il lorsqu'une rupture à l'initiative de l'employeur est notifiée au salarié, alors que le juge n'a pas rendu sa décision sur une demande de résiliation judiciaire du contrat par le salarié ? Le juge devra d'abord rechercher si la résiliation judiciaire était justifiée puis, dans la négative, examiner les motifs de licenciement invoqués par l'employeur[1077]. Si le salarié agit ultérieurement devant le conseil des prud'hommes aux fins de résiliation judiciaire du contrat, alors que son licenciement lui a été précédemment notifié, l'action est alors sans objet, le licenciement ayant consommé la rupture. Toutefois, le juge doit prendre en considération les griefs invoqués par le salarié au soutien de sa demande de résiliation, dès lors qu'ils sont de nature à avoir une influence sur l'appréciation du bien-fondé du licenciement[1078].

Ainsi, l'imbrication des contentieux peut-elle devenir révélatrice des enjeux des volontés des parties en matière de rupture du contrat de travail. Chaque partie tente alors de faire prévaloir sa propre perception de la situation de rupture et, surtout, de son imputabilité.

420 Parce que la prise d'acte est un véritable mode autonome de rupture du contrat à l'initiative du salarié, il est évident que ce dernier s'y engage à ses risques et périls, certainement plus qu'en recourant à une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail. En effet, s'agissant de ce dernier mode de rupture, le juge conserve un pouvoir modérateur certain et il n'est pas tenu de prononcer la résiliation demandée, le contrat pouvant en principe se poursuivre. En revanche, la prise d'acte consomme la rupture du contrat de travail, elle s'inscrit dans un véritable processus volontaire du salarié, dont l'issue traduira simplement le régime juridique applicable à ladite rupture. Dès lors, la prise d'acte apparaît bien comme une arme à double tranchant à la disposition du salarié. Un pouvoir de rupture mais à imputabilité incertaine.

Chapitre II : L'accord des parties sur la rupture du contrat de travail

421 Il est permis de se demander si, avec l'arrivée de la rupture conventionnelle, le droit positif n'est pas en train de poser un regard nouveau sur la volonté du salarié en situation de rupture du contrat de travail, en ouvrant des facultés nouvelles d'organisation commune de la rupture.

1075 Cass.Soc. 13/12/2006, RJS 2/2007 n°216.

1076 Cass.Soc. 21/12/2006, JCP S 2007, 1172, note P-Y Verkindt.

1077 Cass.Soc. 21/06/2006, JCP S 2006, 1780, note P-Y Verkindt.

1078 Cass.Soc. 20/12/2006, JCP S 2007, note Verkindt.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Classiquement, les dispositions de l'article 1134 alinéa 2 du code civil, permettent à l'employeur et au salarié de mettre fin à leur convention par consentement mutuel[1079]. C'est le corollaire classique du principe de la force obligatoire des conventions. Qui plus est, le législateur l'a expressément prévu pour certaines relations contractuelles du travail[1080]. La résiliation conventionnelle du contrat de travail, mode autonome de rupture fondé sur le consentement mutuel, constitue un signe fort de l'autonomie des parties au contrat. En tant que telle et pour d'autres raisons tenant à ses effets, elle ne trouvait cependant que difficilement sa place entre les autres modes de rupture unilatérales du contrat de travail, en particulier le licenciement. Toutefois, après une longue période de méfiance, la rupture conventionnelle semble connaître aujourd'hui un regain de faveur conforté par la loi du 25 juin 2008 (Section 1).

Jusqu'à présent, le droit s'était principalement focalisé sur l'accord des parties, destiné non pas à rompre le contrat de travail mais à régler les conséquences d'une rupture unilatérale déjà consommée. C'est ainsi que l'accord transactionnel conclu par les parties en vue de régler un litige né de la cessation du contrat par des concessions réciproques, a fait l'objet d'une abondante jurisprudence. Les solutions adoptées traduisent la défiance, déjà observée, quant à la possibilité pour le salarié de renoncer à ses droits. En effet, la transaction emporte renonciation de chacune des parties à un droit d'agir en justice. Pourtant, bien que la renonciation du salarié ne soit pas une figure privilégiée des relations contractuelles en droit du travail, tant il est vrai qu'il existe une différence de nature entre volonté subordonnée et volonté abdicative, la volonté du salarié de transiger n'est pas exclue. Pour cela, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est attachée à clairement différencier les résiliations unilatérale et conventionnelle de l'accord transactionnel. En imposant des conditions de validité strictes et en exigeant que l'acte ne soit conclu qu'une fois dissout le lien de subordination, le juge reconnaît au salarié une volonté tournée vers le règlement amiable d'un litige né de la rupture du contrat de travail (Section2).

Section 1 : La résiliation conventionnelle : de la suspicion à la faveur

422 Quelle que soit sa dénomination en droit du travail, la résiliation amiable ou résiliation conventionnelle[1081] a pour objet de réaliser la rupture du contrat de travail par accord de volontés des parties et « *d' organiser les conditions de la cessation de leurs relations de travail* »[1082]. Il s'agit donc d'un mode de rupture du contrat autonome, distinct des résiliations unilatérales sur initiatives de l'employeur et du salarié, plus communément qualifiées de licenciement et démission.

[1079] *« Les conventions légalement formées tiennent lieu de 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. »*

[1080] Actuellement, les dispositions relatives à la rupture anticipée du contrat à durée déterminée définies à l'article L.1243-1 du code du travail et celles de l'article L.6222-18 du code du travail relatives au contrat d'apprentissage prévoient des cas de résiliation légale d'un commun accord des parties. En outre, l'article L1233-67 du code du travail déclare qu'en cas d'accord du salarié d'une proposition de convention de reclassement personnalisé, le contrat de travail est réputé rompu d'un commun accord des parties. Il en est de même lorsque le salarié accepte une proposition de congé de mobilité (art.L.1233-80 du code du travail).

[1081] Il s'agit des expressions les plus communément employées. Mais, d'autres terminologies sont utilisées : résiliation amiable, résolution amiable, révocation amiable, renonciation d'un commun accord,…

[1082] Arrêt Purier préc.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

C'est l'article 1134 alinéa 2 du code civil qui autorise classiquement la révocation d'une convention légalement formée par consentement mutuel ou pour les causes d'extinction que la loi autorise.

Toutefois, en droit du travail, ce mode de rupture, peu usité du moins jusqu'à présent, a suscité et suscite sans doute encore, des réserves.

423 La résiliation conventionnelle du contrat de travail est, en effet, suspectée d'un relent de fraude, voire de renoncement au droit du licenciement.Quel est l'intérêt d'une rupture commune du contrat de travail alors que chaque partie possède en propre une faculté de résiliation unilatérale réglementée par la loi ?Si le salarié a réellement la volonté de mettre fin à son contrat de travail, la démission semble être le mode de résiliation le plus représentatif de cette volonté[1083]. Dès lors qu'il n'exerce pas son droit à démission, c'estdoncqu'il estime soit que l'initiative de la rupture n'est pas de son fait, soit que son « intérêt » est de s'entendre d'un commun accord avec son employeursur le principe et les modalités de la rupture, notamment les conditions financières.L'employeur, quant à lui, a un intérêt plus visible et certain à la rupture d'un commun accord, en particulier pour éviter l'application des règles et procédures fort contraignantes du licenciement. On le voit, la cause de l'acceptation de chacune des parties va donc au-delà de l'acceptation de l'autre. Chacune doit avoir un intérêt particulier à accepter ce mode de rupture autonome, de préférence au licenciement et à la démission**.** Cet intérêt est à l'évidence dans une contrepartie consensuelle que la rupture d'un commun accord au sens de l'article 1134 du code civil ne prévoit pas. En revanche, le nouveau dispositif de la loi du 25 juin 2008[1084] a parfaitement pris en compte cet aspect indemnitaire, en ouvrant droit, de surcroît, aux allocations chômage[1085]. De sorte que le salarié paraît avoir, désormais, un intérêt certain à vouloir recourir à la rupture conventionnelle de son contrat.

424 En outre, la résiliation conventionnelle du contrat de travail nécessite de veiller avec soin à la qualité des consentements, en raison d'une part de la radicalité de ses effets juridiques, et d'autre part de la subordination qui irradie la relation individuelle de travail et rend suspecte l'idée d'une volonté commune des parties de rompre le contrat. Cette volonté doit donc être sécurisée. C'est cette approche qui a été privilégiée par les signataires de l'ANI du 11 janvier 2008 et par le législateur, en instaurant la rupture conventionnelle du contrat de travail. Ainsi, la loi du 25 juin 2008 prévoit-elle un régime spécifique à cette rupture, dans le cadre d'une procédure destinée à garantir la liberté de consentement des parties.

On le voit, si par le passé le droit du travail, et en particulier la jurisprudence, n'ont pas manifesté une opposition formelle à la résiliation conventionnelle puisqu'ils lui ont reconnu progressivement un champ d'application, tout en sauvegardant les règles essentielles de protection (§1), l'institutionnalisation récente de la rupture conventionnelle dans le code

1083 Sachant, par ailleurs, que la résiliation conventionnelle « classique » et la démission ne génèrent en principe ni l'une ni l'autre des droits à indemnisation chômage.

1084 *En effet, la rupture conventionnelle issue de la Loi du 25 juin 2008 a un avantage certain par rapport à la rupture d'un commun accord classique : celui de prévoir obligatoirement le bénéfice d'une indemnité de rupture au moins égale à l'indemnité conventionnelle ou légale de licenciement qui suit le régime fiscal et social des indemnités de rupture en matière de licenciement (sauf pour les salariés qui sont en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire). A cela, s'ajoute le droit à indemnisation chômage (v. infra § 2).*

1085 On verra qu'il en est de même, s'agissant des résiliations amiables pour motif économique. V. infra §1A).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

du travail[1086] par la loi du 25 juin 2008 pourrait bien développer ce mode autonome de rupture. En effet, ce nouveau dispositif intègre, désormais, des éléments de sécurisation qui répondent aux principales critiques antérieurement exprimées à l'encontre de la rupture amiable « classique » (§2). Mais cela exclut-il désormais tout doute quant à la volonté exprimée par le salarié?

§1- Un champ d'application reconnu mais encadré

425 Antérieurement à la loi du 25 juin 2008 créant le dispositif de la rupture conventionnelle, la question de la validité de la résiliation conventionnelle du contrat de travail a été controversée, tant il est vrai quela liberté offerte par l'article 1134 du code civil n'est pasexempte d'inconvénients spécifiques pour le salarié. Différents courants animaient la doctrine : certains auteurs refusaient ce mode de rupture en raison de l'autonomie du droit du licenciement [1087], tandis que d'autres considéraient qu'il s'agissait d'une stricte application du droit commun. La Cour de cassation a tranché, en énonçant que le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou par une démission, mais encore du commun accord des parties. Mais cette licéité de principe ne va pas sans un certain cantonnement et un contrôle étroit du champ d'application de la résiliation amiable.

Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle admis progressivement la résiliation amiable pour motifs économiques, mais en veillant au respect de certaines dispositions relatives au licenciement économique (A). De plus, face aux pratiques conventionnelles, la Chambre sociale distinguait fermement la rupture conventionnelle du contrat de travail de la transaction dont la finalité et le régime juridique sont spécifiques (B). Enfin, les magistrats ont toujours pris soin de sauvegarder les règles de protection spéciale dont bénéficient certains salariés (C).

A. La résiliation conventionnelle dans le cadre de motifs économiques

426 Pendant longtemps, les *« départs négociés »* dans un contexte de difficultés économiques de l'entreprise ont été le terrain d'élection des ruptures conventionnelles, en arguant du volontariat des salariés concernés contre paiement de fortes sommes d'argent. Ce que Madame le professeur Vatinet qualifiait de *« mutuus dissensus d'adhésion »* [1088].

Par petites touches successives, la jurisprudence [1089] puis le législateur[1090] ont imposé de rendre applicables les dispositions particulières relatives aux licenciements économiques à toute rupture du contrat de travail résultant d'une cause économique, quelles que soient ses formes et modalités. Le dispositif protecteur du droit du licenciement économique primait sur l'autonomie des départs volontaires à caractère économique. La résiliation

[1086] Art. L.1237-11 à L.1237-16 du code du travail.

[1087] C.Radé, *« L'autonomie du droit du licenciement, brefs propos sur les accords de résiliation amiable du contrat de travail et les transactions »,* Dr.Soc. 2000, p 178. J.Savatier *« Les limites de la faculté de résiliation amiable du contrat de travail »*, RJS 5/2002, p 399 et suiv.

[1088] R.Vatinet, *« Le mutuus dissensus »,* RTD civ. 1987, p 252 et suiv.

[1089] V. notamment Cass. Soc 10/04/91, CSBP 91 A 39 p 163.

[1090] Ainsi l'article L.321-1 alinéa 2 devenu l'article L.1233-3 alinéa 2 du code du travail, issu de la loi n°92-722 du 29 juillet 1992, énonce-t-il que *« les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail [à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L.1237-11 et suivants], résultant de l'une des causes économiques de l'alinéa précédent ».* La mention entre parenthèses a été ajoutée par la loi du 25 juin 2008.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

conventionnelle était donc sans effets lorsque le fait générateur de la rupture n'était pas la volonté commune des parties mais la situation économique de l'entreprise; la volonté individuelle n'intervenant que dans un second temps.

427 A l'occasion de deux arrêts en date du 2 décembre 2003 [1091], la Cour de cassation a affirmé à nouveau et précisé ses solutions antérieures, au visa des articles 1134 du code civil, ainsi que des articles L.121-1 alinéa 1 et L.321-1 alinéa 2 du code du travail[1092]. Elle énonce, tout d'abord, que *« le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission, mais encore du commun accord des parties ».* La résiliation conventionnelle a donc bien une place spécifique reconnue en droit du travail[1093] et, partant, la volonté du salarié peut valablement s'y manifester. Ensuite, la Cour souligne que *« le salarié concerné par un projet de motif économique n'est pas privé de la faculté de proposer à son employeur une rupture amiable de son contrat de travail, s'il estime y avoir intérêt »*, voire d'accepter une offre de départ volontaire dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise. En effet, parmi les mesures que comporte le plan de sauvegarde de l'emploi[1094], des dispositions organisant des départs volontaires sont susceptibles d'être prévues. Encore faut-il pour que la rupture soit légitime qu'elle intervienne dans le cadre d'un accord collectif et que le comité d'entreprise ait été consulté sur la mise en œuvre de ce dernier.L'insistance de la Cour de cassation à vérifier, dans chaque affaire, que le comité d'entreprise a bien été consulté sur l'accord en question, laisse à penser qu'il s'agit d'une garantie substantielle[1095] .

428 Au surplus, la Haute juridiction protège aussi les intérêts particuliers du salarié qui rompt son contrat en accord avec son employeur. Cette rupture n'est licite qu'en l'absence de tout litige entre les parties. La Cour de cassation fait allusion à la jurisprudence sur la transaction, celle-ci ne pouvant être signée qu'une fois le licenciement régulièrement notifié. Cette condition est donc générale. Dès lors qu'un litige existe entre les parties, qu'il porte notamment sur la rupture, l'accord de rupture conventionnelle est impossible sous peine de disqualification en transaction et d'annulation corrélative de l'acte[1096]. Dernière exigence de

[1091] Cass.soc. 02/12/2003,Liais. Soc. 15/12/2003, jp n° 844.; D.2004 som. com. p 389, obs.A.Lyon-Caen ; Dr. Soc. 2004 p 318, obs. J.Savatier.

[1092] Devenus depuis les articles L.1221-1 et L.1233-3 alinéa 2 du code du travail.

[1093] Il s'agit en réalité d'une confirmation. Rappelons, notamment, qu'un arrêt de la Chambre sociale en date du 8 février 1989 (BC V n°104, D.1990 jur.p 339 note Y.Saint Jours) précisait déjà que *« le contrat de travail peut prendre fin non seulement par licenciement ou démission, mais encore à la suite d'un accord entre les parties ».*

[1094] Selon l'article L.1233-61du code du travail, *« dans les entreprises de 50 salariés et plus, lorsque le projet de licenciement concerne 10 salariés ou plus, dans une même période de 30 jours, l'employeur établit et met en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre. Ce plan intègre un plan de reclassement visant à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité, et notamment celui des salariés âgés ou présentant des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile ».* Le plan s'inscrit dans le respect d'une procédure fixée par le code du travail qui implique l'information et la consultation des institutions représentatives du personnel (v. Code du travail, Section III, Chapitre II Licenciements pour motifs économiques). Il peut par ailleurs faire l'objet d'un accord collectif.

[1095] Cass.Soc.13/09/2005. Bull.civ.V n°252. Condition qui s'impose d'autant plus que les ruptures ainsi qualifiées sont soustraites à un contrôle de justification (A.Lyon-Caen, art. préc.).

[1096] Encore faut-il rappeler que *« la mise en œuvre d'un accord collectif dont les salariés tiennent leurs droits (dans le cadre d'un licenciement économique) ne peut être subordonnée à la conclusion de contrats individuels de transaction ».* (Cass.soc. 05/04/2005,Liais. Soc. 25 avril 2005,jp n° 905).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

la Haute juridiction, la convention de résiliation amiable doit, dans le contexte économique, préserver les droits du salarié, non seulement « aux indemnités de rupture»[1097]mais aussi, au bénéfice de la priorité d'embauche [1098]et de la convention de reclassement personnalisé[1099] ou du contrat de transition professionnelle, si ce dernier dispositif est applicable[1100].

On évoquera, enfin, les accords de gestion prévisionnelle des emplois et de compétences (GPEC). Bien qu'ils n'aient pas pour finalité première d'organiser des « départs négociés » des salariés[1101], ceux-ci ne sont pas exclus puisque l'article L.2242-17 mentionne le statut fiscal et social des indemnités de départ volontaire, lorsque de tels départs sont prévus dans la négociation, concernant notamment la qualification des catégories d'emplois menacées par des évolutions économiques ou technologiques[1102]. Dans ces hypothèses, de telles ruptures font également l'objet d'un contrôle par l'autorité administrative opéré en aval.

429 Si l'espace d'exercice de la volonté du salarié a gagné en extension s'agissant des résiliations conventionnelles pour motifs économiques, son encadrement par le juge demeure prégnant, concernant tant la qualité du consentement exprimé que les effets notamment financiers de ce mode de rupture. Le contexte économique de la « rupture négociée » n'est effectivement pas un terrain propice à l'expression d'un pur volontariat du salarié. Plus largement, ce dernier est renvoyé à l'examen attentif de son « intérêt », à une certaine responsabilisation qui n'exclut cependant pas les règles d'ordre public protégeant le salarié. Il y a donc une adaptation judiciaire du régime juridique de la résiliation conventionnelle de droit commun pour répondre aux exigences spécifiques au droit du travail[1103].

Telles étaient les conditions jurisprudentielles de la rupture négociée ou des départs négociés ou volontaires pour motif économique. Toutefois, la loi du 25 juin 2008, en introduisant la rupture conventionnelle, semble, quelque peu, bouleverser la construction jurisprudentielle des quinze dernières années[1104] et, à tout le moins, poser de sérieuses difficultés d'articulation entre ce régime et le droit du licenciement économique[1105].

[1097] Exclues de la rémunération imposable par l'article 80 *duodecies* du Code général des Impôts.

[1098] Cass.Soc. 13/09/2005, Bull.civ. V 2005, n°252.

[1099] Cass.Soc. 18/12/2008, JCP S n°16-17, 14/04/2009, 1171, note S. Béal.

[1100] Toutefois, lorsque la résiliation du contrat résulte d'un commun accord des parties, et a priori de la volonté du salarié de rompre le contrat, l'obligation de reclassement ne semble pas être imposée (CA Lyon, 16/02/2006, JSL2006, n°186, obs.M-C Haller. CA Versailles, 01/04/2009, n°09/01005, Bref Soc. N°15339 du 07/04/2009).

[1101] V. article L.2242-15 du code du travail intégré d'ailleurs dans la Section III Négociation triennale du Chapitre II Négociations obligatoires en entreprises du Livre II intitulé Négociations Collectives- Conventions et accords collectifs de travail.

[1102] V. art. L.2242-16 du code du travail.

[1103] V notamment, S.Béal, *« La résiliation amiable pour motif économique »,* JCP S n°1617, 15 avril 2009, 1171.

[1104] V. A.Fabre, *«Rupture conventionnelleet champ du licenciement pour motif économique : une exclusion troublante »,* RDT nov. 2008, p 653 et s. L'auteur analyse les liens, ambigüs, que le dispositif de la rupture conventionnelle noue avec le licenciement pour motif économique, au regard, successivement, de la modification de l'article L.1233-3 du code du travail et des limites posées par le nouvel article L.1237-16 du code du travail. V. infra § 2

[1105] En particulier, la modification de l'article L.1233-3 du code du travail et la rédaction de l'article L.1237-16 du code du travail sembleraient être de nature à permettre la réalisation de moins de dix ruptures conventionnelles en dehors du licenciement pour motif économique.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Sous un autre angle, la Cour de Cassation s'est efforcée de déterminer strictement l'espace d'exercice des résiliations conventionnelles, quelle que soit leur nature, notamment par rapport à celui concédé aux accords transactionnels.

B. La distinction entre résiliations conventionnelles et transactions

430 Classiquement, en application des principes issus de l'article 1134 du code civil, l'accord de rupture amiable est soumis à la liberté des parties qui décident, d'un commun accord, de rompre le lien contractuel qui les unit. Sous réserve de ne pas être affectée par des vices du consentement et par une cause illicite, la résiliation conventionnelle était, du moins jusqu'à l'adoption de la loi du 25 juin 2008, une construction libre et volontaire des parties, qui n'impose pas, en principe, d'obligations de fond, notamment des concessions réciproques, ni de forme, même si l'écrit était largement conseillé pour des raisons évidentes de preuve.

En revanche, la transaction relevant des articles 2044 et suivants du code civil, est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Une double condition est donc exigée. Il faut d'une part qu'il y ait une contestation née ou à naître et d'autre part une volonté des contractants d'y mettre fin par un acte obligatoirement écrit, précisent les textes. La jurisprudence a ajouté l'exigence, désormais traditionnelle, de concessions réciproques comme élément consubstantiel à la transaction[1106].

431 La première différence qui apparaît entre résiliation conventionnelle et transaction, porte sur leur finalité respective. Dans un cas, il s'agit simplement de mettre fin au contrat de travail par accord des parties, la cause de l'acceptation de chacune des parties se trouve dans l'acceptation de l'autre, chacune manifestant la volonté d'être déliée du contrat. Dans l'autre, l'accord des parties est destiné à prévenir ou mettre fin à un litige. Ainsi, les juges rappellent-ils régulièrement que la rupture d'un commun accord du contrat de travail requiert l'absence de tout litige entre les parties[1107].

La seconde différence tient à la nature juridique de chacun des deux actes. La résiliation conventionnelle est un mode autonome de rupture du contrat de travail. Une fois régulièrement conclue, le contrat de travail liant les parties est rompu. La résiliation conventionnelle ne peut donc pas intervenir après un licenciement par exemple, ce qui reviendrait à rompre deux fois le même contrat. En revanche, en raison de son objet, la transaction ne peut être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive,[1108] sous peine de nullité[1109]. En effet, la transaction qui suppose un litige né ou à naître entre les contractants, implique un règlement dudit litige sur la base de concessions réciproques susceptibles de constituer pour le salarié une renonciation à certains de ses droits. La transaction ne peut donc intervenir qu'une fois la rupture acquise, lorsque le salarié est sorti du lien de subordination[1110].

[1106] C.Jarasson, *« Les concessions réciproques dans la transactions »*, D. 1997,chron. P 267.

[1107] V. notamment Cass.Soc. 26/10/1999, Dr. Soc. 2000, p 183. Cass.Soc. 31/10/2007, RJS 1/2008 n°151.

[1108] V. notamment Cass.Soc. 16/07/1997, Bull.civ. V n° 278. La Cour est même allée jusqu'à annuler une transaction signée après le licenciement mais dont il apparaissait qu'elle avait été discutée avant la rupture (Cass.Soc. 04/04/2007 n° 05-42.856.

[1109] Cass.Soc. 28/05/2002 , Bull.civ. V n°182.

[1110] V. infra Section 2.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

432 Il est vrai que la transaction contient une idée de renoncement, d'abdication, s'agissant en particulier du droit d'agir en justice[1111]. Une telle idée n'est pas présente dans l'essence de la résiliation conventionnelle, ainsi que le soulignent les professeurs A. Jeammaud[1112] et R. Vatinet [1113].

Depuis une quinzaine d'années, les juges se sont donc efforcés, dans leurs décisions, de nettement distinguer, la résiliation conventionnelle du contrat de travail et la transaction[1114]. Cette distinction ne semble d'ailleurs pas devoir être mise en cause par l'arrivée de la rupture conventionnelle, version loi du 25 juin 2008. En effet, les différences entre les deux actes imposent toujours que soit sécurisé leur régime juridique respectif et *« il y a fort à parier que la Cour de cassation maintiendra la prohibition des accords transactionnels de rupture qui prennent la forme d'une rupture conventionnelle, au nom de l'ordre public de protection attaché au droit de licenciement »* [1115].

433 Mais si l'accord transactionnel est *« sous haute surveillance judiciaire* »,[1116] la résiliation conventionnelle, même sous l'angle de la loi du 25 juin 2008, laisse perdurer quelques incertitudes au regard de la volonté du salarié.En effet, selon l'analyse classique du droit des contrats, en cas de *« mutuus dissensus »,* peu importe l'origine de la rupture, la manière dont elle s'effectue et ses conséquences. C'est la rencontre des volontés concordantes qui doit être analysée par le juge ainsi que la validité de la résiliation amiable. En conséquence, comme en matière de résiliation unilatérale à l'initiative du salarié, la preuve de la volonté du salarié de mettre fin conventionnellement à son contrat doit être strictement appréciée. Cette volonté doit être claire et non équivoque[1117], exempte de contrainte, manœuvres dolosives et d'erreur de droit[1118]. Il faudrait aussi - et la loi du 25 juin 2008 est peut-être un premier pas vers cette direction - que soit démontré *« le caractère équitable des contrats conclus, en sorte que les relations entre les contractants ne sont*

[1111] V. infra Section 2.

[1112] V. A. Jeammaud, art. préc.,*(« La renonciation du salarié »*. A noter que ne constitue pas davantage une renonciation le consentement du salarié à l'accord de résiliation anticipée du contrat à durée déterminée prévue par l'article L. 1243-1 du code du travail.

[1113] V. R. Vatiner, art. préc.,*« Le mutuus dissensus ».* L'auteur observe notamment que la résiliation amiable ne peut être regroupée sous laqualification d'actes abdicatifs, c'est à dire dont le but extinctif est poursuivi en lui-même. V. aussi Y Seillan, «*L'acte abdicatif »,* RTD civ. 1966 p 687 et suiv..

[1114] V. Cass.Soc. 29/05/1996, Dr.Soc. 1996, p 689. *« Si les parties à un contrat de travail décident d'un commun accord d'y mettre fin, elles se bornent à organiser les conditions de cessation de leurs relations de travail, tandis que la transaction consécutive à une rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties a pour objet de mettre fin par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de cette rupture ».*

[1115] F.Favennec-Héry, A.Mazeaud *« La rupure conventionnelle du contrat de travail : premier bilan »,* JCP S n°20, 14/07/2009, 1314.

[1116] M-L Vigouroux , *« La transaction sous haute surveillance judiciaire »,* Cahier DRH 2008, n° 140, p 13.

[1117] V. notamment Cass. Soc. 21/03/96, RJS 5/96 n° 522 *«Ne constitue pas une rupture anticipée du contrat à durée déterminée par accord des parties, la rupture intervenue sans que soit caractérisée une volonté claire et non équivoque des parties de mettre fin à leurs relations contractuelles ».*

[1118] L'erreur de droit qui est écartée en matière de transaction par l'article 2052 du code civil, retrouve sa place dans le cadre d'un accord amiable soumis à l'article 1134.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

pas équitables parce qu'elles sont volontaires, mais qu'elles sont volontaires – ou libres ou consentis- donc justes parce qu'elles sont équitables» [1119].

Le consentement du salarié à la rupture conventionnelle de son contrat n'est donc pas le seul paramètre à prendre en compte.

C. La sauvegarde des statuts protecteurs

434 Bien que la Cour de cassation reconnaisse aux parties la faculté de mettre fin d'un commun accord à leur relation, elle écartel'utilisation de ce mode de rupture pour les salariés bénéficiaires d'une protection spéciale, notamment en raison de l'exercice d'un mandat de représentant du personnel ou de délégué syndical.L'employeur, en obtenant l'accord du salarié, éventuellement en contrepartie d'avantages financiers, pourrait alors contourner les règles d'un statut protecteur exorbitant du droit commun conçu, au-delà de la protection individuelle de l'intéressé, au profit del'intérêt de l'ensemble des salariés qu'il représente et dont le salarié protégé n'a pas la libre disposition[1120]. Ce dernier ne peut donc pas accepter, en principe, une offre de rupture amiable de son contrat en dehors du cadre légal et de la procédure d'autorisation[1121].

Certes, tout salarié protégé peut démissionner de sa propre initiative, nonobstant son mandat[1122]. Mais, s'il est effectivement libre de manifester une volonté de rompre unilatéralement son contrat, il ne peut négocier avec l'employeur son départ de l'entreprise et, en conséquence, la cessation de son mandat, au mépris des règles protectrices dont il bénéficie de par la loi. Toute entente est ici proscrite, elle serait nulle et par ailleurs constitutive d'un délit d'entrave [1123].

435 Mais devient-elle envisageable lorsque l'employeur a obtenu l'autorisation administrative de rompre le contrat de travail ? Un arrêt l'a admis en 2006, précisant que le contrat est alors rompu à l'amiable et non pas pour un licenciement économique[1124]. La Haute Juridiction a réitéré la solution dans d'autres décisions[1125], en affirmant que dès lors que l'inspecteur du travail a autorisé la rupture pour motif économique, le contrat de travail d'un salarié investi d'un mandat représentatif peut être résilié à l'amiable dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise. Le contrat de travail étant rompu par l'accord des parties, l'employeur n'est pas tenu de procéder au licenciement du salarié, ajoute la Cour. Ainsi, ces arrêts, rendus dans le cadre de projets de licenciements économiques, soulignent que la résiliation conventionnelle peut avoir une place spécifique dans le régime de la rupture du contrat de travail des salariés protégés, comme des autres salariés.

Ces décisions prolongent fort logiquement la jurisprudence relative à la transaction qui permet qu'un tel acte puisse être conclu après notification du licenciement d'un salarié

[1119] J- Fabien Spitz, *« Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée ».* RTD Civ 2006, p 281.

[1120] Cass.Soc 02/12/92,Dr. Soc. 1993 p 155 ; Cass. Soc . 01/06/94, Dr. Soc. 1994 p 783 ; Cass. Soc. 21/02/96, Dr. Soc. 1996 p 641.

[1121] Cass. Soc 23/01/2002, arrêt préc. ;Cass.Soc. 16/03/1999, RJS 5/99 n° 700.

[1122] Dès lors que sa démission résulte d'une manifestation non équivoque de volonté de sa part et qu'elle est dépourvue de tout vice du consentement (Cass. Soc. 20/10/ 1982, Bull.civ. V n° 559).

[1123] Cass.Crim.14/11/2006, Bull.civ.V n°284.

[1124] Cass.Soc. 22/02/2006, n° 04-42.464 inédit.

[1125] Cass.Soc. 27/03/2007 Liais. Soc. du 10/04/2007 jp n°94-2007.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

protégé et respect de la procédure protectrice dont il bénéficie au titre de son mandat. Le salarié protégé ne fait alors que régler, par voie de concessions réciproques, une contestation consécutive à la rupture[1126].

436 Reste que, s'agissant des salariés investis d'un mandat représentatif, cette ouverture jurisprudentielle à la résiliation conventionnelle demeurait encadrée et n'était autorisée, semble-t-il, que pour les résiliations conventionnelles d'origine économique[1127]. Mais la rupture conventionnelle de la loi du 25 juin 2008 apporte, comme on le verra, un changement de taille, en ouvrant à ces salariés la faculté d'y recourir, sous réserve du respect de la procédure spécifique mise en place . Cette « libéralisation » semble s'inscrire dans un mouvement plus large puisque les représentants du personnel sont admis également à quitter l'entreprise en prenant acte de la rupture de leur contrat aux torts de l'employeur ou à en demander la résiliation judiciaire[1128].

437 De manière générale, lorsque le droit reconnaît la volonté individuelle du salarié de rompre le contrat en accord avec l'employeur, ce ne peut être en aucun cas au détriment de la protection voulue par le législateur pour garantir des intérêts supérieurs dont les bénéficiaires ne peuvent disposer librement à leur gré.La même interdiction est faite aux parties au contrat de travail de conclure un accord amiable de rupture qui viserait, en réalité, à détourner les dispositions légales protectrices des travailleurs victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle pendant le temps de la suspension de leur contrat de travail[1129]. La résiliation amiable est également illégale, en cas d'inaptitude d'origine professionnelle ou non professionnelle, considérant qu'elle a pour effet d'éluder les obligations de reclassement ou de paiement de salaire[1130]. Ces interdictions devraient perdurer, semble-t-il, dans le cadre du dispositif de la rupture conventionnelle de la loi du 25 juin 2008[1131].

438 En dépit de la reconnaissance de son champ d'application dans les relations individuelles de travail, la résiliation conventionnelle, issue de l'article 1134 du code civil, apparaît d'une utilisation relative et ciblée, sous contrôle de la Cour de Cassation. Il est vrai que la volonté du salarié dans ce processus demeure suspecte. D'autant qu'en dehors des hypothèses de départs volontaires pour motifs économiques, vouloir ou accepter une telle rupture plaçait souvent le salarié en situation délicate, en particulier pour prétendre au bénéfice de l'assurance chômage, dont les prestations sont réservées en principe aux seuls travailleurs « involontairement » privés d'emploi.

439 La loi nouvelle du 25 juin 2008, en instaurant un cadre légal à la rupture conventionnelle, traduit le souci, maintes fois exprimé par les organisations professionnelles patronales, de « sécuriser » les ruptures. On sait qu'elle a été précédée par un accord national interprofessionnel signé le 11 janvier 2008[1132], dont l'article 12 intitulé *« Privilégier*

[1126] Cass.Soc. 05/02/2002, RJS 4/2002 n° 457.

[1127] En dehors du contexte économique, il s'agira d'une transaction suite au respect de la procédure légale et non d'une résiliation conventionnelle pour motif personnel .

[1128] V. supra Section 1§2.

[1129] *V.notamment Cass.Soc. 04/01/2000, D.2000 , jp p 265, note Ch.Radé*.

[1130] Cass.Soc. 29/06/1999, Bull.civ. n°304. Cass.Soc. 12/02/2002, Bull.civ.n°66.

[1131] Pour une opinion plus nuancée concernant la possibilité de conclure une rupture conventionnelle en cas d'inaptitude à l'emploi, v F.Favennec- Héry et A. Mazeaud, art.préc. *« La rupture conventionnelle du contrat de travail : premier bilan »*. 1314.

[1132] Etendu par arrêté ministériel du 23/07/2008 (JO du 25/07/2008).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

les solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail », construit le régime de la rupture conventionnelle, laquelle est conçue *« pour minimiser les soucis de contentieux »* et *« sécuriser les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. »*Comment analyser ce nouveau dispositif, au regard spécialement de la prise en compte de la volonté du salarié ?

§2 – La sécurisation légale de la rupture conventionnelle

440 Le législateur était déjà intervenu en matière de rupture conventionnelle dans les relations de travail. Mais, jusqu'à présent, son rôle semblait s'être limité essentiellement à une opération soit d'autorisation, soit de qualification. Rappelons, en effet, que la « rupture d'un commun accord » était visée explicitement par la loi dans certains cas précis, notamment pour organiser la rupture de contrats de travail à duréedéterminée[1133], ou pour régler une situation juridique de rupture inédite[1134]. La rupture d'un commun accord pouvait donc parfois résulter plus de la volonté du législateur que de la volonté des parties de mettre fin ensemble au contrat de travail.

Mais c'est bien pour la première fois que le législateur institue, par la loi du 25 juin 2008, un véritable « statut » de la rupture conventionnelle venant s'insérer dans le droit de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, y compris celui des salariés titulaires de mandats électifs ou syndicaux[1135]. Désormais, l'article L.1231-1 du code du travail énonce, dans sa nouvelle rédaction, qu'à côté de la rupture à l'initiative de l'employeur ou du salarié, le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu *« d'un commun accord dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre »* . Les dispositions relatives à la rupture conventionnelle sont regroupées dans une nouvelle Section III[1136] du Chapitre VII intitulé « Autres cas de rupture » .

441 Est-ce à dire que, hors les cas antérieurement visés par la loi et ceux inscrits à l'article L.1237-16 du code du travail expressément exclus du champ de la loi du 25 juin 2008[1137], toute rupture d'un commun accord doit désormais être soumise au respect de la procédure et des formalités instaurées par la nouvelle loi ?[1138]

L'article L.1221-1 du code du travail rappelle que s'appliquent au contrat de travail les règles de droit commun, ce qui militerait en faveur du maintien de la faculté de rupture

1133 Contrat à durée déterminée et contrat d'apprentissage.

1134 Ainsi, le contrat de travail est-il « réputé » rompu d'un commun accord par l'effet du consentement du salarié à une convention de reclassement personnalisé. Dernièrement, suivant la jurisprudence antérieure sur les anciennes convention de conversion (Cass. Soc.29/01/1992 Bull.civ. V n°52), la Cour de Cassation a reconnu au salarié ayant adhéré à une convention de reclassement personnalisé, la faculté de contester le caractère réel et sérieux du motif économique invoqué par l'employeur ainsi que l'ordre des licenciement (Cass.Soc. 05/03/2008, JCP S, 10/06/2008 n° 1334, Note F.Dumont ; Cass.Soc. 07/04/2008, 2 espèces, JCP S, 10/06/2008 n° 1335, note P-Y Verdindt).

1135 Les salariés bénéficiant d'une protection spéciale contre le licenciement en raison de leur mandat pourront désormais envisager la rupture conventionnelle de leur contrat dans les conditions fixées par l'article L.1237-15 du code du travail. Il s'agit d'une ouverture notable qui reste cependant encadrée et devrait faire l'objet d'une attention particulière des juges.

1136 Après les sections portant respectivement sur la rupture à l'initiative du salarié et la retraite.

1137 Est visé la rupture résultant d'un accord collectif de gestion prévisionnelle des emplois et compétences (GPEC) ou celle résultant d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE).

1138 En ce sens, G.Couturier in Sem. Soc. Lamy 02/06/ 2008, p 6.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

d'un commun accord des contrats, sur le fondement de l'article 1134 alinéa 2 du code civil. Toutefois, une telle interprétation se heurte aujourd'hui à de sérieuses réserves. D'abord à la recodification qui, bien que faite à droit constant, place désormais l'article L.1221-1 du code du travail dans le Titre II « Formation et exécution du contrat du travail », Chapitre premier « Formation du contrat de travail »[1139]. Les dispositions propres au droit de la rupture du contrat de travail seraient donc déterminées exclusivement par le code du travail, dans son Titre III, qui inclut désormais la rupture conventionnelle dans son chapitre VII. En outre, la « sécurisation » voulue par les partenaires sociaux et recherchée par le législateur au travers de l'institutionnalisation d'une rupture conventionnelle, est indéniablement un facteur favorable au monopole de celle-ci dans les relations de travail, exceptés, semble-t-il, les cas visés antérieurement par la loi et ceux exclus par la loi du 25 juin 2008. Qui plus est, de façon pragmatique, les garanties procédurales et sociales de la rupture conventionnelle version loi du 25 juin 2008 ne sont-elles pas susceptibles d'avoir pour effet de réduire, à l'avenir, l'intérêt de la rupture d'un commun accord « classique » des contrats de travail à durée indéterminée[1140] ? La loi du 25 juin 2008 laisse planer, sur ces points, une incertitude qu'il conviendra de trancher.

442 Plus complexe, s'avère la question du périmètre de la rupture conventionnelle au regard de contextes économiques[1141]. La loi du 25 juin 2008 instaurant ce nouveau mode de rupture ne vise pas[1142] les ruptures négociées dans un accord GPEC pour les entreprises ou les groupes d'au moins trois cent salariés ou celles prévues par un plan de sauvegarde de l'emploi qui font l'objet d'un régime autonome[1143]. La jurisprudence antérieure devrait donc logiquement perdurer, les concernant. Par ailleurs, l'article L.1233-3 du code du travail, dans sa nouvelle rédaction, énonce que les dispositions relatives au licenciement économique sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes prévues au premier alinéa, «*à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L.1237-11 et suivants ».* Dès lors, le rapprochement des deux textes fait apparaître certaines contradictions, qui laissent une ouverture à la rupture conventionnelle, en particulier dans des hypothèses de ruptures pour motif économique inférieures à dix salariés dans une période de trente jours et dans le cadre d'un accord de GPEC dont la négociation n'est pas obligatoire. La jurisprudence antérieure continue-t-elle à s'appliquer ? Ou existe-t-il désormais une dichotomie : soit le PSE ou la GPEC- soit la rupture conventionnelle de l'article L.1237-11 du code du travail [1144], le risque étant alors de contourner les garanties spécifiques prévues en matière de licenciements économiques et collectifs[1145]. On le voit, la rupture conventionnelle entretient « des liens ambigus » avec le licenciement pour motif économique.

443 Au demeurant, la loi du 25 juin 2008 offre une lecture nouvelle de la rupture conventionnelle. Il ne s'agit pas uniquement de constater la volonté concordante des parties

[1139] Alors que l'ancien article L.121-1 du code du travail qui énonçait alors que le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun, se trouvait situé en tête des dispositions relatives au contrat de travail.

[1140] A l'exception, des cas de rupture d'un commun accord relevant de la volonté du législateur .

[1141] V. A Favre, art.préc. *« Rupture conventionnelle et champ du licenciement pour motif économique »,* p 653. F .Favennec-Héry, A.Mazeaud , *« La rupture conventionnelle du contrat de travail : premier bilan »,* 1314.

[1142] Art. L.1237-16 du code du travail.

[1143] Art. L. 2242-15 et L.1233-61 du code du travail.

[1144] V..F .Favennec-Héry, A.Mazeaud , art.préc, *« La rupture conventionnelle du contrat de travail : premier bilan »,* 1314.

[1145] V. A Favre, art.préc. *« Rupture conventionnelle et champ du licenciement pour motif économique »,* p 653.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

mais de réglementer les conditions d'un accord dont la nature n'exclut pas l'influence du pouvoir d'une des deux parties sur l'autre. D'ailleurs, des garanties procédurales, que l'on retrouve en nombre dans les situations propres à l'exercice par l'employeur de son pouvoir,[1146] sont instituées tant pour préserver la liberté de consentement et la loyauté des rapports entre les parties, que pour assurer le contrôle des actes préparatoires à l'acte juridique (A).

De surcroît, les effets de la rupture conventionnelle sont accompagnés de garanties sociales prévues par la loi, assimilables à celles résultant d'un licenciement (B). Ceci constitue une exception notable par rapport à la résiliation conventionnelle de droit commun mais suggère aussi une probable transformation du droit de la rupture du contrat de travail.

A. Des garanties procédurales

444 L'ANI du 11 janvier 2008 a construit « le cadre collectif » de la rupture conventionnelle[1147], lequel a été précisé et complété par la loi du 25 juin 2008. La notion de cadre collectif est intéressante à souligner ici car elle revient à rendre compte, d'une part de l'existence d'une procédure, d'autre part de la présence d'un contrôle extérieur aux parties organisé par le législateur.

La « procéduralisation » de la rupture conventionnelle imposée par l'ANI et la loi se traduit par l'obligation pour les parties de respecter un certain nombre d'étapes et de formalités préalables à la prise d'effet de l'acte. Cette procéduralisation que certains auteurs qualifient de *« procédures sans procès»* [1148] conditionne la régularité et la validité de la rupture conventionnelle. Elle a plusieurs finalités.

En premier lieu, elle permet de préserver le libre consentement des parties (1). Ensuite, elle justifie le contrôle par une autorité extérieure désignée par décret, des différentes étapes du processus jusqu'à la signature de la rupture conventionnelle (2).

1. La préservation du libre consentement

445 Le modèle de la procédure de licenciement, illustration notoire des fonctions de la procédure à l'occasion de l'exercice du pouvoir de l'employeur, est en partie sollicité dans la procédure de rupture conventionnelle, à travers notamment l'exigence d'entretiens préalables.

En effet, un ou plusieurs entretiens doivent alors lieu entre les parties pour convenir ensemble du principe et des modalités d'une rupture conventionnelle. Mais, contrairement à la procédure de licenciement, le nombre et la durée du processus sont du domaine de la liberté des parties.

[1146] V. infra Partie II, Titre I, Chapitre II, Section 1.

[1147] Définie comme un mode de rupture, exclusif de la démission et du licenciement et qui ne peut être imposé de façon unilatérale par l'une ou l'autre partie. Ce qui revient à dire que c'est un mode de rupture autonome.

[1148] V. T.Grumbach, art. préc. *« Procéduralisation et processualisation en droit du travail »* p 253 et suiv. X. Lagarde, art. préc."*La procéduralisation en droit privé",* p141 et suiv. On soulignera simplement ici que ces procédures sont généralement initiées dans les relations du travail, s'agissant d'une décision unilatérale du pouvoir de direction ou disciplinaire de l'employeur (v. infra Partie II, Titre II, Chapitre II, Section 1).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Le principe d'une faculté d'assistance du salarié, lors du ou des entretiens, est repris dans des conditions similaires à celles du licenciement[1149]. Il s'agit classiquement de permettre au salarié de se faire conseiller au cours de la procédure et, plus spécifiquement, d'équilibrer autant que de besoin, le rapport de force entre les parties.

Toutefois, les partenaires sociaux et le législateur ont entendu prendre leur distance au regard de la procédure du licenciement pour l'adapter à la nature, en principe consensuelle, de la rupture conventionnelle.

A cet égard, on constate que l'employeur a lui-même la possibilité de se faire assister lors du ou des entretiens[1150]. La solution apparaît en adéquation avec le caractère conventionnel de la rupture. Mais, pour éviter un renforcement inutile de la partie classiquement considérée comme dominante dans le rapport de travail, l'employeur ne peut recourir à cette faculté d'assistance que dans la seule mesure où le salarié en fait lui-même usage[1151].

Par ailleurs, contrairement à la procédure de licenciement, le salarié d'une entreprise dénuée de représentants du personnel, semble ne pouvoir se faire assister que par un conseiller extérieur, ce qui réduira considérablement, dans certains cas, ses possibilités d'assistance. Enfin, on soulignera que les conditions de fond et de forme de la convocation du salarié à un ou des entretiens ne sont pas déterminées. Il est vrai que le principal intérêt de l'entretien est de se mettre d'accord sur le principe de la rupture conventionnelle, d'en déterminer les modalités et de s'informer mutuellement ; et non de soutenir les explications d'une sanction ou d'entendre les effets d'une situation économique donnée sur l'emploi.

446 Se pose, à ce stade, la question du déroulement de ce ou ces entretiens. Les parties se trouvent, selon le droit commun des contrats, en phase de pourparlers, en période précontractuelle. La loi du 25 juin 2008 est silencieuse sur ce point, ce qui incite à recourir aux exigences communément imposées par le droit durant ces périodes. L'information doit y jouer un rôle majeur, au même titre qu'au moment de la formation du contrat de travail[1152]. Il importe que le salarié soit parfaitement informé de la portée de son engagement[1153] et des conséquences de la convention qu'il est en train de conclure. Le poids de l'obligation d'information devrait peser plus lourdement sur l'employeur, selon le rééquilibrage classiquement introduit par la jurisprudence dans le rapport de travail.

Mais, s'agissant d'une rupture d'un commun accord, le salarié n'est pas dénué d'initiative personnelle pour s'informer lui-même. D'ailleurs, l'ANI du 11 janvier 2008 souligne que la liberté de consentement des parties est garantie *« par l'information du salarié de la possibilité qui lui est ouverte de prendre les contacts nécessaires, notamment auprès*

[1149] Art. L.1237-12 du code du travail. Le salarié peut se faire assister soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou membre d'une institution représentative du personnel ou tout autre salarié,soit en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative.

[1150] Art. L.1237-12 du code du travail. L'employeur peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, dans les entreprises de moins de 50 salariés, par une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeurs ou par un autre employeur relevant de la même branche.

[1151] Art. L.1237-12 du code du travail.

[1152] V. supra Partie I, Titre I, Chapitre II, Section 2 §2

[1153] M. Véricel, art. préc. *« Le formalisme dans le contrat de travail »,* p 818.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

du service public de l'emploi, pour être en mesure d'envisager la suite de son parcours professionnel avant tout consentement».

447 D'autres informations à l'initiative de l'employeur semblent susceptibles d'éclairer aussi le consentement du salarié, notamment sa faculté d'assistance durant le ou les entretiens, l'existence d'un délai de rétractation, le régime social et fiscal de l'indemnité de rupture. L'information doit participer à la prise de connaissance, à la pertinence du choix du salarié. Elle peut ainsi devenir « libératrice »[1154]. L'utilité de l'information donnée au salarié apparaît indéniable. En outre, pour être non seulement utile mais protectrice, elle doit être complétée par des délais de réflexion octroyés aux parties.

Ainsi, semble-t-il indispensable que les dates d'entretiens soient espacées par un délai raisonnable permettant, outre la recherche des informations complémentaires, une réflexion, un recul nécessaire à la prise de décision du salarié. Il est heureux que l'ANI et la loi aient créé un droit de rétractation pendant un délai de quinze jours calendaires[1155] suivant la signature de la convention actant l'accord des parties. Inspiré du droit de la consommation, ce droit de rétractation est toutefois accordé indifféremment au salarié et à l'employeur. La position dominante de l'employeur au rapport d'emploi paraît donc être relativisée dans le contexte de la rupture conventionnelle. Plus exactement, la nature conventionnelle de la rupture peut expliquer un égal besoin de protection des parties, nonobstant l'existence d'un lien de subordination pesant sur le salarié.

448 La période pré-contractuelle s'achève avec la signature de la convention de rupture par les parties[1156]. La forme de l'écrit est imposée. Qui plus est, un formulaire-type a été élaboré, en annexe de l'arrêté du 18 juillet 2008[1157], valant rupture conventionnelle et demande d'homologation, tandis qu' un formulaire spécifique est prévu dans le cadre de la procédure particulière des salariés titulaires de mandat. Ces formulaires ont un contenu obligatoire et précis qui détaille les informations majeures du processus de la rupture conventionnelle. En particulier, les dates repères de la procédure suivie et la date de rupture du contrat de travail sont indiquées, le montant de l'indemnité de rupture versée au salarié est mentionné. Il est à noter que le formulaire-type peut être complété par des observations du conseiller du salarié et une convention de rupture signée par les parties et jointe à celui-ci.

L'exigence d'un écrit paraît constituer une condition de validité de la convention, plus qu'une règle de preuve. En effet, compte-tenu de l'objectif poursuivi (la protection de la liberté de consentements des parties) et de la nécessité de disposer d'un écrit pour adresser la demande d'homologation, le défaut d'un tel écrit paraît devoir être sanctionné par la nullité de la convention, au titre des dispositions de la loi du 25 juin 2008.

449 On l'avait déjà observé, au stade de la formation du contrat de travail, la nécessaire protection de la volonté du salarié, partie faible au contrat, favorise l'essor du formalisme, comme elle pousse à un encadrement de la liberté contractuelle des parties. De la même manière, dans le cadre de la rupture conventionnelle, le formalisme sert à garantir la liberté de consentement en protégeant le contractant contre lui-même et contre les pressions extérieures. Mais si ce dispositif procédural et formel a pour objet de garantir le libre consentement des contractants, il sert aussi, comme le souhaitaient les partenaires sociaux,

1154 B.Lardy-Pélissier, art. préc. *« L'information du salarié* », p 332.

1155 Délai fixé par la loi du 25 juin 2008 (v.art.L.1237-13 du code du travail) .

1156 Art. l.1237-11 et L.1237-13 du code du travail.

1157 Paru au JO du 19/07/2008.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

à sécuriser les conditions de la rupture conventionnelle et à minimiser les sources de contentieux.

En effet, une telle rupture n'est pas exclusive d'une mise en cause éventuelle en cas de vice du consentement[1158].La conséquence en serait radicale : la nullité de la rupture conventionnelle. Toutefois, on peut estimer que les garanties procédurales devraient être de nature à permettre la manifestation d'un consentement éclairé du salarié et réduire ainsi les risques éventuels d'annulation par le juge.

Au surplus, l'homologation par l'autorité administrative de la convention de rupture est un signe à la fois de protection des consentements et de contrôle.

2. Protection et contrôle des consentements par l'autorité administrative

450 A l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative, avec un exemplaire de la convention de rupture[1159]. L'homologation est une formalité substantielle puisque la validité de la convention en dépend.

Il faut souligner que l'homologation d'un contrat est une formalité que le législateur contemporain impose de plus en plus fréquemment dans un objectif de protection[1160]. Loin d'être le signe d'un déclin de l'autonomie de la volonté, le contrôle ainsi instauré sur le contrat est souvent la marque d'un assouplissement de la législation et de l'abandon d'une prohibition pure et simple[1161]. S'agissant de la rupture conventionnelle, même si le principe de la rupture d'un commun accord existait précédemment, *« c'est la généralisation de son emploi et la volonté de sécuriser son usage qui a conduit à l'instauration d'un contrôle administratif sur les conditions de sa conclusion »* [1162] .

L'autorité administrative investie de cette mission est le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle[1163]. Ce choix n'est pas singulier en droit du travail mais il se justifie d'ordinaire pour encadrer la prise de décision unilatérale de l'employeur. Transparaissent donc, dans le dispositif de rupture conventionnelle, des exigences entrant dans une logique de contrôle du pouvoir.

On peut même soutenir que l'autorité administrative du travail exerce un contrôle, au nom du respect de l'intérêt général qui est poursuivi par le législateur et voulu par les partenaires sociaux. Cet intérêt général réside dans la sécurisation des solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail, selon les règles légales établies, afin d'éviter une instabilité juridique préjudiciable aux salariés.

451 Pour assurer cette mission de contrôle, le Directeur départemental du travail dispose d'un délai d'instruction fixé à quinze jours ouvrables afin de vérifier que toutes les

[1158] Art. 1109 du code civil. V. supra Partie I, Titre I,Chapitre II, Section 2 §1

[1159] V. art. L.1237-14 du code du travail.

[1160] S.Chassagnard-Pinet et P-Y Verkindt, *« La rupture conventionnelle du contrat de travail »,* JCP S 24/06/2008, n° 1365.

[1161] V.A. Engel-Creach, *« Les contrats judiciairement formés »,* Thèse Paris X, Nanterre, 2001, n°117. J.Hauser *« Le juge homologateur en droit de la famille »* in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends , Economica, Paris 2001, p 115.

[1162] S.Chassagnard-Pinet , P-Y Verkindt, art. préc. *« La rupture conventionnelle du contrat de travail ».*

[1163] Art. R.1237-3 du code du travail (décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008, paru au JO du 19/07/2008).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

conditions de fond et de forme ont été respectées par les parties, que les consentements exprimés ont été libres et éclairés en vue d'une rupture du contrat d'un commun accord[1164].

Il s'agit d'un contrôle a priori formel, mais de nature substantielle puisque la validité de la convention est subordonnée à son homologation par l'autorité administrative compétente. Contrairement aux effets dévolus traditionnellement à l'homologation qui participe au perfectionnement de l'acte mais ne conditionne pas sa validité[1165], l'homologation de la rupture conventionnelle a une autre nature parce qu'elle a précisément pour finalité de répondre à l'intérêt général poursuivi par le législateur. L'homologation est donc érigée ici en condition de validité de la rupture conventionnelle, le rejet de cette demande par l'autorité administrative compétente, entraînant la nullité de la convention.

Cette homologation expresse ou tacite de l'autorité administrative autorise les parties à rompre d'un commun accord le contrat de travail, au plus tôt le lendemain du jour de l'homologation[1166]. On notera que le Conseil de Prud'hommes est seul compétent pour connaître de tout litige concernant non seulement la convention de rupture mais aussi l'homologation ou le refus d'homologation[1167]. Afin d'éviter la multiplicité des voies de recours[1168], le législateur a ainsi donné une compétence exclusive au juge judiciaire.

452 La procédure d'homologation est remplacée au profit de la procédure d'autorisation selon les dispositions de droit commun, lorsqu'une rupture conventionnelle est convenue entre un employeur et un salarié titulaire d'un mandat syndical ou de représentant du personnel. La rupture du contrat de travail ne pourra intervenir, dans ce cas, que le lendemain du jour de l'autorisation. Une question demeure encore aujourd'hui, sur l'étendue du contrôle de l'inspecteur du travail. Celui-ci se limitera-t-il, dans ce cas aussi, à un contrôle formel ? En tout état de cause, si la possibilité de rompre conventionnellement le contrat de travail est désormais légalement admise s'agissant des salariés dits protégés[1169], elle fait partie d'un encadrement qui demeure spécifique et dont on peut penser qu'il fera l'objet d'une vigilance particulière de la part des juges, en particulier en exerçant leur contrôle sur l'absence de discriminations.

453 Convenons que si la rupture conventionnelle de la loi du 25 juin 2008 ouvre un champ d'action plus large à la volonté commune des parties, elle s'inscrit cependant dans le cadre de garanties procédurales et collectives. Sont-elles de nature à assurer effectivement la prise en compte de la volonté du salarié ? Il est difficile aujourd'hui de l'affirmer. La liberté de consentement du salarié ne signifie pas nécessairement qu'il ait pris l'initiative de la démarche. Il est seulement suffisant qu'il ait accepté librement et consciemment la

[1164] Les refus d'homologation portent essentiellement sur le non-respect de la procédure, du délai de rétractation et sur un montant erroné de l'indemnité de rupture. On peut en déduire que le contrôle opéré porte vraisemblablement plus sur la régularité procédurale que sur l'absence de vices de consentement, dont l'examen dans le délai requis est à l'évidence plus problèmatique. V. art. préc. F. Favennec-Héry et A. Mazeaud, *« La rupture conventionnelle du contrat de travail : premier bilan »,* 1314.

[1165] V. les développements de S.Chassagnard-Pinet , P-Y Verkindt, art. préc. *« La rupture conventionnelle du contrat de travail ».*

[1166] Art. L .1237-13 du code du travail. Un préavis peut toutefois être convenu entre les parties.

[1167] Sous réserve que le recours juridictionnel soit formé, sous peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de prescription de 12 mois à compter de la date d'homologation de la convention (art. L.1237-14 alinéa 4 du code du travail).

[1168] En effet, l'homologation de la convention de rupture étant un acte administratif devrait donc en principe relever de la compétence du juge administratif.

[1169] Par contre, la nouvelle loi reste incertaine concernant l'applicabilité de la rupture conventionnelle pour les salariés en arrêt de travail pour accident de travail ou maladie professionnelle. De même, s'agissant des salariées en congé de maternité.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

rupture commune. Au demeurant, il est indéniable, que dans ce nouveau dispositif, le salarié a un intérêt sérieux pour vouloir recourir de son propre chef à la rupture conventionnelle ou en accepter la proposition. Il a droit, en effet, à des garanties sociales qui constituent certainement un des attraits majeurs de la rupture conventionnelle. Ces garanties sont similaires à celles résultant d'une mesure de licenciement.

B. Des garanties sociales similaires à celles résultant d'une mesure de licenciement

454 Contrairement à la résiliation amiable de droit commun, le dispositif légal de la rupture conventionnelle ouvre droit, pour le salarié, au paiement d'une indemnité spécifique de rupture conventionnelle [1170]qui ne peut être inférieure à l'indemnité légale de licenciement ni à l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue par la convention collective applicable[1171]. Elle en suit le régime d'exonération social et fiscal. De surcroît, le salarié a la possibilité de bénéficier de l'assurance chômage[1172].

Ces deux mesures traduisent sans aucun doute les deux objectifs poursuivis par les partenaires sociaux et le législateur. Privilégier et sécuriser les ruptures négociées entre les parties au contrat de travail.

Mais, plus largement, appliquer les effets indemnitaires du licenciement à l'égard du salarié, c'est confirmer la nature paradoxale de la rupture conventionnelle dans les relations de travail. Parce qu'il demeure des incertitudes quant à la volonté réelle du salarié de rompre d'un commun accord le contrat de travail, le droit supplée en quelque sorte un tel doute, par la sécurisation indemnitaire. La rupture conventionnelle subit, à l'instar des autres modes de rupture, le pouvoir d'attraction du droit du licenciement, au même titre que, précédemment, la résiliation conventionnelle « classique »ne s'affranchissait pas totalement du droit du licenciement, en particulier pour motif économique.

Par ailleurs, il est probable que la rupture conventionnelle accompagnée de ses garanties sociales empiète sérieusement à l'avenir sur le territoire d'exercice, déjà réduit, de la démission[1173]. Du reste, n'avait-elle pas en partie pour objet de pallier « les faux licenciements » sur demande des salariés, tendance qui ne cessait de s'accentuer ? On retrouve ici une des préoccupations déjà exprimées : comment redonner à la démission, en tant que manifestation de volonté unilatérale du salarié de rompre le contrat, un poids juridique et une effectivité véritables pour éviter sa disparition progressive.

455 En définitive, la question que pose la rupture conventionnelle version loi du 25 juin 2008 est plus dans la détermination d'un intérêt réciproque des parties à rompre d'un commun accord le contrat de travail que dans la volonté de chaque partie de mettre fin ensemble audit contrat. En droit, chacune des parties est libre de présenter ou non, d'accepter ou non une proposition de rupture conventionnelle. En réalité, chacune des parties pèsera son intérêt propre à l'accepter. Pour le salarié, des garanties sociales

1170 Art.L.1237-13 du code du travail et art.11 de l'ANI du 11/01/2008.

1171 La question a donné lieu à de vives discussions, en raison de divergences rédactionnelles entre la loi du 25 juin 2008 (art. L.1234-9 et R. 1234-9 du code du travail) et l'ANI (art. 12), concernant l'indemnité de rupture conventionnelle. De sorte qu'une interprétation s'est avérée nécessaire. L'avenant n°4 à l'ANI signé le 18 mai 2009 dispose désormais que le montant de l'indemnité de rupture conventionnelle ne doit pas être inférieur à l'indemnité prévue par l'article 11 de l'ANI *« ni à l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue par la convention collective applicable »*.

1172 Art. L. 5421-1 et 5422-1 du code du travail.

1173 V. supra Chapitre I, Section 1 du présent titre.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

équivalentes à celles d'un licenciement ; pour l'employeur, une procédure « allégée » et surtout l'absence de motifs réels et sérieux à invoquer. La rupture conventionnelle ne serait-elle alors pas une figure détournée de l'ancien CNE, dont l'objectif consistait à écarter provisoirement le droit du licenciement pendant les deux premières années ? En tous les cas, elle semble bien constituer, sans en avoir ni le nom ni les objectifs déclarés, une modalité d'assouplissement du droit de licenciement.

456 Il paraît certes difficile de pronostiquer, aujourd'hui, une extension du recours à la rupture conventionnelle.Maisil est évident quela loi du 25 juin 2008 donne àla résiliation conventionnelle un statut juridique attractif. Elle est désormais pleinement reconnue, aux côtés des résiliations unilatérales, comme un mode de rupture autonome, accessible au salarié, sous contrôle de l'administration et a posteriori sous celui du juge selon les critères classiques du droit des contrats. En ce sens, la volonté, mais plus encore, l'intérêt du salarié, s'en trouvent affermis.

L'émergence de la rupture conventionnelle « sécurisée » peut-elle porter un coup fatal à l'accord transactionnel ? En dépit de son encadrement jurisprudentiel ou sans doute en raison même de cet encadrement, la transaction *« négociée »* ne devrait pas souffrir de la concurrence de la rupture conventionnelle. D'abord, parce qu'elle n'a pas la même finalité. Permettant de régler de façon amiable et rapide des litiges nés de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail, la transaction organise un accord des parties sur la base de concessions réciproques, rappelant ainsi, la figure d'une négociation *« donnant / donnant »* qui serait ici à caractère exclusivement individuel. Au surplus, elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties, ce qui lui donne un avantage juridique certain.

Section 2 : Le règlement d'un litige lors de la rupture du contrat de travail : la transaction

457 En dépit d'une certaine défiance du droit du travail,[1174] la licéité de principe de la transaction est néanmoins admise par la jurisprudence depuis 1953[1175]. Une transaction peut ainsi être conclue entre un salarié et un employeur. Le droit du travail faisant application de l'article 2044 du code civil, il est intéressant de se demander comment il accueille la volonté du salarié au travers de l'application de ce texte.

La transaction représente, en effet, un acte de puissance des volontés privées. Au demeurant, ce n'est que progressivement que l'accord transactionnel a suscité l'intérêt des auteurs et la vigilance des juges. En effet, l'attention des juristes s'est longtemps focalisée sur les effets juridiques du reçu pour solde de tout compte, délaissant l'accord transactionnel. Ce n'est qu'au début des années 1980[1176] que la tendance s'est quasiment inversée au profit de la transaction, alors que le reçu pour solde de tout compte se réduisait à une peau de chagrin[1177]. Quoiqu'il en soit, on perçoit un mouvement vers la transaction

[1174] En particulier des auteurs tels que H.Blaise Dr. Soc.1980 p 40 ; G-H Camerlynck, *« Le contrat de travail»,* 2ème Ed. D. 1982, n°675 et suiv., n° 683 et suiv. ; G. Lyon-Caen, *« Le salaire »,* 2ème éd, Dalloz 1981,p 481 et suiv. ; A.Supiot *« Les juridictions du travail »,* Dalloz 1987, p 473 et 474.

[1175] Cass.Soc. 18/05/1953, Dr. Soc. 1953 p 602.

[1176] V. numéro spécial Dr. Soc.1981, n°3 *« La crise du droit du licenciement »,* notamment art. J.Pélissier p 228.

[1177] Sans retracer dans le détail la génèse du solde de tout compte, rappelons qu'avant la parution de la loi dite de modernisation sociale du 17/01/2002, le reçu pour solde de tout compte était considéré, à la différence de la transaction qui est une convention, comme un acte unilatéral du salarié comportant, dans certaines conditions, renonciation du salarié à agir contre son employeur. Né de la pratique, il avait été peu à peu encadré par une réglementation protectrice destinée à protéger le salarié contre les dangers d'une

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

qui pourrait traduire un renforcement de la place accordée aux volontés des parties, en particulier celle du salarié dans l'aménagement des rapports de droit.

La transaction est un contrat de type synallagmatique à caractère abdicatif [1178], dont l'objet principal, on le sait, est de mettre fin conventionnellement à une contestation née ou de prévenir une contestation à naître. En droit du travail, il s'agira de régler un différend né de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail[1179], généralement un licenciement. Dans cette dernière hypothèse, la plus courante, la rupture du contrat doit être un fait acquis, les parties vont transiger pour mettre un terme à une situation litigieuse née de cette rupture ou de ses effets. A cette fin, elles vont convenir de concessions réciproques. La cause de l'engagement de chacune des parties se trouve dans les concessions de l'autre . Dès lors, chaque partie doit exprimer une volonté traduisant une double intention: la volonté de mettre fin à un litige (§1) et la volonté de renoncer à un droit contre des concessions (§2).

On devine aisément qu'un acte juridique de cette puissance ne peut être laissé à l'entière disposition des parties au contrat de travail, sans un contrôle rigoureux du juge.

§1- La volonté de mettre fin à un litige

458 Très fréquemment dans les relations de travail, la transaction exprime la volonté des parties au contrat de travail, suite à une rupture de ce contrat, de trouver une solution conventionnelle à une situation contentieuse[1180] ou pré-contentieuse. Comme si la protection issue du droit commun des vices du consentement lui paraissait insuffisante, la Cour de Cassation a enserré la licéité de la transaction dans des règles chronologiques au regard de la date de la rupture du contrat de travail[1181]. A quel moment de la rupture du

renonciation unilatérale dont il supportait seul les conséquences (D. Boulmier *« Le reçu pour solde de tout compte : un acte de tous les dangers pour le seul salarié »* , Dr. Soc. 1996 p 927).Cette réglementation était regroupée dans l'ancien article L. 122-17 du code du travail. Celui-ci encadrait l'effet libératoire du reçu pour solde de tout compte, lequel demeurait en tout état de cause une simple faculté, en prévoyant d'une part la possibilité pour le salarié de le dénoncer dans un délai de deux mois et d'autre part en subordonnant cette forclusion à des conditions de formes censées garantir que le signataire n'avait pu se méprendre sur la portée du document. Une jurisprudence relativement abondante, portant notamment, sur l'effet libératoire du reçu, avait été, peu à peu, construite, contribuant, sans doute aussi, à la réglementation de la loi de modernisation sociale de 2002. Celle-ci prévoyait ainsi que lorsqu'un reçupour solde de tout compte était délivré etsigné par le salarié à l'employeur, à l'occasion de la résiliation ou de l'expiration de son contrat, il n'avait quela valeur d'un simple reçu des sommes qui y figuraient, était facultatif et sans effet libératoire pour l'employeur. La loi limitait alors la valeur juridique du reçu pour solde de tout compte. Ceci confirmait, en outre, la jurisprudence protectrice développée par la Cour de cassation en faveur des salariés, selon laquelle *« la signature d'un reçu pour solde de tout compte par un salarié ne peut valoir renonciation au droit de contester le bien fondé du licenciement ou le niveau des indemnités »*. Toutefois, le destin du reçu pour solde de tout compte a été, une fois encore, modifié par la loi du 25 juin 2008. Le nouvel article L.1234-20 du code du travail renoue avec le caractère libératoire du reçu pour solde de tout compte à l'issue d'un délai porté à six mois, mais limité aux sommes qui y sont mentionnées. Ce qui permet le recours du salarié pour toutes les sommes qui ne figurent pas sur le reçu et ce, même si aucune dénonciation n'est opérée. On se trouve dans une situation différente de celle antérieure à la loi de 2002 mais dans le prolongement de la loi de 2002. L'intérêt de conclure une transaction paraît peu affecté par les règles relatives au reçu pour solde de tout compte.

[1178] Y. Seillan , *« L'acte abdicatif »* RTD civ. 1966 p 687 et suiv. -

[1179] C'est ainsi qu'une transaction peut faire suite à une décision de licenciement, ou à une démission, voire une mise à la retraite ou un départ en retraite. Même si elle est moins fréquente dans les faits, la transaction peut intervenir pour régler un litige né en cours d'exécution du contrat de travail (Cass. Soc 10/03/98, Bull.civ V n° 131).

[1180] Une transaction peut intervenir lors de la phase contentieuse d'un procès, notamment lors de la tentative de conciliation. Dans ce cas, elle débouche sur un désistement d'instance (à distinguer du désistement d'action).

[1181] J-M Sportouch, *«Transaction, rupture amiable et chronologie »* in Etudes offertes à J.Pelissier, Analyse juridiques et valeurs en droit social , Dalloz 2004 p 511 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

contrat, les parties peuvent-elles manifester leur volonté de régler le litige qui les oppose ? Cette préoccupation essentielle du juge constitue une des conditions de validité de l'accord transactionnel.

459 Longtemps, la jurisprudence a considéré que la transaction pouvait intervenir de façon concomitante[1182] à la notification de la lettre de licenciement, ou même un peu antérieurement [1183]. Elle a pris depuis une position beaucoup plus rigoureuse. Cherchant notamment à distinguer la résiliation conventionnelle de la transaction, la Chambre sociale a conditionné, dès 1996[1184], la conclusion d'une transaction à la réception préalable par le salarié de la lettre de licenciement, ce qui suppose que l'ensemble de la procédure de licenciement ait été ainsi respecté.

En effet, la transaction n'étant pas en soi un mode de rupture du contrat de travail, mais un mode de règlement par voie de concessions réciproques, d'une contestation née ou à naître résultant de la rupture du contrat, elle ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture effectivement intervenue et définitive[1185].

Ainsi, la position du juge social se distingue-t-elle de la conception de la transaction retenue en droit civil. En effet, toute transaction peut, en principe, être conclue à n'importe quel moment, dans la mesure où elle prévient ou termine un litige par l'octroi de concessions réciproques. Cette adaptation du régime de droit commun par le droit du travail n'est pas un phénomène isolé, comme nous l'avons déjà constaté à plusieurs occasions. Elle procède essentiellement de considérations spécifiques visant à assurer la protection de la volonté et des intérêts du salarié face au pouvoir et à l'autorité de l'employeur.

Car, tant que la rupture du contrat de travail n'est pas définitive, le salarié demeure sous la subordination de l'employeur, situation qui peut porter atteinte à sa liberté de consentement, à l'expression de sa volonté réelle et non équivoque.

460 Compte-tenu de ses effets abdicatifs, la transaction nécessite indubitablement une volonté réfléchie et consciente, libre de pressions diverses. Pour être un acte libre et non équivoque, la renonciation à un droit non acquis doit ainsi se situer après la cessation des relations du travail, lorsque la subordination du salarié a pris fin. Sur le fondement de l'article L.1231-4 du code du travail, que la Cour de Cassation ne manque pas de solliciter dans la majorité de ses décisions relatives à la transaction, il est rappelé que le salarié ne peut renoncer par avance à se prévaloir des droits découlant des règles légales sur le licenciement. La transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut donc être valablement conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive. La rupture doit être clairement imputable, en l'occurrence, à l'employeur car l'existence des concessions doit s'apprécier en fonction des droits du salarié, tels qu'ils résultent du mode de rupture intervenu.

Cette solution est indissociable de celle adoptée par les juges en matière de concessions réciproques. L'importance des concessions réciproques dépend largement en fait des termes du litige, qui sont eux-mêmes fixés, selon une jurisprudence constante, par

[1182] Cass. Soc. 03/05/79, Dr. Soc.1980 p 39. Cass. Soc. 05/01/, Info rapide D. 1985 p 250.

[1183] Cass. Soc. 29/11/79, Bull.civ V 1979 n° 934 .Cass. Soc 17/01/85, Dr. Soc. 1985 p 698 ; Cass. Soc 21/11/84 , Dr. Soc. 1985 p 700.

[1184] Cass. Soc 25/05/96, D. 1997 jp p 49 note J-P. Chazal.

[1185] Lorsque la transaction fait suite à un autre mode de rupture que le licenciement, le principe reste identique. La transaction ne peut intervenir qu'après réception par l'employeur de la lettre de démission, caractérisant une volonté non équivoque de démissionner (v. supra Chapitre I, Section 1 du présent titre), ou du départ en retraite, ou après notification au salarié de la mise à la retraite.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

les motifs invoqués dans la lettre de licenciement[1186]. Dans ces conditions, le salarié doit être parfaitement informé des motifs de son licenciement par la notification du courrier prévue par la procédure légale ou conventionnelle applicable. Il peut alors, après réflexion, choisir en pleine connaissance de cause de les contester par une action en justice ou y renoncer en concluant une transaction contenant des contreparties de la part de l'employeur.

461 A l'évidence, la protection de la volonté du salarié, à la fois dans sa liberté de manifestation et dans sa capacité de délibération et de décision, est au cœur de la position du juge social[1187]. A l'appui de ce constat, signalons que la Cour a également affirmé que seul le salarié peut invoquer la nullité de la transaction signée avant la notification du licenciement[1188], revenant ainsi sur une jurisprudence antérieure qui avait admis que la nullité pouvait être invoquée par l'une ou l'autre des parties[1189] . Il s'agit ici d'une nullité relative instituée dans l'intérêt exclusif du salarié[1190]. Toutefois, la Chambre sociale a précisé, dans une décision en date du 10 juillet 2002[1191], que la nullité qui frappe une transaction conclue par un salarié protégé avant son licenciement est une nullité absolue (*« visant une nullité absolue d'ordre public »* [1192]). Les salariés protégés ne sont donc pas seulement dans une situation contractuelle, mais aussi et surtout dans une situation statutaire[1193].

La validité d'une transaction ne repose pas uniquement sur une exigence chronologique. Les limites du litige doivent être tracées et les concessions réciproques, consenties par les parties, doivent être déterminées. Dès lors, l'exigence d'un écrit prévu par l'article 2044 du code civil, ne se limite pas à constituer un moyen de preuve et à formaliser des manifestations de volontés. L'écrit permet, en outre, plus largement, l'appréciation par le juge de l'existence du litige et de concessions réciproques acceptées par les parties.

1186 A cet égard, rappelons que l'absence d'énonciation des motifs dans la lettre de licenciement entraîne une présomption irréfragable d'absence de cause réelle et sérieuse. La loi du 25 juin 2008 précise désormais dans le code du travail que le licenciement doit être motivé dans les conditions définies [par les dispositions des chapitres correspondant du code du travail]. Pour autant, la formule de la loi ne reprend pas entièrement l'article 11 de l'ANI du 11 janvier 2008 qui rappelait la jurisprudence actuelle (*« une insuffisance dans l'énonciation des motifs est assimilée à une absence de cause réelle et sérieuse de licenciement »)* et annonçait en outre une réflexion sur les moyens conduisant le juge à rechercher dans ce cas la cause du licenciement et à statuer sur son caractère réel et sérieux. Cette annonce tenterait-elle de remettre en cause la jurisprudence sur la présomption irréfragable ?

1187 G.Couturier, obs.sous Cass.Soc.12/02/1997, Dr. Soc. 1997 p 421.

1188 Cass. Soc 28/05/2002, Dr.Soc. 2002 p 783 obs.G.Couturier ; Liais. Soc. 10/06/2002 jp n° 772. En tout état de cause, l'employeur peut invoquer la nullité de la transaction pour les autres causes (dol, erreur sur l'objet de la contestation, violence), à l'exclusion non seulement de la cause tirée du moment de la conclusion de la transaction, mais aussi pour lésion, et en principe, erreur de droit (art. 2052 du code civil).

1189 Cass. Soc 24/10/2000,Liais.Soc. jp n° 344.

1190 Sanction que la Cour de cassation a explicitement précisé dès 1997 *«Une transaction , conclue avant la notification du licenciement, est nulle »* .Cass. Soc 12/11/97,Liais. Soc. jp n° 376.

1191 Liais. Soc. 10/09/2002 jp n° 781.

1192 Formule sans aucun doute redondante mais qui marque la volonté sans faille de la Haute juridiction de garantir la protection exceptionnelle et exorbitante de droit commun des salariés protégés, non seulement dans leur intérêt propre mais dans l'intérêt de l'ensemble des salariés qu'ils représentent.

1193 Ce qui ne les empêche pas, rappelons-le, de convenir désormais d'une rupture conventionnelle de leur contrat de travail (contrairement aux solutions antérieures concernant la rupture amiable de droit commun pour motif non économique) , ni de prendre acte de la rupture de leur contrat ou en demander la résilitation judiciaire (v.supra Chapitre I, Section 2 et Chapitre II, Section 1).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

§2- La volonté de renoncer à un droit contre des concessions

462 La transaction doit traduire non seulement une volonté de mettre fin à un litige suite à une rupture du contrat de travail, mais encore, la volonté des parties de renoncer à un droit contre concessions. Bien que renonciation et concessions apparaissent ici indissociables, il paraît judicieux de les étudier séparément.

En transigeant, les parties renoncent à leur droit d'action, c'est à dire au droit de faire trancher par un juge le litige relatif aux prérogatives ayant fait l'objet de la transaction[1194]. Toute transaction emporte donc renonciation au droit d'agir en justice, elle a *« autorité de la chose jugée en dernier ressort. »* Toutefois, la transaction n'est pas seulement abdicative. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, elle se réalise au moyen de concessions réciproques qui lui confèrent un caractère synallagmatique.

463 A quels droits, actions et prétentions, le salarié est-il précisément censé renoncer[1195] ? La renonciation, qui est faite à tous les droits, actions et prétentions, ne peut s'entendre que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu. C'est ainsi que la question de la portée de l'objet de la transaction a été régulièrement soulevée, notamment à propos de l'exécution des clauses de non concurrence. Le juge rappelle, à cet effet, que les parties doivent avoir expressément prévu d'insérer dans la transaction la clause de non concurrence. A défaut, la renonciation à un droit ne pouvant se présumer mais devant résulter d'un acte de volonté non équivoque des parties et notamment du salarié, la clause de non - concurrence ne peut être incluse dans la transaction.[1196] . Cette solution trouve sans doute son fondement dans l'article 2049 du code civil, selon lequel les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris. Selon le professeur G.Couturier[1197], ce texte développe une logique simple *« Par définition, la transaction a pour objet de déterminer ou de prévenir une contestation ; elle se substitue à la décision de justice qui aurait tranché ce différend ; sa portée spécifique s'inscrit dans les limites de ce différend. L'effet de la transaction ne va pas au-delà de la contestation que les parties avaient eue en vue de régler » .*

464 En outre, les termes de la renonciation doivent nécessairement être contrebalancés par des concessions. Dès lors, la volonté du salarié de renoncer à son droit d'agir en justice doit trouver une juste compensation en termes de concessions offertes par l'employeur. Celui-ci doit trouver un intérêt à la transaction, qui emporte abdication du droit d'agir en justice, par rapport à une action directe auprès des tribunaux aux fins de faire valoir ses prétentions. Si la Cour de cassation requiert, de manière constante, l'existence de concessions réciproques pour valider une transaction[1198], elle n'exige cependant pas que celles-ci soient d'égale importance.

Mais encore faut-il que les concessions de l'employeur ne soient ni dérisoires ni insuffisantes[1199]. Le juge recherchera si elles sont, à tout le moins, égales ou supérieures à

1194 L. Boyer, Encyclopédie Dalloz 5ème « Transaction » n°104.

1195 G. Couturier, obs. sous Cass.Soc. 04/07/1997, Dr. Soc. 1997 p 978-980.

1196 Cass. Soc 12/10/99, Liais. Soc. jp n° 653. Cass. Soc 06/05/98,Bull. civ V n° 228.

1197 V. art. préc. sous Cass.Soc. 04/07/1997, p 979.

1198 V. notamment Cass.Soc.13/10/1988- Bull.civ. V n° 516.

1199 Cass. Soc 18/05/99, Dr. Soc. 1999 p 749n, obs. B. Gauriau.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

celles auxquelles le salarié aurait pu prétendre, compte -tenu de sa situation juridique[1200]. C'est dans ces conditions, que le juge vérifiera que la lettre de licenciement est motivée conformément aux exigences légales. A défaut de quoi, le salarié pourra prétendre aux droits d'un salarié licencié sans cause réelle et sérieuse. C'est donc par rapport aux droits a minima de la loi ou de la convention collective que sera appréciée l'existence de concessions réelles octroyées par l'employeur[1201].

De plus, sans heurter l'autorité de la chose jugée conférée à la transaction, le juge peut restituer aux faits énoncés dans la lettre de licenciement leur véritable qualification[1202]. Cependant, il n'existe pas, dans le cadre de la transaction, un contrôle juridictionnel de proportionnalité entre les sacrifices consentis par le salarié et les concessions attribuées par l'employeur, le juge se limitant à ce jour à sanctionner la contradiction des motifs et la dénaturation.

Mais, comme pour toute renonciation, la transaction requiert une volonté réelle et non équivoque du salarié renonçant. Et, si l'article 2052 du code civil n'autorise l'annulation de la transaction ni pour lésion, ni en principe pour erreur de droit,[1203] la possibilité subsiste d'invoquer le dol[1204], l'erreur sur l'objet de la contestation[1205] et la violence[1206], comme vices susceptibles d'entacher la validité du consentement du salarié, qui doit être libre et éclairé.

465 En droit du travail, la transaction est donc « sous haute surveillance judiciaire»[1207]. L'idée d'un règlement amiable et commun d'un litige opposant employeur et salarié demeure suspecte. L'inégalité des parties, la subordination du salarié sont les raisons traditionnellement invoquées pour expliquer cette défiance à l'encontre d'accords qui privilégient la liberté des parties dont celle de renoncer au droit d'agir en justice.

La Cour de Cassation invite donc à un encadrement rigoureux de l'accord transactionnel, sans priver toutefois les parties au contrat de travail de la faculté de recourir à cette figure juridique. Protégée par les effets de cet encadrement judiciaire, la volonté du salarié dans le processus de négociation transactionnelle n'en est pas moins reconnue et renforcée dans ses conditions d'expression. Plus encore, la transaction peut même être parfois la seule « sortie » honorable d'une relation de travail conflictuelle et n'est plus

[1200] Cass . Soc 18/02/98, Dr. Soc.1998 p 402.

[1201] Cass. Soc 23/01/2001, RJS 4 /01 n° 440.

[1202] Cass. Soc 27/03/96, Dr. Soc. 1996 p 741. En l'occurrence, l'employeur qui reprochait à un salarié une incompétence professionnelle ne pouvait prétendre, compte -tenu de la position de la jurisprudence en la matière, avoir fait des concessions en renonçant à invoquer une faute grave .

[1203] Toutefois, les juges ont la possibilité de redonner aux faits visés par les parties à la transaction leur exacte qualification juridique (Cass.Soc. 06/04/99,RJS 5/1999n°662). N'est-ce pas l'admission indirecte de l'erreur de droit dans les causes d'annulation de la transaction, contrairement aux dispositions de l'article 2052 du code civil ? (X. Lagarde *« Les spécificités de la transaction consécutive à un licenciement »* , JCP2001 G.1 337 p 1420).

[1204] Ainsi, la Cour de cassation a admis, il y a quelques années, l'annulation d'une transaction à raison de manœuvres dolosives de l'employeur, s'agissant d'information erronée donnée au salarié quant au caractère non imposable de la majoration de l'indemnité conventionnelle, sans laquelle le salarié n'aurait pas signé.

[1205] Cass. Soc 24/11/1998, Bull.civ. 1998 V n° 515.

[1206] Cass. Soc . 18/12/2001, Dr.soc. 2002 p 360, obs. B. Gauriau. La violence morale pour être une cause de nullité de la transaction doit être appréciée *« in concreto »* et établie .

[1207] M-L Vigouroux, *« La transaction sous haute surveillance judiciaire »,* Cahier DRH 2008, n° 140, p 13 et suiv..

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

l'apanage des cadres de haut niveau de responsabilités. Cette tendance traduit sans doute un changement dans la relation individuelle du travail.

Conclusion du Chapitre II

466 La consécration légale de la rupture conventionnelle, en tant que nouveau mode autonome de rupture d'un commun accord, modifie, certainement, la figure juridique classique de la résiliation amiable en droit du travail, en offrant plus de sécurité dans ses conditions d'exercice. La mise en place d'une procédure, assortie d'un certain nombre de garanties, répond à l'exigence d'un consentement libre et éclairé du salarié à la convention de rupture, autant qu'elle favorise une prise de décision autonome. La volonté du salarié, mais aussi son intérêt propre, peuvent ainsi trouver, dans ce mode autonome de rupture du contrat, une voie accessible, à titre individuel.

Cette orientation favorable à la rupture du contrat de travail, conjointement décidée par les deux parties, bouleverse quelque peu le droit de la rupture du contrat de travail dont le socle repose essentiellement sur le droit du licenciement. Elle pourrait modifier, à l'avenir, les rapports de force classiquement présents dans la relation individuelle de travail[1208].

Toutefois, la place privilégiée de la volonté commune des parties de rompre le contrat de travail, ne délivre pas totalement d'un doute : celui relatif à l'auteur de l'initiative. Dès lors, c'est l'évolution du droit du licenciement qui devra aussi être scrutée dans l'avenir.

Face à tout dispositif juridique nouveau, s'impose une certaine vigilance et la rupture conventionnelle ne fera pas exception, en particulier s'agissant du champ d'application qui lui sera ou non progressivement concédé.

467 Mais, ce mode de rupture autonome, loin de concurrencer la transaction, devrait, selon nous, en préserver l'intérêt pour le salarié.

Il est vrai que la transaction, acte de puissance des volontés privées, subit, en droit du travail, un encadrement judiciaire très strict. Toutefois, elle constitue au profit du salarié, précisément en raison de ses garanties, un moyen de résoudre, volontairement et en accord avec son employeur, un différend né de la rupture du contrat, et en contrepartie de concessions réciproques. La transaction pourrait-elle servir, dans l'avenir, de sécurisation supplémentaire à la rupture conventionnelle ? Même si, à première vue, rien ne semble s'opposer à ce qu'une transaction mette un terme à un litige né ou à naître portant sur la rupture conventionnelle et ses effets, une telle possibilité ne saurait être compatible avec l'exigence d'un accord commun qui caractérise cette rupture commune du contrat.

Conclusion du titre III

468 La rupture du contrat de travail par le salarié, quel que soit le mode de rupture utilisé, unilatéral ou conventionnel, est liée à un double enjeu.

Le premier repose essentiellement sur la subordination du salarié et le pouvoir exercé par l'employeur, qui imprègnent la relation individuelle de travail. Il s'avère, dés lors, indispensable de s'assurer de la volonté certaine du salarié de mettre fin à la relation contractuelle. Un réseau d'exigences touchant à la nature, à la qualité et aux conditions de cette manifestation irrigue donc le droit de la rupture du contrat du travail. Cette situation rend

[1208] V. sous un autre angle, le changement introduit en matière de mise à la retraite sur initiative de l'employeur. Ce dernier doit désormais obtenir l'accord préalable du salarié pour pouvoir le mettre à la retraite entre 65 et 70 ans (art. 90 à 92 de la Loi n °2008-1330 du 17/12/2008 portant financement de la SS pour 2009, JO du 18/12/2008).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

évidemment compte de l'inégalité des parties et de l'état de dépendance du salarié. Ainsi, ne saurait-on être surpris que le droit du travail s'éloigne de la pure conception du droit commun des contrats, fondée sur la liberté et l'égalité des parties dans le processus de résiliation contractuelle. Plus encore, le droit de la rupture du contrat du travail ne peut s'abstraire de l'influence du droit du licenciement, c'est à dire des règles propres à la rupture à l'initiative de l'employeur. Cette influence se traduit par une attraction du droit du licenciement[1209], singulièrement en cas de rupture unilatérale du salarié, mais aussi par une imprégnation de celui-ci dans les autres modes autonomes de rupture, telle que la rupture conventionnelle.

Cette emprise est liée au second enjeu de la rupture du contrat de travail par le salarié : l'emploi. Lorsque le salarié rompt son contrat de travail, il perd plus que sa qualité de contractant, il perd son emploi, subissant la radicalité des effets attachés à toute rupture. De sorte que la volonté du salarié de rompre le contrat de travail ne peut être prise en compte, sans une forte protection du droit. Celle-ci ne porte pas seulement sur les conditions de manifestation de la volonté, elle s'étend jusqu'à prévoir des garanties sociales en faveur du salarié, ou cherche à préserver un juste équilibre dans l'intérêt à la rupture du contrat.

Pour toutes ces raisons, la vigilance du droit demeure prégnante et le contrôle du juge social ne s'émousse pas, au profit d'une plus grande liberté d'expression de la volonté du salarié en situation de ruptures du contrat. Ces tendances persistent, même lorsque le salarié dispose de moyens juridiques accrus de rompre le contrat de travail.

Conclusion de la partie I

469 L'objectif de cette première partie était de mesurer la place accordée aujourd'hui à la volonté du salarié dans la dimension contractuelle du rapport d'emploi et de mettre au jour certaines évolutions.

La reconnaissance de la volonté du salarié n'est pas nouvelle en droit du travail, ne serait-ce que parce que son consentement est nécessaire pour que le contrat de travail puisse être valablement formé entre les parties. Mais le droit du travail a toujours fait preuve d'une suspicion quant à la possibilité réelle pour la volonté du salarié de jouer un rôle équivalent à celui joué par la volonté de l'employeur. L'inégalité des parties au contrat de travail et la subordination du salarié à l'égard de son cocontractant ont contribué à une réaction du droit fondée essentiellement sur un rééquilibrage et sur la protection de la partie la plus faible. Cet état des lieux perdure-t-il ? Ou bien peut-on défendre l'idée que la place de la volonté du salarié est plus étendue aujourd'hui que naguère, dans la dimension contractuelle du rapport d'emploi ?

A bien y regarder, l'évolution, telle que mise à jour, apparait travaillée par un double mouvement de protection et de valorisation.

470 Le rôle de la volonté du salarié semble, en effet, bénéficier, depuis peu, d'un réel mouvement de faveur. Le mot « faveur » doit être entendu ici dans son sens classique de « ressource». La volonté du salarié est saisie comme une ressource que le droit prend désormais plus fermement en compte.

Il en est ainsi quand, grâce à la réactivation jurisprudentielle du principe de la force obligatoire du contrat, la volonté du salarié se trouve obligatoirement sollicitée en situation

[1209] J-Y Frouin, art. préc. *« Les ruptures du CDI à l'initiative du salarié (démission, prise d'acte, résolution judiciaire »,* p 150.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de modifications contractuelles à l'initiative de l'employeur mais aussi pour résister à de nouvelles normes collectives moins favorables que le contrat individuel. Par le biais d'une faculté de choix et d'un droit de refus, la volonté individuelle du salarié gagne alors en épaisseur, freinant la logique du pouvoir et le droit de résiliation unilatérale.

Autre manifestation perceptible de la valorisation de la volonté du salarié, bien que plus discrète que la précédente : l'extension de l'espace laissé aux volontés individuelles dans l'aménagement des rapports de travail. Ce phénomène paraît, toutefois, très inégalitaire, entre les travailleurs eux-mêmes. Seuls certains salariés, ceux dont le savoir-faire, la technicité ou le niveau de compétence sont les plus recherchés, peuvent s'approprier cette faculté d'aménager et de négocier individuellement des clauses contractuelles en leur faveur. Il ne faut donc pas se méprendre sur l'étendue et l'intensité du mouvement de contractualisation au profit des salariés.

C'est encore la volonté saisie comme une ressource véritable qui est privilégiée quand les conditions de manifestation de la volonté du salarié sont affermies par l'information et/ou le conseil, l'instauration de délais de réflexion,... Ces mécanismes rétablissent de l'égalité dans la conclusion du contrat et, plus largement, dans la formation de la décision du salarié. La même logique s'affirme lorsque le législateur ou le juge recherche un principe d'équilibre, notamment par l'exigence d'une contrepartie sérieuse à certaines obligations prévues dans le contrat de travail ou aux effets d'une convention de rupture.

471 Mais si la volonté du salarié, comme ressource contractuelle, peut se trouver renforcée, ce ne peut être que dans la mesure où elle demeure protégée par l'ordre juridique dans les différentes phases de la vie du contrat de travail, en particulier au moment de la formation du contrat comme lors de sa rupture par le salarié. Ces temps sont révélateurs de la vulnérabilité du salarié face au pouvoir de l'employeur. Le droit du travail ne se défait donc pas de sa finalité protectrice et il n'apparaît pas de recul notable des règles d'ordre public.

On peut même considérer que certaines évolutions vont à l'encontre d'une valorisation de la volonté du salarié. En effet, le recours accru à la figure du contrat de travail ne participe pas forcement au renforcement corrélatif du rôle de cette volonté. La détermination du contenu contractuel continue à échapper largement aux parties et singulièrement au salarié, au profit du législateur, du juge et même des partenaires sociaux, lesquels entendent déterminer conventionnellement, a priori et de manière limitative, les éléments qui doivent toujours être considérés comme contractuels.

En outre, la dynamique des droits et libertés de la personne et les règles de sauvegarde de l'article L.1121-1 du code du travail freinent largement la liberté contractuelle et le domaine d'exercice de la volonté du salarié. Celle-ci ne saurait s'affranchir de tout. N'est-ce pas, au fond, une condition de son respect ?

472 En définitive, l'impression d'ensemble demeure contrastée et tout en nuances. L'évolution contemporaine donne à voir une conciliation autant fragile qu'indispensable entre valorisation et protection de la volonté du salarié, faveur et suspicion. Ce double mouvement s'inscrit dans la perspective plus générale de compenser les inégalités et déséquilibres, voire d'atténuer les conflits d'intérêts qui dominent la relation juridique entre salarié et employeur. Mais, dans un même temps, se dessine une nouvelle physionomie de la volonté du salarié cocontractant. Le consentement, initial et global, à l'exécution du contrat de travail n'est plus la seule expression volontaire de ce dernier. Désormais, le salarié est apte à manifester du « futur contractuel », c'est-à-dire qu'il a la faculté de donner son accord sur les modifications touchant le contrat de travail auquel il a initialement consenti, ou de les refuser. Cette capacité de refus n'est pas insignifiante, puisqu'il s'agit d'un droit que le

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

salarié peut ou non exercer mais qu'il possède en propre. Nonobstant les effets ultérieurs sur la survie du contrat, le refus constitue une manifestation forte de volonté. Il contient la puissance de l'opposition et de la résistance du sujet, face à la volonté de l'autre. Ce droit de refus signifie surtout ici que la qualité de contractant est pleinement reconnue au salarié. Dès lors, l'employeur ne peut s'abstraire de la volonté de son cocontractant, en cours d'exécution du contrat.

Qu'en est-il lorsque le salarié n'est plus saisi en sa qualité de contractant, mais de travailleur subordonné ? On sait, que soumis à une volonté qui n'est pas la sienne, le salarié se trouve assujetti aux pouvoirs que l'ordre juridique reconnaît à l'employeur. Cette donnée est essentielle pour comprendre la place particulière dévolue à la volonté du salarié dans le rapport de travail. Dès lors, convient-il de rechercher si l'évolution des règles de droit permet d'entrevoir une « émancipation » de la volonté du salarié au sein même du territoire des pouvoirs de l'employeur. Tel est l'objet de la seconde partie de cette recherche.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Seconde partie La confrontation de la volonté du salarié au pouvoir de l'employeur

473 L'originalité du rôle de la volonté du salarié dans le rapport d'emploi tient fondamentalement à la double nature de celui-ci. Fondé sur l'acte bilatéral voulu par les parties, le rapport d'emploi ne se résume pourtant pas à sa dimension purement contractuelle. Il a aussi pour effet de placer le salarié dans une situation non contractuelle, de type «institutionnel»[1210]. De par cet état, le salarié bénéficie du statut social protecteur attaché à sa qualité de salarié, mais il se trouve également soumis aux pouvoirs que l'ordre juridique reconnaît à l'employeur.

Or, tout pouvoir contrecarre nécessairement l'autodétermination de celui qui le subit, en raison de la contrainte qu'il exerce sur la volonté d'autrui. Dès lors, comment concilier, chez un même sujet de droit, l'existence d'une volonté libre et un état de dépendance à la volonté d'un autre? Tel est le dilemme de la volonté du salarié confrontée au pouvoir de l'employeur.

Dans un premier temps, on s'attachera à mesurer le degré d'emprise du pouvoir sur la volonté du salarié (Titre I), après avoir tenté de définir les fondements et caractéristiques du pouvoir de l'employeur. Il conviendra de repérer les signes patents de la soumission de la volonté du salarié mais aussi ses limites. Le droit ne peut légitimer la soumission sans bornes d'une personne physique à l'égard d'une personne détentrice d'un pouvoir privé. Il agit donc directement sur le pouvoir de l'employeur. Ainsi, certains mécanismes correcteurs du rapport de pouvoir contribuent-ils au cantonnement de celui-ci. Au pouvoir discrétionnaire de l'employeur se substitue un pouvoir fonctionnel et régulé par le droit. Toutefois, ces mécanismes juridiques apparaissent le plus souvent comme des substituts de la volonté du salarié, absente ou empêchée, mais en aucun cas, comme un moyen de garantir son ancrage sur le territoire du pouvoir patronal.

Cependant, n'existe-t-il pas des voies favorables à une émancipation de la volonté du salarié (Titre II) ?Plusieurs directions méritent alors d'être empruntées qui révèlent, semble-t-il, de réelles opportunités et surtout, des signes forts en faveur de la reconnaissance d'une capacité objective de choix et d'action du salarié.

De telles perspectives invitent à ouvrir davantage encore la réflexion, en s'attachant à identifier la place de la volonté individuelle du salarié dans les droits collectifs (Titre III). En effet, ceux-ci constituent historiquement l'une des pierres angulaires de la défense des salariés face au pouvoir patronal. Peut-on observer aujourd'hui, au sein même des droits collectifs, une majoration de l'expression de la volonté du salarié ? Plus précisément, une nouvelle perception du rôle de la volonté du salarié, comme membre du groupe, est-elle en train de voir le jour ?

[1210] V. A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon – Caen, chr. préc. *« L'ordonnancement des relations de travail»,* p 362.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Titre I : Le degré d'emprise du pouvoir sur la volonté

474 Aucune société ne peut exister sans la subordination de certains de ses membres à d'autres, sans commandement et obéissance, sans que des personnes se trouvent investies de la faculté d'édicter des normes et de prendre des décisions. Le droit du travail est largement lié à ce phénomène fondamental qu'est le pouvoir social[1211]. Il est indéniable que la relation de travail salarié est une relation asymétrique entre deux personnes, dont l'une possède la capacité d'agir sur les actions de l'autre. Or, le pouvoir d'une personne privée sur une autre perturbe fondamentalement le principe d'égalité reconnu par notre droit républicain. Le droit intervient donc à la fois pour reconnaître, réguler ou limiter le pouvoir de l'employeur tout en s'efforçant de maintenir des espaces de liberté et d'expression de la volonté de celui qui est soumis à un tel pouvoir. Mais quelle est la nature de ce pouvoir? De quelle manière le droit du travail saisit-il la notion de pouvoir lorsqu'on la rattache à l'employeur? Autant de questions souvent discutées, sur lesquelles un bref retour s'impose (Chapitre préliminaire).

On pourra mesurer ensuite l'influence du pouvoir de l'employeur sur la volonté du salarié. Le pouvoir génère, à l'évidence, une réduction de la volonté d'autrui, de sa capacité d'action ; il se traduit ici par la soumission de la volonté du salarié qui le subit (Chapitre 1). Cependant des limites sont posées à cette soumission, des pôles sont soustraits à l'influence du pouvoir patronal, d'où la nécessité d'évaluer le degré d'autonomie ou de sujétion que l'ordre juridique accorde à la volonté du salarié sur le territoire d'exercice du pouvoir.

Au surplus, de véritables mécanismes correcteurs du rapport de pouvoir sont mis en place par le droit (Chapitre 2). Leur objectif est d'insuffler du raisonnable dans la prégnance du pouvoir, qu'il s'agisse d'en atténuer l'unilatéralisme et le caractère éventuellement discrétionnaire par l'imposition d'exigences procédurales, ou de mettre en place des mécanismes collectifs susceptibles de jouer un rôle de soutien de la volonté individuelle face au pouvoir. Pour autant, la soumission de la volonté du salarié au pouvoir de l'employeur ne disparaît pas. Son exercice est simplement objectivé pour devenir plus acceptable et tolérable.

Chapitre préliminaire : L'employeur, détenteur d'un pouvoir

475 Lorsqu'on affirme que l'employeur est détenteur d'un pouvoir, que veut-on signifier exactement? En effet, les expressions qui recueillent le mot pouvoir peuvent prendre deux tournures différentes : *«avoir le pouvoir de»* et *«avoir du pouvoir sur»* . Juridiquement, *«avoir le pouvoir de»* signifie avoir le droit de faire quelque chose, si on le souhaite, avoir des prérogatives, dans un sens voisin de celui de droits subjectifs[1212]. *«Avoir du pouvoir sur»* (potestas) désigne une aptitude à agir sur autrui, à conduire sa volonté.

Mais comment peut-on faire agir une personne, en dehors de sa propre volonté? Plusieurs moyens existent[1213]. Le principal est la reconnaissance juridique du pouvoir, en ce

[1211] Otto Kahn-Freund, Labour and the Law, 3ème ed (par P.Davies et M.Freedland), London, Sweet and Maxwell Ltd, 1983.

[1212] A.Jeammaud, *« Le rapport de pouvoir visé par le droit du travail »,* Colloque 11 et 12 mai 2007 sur le Pouvoir de l'employeur , IETL Lyon 2.

[1213] En dehors de la contrainte physique par la violence ou la peur que nous excluons de notre propos. V. F.Poché, *« Penser avec Arendt et Lévinas : du mal politique au respect de l'autre » ;*Chr. Soc.Lyon, septembre 2003.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

qu'il est justifié au regard des principes de la Société, ou suffisamment justifié pour être digne d'être soutenu par la force du droit, pourvu qu'il ne sorte pas d'un cadre précis[1214]. C'est le pouvoir légal reconnu et accordé par les instances supérieures de la Société, souvent fondé sur la fonction, le grade ou le statut. C'est le pouvoir de commander et d'exiger l'obéissance dans un domaine donné en recourant le cas échéant à la contrainte. Très fréquemment, un tel pouvoir juridique institutionnalise une relation factuelle de pouvoir.

476 Tel est le cas du pouvoir dans les relations de travail. Celui-ci naît d'abord de la relation asymétrique se nouant entre l'employeur, qui fournit le travail, et le travailleur qui l'exécute selon la demande. Une telle relation se caractérise par la capacité d'agir du premier sur les actions du second. Ce pouvoir saisi comme rapport social peut être rapproché, sans être confondu toutefois, de l'idée d'autorité («l'autoritas») fondée sur la personne qui l'exerce par son influence, son ascendant, son crédit, sa puissance,…. Mais, pas plus qu'elle ne s'appuie sur la puissance légale, l'autorité ne cherche pas à persuader ni à convaincre, ce qui ne se rencontre qu'entre égaux en fait et en droit. *«Face à l'ordre égalitaire de la persuasion se tient l'ordre autoritaire qui est toujours hiérarchique»*[1215].

Le pouvoir juridique dont est détenteur l'employeur, qui puise ses racines dans les conditions d'exécution du contrat de travail tel que conclu entre les parties, autorise l'action unilatérale de l'employeur dans un domaine déterminé, sans qu'il soit besoin de solliciter l'accord du salarié. Seule l'obéissance, voire l'adhésion, sont accueillies. L'employeur a ainsi «un pouvoir de», qui conforte «un pouvoir sur» les salariés. En bref, le droit s'intéresse aussi bien au pouvoir juridique qu'au pouvoir –rapport social[1216].

Il n'en demeure pas moins que l'idée de pouvoir dans un rapport juridique de droit privé est suffisamment paradoxale au regard des volontés en présence, a priori égales, pour qu'on se sente tenu de dégager les fondements essentiels du pouvoir patronal (Section 1), avant d'en cerner les principales caractéristiques, en s'appuyant essentiellement sur les normes positives qui le consacrent (Section 2).

Section 1 : Les fondements du pouvoir patronal

477 L'origine et le fondement du pouvoir de l'employeur ont été différemment appréhendés au cours de l'évolution du droit de travail[1217].Une première approche part du présupposé que tout employeur est titulaire d'un pouvoir qui découle de sa qualité intrinsèque. On songe d'abord à l'analyse patrimoniale qui rattacha le pouvoir patronal à la logique de la propriété des biens de production. Ce serait en vertu du droit de propriété qui autorise son détenteur à régler l'accès à son bien et l'usage de ce dernier par autrui [1218] que les conditions d'une relation de pouvoir seraient nées. Toutefois, une telle vision patrimoniale du pouvoir patronal est apparue insuffisante pour fonder, à elle seule, le pouvoir patronal en tant que rapport

[1214] E.Dockès, art. préc. *« Le pouvoir –Valeurs de la démocratie. Huit valeurs fondamentales »* p 63 et suiv.

[1215] H.Arendt *,« La crise de la culture »,* Paris, Gallimard Folio 1995.

[1216] A.Jeammaud, colloque préc.

[1217] D'éminents auteurs se sont penchés sur cette question. Récemment encore, des travaux remarquables ont apporté des contributions essentielles à l'analyse du pouvoir que la présente thèse n'a ni l'objet ni la prétention d'égaler. On s'efforcera donc de citer ces auteurs et de rendre compte de leurs travaux, dans la progression de notre étude.

[1218] Art. 544 du code civil. C'est ainsi que certains courants ont pu se tourner vers le droit de propriété pour justifier les pouvoirs de l'employeur dans l'hypothèse d'une grève, d'une occupation ou d'un « lock out » .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

social et prérogative juridique [1219]. Il y eut ensuite le courant dit institutionnel pour lequel le pouvoir serait propre à la qualité d'employeur en tant qu'il est chargé de la «gouvernance» d'un ensemble social dont il doit assurer la cohérence et protéger l'intérêt[1220]. Bien que cette approche du pouvoir patronal ne manque pas de pertinence - toute institution de quelle que nature qu'elle soit, ayant besoin d'un «gouvernement» qui conduit et coordonne les actions de ses membres - elle relève cependant d'une vision idéalisée de l'entreprise et du rôle de l'employeur, plus que d'une réalité factuelle objective. Dès lors, l'intérêt de la communauté qu'est l'entreprise apparaît plus comme un objectif assigné aux manifestations du pouvoir que comme un fondement de l'existence du pouvoir de l'employeur sur le salarié[1221].

478 Ainsi, expliquer le pouvoir à partir de la qualité de son détenteur, qu'il soit saisi en tant que propriétaire des biens de production ou responsable du bien commun, relève, semble-t-il, d'une lecture restrictive. Ces interprétations cherchent plus à faire valoir le bien-fondé du pouvoir patronal qu'à en analyser les ressorts. C'est donc à partir d'une autre approche que nous proposerons d'analyser le pouvoir, non sous l'angle de son détenteur, mais au regard du rapport d'emploi.

En effet, celui-ci apparaît avant tout comme une relation d'inégalité juridique, une relation de pouvoir légalement reconnue d'un sujet à l'égard d'un autre[1222]. Ce pouvoir prend sa source dans le contrat de travail, dont le critère principal repose sur la notion de subordination. Celle-ci implique que le travailleur se place sous l'autorité de l'employeur. La lecture contractuelle du pouvoir fait ainsi de ce dernier une conséquence de la subordination dans l'exécution du travail et contribue à rendre compte d'un pouvoir/rapport social (§1). Toutefois, la relation de pouvoir créée par le rapport d'emploi repose sur les prérogatives juridiques que l'ordre juridique reconnaît à l'employeur (§2). Celles-ci limitent et règlent les rapports de fait qui naissent du travail, en révélant un champ dédié spécifiquement à l'exercice des pouvoirs de l'employeur. L'ordre juridique dessine ainsi une sorte de configuration globale des rapports de force existants, afin d'assurer un certain niveau d'équilibre et de contrôle.

§1 La lecture contractuelle du pouvoir

479 Outre l'existence d'éléments «catégoriques» et objectifs[1223], la qualification et la spécificité du contrat de travail reposent essentiellement sur la subordination du salarié à l'égard de l'employeur. Celle-ci est devenue le critère principal du contrat de travail et forme l'élément qui le différencie des autres contrats[1224]. La subordination du salarié est dite «juridique»[1225] car elle résulte du contrat conclu entre les parties. On le sait, la jurisprudence

1219 V. en ce sens notamment J . Savatier, *« Pouvoir patrimonial et direction des personnes »*, Dr. Soc. Janvier 1982 p 1 et suiv.

1220 V. notamment P. Durand, traité préc., « Traité du droit du travail ».

1221 V. D.Loschak, *« Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration »,* Dr. soc. 1982 p 26.

1222 A.Jeammaud, M.LeFriant, A.Lyon-Caen, art.préc. *« L'ordonnancement des relations de travail »,* p 361 .

1223 Tels que notamment, le travail et la rémunération (v. supra Partie 1).

1224 Tels les contrats de mandat, d'entreprise, de prestations de services, de location-gérance ,…

1225 Abandonnée par la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass.civ.6 juillet 1931. DP 1931.1.121, note P.Pic), la subordination économique fondée sur l'idée de faiblesse ou de dépendance économique , a laissé la place à l'idée de subordination juridique. *« La condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle elle travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties…La qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie ».*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

la définit généralement comme «*l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné»* [1226] .

Le pouvoir entretient donc une relation symétrique avec la subordination engendrée par le contrat de travail. L'un n'existe pas sans l'autre. C'est parce que le pouvoir est la faculté d'imposer sa volonté à autrui que celui qui le subit doit mettre à l'écart sa propre volonté. Ce mécanisme de retrait de la volonté du salarié s'opère par la subordination. Pour autant, il ne s'agit pas ici d'un pouvoir juridique, mais d'une «autorité» exercée sur les conditions d'exécution de travail d'autrui.

480 Telle que définie par le juge, la subordination relève essentiellement d'une situation de fait caractérisant un rapport social inégalitaire, c'est à dire formée par des éléments constitutifs du pouvoir (ordres et directives, contrôle de l'exécution du travail,…). C'est de cet ancrage factuel que découle la qualification juridique du contrat de travail, comme le rappelle régulièrement le juge social[1227]. En ce sens, c'est parce qu'il y a exercice du pouvoir, qu'il peut y avoir identification de la subordination et donc contrat de travail comportant l'engagement tacite ou express du salarié d'être un travailleur subordonné. Par le contrat de travail, le salarié s'engage par avance à se soumettre à l'autorité de l'employeur et à exécuter ses ordres et directives. Par l'exercice effectif du pouvoir, la subordination se réalise et se place dans l'ensemble organisé et structurel qu'est l'entreprise[1228].

481 Dès lors, le pouvoir de l'employeur apparaît comme issu du contrat de travail en tant que source juridique de la subordination du salarié. Ainsi, dans le rapport d'emploi, le salarié n'est pas seulement débiteur d'obligations contractuelles, il consent aussi, par contrat, à placer sa personne sous l'autorité de l'employeur *« qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ».* De sorte que le salarié est à la fois cocontractant de son employeur et travailleur subordonné placé sous sa direction, sa surveillance et son autorité.; l'employeur étant d'ailleurs défini comme *«celui au profit duquel le travail est accompli et sous la direction de qui le salarié exécute son activité »* [1229].

Pourtant, la notion de subordination juridique, entendue comme une subordination tirant sa source du contrat, peut ne pas satisfaire[1230].En effet,l'argument conduit à désigner

[1226] Cass. Soc . 13/11/96, Dr. Soc.1996 p 1067.

[1227] L'existence d'une relation de travail salariée «*ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs»* .

[1228] D'éminents auteurs, tels que T.Revet (v.notamment art .préc. *« L'objet du contrat de travail »,* p 859 et s.), et A. Supiot (v. art.préc. *« Le juge et le droit du travail »*,p 59 et s.) soutiennent dans leurs travaux que le contrat de travail étant qualifié de contrat de louage de services, le preneur à bail, l'employeur, doit pouvoir entrer en possession de la chose louée. Le chose louée est la *« force de travail »* du salarié, la rémunération est l'équivalent du loyer. Dans ces conditions, le droit du travail s'efforce de faire en sorte que la *« patrimonialisation du travail n'ait pas pour effet la patrimonialisation du salarié lui-même »,* ce que le droit interdit(v. aussi X.Lagarde *« La relation de travail est un quasi-louage »,* RTD civ. Juill-sept 2002 p 435 et suiv.). La subordination du salarié à la volonté de l'employeur vient compenser en quelque sorte l'impossibilité pour ce dernier de rentrer en possession de la force de travail dont il a, par voie contractuelle, acquis la jouissance : *« La subordination apparaît alors comme le substitut de la dépossession »* .

[1229] Cass. Soc 23/02/77 – Bull.civ. V n° 136.

[1230] A. Supiot, *« La réglementation patronale de l'entreprise »,* Dr. soc. 1992 p 215 et suiv. P. Lokiec, Thèse préc. *« Contrat et pouvoir »* .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de la sorte la volontéimplicite des parties comme l'instigatrice du pouvoir patronal[1231], au même titre que d'autres règles contractuelles. Or, le contrat de travail ne peut être qu'un acte-condition qui, une fois régulièrement formé, habilite l'employeur à exercer un pouvoir constitué des prérogatives juridiques reconnues par le droit.

Ainsi, le consentement par contrat à une *«servitude volontaire»* [1232]ne peut avoir de valeur juridique que parce que l'ordre juridique autorise l'employeur à exercer ce pouvoir, soit en lui déléguant explicitement certaines prérogatives juridiques, comme en matière disciplinaire ou réglementaire, soit en lui accordant, sous contrôle judiciaire, un domaine d'exercice distinct de celui qui relève du contractuel.

§2 La reconnaissance par le droit

482 Le lien de subordination engendré par le contrat de travail institue un rapport de pouvoir entre l'employeur, sujet actif détenteur de pouvoirs, et le salarié, sujet passif du seul fait de son consentement au contrat. Quelle que soit la considération de l'objet du contrat de travail, la subordination s'impose alors comme une nécessité quasi-mécanique[1233]. Mais, parce que toutpouvoir tend à créer de l'inégalité et de l'unilatéralisme, celui-ci doit être autorisé et strictement encadré par le droit. Tel est l'objectif assigné à la reconnaissance d'un pouvoir juridique de l'employeur dans le rapport d'emploi.

D'emblée, il faut souligner que la loi ne consacre pas formellement ce pouvoir. Le terme même de pouvoir est d'ailleurs très peu présent dans le code du travail. Il est souvent déduit de certaines dispositions légales. Toutefois, la loi le reconnaît et le garantit du fait même qu'elle l'encadre, lui impose des bornes[1234] et fixe des contreparties en termes de droits reconnus à tout travailleur subordonné. On peut même soutenir que seule une véritable prérogative juridique, déléguée par le législateur[1235], peut être apte à justifier la formulation d'ordres ayant valeur juridique et l'édiction d'actes juridiques s'imposant au salarié[1236].

483 Qui plus est, le pouvoir juridique de l'employeur apparaît original, fondé sur une figure ternaire dont l'axe principal est constitué par le pouvoir dit de direction. Or, il faut bien constater qu'aucun dispositif légal spécifique ne définit le pouvoir de direction en tant que tel. Cependant, certaines dispositions légales établissent que l'employeur est bien investi par

[1231] Dans un système démocratique, le pouvoir entre personnes privées est un fait en principe illicite. Car nul ne peut obliger autrui sans son consentement (E.Dockès, *« De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur »* in Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à J. Pelissier, Dalloz 2004, p 203 et suiv.). Ainsi, à l'inverse du contrat qui repose sur le registre de la volonté, le pouvoir ne peut par définition être justifié par un accord de volontés.

[1232] Pour réprendre l'expression d'E. de la Boetie dans son opuscule *« Le Discours de la servitude volontaire ou le contr'un »,* Les classiques des Sciences sociales.

[1233] V. l'influence sur ce constat d'un auteur tel que T. Revet, *« L'objet du contrat de travail »,* Dr. Soc. 1992 p 859 . « *La force de travail »,* Litec 1992. V.aussi, A. Supiot , *« Le juge et le droit du travail – Compte – rendu d'une recherche »,* Dr. Soc. mai 1980 p 59 et suiv. V. pour une autre orientation quant à la catégorisation du contrat de travail, M. Fabre-Magnan, « *Le contrat de travail défini par son objet »,* Droit et Société, Le travail en perspective sous la direction de A. Supiot , LGDJ 1998 p 101 et suiv.

[1234] A.Jeammaud, M. Le Friant, A.Lyon- Caen, art. préc. *« L'ordonnancement des relations de travail »,* p 363-364.

[1235] Comme en matière disciplinaire et réglementaire (art. L.1311-1 et suiv. du code du travail, anciens art. L.122-33 et suiv.) .

[1236] Le contrat de travail pouvant également, sous certaines conditions, conférer la faculté d'imposer sa volonté à son cocontractant, par exemple, en insérant une clause de mobilité dans le contrat de travail .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

la loi d'un pouvoir général de direction[1237]. Au demeurant, la notion de pouvoir de direction apparaît essentiellement une œuvre d'origine jurisprudentielle. On songe aux décisions relatives aux licenciements économiques et aux changements des conditions de travail. De façon plus originale, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est même prononcée sur l'existence, à la charge de l'employeur, d'une obligation relative à la protection juridique de son salarié dans le cadre de ses fonctions, en déduisant des termes de l'article 1135 du code civil que *« l'employeur, qui est investi par la loi du pouvoir de direction et de contrôle des salariés placés sous sa subordination juridique, est tenu de garantir ceux-ci à raison des actes ou faits qu'ils passent ou accomplissent en exécution du contrat de travail »*[1238]. La Cour semble ne retenir ici que le seul pouvoir juridique de l'employeur, tel que reconnu par la loi. Elle suggère, du même coup, un certain nombre de droits et obligations à la charge de l'employeur.

Du pouvoir de direction sont classiquement issus deux autres types de pouvoirs, le pouvoir réglementaire et le pouvoir disciplinaire. Mais, ceux-ci ne sont que des éléments du premier et ne font l'objet d'aucune définition explicite dans le corps des règles que le droit du travail consacre respectivement au domaine du règlement intérieur et au droit disciplinaire[1239].

C'est sur les principales caractéristiques de ce pouvoir patronal singulier à l'allure tricéphale qu'il convient maintenant de porter l'analyse. Le droit envisage-t-il le pouvoir de l'employeur de façon restrictive et uniforme ou, au contraire, extensive et hétérogène ?

Section 2 : Les caractéristiques du pouvoir patronal

484 On l'a dit, le terme générique « pouvoir patronal » ou « pouvoir de l'employeur » recouvre classiquement trois éléments qui permettent une lecture précise du rapport de travail : le pouvoir général de direction d'où découlent le pouvoir dit réglementaire et le pouvoir disciplinaire. La figure du pouvoir patronal est donc ternaire (§1). Son titulaire est l'employeur, selon la terminologie généralement utilisée dans le code du travail ou plus spécifiquement le chef d'entreprise ou son représentant[1240].

Ces pouvoirs reconnus par l'ordre juridique sont source, au profit de l'employeur, de prérogatives juridiques lui permettant d'accomplir des actes juridiques, de donner des ordres et directives, de sanctionner des personnes qui y sont soumises et doivent les respecter. Toutefois, ces prérogatives apparaissent conditionnées par le droit. La loi et le juge règlent leur usage par son titulaire, ce d'autant plus qu'une des caractéristiques du pouvoir réside dans sa propension naturelle à l'extension (§2).

§ 1- Une figure ternaire

[1237] Pour illustration, la *«décision du chef d'entreprise* » concernant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise doit être précédée de la consultation du comité d'entreprise. V. art. L.2323-2 du code du travail (ancien art.L.431-5 al. 1). De même, on peut déduire la reconnaissance du pouvoir de direction par la loi des termes de l'article L.8221-6 du code du travail (ancien art. L.120-3 alinéa 2) ou des diverses dispositions légales qui règlent certains actes ou imposent des procédures à respecter par l'employeur.

[1238] Cass.Soc. 18/10/2006, n° 04 48612 - 2301

[1239] Ces pouvoirs sont donc généralement déduits des règles qui imposent ou encadrent certains actes de l'employeur ou obligent au respect de certaines procédures précises.

[1240] Le nouveau code du travail en vigueur depuis le 1er mai 2008 ne se réfère plus qu'à la notion unique d'employeur.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

485 Le pouvoir de direction, socle principal du pouvoir patronal, inclut à la fois un pouvoir de direction économique (ou de gestion), plus lié au droit des sociétés qu'au droit du travail [1241] et un pouvoir de direction des personnes soumises par leur travail salarié à un lien de subordination. Notons que la loi ne reconnaît qu'indirectement le pouvoir de direction de l'employeur, alors que la Cour de cassation le consacre en tant que tel (A).

Mais la direction des personnes au travail peut venir se heurter au comportement *«fautif»* ou à la *«mauvaise volonté»* d'un salarié pour exécuter le travail ou respecter les consignes, parfois même à une *«volonté de nuire»* du salarié, plus généralement à un état *«d'insoumission»* de ce dernier. Dès lors, deux dérivés du pouvoir de direction de l'employeur sont apparus. D'une part, le pouvoir réglementaire ou normatif de l'employeur, tel qu'il découle des dispositions légales (B) et d'autre part, le pouvoir disciplinaire, véritable manifestation de justice privéequi permet à l'employeur de sanctionner les comportements et actes du salarié qu'il juge fautifs dans le cadre de l'exécution du travail (C).

A. Le pouvoir de direction consacré par le juge

486 Il n'est pas inutile de tenter de dégager, au préalable, une définition de l'action de diriger. Généralement, celle-ci recouvre deux acceptions. La première est de l'ordre de la coordination: donner telle ou telle orientation, guider, assurer la progression[1242]. Diriger une entreprise revient ainsi à organiser le travail de chaque salarié de l'entreprise, en vue d'obtenir un ensemble cohérent, un résultat déterminé. Seul l'employeur se voit reconnaître la responsabilité de la gestion et du fonctionnement de l'entreprise, dont il doit assurer et garantir la cohésion en fonction de la finalité poursuivie. Selon une seconde acception, diriger relève du commandement, c'est exercer une autorité sur une personne. L'action de gérer ou de diriger trouve son expression effective dans la prise de décision, elle se caractérise par le choix [1243]et le pouvoir d'ordonner selon la stratégie et les buts poursuivis. Il ne peut, en effet, y avoir direction effective de l'entreprise si l'employeur n'a pas la maîtrise des conditions d'exécution du travail des salariés qu'il a sous ses ordres.

De plus, dès lors que l'ordre juridique reconnaît à l'employeur un pouvoir de direction, cette prérogative juridique lui permet d'imposer au salarié tout acte, directive ou ordre afférent à l'organisation du travail et au bon fonctionnement de l'entreprise. Ainsi, la logique du pouvoir de direction est de coordonner et commander l'action d'autrui en vue d'obtenir un résultat donné. Ceci implique nécessairement le retrait de la volonté propre des sujets soumis à ce pouvoir et donc leur obéissance. Le pouvoir de direction apparaît ainsi comme un pouvoir général consistant à *«gouverner…en structurant le champ d'action éventuel des autres»* [1244] .

Selon la configuration dessinée par le droit,ce pouvoir peut être plus ou moins important ou limité.Or, il apparaît que la reconnaissance juridique du pouvoir de direction, initiée essentiellement par la Cour de cassation, est fondamentalement de nature duale, à la fois restrictive (1) et modulable (2). Pour éclairer cette assertion, on peut s'appuyer sur la jurisprudence relative auxchangements des conditions de travail.

[1241] Sans pour autant nier leur interférence, ne serait-ce parce que ce pouvoir est aussi opposable aux salariés.

[1242] Définitions tirées du Larousse de la langue française- Lexis 2002.

[1243] Ce qui avait pu donné la formule jurisprudentielle *« l'employeur seul juge »* , formule aujourd'hui contestée par l'exercice du contrôle judiciaire du pouvoir.

[1244] M.Foucault, *«Deux essais sur le sujet et le pouvoir»,* in Dreyfus et Rabinow, Michel Faucault, un parcours philosophique, p 308.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

1. Une conception restrictive

487 Tout d'abord, la reconnaissance juridique du pouvoir de direction, telle qu'elle apparaît dans la démarche du juge, semble bien s'inscrire dans une vision restrictive du pouvoir. A telle enseigne que ce dernier est défini par opposition au champ du contrat. Rappelons[1245], en effet, que depuis 1996, la Cour de cassation accomplit un important travail de clarification visant à déterminer la frontière entre ce qui relève de la sphère contractuelle et de la volonté et ce qui appartient au domaine du pouvoir de direction de l'employeur et de l'unilatéralisme. *«Contrat et pouvoir sont cantonnés chacun dans un domaine propre, leur opposition est ainsi réduite par disparition d'une zone de conflits et, entre les mains du juge, la trieuse remplace désormais la balance»*[1246]. Au demeurant, la ligne de partage entre contrat et pouvoir paraît parfois délicate à tracer car, si le concept de modification du contrat de travail revêt *«une signification juridique avérée»*[1247], celui de changement des conditions de travail relève essentiellement du domaine factuel. Dès lors, c'est en partant de la considération du contrat qu'une ligne de séparation peut être tracée. Ainsi, le domaine appréhendé sous l'appellation de conditions de travail ne peut être qu'un *«domaine résiduel extra- contractuel »* .

Cette approche semble parfaitement ressortir de l'analyse de certaines décisions de la Cour de Cassation, notamment concernant la rémunération dite contractuelle qui fait partie de droit du domaine du contrat, ce qui exclut toute manifestation unilatérale de pouvoir, en dehors de la volonté du salarié[1248]. Ainsi, les parties au contrat ne peuvent-elles contractuellement élargir le domaine du pouvoir et de l'obéissance[1249].

488 A l'opposé, les horaires de travail relèvent, en principe, des conditions de travail et par suite du pouvoir de direction de l'employeur[1250], sauf bien évidemment s'ils ont été contractualisés[1251]. Ainsi, l'employeur dispose-t-il, dans le cadre de son pouvoir de direction, d'une certaine latitude pour modifier ou aménager les horaires du travail,[1252] sans avoir à solliciter l'accord du salarié[1253]. La Cour de cassation a été amenée à préciser, à l'occasion d'une demande de congé parental d'éducation à temps partiel par une salariée précédemment à temps plein, que la fixation de l'horaire de travail, à défaut d'accord des

1245 V. supra Partie 1 Titre II, Chapitre I, Section 1 §1.

1246 J-M. Béraud, *"Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail »* -Dr.Ouv. déc. 1997 p 529 et suiv.

1247 J-M Béraud, art. préc. *"Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail »* p 529 et suiv.

1248 V. supra Partie I, Titre I, Chapitre I, Section 2 .

1249 V. supra Partie 1 Titre I, Chapitre I, Section 2 .

1250 Cass. Soc 02/02/99, Dr. Soc. 1999 p 419. *«Le changement d'horaires consistant dans une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée, alors que la durée du travail et la rémunération restent identiques, constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise et non une modification du contrat de travail »* Cass. Soc 22/02/2000, Liais. Soc. 6/03/2000,jp n°664. Cass. Soc 17/10/2000, Liais. Soc. jp n°688. Cass . Soc 17 / 10/2000, Liais. Soc. jp n° 688.

1251 En particulier pour les salariés à temps partiel.

1252 Au contraire, certains changements d'horaires, par leur ampleur ou leur incidence sur la vie familiale, constituent une modification du contrat de travail. V. supra Partie 1 Titre II, Chapitre I, Section 1.

1253 Selon le conseiller doyen Philippe Waquet, l'employeur *«peut parfaitement changer les horaires d'entrée et de sortie, limiter la pause de midi,…»* (v. *« Le renouveau du contrat de travail »*, RJS 5/99 p 387) .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

parties, relève dupouvoir dedirection de l'employeur[1254].De même, est-il encore classique de considérer que les heures supplémentaires imposées par ce dernier, en respectant les conditions légales et en raison des nécessités de l'entreprise, ne concernent que les conditions de travail relevant du pouvoir de direction[1255] . Cette solution a été étendue à la mise au chômage partiel *« dont la légitimité n'est pas contestée par le demandeur, pour une période où il est indemnisé… »*[1256] .

Pourtant, force est de constater que, de petites touches en petites touches, l'on assiste au dessin d'un camaïeu où modification du contrat de travail et changement des conditions de travail se partagent les mêmes objets, ce qui peut générer des conflits ou à tout le moins des incertitudes sur la ligne de partage entre contrat et pouvoir. Le contrat cède ou concède parfois, sur son propre terrain, des espaces au pouvoir. Dès lors, c'est une conception modulable du pouvoir de direction que les juges semblent privilégier. Au demeurant, celle-ci répond à la nature factuelle du pouvoir, essentiellement mobile et adaptable.

2. Une conception modulable

489 Le juge fait preuve d'un certain pragmatisme juridique à l'égard de ce qui relève ou non du pouvoir de direction de l'employeur. Ainsi, bien que le salarié soit embauché pour accomplir les tâches entrant dans ses attributions et répondant à sa qualification, telles que prévues dans son contrat de travail, la Cour de cassation reconnaît à l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, la possibilité de les faire évoluer, sous réserve que ce changement ne porte pas atteinte à la qualification contractuelle ou à d'autres éléments du contrat[1257] .Dans ce cas, le salarié « *est tenu de s'y conformer»*[1258] . Le juge social reconnaît ainsi que le champ d'intervention du pouvoir de direction doit permettre une *«certaine mobilité fonctionnelle nécessaire à la vie des entreprises»*[1259] , dans le respect toutefois de l'objet du contrat pour lequel le salarié a été embauché. Est donc tolérée une certaine flexibilité concernant les attributions, sous réserve que la qualification soit préservée. Les fonctions du salarié, objet contractuel, laissent ainsi un espace d'exercice au pouvoir de direction de l'employeur et à l'unilatéralisme.

D'autres décisions suivent la même direction. Ainsi, s'agissant de la durée du travail[1260], de nombreuses exceptions permettent son rattachement au pouvoir de direction et aux

[1254] Cass.Soc 01/04/2003,Liais. Soc. 10/05/2003 .

[1255] Cass. Soc.0/03/99,Liais. Soc. 09/09/99, jp n°643. Se reporter toutefois ici aux conséquences de la décision de la CJCE (V.Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 1).

[1256] V. Cass. Soc . 0/03/99, arrêt préc.

[1257] Ainsi, *«la circonstance que la tâche donnée à un salarié soit différente de celle qu'il exécutait antérieurement, dès l'instant où elle correspond à sa qualification, ne caractérise pas une modification du contrat de travail …mais constitue une simple modification de ses conditions de travail»*. Cass.Soc. 29/01/2007 Liais. Soc. 29/03/2007 jp n°88/2007. Cass. Soc 10/10/2000, Liais. Soc. 23/10/2000 jp. Cass. Soc . 10/05/99, Dr. soc. 1999 p 736 et suiv. obs. B . Gauriau -

[1258] Cass. Soc . 05/05/99, Liais. Soc. 09/09/99 jp n° 643.

[1259] Ph. Waquet, art. préc. *« Le renouveau du contrat de travail »*, p 387 .

[1260] V. supra Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 1 §1 .On sait que la durée du travail constitue, en principe, un élément du contrat de travail que l'employeur ne peut modifier sans l'accord du salarié Toutefois, la simple référence dans le contrat de travail à la durée légale hebdomadaire en vigueur relevera, sans doute, de la notion de clause informative que de contractualisation « claire et précise » .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

conditions de travail[1261]. On notera, également, que la qualification de changement des conditions de travail sera souvent plus largement reconnue concernant la durée du travail de certaines catégories de personnel, telles que les cadres dirigeants. Même soumis à des horaires précis, ceux-ci sont censés représenter la direction et posséder une large indépendance dans l'organisation de leur travail[1262], de telle sorte que les juges ont pu considérer qu'ils étaient soumis envers l'entreprise à une disponibilité accrue, intrinsèque à leur qualité de cadres ou de dirigeants.

490 Un autre indice d'assouplissement au profit du pouvoir de direction se retrouve, comme on l'a vu précédemment,[1263] dans la distinction entre clauses contractuelles et énonciations ou mentions informatives. A défaut de clause «*claire et précise»* démontrant explicitement la volonté des parties de contractualiser un lieu de travail précis,[1264] la mention du lieu de travail dans le contrat de travail est considérée par le juge comme purement « informative ». Le fondement de cette solution, on l'a dit, prête à discussions. En particulier, l'information est par principe factuelle et changeante. Le pouvoir de direction peut donc plus aisément en changer la teneur. Cependant, rappelons que l'employeur n'est pas totalement libre de faire exécuter la prestation de travail dans un autre lieu et peut se heurter au critère objectif intermédiaire du *«secteur géographique»* [1265]. Mais, au regard même de ce critère, la frontière entre modification contractuelle et changement des conditions de travail paraît souvent incertaine, non dénuée d'un certain *«subjectivisme»* [1266].Dans de nombreuses décisions[1267], le critère objectif de secteur géographique a même été inopérant au profit d'une extension judiciaire du domaine de pouvoir de direction.

Le juge, dans un rôle plus légiférant que de contrôle, trace ainsi le domaine du pouvoir de direction et caractérise, s'il y a lieu, le changement des conditions de travail. Le pouvoir semble prendre une densité inversement proportionnelle à celle accordée au contrat. Et l'on

[1261] *V.supra Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 1 §1*

[1262] Cass. Soc 16/05/2000, Liais. Soc. 13/06/2000, jp n° 677.

[1263] V. supra Partie 1, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §1.

[1264] V. notamment, Cass. Soc .03/06/2003 arrêts préc. Supra Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 1 §1.

[1265] Annoncé dans l'arrêt Boghossian du 20 /10/98 (arrêt préc.), ce critère a été depuis posé et précisé dans de nombreux arrêts. En effet depuis 1998, la jurisprudence considère qu'un changement de lieu de travail constitue une modification du contrat de travail s'il entraîne un changement de secteur géographique. Dans le cas contraire, il constitue un simple changement des conditions de travail. V. supra Partie I, Titre II, Chapitre I. Section1, §1.

[1266] Cass.Soc. 21/12/2006, Liais. Soc. 29/03/2007, jp n° 88/2007.En l'occurrence, constatant la distance séparant les deux sites, les juges ont également pris en compte l'augmentation des trajets qui en résultait pour considérer que le nouveau lieu d'affectation de la salariée constituait une modification de son contrat de travail qu'elle n était pas tenue d'accepter.

[1267] On rappellera par exemple qu'en l'absence de mention du lieu du travail et de clause de mobilité dans le contrat de travail, la Haute Juridiction a jugé qu'un déplacement occasionnel pouvait être imposé à un salarié, en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement, dès lors que les fonctions du salarié impliquaient une certaine mobilité géographique et que la mission était justifiée par l'intérêt de l'entreprise (Cass. Soc . 4/01/2000, arrêt préc. Cass. Soc 21/03/2000, Liais. Soc. 3/04/2000 n° 109. Cass.. Soc 22/01/2003, Sem. Soc. Lamy n° 1107 p 11). Le raisonnement de la Cour de Cassation semble s'appuyer dans ce cas sur l'argument d'une volonté «supposée» du salarié d'accepter le principe de la mobilité et donc le changement du lieu de travail. (V. supra Partie 1, Titre II, chapitre I, Section 1).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

peut estimer que la volonté du salarié gagne en puissance en fonction de l'avantage qui est donné au contrat par rapport au pouvoir [1268].

Aussi, la conception juridique du pouvoir de direction paraît-elle résulter essentiellement d'arbitrages judiciaires. Or, ces arbitrages n'attribuent pas de manière ferme et certaine des territoires respectifs au contrat et au pouvoir. Non seulement un objet du contrat peut relever du contrat ou du pouvoir mais des nuances sont introduites sur la valeur juridique de prévisions contractuelles, réduites à de simples énonciations informatives.

Les mêmes tendances se retrouvent-elles au regard du pouvoir dit réglementaire ou normatif ?

B. Le pouvoir normatif reconnu par la loi

491 Le droit du travail reconnaît[1269] depuis longtemps un authentique pouvoir normatif à l'employeur, admettant ainsi l'existence d'une auto-réglementation de l'entreprise[1270]. En tant qu'entité collective, l'entreprise génère des règles de droit propres à son fonctionnement interne, nécessaires à la prise en compte d'un intérêt supérieur qui dépasse les contingences individuelles, et qui s'imposent sans sollicitation de la volonté individuelle des membres de la communauté de travail.. Il existe donc un droit privé de l'entreprise, laissant place, à côté du droit étatique et du droit négocié, à plusieurs figures de normes non conventionnelles dans l'entreprise. Chaque entreprise paraît ainsi apte à créer un certain nombre de règles juridiques propres, favorisant une spécificité ou *«une singularité collective et uniforme»* [1271]. Les normes patronales configurent de la sorte la situation juridique des salariés, saisis en tant que membres de la collectivité de travail La dimension institutionnelle du rapport d'emploi prend ici un relief particulier.

La norme patronale la plus notoire est certainement le règlement intérieur qui a été reconnu mais aussi fermement encadré par la loi du 4 août 1982 (1). En outre, la loi autorise l'employeur à poser unilatéralement d'autres règles qui ne sont pas moins dépourvues de normativité (2).

1. Le règlement intérieur, norme patronale encadrée

492 Le règlement intérieur est une manifestation du pouvoir patronal, apparue en même temps que l'industrie et la « fabrique ». Considéré d'abord comme l'expression du droit du propriétaire de régler la présence de tiers sur son fonds, l'idée d'un pouvoir «législatif» propre à l'employeur, fondé sur un droit quasi-naturel, s'est ensuite imposée[1272]. Pour citer Paul Durand, *« le chef d'entreprise est le législateur naturel de la société professionnelle,*

[1268] Ce que semble aussi traduire la volonté des partenaires sociaux, dans l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, lorsqu'ils entendent *«atteindre l'objectif de pouvoir déterminer, a priori et de manière limitative, les éléments qui doivent toujours être considérés comme contractuels…»* (v.Article 11 de l'accord sur l'amélioration de le lisibilité des droits contractuels).

[1269] Une telle reconnaissance n'allait pourtant pas de soi car elle apparaît bien, de prime abord, contraire aux principes directeurs d'une démocratie politique, notamment l'égalité de droit entre les personnes.

[1270] A. Supiot, *«Déréglementation des relations de travail et auto réglementation de l'entreprise »,* Dr. Soc. 1989 p 195 et suiv.

[1271] V. Colloque du CRDS de Lyon 2, Mai 2005 *« Le singulier en droit du travail » ,* en particulier A. Jeammaud *« L'entreprise, champ de validité des normes non conventionnelles ».*Thèmes et commentaires, Dalloz, Actes 2006.

[1272] V. supra Section 1 Chapitre préliminaire du présent titre.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

parce qu'il a pour fonction d'en coordonner les éléments et d'assurer le bien commun du groupement» [1273] .

Or, l'édiction d'actes juridiques unilatéraux, à caractère général et permanent, constitue sans nul doute un signe fort du pouvoir, puisqu'elle permet à son auteur d'imposer sa volonté à autrui sans avoir besoin de requérir son consentement. Dès lors, une telle faculté ne pouvait être laissée entièrement à la discrétion de l'employeur, sans un nécessaire et salutaire encadrement juridique. Depuis 1982, c'est donc la loi qui habilite l'employeur[1274] à édicter, dans le cadre du règlement intérieur,[1275]des règles à caractère général et permanent, dans des domaines expressément limités par le code du travail.

493 Acte réglementaire de droit privé, le règlement intérieur est porteur de règles obligatoires mais strictement limitées par l'effet de la loi. Ainsi parle-t-on du *«domaine du règlement intérieur»* [1276] . La loi du 4 août 1982 définit précisément le contenu du règlement intérieur, lequel doit se borner à fixer, d'une part, les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement et, d'autre part, les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur[1277]. Le règlement intérieur apparaît ainsi comme un outil d'adaptation de la législationen vigueur sur les domaines visés, permettant de tenir compte de la nature de l'activité de l'entreprise et de ses spécificités. Le pouvoir de l'employeur devient alors réglementaire, au sens où il permet *«d'édicter des règles qui complètent les dispositions générales arrêtées par une autorité normative de niveau supérieur, et qui s'intègrent ainsi dans l'ordre juridique»* [1278] .

494 Au demeurant, le règlement intérieur intègre aussi des limites fonctionnelles. Il est assujetti à un principe de nécessité professionnelle et n'a pas d'autre justification que celle des contraintes objectives du travail au regard de la nature de l'entreprise en cause, dans des domaines définis par la loi. Le bon fonctionnement de l'entreprise, ancrage du pouvoir normatif de l'employeur, est aussi la justification de sa limite. Pour reprendre les termes de la circulaire ministérielle de 1983, [1279] *«les règles ne sont justifiées que dans la mesure où elles sont nécessaires à la fois à assurer la coexistence entre les membres de la communauté de travail et à atteindre l'objectif économique pour lequel cette communauté a été créée».* La loi, en limitant le domaine du règlement intérieur, contribue indéniablement à limiter la sphère d'exercice du pouvoir de l'employeur mais, dans le même temps, elle légitime le pouvoir réglementaire de l'employeur.

[1273] P. Durand, Traité préc.

[1274] Dans les entreprises employant habituellement au moins vingt salariés.

[1275] *Art. L.1311-1 et suivants du code du travail (anciens art.L.122-33 et suiv.) issus de la loi du 4 août 1982. Il n'est d'ailleurs pas anodin que la même année, le législateur ait voté une seconde loi sur le droit des salariés à la négociation collective dont l'objet porte sur des matières non couvertes par le pouvoir réglementaire. Ainsi, la reconnaissance législative d'un pouvoir réglementaire unilatéral de l'employeur organise-t-elle le propre cantonnement juridique du pouvoir patronal , tout en renforçant un contre-pouvoir , celui des syndicats représentatifs des salariés par le droit de la négociation collective.*

[1276] *Bien qu'une telle expression ne soit pas, forcement, la plus pertinente et ne recouvre pas la réalité factuelle.*

[1277] Art. L.1321-1 du code du travail (ancien art.L.122-34).

[1278] A. Supiot , *« La réglementation patronale de l'entreprise »,* Dr. soc.mars 1992 p 215 et suiv.

[1279] Circ.DRT n°5-83 du 15 mars 1983.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

495 En outre, la législation n'encadre pas seulement le contenu du règlement intérieur, elle en précise aussi la finalité. En effet, le règlement intérieur, manifestation du pouvoir de l'employeur, ne constitue pas seulement un outil juridique de contrainte, il doit être aussi un instrument de protection pour le salarié. Ainsi, la loi assigne-t-elle au règlement intérieur un objectif d'information de la collectivité du personnel, concernant notamment les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés tels qu'ils résultent de la loi ou, le cas échéant, de la convention collective applicable. De plus, l'acte doit rappeler les dispositions légales relatives à l'abus d'autorité en matière sexuelle et au harcèlement moral[1280]. Si l'objectif du règlement intérieur se limitait à la contrainte, il n'y aurait aucune raison qui justifierait la reprise de telles dispositions. Le législateur semble donc bien avoir eu le souci d'une réglementation patronale qui soit aussi au service des salariés et puisse répondre spécifiquement et partiellement à l'obligation d'information et de renseignements dont l'employeur est redevable envers eux.

L'application du règlement intérieur étant exclusive de toute manifestation de volonté du salarié, l'exécution de bonne foi du contrat de travail exige à tout le moins que le salarié soit averti, notamment des éventuelles sanctions disciplinaires applicables. Au point même que seules les sanctions présentes dans le règlement intérieur peuvent être prononcées par le chef d'entreprise[1281] .

496 En conséquence, les dispositions du règlement intérieur revêtant un caractère général et permanent, tout salarié peut les opposer à l'employeur devant le juge dans un litige éventuel. Ainsi, un employeur ne peut adopter un comportement autre que celui qu'il a édicté:*«s'il a prévu que tel fait (une absence non autorisée par exemple) entraînera un avertissement, il ne peut prononcer une mise à pied»* [1282] .Ainsi, la généralité et la permanence d'une règle entraînent-elles par ricochet une limitation de pouvoir de l'auteur de cette règle. Ceci rend compte également de la juridicité des règles émises par l'employeur. Les prescriptions contenues dans le règlement intérieur ne peuvent constituer des règles de droit applicables aux salariés que si elles lient aussi l'employeur lui-même.

Dans le domaine ainsi défini, la loi oblige l'employeur à user du pouvoir réglementaire qu'elle lui confère. Celui-ci est tenu d'édicter des règles qui vont s'imposer aux salariés, autant qu' à sa propre personne. C'est aussi l'équilibre «contrainte- protection», institué et voulu par la loi, qui justifie en partie l'impérativité du règlement intérieur[1283].

Au demeurant, le pouvoir normatif de l'employeur ne se résume pas au seul règlement intérieur. On observe ainsi une certaine hétérogénéité de ce pouvoir normatif.

2. La reconnaissance d'un pouvoir normatif en dehors du règlement intérieur

497 En dépit de l'encadrement qu'elle institue, la loi du 4 août 1982 semble habiliter l'employeur à prendre d'autres actes à caractère général et permanent, en dehors du règlement intérieur proprement dit.

[1280] Art.L.1321-2 (ancien art. L.122-34) du code du travail.

[1281] Note de la Direction des relations de travail du 16 mai 1983,1.2.2.1, Dr. soc. 1983 p 584. Comme le précise le Professeur P-H Antonmattéi dans son rapport sur les Chartes d'éthique et les alertes professionnelles remis le 6 mars 2007 (Liais. Soc. 9/05/2007 n° 119/2007), il serait opportun de clairement l'indiquer dans le code du travail.

[1282] Ph.Waquet, art. préc. *« Le renouveau du contrat de travail »,* p 387.

[1283] Sous réserve du respect de la procédure et des formalités prévues. (v. infra Titre II, Chapitre I, Section 2).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Ainsi, la lettre de l'article L.1321-5 du code du travail[1284] laisse-t-elle une certaine place pour des notes de services comportant des prescriptions générales et permanentes relatives à d'autres sujets que ceux du règlement intérieur. L'encadrement légal dont fait l'objet le règlement intérieur n'est donc pas aussi rigide qu'il y paraît à première analyse, des ouvertures s'avèrent aménageables. En effet, l'article L.1321-5 du code du travail dispose que les notes de services ou tout autre document qui portent prescriptions générales et permanentes dans les matières mentionnées aux articles L. 1321-1 et L.1321-2 du code du travail, sont considérées comme des adjonctions au règlement intérieur et soumises aux mêmes dispositions, sauf cas d'urgence. Par un raisonnement a contrario, on peut en déduire que le législateur a laissé une place vacante pour des notes de services portant prescriptions générales et permanentes dans d'autres matières que celles qui entrent dans l'objet du règlement intérieur, échappant ainsi au régime de celui-ci [1285]. Dès lors, l'employeur semble bien disposer d'un pouvoir normatif en dehors du règlement intérieur, ce pouvoir trouvant généralement sa source dans le pouvoir de direction des personnes. Toutefois, le juge dispose en la matière d'une marge d'appréciation non négligeable pour décider si telle ou telle norme patronale, telle ou telle note de service, entre ou non dans le domaine du règlement intérieur et se trouve soumise en conséquence au régime juridique correspondant.

498 Cette extension issue de l'interprétation littérale de l'article L.1321-5 du code du travail ne constitue pas une véritable surprise. En effet, aux côtés du règlement intérieur et de ses notes de services subséquentes qui ont le *« statut d'acte de législation privée»* [1286], reconnu et imposé par la loi, ou *«d'actes réglementaires de droit privé»* selon l'expression de la Cour de cassation [1287], existent d'autres formes apparentes du pouvoir normatif de l'employeur. Ainsi, un arrêt du Conseil d'Etat du 11 juin 1999 semble bien reconnaître l'existence d'un pouvoir normatif de l'employeur en dehors de celui prévu et régi par les dispositions du code du travail relatives au règlement intérieur[1288]. Du reste, divers articles du code du travail donnent explicitement à l'employeur le droit de poser unilatéralement certaines règles juridiques.Tel est le cas de l'acte par lequel l'employeur définit, en l'absence de dispositions conventionnelles, les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements[1289], ou lorsque l'employeur est tenu d'établir et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi[1290]. On peut également citer**,** dans un autre domaine, la fixation de la période des congés payés et l'ordre des départs par l'employeur, à défaut de dispositions conventionnelles. En outre, l'employeur est tenu d'établir un procès-verbal de désaccord au terme d'une négociation avec les représentants syndicaux, lorsque aucun

1284 Ancien art.L.122-39 du code du travail.

1285 A. Supiot, art. préc. *« La réglementation patronale dans l'entreprise »,* p 215 et suiv.

1286 A. Jeammaud. M. Le Friant. A. Lyon-Caen , chr. préc. *« L'ordonnancement des relations de travail »,* p 359 et suiv.

1287 Cass. Soc. 25/09/91, Dr. Soc. 1992 p 24 et suiv. obs. J.Savatier.

1288 CE 11/06//99, Dr. Soc. 2000 p 1059 et suiv. note M. Véricel, *« L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur »* .

1289 Art. L.1233-5 du code du travail (ancien art.L.321-1-1). Le plan de sauvegarde de l'emploi est obligatoire, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, en cas de licenciements collectifs pour motif économique, afin d' éviter les licenciements ou en limiter le nombre et faciliter ainsi le reclassement du personnel. Le plan contiendra certes des mesures individuelles mais aussi de véritables règles qui s'imposeront aux salariés et à l'employeur lui-même.

1290 Art. L.1233-61 du code du travail (ancien art. L. 321-4-1) .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

accord collectif n'a pu être conclu et signé. Ce procès-verbal contient les propositions respectives des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement[1291].

499 Ces quelques illustrations font indubitablement apparaître que le règlement intérieur n'épuise pas le pouvoir normatif reconnu par la loi à l'employeur.Pour justifier son impérativité, au même titre que le règlement intérieur, et en conséquence l'absence de sollicitation de la volonté individuelle du salarié, la règle prescrite doit cependant respecter des contraintes de procédure ou de formalités similaires[1292].Ainsi, dans tous les cas cités, la règle patronale est soit fixée par l'employeur après consultation des représentants du personnel, soit établie à défaut de dispositions conventionnelles négociées en la matière mais après discussions avec les représentants habilités. Dans ce dernier cas, la règle patronale supplée en quelque sorte la vacance de l'accord négocié, participant, d'une certaine manière, à une réglementation supplétive de la volonté des parties. On peut d'ailleurs estimer que *«la réglementation patronale supplétive s'édifie sur un terrain extrêmement mouvant, à la lisière du légal, du conventionnel et de l'unilatéral »*[1293] .

Ainsi, n'est –il pas aisé de déterminer la juridicité des normes patronales, hors règlement intérieur. Certes, lorsque la norme trouve sa source dans la loi qui autorise l'employeur à fixer unilatéralement telle ou telle règle, il n'y a pas de difficulté. L'expression du pouvoir normatif de l'employeur a alors un fondement légal qui ne diffère guère de celui du règlement intérieur. Le salarié sera tenu de respecter la norme patronale ainsi prescrite.

500 Toutefois,s'agissant plus spécifiquement des normes patronales mises en œuvre à défaut d'accord collectif, par effet de la prévision du législateur, celles-ci semblent dépourvues d'équivalent. Ne pouvant pas être assimilées à des accords collectifs, elles se situent nécessairement à un rang inférieur dans la hiérarchie des normes et ne sont donc susceptibles de s'imposer aux salariés qu'en améliorant leur situation juridique, en instaurant, par exemple, un avantage ou à tout le moins, en ne faisant pas peser de sujétions nouvelles. En effet, la volonté unilatérale de l'employeur ne peut en aucun cas créer une obligation à la charge du salarié : personne ne saurait se rendre créancier par le pouvoir de sa seule volonté.

501 On constate donc que le champ du pouvoir normatif de l'employeur ne semble pas devoir se limiter à celui du seul règlement intérieur, tel que tracé par le législateur. Au contraire, on observe une *«influence croissante des employeurs sur la teneur du droit»*[1294] . Ce constat annonce déjà une propension du pouvoir à sortir hors des limites instaurées par la loi, avec les incertitudes juridiques qu'une telle tendance est propre à générer. En est-il de même du pouvoir disciplinaire ?

C. Le pouvoir disciplinaire normalisé par droit

502 Nul doute que le pouvoir disciplinaire de l'employeur illustre, de façon singulière, les effets de l'unilatéralisme sur les rapports contractuels de travail. Pourtant, le pouvoir disciplinaire n'a pu réellement prospérer que reconnu en tant que prérogative juridique déléguée par l'Etat. La particularité d'un tel pouvoir dans un rapport de droit privé, la nécessité de le normaliser et d'offrir de véritables garanties au profit du salarié, ont

1291 Art. L.2242-3 du code du travail (ancien L. 132-29 al.2).

1292 V. infra Chapitre II, Section 1.

1293 A. Supiot, art. préc. *« La réglementation patronale de l'entreprise »,* p 215 et suiv.

1294 E.Dockès, art. préc. « Le pouvoir dans les rapports de travail »,p 620.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

largement contribué à justifier l'intervention du droit étatique. Afin de réguler *«cette justice d'entreprise»* [1295] , la loi datée symboliquement du 4 août 1982[1296], constitue désormais la norme attributive du pouvoir disciplinaire de l'employeur.Mais,dans le même temps,la loi impose des règles qui restreignent effectivement le pouvoir unilatéral de l'employeur[1297]et instaurent un régime de protection des salariés qui y sont soumis[1298] . A telle enseigne d'ailleurs que le code du travail ne vise que le « droit » disciplinaire[1299].

Comment caractériser cet «étonnant pouvoir» qu'est le pouvoir disciplinaire? Justement par ce qui forme «l'étonnement» du juriste, c'est à dire la faculté de fonder un contractant, sous l'égide du droit, à se faire justice, en sanctionnant un agissement fautif de son cocontractant. Le pouvoir disciplinaire se caractérise donc essentiellement par la faculté de sanctionner dont bénéficie son détenteur (1). Mais il ne s'agit pas de sanctionner pour sanctionner, il faut à l'origine des faits susceptibles de sanction, *«des faits considérés par l'employeur comme fautifs ».* Le pouvoir disciplinaire ne peut s'exercer que dans un contexte de faute du salarié. Dès lors, la notion de faute ou, plus spécifiquement, l'appréciation unilatérale de la faute par l'employeur, constitue le pivot du déclenchement de l'exercice du pouvoir disciplinaire (2).

1. Une faculté de sanctionner

503 La sanction est l'expression privilégiée du pouvoir disciplinaire. Elle constitue à la fois la manifestation d'une autorité hiérarchique en tant que fait social (a) et celle d'un acte de puissance, en tant que prérogative juridique (b). Par ailleurs, le caractère forcement coercitif de la sanction invite à en rechercher la finalité dans le cadre de la relation de travail (c).

a) La manifestation d'une autorité hiérarchique

504 La reconnaissance de la loi légitime juridiquement la réalité factuelle du pouvoir disciplinaire de l'employeur sur les salariés de son entreprise. L'employeur cumule en quelque sorte *«les qualités de législateur, de partie poursuivante et de juge»* [1300] *,* sous réserve toutefois du contrôle a posteriori des tribunaux. La réforme de 1982 ne modifie donc pas le modèle hiérarchique traditionnel sur lequel repose la discipline, elle confirme

1295 A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, chr. préc. *« L'ordonnancement des relations de travail »,* p 359 et suiv.

1296 Art. L.1331-1 et suiv. (anciens art. L.122-40 et suiv.) et R.1321-1 et suiv. (anciens art. R. 122-17 et suiv.) du code du travail

1297 Ainsi, la liste des sanctions dans le règlement intérieur,la mise en place d'une procédure disciplinaire, en particulier en matière de licenciement, le respect des droits de la défense (entretien préalable) ou lamotivation des décisionsunilatérales de l'employeur (respect du principe du contradictoire). Sur ces différents points, v. infra Chapitre II, Section 1.

1298 L'exercice du pouvoir étant naturellement enclin à empiéter sur les libertés des assujettis, le pôle des droits fondamentaux et libertés individuelles et collectives formera également un butoir de résistance permettant une protection soutenue de la personne du salarié qui lui garantit une sphère « *où il est maître de choisir ses comportements sans avoir à subir la contrainte d'une volonté étrangère*. »(J. Rivero , *« Les libertés publiques dans l'entreprise »,* Dr. Soc. 1982 p 421 et suiv). V. infra Titre II, Chapitre II, Section 1.

1299 La section VI et la sous-section 2 du chapitre II du code du travail traite expressément de la protection des salariés et le droit disciplinaire.

1300 J-M Béraud, *« La discipline dans l'entreprise »,* in Etudes offertes à G.Lyon-Caen, Les transformations du droit du travail, Dalloz 1989, p 381 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

au contraire son caractère en quelque sorte pré-fondé ou inéluctable[1301]. Car l'entreprise constitue, par sa nature même, un lieu de discipline tendu vers la satisfaction *«d'une rationalité économique qui impose une prévisibilité des comportements et du travail fourni tendant à rapprocher l'homme de la machine et à faire échapper son action à toute autre rationalité »* [1302]. Dès lors, la discipline apparaît comme une nécessité quasi-mécanique pour l'employeur. Pour réaliser les objectifs de l'entreprise, ce dernier n'a d'autre solution que de contrôler et de maîtriser l'exécution du travail et, partant, les comportements au travail des salariés, au même titre qu'il vérifie et surveille l'état de fonctionnement des machines.

505 Le travailleur doit donc se conformer à un «comportement- type» prévu et intégré dans le processus de production. Toute défaillance du salarié, tout écart par rapport à ce référent, même non intentionnels, sont alors susceptibles d'être sanctionnés par l'employeur en tant que faute disciplinaire.Le professeur J-M. Béraud souligne ainsi que la discipline est empreinte d'une légalité négative [1303]. Elle procède, en effet, de l'idée que tout comportement qui se situe en dehors de ce qui est prescrit dans l'entreprise ou de ce qui est expressément autorisé, est présumé fautif. Par négativité, elle s'assigne alors un champ de légalité indéfini, que semble confirmer la formulation adoptée par le législateur et reprise par le juge, lorsqu'ils énoncent que la sanction est intervenue *« pour des faits considérés par l'employeur comme fautifs ».*

Toutefois, on ne saurait considérer l'exercice du pouvoir disciplinaire comme mû par le seul impératif organisationnel, il s'impose aussi parfois comme une véritable obligation prescrite à la charge de l'employeur par l'ordre juridique, dans l'intérêt même des salariés en cause [1304].

Si la sanction est l'expression du système hiérarchique et de l'autorité saisie en tant que rapport social, elle constitue également l'exercice d'une prérogative juridique.

b)L'exercice d'une prérogative juridique

506 La sanction est définie par la loi [1305]comme « toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ». L'employeur qui exerce son pouvoir disciplinaire manifeste donc son autorité et sa liberté de choix de la sanction. Cette dernière est d'ailleurs par nature un acte de puissance, la manifestation unilatérale de pouvoir qu'exerce une personne sur une autre, mais elle est surtout une véritable prérogative juridique reconnue par le droit à l'employeur.

La sanction est donc un véritable pouvoir coercitif qui contraint autrui. De sorte qu'une fois décidée par l'employeur, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, elle est en principe

1301 Rappelons qu'au temps de la primauté de la théorie institutionnelle, P. Durand considérait ce pouvoir comme un attribut nécessaire de l'autorité du chef d'entreprise, une prérogative fonctionnelle exercée dans l'intérêt de celle-ci (Précis du droit du travail 1963 p 404). V. aussi Bréthe de la Gressaye, *« Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise »,* Dr. soc. 1960 p 688.

1302 J-M. Béraud, art. préc. *«La discipline dans l'entreprise »,* p 381 et suiv.

1303 J-M Béraud, art. préc. *«La discipline dans l'entreprise »,* p 381 et suiv.

1304 *Notamment en cas de harcèlement entre salariés (Cass.Soc. 10/05/2001, Dr. Soc.2001 p 924, note B. Gauriau p 921). V. aussi A. Mazeaud , « Le harcèlement entre salariés, apport de la loi de modernisation », Dr. Soc. 2002 p 321 et suiv.*

1305 Art. L.1331-1 du code du travail (ancien art. L.122-40).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

opposable au salarié. Certes, l'employeur n'a pas les moyens d'exécuter de force la sanction si le salarié s'y oppose. Mais, lorsque la sanction est régulière et justifiée, le refus du salarié de s'y soumettre constituera généralement une cause réelle et sérieuse de licenciement et, parfois même, une faute grave [1306]. On le sait, une sanction disciplinaire n'a pas en principe à être acceptée ou refusée par le salarié[1307]. Elle peut seulement être éventuellement contestée a posteriori devant la juridiction compétente.

507 Confronté à un fait ou à un comportement fautif du salarié, l'employeur décide s'il y a lieu ou non de le sanctionner et choisit la sanction appropriée aux faits reprochés. Autrement dit, la qualification de sanction disciplinaire réside essentiellement dans la volonté de l'employeur de réagir à un comportement du salarié qu'il tient pour fautif, que cette volonté soit proclamée ou qu'elle soit dissimulée[1308]. Toutefois, la sanction ou mesure disciplinaire ne peut présenter ni un caractère arbitraire ni un caractère discrétionnaire et le contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire porte à la fois sur les mobiles de la décision (détournement de pouvoir) et sur ses effets (contrôle de justification et de proportionnalité). En outre, la sanction est un acte unilatéral de l'employeur encadré par une procédure légale préalable et obligatoire qui valide en quelque sorte la mise en œuvre de la décision unilatérale de l'employeur et ses effets sur le salarié [1309].

Ajoutons qu'en tant que prérogative juridique à caractère coercitif, la sanction disciplinaire doit avoir une finalité, un but qu'il convient de déterminer.

C)La finalité de la sanction

508 La définition légale de la sanction n'est guère explicite sur sa finalité et demeure essentiellement descriptive et factuelle. D'emblée, la sanction apparaît comme une décision unilatérale de l'employeur visant à *«punir»* l'action ou le comportement défaillant d'un salarié au travail.Le droit disciplinaire n'envisage la sanction que sous la forme de punition. C'est pour cela que le salarié la subit sans pouvoir la discuter.Toutefois,une échelle des sanctions[1310]établit une gradation qualificative et une gravité hiérarchique selon la faute incriminée. La punition n'apparaît donc plus comme le seul objectif poursuivi.

Cette hiérarchisation des sanctions postule en effet une capacité d'amendement du salarié,[1311] de se corriger dans son comportement pour répondre au comportement-type du travailleur subordonné. Ceci ne va pas sans rappeler un certain souci de réadaptation ou de rééducation professionnelle.

509 Toutefois, la fonction «punitive» de la sanction disciplinaire en droit du travail reste prégnante. Celle-ci punit un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif. Nulle autre précision de la loi. Faut-il tenir compte notamment des principes du droit pénal, en particulier du principe d'individualisation de la peine [1312] ? Certains auteurs

[1306] Cass.Soc.25/05/2004, Bull.civ.V 2004 n°136.

[1307] Sauf cas particuliers. V. infra Chapitre I, Section 2,§2.

[1308] A.Fabre, *« Le régime du pouvoir de l'employeur »,* Thèse Université Paris X Nanterre 2006, sous la direction du professeur A.Lyon-Caen.

[1309] Sous réserve toutefois du contrôle a posteriori des juges.

[1310] Définie dans le règlement intérieur.

[1311] Notamment l'avertissement , le blâme ou la mise à pied disciplinaire.

[1312] V. art. 132-24 du code pénal.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

le soutiennent [1313], au nom de l'idée de justice. Il semble, à la lecture de diverses décisions jurisprudentielles, qu'une certaine «individualisation» de la sanction disciplinaire soit effectivement réalisée. Le juge va fréquemment s'appuyer sur les caractéristiques individuelles du salarié en cause pour apprécier la gravité de la faute et la qualification de la sanction. Cette «individualisation» repose essentiellement sur des éléments d'ordre professionnel, qu'il s'agisse du passé professionnel du salarié (son ancienneté dans l'entreprise) ou de son passé disciplinaire, exemplaire ou non. Elle peut même tenir compte de la situation personnelle et familiale du salarié.

Cet effort de singularisation n'intervient cependant pas, comme critère de choix de la sanction, mais comme élément d'appréciation, parmi d'autres, de la légitimité de la mesure de licenciement[1314] ou de la proportionnalité de la sanction[1315]. Par ailleurs, contrairement au droit pénal, le juge ne se saisit pas de l'élément psychologique proprement dit de la faute. Cette dernière peut avoir été commise volontairement ou non par le salarié.

La faculté de sanctionner reconnue à l'employeur constitue sans nul doute un large pouvoir d'action et de contrainte sur autrui. Qui plus est, la qualification de sanction disciplinaire réside essentiellement dans la volonté de l'employeur de réagir à un comportement dont il apprécie lui-même le caractère fautif.

2. L'appréciation unilatérale de la faute

510 D'emblée, il faut constater que la faute de nature à justifier une sanction disciplinaire n'est pas définie en tant que telle par la loi.Ainsi,c'est l'employeur qui, au vu d'un fait ou agissement d'un salarié, décide ou non de le considérer comme fautif et d'exercer son pouvoir disciplinaire. Un fait ou un agissement devient donc une faute disciplinaire par décision de l'employeur qui fait alors usage de son pouvoir disciplinaire :la qualification de faute relève donc de l'appréciation de l'employeur. Ce que la loi [1316]et le juge énoncent généralement sous la formule *« un agissement du salarié considéré par lui comme fautif »* [1317]. Au demeurant, l'agissement fautif du salarié n'est pas nécessairement apprécié par l'employeur en fonction du rôle joué par la volonté du salarié dans le fait incriminé, excepté s'agissant d'une faute lourde qui doit traduire une intention de nuire à l'entreprise ou l'employeur[1318].

L'appréciation unilatérale de la faute par l'employeur contient donc un risque fort de subjectivisme qui renvoie à la propre perception de l'employeur et dépend, en outre, de la «politique disciplinaire» variable selon l'activité et la culture de l'entreprise. Les juges ont alors peu à peu imposé une exigence d'objectivation de la faute du salarié (a) afin de limiter, autant que faire ce peut, le risque d'appréciation discrétionnaire. Qui plus est, la faute doit être individualisée, les faits reprochés devant être personnellement imputables à un salarié déterminé (b).

[1313] V. notamment M-C. Amauger-Lattes, *« Modification du contrat et droit disciplinaire »,* Dr. Soc. 1998 p 126.

[1314] Au titre de l'article L.1235-1 du code du travail (ancien art.L.122-14-3).

[1315] Au titre de l'article L.1333-2 du code du travail (ancien art.L. 122- 43 al. 2).

[1316] Art. L.1331-1 du code du travail.

[1317] De même, selon l'Administration, constitue une faute tout agissement du salarié considéré comme fautif par l'employeur (Circ. Min. n° 5.83 du 15/03/1983).

[1318] Dans ce cas, la volonté du salarié sera un facteur d'aggravation de la faute (v.infra Titre I, Chapitre I,Section 1, §2).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

a) L'objectivation de la faute

511 L'objectivation de la faute permet de rendre compte précisément de la matérialité des faits ou des actes commis par le salarié dans l'exécution de son travail. La faute doit donc entrer dans une réalité objective, sous forme d'agissements ou de manquements du salarié dans l'exécution normale du contrat de travail. De sorte que le comportement fautif du salarié doit être apprécié, au-delà de la volonté du salarié de mal faire ou de mal exécuter son travail[1319], sur des faits matériels, précis, vérifiables qui ne sont pas le fruit de la seule croyance ou de l'imagination de l'employeur. L'opposabilité de la sanction éventuelle à l'encontre du salarié exige, à tout le moins, que les faits reprochés soient objectivement fondés et s'inscrivent dans le cadre du rapport d'emploi liant salarié et employeur.

512 En effet, le fait fautif doit avoir un lien de causalité direct avec l'exécution du travail, objet du contrat de travail. Il s'insère donc dans l'espace de subordination à l'intérieur duquel le salarié se tient à la disposition de l'employeur. Au demeurant, ce n'est pas la seule exécution effective du contrat de travail qui justifie le pouvoir disciplinaire de l'employeur mais aussi l'existence de la relation de travail. Dès lors, la maladie, et plus généralement, la suspension du contrat de travail, ne constituent pas des temps d'immunité disciplinaire pour le salarié, alors même qu'il y a désactivation temporaire du lien de subordination. Il est, en effet, de jurisprudence constante que l'employeur ayant connaissance de faits avérés, reste en droit de sanctionner le salarié en cause, même pendant la suspension de son contrat de travail, pour des raisons indépendantes de la maladie de celui-ci[1320] . De plus, si le salarié n'est pas tenu, lors de la suspension de son contrat de travail, de poursuivre une collaboration avec l'employeur, pèse cependant sur lui une obligation de loyauté[1321]. Ainsi, le salarié ne doit-il pas adopter une attitude incompatible avec les intérêts de l'entreprise, pendant les périodes de suspension du contrat de travail.

513 En revanche, les juges veillent à ce que l'employeur ne s'immisce pas abusivement dans la sphère de la vie personnelle du salarié [1322] et ne le sanctionne à ce titre. Très nettement, comme on le verra plus avant, l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur est borné par la distinction entre la vie personnelle et la vie professionnelle. Un « *fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne peut constituer une faute »* [1323] . Ce principe réaffirmé régulièrement par les juges[1324], avec toutefois quelques entorses[1325], marque la frontière entre les actes relevant de la vie personnelle du salarié, dirigée par sa libre volonté, et les faits et comportements se rattachant à la vie professionnelle, lesquels peuvent être sanctionnés en tant que fautes par le pouvoir disciplinaire.Toutefois, la séparation entre vie personnelle et vie professionnelle n'est pas toujours parfaitement étanche.

[1319] Sauf intention de nuire caractérisant la faute lourde.

[1320] Cass. Soc. 02/02/1999, RJS 3/99 n° 407.

[1321] Même s'il faut observer que les hypothèses de déloyauté sont admises restrictivement par les juges Cass.Soc. 25/06/2003, RJS 10/2003 n°1147. Cass.Soc. 06/02/2001, RJS 4/2001 n° 434. Cass.Soc.18/03/2003, RJS 6/2003 n°723. A Teissier, *" La loyauté du salarié absent pour maladie* », TPS 2000 chron. 1

[1322] P.Lagoutte et A.Teissier, *« Liberté contractuelle, liberté individuelle et intérêt de l'entreprise »,* TPS 1999, chron.9. Pour plus de précisions, v. infra Chapitre 2 Section 1 de la présente Partie.

[1323] Cass. Soc . 16/12/97, Bull .civ. V n° 441.

[1324] V. notammentCass.Soc.21/03/2000, Bull.civ.V n° 115.

[1325] V. infra Titre II, Chapitre II, Section 1, §2.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

En effet, l'immunitédisciplinairedont bénéficie le salarié au titre des actes de sa vie personnelle, n'est ni totale ni absolue.Le pouvoir disciplinaire peut donc exceptionnellement entrer dans l'espace de la vie personnelle du salarié.Dans certaines situations, très limitées et soumises au strict contrôle de la Cour de cassation, les juges reconnaissent l'existence d'une faute disciplinaire et la légitimité d'une sanction pour des faits relevant de la vie personnelle du salarié, du moins lorsqu'ils sont rattachables à la vie professionnelle par certains de ses éléments[1326], ou peuvent s'analyser en un manquement à une obligation particulière résultant du contrat de travail.

514 Ainsi, la Cour de cassation, dans une décision du 25 février 2003[1327], a-t-elle admis une faute disciplinaire justifiant une sanction de licenciement pour faute grave à l'encontre d'une salariée ayant procédé à des fausses déclarations lui ayant permis de recevoir d'une caisse d'allocations familiales des prestations indues. En l'occurrence, les faits reprochés à la salariée relevaient de la vie personnelle.Mais la Chambre sociale a justifié son argumentation en s'appuyant sur la violation d'une obligation contractuelle.La sanction disciplinaire était justifiée par *«la violation d'une obligation particulière de loyauté et de probité»* résultant de la nature des fonctions confiées à la salariée, laquelle était chargée, en l'occurrence, de réprimer justement les fraudes aux prestations familiales des allocataires relevant de la caisse dont elle était salariée.

La solution ne remet pas en cause l'orientation générale de la Cour de cassation. En effet, dans une décision rendue en Chambre mixte du 18 mai 2007[1328], les juges ont rappelé qu'en principe, un fait imputé à un salarié, dès lors qu'il relève de sa vie personnelle, ne peut constituer une faute. Et ce, même si ce fait cause un trouble objectif caractérisé dans le fonctionnement de l'entreprise[1329].Dès lors, l'employeur ne pouvait, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner le salarié[1330].

515 L'objectivation de la faute dans l'espace de subordination apparaît donc revêtir une double finalité. Elle sert à caractériser des faits fautifs avérés commis par le salarié et à sécuriser ainsi les fondements de la mesure disciplinaire qui est prise par l'employeur. Mais elle permet aussi au salarié d'éprouver la rationalité de la décision de l'employeur[1331]. En obligeant l'employeur à dépasser une appréciation subjective des faits à laquelle il peut être spontanément porté, l'objectivation de la faute s'apparente à une mesure de sécurisation et

[1326] Actes accomplis dans les locaux de l'entreprise ou grâce à l'utilisation de moyens appartenant à l'entreprise.

[1327] Dr. Soc. 2003 p 625 et suiv. note J. Savatier.

[1328] Cass.Ch.mixte 18/05/2007, Act 256 JCP hebdo 2007 n°22.

[1329] Certaines décisions de la Cour de Cassation avaient admis qu'une telle situation puisse donner lieu à un licenciement non disciplinaire, lorsque l'acte de la vie personnelle, non fautif, cause à l'entreprise *«un trouble objectif caractérisé.»* Cass.Soc. 09/07/2002, RJS 11/2002 n°1212.

[1330] *La réception par le salarié d'une revue qu'il s'est fait adresser sur le lieu de travail ne constitue pas un manquement aux obligations résultant de son contrat et ne peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire. Cela demeure vrai même lorsque son contenu provoque un trouble objectif dans l'entreprise. A noter que l'employeur peut ouvrir un courrier arrivé sous une simple enveloppe commerciale démunie de toute mention relative à son caractère personnel. Toutefois, il ne peut pas sanctionner le salarié en raison du contenu de cette correspondance. V. infra Titre II, Chapitre II, Section 2, §2.*

[1331] En outre, comme nous le verrons plus avant, le formalisme de la motivation de la lettre de licenciement participe également à cette sécurisation.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de protection de la personne du salarié. Au demeurant, ce mouvement d'objectivation de la faute imprègne l'ensemble de la jurisprudence sur le licenciement.[1332]

A l'exigence d'objectivation s'ajoute celle de la personnalisation et de l'individualisation de la faute.

b) La personnalisation et l'individualisation de la faute

516 Le fait ou comportement fautif objectif ne peut être imputable qu'à un salarié, nommément désigné, et à ce seul salarié. La faute est personnelle, en relation avec l'inexécution fautive de l'obligation ou le comportement d'insubordination.Il ne peut y avoir, en matière disciplinaire, de sanction enraison du fait d'autrui. Le comportement fautif, même d'un proche du salarié, ne peut lui être ainsi imputé à faute[1333]. La subordination qui lie le salarié à son employeur n'inclut pas, dans son espace, les actes des collatéraux du salarié.

517 En outre, il ne peut y avoir de sanction individuelle ou collective légitime suite à un acte répréhensible dont l'employeur ne connaît pas l'auteur. Toutefois, la personnalisation de la faute n'exclut pas la notion de faute collective, dès lors qu'il peut y avoir indentification des auteurs et individualisation des faits commis. Seuls les auteurs des faits répondent de leurs actions, notamment à raison d'un fait commis à l'occasion d'une grève, constitutif d'une faute lourde. La personnalisation de la faute peut même alors se doubler d'une individualisation de la sanction. Dès lors, si plusieurs salariés grévistes commettent une faute lourde et qu'ils ont été précisément identifiés comme les auteurs de faits précis, l'employeur pourra individualiser les sanctions, sous réserve de ne pas pratiquer de discrimination illicite selon les termes de l'article L.1132-1 du code du travail[1334] ou de détournement de pouvoir disciplinaire[1335]. L'employeur a ainsi la faculté, dans l'exercice de son pouvoir, d'individualiser des mesures disciplinaires, en fonction des situations concrètes et dans l'intérêt de l'entreprise et donc *« de sanctionner différemment des salariés qui ont participé aux mêmes faits fautifs ou commis des fautes analogues»*[1336] .Il peut ainsi tenir compte de l'ancienneté et du comportement respectif de chacun d'eux.

518 La figure ternaire du pouvoir patronal, telle que l'on vient d'en tracer les principaux traits, contient essentiellement des prérogatives conditionnées par le droit, nonobstant toute analyse du pouvoir comme rapport social. Il est vrai que l'action conjointe du législateur et du juge pour régler et canaliser l'exercice du pouvoir par son détenteur apparaît d'autant plus nécessaire et fondée qu'une des caractéristiques principales de ce pouvoir réside dans

[1332] *On sait ainsi que depuis l'arrêt Fertray (Cass. Soc . 29/11/90, Dr. Soc. 1992 p 32, note F. Gaudu.), la perte de confiance, par exemple,* « ne constitue pas en soi un motif de licenciement » *et encore moins, un motif de licenciement disciplinaire, sauf si l'incompatibilité d'humeur ou la mésentente repose sur des faits objectifs matériellement imputables au salarié concerné, tels que des actes d'insubordination, de refus de collaboration ou de dénigrement de la direction. (Cass.Soc. 27/11/2001, Bull.civ.V 2001 n° 360. Cass.Soc. 23/01/2002 n° 00-41007) Le licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit, en tout état de cause, comme le souligne régulièrement la Cour de cassation,* «être fondé sur desélément objectifs » *.(Cass. Soc.26/01/2000, Liais. Soc. 14/02/2000,jp n° 661.) La même logique est empruntée concernant le grief d'insuffisance de résultats.*

[1333] Cass. Soc. 21/03/2000,Bull. civ. V 2000n°113. En l'occurrence, le comportement de la sœur de la salariée, seul visé dans la lettre de licenciement , ne pouvait être imputé à faute à la salariée.

[1334] Ancien art. L.122-45 du code du travail.

[1335] Cass. Soc. 14/05/1998, Dr. Soc. 1998 p 709, obs. A.Jeammaud.

[1336] Cass. Soc. 15/05/1991, 2 arrêts, Dr.Soc. 1991 p 624, rapp.Ph.Waquet, concl.P.Franck. Cass.Soc. 17/12/1996, JCP 1997 II 22 773.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

sa propension à l'extension et, donc, dans sa capacité à contraindre la volonté des sujets qui y sont soumis.

§ 2- Une propension du pouvoir à l'extension

519 Parce que le pouvoir, en tant que prérogative juridique, fige un rapport de force préexistant, celui-ci tend à vouloir s'extraire des bornes qui lui sont imposées. Ce phénomène d'extension du pouvoir emprunte plusieurs formes. Nous en retiendrons plus particulièrement deux.

La première est directement liée à la contractualisation par l'employeur (A). Le pouvoir utilise alors le contrat pour s'y dissimuler et y creuser une niche sous le voile de la force obligatoire des conventions. La seconde voie empruntée par le pouvoir pour étendre son espace d'exercice, consiste en une diversification croissante des règles d'initiative patronale, qui démontre une volonté de l'employeur de maîtrise accrue sur les relations de travail (B).

A. Le recours à la contractualisation

520 Les relations entre pouvoir et contrat de travail sont complexes car l'un et l'autre structurent le rapport d'emploi. Dès lors, il peut être tentant pour l'employeur de recourir à la force obligatoire du contrat pour renforcer son propre pouvoir de direction, voire même parfois son pouvoir normatif. Ainsi, l'exercice du pouvoir peut-il être dissimulé sous le contrat. Les avantages du pouvoir infiltrant le contrat sont tels qu'ils apparaissent indéniablement profitables à son extension juridique effective (1). Pourtant, le retranchement du pouvoir derrière le contrat n'est pas sans risques et contient des pièges de nature à freiner l'extension juridique du pouvoir (2).

1. Le pouvoir infiltrant le contrat

521 La prédominance de l'empreinte du pouvoir de l'employeur sur le contrat de travail a été déjà assez largement évoquée[1337] pour que nous n'abordions ici que quelques considérations sur les enjeux qui en découlent, notamment concernant l'altération du rapport de travail.

Il a été déjà indiqué que la coexistence du contrat et du pouvoir, en tant que figures constitutives du rapport d'emploi, pose, lorsque l'employeur entend modifier les conditions de travail, un véritable problème de frontière : se situe-t-on dans la logique du contrat, irréductible à toute modification unilatérale, ou dans celle du pouvoir, qui permet au contraire une telle modification ? Or, *« si le contrat paraît alors limiter les prérogatives patronales, la donnée première et singulière réside plutôt dans la perturbation du contractuel par le jeu du pouvoir unilatéral »* [1338] *.* Le changement peut ainsi avoir été anticipé par les parties et, plus spécifiquement, par l'employeur cocontractant, dès la conclusion du contrat de travail. L'hypothèse du changement fait donc l'objet, à titre prévisionnel, d'un accord initial des volontés au contrat.

522 En fournit une illustration, le changement du lieu de travail qui constitue un aspect des besoins en flexibilité et adaptation inhérents à l'organisation de l'entreprise ou à son activité. L'employeur peut effectivement avoir intérêt à contractualiser un changement de lieu de travail par l'insertiond'une clause de mobilité acceptée par le salarié au moment de

[1337] V. supra Partie I, Titre I, Chapitre I, Section 2 §1B) 2.

[1338] A.Jeammaud, M.Le Friant, A.Lyon-Caen, chr. préc. *« L'ordonnancement des relations de travail »,* p 359 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

la conclusion du contrat de travail. On le sait, il résulte alors d'une jurisprudence désormais bien établie que la mutation du salarié en application d'une clause claire et précise [1339]de mobilité de son contrat de travail ne constitue pas une modification du contrat de travail mais sa simple application. En procédant à un changement du lieu de travail, en exécution d'une clause de mobilité acceptée dès l'origine par le salarié, l'employeur ne fait qu'exercer son pouvoir de direction[1340], au même titre qu'à l'occasion de n'importe quel changement des conditions de travail. L'intéressé ne peut donc pas, en principe, refuser ultérieurement la mise en œuvre d'une telle clause effectuée dans le respect de la bonne foi contractuelle et en fonction de l'intérêt de l'entreprise, sauf à ce que le salarié démontre que l'une ou l'autre de ces conditions n'était pas remplie ou que la mutation s'était accompagnée d'une modification du contrat (rémunération, attributions,..). En dehors de ces cas, le refus du salarié pourra donner lieu à un licenciement pour motif disciplinaire.

Ainsi, l'employeur a-t-il tout avantage à contractualiser le changement dès la conclusion du contrat de travail, afin de se prémunir d'un éventuel refus du salarié et de changer le régime juridique applicable[1341] à la rupture conséquente du contrat[1342].

523 L'avantage de la contractualisation du pouvoir s'accroît encore avec la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation sur la présomption de bonne foi contractuelle dans la mise en œuvre des clauses de mobilité. On sait que l'essentiel du contentieux en la matière porte justement sur les conditions de mise en œuvre de la stipulation.Opérant un revirement de jurisprudence par deux arrêts en date du 23 février 2005[1343], la Cour de cassation affirme désormais que la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer une clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail est conforme à l'intérêt de l'entreprise.

Ces deux décisions posent donc une présomption de bonne foi contractuelle au bénéfice de l'employeur en faveur duquel la clause est stipulée[1344]. Ainsi, inhérent aux prérogatives de l'employeur, l'exercice du pouvoir de direction est soumis à l'obligation générale de bonne foi qui, en vertu de l'article 1134 du code civil, préside à l'exécution de tous les contrats, y compris le contrat de travail.S'agissant du changement des conditions de travail d'un salarié, la bonne foi de l'employeur suppose que ce changement soit conforme à l'intérêt de l'entreprise, mais cette conformité est présumée en tant qu'élément de la bonne foi contractuelle. La question des règles probatoires applicables se pose nécessairement ensuite.C'est au salarié qui conteste la décision de l'employeur modifiant ses conditions de travail ou bien mettant en œuvre une clause de mobilité prévue par le contrat, de démontrer, conformément aux règles relatives à la charge de la preuve[1345], soit que la décision a été prise pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise, soit qu'elle a été mise en œuvre

1339 Une telle clause doit définir de façon précise sa zone géographique d'application. V. Cass.Soc.12/07/2006 préc. et Partie 1 Titre 2.

1340 Cass.Soc. 30/09/1997, Bull.civ.V n° 289. Cass.Soc. 10/06/1997, Bull.civ.V n°210.

1341 Cass. Soc 28/02/2001, Liais. Soc. 12/03/2001, jp hebdo n° 709. Cass. Soc 14/06/2000,Liais. Soc. 16/19/2000, jp n° 686.

1342 Sauf s'il s'agit d'un salarié protégé. En effet, une clause de mobilité ne peut pas priver le salarié protégé des mesures prévues par la loi en sa faveur (Cass. Soc. 06/03/2002, arrêt préc.).

1343 JCP E 2005, 1069 note D. Corrignan-Carsin et 566,obs.S.Béal.

1344 M.Del Sol, *« Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail »*,JCP/La sem. Jur. n°36, 05/09/2006, 1663.

1345 Art. 2268 du code civil. C'est à celui qui allègue la mauvaise foi de son cocontractant d'en apporter la preuve.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle[1346]. Cette solution est loin d'être aussi évidente qu'il y paraît[1347] et privilégie manifestement l'employeur, pouvant faire craindre justement une majoration des clauses de mobilité dans les contrats de travail.

524 En renouant avec une approche civiliste de la bonne foi contractuelle, certains auteurs se demandent même si « la nouvelle rédaction ne signifie pas que la Cour de cassation abandonne la notion d'abus de droit ou de détournement de pouvoir»[1348]. Précédemment, le juge vérifiait essentiellement, en effet, que l'employeur avait fait un bon usage de la clause, exempt de légèreté blâmable, d'abus de droit ou de détournement de pouvoir. Aujourd'hui, la Chambre sociale inscrit le concept de bonne foi au cœur de sa jurisprudence sur la mise en œuvre de la clause de mobilité. Celle-ci est une clause contractuelle soumise à l'obligation générale d'exécution de bonne foi du contrat de travail.Sa mise en œuvre relève toutefois du pouvoir de direction qui est soumis à la restriction que ce pouvoir soit exercé dans le seul intérêt de l'entreprise[1349].

525 Dès lors, il semble que la bonne foi recouvre deux sens. D'une part, elle est une règle de conduite qui exige que chaque contractant exécute ses obligations dans des conditions exclusives de toute intention malveillante.De façon classique, ceci conduit à sanctionner des comportements manifestement déloyaux, tout usage abusif, l'abus étant justement un manquement à l'exigence de bonne foi.D'autre part, l'obligation de bonne foi impose aussi à chaque contractant d'agir ou d'exercer ses pouvoirs en prenant en compte les intérêts légitimes de son partenaire.La bonne foi commande donc à l'employeur de mettre en œuvre une clause de mobilité dans le seul but de répondre à l'intérêt de l'entreprise et, de manière réciproque, au salarié d'exécuter la clause régulièrement mise en œuvre. Par la bonne foi, la Cour de cassation semblerait pourchasser aussi le détournement de pouvoir, l'application de la clause pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise. Ainsi, n'y aurait-il pas un risque que le jeu de la contractualisation des mesures de pouvoir aboutisse à réduire le contrôle du juge, alors même que les clauses insérées dans le contrat conduisent in fine à un accroissement du pouvoir juridique de l'employeur ?

Certes, on observe déjà que la Chambre sociale est amenée à prendre en considération des éléments tirés de la situation individuelle de chaque salarié, voire d'une éthique de la solidarité ou de la communauté d'intérêts, pour apprécier si la mise en œuvre d'une modification des conditions de travail n'est pas exclusive de la bonne foi contractuelle[1350]. Cette démarche démontre que le changement jurisprudentiel opéré ne devrait pas exclure le légitime souci de protection du salarié. Mais ne conviendrait-il pas de faire primer ici la nature de la décision en cause et non son support formel, autrement dit de contrôler le pouvoir et non le contrat.

Force est de constater, en tous les cas, que le pouvoir de l'employeur trouve de considérables avantages à la contractualisation initiale d'éventuels changements dans le

[1346] V. notamment Cass.Soc. 04/06/2002, Bull.civ.V n°188, Cass.Soc 23/02/2005, JCP E 2005 , 1069 note D.Corrignan-Carsin, Cass.Soc. 03/10/2007 jurisdata n° 2007-040826 note B.Bossu.

[1347] Une partie de la doctrine considère qu'en ce domaine, il pourrait être appliqué les règles de preuve du droit du licenciement (F.Gaudu, R.Vatinet, *« Les contrats de travail »,* LGDJ 2001 n°330 p 283). Une autre démarche préconisée serait d'adopter les règles de preuve utilisées en matière de discrimination (Cass.Soc. 23/01/2002, JCP E 2002, 954, note P.Adam).

[1348] S.Béal, obs. sous Cass.Soc. 23/02/2005, arrêt préc.p 566.

[1349] Cass.Soc. 23/01/2002, n° 99-44.845, Jurisdata n°2002-012849.

[1350] V. notamment Rapport 2005 de la Cour de cassation , Liais. Soc.09/08/2006, jp n° 971.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

rapport de travail. Pourtant, certains pièges et menaces pèsent sur cette tentative de retranchement du pouvoir derrière le contrat.

2. Les pièges du retranchement du pouvoir derrière le contrat

526 Il va de soi que, dès lors que le pouvoir s'appuie sur le contrat, il relève des règles du droit commun des contrats. Il a déjà été relevé, à cet égard, que les clauses contractuelles autorisant l'employeur à réviser unilatéralement les conditions d'exécution du contrat encouraient la nullité[1351], plusieurs raisons justifiant cette sévérité[1352]. De surcroît, toute contractualisation, de quelle que nature qu'elle soit, ne saurait être admise. Ainsi, l'employeur ne peut pas contractualiser d'office le changement de nature du contrat de travail, en prévoyant notamment dès l'origine la transformation d'un horaire à temps plein en horaire à temps partiel [1353]. Il n'est donc pas permis d'imposer au salarié un tel changement, même prévu originairement dans le contrat. L'accord du salarié devra être sollicité, car la prévision du changement est insuffisante ici pour écarter la nature contractuelle de la modification envisagée[1354].L' analyse pourrait d'ailleurs être étendue aux clauses de mobilité[1355].

527 Enfin, les clauses contractuelles sont désormais soumises aux exigences de l'article L.1121-1 du code du travail. Certes, alors que ce recours juridique connaît un succès grandissant, il n'a pas encore pleinement prospéré, concernant plus particulièrement les clauses de mobilité. Mais ce ne pourrait être qu'une question de temps. Au vu de la jurisprudence, sa montée en puissance est prévisible, notamment au titre d'atteintes au droit à une vie familiale normale ou en raison d'obligations familiales impérieuses. Les décisions relatives aux obligations contractuelles de résidence sont déjà là pour l'attester[1356].Dès lors, bien que le contrat puisse servir de support à une certaine extension du champ d'exercice du pouvoir, il n'en constitue pas moins aussi un frein qui pourrait limiter l'impact de la clause de mobilité.

528 Si on peut considérer qu'une clause n'est pas forcement de nature contractuelle du seul fait qu'il y a eu rencontre des volontés et qu'elle figure dans le contrat de travail, on observe aussi qu'en utilisant le contrat, le pouvoir prend le risque d'être en quelque sorte dénaturé par le contrat. Dès lors, l'employeur ne devrait-il pas être de plus en plus vigilant dans l'utilisation de la contractualisation comme *«outil de réduction d'incertitude et…moyen de concilier l'exigence de sécurité juridique et le besoin d'adaptation »* [1357]. Prévoir, dans le contrat de travail, le cadre de la nécessaire évolution et adaptation des conditions initiales d'emploi et de travail devient un exercice complexe et incertain pour l'employeur.

1351 V. supra Partie I, TitreI, Chapitre I, Section 2 §1.

1352 On sait qu'une clause potestative est toujours nulle si elle dépend de la volonté arbitraire d'un contractant sur l'autre. De plus, le salarié ne peut valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi. En conséquence, ce type de clause, cherchant à prévenir tout changement par un règlement unilatéral de l'employeur, constitue nécessairement une atteinte aux effets de la force obligatoire du contrat.

1353 Cass.Soc. 29/06/99, arrêt préc.

1354 V. supra Partie I, Titre I, Chapitre I, Section 2 .

1355 V. supra Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 3, §2.

1356 V. supra Partie I, Titre I, Chapitre I, Section 2, §2.

1357 P.Y Verkindt, *« L'élaboration des clauses du contrat de travail »,* Actes du colloque, L'embauche en droit du travail, principaux enjeux et débats (CERTI) Nancy 1997, p50.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Dès lors, il n'est pas étonnant que ce soit au sein même de l'espace d'exercice du pouvoir que l'employeur tente d'ouvrir des percées nouvelles.

B. La diversification des règles d'initiative patronale

529 Parmi les phénomènes observables dans l'évolution de l'ordonnancement des relations de travail, on constate aussi un essor des règles juridiques collectives et uniformes, non issues de la négociation collective d'entreprise, mais d'initiative unilatérale de l'employeur. Celles-ci contribuent à la singularisation juridique de chaque entreprise et se caractérisent par la variété de leur contenu (1). Or, la valeur juridique de ces règles patronales diverses est loin d'être systématiquement reconnue par le droit du travail. Leur opposabilité est incertaine (2). Il faut donc nécessairement s'interroger sur leur éventuelle portée normative pour déterminer leur opposabilité effective aux salariés.

1. Une variété de contenu

530 Le pouvoir de direction ou de gestion de l'employeur peut être à l'origine d'actes d'exercice d'un pouvoir normatif et ne pas se limiter à donner des ordres, tant il est vrai que l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise impliquent en elles-mêmes la prise de décision. Ces actes peuvent s'exprimer au travers de supports divers dont l'objet est variable et souvent hétérogène. Touchant à des aspects très variés de l'organisation de l'activité de l'entreprise, ils constituent d'authentiques normes se distinguant de simples décisions ponctuelles en ce qu'ils ont vocation à recevoir un nombre indéterminé d'applications[1358].Mais surtout, émergent progressivement dans l'entreprise de nouveaux corpus de règles dont la qualification juridique demeure encore obscure, sinon confuse.

531 Mêlant le rappel de dispositions législatives ou réglementaires à celui de dispositions propres à l'entreprise, on y retrouve souvent des dispositions originales recoupant l'idée de normes éthiques, de *« code de bonne conduite*», de «*chartes sociales*», de règles comportementales ou déontologiques, de règles de conduite dans les affaires, de procédures internes pour une meilleure organisation fonctionnelle et relationnelle, de livret d'accueil pour permettre une meilleure intégration et mobilisation des nouveaux embauchés. En définitive, ce corpus de règles se veut le reflet des valeurs de l'entreprise. Il véhicule une image,[1359]une culture de l'entreprise ou du groupe à laquelle il est demandé au salarié, parfois même aux partenaires[1360], d'adhérer. Un socle de référence commun est ainsi institué et vise à assurer la cohérence de l'action de l'ensemble du personnel avec l'ambition d'en accroître l'efficacité[1361]. Ces normes patronales originales ont une juridicité et une

1358 *Il en est ainsi de toutes prescriptions à caractère général et permanent relatives notamment aux horaires, à l'organisation du travail, à l'instauration d'une prime ou de tel autre avantage. Celles-ci sont qualifiées généralement d'usages ou d'engagements unilatéraux.*

1359 V. J-C Javillier, *« Le patronat et les transformations du droit du travail »,* in Les transformations du droit du travail Mêlanges G. Lyon-Caen. Dalloz 1989 p 193-219 . A . Supiot, art. préc *« La réglementation patronale »,* p 215 et suiv. A Teissier, *«L'ethique , une norme de l'entreprise »,* Chr.18 Juris - classeur octobre 2000.

1360 V. notamment la Charte éthique du Groupe PSA Peugeot-Citroën.

1361 G. Amédée-Manesme, *«L'impact dans l'entreprise de la mise en place d'une charte éthique et/ou déontologique »,* Gazette du Palais 6 et 7 / 12 /95 p 3.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

opposabilité différentes selon leur nature. Dès lors, il semble exclu de rechercher ou de proposer une qualification juridique unique[1362] .

Peu importe donc la dénomination retenue: charte ou code d'éthique[1363], code de conduite, guide des bonnes pratiques[1364]. La terminologie a sans doute de l'importance pour les spécialistes de la communication, elle n'en a pas pour le juriste car les dénominations retenues ne sont pas des qualifications juridiques. Seule l'analyse du contenu des chartes importe pour identifier et traiter la juridicité de règles émises par l'entreprise[1365].

2. Une opposabilité incertaine

532 A l'exception des documents internes qui constituent un rappel des prescriptions légales, réglementaires ou conventionnelles et dont le contenu s'imposera indiscutablement aux salariés et bien évidemment aussi à l'employeur, les autres règles dont celles dites éthiques par exemple, nécessitent d'apprécier leur caractère impératif. En effet, nombreux sont les codes ou chartes qui prescrivent des comportements précis, singulièrement de la part des salariés. Comme le souligne le professeur P-H Antonmattei, ceci doit conduire à identifier d'une part les engagements de l'entreprise au profit des salariés et d'autre part, les comportements attendus de ces derniers.

533 Les engagements de l'entreprise traduisent une intensité variable. Mais au-delà des déclarations d'intention, certaines règles permettent de déceler de véritables engagements juridiques de l'employeur. Pour être opposables aux salariés sans requérir leur consentement, les engagements unilatéraux de l'employeur doivent refléter la volonté de l'employeur de s'engager vis à vis de tout ou partie du personnel. Par conséquent, seules les règles présentant un caractère suffisant de généralité et de permanence seraient obligatoires. Une règle éthique ne devient une règle de droit que si l'employeur manifeste qu'il est lié par cette norme[1366]. Si, au contraire, cette norme ne lie aucunement l'employeur, on se trouve en présence d'un simple acte de gestion qui vise à normaliser le comportement des salariés. On quitte alors le domaine du droit pour le domaine des faits. Ce type de règlesparticipe plus largement de la pratique du pouvoir de direction, et en conséquence s'impose aux salariés en tant que manifestation du pouvoir de direction de l'employeur, sous réserve du contrôle du juge.

534 Parfois, pour des raisons quasi symboliques, la norme souvent qualifiée de «complémentaire» pourra faire l'objet d'une annexe au contrat de travail et porter la signature du salarié. On peut, dans cette hypothèse, s'interroger sur son éventuelle contractualisation, ce qui se révélerait particulièrement important pour le salarié en cas de modification de la norme. La position actuelle de la jurisprudence sociale sur la contractualisation ou non de l'usage ou de l'engagement unilatéral pourrait être étendue à ce type de norme, sous réserve toutefois de la qualité contractuelle de leur contenu. Au demeurant, certaines obligations, comme la discrétion, la confidentialité voire

1362 V. la circulaire DGT 2008/22 du 19/11/2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte et au règlement intérieur.

1363 La circulaire du 19/11/2008 définit l'éthique comme une discipline pratique et normative qui se donne pour but de dire comment les êtres doivent se comporter. Pour ce faire des critères sont établis pour juger si une action est bonne ou mauvaise et pour juger les motifs et les conséquences d'un acte.

1364 Selon la circulaire du 19/11/08, les bonnes pratiques, souvent réunies dans un guide ou un code, sont des références et des conseils, applicables à une entité.

1365 P-H Antonmattei , rapport préc.

1366 A. Supiot, art. préc. *« La réglementation patronale »,* p 215 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

même l'interdiction de concurrence, ne peuvent être assurées par la seule volonté de l'employeur. La voie de la contractualisation de la charte pourrait séduiremais elle n'est pas appropriée[1367]. En effet, seul le contrat de travail est susceptible de contenir des clauses de cette nature qui nécessitent le consentement du salarié.

535 Les chartes ou codes peuvent-ils entrer dans le champ de la négociation collective et faire l'objet d'un accord collectif? La circulaire ministérielle du 19 novembre 2008[1368] semble l'admettre, en dépit de l'hétérogénéité du contenu des règles éthiques[1369]. Toutefois, on observe que l'élaboration des chartes ou codes donne encore rarement lieu à négociation avec les organisations syndicales représentatives de salariés. Ce constat n'est d'ailleurs guère surprenant, de telles règles relevant essentiellement du pouvoir de direction et de l'unilatéralisme. Ni les syndicats de salariés qui ne souhaitent pas compromettre leur crédibilité, ni l'employeur qui n'entend pas partager son pouvoir de direction, ne sont donc enclins à négocier des chartes éthiques ou autres codes de valeurs d'entreprise.

Toutefois, l'élaboration unilatérale des chartes n'exclut pas une concertation avec les représentants élus du personnel. Dès lors que le document en cause constitue un instrument de gestion de l'entreprise, l'information et la consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, sont obligatoires conformément aux dispositions de l'article L.2323-6 du code du travail.[1370] Mais cette information-consultation peut également être imposée par les dispositions même qui sont contenues dans la charte, notamment lorsque celles-ci produisent des prescriptions générales et permanentes sur des domaines entrant dans le règlement intérieur.

536 En effet, la norme éthique peut aussi s'abriter à l'intérieur des matières relevant du règlement intérieur, en particulier lorsque telle ou telle règle de comportement s'impose sous peine de sanction[1371]. Rappelons, à cet égard, qu'une circulaire de 1983[1372] précise que pour revêtir le caractère disciplinaire, il faut que la mesure de portée générale traduise une obligation ou une interdiction (ou limitation) de faire, dont le non- respect expose à l'application de sanction. Dès lors, ne convient-il pas de faire une distinction entre la règle de comportement à finalité disciplinaire, qui relèverait du règlement intérieur, et celle à finalité éthique ou déontologique, qui émanerait d'une *«liberté normative du chef d'entreprise qui ne nécessiterait pas une organisation juridique particulière »* [1373] *?*

537 Le Conseil d'Etat, dans sa décision du 11 juin 1999, a considéré qu'une règle àcaractère déontologiquecontenue dans une note de service, même non incorporée aux dispositions du règlement intérieur, s'imposait à une salariée[1374]. Le juge s'est donc placé pour rendre la mesure opposable au salarié, dans le cadre du pouvoir normatif de l'employeur hors règlement intérieur. Même si la déontologie relève plutôt du domaine du

[1367] P-H Antonmattei, rapport précité.

[1368] Circ.préc.

[1369] La rédaction de l'article L.2221-1 du code du travail (ancien article L.131-1) est suffisamment ouverte pour permettre d'envisager la mise en place de règles éthiques par accord collectif.

[1370] Ancien art.L.432-1 alinéa 1 du code du travail.

[1371] CE 27/07/2005, RJS 11/2005 n° 1089.

[1372] Circulaire DRT du 15 mars 1983 précitée.

[1373] D.Berra, *« Les Chartes d'entreprise et le droit du travail »* in Mélanges dédiés au président Michel Despax, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p 123.

[1374] Arrêt Chicard précité.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

comportement professionnel, elle ne s'en trouve pas moins à la lisière de la discipline, domaine du règlement intérieur, en tant que ce qui doit être fait, respecté ou non par le salarié[1375]. En tout état de cause, la position du Conseil d'Etat ne devrait pas exclure selon nous qu'une règle de comportement à finalité disciplinaire puisse s'insérer dans le règlement intérieur ou une note de service subséquente et s'imposer aux salariés, avec les mêmes limites procédurales et fonctionnelles[1376]. Toutefois, comme le souligne, le professeur P-H Antonmattei dans son rapport, le règlement intérieur ne mériterait-il pas alors l'appellation de «règlement d'entreprise» ?

Au demeurant, ces règles d'ordre éthique ou déontologique ne devraient pas échapper au jeu des articles L.1121-1 et L.1132-1 du code du travail, c'est à dire aux règles de justification et de proportionnalité ainsi qu'aux dispositions visant à lutter contre les discriminations.

538 Ces évolutions, parfois rendues nécessaires par l'environnement économique et juridique, traduisent à la fois le souci d'une meilleure gouvernance des entreprises et une volonté d'élargir et de diversifier les normes de l'entreprise. Le pouvoir de l'employeur prend ainsi de nouvelles formes d'expression, différentes des manifestations classiques. Certes, toutes les règles n'ont pas la même autorité à l'égard des salariés mais elles traduisent cette influence croissante des employeurs sur la teneur du droitdans l'entreprise, que constatait déjà le professeur E.Dockès[1377].Ce mouvement participe aussi à une nouvelle vision du rapport de subordination plus indirecte et plus subtile. Dès lors, une vigilance certaine s'impose afin que ces règles s'inscrivent dans la finalité protectrice du droit du travail et le respect de la personne du salarié.

Conclusion du Chapitre Préliminaire

539 Avant de confronter la volonté du salarié au pouvoir de l'employeur, il est apparu indispensable, dans le cadre d'un chapitre préliminaire, de situer celui-ci, d'évaluer sa nature et son ampleur. L'objet des développements qui précédent n'était évidemment pas d'entreprendre une analyse *stricto sensu* du pouvoir -d'autres auteurs ont déjà fort brillamment mené une telle entreprise- mais essentiellement de le décliner comme source principale du retrait de la volonté du salarié dans la relation de travail.

Envisagé sous cet angle, la compréhension du pouvoir de l'employeur permet de saisir comment s'articule le processus de domination-soumission, les raisons du commandement et de l'obéissance dans la relation de travail, et la manière dont le droit s'en empare. Le pouvoir patronal s'enracine dans le rapport d'emploi et l'imprègne de telle sorte que la volonté du salarié n'est pas, directement, discernable. Il faut la débusquer « en creux », dans les interstices du pouvoir.

La logique de ce dernier repose sur l'action unilatérale qui s'exerce directement sur la volonté d'autrui. Aussi, l'exercice du pouvoir ne nécessite pas, intrinsèquement, le consentement de celui qui le subit puisqu'il a précisément pour objet d'agir sur sa volonté. Il suffit à l'employeur que le salarié lui obéisse. Telle est, au demeurant, la finalité de la subordination. Mais on ne saurait se contenter d'affirmer la soumission de la volonté du

[1375] V. une position différente du Conseil d'Etat du 26/09/90 (RJS 11/90 n° 967) en matière de détermination de documents soumis à confidentialité.

[1376] V. supra Section 1.

[1377] E.Dockès, art. préc.*« Le pouvoir dans les rapports de travail »* , p 620.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

salarié au pouvoir de l'employeur. Encore convient-il de décrypter les signes et l'étendue de cette soumission.

Chapitre 1 : La soumission de la volonté du salarié

540 Les prérogatives juridiques reconnues à l'employeur par l'ordre juridique, le « pouvoir de », donnent indiscutablement à son titulaire « un pouvoir sur » les salariés. Plus précisément, ce « pouvoir sur » permet d'agir, d'influer sur la volonté d'autrui, alors même qu'il est un sujet libre.

Dans une société de droit, ceci suppose donc que celui qui est objet du pouvoir, ait volontairement et librement mis à l'écart sa propre volonté pour suivre celle d'un autre, détenteur d'un pouvoir juridiquement reconnu. En droit du travail, ce mécanisme de retrait de la volonté s'opère par la subordination qu'engendre le contrat de travail. C'est parce que le salarié a consenti par contrat à travailler sous la subordination de l'employeur qu'il est juridiquement soumis au pouvoir de ce dernier.

On le sait, le pouvoir juridique dont est détenteur l'employeur lui donne le droit d'ordonner, de commander et de sanctionner. En contrepartie, le salarié, en vertu du lien de subordination, doit se soumettre aux ordres et directives de l'employeur. Il faut donc, en premier lieu, s'attacher à cerner les signes de cette soumission (Section1). Admise par le droit, la soumission du salarié n'est cependant pas totale, comme le pouvoir de l'employeur, encadré par la force du droit, ne peut être lui-même absolu. Ainsi, la soumission contient en elle-même ses propres limites (Section 2).

Section 1 : Les signes de la soumission

541 Le pouvoir, en tant que faculté d'imposer sa volonté à autrui, induit la soumission de celui qui le subit. Se soumettre, c'est agir et se conduire selon les choix et décisions d'un autre que soi. A l'homogénéité formelle du pouvoir, correspondrait chez celui qu'il contraint, la forme générale de la soumission.

Toutefois, il s'agit d'un retrait, et non d'un abandon de la volonté propre de l'assujetti au profit d'une volonté qui n'est pas la sienne. De surcroît, pour que l'assujetti demeure sous l'influence du pouvoir, il faut que l'insoumission éventuelle dont il pourrait faire preuve, soit porteuse de risques de sanctions. Ainsi, la soumission se caractérise-t-elle à la fois par le retrait de la volonté de l'assujetti (A) et l'accompagnement de sanctions en cas de désobéissance ou, plus largement, d'insubordination de l'assujetti (B).

§ 1- Le retrait de la volonté

542 Face au pouvoir de l'employeur, le positionnement du salarié se caractérise sans équivoque : il est l'assujetti. Le salarié n'est censé exprimer ni choix ni faculté d'auto-détermination. La soumission du salarié au pouvoir de l'employeur sous-entend, à un niveau ou à un autre, le retrait de sa volonté, la flexion du sujet pendant l'exécution du travail commandé, ce qui est assuré par l'obéissance aux impositions du pouvoir (A). Mais, parce que le salarié agit sous la volonté d'un autre que lui-même, dans le cadre fixé par l'obéissance à une autorité, il ne peut être tenu pour responsable des actes effectués durant l'exécution du travail commandé. La soumission génère donc corrélativement une altération, sinon une inanité de la responsabilité du salarié, en tant qu'assujetti au pouvoir (B).

A. L'obéissance

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

543 L'obéissance paraît sans nul doute la clé de voûte de la relation de pouvoir qui lie le salarié à l'employeur.Le salarié s'engage, dès la formation du contrat de travail, à travailler sous l'autorité de l'employeur et à respecter les ordres et directives qui lui seront donnés dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. Le contrat de travail est donc l'acte -condition qui, d'une part, habilite l'employeur à exercer des prérogatives juridiques qui lui sont reconnus et, d'autre part, impose au salarié d'y obéir, en vertu de l'engagement volontairement souscrit.

Ainsi, le consentement du salarié à la formation du contrat de travail recouvre-t-il automatiquement l'acceptation de suivre les directives, les ordres de l'employeur, d'obéir aux décisions qu'il prend dans le cadre de l'exécution du travail, de respecter le règlement intérieur de l'entreprise, en tant qu'acte unilatéral de l'employeur autorisé par la loi. Peu important d'ailleurs, que le salarié ait été ou non informé du contenu du règlement intérieur lors de la conclusion du contrat, il devra le respecter en tant que manifestation du pouvoir réglementaire de l'employeur qui s'impose à lui. Travailleur subordonné, le salarié se trouve d'office assujetti aux consignes et dispositions quiy figurent [1378].

Toutes les manifestations unilatérales de pouvoir de l'employeur, dès lors qu'elles sont régulières et légitimes, s'imposent donc au salarié, sans qu'il soit besoin de requérir son consentement préalable. Toutefois, comme nous aurons l'opportunité de l'analyser plus avant, pour dépasser une logique de pur conflit d'intérêts, il faudra mobiliser les notions de bien commun, d'intérêt général ou d'intérêt de l'entreprise, comme mode de régulation des situations extra- contractuelles[1379] .

Nul doute, en tous les cas, que l'obéissance n'exprime pas la volonté du sujet mais s'inscrit dans la logique de l'assujettissement au pouvoir. Au demeurant, obéir n'oblige pas forcement à adhérer d'une façon quelconque à ce qui est ordonné, puisqu'on peut exécuter un ordre sans l'approuver expressément. Il peut y avoir de la résignation ou à tout le moins de la passivité à exécuter ce qui est commandé, mais le fait demeure que la décision ou l'ordre de l'employeur doit être exécuté par le salarié.

544 Pourtant, l'obéissance du salarié aux prérogatives juridiques de l'employeur n'est pas exclusive de toute logique contractuelle puisque le salarié s'est engagé par contrat à travailler sous l'autorité de son cocontractant. Poussant plus avant l'observation, l'obéissance pourrait prendre appui sur l'idée de coopération, de collaboration ou plus justement de solidarité réciproque qui lie les parties au contrat. En effet, la bonne foi contractuelle impose à chaque partie au contrat de respecter l'intérêt légitime de son cocontractant. Dès lors, ne serait-ce pas la bonne foi contractuelle qui exigerait que le salarié exécute le contrat au mieux des intérêts de son cocontractant, dans un esprit de coopération et de collaboration ? Il en irait d'ailleurs aussi de l'intérêt bien compris du salarié, la bonne santé de l'entreprise et le travail bien fait lui permettant d'envisager la pérennité, si ce n'est l'évolution, de sa carrière professionnelle et de sa rémunération. *« Chaque contractant doit faire preuve d'un esprit de coopération tel que son cocontractant puisse, d'une part, profiter de la prestation exécutée à son profit, d'autre part, exécuter sans difficultés ses propres obligations »* [1380]. Sous cet angle, l'obéissance du salarié se transcenderait en quelque sorte en solidarité, préservant les exigences de la conscience, de l'honnêteté et de la

[1378] V. aussi nos développements sur le consentement du salarié lors de la formation du contrat de travail (supra Partie I, Titre I, Chapitre II).

[1379] V. P.Lokiec, thèse préc. *« Contrat et pouvoir ».*

[1380] D.Mazeaud, art. préc. *« Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?* »,p 618.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

sécurité qui innervent tout lien contractuel.Toutefois, ce regard contractuel sur l'obéissance du salarié est arrêté par un obstacle de taille. L'obéissance est incompatible avec l'exigence d'égalité des volontés en présence mais aussi avec celle de la liberté de chaque contractant.

En outre, contrairement au contractant de droit commun, le salarié n'a pas la responsabilité pleine et entière des actes qu'il exécute, sous les ordres de son employeur, dans le cadre de son contrat de travail. La soumission au pouvoir ne fait donc pas que restituer de l'obéissance de la part de l'assujetti, elle rend aussi inactive la responsabilité personnelle du sujet.

B. L'inanité de la responsabilité

545 La responsabilité est sans nul doute le corollaire de la liberté de la volonté d'un sujet. Les règles et mécanismes de la responsabilité en droit civil reposent d'ailleurs en partie sur ce lignage. Ainsi, toute faute, en particulier toute violation d'une obligation par un contractant engage la responsabilité de son auteur, indépendamment de sa gravité.

Or, l'état de subordination du salarié à l'égard de son employeur, parce qu'il engendre une soumission de sa volonté, entraîne l'altération du principe de la responsabilité personnelle et se traduit par une marge relative d'irresponsabilité[1381]. On a pu ainsi évoquer une *« responsabilité limitée »* [1382] du salarié, circonscrite en fait à une exécution loyale et correcte du travail qui lui est confié. Le droit du travail a donc élaboré, dans ce domaine aussi, des règles dérogatoires au droit commun.

546 Ce particularisme fut consacré par la Chambre sociale de la Cour de cassation en 1958 [1383] à travers une décision novatrice qui affirmait que, dans les rapports fondés sur l'exécution du contrat de travail, le salarié ne peut civilement répondre que de ses fautes lourdes, la Cour précisant *« non une simple erreur involontaire mais une faute lourde voire volontaire ».* Cette décision marque la première étape d'un processus de *« responsabilité limitée »* du salarié, protecteur de sa situation de subordonné. L'orientation a même été renforcée par la suite, la Chambre sociale adoptant en 1990 une conception originale de la faute lourde qui suppose l'intention du salarié de nuire à l'employeur[1384]. Nous verrons ainsi comment la volonté peut ainsi devenir un facteur aggravant de la faute du salarié[1385].Mais, en dehors de ce cas dont on perçoit le caractère extrême, le salarié ne peut être tenu pour responsable des actes effectués durant l'exécution du travail commandé.

547 Plusieurs arguments sont d'ailleurs classiquement avancés en faveur d'une telle immunité[1386]. Tout d'abord, la faute éventuelle du salarié serait nécessairement une faute de l'employeur qui aurait mal choisi ou mal surveillé son subordonné. Le salarié ne peut donc être responsable d'un défaut du pouvoir de contrôle et de direction qui caractérise la relation de travail. Il s'agit là d'une instrumentalisation sans doute excessive du salarié, objet de pouvoir.

1381 A. Supiot, *« Le travail, liberté partagée »,* Dr. Soc. 1993 p 723.

1382 R. Giraud-Jacquême, *« La responsabilité limitée du salarié »,* Dr. Soc. 1996 p 145.

1383 Cass . Soc . 27/11/58, Bull. civ. V n° 1259 .

1384 Cass. Soc. 29/11/1990, Bull. civ . V n° 599- Dr. soc. 1991 p 107, note G Couturier. V. aussi supra Titre 1, Chapitre III de la Partie II.

1385 V.infra §2 B) du présent Chapitre.

1386 C. Radé, *« Droit du Travail et Responsabilité civile »* , LGDJ 1997, p 140 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Plus couramment, on soutient que retenir la responsabilité du salarié à raison de ses fautes reviendrait à lui faire supporter des risques normaux de l'exploitation, alors même que ces risques sont fondamentalement à la charge de l'employeur[1387]. Selon cette approche, l'employeur profitant du fruit du travail du salarié et de sa valeur ajoutée, accepte, en contractant avec lui, les conséquences des risques prévisibles liés à l'exécution de ce travail. Le concept de risque est envisagé ici comme le résultat d'un engagement/investissement de l'employeur dans la gestion et l'exploitation de l'entreprise qu'il dirige. En ce sens, pour paraphraser Jean Jaurès, l'employeur dirige parce qu'il risque ce que les dirigés ne veulent pas risquer.

D'autres raisons, notamment l'équité, ont été aussi invoquées. Le salarié ne peut être tenu responsable dans la mesure où il puise dans le contrat de travail des ressources à caractère essentiellement alimentaires, à usage familial, et qu'il ne tire « aucun bénéfice » de son activité[1388]. Cette conception repose, à l'évidence, sur un fondement social protecteur à caractère quasi statutaire.

Enfin et surtout, c'est l'alliance de la subordination du salarié et de l'exercice corrélatif du pouvoir de l'employeur qui tend à limiter la responsabilitécivile etcontractuelle du premier et à cantonner celle-ci dans le cadre du droit disciplinaire, en particulier du droitde licenciement, au titre des sanctions aux manquements du salarié. Parce que le salarié exécute son travail sous les ordres de l'employeur auxquels il ne peut en principe désobéir, sous peine de sanctions, la part de volonté présente dans l'action du salarié se voit négligée et, du même coup, est écartée sa responsabilité directe et personnelle en tant qu'assujetti au pouvoir patronal. C'est donc l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur qui agit alors comme substitut aux règles classiques de mise en œuvre de la responsabilité.

Ainsi, outre le retrait de la volonté de l'assujetti, la soumission du salarié au pouvoir de l'employeur s'accompagne-t-elle de sanctions pour prévenir tout acte de désobéissance ou, plus largement, d'insubordination de l'assujetti.

§ 2- L'accompagnement de sanctions

548 Le pouvoir de l'employeur est perçu comme un instrument à la fois restrictif et contraignant. Restrictif, en ce qu'il impose un seul type de comportement de la part de ceux qui y sont assujettis, l'obéissance. Contraignant parce que ses manifestations sont assorties de sanctions en cas de désobéissance, de refus ou d'insubordination du salarié, c'est à dire d'opposition volontaire.

Nous l'avons vu, l'assujetti au pouvoir n'est pas placé dans la logique du contractant manifestant une volonté. Dès lors, le salarié qui refuse d'exécuter un ordre ou un simple changement des conditions de travail, peut se voir imputer une faute. Le refus d'obéir est donc en principe fautif (A). Toutefois, la qualification juridique du refus fautif du salarié dépend largement du contrôle judiciaire, ce qui permet au demeurant la prise en compte d'éléments justifiant le refus. Le retrait de la volonté du salarié dans l'exécution du contrat de travail étant une condition de la subordination et de l'exercice effectif du pouvoir de l'employeur, une manifestation volontaire ou intentionnelle de la part du salarié pourra alors devenir un facteur d'aggravation de la faute (B).

[1387] A titre d'illustration, une clause contractuelle qui prévoit une variation de la rémunération du salarié ne peut être valide que si elle est fondée sur des éléments objectifs indépendant de la volonté de l'employeur et qu'elle ne fait pas porter « le risque de l'entreprise au salarié » (Cass.Soc. 02/07/2002 RJS 2002 n°1076 ; Cass.Soc. 04/03/2003 RJS 2003 n°568).

[1388] V. P.Durand, traité préc. *« La créance du salarié est indépendante de la prospérité de l'entreprise »* ou encore *« Le contrat de travail ne fait pas supporter au travailleur le risque d'exploitation ».*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

A. Le refus d'obéir : une faute du salarié

549 Assujetti au pouvoir de direction de l'employeur, le salarié est tenu d'exécuter l'ordre donné ou la directive décidée par l'employeur dans ce cadre, à défaut de quoi il commet une faute qu'il appartient à l'employeur de sanctionner. Le salarié se place alors dans une situation « d'insubordination » qui le renvoie directement sur le terrain du pouvoir disciplinaire, seul capable d'appréhender juridiquement les conséquences de son refus fautif.

Ce propos peut trouver une illustration à travers le refus du salarié d'exécuter une décision de l'employeur portant changement des conditions de travail. Dans un premier temps, la Haute juridiction énonçait qu'un tel refus constituait un manquement aux obligations contractuelles que l'employeur a la faculté de sanctionner, au besoin en procédant au licenciement de l'intéressé [1389]. Puis, la Cour de Cassation a précisé que le refus d'un changement des conditions de travail par le salarié était *« constitutif, en principe, d'une faute grave »* [1390]. La faute commise est telle qu'elle rend donc impossible le maintien du salarié dans l'entreprise *« pendant la durée du préavis »* [1391]. La position de la Cour donnait alors sans nul doute la prévalence au pouvoir, sauf à caractériser un abus de droit ou un détournement de pouvoir par l'employeur. Corrélativement,elle mettait en relief la subordination et la soumission du salarié au pouvoir, en systématisant une rupture sans indemnités pour faute grave. Toutefois, l'expression *« en principe »* ne signifiait pas que la faute du salarié devait être toujours qualifiée de grave ; elle laissait entendre au contraire que des exceptions pouvaient être admises selon les situations de faits [1392].

550 La Chambre sociale allait préciser par la suite que *«le refus d'un salarié d'accepter un changement de ses conditions de travail ne constitue pas nécessairement une faute grave ».* La relativité de la notion de faute était alors posée[1393]. Les derniers arrêts de la Cour de cassation confirment la progression de l'analyse des juges dans l'appréciation de la faute justifiant un licenciement, suite au refus du salarié. Tout refus d'un changement des conditions de travail ne peut entraîner systématiquement un licenciement pour faute grave. Le refus du salarié est certes fautif[1394]. L'employeur se situe bien sur le terrain disciplinaire, mais la faute grave ne sera pas toujours justifiée. Elle le sera, notamment, lorsque la mauvaise foi ou la déloyauté du salarié apparaîtra patente.

C'est donc l'acte d'insubordination délibéré, le refus pour le refus, qui semblent seuls susceptibles de laisser subsister la qualification de faute grave, en cas de licenciement consécutif au refus d'un changement des conditions de travail. Ainsi, quand un employeur met en œuvre une clause de mobilité, en observant le délai de prévenance prévu contractuellement et avise à l'avance le salarié pour lui permettre de s'organiser, le refus du salarié de s'exécuter a été considéré comme un *« refus délibéré et injustifié d'obéir*

[1389] Cass. Soc. 24 et 25 /06/92,CSB 1992 p 205.

[1390] V. en ce sens Cass. Soc 10/07/96,Bull. civ. V n° 278 .

[1391] Notons que depuis sa décision du 27/09/2007 (Liais. Soc., jp n°232/2007 du 08/10/2007), la Cour de cassation ne définit plus la faute grave par référence au préavis. « *La faute grave, qui peut seule justifier une mise à pied conservatoire, est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ».*

[1392] Cass .Soc.04/06/98, Dr. Soc. 1998 p 889 ; Cass. Soc . 20/10/98, Liais. Soc. jp n° 606.

[1393] F. Favennec-Hery , *« Vers la relativité de la notion de faute grave »,* RJS 9/10/2000 p 603 et suiv.

[1394] Sous réserve évidemment que l'employeur ait lui-même agi conformèment à l'intérêt de l'entreprise et en respectant l'exigence de bonne foi.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

à l'ordre qui lui était donné lequel rendait impossible son maintien pendant la période de préavis et caractérisait une faute grave » [1395]. Il s'agit de la part du salarié d'une manifestation intentionnelle de refus, sans qu'une justification quelconque puisse être invoquée pour atténuer le caractère grave de l'acte d'insubordination.En outre, il s'agit aussi d'un manquement notable du salarié à l'exigence de bonne foi qui doit prévaloir lorsque l'employeur met en œuvre régulièrement une mesure de changement des conditions de travail. Dès lors que l'employeur exerce son pouvoir en prenant en compte les intérêts légitimes du salarié, le refus de ce dernier est gravement fautif parce qu'il traduit une rupture de réciprocité de la bonne foi contractuelle.

Si l'on prolonge encore l'analyse, se profile la notion de « refus inexcusable » de la part du salarié.Au fond, la Cour de cassation considère qu'«à moins de circonstances particulières pouvant excuser en partie le comportement du salarié, celui-ci pourra être exclusans indemnités de l'entreprise » [1396]. Ce qui sous-entend quele refus du salarié peut être « excusable ». Dans ce cas, il est certes fautif, mais il ne caractérise pas la faute grave. Le juge s'éloigne donc d'une conception stricte du refus d'obéissance du salarié et de sa soumission au pouvoir de direction de l'employeur.

551 Progressivement, la Haute Juridiction dégage ainsi une appréciation *« in concreto »* du fait fautif tenant compte des circonstances de fait, de l'âge ou de l'ancienneté de l'intéressé, de la singularisation de sa situation personnelle. La Chambre sociale considère notamment que, bien que fautif, le refus du salarié n'est pas constitutif d'une faute grave,lorsquele nouvel horaire imposé à une salariée l'empêche de s'occuper de ses enfants d'âgescolaire ou met en cause le repos du samedi matin dont une salariée avait disposé pendant 19 ans[1397].Ainsi, pour la Haute juridiction, le refus justifié par des considérations personnelles demeure fautif mais la faute grave disparaît du fait même des justifications apportées.Pour autant, dès lors que le préavis ne peut être exécuté aux conditions imposées par l'employeur, l'indemnité compensatrice de préavis n'est pas due.En revanche, le refus ainsi justifié ou « excusable » préserve le droit des salariés à indemnité de licenciement.La Cour de Cassation précise encore son raisonnement dans un arrêt du 9 avril 2002[1398]. Elle considère, en effet, que si le refus d'un changement des conditions de travail n'empêche pas dans les faits[1399] le maintien du salarié pendant le préavis, ce refus ne saurait constituer une faute grave[1400].

On peut, bien évidemment, se demander si, ici encore, le principe de l'exécution de bonne foi du contrat de travail ne transparaît pas. En effet,une exigencede cohérence innerve les rapports contractuels. Ce devoir de cohérence implique que *« chaque partenaire*

[1395] Cass. Soc. 28/02/2001,Bull.civ V n°64 ;Cass. Soc. 09/05/2001, Bull.civ. V n° 154. Sur la nouvelle définition de la faute grave, postérieure aux décisions citées, v. supra.

[1396] Ph. Waquet, *« La modification du contrat et le changement des conditions de travail »,* RJS 12/96 p 798.

[1397] Cass. Soc 17/10/2000,Bull.civ V n° 327 et 328 .

[1398] Cass. Soc 09/02/2002, Bull.civ. V n° 123 ; Dr. Soc. 2002 p 667 obs. J Savatier .

[1399] En l'occurrence, les conditions de travail n'avaient pas varié depuis 20 ans, ce qui rendait difficile l'argument d'une impossibilité.

[1400] La Cour se fonde sur la définition classique, à l'époque des faits, de la faute grave, conçue comme celle *« de nature à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis »* et en tire les conséquences. V. la nouvelle définition de la faute grave dans l'arrêt précité du 27/09/2007. On peut d'ailleurs penser que cette modification n'aurait pas changé la solution adoptée dans l' arrêt de 2002.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

fasse preuve d'une certaine constance dans son comportement, notamment lorsque son attitude a fait naître une confiance légitime dans l'esprit de son interlocuteur » [1401] .

552 L'évolution jurisprudentielle qui vient d'être retracée, se retrouve concernant la mise en œuvre d'une clause de mobilité. La Cour de cassation précise en effet que *«la seule circonstance que l'employeur n'ait pas commis d'abus dans la mise en œuvre d'une clause de mobilité ne caractérise pas la faute grave du salarié qui refuse de s'y soumettre »* [1402] .Plus encore, la Cour considère aujourd'hui que *« le refus d'une mutation en application d'une clause de mobilité ne caractérise pas, à lui seul, une faute grave »* [1403] . Ce refus n'apparaît donc plus nécessairement constitutif d'une faute grave.

On observe ainsi que la jurisprudence sociale tend désormais à supprimer l'automaticité de la qualification de faute grave en cas de refus du salarié de se soumettre à un ordre, même justifié et non abusif, édicté par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction. Certes, la désobéissance demeure fautive et constitutive d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, mais la faute grave n'est plus énoncée comme une conséquence directe et systématique du refus du salarié d'un changement des conditions de travail.

553 On devine alors que la soumission au pouvoir est un phénomène plus complexe à appréhender que ne le laisse supposer son évidence première. En tout cas, son analyse est rétive à toute approche univoque ou globale, sans doute parce que toute relation de pouvoir est source de conflits d'intérêts, de points de divergence ou de résistance.

B. La volonté du salarié, facteur d'aggravation de la faute

554 La faute disciplinaire suppose, le plus souvent, la violation par le salarié d'une obligation professionnelle, un refus d'obéir, un comportement contraire aux dispositions inscrites dans le règlement intérieur. Elle peut prendre aussi la forme d'un acte ou d'une omission constitutif d'un manquement à une obligation contractuelle ou légale. Pour caractériser le fait fautif, le juge social prendra en considération, outre évidemment l'élément matériel, la *« volonté délibérée de ne pas faire* [1404]» ou la « *mauvaise volonté »* [1405] du salarié dans l'exécution de ses obligations. Toutefois, le constat d'une « mauvaise » volonté du salarié n'est pas toujours de nature à caractériser la notion de faute, ni même celle de faute grave.

555 Par ailleurs, nous l'avons vu précédemment, le fait fautif ne suppose pas nécessairement un comportement volontaire[1406] ni même une intention maligne[1407], un oubli ou une négligence du salarié dans l'exécution du travail pouvant constituer une faute. Seule la faute lourde qui autorise un licenciement immédiat[1408] et prive le salarié de toutes indemnités, suppose nécessairement de la part du salarié « *l'intention de nuire à*

[1401] D.Mazeaud, art. préc.*"Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? »,* p 614 .

[1402] Cass. Soc 4/02/2003 , arrêt préc. Sem. Lamy n° 1110 p 12.

[1403] Cass.Soc. 23/01/2008, Liais. Soc. jp n° 27/2008 du 05/02/2008.

[1404] Cass. Soc. 11/05/99, Liais.Soc. 07/06/99 jp n° 634.

[1405] Cass. Soc 07/01/98, Liais. Soc. 19/01/98 .

[1406] Cass.Soc. 05/03/87, D. 1987 Info.rap. p 66.

[1407] Cass.Soc. 24/10/89, Bull.civ. V n° 611.

[1408] Cass.Soc. 21/11/2000, JCP E.2001 p 164.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

l'entreprise » [1409] ou à l'employeur. Une telle volonté doit être établie, en tant que facteur aggravant de l'acte fautif. Dans cette hypothèse, le salarié n'a pas seulement failli en tant que travailleur subordonné soumis au pouvoir de l'employeur, il a surtout failli en tant que cocontractant. Or, on ne saurait protéger un débiteur de mauvaise foi. A telle enseigne qu'à l'origine, la faute lourde était assimilée au dol [1410] . Il en va différemment depuis une série d'arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de Cassation en 1990[1411].

556 L'intention de nuire procède d'une volonté délibérée et consciente du salarié de chercher à porter atteinte par son agissement aux intérêts, de quelle que nature que ce soit, de l'entreprise ou de l'employeur[1412]. La faute lourde du salarié relève ainsi d'une *« conception restrictive à l'extrême »* qui *« bouscule les catégories du droit commun de la responsabilité contractuelle »* [1413] . En effet, au-delà de l'élément matériel de la faute, l'intéressé doit avoir, non seulement prévu et accepté les conséquences dommageables de son acte, mais encore, il doit les avoir recherchées,[1414] voulues.Il est vrai que l'existence d'une faute lourde a pu parfois être admise en l'absence d'intention de nuire, sur la seule observation d'un dommage volontairement recherché à l'encontre de l'employeur[1415]. Pourtant, l'intention de nuire reste le critère majeur de la faute lourde selon une interprétation stricte des juges,[1416] compte-tenu des effets qui y sont rattachés[1417].

A telle enseigne que la Cour de cassation rappelle régulièrement *« le principe selon lequel la responsabilité du salarié n'est engagée qu'en cas de faute lourde »* [1418] . A cet égard, la chambre sociale semble opérer désormais une différenciation plus nuancée. Un salarié licencié en raison d'un détournement à son profit de sommes encaissées pour le compte de son employeur a pu ainsi être condamné, en exécution d'une obligation contractuelle, à restituer celles-ci sans que le juge soit tenu de retenir une faute lourde à son encontre[1419]. En revanche, s'agissant de la réparation du dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, l'exigence d'une faute lourde du salarié devrait toujours-

[1409] Cass. Soc . 29/11/90, Dr. Soc. 1991 p 107 note G. Couturier.

[1410] Cass . Soc. 27/11/58, JCP 1959 II, 11143, note J. Brèthe de la Gressaye. V. supra Partie I,Titre I, Chapitre II, Section 1 sur la notion de dol.

[1411] Arrêts préc.

[1412] L'intention de nuire qui motive le salarié s'adresse donc soit au dirigeant de l'entreprise, soit à la personne morale employeur, soit encore à l'unité économique et sociale.

[1413] G. Couturier, *« Responsabilité civile et relations individuelles de travail »,* Dr. Soc. 1988 p 407 et suiv. *« La faute lourde du salarié »,* Dr. soc. 1991 p 105 et suiv. La faute lourde se distinguant habituellement par le caractère particulièrement répréhensible du comportement et la gravité des conséquences.

[1414] V. B. Bossu, *« La faute lourde du salarié »*, Dr. Soc. 1995 p 26 et suiv.

[1415] Cass.Soc. 06/07/1999, JCP E.1999, p 1612.

[1416] Si le délit de vol comporte un élément intentionnel, celui-ci n'implique pas, par lui-même, l'intention de nuire à l'employeur caractérisant la faute lourde du salarié (Cass.Soc. 06/07/1999 Liais. Soc. 09/12/1999, Bull.civ.V. 1999 n°326) .

[1417] Le salarié pouvant être condamné au versement à l'employeur de dommages intérêts pour préjudice subi.

[1418] Cass. Soc. 23/09/92, Bull.civ.V n° 466. Cass.Soc. 5/12/1996 Bull.civ. V n° 424. Cass.Soc. 11/03/1998 Bull.civ.V n°135. A noter qu'au contraire, l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'employeur envers son salarié n'impose pas que ce dernier ait agi dans le but de nuire au salarié. Cette différence entre les parties au contrat s'expliquerait essentiellement par le fait que le salarié ne répond pas à l'égard de son employeur des risques de l'exploitation.

[1419] Cass. Soc. 19/11/2002, Liais. Soc.13/02/2003 jp n° 801.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

semble-t-il- être recherchée. Dans un arrêt inédit de 2003 [1420], la Cour de cassation a ainsi réaffirmé que la responsabilité pécuniaire d'un salarié nécessite une faute lourde. Plus clairement encore, une décision du 20 avril 2005 a précisé que *« la responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde, même en ce qui concerne le droit à compensation prévu à l'article L.144-1 du code du travail,… »* [1421].

557 La faute commise volontairement par le salarié est appréciée plus sévèrement, en particulier lorsqu'elle démontre une intention de nuire, parce qu'elle constitue manifestement une violation délibérée des engagements pris par celui-ci dans le cadre du contrat de travail qui implique, au surplus, la soumission au pouvoir de l'employeur. En d'autres termes, le salarié enfreint sciemment ses obligations professionnelles, mais surtout ses obligations contractuelles, y compris l'obligation de loyauté qui doitprésider à l'exécution normale et raisonnable du contrat, exclusive de toute intention malveillante. En définitive, le comportement constitutif d'une faute lourde relèverait, en premier chef, d'une faute contractuelle.

558 Cette première approche du processus de soumission du salarié au pouvoir de l'employeur laisse pressentir que l'analyse ne peut se limiter à en débusquer les signes caractéristiques. En effet, la soumission ne signifie pas la négation pure et simple de la volonté de l'assujetti. Elle n'est concevable que dans la mesure où elle contient ses propres limites et sauvegarde des espaces d'actions volontaires au salarié. Dès lors, apparaît-elle plus complexe à saisir mais aussi plus stimulante à cerner dans le cadre d'une recherche sur la place et le rôle de la volonté du salarié.

Section 2 : Les limites de la soumission

559 Contrairement à l'état d'esclavage, la soumission au pouvoir ne peut être totale et contient en elle-même ses propres limites. Le salarié n'est donc pas dans un état permanent de soumission à l'égard de son employeur. C'est en qualité de membre du personnel, dans le cadre de la dimension institutionnelle du rapport d'emploi, que le salarié se trouve soumis aux pouvoirs que l'ordre juridique reconnaît à l'employeur[1422]. Cependant, il conserve sa qualité de cocontractant, tout au long de l'exécution du contrat de travail. Dès lors, si le pouvoir empiète sur la dimension contractuelle du rapport d'emploi, la soumission du salarié à une telle décision unilatérale n'est plus de mise. La volonté du salarié reprend ses droits pour le respect du contrat de travail qui lie les deux parties sur le fondement de la volonté commune (§1). En toute hypothèse, la soumission du salarié suppose que l'exercice du pouvoir patronal soit régulier, licite et non dangereux, c'est à dire légitime. A défaut, désobéir devient un droit (§ 2).

§ 1- Le respect du contrat de travail

560 Dans la première partie de notre étude, nous avons souligné l'importance de la détermination du champ contractuel, en particulier lorsque l'employeur souhaite modifier certains éléments du rapport de travail[1423]. Le changement d'un élément contractuel requiert l'accord du salarié. A l'opposé, un changement non-contractuel relève du pouvoir unilatéral de l'employeur et s'impose au salarié.

[1420] Cass.Soc. 19/03/2003, n° 01-40.084.

[1421] Cass.Soc. 20/04/2005, Liais. Soc. 03/05/2005, jp n° 906.

[1422] V. A.Jeammaud, M.Le Friant, A.Lyon-Caen, chr.préc. *« L'ordonnancement des relations de travail »,* p 359 et suiv.

[1423] V. Partie I, Titre II, Chapitre II, Section 1.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Ces règles d'origine jurisprudentielle, aujourd'hui solidement ancrées, s'appliquent aussi, dans le cadre de l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire, lorsque la sanction entraîne une modification du contrat de travail. Contrairement à ce qui est admis face à toute autre sanction, le salarié sera alors en droit de la refuser. (A) De telles règles ont vocation également à s'appliquer à toute contractualisation d'éléments du pouvoir, tels que des avantages accordés unilatéralement par l'employeur, par usages ou engagements unilatéraux (B).

A. Le droit du salarié de refuser une sanction modifiant le contrat de travail

561 Il ressort de la définition de la sanction disciplinaire, telle qu'elle résulte de la loi, qu'elle vise l'essentiel de la relation de travail. En effet, qu'il s'agisse de punitions modificatives de l'emploi[1424]ou de punition privative de l'emploi[1425], le travail et partant la rémunération du salarié, critères déterminants du contrat de travail, sont susceptibles d'être saisis par le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Or, si la mesure patronale entraîne une modification du contrat de travail, le salarié demeure-t-il toujours soumis au pouvoir disciplinaire ou peut-il résister en invoquant les règles relatives à la modification du contrat de travail?

L'évolution de la jurisprudence sociale[1426] donne désormais une réponse claire à cette question en faveur d'une approche contractuelle. On sait que, la Chambre sociale considère qu'*« une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée ».* Ainsi, un salarié est-il en droit de refuser une modification du contrat de travail à titre disciplinaire. Les règles générales relatives à la modification du contrat s'appliquent donc[1427]. En application de la jurisprudence Raquin, l'acceptation ne peut résulter du silence du salarié et de la seule poursuite du contrat de travail aux nouvelles conditions, en l'absence d'autres éléments manifestant une volonté non équivoque d'y consentir. Faute de refus ou d'acceptation de la sanction modificatrice du contrat, il appartient à l'employeur d'inviter le salarié à prendre parti dans un délai raisonnable[1428].

562 Il résulte de ces solutions une dépendance du pouvoir disciplinaire à la logique contractuelle, d'où est né un débat doctrinal soutenu, autour de la place respective du pouvoir de l'employeur et du contrat dans le rapport d'emploi.Certains auteurs y voient une confusion des genres, *« d'autant plus regrettable qu'elle conduira l'employeur à substituer à la sanction initialement envisagée la seule sanction disciplinaire qui résiste à la logique contractuelle, c'est à dire le licenciement »* [1429]. La Cour de cassation précise, en effet, qu' *« en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, aux lieux et place de la sanction refusée »* .En outre, il a été

[1424] Comme la rétrogradation , la mutation disciplinaires.

[1425] Le licenciement disciplinaire.

[1426] V. notamment Cass. Soc . 13/11/91, Dr. Soc. 1992 p 77, puis Cass. Soc. 18/06/98 Sté Hôtel de Berry, Dr. soc. 1998 p 803 , rapport Ph. Waquet. V. aussi Cass.Soc. 01/04/2003,Dr. soc. 2003 p 666.

[1427] V. supra Partie 1 Titre II, Chapitre I.

[1428] Cass.Soc. 01/04/2003, arrêt préc.

[1429] C. Radé, *« A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique »,* Dr. Soc. 1999 p 3 et suiv. J. Mouly, *«Disciplinaire, donc non contractuel »,* Dr. Soc. 2003 p 395.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

soutenu que les deux régimes juridiques de la sanction et de la modification du contrat de travail sont inconciliables, en raison de règles au contenu opposé[1430].

Maisd'autresauteurs appuient la position de la Haute Juridiction comme étant le prolongement logique de la théorie générale des obligations[1431]. Aucune partie au contrat n'est admise à imposer unilatéralement la modification de ce dernier, quelle que soit son origine. La modification ne peut qu'être proposée, en faisant simplement une offre. C'est pourquoi le pouvoir disciplinaire se heurte à ce bastion intouchable qu'est le contrat ; il doit ployer au même titre que le pouvoir de direction.

On peut ajouter, à ces arguments, que la fonction du pouvoir disciplinaire, comme sa source légale, le distingue du pouvoir de direction. Dès lors, conviendrait-il de ne pas appliquer les mêmes règles attachées à la modification du contrat selon l'origine disciplinaire ou non de la mesure unilatérale. Toutefois, la dualité du rapport d'emploi, à la fois contrat et pouvoir, impose de régler de façon cohérente leurs relations réciproques et leurs frontières respectives. La logique jurisprudentielle apparaît alors sans ambiguïté.

L'acte unilatéral que constitue une sanction ne peut porter atteinte au contrat de travail et imposer une modification contraire aux engagements réciproques des parties tels que consentis initialement dans le contrat. Face à une rétrogradation ou une mutation disciplinaire, l'analyse contractuelle conduit nécessairement à poser le problème en terme d'acceptation ou de refus par le salarié d'une modification du contrat de travail.

563 Reste que, selon la Cour de Cassation, la mise en œuvre d'une clause de mobilité prévue dans le contrat de travail, même à titre disciplinaire, ne peut entraîner une modification du contrat de travail ; elle constitue un simple changement des conditions de travail qui s'impose au salarié[1432]. Cette solution mériterait d'être précisée. Dans le prolongement de la logique contractuelle[1433], les finalités distinctes de la clause de mobilité (répondre aux besoins de flexibilitégéographique de l'entreprise) et de la sanction disciplinaire (réagir à une faute ou un comportement fautif du salarié) imposeraient que la clause indique, dès l'origine, la possibilité d'une mise en œuvre éventuelle à titre disciplinaire.

564 Quoi qu'il en soit, le débat sur les places respectives du pouvoir disciplinaire et du contrat n'est toujours pas clos, tant il touche intimement au paradoxe né de l'exercice du pouvoir par une personne privée sur une autre, par l'un des deux contractants sur l'autre. Il faut garder à l'esprit que la sanction disciplinaire est conçue avant tout comme « punitive». Elle constitue une équivalence et cherche à « réparer » le fait ou le comportement fautif du salarié. Selon cette perception, la sanction doit s'imposer au salarié fautif, dès lors qu'elle n'a pas d'incidence ou une incidence indirecte sur le contrat de travail. S'agissant du licenciement, celui-ci a un effet extinctif, en tant que mode de résiliation des contrats successifs à durée indéterminée, qui déborde du champ disciplinaire proprement dit et entre dans un régime juridique spécifique, le droit du licenciement. Entre ces deux situations, la loi semble laisser une place à des sanctions ayant pour effets de modifier le contrat de travail[1434]. Or, en application du droit des contrats, la volonté unilatérale d'une partie, même

1430 Voir l'analyse de S. Frossard, art.préc. *« La réaction de l'employeur à la faute du salarié »* , p 231 et suiv.

1431 Notamment A.Mazeaud *« Contractuel mais disciplinaire »*, Dr. Soc.2003 p164 et suiv.

1432 V. arrêt précité du 11/07/2001.

1433 V. supra Partie I Titre II, Chapitre I.

1434 L'employeur peut en effet prendre des sanctions *« de nature à affecter la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ».*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

détentrice d'un pouvoir disciplinaire, ne saurait modifier le contrat, expression d'un accord de volontés. Le salarié cocontractant peut donc refuser une sanction disciplinaire modifiant son contrat de travail. Toutefois, il est à craindre que, cette solution, en cohérence avec la logique contractuelle et favorable a priori au salarié puisqu'elle lui donne une capacité de choix et de décision, ne donne naissance en définitive qu'à un droit illusoire.

565 En effet, comme on l'a vu précédemment[1435], la primauté du droit du licenciement a de grandes chances de l'emporter soit en tant que sanction substitutive de la sanction refusée, soit en tant que sanction initiale prise à titre préventif du refus du salarié.En outre, on peut imaginer, les ressources du contrat de travail allant grandissant, que les parties au contrat donnent, dès l'origine, leur accord sur des clauses particulières relatives à la discipline, en conformité avec le règlement intérieur de l'entreprise. Dans ce schéma de moins en moins virtuel, la mutation ou la rétrogradation, devenue simple changement des conditions de travail, n'en restera pas moins une sanction, dès lors qu'elle résulte d'agissements considérés par l'employeur comme fautifs. Le droit disciplinaire devraalors s'appliquer pleinement.Mais, entre-t-il dans l'objet du contrat de travail de fixer les règles disciplinaires que la loi confie expressément au règlement intérieur ?Rien n'est moins sûr. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur ne saurait être simplement justifié par un accord de volontés des parties, dont l'une prendrait l'engagement *ab initio* de se soumettre à l'autre et de subir ses décisions/sanctions, de quelle que nature qu'elles soient.A fortiori, une disposition régulièrement logée dans le règlement intérieur, qu'elle soit de nature disciplinaire ou non, ne saurait être contractualisée, c'est à dire transformée en clause du contrat de travail par quelque procédé que ce soit. Il n'entre pas dans le rôle du contrat de travail de devenir l'instrument du pouvoir disciplinaire tel que reconnu par l'ordre juridique.

566 A l'aune de ces développements, l'évolution jurisprudentielle traduit, de façon significative, le conflit opposant la nature du pouvoir disciplinaire et celle du contrat. Ainsi, la modification contractuelle tenant lieu de sanction disciplinaire, apparaît-elle comme une « anomalie » juridique, à la fois au regard du droit des contrats et du régime du pouvoir.La Cour de cassation a tranché en faveur du contrat, tout en préservant cependant le pouvoir disciplinaire. Une autre étape ne devrait-elle pas être entreprise afin de considérer qu'une sanction disciplinaire ne saurait prendre la forme d'une modification du contrat ayant fait l'objet du consentement mutuel des parties ? L'interdiction des sanctions pécuniaires, déjà fort ancienne, ne plaide-t-elle pas en ce sens ?

La situation est différente en présence d'une contractualisation de certaines manifestations du pouvoir. Celle-ci permet un transfert de source juridique, à l'origine d'une certaine extension du champ contractuel. La volonté du cocontractant réapparait pour se substituer alors à la soumission de l'assujetti.

B. La contractualisation d'avantages d'origine unilatérale

567 Rien n'empêche l'employeur d'accorder aux salariés de son entreprise certains droits ou avantages, en dehors même de tout processus négocié ou d'impératifs légaux. Ainsi, les usages, ont-ils été admis depuis fort longtemps par la jurisprudence. Ils consistent en un avantage accordé aux salariés et présentent les caractères de généralité, constance et fixité. A côté de cette figure classique de la norme patronale, d'autres pratiques ont prospéré.

[1435] V. supra Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 3.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Compte-tenu de la diversité de leur objet[1436], elles ont été progressivement regroupées au sein d'une qualification unique. Il semble aujourd'hui acquis, au regard de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, que ces normes patronales sont identifiées sous le couvert de la notion juridique d' engagement unilatéral[1437], c'est à dire d' un acte juridique issu de la seule volonté de son auteur,en l'occurrence l'employeur. *« Un acte juridique unilatéral par lequel l'employeur a créé des obligations à sa charge»* [1438] et non à la charge d'autrui. L'engagement unilatéral ne peutqu'être créateur d'une garantie ou d'un avantage au profit des salariés.

568 Une qualification autre que celle d'engagement unilatéral aurait certes pu être retenue, celle « d'acte juridique unilatéral à destination collective , c'est à dire ayant pour objet de régir une collectivité de destinataires abstraitement définie »[1439] . La préférence donnée à l'engagement unilatéral se justifie néanmoins pour plusieurs raisons. D'abord, la notion d'engagement unilatéral permet de caractériser une des manifestations du pouvoir normatif de l'employeur, notamment par rapport à l'acte collectif négocié. Un acte juridique unilatéral à destination collective aurait pu apparaître comme « l'avatar de la négociation collective, un substitut imparfait de la convention collective »[1440] . Ensuite et surtout, l'engagement unilatéral n'est opposable aux salariés que dans la mesure où il contient des dispositions plus favorables que la loi, les règlements et les dispositions conventionnelles et lie l'employeur envers la collectivité des salariés.Enfin, la soumission de l'engagement unilatéral de l'employeur à la hiérarchie des normes exclut naturellement le jeu des dérogations réservées par la loi aux seuls accords collectifs. La notion d'engagement unilatéral constitue donc une qualification juridique autonome qui permet, en outre, d'assurer la protection des salariés, en tant que collectivité du personnel.

569 Les salariés disposent-ils d'une marge de résistance à la perte de l'avantage inscrit au fil du temps dans l'usage ou l'engagement unilatéral ? La Cour de Cassation considère que les avantages résultant d'un usage ou d'un engagement unilatéral ne sont pas incorporés aux contrats de travail[1441],de sorte que la dénonciation de ces normes atypiques ne vaut ni modification des contrats, ni simple proposition de révision que chaque salarié peut refuser. Pour autant, le juge exige que soit respectée une véritable procédure de dénonciation de l'usage ou l'engagement unilatéral, dans la mesure où l'employeur n'a pas à requérir l'accord individuel des salariés concernés.Dès lors,toute dénonciation doit être notifiée préalablement aux représentants du personnel[1442], ainsi qu'aux salariés à titre individuel et mise en œuvre en respectant un délai de prévenance suffisant. Si la dénonciation est irrégulière, l'usage ou l'engagement reste en vigueur. Mais force est de

1436 De telles normes patronales peuvent prévoir le versement d'une prime, un engagement de ne pas licencier, accords atypiques, disposition étrangère au règlement intérieur, etc.

1437 Notion issue de la théorie civiliste, bien que le droit commun des obligations soit réticent à l'égard de cette notion .

1438 Cass.soc. 19/11/97, Dr. Soc. 1998 p 89.

1439 V. N. Damas, thèse préc. *«La volonté dans la formation de l'acte juridique en droit du travail »*.

1440 R-D. Ollier, *« L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources du droit dans l'entreprise »,* Dr.Soc.1982 p 680 et suiv. V. aussi A. Supiot, art. *préc « La réglementation patronale »,* p 215 et suiv.

1441 Cass. Soc. 25/02/1988, D. 1988, Som.com.320, note A.Lyon-Caen.

1442 A défaut, l'absence d'information des représentants du personnel, notamment lorsque l'employeur a manqué à son obligation d'organiser les élections de délégués du personnel, rend la dénonciation irrégulière et donc inopérante (Cass.Soc.16/11/2005,Liais. Soc. 28/11/2005, jp n°932)

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

constater que le salarié ne peut que s'incliner face à une dénonciation régulière d'un usage ou d'un engagement unilatéral, les avantages prévus n'étant pas incorporés au contrat de travail. Pourtant, celui-ci peut être mobilisé pour résister au pouvoir de l'employeur.

570 Il en est ainsi, tout d'abord, lorsqu'un usage ou un engagement unilatéral de l'employeur a fait l'objet d'une véritable contractualisation, par une clause claire et précise, distincte d'une clause informative. Dans cette hypothèse, de façon désormais classique, le salarié sera en mesure de s'opposer à son éventuelle remise en cause[1443]. Encore faut-il qu'une contractualisation de l'usage ou de l'engagement unilatéral ait été réellement opérée, selon les critères retenus par la Haute Juridiction. Celle-ci a ainsi considéré que la signature par le salarié, au moment de l'embauche, d'un « livret d'accueil » résumant les usages et engagements unilatéraux de l'employeur n'a pas pour effet de contractualiser les avantages qui y sont décrits[1444]. La signature du salarié ne suffit pas à conférer valeur contractuelle au document sur lequel elle est apposée. Elle ne modifie pas la nature juridique d'engagement unilatéral ou d'usage de la norme, ni même la valeur de simple information.

571 Cette décision s'inscrit dans une évolution initiée par la Haute juridiction dans l'affaire Courcelles[1445]. Après avoir rappelé que la rémunération, contrepartie du travail du salarié, résulte en principe du contrat de travail, sous réserve d'une part du SMIC et d'autre part, des avantages résultant des accords collectifs, des usages de l'entreprise ou des engagements unilatéraux de l'employeur, la Chambre sociale avait pris soin de distinguer, selon la source juridique concernée, les règles applicables en cas de modification de la rémunération. En l'espèce, la question était de savoir si un élément aussi intrinsèquement contractuel que la rémunération, lorsqu'il résulte exclusivement d'un usage, suivait nécessairement le régime de la dénonciation d'une telle norme. La position de la chambre sociale retient l'attention. Elle estime que *« dans le cas où la rémunération du salarié résulte exclusivement de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur, la dénonciation régulière de cet usage ou de l'engagement unilatéral ne permet pas à l'employeur de fixer unilatéralement le salaire. Celui-ci doit résulter d'un accord contractuel, à défaut duquel il incombe au juge de se prononcer* ». Ainsi, lorsque la rémunération, élément résultant en principe du contrat de travail, est issue exclusivement d'un usage, sa dénonciation doit être assortie d'un accord contractuel. La fixation du salaire s'inscrira alors dans le contrat de travail. Le salarié dispose, ce faisant, de la capacité de négocier individuellement, recouvre une faculté de choix et un droit de refus propre à sa qualité de cocontractant, ce qui constitue une exception notable aux effets classiques de la dénonciation de l'usage ou de l'engagement unilatéral.

572 Toutefois, cette position ne remet pas en cause le principe de non-incorporation de l'usage dans le contrat de travail. Ainsi, la Chambre sociale a-t-elle rappelé, ultérieurement, que l'usage non-incorporé au contrat de travail des salariés ne peut être contractualisé par l'effet de la recherche par l'employeur d'un accord avec ses salariés sur sa modification[1446]. La position du juge social, dans l'arrêt Courcelles, permet uniquement de procéder à la restitution d'un élément de nature contractuelle à sa source juridique originaire lorsqu'il résulte, exclusivement et exceptionnellement, d'une norme atypique.Elle évite aussi l'écueil

1443 *Une telle clause pourra même et faire l'objet d'un éventuel contrôle de justification et proportionnalité.*

1444 Cass. Soc . 11/01/2000, arrêt préc. V. supra Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 1.

1445 Cass. Soc . 20/10/88, Dr.Soc. 1989, 128, obs.Ph. Langlois. Liais. Soc. 26/11/88, jp n° 606.

1446 Cass.Soc. 16/11/2005 n°04-40.339, Panorama des arrêts Droit du Travail, D. 2006 n°1, p 29 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

du vide juridique, après la dénonciation de l'usage et l'échec de la négociation collective,[1447] en empêchant l'employeur de fixer unilatéralement la rémunération. La nature contractuelle de la rémunération milite certainement en ce sens.

573 Par ailleurs, on sait qu'un usage ou un engagementunilatéral prendra fin à l'occasion de la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif ayant le même objet[1448], sans procédure de dénonciation ni sollicitation de l'accord individuel du salarié. Cependant, il existe un tempérament à la primauté des effets impératifs de la norme collective, lorsque l'usage ou l'engagement unilatéral a été contractualisé[1449].Dans ce cas, la survenance d'un accord collectif portant sur le même objet cristallisera un conflit avec le contrat de travail. Si l'application de l'accord se traduit par une modification du contrat de travail, le salarié recouvrera, en application du principe de faveur énoncé à l'article L.2254-1 du code du travail,[1450] une capacité de résistance lui permettant de faire valoir son droit au refus[1451].

Parce que le contrat de travail peut être amené à accueillir certains engagements patronaux, en particulier lorsqu' a été opérée une contractualisation, le salarié peut revendiquer l'exécution d'obligations patronales d'origine unilatérale, en dépit de la volonté de l'employeur d'en modifier la teneur. Il peut même, dans certains cas exceptionnels, en défendre les avantages ou en rediscuter les modalités. La soumission du salarié au pouvoir n'est donc pas absolue et subit les limites et résistances de la volonté et du champ contractuels.

Au surplus, une telle soumission du salarié disparaît lorsque le pouvoir ou sa manifestation unilatérale n'est pas légitime. Cette exception nécessaire donne alors le jour à un véritable droit de désobéir.

§ 2- Le droit de désobéir

574 L'obéissance, la soumission au pouvoir de l'employeur ne sont pas toujours exigibles du salarié. Dans certaines situations qu'il convient de déterminer, le caractère fautif du refus du salarié disparaît, l'insoumission ne peut plus être sanctionnée. Le droit de désobéir peut même être alors un devoir, qu'il s'agisse du refus légitime de se plier àdes ordres illicites (A), de l'exercice de la liberté de conscience (B) ou de la protection de la santé physique ou morale de la personne (C).

A. Le refus légitime des ordres illicites

575 De manière générale, on sait que l'exercice par l'employeur de son pouvoir doit respecter les stipulations contractuelles et plus largement le cadre normatif, lois, règlements, conventions collectives, dans lequel évolue l'entreprise. Au surplus, le contrat de travail s'impose à l'employeur et limite son pouvoir, par le biais du régime de la modification du contrat, ou encore de l'exception d'inexécution. En l'occurrence, le salarié bénéficie d'une faculté de choix et d'un droit de refus légitime, qu'il peut invoquer à juste titre.

[1447] C'était le cas d'espèce.

[1448] Cass. Soc . 09/07/96 (2ème arrêt), RJS 8-9/96 n° 954, Dr.Social 1996, 983, obs. J.Savatier. Liais. Soc. 03/09/96, jp actua. n° 7521. La thèse de la primauté de l'accord collectif sur l'usage non contractualisé joue même si l'accord est moins favorable et que l'usage n'a pas été dénoncé.

[1449] Cass. Soc 05/10/99, Dr.Social 2000, 112, obs. J-P Laborde, RJS 12/99 n°1437. Liais. Soc. 18/10/99, jp n° 645.

[1450] Ancien art. L.135-2 du code du travail.

[1451] V. supra Partie I, Titre II, Chapitre II, Section 1.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

L'état de subordination du salarié ne saurait justifier la soumission à toutes les manifestations du pouvoir de direction, en particulier lorsque les ordres donnés sont illicites, immoraux ou vexatoires. En effet, le pouvoir qu'a l'employeur d'imposer sa volonté au salarié ne peut se traduire par un ordre ou une décision à caractère irrégulier. A défaut, l'ordre ou la mesure devient illégitime et le salarié est en droit de refuser de l'exécuter; sa désobéissance devenant par conséquent légitime. Parce que le droit limite et garantit, l'employeur ne peut pas exercer son pouvoir de commandement pour imposer une décision unilatérale qui enfreint la loi ou qui lèse les droits institués par cette dernière au profit des salariés.

576 Les exemples de refus légitimes sont nombreux. Ainsi, le salarié peut refuser d'effectuer des heures supplémentaires hors du cadre juridique de leur exercice ou en cas de dépassement des durées maximales journalières ou hebdomadaires prévues par le code du travail. De même, le salarié peut invoquer l'article L.1121-1 [1452] du code du travail pour refuser d'exécuter un ordre qui apporte aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché. En outre, il est en droit de refuser, sur le fondement de l'article L.1132-1du code du travail[1453], une mesure revêtant un caractère discriminatoire[1454]. On pressent déjà, à ce stade, l'ancrage décisif des libertés et droits fondamentaux dans la relation de pouvoir afin de limiter l'assujettissement abusif du salarié à l'unilatéralisme de l'employeur. Parce que titulaire de droits inhérents à la personne, le salarié trouve à opposer un refus légitime lorsque l'ordre ou la mesure porte atteinte aux libertés et droits fondamentaux[1455]. Le salarié pourra ainsi légitimement s'opposer à des ordres ou décisions de l'employeur caractérisant la volonté d'humilier son subordonné ou de rendre les conditions de travail incompatibles avec ladignité humaine[1456] ou la moralité[1457].

577 Plus largement, l'impérativité et la généralité de la loi font qu'un salarié est en droit de refuser une décision unilatérale de l'employeur qui serait contraire à celle-ci, donc illicite. A telle enseigne qu'un salarié qui serait amené à commettre, par exemple, des infractions pénales pour suivre les instructions de ses supérieurs, pourrait se voir reprocher une faute grave[1458]dans l'exécution de son contrat. A contrario, le refus du salarié d'accomplir les irrégularités demandées par l'employeur ou le supérieur hiérarchique dont il dépend, ne constitue pas une faute mais l'expression de sa liberté d'appréciation et de jugement face à une situation donnée[1459]. La loi reconnaît ainsi l'expression d'une certaine liberté de conscience aux salariés en les autorisant à opposer un refus d'obéissance légitime.

Cette liberté de conscience est même spécifiquement renforcée pour certaines catégories de salariés.

1452 Ancien art. L.120-2 du code du travail.

1453 Ancien art. L.122-45 du code du travail.

1454 Cass. Soc. 13/02/96, Dr. soc. 1996 p 532, obs. A. Jeammaud.

1455 V.infra Titre II, Chapitre II, Section 1 .

1456 Cass. Soc. 04/03/2003, Liais. Soc. 07/04/2003 jp n° 810.

1457 V. notamment les articles L.1153 et suiv. (anciens art.L. 122-46 et suiv. sur le harcèlement sexuel) et L.1152-1 et suiv. (anciens art. L. 122-49 et suiv. sur le harcèlement moral) du code du travail.

1458 Cass.Crim. 08/01/91, RJS 3 /91 n° 321.

1459 Cass. Soc 14/10/97, RJS 11/97 n° 1200.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

B. La liberté de conscience

578 Dans certains emplois ou professions, la subordination classique du salarié n'apparaît pas a priori de nature à entraver la liberté de conscience et le respect de règles qualifiées de *«déontologiques ».* Les travailleurs bénéficient alors d'un domaine réservé dans lequel l'employeur ou le chef d'entreprise ne peut normalement s'immiscer, soit pour des raisons tenant à l'extrême technicité du travail à accomplir soit pour des raisons morales et de conscience[1460]. Dans de telles situations, les facultés d'appréciation et d'évaluation du salarié, l'éthique et la conscience professionnelles priment sur la subordination et la manifestation pure du pouvoir de direction de l'employeur.

579 Le concept de « conscience » n'est certes pas aisé à cerner. « Propre à chaque esprit humain, secrètement forgée au fil du temps, laconscienceest unenotion floue,évolutive et variable par nature» [1461].Au demeurant, la jurisprudence en la matière est rare et c'est généralement le législateur qui s'est chargé de déterminer les espaces de la liberté de conscience dans les relations de travail.

Ainsi, le pouvoir de direction ne saurait empiéter sur le domaine technique et moral du thérapeute. Le médecin salarié ou le médecin du travail demeure donc seul juge de ses choix conformément aux règles déontologiques du métier[1462] . L'avocat salarié bénéficie également dans l'exercice des missions qui lui sont confiées de l'indépendance qu'implique son serment [1463] et peut légitimement refuser une mission contraire à sa conscience.Il semble toutefois que le refus du salarié d'exécuter une décision de l'employeur, en justifiant de raisons morales et de conscience, doit être étayé pour être légitimé, afin d'éviter l'effet d'insécurité juridique qui pourrait en résulter. Le notaire salarié est autorisé également à refuser de recevoir un acte ou d'accomplir une mission ordonnée par son employeur, lorsque cet acte ou cette mission lui parait contraire à sa conscience ou susceptible de porter atteinte à son indépendance[1464].

580 Cette dernière réserve n'est pas sans rappeler la clause de conscience des journalistes prévue à l'article L.7112-5 du code du travail [1465]. Une telle clause leur permet de s'opposer à des directives de l'employeur qui démontreraient un changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal, créant une situation de nature à porter atteinte à leur honneur, à leur réputation ou à leurs intérêts moraux. La portée de la clause de conscience des journalistes est quelque peu particulière puisqu'elle ouvre la faculté de prendre l'initiative de la rupture du contrat tout en bénéficiant d'une indemnité de résiliation, à tout le moins s'ils prouvent le changement d'orientation contraire aux intérêts qui avaient prévalu à leur embauche[1466].

[1460] M. Despax, *« L'évolution du rapport de subordination »,* Dr.Soc. 1982 p 11 et suiv.

[1461] VF. Taquet, *«La clause de conscience chez l'avocat salarié »,* JCP 1994 E I 350.

[1462] D. 28/06/79 art 9 .

[1463] Lois du 31/12/71 et 31/12/90 portant réforme des professions judiciaires et juridiques, D. du 27/11/91.

[1464] Loi du 31/12/90 art 45.

[1465] Ancien art.L. 761-7 du code du travail.

[1466] A cet égard, le juge a précisé qu'aucun délai n'est ici opposable au journaliste (Cass.Soc. 30/11/2004, Jurisclasseur, revue mensuelle février 2005, Com. n° 38 p 15).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Il est évident quetoutes ces situations, au demeurant limitées, ménagent aux salariés concernés un espace de liberté qui leur permet de résister voire de contester, dans certains cas, le pouvoir de direction de l'employeur.

La désobéissance légitime peut concerner potentiellement toutes les catégories de salariés lorsque la protection de la santé physique et morale de la personne au travail est plus spécifiquement concernée.

C. La protection de la santé physique et morale de la personne

581 On pense en particulier à l'ordre ou à la décision unilatérale de l'employeur, constitutif d'un danger pour un salarié donné et/ou pour les autres travailleurs. Le droit de retrait dont bénéficie le salarié au titre de l'article L.4131-1 du code du travail [1467]traduit ainsi clairement les limites du lien de subordination. En se retirant d'une situation présentant un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, le salarié refuse d'exécuter son travail. Son comportement n'en est pas moins légitime, le législateur ayant fait de la protection de la personne du salarié un intérêt majeur qui dépasse celui de l'entreprise, tel que peut l'invoquer l'employeur. L'ordre de l'employeur ne peut donc empêcher la mise en œuvre de ce droit qui renvoie, en vérité, à un devoir de protection de chaque salarié dans l'exécution de son travail[1468].

Ce devoir va même au-delà de la considération de la personne du travailleur exécutant un travail commandé par l'employeur, il s'étend aux autres personnes présentes dans l'entreprise. L'article L.4122-1 du code du travail[1469] met aussi à la charge de tout salarié une obligation de prendre soin de la sécurité et de la santé des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail.L'article précisant que cette obligation s'accomplit conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur ou le chef d'établissement, il en résulte que le salarié est apte à refuser un ordre de l'employeur qui porterait atteinte au principe de cette obligation de sécurité.

582 De tels droits individuels propres au salarié, s'ils constituent des limites avérées à sa soumission, participent d'un mouvement plus large d'émancipation de la volonté du salarié dont les caractéristiques et les enjeux seront examinées ultérieurement [1470]. On soulignera simplement ici que le droit renforce la capacité du salarié de s'opposer, après délibération en son for interne, à un ordre dangereux, donc illégitime en soi. D'autant plus illégitime que l'obligation de sécurité à la charge de l'employeur est, comme le rappelle de façon constante la Cour de Cassation depuis 2002,[1471] une obligation de résultat née du contrat de travail.

Conclusion du Chapitre 1 :

583 Si l'obéissance est la marque de la soumission, celle-ci est moins absolue qu'il n'y paraît au premier abord. En effet, il existe des conditions d'exigibilité de l'obéissance à travers lesquelles sont instituées des limites à la soumission. L'obéissance n'interdit ni l'expression

1467 Ancien art.L.231-8 al 1 et 2 du code du travail.

1468 Le droit d'alerte et de retrait sera examiné plus avant au Titre II, Chapitre I, Section 1 §1.

1469 Ancien art. L. 230-3 du code du travail

1470 V.infra Titre II, Chapitre I, Section 1, § 1 .

1471 Cass.Soc.28/02/2002, Bull.civ.V n°81.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de la volonté contractuelle du salarié ni le respect des droits et libertés de la personne. Il ne peut y avoir de relation de pouvoir sans limites à la soumission.

Cependant, la volonté du salarié, en tant que capacité de décider ou d'agir, d'accepter ou refuser, n'est pas, directement et immédiatement, saisissable sur le terrain du pouvoir de l'employeur. Celui-ci forme un barrage à l'expression de la volonté. Dès lors, l'une des réactions du droit est d'apposer des bornes propres au pouvoir de l'employeur, c'est à dire qu'il met en place des mécanismes correcteurs visant à atténuer la prégnance du pouvoir.

Chapitre II : Les mécanismes correcteurs de la prégnance du pouvoir

584 Comment les manifestations du pouvoir de l'employeur sont-elles accueillies et réglementées par le droit ? Quelles limites leur impose-t-il à l'égard des salariés qui y sont assujettis? Autant de questions centrales qui permettent de mesurer le degré d'autonomie ou de sujétion que l'ordre juridique accorde à la volonté du salarié sur le territoire d'exercice du pouvoir. L'analyse démontre que le droit du travail n'est pas resté sans réponse. En reconnaissant un pouvoir juridique à l'employeur, il l'a derechef limité tout en mettant en place des mécanismes correcteurs, si ce n'est des contre-pouvoirs destinés à lui résister.

Le premier axe correcteur est interne aux manifestations de pouvoir. Il suffit, par exemple, d'analyser le régime juridique de la décision unilatérale de l'employeur, manifestation privilégiée du pouvoir juridique dont il dispose, pour observer combien celle-ci est encadrée. Ce constat est observable qu'il s'agisse de l'élaboration de la mesure unilatérale ou bien de son contrôle a posteriori.

Parce que l'assujetti au pouvoir ne peut ni consentir, ni participer à l'élaboration de la décision qui lui est opposable, des exigences spécifiques s'imposent à l'employeur. Des procédures précises, des formalités diverses doivent être respectées par ce dernier, qui constituent de véritables conditions de validité ou encore de légitimité de la décision unilatérale. Dès lors, ce schéma procédural, préalable à l'élaboration de la décision ou de la mesure, pourrait servir à la fois de garantie d'acceptabilité de la mesure et de substitut de la volonté du salarié (Section 1).

Le second axe correcteur est externe aux manifestations de pouvoir. Il s'articule autour de mécanismes de contre-pouvoirs collectifs instaurés par le droit du travail au cours de son histoire. Nous avons déjà évoqué la place prépondérante du collectif dans l'encadrement normatif de la volonté individuelle du salarié dans le contrat de travail[1472]. A ce stade de l'étude, il s'agira d'évaluer les capacités d'action du salarié face au pouvoir de l'employeur, par le biais ou l'intermédiaire de mécanismes collectifs instaurés par le droit, tels que les représentants du personnel et les délégués syndicaux. Ces mécanismes collectifs font figure de soutien de la volonté individuelle (Section 2).

Section 1 : Le respect des règles procédurales, substituts de la volonté du salarié ?

585 *« La procédure est au pouvoir ce que l'accord de volonté est au contrat »* [1473]. A telle enseigne, précise l'auteur de cette appréciation, que les règles de procédure sont susceptibles de retentir sur la validité même de la décision unilatérale en cause. Elles

[1472] V. supra Partie I, Titre 1, Chapitre I, Section 1, §2 .

[1473] P. Lokiec, thèse préc. *« Contrat et pouvoir »*.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

ne sont donc pas de simples conditions de forme, comme l'utilisation courante du terme procédure pourrait d'emblée le laisser penser.

Il convient de s'arrêter précisément sur les différentes significations que recouvre ce terme. Techniquement, la procédure a un sens bien connu, lorsqu'elle est envisagée en rapport avec un procès, un litige ; elle renvoie aux actes de procédures, c'est à dire aux actes dont les effets se font ressentir sur le déroulement de l'instance[1474]. Mais elle contient aussi d'autres occurrences. Elle peut recouvrer alors *« les règles qui gouvernent la production et ainsi, l'accès à la vie juridique d'un acte (au sens de negotium) »*[1475], en particulier les actes unilatéraux. Ceci amène Madame E.Lafuma[1476], à soutenir qu'il existe une affiliation entre la procédure et l'exercice d'un pouvoir, celle-ci étant alors définie comme un ensemble de règles destinées à organiser l'élaboration d'une décision. C'est ce sens précis que nous retiendrons ici.

En outre, la notion de procédure doit être distinguée, ce qui n'est pas toujours le cas, du formalisme ou des formalités. Sont généralement considérées comme des manifestations du formalisme, l'ensemble des démarches qui s'ajoutent à l'expression de la volonté et conditionnent son efficacité[1477]. Or, précisément, si le formalisme soutient la manifestation de la volonté contractuelle, jusqu'à parfois même s'imbriquer avec elle, la procédure relève ici d'une autre logique : celle de la légitimation de l'acte unilatéral du pouvoir. Elle apparaît comme un ensemble de règles qui organisent et encadrent la prise de décision de l'employeur. La procédure circonscrit ainsi le domaine d'exercice du pouvoir en imposant à son détenteur l'exécution préalable d'un certain nombre d'actions.

586 On observe que les règles de procédure sont de nature différente selon la finalité de la décision ou de l'acte unilatéral de l'employeur. Lorsque la mesure envisagée par l'employeur concerne potentiellement l'intérêt collectif de la communauté du personnel, la procédure est collective (§1). En revanche, si l'acte en cause touche l'intérêt individuel d'un salarié identifié, la procédure est alors individuelle (§2). Chacune de ces procédures n'est d'ailleurs pas exclusive de l'autre, puisqu'une décision envisagée par l'employeur peut avoir un impact à la fois sur l'ensemble de la collectivité de travail et sur chacun de ses membres pris individuellement. Dans ce cas, les procédures se succèdent en partant du collectif vers l'individuel[1478]. Au surplus, viennent se greffer à ces règles procédurales collectives et/ou individuelles, d'autres exigences de procédures répondant à un intérêt général, telles que l'autorisation préalable ou la communication des décisions aux autorités administratives compétentes.

On s'efforcera donc de mesurer l'impact de la pratique procédurale sur les manifestations du pouvoir de l'employeur, en particulier sa capacité réelle à servir de substitut de la volonté du salarié. Ce faisant, on recherchera si cette volonté, en principe absente du territoire du pouvoir, ne peut pas trouver, telle une source que l'on croyait tarie, des chemins détournés pour se manifester.

1474 X. Lagarde, *«Réflexions de civiliste sur la motivation et autres respects de la procédure de licenciement »,* Dr. Soc. 1998 p 890 et suiv.

1475 A. Lyon-Caen, D.1997 p 171 et suiv., spéc. p 175.

1476 E.Lafuma, thèse « *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail »* Préface A.Lyon-Caen. LGDJ 2008, notamment p 46 et suiv.

1477 V. notamment, supra Partie 1, Titre 1, Chapitre II,Section 1.

1478 Notamment en matière de licenciement économique (art.L.1233-8 et suiv. nouveaux du code du travail)

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

§ 1- La procédure collective

587 L'employeur est tenu de respecter une procédure collective dès lors que l'intérêt collectif des salariés est visé par la décision ou l'acte unilatéral qu'il entend mettre à exécution. Une telle procédure est essentiellement caractérisée par la consultation préalable et obligatoire des représentants du personnel. Elle repose donc fondamentalement sur l'introduction d'interlocuteurs extérieurs dans le processus d'exercice du pouvoir unilatéral, de contradicteurs désignés par la loi[1479] et protégés par leur statut d'ordre public. Ceux-ci émettent des avis ou des vœux qui créent une interaction avec le pouvoir de l'employeur[1480]. Cependant, cette procédure collective de consultation ne remet pas en cause l'unilatéralisme de la décision ni n'oblige l'employeur à suivre l'avis émis à cette occasion.

588 Parmi les nombreuses situations où l'exercice du pouvoir de l'employeur impose une consultation préalable et obligatoire des représentants du personnel, on retiendra pour illustration, celle prescrite lors de l'élaboration du règlement intérieur. Ce choix est apparu doublement pertinent. D'abord, parce qu'il impose une procédure purement collective, ensuite parce qu'il se situe dans le prolongement de la première partie de cette recherche concernant le consentement du salarié à la formation du contrat de travail[1481]. Le règlement intérieur, acte réglementaire de droit privé, s'impose par effet de la loi à tous les salariés de l'entreprise, dès l'instant où ils entrent dans la collectivité de travail[1482]. Il ne requiert aucune acceptation individuelle des salariés qui y sont assujettis en tant que travailleurs subordonnés formant la collectivité de travail.

Pour autant, la mise en œuvre de cet acte de réglementation à destination collective n'est pas laissée à la seule discrétion de l'employeur et s'inscrit dans le cadre d'une procédure collective composée de plusieurs étapes. Le chaînon fort est indubitablement formé par la consultation préalable et obligatoire des représentants élus du personnel (A). Celle-ci est par ailleurs doublée d'une information collective de l'ensemble des assujettis (B), à laquelle s'ajoutent des obligations de communication à l'autorité administrative compétente et des formalités spécifiques (C).

Quelle est leur finalité respective ? Peut-on déceler dans cette procédure strictement collective une recherche d'équipollence aux volontés individuelles des salariés ?

A. La consultation collective préalable et obligatoire

589 On sait que le règlement intérieur est un acte unilatéral de l'employeur à destination collective, c'est à dire un acte intéressant l'ensemble des travailleurs constituant la collectivité de travail. La destination collective de l'acte, même si elle ne remet pas en cause son caractère unilatéral, affecte son mode d'élaboration, en imposant à l'employeur de respecter une procédure collective. A cet effet, l'article L.1321-4 du code du travail[1483] oblige

1479 Ainsi, *« Les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation du Comité d'entreprise… »* (art.L.2323-2 du code du travail, ancien art.L.431-5 al.1).

1480 *« Dans l'exercice de ses attributions consultatives, définies aux art.L.2323-6 à L.2323-60, le comité d'entreprise émet des avis et vœux. L'employeur rend compte en la motivant, de la suite donnée à ces avis et vœux »* (art.L.2323-2 du code du travail, ancien art.L.432-10).

1481 V. supra Partie II, Titre I, Chapitre préliminaire, Section 2 §1B .

1482 Mais il s'impose aussi, comme nous l'avons vu, à l'employeur lui-même.

1483 Ancien art.L.122-36 du code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

l'employeur à recueillir, préalablement à l'entrée en vigueur du règlement intérieur, l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut des délégués du personnel, et l'avis du comité d'hygiène et de sécurité pour les matières qui relèvent de sa compétence. Il s'agira donc de recueillir l'avis préalable de ceux qui représentent collectivement les salariés face à l'employeur. Quel sens donner à cette exigence ?

590 La procédure de consultation collective paraît s'inscrire dans une recherche globale d'objectivation de l'acte ou de la décision de l'employeur. Concernant le règlement intérieur, l'employeur ne peut imposer son application à l'ensemble de la collectivité de travail, sans expliquer au préalable sa démarche et le contenu de l'acte auprès des représentants élus du personnel. La question du caractère préalable de la consultation est donc essentielle pour n'être pas une vaine formalité. Du reste, il est souvent admis que la notion même de consultation implique une antériorité à la prise de décision et a fortiori, à son exécution. Le temps de la consultation ne peut, en effet, se comprendre que comme celui de la réversibilité du projet de l'employeur[1484], précisément parce que consulter, c'est engager une discussion, un échange de vues avec les représentants des travailleurs, susceptibles d'influer sur la décision ou l'acte unilatéral envisagé.

591 La consultation collective produit ainsi une mise en relation de points de vue différents, engage la contradiction en introduisant des interlocuteurs extérieurs à l'exercice du pouvoir unilatéral. En ce sens, elle tend à écarter les risques de pouvoir discrétionnaire et insuffle du raisonnable dans l'acte ainsi débattu. Notons, toutefois, que la procédure de consultation collective suit un mouvement circulaire puisqu'elle est initiée par l'employeur et finalisée par ce dernier. L'employeur demeure libre de tenir compte ou non de l'avis formulé par les représentants du personnel. L'acte unilatéral soumis à consultation des représentants du personnel ne change pas de qualification juridique, il reste une manifestation du pouvoir réglementaire de l'employeur, en dépit des discussions et vote. La consultation des représentants du personnel n'a pas pour objet d'obtenir l'accord ou l'acceptation de l'acte en cause.

592 Peut-on alors soutenir que la procédure de consultation collective constitue une mesure d'équivalence, posée par le législateur, entre l'expression de la volonté individuelle de chaque salarié et l'avis collectif des représentants du personnel ? Un rapport d'équipollence existe certainement entre ces deux manifestations, résultant du régime même de la représentation élective. D'abord parce que les représentants du personnel sont élus par la collectivité des travailleurs qui les ont choisis. Ensuite parce que la consultation collective procède de l'idée d'une participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs délégués.

Cependant, plus qu'une équipollence entre consultation collective et acceptation individuelle des salariés, cette procédure sert essentiellement de légitimation de l'acte unilatéral de l'employeur. La consultation collective consacre, en quelque sorte, la légitimité de la décision de l'employeur et, s'agissant d'un acte unilatéral à destination collective qui concerne l'ensemble de la collectivité des travailleurs subordonnés, elle en garantit, en conséquence, l'acceptabilité par chaque membre de cette collectivité. Car la consultation n'est pas seulement préalable à la prise d'effet de l'acte : l'employeur est contraint, sous peine de nullité, à respecter cette étape de confrontation et de participation au processus décisionnel. Il ne s'agit donc pas d'une simple formalité, mais d'une condition substantielle

[1484] E. Lafuma, thèse préc. *« Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail »,* p 45 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de la procédure, dont l'absence entache la validité même de l'acte[1485].Les juges rappellent ainsi que la consultation représente une « *formalité substantielle protectrice de l'intérêt des salariés* »[1486].

Les caractères préalable et obligatoire de la consultation des représentants du personnel fournissent indéniablement une garantie de ce qui peut être légitimement et raisonnablement opposable à chaque salarié appartenant à la collectivité de travail, en l'absence de son consentement individuel.

B. L'information collective des salariés

593 Outre les formalités de dépôt, la publicité du règlement intérieur est assurée par voie d'affichage. Il s'agit là de la seule formalité exigée en matière de publicité. Selon les textes en vigueur, le règlement intérieur doit être régulièrement affiché et de manière accessible aux travailleurs[1487].L'affichage a donc pour but essentiel de favoriser l'information collective et donc la connaissance de tous les salariés, membres de la collectivité du travail, qui y sont assujettis. L'affichage est un mode collectif d'information, de prise de connaissance de ce qui est annoncé à la collectivité et qui la concerne dans sa globalité. On le différentie généralement de la notification qui intéresse une décision ou une mesure à caractère individuel.

Mais l'affichage n'est pas seulement un moyen de connaître l'existence et le contenu de l'acte, il a pour effet de rendre le règlement intérieur opposable aux salariés concernés. En conséquence, celui-ci s'impose à eux dès lors que les formalités de publicité ont été effectuées et après l'expiration du délai d'un mois prévu à l'article L.1321-4 du code du travail. Un défaut d'affichage de l'acte le rendrait inopposable aux salariés, sauf si l'employeur peut prouver que ceux-ci en ont eu connaissance. En outre, le non-respect de l'obligation d'affichage est susceptible de sanctions pénales à l'encontre de l'employeur.

594 Il faut souligner ici que l'information collective ne joue pas le rôle de protection de l'intégrité du consentement du salarié, comme en matière contractuelle, mais a plutôt pour objet de prévenir, de renseigner les salariés sur un acte unilatéral qui leur est opposable. Le caractère collectif de l'information n'entre pas dans la logique du contrat mais dans celle du pouvoir. L'information collective ne sert donc pas à éclairer le consentement du cocontractant dans ses engagements mais à instruire les travailleurs des dispositions relatives aux conditions de travail et à la discipline, prises par l'employeur, et qui s'imposent à eux.

C. Les obligations de communication

595 Concomitamment aux formalités de dépôt et de publicité, le règlement intérieur accompagné de l'avis des représentants du personnel doit être communiqué à l'inspecteur du travail. Cette communication relève d'un objectif que l'on peut qualifier de protection de l'intérêt général par un tiers habilité. En effet, elle permet à l'inspecteur du travail d'exercer

[1485] Indépendamment de toute mise en jeu des sanctions pénales prévues à l'article R.1323-1 du code du travail (ancien art.R.152-4) ou du délit d'entrave aux fonctions des représentants du personnel. Rappelons que la consultation collective préalable est obligatoire, que ce soit lors de la première élaboration de l'acte, mais également en cas de modification ou de retrait de clauses, ou d'élaboration de notes complémentaires portant prescriptions générales et permanentes sur les matières du règlement intérieur.

[1486] Cass.Soc. 04/06/1969, Bull.civ.V n°367, Dr. Soc. 1969, p 515, obs.J.Savatier.

[1487] Dans les lieux où le travail est effectué, ainsi que dans les locaux et à la porte où se fait l'embauche (art.R.1321-1 du code du travail, ancien art. R.122-12).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

un contrôle de la légalité de l'acte, de faire connaître ses observations, sachant qu'il peut à tout moment exiger le retrait ou la modification des dispositions du règlement intérieur non conformes aux dispositions légales. Il transmet sa décision non seulement à l'employeur bien sûr mais aussi, pour information, aux représentants du personnel. On constate donc ici un prolongement des effets de la procédure de consultation collective.

596 Toutefois, la communication du règlement intérieur à l'autorité administrative compétente ne semble pas constituer une formalité substantielle ni une condition de validité de l'acte lui-même dont le non - respect le rendrait inopposable. En effet, les juges ont eu l'occasion de considérer que la carence de l'employeur, caractérisée par la non-communication du règlement intérieur à l'inspecteur du travail, n'empêchait pas les salariés de se prévaloir d'une disposition du règlement intérieur[1488]. Cette position paraît être fondée sur l'idée de nécessaire protection des salariés en cause lesquels invoquaient l'application du règlement intérieur en leur faveur. Prévaut ici l'intérêt de la collectivité du personnel.

Au demeurant, la solution ne résout pas entièrement la question de savoir si le défaut de communication du règlement intérieur à l'inspecteur du travail le rend inopposable aux salariés. Si on admet que la communication de l'acte à l'inspecteur du travail sert à assurer le contrôle de sa régularité, au nom de l'intérêt général que celui-ci représente et défend, la non- communication du règlement intérieur devrait constituer, tout comme la consultation collective des représentants du personnel, le non- respect d'une formalité substantielle. Si en revanche, on considère que la validité du règlement intérieur repose essentiellement sur le respect de l'obligation de consultation collective, source d'acceptabilité et de légitimité de l'acte, peu importerait alors l'accomplissement ou non d'une simple formalité de communication à l'inspecteur du travail. Une telle position amoindrirait cependant le rôle confié à l'inspecteur du travail au regard du respect de l'intérêt général.

597 Le législateur entend, semble-t-il, enraciner la procédure collective sur la consultation préalable et obligatoire des représentants du personnel, censés défendre les intérêts des salariés qui les ont élus. Celle-ci contribue à modérer l'unilatéralisme de l'employeur et à tempérer la soumission des membres de la collectivité destinataire au pouvoir de l'employeur. Sans qu'on puisse affirmer véritablement une équivalence de valeur entre l'avis collectif sollicité des représentants et les manifestations individuelles de volonté des salariés (non recueillies), la consultation collective assure essentiellement une garantie de légitimité de l'acte unilatéral, une reconnaissance de sa prétention légitime à s'appliquer à la collectivité. Elle garantit un examen critique et pertinent de l'acte unilatéral que le salarié, faute de sollicitation de son consentement, n'est pas en mesure d'exercer par lui-même.

La procédure prend une autre nature lorsqu'il s'agit d'un acte ou d'une décision de l'employeur à destination individuelle, c'est à dire concernant un salarié en propre.

§ 2- La procédure individuelle

598 Lorsqu'une décision ou un acte unilatéral de l'employeur touche l'intérêt individuel d'un salarié identifié, la procédure imposée par le législateur est logiquement de nature individuelle.L'étude portera ici sur le prononcé d'unesanction disciplinaire à laquelle le salarié en cause ne peut que se plier, excepté s'il est en mesure d'invoquer une modification de son contrat de travail. La décision de sanctionner ne peut être prise toutefois par l'employeur que dans le cadre d'une procédure légale qu'il doit strictement respecter[1489].

[1488] Cass.Soc. 28/03/2000 . Bull .civ. V n°136, D.2000, IR. 121.

[1489] Sous réserve des sanctions mineures .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Dans cette hypothèse, la procédure apparaît clairement destinée à protéger le salarié face à un processus décisionnel qui s'exerce sans recourir à son consentement. Peut-on qualifier cette procédure individuelle disciplinaire de substitut du consentement du salarié qui atténuerait l'absence de recours à la volonté de ce dernier et tendrait à modérer l'unilatéralisme propre au pouvoir ? S'agit-il simplement d'une technique juridique permettant d'éprouver la rationalité de l'action et de la décision de l'employeur ? Pour répondre à ces questions, on prendra appui sur les deux pivots de la procédure disciplinaire : l'entretien individuel préalable à la prise de décision (A) et la motivation, rendant compte de la décision effective prise par l'employeur (B).

A. L'entretien préalable

599 Une décision en vue de sanctionner un salarié, en tant qu'individu identifié, ne peut être prise qu'après un entretien préalable individuel qui permet à ce dernier, éventuellement assisté, de se défendre face aux reproches de l'employeur, voire de les contester.

Le principe de l'entretien préalable dans le cadre de la procédure disciplinaire est fixé par l'article L.1332-2 du code du travail[1490] pour toute sanction envisagée ayant une incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié[1491].

600 L'entretien préalable à une sanction disciplinaire fait-il écho au principe du contradictoire inhérent à tout procès équitable [1492] et creuset de la procédure civile ?Ce principe semble effectivement pouvoir être sollicité de façon pertinente, s'agissant d'assurer, dans le cadre d'un débat préalable à une mesure individuelle faisant grief, le respect des droits de la défense du destinataire de cette mesure. Plus encore, le principe du contradictoire semble même revêtir le caractère d'un droit fondamental fondé sur le respect de la dignité de celui qui est accusé. Souvenons-nous, à cet égard, de la controverse sur le contrat « nouvelles embauches » (CNE) qui a prévalu en son temps[1493]. Jugé contraire à la convention n°158 de l'OIT[1494] par la Cour d'Appel de Paris[1495], laquelle s'opposait ainsi

[1490] Ancien Art.L.122-41 du code du travail.

[1491] La procédure disciplinaire s'applique lorsque l'employeur met fin à la période d'essai, en invoquant un motif disciplinaire (Cass.Soc. 10/03/2005, Bull.civ.V n°80, Dr. Soc. 2004, p 733, note Dubertret). De même, la rupture d'un contrat à durée déterminée pour motif disciplinaire oblige l'employeur à convoquer le salarié à une entretien préalable. Cette exigence s'imposait aussi concernant les contrats « nouvelle embauche » (CNE), avant leur disparition de la scène juridique.

[1492] G.Flecheux, *« Le droit d'être entendu »*Etudes offertes à P . Bellet, Litec, 1991 p 149.

[1493] Instauré par l'ordonnance du 02/08/2005 (JO du 03/08/2005), le contrat « nouvelle embauche » (CNE) est aujourd'hui supprimé par la loi n°2008-596 sur la modernisation du marché du travail en date du 25 juin 2008 (JO du 26/06/08).

[1494] Aux termes de l'article 2 de la convention 158 de l'OIT, les exigences liées à un motif et à une procédure de licenciement peuvent être écartées pour les *« travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que celle-ci soit fixé d'avance et qu'elle soit raisonnable »*.Or, l'ordonnance de 2005 ne donnait aucune indication sur la nature du délai de deux ans pendant lesquels l'employeur pouvait rompre le contrat « nouvelle embauche » (CNE) sans motif ni procédure. Les circulaires ministérielles d'application précisaient même qu'il ne s'agissait pas d'une période d'essai mais d'une *« période spécifique dite de consolidation de l'emploi »*. Ce qui n'était pas une qualification juridique. La Cour d'appel de Paris a qualifié cette période de « période d'ancienneté » ayant pour seul objet d'ouvrir, à son terme, l'applicabilité de l'ensemble du code du travail au salarié.

[1495] CA de Paris, 18ème Ch, 6 juillet 2007 n° S 06/06992 (Liais. Soc. 10/07/2007). Le Tribunal des conflits ayant donné compétence au juge judiciaire (T.Confl. 19/03/2007, JCP S 2007, 1304) pour se prononcer sur la compatibilité au droit international de l'ordonnance du 2/08/2005 relative au CNE, la Cour d'appel de Paris a repris le cours de l'instance et confirmé le jugement du Conseil des Prud'hommes de Longjumeau du 28/04/2006 (précité).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

à une précédente décision du Conseil d'Etat[1496], le CNE a été envisagé comme « *une régression qui va à l'encontre des principes fondamentaux du droit du travail (et) prive les salariés des garanties d'exercice de leur droit au travail ».* Les deux premières années du CNE constituaient ainsi un délai « déraisonnable »[1497], qui confisquait aux salariés leur droit à la procédure et à la motivation de la rupture, sauf exceptions[1498]. La référence aux principes fondamentaux du droit du travail semble ici indiscutablement recouvrir les droits de la défense. Cette décision de la Cour d'Appel de Paris a d'ailleurs été approuvée par la Chambre sociale de la Cour de Cassation [1499].

601 Cependant, force est d'admettre que l'exigence d'un entretien préalable relève plus spécifiquement d'un droit d'explication et d'écoute que d'un « droit de plaider».Tel est son rôle et sa limite aussi. On notera du reste que l'article L.1332-2 alinéa 2 du nouveau code du travail emploie désormais le terme d'audition[1500]. L'entretien préalable est une audition, c'est donc un échange d'arguments en principe fait d'écoute réciproque. Le salarié entend ce que lui reproche l'employeur et celui-ci entend les explications du premier. L'audition ne va pas sans rappeler l'audience contentieuse, à la différence notoire qu'en matière de procédure interne à l'entreprise il n'est point de juge, point de triade[1501].

L'entretien préalable et obligatoire avant une sanction grave ou un licenciement, a donc pour objet de faire connaître au salarié le ou les motifs qui lui sont reprochés, de recueillir aussi ses observations et ses propres explications.Le salarié bénéficie, à cette occasion, d'une liberté d'expression qui, sauf abus de sa part, ne peut lui être reprochée par l'employeur[1502].Parce qu'il s'agit d'une audition, l'entretien exige que l'employeur prenne le temps de l'écoute et de la réflexion, avant de décider d'une mesure de sanction, en particulier d'un licenciement.Au demeurant, l'entretien doit être strictement individuel, puisque la décision qui sera prise aura elle-même une portée individuelle. Le salarié ne peut donc être entendu en présence de collègues également fautifs, même si les faits qui leur sont reprochés sont identiques[1503].En clair, il doit être mis en mesure et en condition d'assurer sa défense. Il doit pouvoir retrouver par là-même une certaine faculté, non de détermination puisque la décision finale de sanctionner ne lui appartient pas, mais de paroles et d'expression. D'ailleurs, l'existence d'un délai de réflexion impératif entre la tenue de l'entretien préalable et la notification de la décision suggère une prise en compte des faits et arguments avancés par le salarié au cours de cet entretien.

602 On peut cependant éprouver quelque doute sur cette « saine explication » entre l'employeur et le salarié, en particulier lorsque l'entretien préalable est effectué en vue d'une

1496 Décision CE du 19/10/2005. JCP E 2005, 1652 note P.Morvan, JCP S 2005,1317 note R.Vatinet, D.2006 p 629, note G.Borenfreund.

1497 Pour une critique de l'appréciation « autonomiste » de la durée déraisonnable en droit français, voir notamment note P.Morvan, JCP S 2007, 1525.

1498 Notamment en matière disciplinaire (art. L.122-40 et suiv. du code du travail) .

1499 Cass.Soc. 01/07/2008, Liais. Soc. 09/07/2008, bref social n°15 155.

1500 *« Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise »* au lieu de *« Au cours de l'entretien*,…. » de l'article L.122-41 ancien.

1501 E.Lafuma, thèse préc*. « Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail »,* p 46

1502 Cass.Soc.15/05/1991, D. 1992, somm.290, obs.A.Lyon-Caen.

1503 Cass. Soc. 23/04/2003 préc.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

mesure delicenciement. En effet, si on estime le plus souvent que la procédure disciplinaire est instituée en vue de garantir les droits de la défense, force est de constater que ceux-ci s'exercent en méconnaissance du principe, pourtant fondamental, selon lequel on ne saurait être juge et partie, ce qui est pourtant la situation spécifique de l'employeur. *« Devant une autorité, on ne plaide pas, on demande grâce »* [1504] .

Par ailleurs, peut-on réellement considérer que chacune des parties est en mesure, à égalité de chance, de défendre sa cause et justifier sa position ? Certes, le salarié a la faculté de se faire assister par un membre du personnel (le recours à la collectivité du personnel) ou un conseiller extérieur (le recours à l'expérience), ce qui ne doit pas être sous -estimé. Pour autant, l'entretien, comme la consultation, débouche sur un échange de vues qui ne lie aucunement l'employeur lequel reste au final seul décideur.

En outre, le non-respect de l'entretien préalable à la mesure de sanction peut-il entraîner la paralysie de la décision ? La loi érige la procédure en condition substantielle d'autant qu'elle prévoit l'annulation possible des mesures irrégulières[1505]. Il s'agit toutefois d'une faculté pour les juges saisis a posteriori. L'annulation d'une sanction pour absence d'entretien préalable empêchera alors l'employeur de prendre une autre sanction, dans la mesure où le délai de prescription de deux mois est expiré[1506]. Et, lorsque la décision porte sur une mesure de licenciement, seule l'hypothèse où la rupture est justifiée permet de sanctionner l'irrégularité de procédure, en ordonnant l'obligation pour l'employeur d'accomplir la procédure[1507] et en accordant au salarié une indemnité[1508].

603 En définitive, si l'entretien préalable à la sanction constitue un moyen juridique pour le salarié, en tant qu'individu digne de respect ou du moins d'attention, de connaître ce qui lui est reproché et d'assurer sa défense présente et future, il ne peut être envisagé comme un quelconque substitut de l'absence de consentement de l'assujetti à la décision de l'employeur. Ce qui reviendrait indirectement à faire légitimer par le salarié lui-même la contrainte qui lui est opposée. En revanche, l'entretien permet sans nul doute au salarié d'évaluer la réalité et la rationalité des motifs qui fondent l'action disciplinaire de l'employeur. A telle enseigne que les motifs invoqués à son encontre, lors de l'entretien, serviront de support à la motivation de la mesure disciplinaire qui lui sera notifiée. Une question s'impose alors. Quel est le rôle imparti à l'exigence de motivation de la mesure individuelle ?

B. La motivation de la décision

604 Dans le domaine contractuel, lorsqu'une manifestation de volonté se voit reconnaître des effets de droit, son expression n'a pas à être motivée. A l'opposé, la motivation constitue une exigence propre au pouvoir[1509]. S'agissant d'un acte unilatéral à destination

[1504] X. Lagarde, art. préc.*"Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement",* p 890 et suiv.

[1505] V. article L.1331-1 du code du travail (ancien article L.122-43).

[1506] Cass.Soc. 18/01/1995, n°90-42.087.

[1507] V. art. L.1235-2 du code du travail (ancien article L. 122-14-4 alinéa 1phrase 1). On notera aussi que la procédure de licenciement économique est nulle et de nul effet lorsque le plan de reclassement des salariés n'a pas été présenté par l'employeur aux représentants du personnel (article L.1235-10 du code du travail, ancien article L. 321-4-1al 2 et 11).

[1508] Selon l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise, cette indemnité pourra ne pas excéder un mois de salaire ou être calculée en fonction du préjudice subi.

[1509] M. Fabre-Magnan, *« L'obligation de motivation en droit des contrats »* - JGDJ 2001 p 306.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

individuelle, la décision de sanctionner doit être, après respect des délais de procédure imposés[1510], dûment motivée et notifiée au salarié concerné[1511]. Ce processus apparaît nécessairepour garantir une prise de décision réfléchie. Il permet, à l'instar de la consultation et de l'information, d'atténuer l'unilatéralisme inhérent au pouvoir et ainsi de donner au destinataire de la décision, accès aux motifs de cette dernière, sa contestation n'empêchant d'ailleurs pas son exécution. L'obligation de motivation est à la fois un frein et un contrepoids au pouvoir.

Frein au pouvoir, la motivation de la décision l'est sûrement par l'explication qu'elle impose et qui sert de preuve de l'existence d'un motif valable et vérifiable qui pèse sur l'employeur. En l'occurrence, il ne s'agit pas seulement pour l'employeur de lister les griefs reprochés au salarié, mais d'expliquer objectivement les raisons qui l'ont poussé à prendre telle ou telle sanction. Il faut donc une corrélation entre les faits fautifs du salarié, leurs conséquences sur le rapport d'emploi ou plus généralement le service ou l'entreprise et le choix de la sanction par l'employeur.

Contrepoids au pouvoir,la motivation apparaît comme un prolongement du principe du contradictoire. L'énoncé préalable des motifs permet de faciliter leur contrôle par les juges. *« La lettre de licenciement fixe les limites du litige »,* affirme périodiquement la Haute Juridiction. La motivation permet donc de respecter les droits de la défense du salarié, informé en temps utile, des griefs qui lui sont reprochés. Elle apparaît comme une garantie pré- contentieuse[1512].

605 Mais plus encore, l'exigence de motivation de la sanction est un élément-clé de l'exercice régulier du pouvoir disciplinaire de l'employeur qui rend la décision légitime, c'est à dire conforme à ce qui est prescrit par le droit. L'auteur de la décision doit expliquer les raisons et les causes qui l'y ont déterminé. La motivation assure alors du caractère rationnel et non arbitraire de la décision prise. Dès lors, elle participe à l'acceptabilité de son contenu par le destinataire, et ce, indépendamment de tout contentieux éventuel.. En ce sens, la motivation de la décision contribue non pas à remplacer l'absence de recours au consentement du salarié mais à la compenser en renseignant sur les motifs d'une décision qui s'impose à ce dernier. La motivation serait alors pensée comme *« la contrepartie logique dans un Etat de droit du privilège du préalable* »[1513].

606 On note, par ailleurs, que l'exigence de motivation de la décision se retrouve même lorsque le salarié, conformément à la jurisprudence Hôtel Le Berry[1514], est amené à accepter ou refuser une sanction prise en la forme d'une modification du contrat de travail. Dans cette hypothèse, la motivation sert de cause à l'offre de proposition de modification contractuelle soumise au salarié cocontractant. La motivation n'est donc pas substitutive à l'absence de consentement du salarié puisque, précisément, le salarié doit donner ici son accord ou non à la modification prononcée à titre de sanction disciplinaire. En conséquence, la motivation apparaît essentiellement comme une condition de légitimation de la mesure

[1510] Délais de procédure tel le délai de notification de la sanction (article L.1332-2 al.4 du code du travail, ancien article L. 122-41 al2) .Délais de prescription des faits fautifs (articleL.1332-4 du code du travail, ancien article L.122-44 al.1).

[1511] Art. L.1332-1 du code du travail (ancien art. L. 122-41 al. 1).

[1512] E.Lafuma, thèse préc. *« Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail »,*p 89 et suiv.

[1513] E.Lafuma, thèse préc. *« Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail »,* par référence à M-A Frison-Roche, p 93.

[1514] Arrêt préc.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

unilatérale. Ainsi, l'absence ou l'insuffisance de motivation rend-t-elle le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il ne s'agit donc pas d'une irrégularité de procédure susceptible d'entraîner l'annulation de la décision[1515], mais d'une irrégularité de fond ouvrant sur une compensation à caractère indemnitaire. Ni procédure, ni formalité, la motivation pourrait, dans cette hypothèse, être considérée comme un droit subjectif du salarié.

607 En définitive, les procédures collective et individuelle imposées à l'employeur ne constituent nullement une entrave à l'unilatéralisme inhérent au pouvoir mais elles traduisent un encadrement de la prise de décision, une logique d'équilibre en vue de modérer l'exercice du pouvoir. La volonté du salarié ne se trouve pas plus sollicitée, ni plus présente, par la mise en œuvre de ces procédures. Qui plus est, celles-ci ne semblent pas pouvoir assurer une équivalence aux consentements individuels des salariés. Toutefois, ces procédures permettent d'évaluer la régularité de la décision de l'employeur ; elles lui insufflent du raisonnable, en assurant une objectivation des manifestations de pouvoir. Elles incarnent ainsi une recherche de légitimation, plus que d'acceptation.

Aux côtés des solutions classiques visant à encadrer le pouvoir de l'employeur ou à protéger le salarié, le législateur s'est aussi largement appuyé sur la dimension collective des rapports de travail, dans un but de rééquilibrage des forces en présence et de soutien de la volonté individuelle des salariés.

Section 2 : Les mécanismes collectifs, soutien de la volonté individuelle

608 Placé dans un rapport hiérarchique d'obéissance, lesalarié se trouve dans une situation défavorable pour s'opposer au pouvoir de l'employeur et défendre seul ses intérêts. Au demeurant, il fait partie d'une collectivité de travailleurs qui partagent des intérêts communs justifiant la recherche d'une unité et d'une cohérence internes. Ainsi, le droit du travail a-t-il adopté une démarche de régulation fondée sur la notion de collectif, grâce à l'idée de représentation. Il a donc opéré une reconnaissance d'acteurs organisationnels investis d'un pouvoir de représentation, dans le cadre d'une mission largement considérée : la défense, selon des moyens d'action divers, des intérêts de la collectivité des salariés saisie en tant que telle, et bénéficiant de droits, c'est à dire de capacités d'action collective. Il s'agit, selon le mot de G. Scelle, de *« transformer la lutte individuelle en équilibre collectif »* [1516].

On peut cependant légitimement s'interroger. N'existe-t-il pas un risque de voir les salariés s'effacer derrière leurs représentants ? Ce qui, loin de préserver la volonté individuelle du salarié, aurait au contraire pour effet de la diluer dans le collectif. En réalité *« la représentation des salariés ne peut se détacher entièrement, semble – t-il, du salarié comme sujet individuel, »* [1517] préservant ainsi la part d'expression de la volonté de chaque sujet. Ceci, nous le verrons,[1518] transparaît particulièrement à travers la reconnaissance de droits individuels d'exercice collectif.

[1515] En matière de licenciement , les irrégularités de forme sont nettement distinguées des irrégularités de fond et font l'objet de sanctions différentes. Le juge, selon les cas, peut imposer à l'employeur d'accomplir la procédure et accorder au salarié , à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire, ou selon le préjudice subi.

[1516] G.Scelle, *« Précis de législation industrielle »,* Sirey 1927 p 350.

[1517] G. Borenfreund , *«La représentation et l'idée de représentation »,* Dr. Soc. sept/oct 1991 p 685 et suiv.

[1518] V. infra Partie II, Titre III, Chapitre I.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

609 Mais, à ce stade de l'étude, c'est sur les mécanismes collectifs susceptibles de jouer un rôle de soutien de la volonté individuelle du salarié qu'il convient de porter l'attention. Autrement dit, il s'agira de rendre compte de la manière dont ces mécanismes peuvent venir en renfort de la volonté individuelle, et non pas de la manière dont cette dernière peut s'exprimer au sein du collectif. On examinera donc, tout d'abord, l'action syndicale de substitution. Ce dispositif légal autorise, en effet, un syndicat [1519] à exercer une action individuelle au lieu et place d'un salarié. Il conviendra de s'interroger sur la place assignée à la volonté du salarié dans ce mécanisme particulier (§1). En outre, le salarié peut recourir librement à la médiation des représentants élus du personnel, en particulier des délégués du personnel. Cette liberté d'initiative augure-t-elle une dépossession ou un renforcement de sa volonté dans l'action poursuivie (§2) ?

On le pressent, l'intérêt et la portée de ces mécanismes collectifs à l'égard de la prise en considération de la volonté du salarié dépendent largement des limites et des espaces que le droit leur concède.

§ 1- La place de la volonté du salarié dans l'action syndicale de substitution

610 La représentation syndicale comme la représentation élue postulent ensemble l'existence et la défense de l'intérêt collectif des travailleurs. Même si l'intérêt collectif ne peut être juridiquement réduit à la somme des intérêts individuels, chaque salarié n'en demeure pas moins un individu capable d'intention et de décision et porteur d'intérêts propres. *« Nouveau Janus, le salarié est donc porteur à la fois du siège de l'intérêt collectif et le porteur d'intérêts propres »* [1520]. En ce sens, la représentation des salariés ne peut négliger, au-delà du collectif, la défense et la garantie des droits individuels des salariés. L'action syndicale en justice pour la défense des intérêts individuels des salariés en fournit une illustration.

En effet, le syndicat est ainsi admis à exercer une action individuelle aux lieu et place d'un salarié, sans avoir besoin d'un mandat express de ce dernier[1521]. Or, le droit d'agir en justice constitue une liberté publique, il est un attribut de la liberté[1522]. Les conditions de mise en œuvre de l'action syndicale de substitution ne doivent donc pas avoir pour effet de déposséder le salarié de ce droit, sous prétexte d'en garantir l'effectivité. Il importe de s'en assurer en analysant le dispositif juridique en place. Force est d'admettre que de nouvelles garanties (B) ont été apportées aux conditions d'expression du consentement du salarié à l'action de substitution, mais des incertitudes perdurent tenant essentiellement à la rédaction et à la diversité des textes applicables (A).

A. Des incertitudes sur le rôle de la volonté

611 D'emblée, le droit de substitution accordé aux syndicats apparaît relever de l'idée de protection de la volonté du salarié, au surplus d'une volonté que l'on pourrait qualifier de

[1519] Il s'agit d'un syndicat représentatif dans l'entreprise. On peut se demander si la représentativité exigée doit être nécessairement effective (A. Supiot,*« La protection du droit d'agir en justice »,* Dr. Soc.1985 p 774 et suiv.) ou peut résulter de l'affiliation à un syndicat national représentatif . Si l'interprétation exégétique du texte est favorable à la première solution, l'extension de la notion de représentativité, que rien ne contredit expressément, penche en faveur de la seconde .

[1520] P. Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »,*p 326.

[1521] Cette action doit être différenciée de l'action collective de l'article L.2131-1 du code du travail (ancien article L.411-11) et de l'action du syndicat pour la défense de ses intérêts propres.

[1522] A.Supiot, art. préc. *« La protection du droit d'agir en justice »,* p 774 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

passive. En effet, l'objectif essentiel de ce dispositif tend à compenser l'inertie, la déficience d'initiative du salarié – supposées d'autant plus fortes que le travailleur se trouve dans un état de vulnérabilité ou d'isolement – en vue de défendre ses droits individuels face à l'employeur. Le droit de substitution s'exerce donc principalement pour le compte de salariés en situation de vulnérabilité, engendrée soit par la précarité de leur emploi[1523], soit par le risque économique qui pèse sur eux[1524]ou encore par un contexte de pression physique, psychologique ou morale attentatoire aux droits individuels et libertés fondamentales[1525].

Censé protéger le salarié, l'exercice par les syndicats du droit de substitution ne risque-t-il pas *in fine* de priver le salarié du droit individuel d'agir en justice, selon sa propre volonté ?

Certains auteurs [1526] ont souligné le caractère *« antidémocratique »* du droit de substitution qui *« fait passer l'initiative du syndicat avant celle du salarié concerné »* et qui, de plus, est susceptiblede nuire à l'image des syndicats [1527].D'autres[1528] ont relevé les dangers d'une action individuelle des syndicats qui se ferait sans concertation préalable avec les bénéficiaires potentiels. Toutefois, le débat doit dépasser le jugement sur l'action syndicale de substitution pour se recentrer sur ses conditions d'exercice. En effet, l'objectif poursuivi à travers une telle action ne paraît pas devoir être mis en cause, car celui-ci contribue, à une plus grande effectivité des droits des salariés face au pouvoir de l'employeur. Par contre, les conditions d'exercice de l'action de substitution laissent manifestement à désirer, d'abord en raison de différences techniques regrettables *« dues uniquement aux hasards de la rédaction »* [1529] *,* mais surtout compte-tenu des insuffisances du contenu actuel des textes.

612 Les dispositions légales prévoient généralement que le salarié ne peut être engagé dans une action juridictionnelle contre sa volonté, voire à son insu. Pour ce faire, celui-ci doit donc être informé de l'action intentée en son nom. Le droit de substitution mis en place par le législateur garantit une obligation d'information préalable du salarié, dont la portée aurait été renforcée si le silence ne valait pas acceptation. Il est du reste d'autres cas où les

[1523] Comme les travailleurs étrangers (art. L.8255-1 remplaçant l'ancien article L.341-6-2 du code du travail), les travailleurs temporaires (art. L.1251-59 remplaçant l'ancien article L . 124-20 du code du travail), les salariés des groupements d'employeurs (art.L.1253-16 remplaçant l'ancien article L.127-6 du code du travail), les salariés sous contrat à durée déterminée (art. L.1247-1 remplaçant l'ancien article L. 122-3-16 du code du travail), les salariés victimes de marchandage (art. L.8233-1 remplaçant l'ancien article L. 125-3-1 du code du travail).

[1524] Tels les salariés faisant l'objet d'un licenciement économique (art.L. 1235-8 remplaçant l'ancien article L.321-15 du code du travail).

[1525] Sont visés les salariés victimes de discriminations sexuelles dans l'emploi (art.L.1144-2 remplaçant l'ancien article L. 123-6 du code du travail), de harcèlements ou d'abus d'autorité en matière sexuelle ou de harcèlement moral (art.L. 1154-2 remplaçant l'ancien article L.122-53 du code du travail issu de la loi du 17/01/2002).

[1526] M. Cohen, *« Le droit de substitution , cadeau empoisonné aux syndicats* », Dr. Soc. 1990 p 790 et suiv.

[1527] V. V. Cottereau qui considére que le droit de substitution serait l'organisation d'une « tutelle syndicale « sur le salarié (v. «*Une innovation : la tutelle syndicale instituée par le nouvel article L. 321-15 du code du travail»,* SSL 30/10/89)

[1528] H. Peschaud, *« Le droit de substitution et les garanties des salariés »,* Dr.Ouv. nov. 2000 p 478 et suiv. C. Roy-Loustaunau, *«L'action de substitution des syndicats en matière de requalification de contrat à durée déterminée ; l'information du salarié substitué »,* Dr. soc. mai 2000 p 516 et suiv.

[1529] L.Bore, *« La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires »,* LGDJ 1997, p 398.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

droits et la dignité de la personne sont concernés, dans lesquels la loi exige que le syndicat justifie d'un accord écrit du salarié.

De plus, l'obligation d'information préalable du salarié n'offre pas les mêmes garanties selon les situations visées. Le salarié doit normalement avoir été averti de l'intention du syndicat, c'est à dire simplement *« prévenu, mis au courant »* , il ne doit pas avoir déclaré s'y opposer et peut toujours intervenir dans l'instance engagée en son nom. Si le salarié ne se manifeste pas, son silence vaut acceptation implicite de la procédure. L'avertissement constitue, selon la Cour de cassation, une formalité substantielle,[1530] protectrice de la liberté du salarié.

613 Reste que les textes n'imposent pas tous le même formalisme ni même un contenu précis, créant ainsi une incertitude quant à la manifestation effective de volonté du salarié. Les formes de l'avertissement du salarié par le syndicat sont en principe libres,[1531] même si la Cour de cassation[1532]avait précisé en son temps qu'il fallait un avertissement *« sans équivoque »* des salariés concernés. Dans certains cas, la loi impose toutefois un écrit[1533]. Pour le salarié précaire[1534] ou licencié pour motif économique,[1535] il est exigé que le syndicat l'ait averti par lettre recommandée avec accusé de réception, le salarié disposant d'un délai de 15 jours pour faire connaître son opposition, son silence au-delà du délai imparti valant acceptation[1536]. Dans d'autres cas où les droits et la dignité de la personne du salarié sont concernés, en cas d'agissements constitutifs de harcèlement moral ou sexuel[1537], la loi exige en revanche que le syndicat justifie d'un accord écrit de l'intéressé, ce qui exclut que le silence du salarié vaille assentiment à l'action.

On observera encore que le contenu de l'avertissement défini par les textes n'est guère suffisant pour permettre au salarié de se forger une véritable opinion sur l'opportunité ou non de l'action de substitution. Cette incertitude dans la teneur de l'information s'avère en fait préjudiciable aux exigences d'une volonté claire et sérieuse du salarié de consentir à l'action. D'autant plus que si, par la suite, le salarié n'intervient pas personnellement à l'instance, son droit d'agir est en quelque sorte épuisé par l'action syndicale de substitution.

On le voit, cette action en justice d'un type particulier suscite des frustrations, spécialement en ce qui concerne les conditions d'expression de la volonté du salarié. Néanmoins, le dispositif a subi précisément sur ce point un certain nombre d'améliorations à l'initiative du Conseil Constitutionnel.

1530 V. Cass. Soc. 01/02/2000, Dr. soc. mai 2000 p 516 et suiv. ; Liais. Soc. 21/02/2000 jp n° 662. L'avertissement est une formalité substantielle, protectrice de la liberté du salarié de sorte que le syndicat ne peut présenter d'autres demandes que celles énoncées dans la lettre, sauf à faire l'objet d'une nouvelle lettre .

1531 A tout le moins au regard des articles L.8255-1 (ancien art. L. 341-6-2 relatif aux travailleurs étrangers) et L.1251-59 (ancien art. L.127-6 relatif aux salariés des groupements d'employeurs) du code du travail.

1532 Cass.soc. 17/12/80, Bull.civ. V n° 915.

1533 Comme en matière d'égalité professionnelle, sauf en cas de discrimination avérée.

1534 V. notamment le cas du salarié sous contrat à durée déterminée (art. L. 1247-1 du code du travail), ou du travailleurs temporaire (art. L.1251-59 du code du travail) ou du salarié victime de marchandage (art. L. 8233-1 du code du travail).

1535 V. art. L.1235-8 du code du travail .

1536 V. art. L .1247-1 du code du travail concernant les salariés sous contrat à durée déterminée *« …ne pas s'y être opposé dans un délai de 15 jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention »* .

1537 V. art. L.1154-2 du code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

B. De nouvelles garanties au bénéfice de la volonté

614 Il a fallu attendre une décision du Conseil Constitutionnel en date du 25 juillet 1989[1538], saisi à propos du droit de substitution se rapportant aux salariés faisant l'objet d'un licenciement économique, pour que des points d'amélioration soient perceptibles quant à la place accordée à la volonté du salarié dans l'action syndicale de substitution. Au cours de l'examen de la compatibilité de l'action syndicale de substitution avec les principes constitutionnels, le Conseil s'est efforcé de préciser et d'améliorer les garanties d'expression de la volonté du salarié.

Consolidant la liberté personnelle du salarié d'agir en justice qui, comme la liberté syndicale, a valeur constitutionnelle, le Conseil Constitutionnel exige tout d'abord que l'intéressé *« ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action ».* La liberté personnelle du salarié suppose que *« soient contenues dans la lettre adressée à l'intéressé toutes précisions utiles sur la nature et l'objet de l'action exercée ».* De plus, c'est au syndicat de prouver que le salarié a eu personnellement connaissance de la lettre comportant les mentions obligatoires, au plus tard le jour de l'introduction de l'instance. On constate donc que le Conseil Constitutionnel insiste sur le devoir d'une information préalable éclairée et sur l'assentiment effectif et non équivoque du salarié concerné.

615 Toutefois, la Chambre sociale de la Cour de cassation reste, semble-t-il, en retrait par rapport à cette exigence d'une volonté claire et sérieuse du salarié d'accepter l'action du syndicat. En effet, elle estime par exemple qu'il suffit que les salariés aient été correctement avisés dans les formes prévues, le jour de l'introduction de l'instance, dès lors qu'un délai de plus de quinze jours s'estécoulé entre la notification aux salariés et le jugement du Conseil des Prud'hommes[1539]. En l'espèce, les salariés conservaient toujours la possibilité de se rétracter, avant que la juridiction prud'homale ne se prononce. Cette lecture extensive, favorable à l'action des syndicats, a drainé de nombreuses réserves[1540]. Il est certain qu'elle n'est pas de nature à garantir pleinement la liberté personnelle du salarié et sa capacité de réaction et de décision. L'efficacité judiciaire de l'action syndicale, si elle est forcement à prendre en compte, ne devrait cependant pas primer sur l'intention personnelle du salarié substitué.

616 Envisagée à travers le prisme de la volonté du salarié, l'action syndicale de substitution ne laisse pas le chercheur sans quelque trouble. Le syndicat est-il habilité à compenser une inertie du salarié ou, au contraire, à garantir l'expression d'une volonté réelle du salarié, à laquelle il prête en quelque sorte « main forte » ? Il semble aujourd'hui que le droit privilégie encore la première tendance, à l'exception des actions en justice relatives à la défense de certains droits personnels et libertés fondamentales qui impliquent plus spécifiquement sans doute la personne du salarié. Toutefois, force est de reconnaître que l'action en substitution, encore rare aujourd'hui, ne pourra effectivement se développer qu'en renforçant les garanties d'expression du consentement du salarié. Cette réforme apparaît d'autant plus nécessaire que syndicats et salariés font preuve d'une commune méfiance à l'égard de ce dispositif.

[1538] Conseil Const. 25/07/89, Dr. soc. 1989 p 629 .

[1539] Cass. Soc 01/02/2000, arrêt préc. rendu au vu de l'ancien article L.122-3-16 du code du travail.

[1540] V. H. Peschaud , art. préc. *« Le droit de substitution et les garanties des salariés »* p 478 ,et C Roy-Loustaunau, art. préc. *« L'action de substitution et les syndicats… »*,p516 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

617 En s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil Constitutionnel[1541], des garanties réelles devraient être développées au plan de l'information préalable du salarié, avant toute action syndicale. Celle-ci devrait être détaillée et éclairer son destinataire. De plus, l'action syndicale de substitution gagnerait en efficacité juridique si l'accord formel et préalable du salarié était systématiquement sollicité. A cet égard, certains auteurs prônent la mise en place d'une véritable concertation préalable entre les parties sur la stratégie judiciaire à adopter[1542]. Plus la volonté du salarié sera éclairée de façon satisfaisante, plus le salarié pourra souscrire pleinement à l'action syndicale dont le but est de le défendre, non de l'engager à son insu. Il pourra, au contraire, la refuser purement et simplement pour des raisons personnelles. Enfin, il paraîtrait judicieux d'ajouter des garanties en termes de protection du salarié[1543] contre les décisions de *« représailles »*[1544] éventuelles de certains employeurs.

A ces conditions, l'action syndicale de substitution pourra faire figure d'instrument original susceptible de contribuer à modérer la soumission du salarié au pouvoir de l'employeur mais surtout, de lui assurer une capacité renforcée de défense. Toutefois, faute aujourd'hui d'accorder un véritable statut à la volonté du salarié dans l'action syndicale de substitution, ce mécanisme collectif ne constitue pas encore un enjeu décisif pour l'expression de cette volonté dans le rapport d'emploi.

Qu'en est-il alors de la place laissée à la volonté individuelle du salarié dans le recours à la représentation élue du personnel ?

§ 2 - Le libre recours du salarié aux représentants élus

618 On le sait, la particularité du système français de représentation réside dans sa diversité et sa spécialisation. Chaque institution a un rôle et une mission propres qui lui ont été dévolus par le législateur, au fur et à mesure du temps et de l'évolution juridique de l'espace collectif ; corrélativement, chaque institution noue une relation spécifique non seulement avec la collectivité des salariés et l'employeur, mais aussi avec chaque salarié pris individuellement. Au sein même de la représentation élue du personnel, la spécialité et la complémentarité existent pour défendre tant l'intérêt collectif que les droits et intérêts individuels.

L'intermédiation des délégués du personnel en fournit une illustration particulièrement nette, notamment parce qu'ilsont traditionnellement vocation à présenter à l'employeur les réclamations des salariés, sur leur demande, voire à les assister dans certaines situations (A). De façon plus originale et contemporaine, les délégués du personnel peuvent aussi être amenés à intervenir, s'ils constatent, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché (B).

1541 V. à ce sujet les développements de P. Adam dans sa thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »,* p 458 et suiv. L'auteur propose des voies juridiques possibles permettant l'application de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel à tous les cas d'action de substitution.

1542 C. Roy -Loustaunau art. préc. *« L'action de substitution et les syndicats… »,*p516 et suiv .

1543 De telles garanties n'existent aujourd'hui que dans certaines hypothèses limitées, notamment celles relatives à la défense des droits et libertés.

1544 H . Peschaud , art. préc.*« Le droit de substitution et les garanties des salariés »,* p 478

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Reste à savoir si les rapports qui se créent entre l'institution représentative et le salarié sont de nature substitutive ou complémentaire. En d'autres termes, le salarié disparaît-il derrière l'action du représentant ou conserve-t-il une part d'autonomie ?

A. L'intermédiation des délégués du personnel

619 Tout salarié a le droit de présenter ses réclamations ou demandes individuelles directement à l'employeur ou à son représentant, qu'il s'agisse d'obtenir ce qu'il estime lui être dû ou de faire respecter un droit. Toutefois, tout salarié a aussi la faculté de choisir de faire transiter ses demandes et doléances auprès de l'employeur par l'intermédiaire des délégués du personnel[1545]. Dès lors, ces représentants se trouvent chargés de faire connaître, d'exprimer, de formuler à l'employeur, au nom du salarié et avec son consentement, ce qu'il veut ou souhaite à titre individuel[1546]. Au demeurant, on peut légitimement penser que la présentation des réclamations individuelles ne se limite pas à exprimer l'intérêt personnel du salarié concerné ; elle vise aussi à le défendre.

Il est évident que le choix des délégués du personnel pour cette intermédiation se justifie par la répartition des attributions et missions entre les diverses institutions représentatives. *« Récepteurs supposés réactifs »* [1547] des plaintes des salariés qu'ils répercutent en direction du chef d'entreprise, mais aussi de l'inspecteur du travail, voire des autres institutions représentatives, les délégués du personnel sont des courroies de transmission *« des salariés qui les ont élus »* [1548]. Cette formulation de la Cour de cassation laisse place toutefois à quelque incertitude.

620 Certains auteurs[1549]soulignent ainsi que la mission des délégués du personnel ne pourrait concerner que les salariés appartenant à la même catégorie professionnelle et, partant, au même collège électoral. Une telle interprétation, au premier abord restrictive au regard de la formulation adoptée par la Haute Juridiction et des dispositions de l'article L.2313-1 du code du travail, semble en seconde analyse correspondre à l'adéquation recherchée entre l'électorat et les représentants que sous-tend la notion de représentation élue. Toutefois, à l'instar des élections politiques, les élus professionnels ne doivent-ils pas représenter l'ensemble de la collectivité de travail, sans distinction ? De manière générale, les réclamations présentées par les délégués du personnel devraient pouvoir émaner de tous ceux, quelle que soit la catégorie professionnelle à laquelle ils appartiennent, qui travaillent en qualité de salarié, dans la circonscription électorale que constitue en quelque sorte l'entreprise[1550].

[1545] Art. L.2313-1 al.1 (ancien art. L.422-1 alinéa 1) du code du travail : « les délégués du personnel ont pour mission de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail et des autres lois et règlements concernant la protection sociale, l'hygiène et la sécurité , ainsi que des conventions ou accords collectifs applicables dans l'entreprise ».

[1546] Il n'est pas exclu aussi que cet office assuré par les délégués du personnel puisse susciter non seulement un dialogue avec l'employeur, mais éventuellement une question à l'ordre du jour des réunions mensuelles.

[1547] J. Le Goff. ,*« Droit du travail et Société 2, Les relations collectives de travail »,* Presses universitaires de Rrennes 2002, p 113 .

[1548] Cass. Soc. 24/03/93, JCP E 1993 pan 675.

[1549] B. Teyssié, Droit du travail *« Relations collectives du travail »*(2) ,2ème éd. Litec 1993.

[1550] V. en ce sens J. Savatier, *«Les attributions du délégués du personnel* », Dr. soc. 1993 p 746 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Evidemment, l'intermédiation des délégués du personnel n'a aucun caractère obligatoire ou systématique. On le sait, le salarié conserve la faculté de présenter lui-même ses observations et réclamations à l'employeur ou à son représentant[1551] ou de s'adresser aux délégués du personnel. Le législateur a vraisemblablement voulu laisser cette alternative au salarié de sorte que ce dernier demeure libre de décider de la procédure qu'il entend suivre. Par contre, l'employeur ne peut s'appuyer sur cette option laissée à la seule initiative du salariépour décider unilatéralement que l'ensemble du personnel présentera ses demandes sans passer par les délégués ou encore instituer une procédure préalable à la présentation des réclamations par ces derniers[1552]. De son côté, un délégué du personnel ne peut prendre l'initiative, aux lieu et place du salarié, de présenter directement à l'employeur une réclamation individuelle, sauf à la transformer en réclamation collective. Aucune revendication individuelle ne peut donc être présentée à l'insu du salarié, ni contre sa volonté.

621 Existe-t-il des exigences particulières quant à la formalisation de la demande du salarié ? La loi est muette sur ce point. La manifestation de la volonté pouvant être définie comme *« tout comportement actif ou passif, qui permet de conclure à l'existence d'une certaine volonté »* [1553], il semble que celle du salarié doive être extériorisée de façon à ce qu'il n'y ait aucun doute possible quant à sa réalité. Ainsi, peut-on supposer que le salarié est tenu de faire connaître au délégué du personnel son intention de recourir à lui pour présenter ses réclamations individuelles et de lui communiquer la teneur de celles-ci. En revanche, le silence du salarié ne peut traduire une quelconque volonté, puisque dans ce cas, non seulement le salarié ne dit rien mais encore, il ne fait rien. Le délégué du personnel ne saurait donc se considérer investi d'un rôle d'intermédiation individuelle face au silence du salarié.

622 Cette intermédiation peut exister également lorsqu'un salarié menacé d'une sanction disciplinaire ou d'un licenciement fait appel à l'assistance des délégués du personnel lors de l'entretien préalable[1554] ou depuis peu, lorsqu'un employeur et un salarié conviennent du principe d'une rupture conventionnelle lors d'un ou plusieurs entretiens[1555]. L'office des délégués du personnel peut, en effet, être considéré comme un prolongement de leur mission de transmission des réclamations individuelles, concernant du moins l'application des règles du droit du travail. Dans cette hypothèse, il est évident que le statut protecteur des représentants du personnel leur offre une liberté de parole dont ne jouit généralement pas un salarié ordinaire. Cette tâche d'assistance, accomplie à la suite d'un choix du salarié, pour être spécifique, n'est pas pour autant étrangère à la mission des délégués du personnel. Preuve en est que l'institution des conseillers du salarié susceptibles d'être choisis par ce dernier pour l'assister, n'existe que lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise.

[1551] Art. L.2313-10 du code du travail (ancien art.L.422-1 alinéa 8).

[1552] Ce qui constituerait un délit d'entrave. V. notamment Cass. Crim. 20/03/84, Bull crim n° 118, D.1984.IR. 388.

[1553] A. Rieg, *«Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français»*, in Travail de l' Association H. Capitant t 20, Dalloz 1972, p 40 spéc n° 3 p 43 .

[1554] V.art. R.1232-1 (ancien art.R.122-2-1) et R. 1332-1 (ancien art. R 122-17)du code du travail.

[1555] Art.L.1237-12 du code du travail issu de la loi du 25/06/08. Le salarié peut se faire assister soit d'une personne appartenant au personnel de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou d'un salarié élu du personnel, soit , en l'absence d'IRP, par un conseiller choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

623 Au-delà du dispositif juridique, on peut regretter quela présentation des réclamations individuelles par les délégués du personnel n'ait pas ou plus la juste place qu'elle pourrait avoir, tant il vrai que ce dispositif a été doublé par *« un certain nombre d'initiatives patronales visant à réduire leur influence, »* notamment en raison du développement d'un dialogue direct salarié / employeur ou hiérarchie [1556] et de l'apparition de nouvelles formes de management des salariés[1557]. Pourtant, la complémentarité qu'un tel recours aux délégués du personnel assure à l'action du salarié n'est pas négligeable. Laissé au choix et à l'initiative du salarié, ce recours préserve son autonomie. L'intermédiation assure aussi un relais protecteur entre le salarié et l'employeur et une garantie contre les manifestations de l'unilatéralisme.

Le législateur reste attaché à cette idée de contre-pouvoir actif et complémentaire des délégués du personnel. En 1992, il leur a reconnu, en effet, une capacité spécifique d'action en cas *« d'atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché »,* apportant ainsi un nouvel enrichissement à leur mission traditionnelle.

B. La défense des droits et libertés individuelles par les délégués du personnel

624 La pénétration des droits de la personne et des libertés individuelles dans les rapports de travail a été accompagnée de la mise en œuvre de nouvelles garanties collectives. Les délégués du personnel, mais aussi le comité d'entreprise[1558], ont vu ainsi leurs missions s'élargir en conséquence. Le «droit d'alerte» des délégués du personnel illustre ainsi, de façon originale, un *« processus d'institutionnalisation du collectif comme acteur de protection des libertés individuelles »* [1559] .

En réalité, l'article L. 2313-2 du code du travail[1560] attribue aux délégués du personnel un droit d'engager une procédure d'alerte, essentiellement préventive[1561],en cas d'atteinte aux

[1556] Bonafé-Schmitt, *«Compétence des délégués en matière de réclamations individuelles »,* Dr. Soc. 1981 p 637 et suiv.

[1557] Certains aspects seront évoqués au Titre III de la présente Partie .

[1558] Rappelons que dans le cadre de son pouvoir réglementaire, l'employeur ne peut porter atteinte aux libertés individuelles et collectives que si ces atteintes sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché (art. L. 1321-3 remplaçant l'ancien art.L.122-35 al. 1 et 2 du code du travail). Nous avons vu que dans le cadre de la procédure instaurée par le législateur, le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, doivent être informés et consultés sur le projet d'élaboration ou de modification du règlement intérieur. Cette formalité substantielle, constitue indéniablement une garantie de contrôle par le collectif de la protection des droits de la personne et des libertés individuelles, d'autant plus que l'avis des représentants sera transmis à l'inspecteur du travail en même temps que le règlement intérieur. Par ailleurs, le comité d'entreprise se voit confier d'autres attributions spécifiques dans le domaine de la protection des libertés en particulier en matière d'utilisation de méthodes et techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi (art. L. 432-2-1 al 1 du code du travail), mais aussi sur les moyens et techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés, traitements automatisés de gestion du personnel. Ces obligations sont complémentaires à celles mises en place en matière d'information des salariés et des candidats à un emploi. (V. supra Partie 1, Titre I,Chapitre I, Section 1).

[1559] P. Adam,thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »,* p 93

[1560] Ancien art. L.422-1-1 du code du travail, issu de la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 et complété par les lois n°2001-1066 du 16/11/2001 et n°2002-73 du 17/01/2002.

[1561] On peut rapprocher ce dispositif de celui prévu à l'article L.4131-2 (ancien art.L.231-9) du code du travail disposant que si un représentant du personnel au Comité d'hygiène et de Sécurité (CHSCT) constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un salarié qui s'est retiré de sa situation de travail, il en avise immédiatement l'employeur.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

droits des personnes ou aux libertés individuelles. Cette procédure d'alerte se décompose en plusieurs étapes qu'il convient d'examiner.

Le point de départ débute par le constat de l'atteinte aux droits et libertés dans l'entreprise qui peut se faire soit par le délégué du personnel lui-même,[1562] soit par l'intermédiaire du salarié. A l'instar des réclamations individuelles, le salarié peut ainsi saisir le délégué du personnel d'une difficulté qu'il rencontre ou d'une plainte. En revanche, le droit d'alerte n'est pas un droit propre aux salariés, lesquels ne peuvent l'exercer directement et personnellement. Ce que le législateur aurait pu également concevoir. A partir du constat réalisé,le délégué du personnel saisit ensuite l'employeur. Cette saisine doit être suivie de l'ouverture d'une enquête de l'employeur avec le délégué et de la mise en œuvre des dispositions nécessaires pour remédier à cette situation. En cas de carence ou de divergence avec l'employeur, le délégué peut saisir le conseil des prud'hommes statuant selon les formes applicables au référé, sous réserve toutefois que le salarié averti par écrit ne s'y oppose pas. Le juge peut alors ordonner toute mesure propre à faire cesser cette atteinte.

625 Le droit d'alerte tel qu'instauré a fait l'objet de critiques diverses, sans doute parce qu'il promet plus qu'il ne permet. Le professeur J-E Ray a présenté des réserves quant au choix de l'institution des délégués du personnel[1563] comme interlocuteur et protagoniste exclusif de cette action. D'autres auteurs ont souligné, au contraire, le choix *« heureux et efficace »* des délégués du personnel tout en s'interrogeant sur la pertinence du choix du conseil des prud'hommes [1564]. Au-delà de ces quelques divergences doctrinales, restent certaines questions de fond qui ne manquent pas de faire douter de l'efficacité réelle de ce mécanisme. Une première interrogationporte sur la capacité individuelle du salarié d'agir en justice en cas d'atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles dans l'entreprise. L'article L.2313-2 du code du travail laisse opportunément le choix entre une saisine du juge des référés directement par le salarié lui-même ou par l'intermédiaire du délégué du personnel, en vue de faire cesser l'atteinte aux droits ou libertés constatée, lorsque celle-ci n'est pas réglée en raison d'une carence ou d'une divergence avec l'employeur. Dans ce cas, comme en matière d'action syndicale de substitution, les délégués du personnel ne peuvent agir que si le salarié concerné en a été averti par écrit et ne s'y est

La situation de travail dangereuse peut donc être constatée soit par le représentant du personnel lui-même, soit par l'intermédiaire du salarié exerçant son droit de retrait. Une certaine idée de « coopération » entre le salarié pris individuellement et les membres du CHSCT semble transparaître ici. Pourtant, le salarié n'est pas nécessairement informé de l'engagement de la procédure d'alerte, et n'a pas légalement le droit de s'y opposer. L'action de la représentation élue est spécifique et indépendante, elle n'est pas forcement complémentaire à celle du salarié qui peut ou non avoir exercé son droit propre de retrait et alerter l'employeur. Averti par le membre du CHSCT qui doit consigner par écrit le signalement du danger sur un registre spécial, l'employeur ou son représentant doit alors prendre les mesures nécessaires pour faire cesser le risque. A défaut, l'article L. 4131-4 (ancien art.L.231-8-1) du code du travail précise *« le bénéfice de la faute inexcusable de l'employeur définie à l'article L.452-1 du code de la sécurité sociale est de droit pour le ou les salariés qui seraient victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelles alors qu'eux-mêmes ou un membre du CHSCT avaient signalé à l'employeur le risque qui s'est matérialisé ».* Dès lors, le juge ayant constaté que l'employeur avait été averti et que le risque s'est matérialisé, ne peut que prononcer la responsabilité de l'employeur sur le fondement de la faute inexcusable , avec ses conséquences de droit.

[1562] Celui-ci peut relever, du reste, une atteinte qui le touche personnellement. De fait, il alerte alors l'employeur de sa propre situation. v. Cass. Soc. 26/05/99, Liais. Soc. 14/06/99 jp n° 636 .

[1563] J-E Ray, *« Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 « ,* Dr. soc. 1993 p 103 et suiv. *« Une loi peut en cacher une autre »,* Liais. Soc.magazine 3/1993 p 74.

[1564] J. Grinsnir, *« Les dispositions nouvelles relatives au recrutement individuel et aux libertés individuelles »,* Dr. Ouv. 1993 p 237 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

pas opposé. Faute de précision légale, on peut supposer que l'avertissement du salarié par écrit doit être clair et précis sur l'objet et le contenu de l'action en référé que le délégué du personnel entend engager, le silence du salarié valant ici acceptation. A notre connaissance, aucune décision judiciaire[1565] n'est venue apporter des précisions complémentaires sur ce point et il n'est pas certain que les solutions retenues pour l'action syndicale de substitution, concernant les conditions d'expression de la volonté du salarié[1566], le seraient dans ce contexte, compte -tenu de la particularité de l'institution représentative concernée. Ce point mériterait d'être éclairci.

626 En revanche, la jurisprudence a explicitement répondu à une autre interrogation sous- tendue par la procédure d'alerte, celle ayant trait à l'étendue du pouvoir d'agir conféré aux délégués du personnel aux lieu et place des salariés concernés, en cas d'atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles. Ces délégués peuvent-ils agir en nullité des licenciements prononcés par l'employeur à la suite d'une telle atteinte, et donc mener une action propre au titre de la relation individuelle de travail ? Une décision du 10 décembre 1997 [1567]a répondu clairement par la négative. En énonçant que le délégué du personnel ne tient pas des dispositions de l'article L.422-1-1 du code du travail[1568] le pouvoir d'agir en nullité des licenciements prononcés par l'employeur à la suite d'une atteinte aux droits de personnes et aux libertés individuelles, la Cour de cassation a indéniablement retenu une interprétation restrictive[1569]. Pour autant, précise l'arrêt, le texte lui confère le pouvoir d'agir à l'effet de réclamer le retrait des éléments de preuve obtenus par l'employeur par des moyens frauduleux qui constituent une atteinte aux droits des personnes et aux libertés. Précision qui constitue une ouverture et un appui à toute action contentieuse du salarié relative à la relation individuelle du travail.

627 Rappelons que l'action en nullité des licenciements relève du contentieux individuel et du libre choix des salariés concernés. Il n'est donc pas choquant, au regard même des dispositions légales visées, que les délégués du personnel ne puissent pas agir aux lieu et place des salariés concernés pour obtenir la nullité des licenciements. Il s'agit là de l'application stricte du principe *« nul ne plaide pas procureur »,* dont les dérogations sont parfaitement réglementées et limitées. En matière de nullité, compte-tenu des conséquences, le salarié se trouve face à un choix personnel et de plus, en agissant lui-même, il manifeste sa réelle volonté de réintégrer l'entreprise (ce qui ne va pas de soi). Par ailleurs, on a vu que l'article L. 2313-2[1570] du code du travail permet l'intervention du délégué du personnel pour agir devant le juge des référés, sans pour autant méconnaître la liberté d'agir du salarié. Ces arguments militent largement en faveur de l'interprétation actuelle du juge.

[1565] V. cependant Cass. Soc. du 17 juin 2009 (n° 08-40274). Bien qu'elle ne réponde pas spécifiquement à notre interrogation sur les modalités d'avertissement des salariés concernés, la décision a met particulièrement en relief le droit d'alerte des délégués du personnel et leur capacité, à saisir le juge, à défaut de solution trouvée avec l'employeur, en vue de faire ordonner toute mesure propre à faire cesser une atteinte au droit des personnes et aux libertés individuelles dans l'entreprise.

[1566] V.supra §1 de la présente section.

[1567] Cass. Soc . 10/12/97, Dr. Soc. février 1998 p 127 et suiv. note B. Bossu .

[1568] Devenu art. L.2313-2 du code du travail.

[1569] V. notamment J-Y Frouin, *« La protection des droits de la personne et des libertés du salarié »,* CSBP 1998 n° 99 p 123 et suiv.

[1570] Ancien art. L. 422-1-1 du code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

En tout état de cause, la solution retenue par la Cour de cassation permet opportunément à la fois de conforter le rôle octroyé par le texte aux délégués du personnel et de ne pas méconnaître la liberté d'agir en justice du salarié. Ceci démontre la volonté judiciaire d'assurer un équilibre entre l'action collective visant à défendre une situation ou un intérêt individuel et le respect de l'autonomie et de l'action individuelles du salarié lui-même.

628 La représentation du personnel, saisie ici à travers l'action des délégués du personnel, accomplit une action collective qui n'est cependant pas détachée du salarié en tant que sujet individuel. Tout en assurant l'existence et l'expression officielle de la collectivité des salariés, le droit octroie aussi aux représentants les moyens juridiques aptes à garantir et à sécuriser l'expression de la volonté individuelle des salariés face aux manifestations du pouvoir de l'employeur, et à défendre leurs intérêts et droits individuels. Mais, plus que des mécanismes substitutifs de la volonté du salarié, il s'agit de contre-pouvoirs venant corriger le déséquilibre créé par l'emprise du pouvoir sur la volonté des assujettis. Tel que conçus et appliqués aujourd'hui, ces mécanismes collectifs n'apparaissent pas de nature à écarter toute autonomie individuellemais plutôt à la compléter et à la renforcer[1571].

Conclusion du Chapitre II

629 On le constate, la volonté du salarié est peu perceptible sur le terrain du pouvoir patronal. L'encadrement procédural et les limites fonctionnelles, dont ce dernier fait l'objet, ne sont pas de nature à restituer au salarié, de véritables capacités volitives. Toutefois, ces mécanismes aménagent des passages, dans lesquels la volonté du salarié est susceptible de se manifester, non de façon directe et autonome, mais en s'appuyant sur les moyens qu'ils mettent, précisément, en place. La démarche empruntée consiste bien encore à atténuer les effets du pouvoir, plus qu'à accorder au salarié de véritables prérogatives propices à l'expression de sa volonté.

Conclusion titre I

630 A partir de l'observation du retrait de la volonté du salarié sur le territoire d'exercice du pouvoir de l'employeur, la soumission qui en découle ne semble avoir de limites que celles introduites par le droit positif. Ces limites sont d'abord internes aux manifestations de pouvoir. Dans ce cas, les mécanismes correcteurs mis en place cherchent essentiellement à encadrer les conditions d'exercice du pouvoir, en les inféodant aux règles posées par le législateur ou le juge. Cette orientation participe au phénomène plus large de « procéduralisation » du droit. Les autres limites à la prégnance du pouvoir de l'employeur lui sont externes. Il s'agit alors de contrebalancer le pouvoir de l'employeur par des contre-pouvoirs institutionnalisés ayant pour finalité de représenter et défendre les travailleurs assujettis à ce pouvoir et donc de rééquilibrer les forces en présence. Quel que soit le mécanisme correcteur en cause, on ne peut pas véritablement affirmer qu'il constitue un dispositif substitutif de la volonté du salarié. Il s'agit, plus exactement, d' une garantie destinée à compenser l'absence de sollicitation de cette volonté ou à soutenir celle-ci face aux manifestations de pouvoir.

631 Mais, une fois considéré le degré, somme toute dérisoire, de mobilisation de la volonté du salarié dans le régime du pouvoir, faut-il cesser toute tentative supplémentaire de

[1571] *« L'autonomie individuelle n'est pas niée, les mécanismes de représentation s'y ajoutent »* écrivent A. Jeammaud, M. Le Friant , A Lyon-Caen dans leur chronique commune préc. *« L'ordonnancement des relations de travail »*, p 359 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

mesure ? Peut-on, au contraire, aller plus loin et tenter de dégager de nouvelles tendances dans l'évolution des rapports de travail, qui seraient davantage favorables à l'autonomie des salariés ? La volonté individuelle du salarié ne s'exprimerait-elle pas notamment pour se frayer un chemin à travers l'exercice de droits individuels propres à tout travailleur subordonné ? Dit autrement, peut-on entrevoir une soumission décroissante des travailleurs face au pouvoir patronal, propice à l'expression de leur volonté individuelle dans les rapports de travail ?

C'est à ces questions qu'il nous faut maintenant répondre.

Titre II Les voies et moyens de l'émancipation de la volonté du salarie face au pouvoir

632 La démarche impose maintenant de rechercher, à travers les évolutions récentes du droit du travail, des indices d'assouplissements ou d'atténuations de la subordination qui caractérise le rapport d'emploi. Ne peut-on même déceler un mouvement d'émancipation de la volonté du salarié face au pouvoir, une capacité accrue d'autodétermination du salarié dans le champ même d'exercice du pouvoir patronal ?

Le terme « émancipation» n'est sans doute pas dénué d'ambiguïtés. Il évoque en effet une action, *« celle d'affranchir (quelqu'un) ou de s'affranchir de la tutelle d'une autorité supérieure»* [1572] *.* Pourtant, c'est précisément cette idée d'action -libérer ou se libérer d'une domination, d'un état de dépendance- qu'il est apparu intéressant de détecter au travers des évolutions du droit du travail. En bref, ne peut-on pas identifier, au sein de l'ordre juridique, des règles de droit contenant des dispositions œuvrant en faveur d'une volonté du salarié mise hors tutelle de l'employeur, dans l'exécution du travail ?

Traditionnellement, le droit du travail a recherché, non l'émancipation de la volonté des salariés, mais sa protection par des voies collectives. De plus, les règles d'ordre public devaient agir pour *«établir les structures intangibles des rapports entre les employeurs et les salariés»* [1573] ou garantir aux salariés *«des normes planchers»* considérées comme un minimum incompressible, sous réserve du principe dit *«de faveur»* d'affirmation certes incertaine [1574] et auquel la loi elle-même apporte désormais de sérieuses entorses[1575]. Mais, peu à peu, les dispositifs juridiques à finalité collective et protectrice n'ont plus été les seuls à être privilégiés par le droit du travail. D'autres dispositifs à vocation purement individuellefurent mis en place, même si persiste, naturellement, une coexistence inévitable et souhaitable entre les deux catégories.

[1572] V. Définition du dictionnaire « Le Petit Robert « .

[1573] L. Rozes*, « Remarques sur l'ordre public en droit du travail »,* Dr. Soc. 1977 p 311 et suiv.

[1574] V. à ce sujet l'article du professeur A. Jeammaud, *«Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente »* Dr. soc.1999 p 115 et suiv.

[1575] V. la loi du 4 mai 2004 relative au dialogue social et la loi du 20 août 2008 sur la réforme de la démocratie sociale. Cette question a fait l'objet de développements dans la première partie. Rappelons, sans y attarder toutefois, qu'il existe une dérogation « in pejus » de l'ordre public relatif ou social, sur autorisation de la loi, dans les matières expressément désignées par elle, notamment, en matière d'aménagement du temps de travail, mais désormais aussi, lorsqu'un accord collectif de niveau supérieur ne s'oppose pas de façon expresse à une dérogation par accord de niveau inférieur. Il faut souligner que la loi du 20/08/2008 a accentué ce mouvement, en particulier, en prévoyant des capacités élargies de dérogations par accord d'entreprise.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

633 C'est ainsi que des droits propres sont accordés aux salariés eux-mêmes qui leur permettent une certaine maîtrise dans la conduite de leur vie professionnelle et personnelle. Exercés sur initiative du salarié, en tant que travailleur subordonné, ces droits produisent des effets juridiques opposables à l'employeur. L'essor contemporain de ces prérogatives instituées en faveur du salarié mérite d'être analysé, en ce qu'il peut contribuer au mouvement d'émancipation progressive de la volonté du salarié face au pouvoir (Chapitre 1).Mais, plus sûrement sans doute, c'est l'affirmation parallèle dans le droit positif des droits fondamentaux liés à la personne du salarié qui semble accroire l'idée d'émancipation et de respect de l'homme dans le travail (Chapitre 2).

Les deux courants qui seront ici examinés offrent indubitablement aux salariés, mais de manière différenciée, de nouvelles capacités d'action volontaire au plan individuel sur le terrain d'exercice du pouvoir.

Chapitre 1 : L'essor des prérogatives du salarié

634 A l'évidence, l'essor contemporain des prérogatives accordées au salarié ne recouvre ni des objets similaires ni des finalités identiques. En effet, il faut distinguer celles qui permettent au salarié, sous certaines conditions, de sortir temporairement du lien de subordination et celles qui lui offrent une voie d'autonomie dans la subordination ou plus précisément dans l'exercice du travail soumis au contrôle du pouvoir patronal. Ce sont ces dernières qui retiendront plus spécifiquement l'attention.

Dans la première catégorie citée, le salarié s'affranchit temporairement de la subordination, généralement par la suspension de son contrat de travail. On songe ici aux congés spéciaux qui autorisent le travailleur à quitter momentanément l'entreprise pour se consacrer à des activités privées[1576]ou professionnelles [1577] ou encore à des missions d'intérêt général[1578]. Ces prérogatives contribuent certes à majorer les espaces de liberté et d'indépendance de chaque salarié, en lui laissant une certaine maîtrise de sa vie professionnelle pour faire place à d'autres types d'engagements. La finalité est bien ici à dominante individuelle. Dès lors que le salarié remplit les conditions diverses pour exercer la prérogative en cause, il est libre ou non de l'utiliser. Sa volonté se manifestera dans la décision d'exercer ou non le droit qui lui est reconnu. Pour autant, cette catégorie de prérogatives ne vise pas le renforcement de la capacité volitive du salarié au cours de l'exécution de son travail, mais lui laisse l'option d'entrer ou non dans telle ou telle voie, en suspendant son contrat de travail. En quelque sorte, l'autonomie nouvelle accordée au salarié ne peut se réaliser qu'en dehors du contrat de travail, en sortant temporairement du lien de subordination et de l'emprise du pouvoir patronal.

635 L'autre catégorie de prérogatives individuelles procède d'une finalité toute différente. Celles-ci ne consistent pas à faire sortir le salarié du lien de subordination, en le

[1576] On évoquera ainsi le congé parental d'éducation (art.L.1225-47 et suiv. remplaçant les anciens art.L.122-28-1 et suiv. du code du travail), le congé sabbatique (art. L.3142-91 et suiv. remplaçant les anciens art. L.122-32-17 et suiv.), le congé et la période de travail à temps partiel, pour la création ou la reprise d'entreprise (art.L.3142-78 et suiv. remplaçant les anciens art L. 122-32-22 et suiv. du code du travail).

[1577] Ainsi, en est-il du congé pour la création ou la reprise d'entreprise (art. L .3142-78 et suiv.. du code du travail), du congé de formation (art.L.6322-1 et suiv. remplaçant les anciens art. L. 931-1 et suiv. du code du travail).

[1578] On songe ici aux congés pour exercer un mandat parlementaire ou local (art.L.3142-56 et suiv. remplaçant les anciens art. L.122-24-1 et suiv. du code du travail), ou un mandat associatif (art.L.3142-51 remplaçant l'ancien art. L.225-8 du code du travail), ou au congé de solidarité internationale (art. L.3142-32 et suiv. remplaçant les anciens art. L.225-9 et suiv. du code du travail), etc..

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

dégageant même temporairement du contrat de travail, mais à « neutraliser » en quelque sorte le lien de subordination, sur l'initiative du salarié, pendant le temps et sur son lieu de travail. Certes, les droits individuels visés sont des prérogatives conditionnées par la loi, c'est à dire assujetties à diverses conditions objectives ou circonstances justificatives, mais ils sont laissés à la seule initiative du salarié au cours de l'exécution de son travail, alors qu'il doit, par principe, se *« conformer aux directives de l'employeur sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles »* [1579]. On retrouve ici l'hypothèse de départ : identifier un mouvement d'émancipation juridique de la volonté du salarié dans l'exécution du travail. La « neutralisation » de la subordination ouvre sur un espace de choix propre au salarié, au sein même du régime du pouvoir patronal.

Pour une meilleure appréhension du phénomène, on distinguera selon que ces prérogatives individuelles visent à créer un espace d'autonomie du salarié dans l'organisation de l'activité productive (Section 1) ou dans l'exécution personnelle du travail (Section 2), sans se dissimuler l'imperfection de cette classification qui tient à l'interpénétration inévitable entre ces deux catégories. Au fond, la finalité poursuivie consiste à rechercher si le salarié peut devenir initiateur et décideur de certaines conditions de réalisation de son travail, acteur de son propre destin professionnel et personnel.

Section 1 : L'organisation de l'activité productive et les prérogatives individuelles

636 L'organisation de l'activité productive des salariés relève par principe du pouvoir de direction de l'employeur. Ainsi, l'instauration d'un droit d'alerte et de retrait propre à chaque salarié, en matière de sécurité, apparaît-elle comme une exception exemplaire. Exemplaire à plus d'un titre, car comme le soulignait le professeur A. Jeammaud, *« cette consécration n'est pas sans signification du point de vue de la part respective des droits individuels et des droits collectifs, puisque les législateurs auraient pu préférer l'attribution, à des représentants du personnel, d'un pourvoir de stopper les machines »* [1580].Ils auraient pu mais ils ne l'ont pas fait. Ce choix n'est donc pas le fruit du hasard mais a un sens. La distribution du contre- pouvoir du haut vers le bas ne s'arrête plus au niveau des institutions représentatives du personnel mais s'étend désormais aux salariés eux-mêmes. Il importe donc de vérifier si ce dispositif juridique va effectivement dans le sens d'une émancipation de la volonté du salarié au sein de l'exercice du pouvoir de l'employeur, grâce à la neutralisation du lien de subordination (§1). On prolongera ensuite cet examen en cherchant à identifier dans le droit positif d'autres dispositifs d'alerte laissés à l'initiative du salarié, notamment concernant le fonctionnement de l'entreprise (§2). En effet, la Cour de Cassation semble avoir ouvert une telle faculté au salarié, sous certaines conditions. Plus largement, le phénomène anglo-saxon du *whistleblowing* fait une entrée remarquée sur la scène juridique française, développant des dispositifs d'alerte professionnelle. Une telle évolution ne va pas sans questionner les valeurs et fondements du droit du travail français. Aussi, serons-nous conduits à poser un regard critique sur l'essor des prérogatives individuelles du salarié dans l'organisation de l'activité productive. Doit-on envisager le risque « maîtrisé » d'un élargissement corrélatif de la responsabilité du salarié (§3) ?

[1579] Cette reprise partielle de la définition de la durée du travail effectif traduit in fine celle du temps de subordination (art.L.3121-1 remplaçant l'ancien art.L.212-4 al 1 du code du travail).

[1580] A. Jeammaud, *«La place du salarié individu dans le droit français du travail »* in « le droit collectif du travail », Etudes en hommages à Madame le Professeur H. Sinay, éd. Peter Lang 1994, p 347 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

§ 1- Le droit d'alerte et de retrait en matière de sécurité au travail

637 La mise en œuvre par le législateur de droits propres aux salariés dans le domaine de la sécurité au travail est une innovation relativement récente[1581]. En effet, une longue et lente évolution a traversé le droit de la santé et de la sécurité au travail.

Certes, la prise en compte de l'état physique du travailleur constitue une préoccupation ancienne, au point même d'être à l'origine des principaux textes fondateurs du droit du travail[1582]. C'est ainsi que, très tôt, le domaine de l'hygiène et de la sécurité a fait l'objet de nombreuses normes à caractère d'ordre public visant à protéger l'intégrité physique des travailleurs. Celles-ci se présentent essentiellement sous forme de règles techniques et concernent généralement les systèmes techniques inertes plus que les hommes. Il a fallu attendre la loi du 6/12/1976 sur la prévention des accidents du travail, pour voir introduire le concept de *« sécurité intégrée »* et une approche plus globale de la sécurité, notamment par la prise en compte du bien-être des salariés, avec l'intégration de l'ergonomie dans les mesures prescrites[1583].Ce n'est que plus tard, avec les transpositions des directives européennes, que le droit[1584]intègre le concept de prévention qui apparaît alors comme *« un objectif autonome, digne d'être juridiquement protégé »* [1585] *.* Beaucoup plustard encore, laprotection de lasanté des salariés est saisie sous l'angle des atteintes à la dignité[1586] et à l'estime de soi dans le quotidien du travail[1587] .

638 On discerne, au demeurant, plusieurs visages dans cet ordre public de la sécurité au travail, en fonction de l'évolution même des politiques en ce domaine, ce qui tend à démontrer l'ajustement permanent de la norme aux évolutions de la vie sociale. La première figure traditionnelle de l'ordre public en matière de protection de la santé du salarié repose sur l'idée de préservation/sanction. Il s'agit ici d'une préservation passive du salarié par l'édiction de prescriptions ou d'interdits liant l'employeur qui doit les mettre en œuvre et les respecter ou les faire respecter sous sa responsabilité. La justification de l'ordre public dans ce domaine tient à la fois aux conséquences de la libre entreprise [1588] et à la protection du salarié dont la volonté est soumise aux ordres de l'employeur. Il est donc juridiquement impossible que le salarié dispose à son gré ou renonce volontairement au bénéfice de la législation protectrice de sa santé. Le travailleur est ici exclusivement appréhendé par le droit comme un simple objet de protection, non en tant que sujet de sa propre sécurité[1589].

1581 Loi du 23/12/1982 complétée par la loi du 31/12/1991.

1582 Toutefois, il s'agissait alors de mesures essentiellement tournées vers la préservation, dans le processus de production, de l'intégrité physique du salarié et plus particulièrement, de certaines catégories de salariés, comme les enfants et les femmes.V. notamment T.Aubert-Monpeyssen*, « Les outils juridiques de la prévention »* in La santé des salariés, Journées Michel Despax, Colloque AFDT du 28 mai 1999,Liais. Soc. 25/05/2000 n° 43/2000.

1583 V. H. Seillan, *« Sécurité du travail et ordre public »,*Dr. soc. 1989 p 369 et suiv.

1584 En particulier avec la loi du 31/12/1991.

1585 V. T. Aubert-Monpeyssen, art. préc. *« Les outils juridiques de la prévention ».*

1586 On citera notamment la protection professionnelle de la victime ou du témoin en cas de harcèlement sexuel et moral. Voir articles L. 1152-1 et suiv. (anciens art. L.122-49 et suiv) et L.1153-1 et suiv (anciens art. L.122-46 et suiv.) du code du travail.

1587 V. A. Thébaud-Mony, *« La santé au travail : approche sociologique »,* in La santé des salariés, Journées Michel Despax, Colloque AFDT du 28 mai 1999, Liais. Soc. 25/05/2000 n° 43/2000.

1588 Eventuellement des activités dangereuses menées dans l'entreprise.

1589 P. Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »,* p113.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Il *est « maintenu dans une situation d'incapacité juridique* » et ainsi « *mis à l'écart de toute démarche émancipatrice »* [1590] .

639 Aux côtés de cette figure toujours rémanente de l'ordre public dans ce domaine, se développent des lois d'ordre public qui manifestent certes toujours leur objectif de sauvegarde et de protection du salarié mais qui permettent aussi une préservation plus active du salarié, par la prévention. Avec l'émergence et l'enrichissement du concept juridique de prévention, le législateur impose à l'employeur non seulement un ensemble normatif précis mais aussi une véritable démarche répondant à l'obligation générale de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la protection de la santé physique et mentale des travailleurs[1591].A cette occasion, le législateur fait de l'information des salariés mais surtout de leur formation à la sécurité les pièces essentielles du dispositif de prévention.L'introduction d'un principe de formation appropriée, adaptée aux salariés bénéficiaires et actualisée en fonction de l'évolution des connaissances techniques et des processus de production[1592], dessine ici un modèle de préservation non plus passive mais active du salarié. Pour autant, si on perçoit une dimension individuelle dans la prise en compte du salarié, cette évolution ne démontre pas encore la reconnaissance ni d'une marge d'autodétermination ni d'une marge d'initiative fondée sur la volonté du salarié[1593]. Les rapports de travail obligent à un effort, à une discipline sociale imposés par le droit pour le bien commun dans un objectif d'équilibre des intérêts[1594].

C'est seulement à partir de la reconnaissance par le législateur de droits propres aux salariés que l'on discerne une évolution notable. Les nouvelles prérogatives, dont bénéficie chaque salarié en matière de sécurité au travail, constituent indéniablement *« une forme d'autonomie dans la subordination individuelle »* [1595] (A), fondée sur une initiative propre au salarié (B), au regard de son appréciation personnelle du danger grave et imminent dont il peut être l'objet(C).

A. Une forme d'autonomie dans la subordination

640 On l'a rappelé, le domaine des risques professionnels relève traditionnellement de la responsabilité de l'employeur auquel incombent des obligations générales et spécifiques en matière d'hygiène et de sécurité. Celui-ci est tenu de prendre des mesures particulières de prévention en vue d'assurer la sécurité physique et morale au travail des salariés. Il est évident que la subordination qui lie classiquement le salarié à l'employeur et l'obligation corrélative d'exécuter les tâchesqui lui sont demandées, mettent le salarié dans une position vulnérable dans ce domaine. Par peur de sanction disciplinaire, il peut consentir à exercer son activité dans des conditions dangereuses pour son intégrité physique.En conséquence, l'affirmation d'un droit propre des salariés à se retirer d'une situation de travail dont ils ont un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent, se révèle

[1590] P. Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »,* p113

[1591] V.art. L.4121-1 du code du travail (ancien art. L.230-2).

[1592] V. art. L.4141-1 et suiv du code du travail (ancien art. L . 231-3-1).

[1593] On citera, toutefois, l'exception déjà ancienne de l'article R. 4624-18 (ancien art. R. 241-49 III) du code du travail qui permet au salarié de réagir volontairement et de prendre une initiative personnelle en demandant directement à bénéficier d'un examen médical. Cette demande ne peut motiver une sanction.

[1594] H. Batiffol, *« La philosophie du droit « ,* PUF 10ème Ed. 1997.

[1595] Selon la formule du professeur A. Supiot, (v. *« Les nouveaux visages de la subordination »,*Dr. Soc. février 2000 p 136.)

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

être un dispositif original permettant au salarié d'assurer lui-même sa propre protection et intégrité physique.Cette capacité nouvelle d'initiative et de décision octroyée à chaque salarié permet en conséquence d'exprimer une manifestation de volonté, créatrice d'effets juridiques, d'autant plus originale qu'elle a pour terrain d'exercice, le champ classiquement dévolu au pouvoir de direction de l'employeur.

641 En principe, le salarié subordonné à l'employeur ne dispose d'aucun pouvoir sur les conditions de travail et l'organisation de l'activité productive. Il ne peut de lui-même abandonner son poste, sauf à se voir exposé à une éventuelle sanction de l'employeur. Ainsi, en permettant au salarié de se retirer d'une situation qu'il estime dangereuse, le législateur *« porte ponctuellement atteinte au pouvoir de l'employeur »* [1596]. Le salarié devient un acteur à part entière de sa sécurité dans l'entreprise, ce qui constitue l'objet du droit de retrait[1597]. Ce droit s'exerce d'ailleurs dans un contexte général de prévention des risques professionnels, notamment par le biais de l'obligation qui est faite à l'employeur de prendre les mesures et donner les instructions nécessaires pour permettre aux travailleurs, en cas de danger grave, imminent et inévitable, d'arrêter leur activité et de se mettre en sécurité en quittant immédiatement le lieu de travail[1598].

642 Mais si on tente de déterminer les caractéristiques du droit de retrait, on constate très vite que la loi ne le définit pas en tant que tel. En réalité, elle se borne à mettre en exergue les conséquences qui découlent de son exercice, en particulier l'interdiction pour l'employeur de prendre une sanction à l'encontre d'un salarié (ou d'un groupe de salariés) ayant fait usage du droit de retrait, et l'impossibilité pour l'employeur ou son représentant dedemander ausalarié de reprendre son activité dans une situation detravail où persiste un danger grave etimminent. Ce constat permet de soutenir avec plus de fermeté encore que le législateur entendait bien, par l'instauration de ce droit, « neutraliser » le lien de subordination, en évinçant les principales manifestations du pouvoir de l'employeur, en particulier les risques de sanctions disciplinaires. Ainsi, le droit de retrait se présente-t-il comme une faculté d'origine légale ouverte à chaque salarié et à sa seule initiative.

B. Une initiative propre au salarié

643 La volonté du salarié gouverne la mise en œuvre du droit de retrait puisque celui-ci est libre de décider de suspendre temporairement l'exécution d'une tâche ou d'un travail à son initiative[1599], dans les conditions et selon les effets prévus par la loi. Le droit de retrait *« est mesure conservatoire, prérogative s'exerçant d'autorité sous réserve d'un contrôle ultérieur, droit qui se prend unilatéralement grâce à la permission de la loi »* [1600]. Cette prérogative a un objectif à vocation individuelle, la sécurité du travailleur, dans un environnement à finalité collective et productive. Au surplus, elle vaut reconnaissance d'un droit pour le salarié à préserver son intégrité physique, qui prime sur la subordination et le pouvoir de l'employeur.

[1596] A. Bousigues, *« Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique »,* Dr. Soc.1991 p 279 et suiv.

[1597] V. art.L.4131-1 et suiv, L.4132-1 et suiv. du code du travail (anciens art. L.231-8 à L.231-10).

[1598] V. art. L.4132-5 du code du travail (ancien art. L.231-10).

[1599] En ce sens , le droit de retrait doit être distingué de l'exercice du droit de grève . Pas plus qu'il ne constitue un moyen de pression et ne saurait dès lors être confondu avec le droit de grève, le droit de se retirer d'une situation dangereuse ne correspond à l'exception d'inexécution, en tant que sanction d'une obligation de sécurité de l'employeur non réalisée. Le droit de retrait n'est pas davantage à confondre avec la force majeure (voir en ce sens les développements de A. Bousigues et Y. Chauvy , art. préc.).

[1600] Y. Chauvy , *« Retrait d'une situation de travail »,* RJS 5/96 p 319 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Le droit de retrait légitime en quelque sorte une neutralisation temporaire de la subordination aux temps et lieux de travail, sur initiative du salarié, au nom du droit fondamental de chaque personne au respect de son intégrité physique. Au demeurant, la loi offre une option au salarié, elle se reporte à sa décision d'exercer ou non son droit de retrait.Celui-ci a donc une possibilité de choix et ce choix est discrétionnaire.L'employeur ne peut lui reprocher, par exemple, de ne pas s'être retiré d'une situation de travail qui s'est révélée par la suite dangereuse[1601]. Cette faculté de retrait laisse donc une marge d'appréciation au salarié sur la nécessité d'agir, d'autant plus que tout abandon irréfléchi de son poste de travail susceptible de créer pour autrui une nouvelle situation de risque grave et imminent[1602], pourrait exposer son auteur à voir engager sa responsabilité pénale et civile[1603].

644 En outre, l'exercice par un salarié de son droit de retrait suspend concomitamment l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction. Celui-ci ne peut pas, par exemple, demander au salarié qui a fait usage de son droit de retrait, de reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave ou imminent. Faut-il cependant que le salarié exerce au préalable son droit d'alerte avant son droit de retrait ? On notera qu'avant d'envisager l'hypothèse du retrait, la loi prévoit le signalement immédiat du danger par le salarié à l'employeur. Toutefois, ce signalement existe indépendamment de l'exercice du droit de retrait et s'inscrit dans une logique d'information préventive de l'employeur en matière de sécurité, qui peut être rapprochée du devoir de prudence et de l'obligation de bonne foi dans la relation de travail[1604]. Dès lors, l'absence de signalement ne rend pas inopérant l'exercice du droit de retrait[1605]. La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé cette position en affirmant que l'obligation d'un écrit préalable à l'exercice du retrait en cas de danger *« était de nature à restreindre le droit de retrait prévu par l'article L.4131-1 du code du travail »* [1606] . Celui-ci se justifie par la gravité et l'imminence du danger, non par l'exercice préalable du droit d'alerte. Et l'on soulignera qu'une autre interprétation induirait à tort l'idée qu'un accord préalable de l'employeur est nécessaire à l'exercice du droit de retrait. Ce que le juge réfute en tant que restriction à un droit reconnu par la loi à chaque salarié. Pour autant, l'exercice de ce droit semble bien devoir être accompagné d'un signalement immédiat du danger à l'employeur. Les deux droits se conjuguent et cohabitent ainsi dans la même démarche protectrice : il n'existe ni prédominance de l'un par rapport à l'autre, ni exclusion de l'un au profit de l'autre dans la décision du salarié.

[1601] V. en ce sens la circulaire ministérielle du 25/03/93, BO - MT n° 93-10.

[1602] V. art. L.4122-1 al 1 du code du travail (ancien art L.230-3).

[1603] V. Cass. Soc. 28/02/2002, Liais. Soc. 13/06/2002 jp n° 773. V. infra Titre II, Cahpitre I, Section 1 §3B.

[1604] Sachant, par ailleurs que le texte de loi lui-mêmeintroduit une notion de fauteinexcusable de l'employeur dès lors que le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (ou un membre du CHSCT), avait signalé à l'employeur le risque qui s'est matérialisé.

[1605] Ainsi, le Conseil d'Etat considère qu'une clause du règlement intérieur qui viserait à imposer aux salariés, un signalement préalable, dans l'exercice de leur droit de retrait d'une situation de travail qu'ils estiment dangereuse, impose une sujétion incompatible avec le droit reconnu par la loi (CE 12/06.87, Dr.Ouv. 1987 p 412) et non justifiée par les nécessités de la sécurité de l'entreprise (CE 11/07/1990 n° 85416).

[1606] Cass.Soc. 28/05/2008, Liais. Soc. 20/06/2008, n° 15144. Il s'agissait, en l'occurrence, d'une clause d'un règlement intérieur qui prévoyait une obligation de consignation par écrit avant retrait, signée soit par le salarié, soit par un témoin ou le supérieur hiérarchique.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

645 Un autre constat milite, enfin, en faveur d'une altération sensible de l'influence du pouvoir de l'employeur à l'égard du salarié.Tout salarié peut, de sa propre initiative, face à un danger qu'il juge, selon ses capacités et sa formation, grave et imminent,décider de cesser le travail, pour protéger sa santé et son corps, sans avoir à craindre le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Aucune sanction ni retenue de salaire ne peut être pratiquée dans ce cas à son encontre[1607]. Il s'ensuit qu'est nul le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice légitime par le salarié du droit de retrait de son poste de travail dans une situation de danger[1608].

646 Certes, la faculté de retrait du salarié d'une situation de travail présentant un danger grave et imminent n'est pas une liberté en soi pour le salarié ni une obligation. Mais l'exercice du droit de retrait, comme du droit d'alerte, sollicite indéniablement l'intervention exclusive de la volonté individuelle du salarié, ce qui constitue une intrusion notable sur le terrain d'exercice du pouvoir patronal. En ce sens, seule la décision du salarié est apte à mettre en œuvre ce droit et à faire jouer l'effet juridique des règles concernées face à l'employeur. Qui plus est, c'est l'appréciation personnelle du salarié au regard du danger grave et imminent qui est seule prise en compte.

C. Une appréciation personnelle du danger grave et imminent

647 Puisque c'est l'analyse de la situation par le salarié et son évaluation subjective du danger qui déclenche l'exercice du droit de retrait, le juge, s'il est amené à effectuer un contrôle, considérera le motif *« raisonnable »* du salarié qui l'a amené à penser que la situation présentait un danger grave et imminent. Ainsi, le droit de retrait d'une situation dangereuse peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire a posteriori sur le fondement d'un motif raisonnable.

Le *« raisonnable » »,* on l'a vu [1609], exprime en droit une idée de modération, d'adaptation et de proportionnalité. L'appréciation et la recherche du « *motif raisonnable de penser »* laissent donc supposer une analyse *« in concreto »,* selon chaque situation juridique. Cette analyse pourra tenir compte notamment des critères définis par l'article L. 4122-1 al.1 du code du travail,[1610] c'est à dire de *« la formation »* et des *« possibilités »* du salarié. De manière générale, c'est la perception de la gravité et de l'imminence du danger par le salarié, eu égard à ses propres compétences, son expérience, son état de santé, voire son âge et sa formation, qui permettrad'établir le motif raisonnable à l'origine de l'exercice du droit de retrait[1611].

Ainsi, ce dernier n'est-il pas strictement subordonné à l'existence effective d'un danger grave et imminent. Il suffit que le salarié ait eu un motif légitime, acceptable, de penser qu'il en est ainsi. Dès lors que le motif raisonnable existe, une erreur d'appréciation de la part du salarié n'est pas en soi fautive. Cette position peut être fondée sur la théorie

[1607] Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux (art.L.4131-3 remplaçant l'ancien art. L.231-8-1 phrase 1 du code du travail).

[1608] Cass.Soc. 28/01/2009, Liais. Soc. 09/02/2009, n°29/2009.

[1609] V. aussi sur cette notion Partie I, Titre I,Chapitre I, Section 2 §2C.

[1610] Ancien art.L.230-3 du code du travail.

[1611] Cass. Soc . 9/05/2000, Liais. Soc. 02/10/2000 jp n° 685.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

générale del'apparence[1612], c'est à dire sur une situation de fait visible, provoquant une croyance erronée et susceptible d'être partagée par n'importe quelle personne raisonnable. Si le caractère raisonnable du motif justifiant le retrait du salarié relève de l'appréciation souveraine des juges de fond, ceux-ci ne sont pas autorisés pour autant à substituer leur propre appréciation à celle du salarié ayant exercé son droit[1613].Ils doivent rechercher si au moment de l'exercice du droit de retrait, l'intéressé justifiait, compte- tenu de ses particularités propres, d'un motif raisonnable de penser que la situation de travail présentait un danger grave et imminent .

648 De manière générale, la jurisprudence exige que le risque soit réalisable brusquement ou dans un délai proche et qu'il présente une menace sérieuse pour l'intégrité physique du salarié. Tel n'est pas le cas lorsque le retrait est exercé après une levée par l'inspecteur du travail de la procédure d'alerte initiée par les membres du CHSCT. Il faut donc une perception du risque qui se situe dans *« la juste mesure »* des critères de gravité et d'imminence[1614]. De simples sentiments d'insécurité ne sont pas suffisants à caractériser le motif raisonnable[1615]. A contrario, l'absence de motif raisonnable[1616] de penser que la situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ne justifie pas l'exercice du droit de retrait, le salarié s'exposant alors à une retenue sur salaire correspondant à l'absence injustifiée[1617] , voire à une sanction disciplinaire pouvantaller jusqu'au licenciement[1618].

Bien que la reconnaissance d'un droit individuel de retrait ne remette pas en cause l'abondante réglementation d'ordre public existant en la matière, ni la vocation des questions d'hygiène et de sécurité à relever de la responsabilité de l'employeur[1619], elle participe à une valorisation nouvelle de la place de la volonté individuelle du salarié dans le domaine d'exercice du pouvoir de l'employeur. La volonté du salarié devient désormais une donnée active de la mise en œuvre des mesures de prévention et de protection de la santé au travail.

Ce mouvement de valorisation de la volonté est-il isolé ? Peut-on identifier dans le droit positif d'autres formes de prérogatives laissées à l'initiative du salarié ? On observe un mouvement favorable au renforcement des capacités d'action individuelle du salarié au sein de l'organisation de l'activité productive. Mais s'agit-il véritablement de nouveaux droits propres au salarié ?

1612 V. A. Bousiges, art. préc. *« Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique »,* p 279 et suiv. Sans entrer dans les détails d'une théorie très complexe, il suffit de rappeler que l'apparence explique *« certains mécanismes comme la possession d'état, la preuve par commune renommée, les solutions retenues en matière de simulation . Mais sa fonction d'élection est la validation des irrégularités les plus diverses : défaut de compétence, de pouvoir , de capacité ou de droit . On dit Error communis,facit jus : l'erreur commune est créatrice de droit ».* (H.Roland,L.Boyer, *"Introduction au droit",*Litec 2002, p 564-567).

1613 V. Cass.soc. 9/05/2000, arrêt préc.

1614 Cass.crim.25/11/2008, Liais. Soc. 23/12/2008, n° 15266.

1615 Cass. Soc. 23/03/2003, Sem. Soc. Lamy 23/06/2003 p 11.

1616 Telles la mauvaise foi, et l'erreur inexcusable.

1617 Et ce, même si le salarié est resté à la disposition de l'employeur et sans que ce dernier ait l'obligation de saisir préalablement le juge prud'homal (Cass.crim.du 28//11/2008 préc., également Cass.soc. 23/04/2003 n° 00-44.806).

1618 Cass. Soc. 20/01/1993 n°91-42.028.

1619 Et aussi soumis au contrôle des représentants du personnel, en particulier les membres du Comité d'hygiène et de sécurité (CHSCT).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

§ 2- Un droit d'alerte dans l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise ?

649 De manière assez inusitée pour être remarquable, la Chambre sociale de la Cour de cassation a eu à répondre[1620], il y a quelques années déjà et pour la première fois à notre connaissance[1621], à la question de savoir si un salarié pouvait *« dénoncer »* des agissements de son employeur lui paraissant anormaux dans le cadre de l'organisation et du fonctionnement de l'entreprise.

En l'occurrence, l'affaire mettait en scène une salariée qui avait décidé d'alerter l'inspecteur du travail sur les malversations, manipulations de caisse et détournements de recettes commises par l'employeur. Informé de cette démarche, ce dernier la licencie pour faute grave. Dans un attendu explicite, la Cour énonce que *« le fait pour un salarié de porter à la connaissance de l'inspecteur du travail des faits concernant l'entreprise et lui paraissant anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute ».* Cette situation doit bien sûr être distinguée de l'hypothèse du refus du salarié d'accomplir un ordre illicite ou illégitime commandé par l'employeur. Dans ce cas, le refus du salarié est un droit, il est justifié et ne constitue pas une faute[1622]. Dans l'affaire qui nous occupe, au contraire, il s'agissait d'une dénonciation, à l'initiative du salarié et en dehors de tout système organisé d'alerte professionnelle, auprès de l'administration du travail, de pratiques illégales en usage dans l'entreprise, auxquelles le salarié n'était pas mêlé par ses fonctions. Alors que les juges de fond avaient estimé qu'il ne revenait pas à un salarié d'alerter différents services extérieurs des malversations de l'employeur, en raison notamment du caractère pénal de l'affaire, la Cour prend une position diamétralement opposée.

L'argumentation développée et complétée par la suite semble dessiner une ébauche de *« droit d'alerte propre au salarié »*[1623], exercé sous certaines conditionset destiné à protégerles intérêts de l'entreprise, en dehors de tout dispositif d'alerte professionnelle (A). Si on retient cette interprétation, les capacités d'action individuelle du salarié s'en trouveraient renforcées puisqu'il pourrait ainsi intervenir, à sa seule initiative et selon sa propre appréciation des faits, en vue de défendre l'intérêt et le bon fonctionnement de l'entreprise qui l'emploie. Pour autant, sur quels fondements juridiques peut-on s'appuyer pour soutenir l'idée d'un droit d'alerte du salarié dans de telles circonstances (B) ?

A. Une ébauche de droit d'alerte propre au salarié

650 Si la Cour de cassation admet, à travers l'arrêt du 14 mars 2000, qu'un salarié puisse alerter des malversations de l'employeur, même en l'absence de dispositif d'alerte professionnelle, ce n'est pas sans poser au préalable certaines conditions et limites.

La première exigence repose sur le champ de la dénonciation. Celle-ci ne peut porter que sur des faits en rapport avec l'entreprise, c'est à dire ayant un lien direct avec l'activité de l'entreprise. Ceci exclut en conséquence les dénonciations ayant trait à des faits ou comportements d'ordre privé ou personnel concernant l'employeur, en tant que

1620 Cass.Soc. 14/03/2000, Dr. soc. mais 2000 p 555 et suiv. obs. J. Savatier .

1621 Depuis cette première décision, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser sa jurisprudence (notamment Cass.soc.08/11/2006 n° 05-41.504 ; 12/07/2006 n° 04-41.075).

1622 V. supra Partie II, Titre I, Chapitre I, Section 1, §2B.

1623 A l'exclusion de toute «délation» à l'encontre de l'employeur .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

personne.Ces faits doivent ensuite paraître anormaux au salarié. Ce qui est donc saisi ici, c'est lacapacité d'appréciation et d'analyse personnelle du salarié, au regard notamment de sa qualification, de son expérience, de sa formation et des informations dont il a eu connaissance pour étayer sa position.Cette perception de l'anormalité des faits ne va pas sans rappeler la notion de *« motif raisonnable de penser »,* que nous avons eu l'occasion d'évoquer dans le cadre de l'exercice du droit de retrait d'une situation présentant un danger grave et imminent.

En effet, ce qui semble être mis en exergue par la Cour de cassation, c'est la conviction profonde, « raisonnable » du salarié, que son employeur se livre à des actes anormaux qui peuvent être préjudiciables aux intérêts et au fonctionnement de l'entreprise, alors même, selon la formulation retenue par la Cour, *«que la réalité pourrait s'avérer au final différente».* La théorie de l'apparence[1624] apparaît plus ou moins explicitement dans le propos. Ce qui importe, c'est la manière dont les faits ont pu être appréhendés par le salarié, qu'ils soient ou non -précise la Cour- susceptibles de qualification pénale.En tout état de cause, *« l'anormalité »* des faits dénoncés ne doit pas provenir d'une mauvaise foi,[1625] d'une intention malveillante ou d'une déformation volontaire et mensongère des faits par le salarié en vue de causer un préjudice à l'employeur ou l'entreprise[1626].

651 Outre l'objet des accusations et la finalité poursuivie par le salarié, le choix du destinataire des accusations formulées semble déterminant. Dans l'affaire citée, la salariée avait informé l'inspecteur du travail de faits qui l'inquiétaient et pouvaient mettre en péril, d'après elle, l'intérêt de l'entreprise. L'inspecteur du travail représente l'interlocuteur privilégié des salariés envers lesquels il assure un rôle de conseil et d'information, comme à l'égard des instances représentatives du personnel. Dans ce schéma d'alerte, la sollicitation de l'inspecteur du travail, représentant de l'Etat, n'apparaît donc pas inopportune, ni excessive. Toutefois, dans d'autres affaires, la Chambre sociale de la Cour de Cassation a eu l'occasion de reconnaître d'autres destinataires des accusations présentées par des salariés, comme le parquet[1627] ou encore la hiérarchie[1628], en l'occurrence le président directeur général[1629].

652 Cette orientation jurisprudentielle laisse donc la faculté au salarié, sous certaines conditions et en l'absence de dispositif d'alerte professionnelle, de décider seul de l'attitude à adopter face à des malversations éventuelles de l'employeur qui mettent en péril le devenir de l'entreprise dans laquelle il travaille. Le salarié est alors reconnu comme un acteur à part entière de la vie de l'entreprise et de son fonctionnement. En tant que tel, il disposerait en quelque sorte d'un droit d'action propre à alerter des interlocuteurs extérieurs de faits de corruption commis par l'employeur. Ce droit d'action se rapprocherait, d'une certaine façon, de celui qui existe déjà pour le comité d'entreprise [1630]ou pour le CHSCT[1631], aux fins de

[1624] V. supra §1sur le droit d'alerte et de retrait, en matière de sécurité au travail.

[1625] Cass.Soc. 08/11/2006, arrêt préc.

[1626] Cette exigence de bonne foi est d'ailleurs reprise dans l' article L.1161-1 alinéa 1 du code du travail issu de la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption. V. infra B).

[1627] Cass.Soc. 12/07/2006, arrêt préc.

[1628] Cass.Soc. 08/11/2006, arrêt préc.

[1629] Il convient de noter que l'article L.1161-1 du code du travail énonce que la relation des faits de corruption ou le témoignage doivent être effectués auprès de l'employeur ou des autorités judiciaires ou administratives.

[1630] Art. L.2323-78 du code du travail (ancien art. L.432-5). On notera toutefois que le droit d'alerte du comité d'entreprise s'exerce « en interne », sans recours à l'inspecteur du travail (il en va différemment pour le droit d'alerte du CHSCT. V.supra §1).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

défendre l'outil de travail. Pour autant, la jurisprudence n'a pas consacré un droit d'alerte que chaque salarié posséderait en propre.

Au demeurant, sur quels fondements juridiques un tel droit d'alerte pourrait-il être individuellement accordé à chaque salarié ?

B. Des fondements juridiques incertains

653 Force est de souligner que l'état actuel de la jurisprudence[1632] sur la question n'est guère éclairant. Ceci n'a rien de surprenant dès lors que le juge n'a pas posé, dans sa décision, une règle normative reconnaissant un droit d'alerte du salarié dans l'intérêt de l'entreprise.

Prenant acte du mutisme de la Cour de Cassation, on pourrait d'abord être tenté de considérer que le fondement implicite de la solution réside dans le *« devoir d'ingérence dans les affaires d'autrui ».* Prenant appui sur la bonne foi, un tel devoir, d'origine contractuelle, imposerait au salarié contractant d'avertir son créancier de l'erreur qu'il commet par ses actes illicites, et ce, dans l'intérêt de celui-ci et pour la pérennité du contrat. Il y aurait là comme un préalable à l'intervention du juge. Or, outre que le droit d'alerte a pour objet de défendre l'intérêt de l'entreprise et son fonctionnement, menacés par les actes illicites de l'employeur (et non une idée de solidarité ou de fraternité contractuelle), on se trouve sur le terrain du pouvoir patronal, donc dans la dimension non contractuelle du rapport d'emploi, peu propice à une idée de solidarité. Cette première interprétation n'apparaît donc pas satisfaisante dans le contexte précis considéré.

654 Une autre voie consisterait à rapprocher le droit d'action propre au salarié, qui vise à alerter certains interlocuteurs extérieurs de malversations commises par l'employeur, du droit des salariés de témoigner ou relater des agissements constitutifs de harcèlement sexuel [1633] ou moral[1634]. Dans toutes ces situations, il s'agit d'alerter sur des actes répréhensibles ou illicites de l'employeur. Le salarié a le choix d'agir ou non, en fonction de sa perception de la situation en cause, et il se trouve protégé contre l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur, sauf légèreté ou mauvaise foi de sa part. Ce droit propre au salarié permet effectivement une neutralisation de la subordination sur le terrain du pouvoir et ne sont pas sans une certaine similitude juridique avec la situation qui nous occupe.

Une autre direction peut encore être empruntée. La logiqueretenue dans l'arrêt du 14 mars 2000 rappelle les lignes du raisonnement suivi par la Cour de Cassation à propos de la liberté d'expression reconnue au salarié dans l'entreprise et en dehors de celle-ci. Cette liberté n'est pas sans limite et ne saurait s'exercer de façon abusive. Mais on sera porté à considérer que le salarié qui dénonce des pratiques douteuses, en l'absence d'abus, use bien de cette liberté fondamentale qu'est la liberté d'expression.

L'ébauche d'un droit d'alerte propre au salarié, exercé dans l'intérêt de l'entreprise, pourrait ainsi se situer à la lisière des deux dernières orientations évoquées.

[1631] Art. L.4132 du code du travail (ancien art. L.231-9 al.2) prévoyant notamment, dans le cadre de l'exercice du droit d'alerte par le CHSCT, la saisine de l'inspecteur du travail en cas de divergence sur la réalité du danger ou la façon de la faire cesser .

[1632] La Cour s'appuie sur les seuls articles L.122-8, L.122-9 et L.122-14-3 du code du travail relatifs à la rupture du contrat de travail (les faits ayant eu lieu avant l'entrée en vigueur du nouveau code du travail).

[1633] Art.L.1153-3 du code du travail (ancien art.L.122-46 al.2).

[1634] Art L.1152-2 du code du travail (ancien art.L.122-49 al.2).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

655 Reste une dernière voie à explorer. Ne peut-on rapprocher la faculté reconnue au salarié par la Cour de Cassation, de la finalité des systèmes de dénonciation de fraudes ou d'irrégularités comptables ou financières, à l'image du *« whistleblowing »* [1635] ?

Désormais les alertes professionnelles[1636] sont spécifiquement réglementées en France[1637], un tel dispositif devant répondre à une obligation législative ou réglementaire du droit français[1638] et faire l'objet, selon les cas, d'une autorisation unique[1639] ou d'une autorisation normale[1640]. Au plan des finalités poursuivies, le rapprochement ne semble pas approprié. En effet, la faculté du salarié d'alerter des dysfonctionnements, telle qu'accueillie par les juges, est à sa seule initiative et ne participe en aucune façon d'un processus mis en place et favorisé par l'employeur. Là est sans doute la distinction fondamentale. Dans un cas, le salarié bénéficie d'une autonomie de décision, dans l'autre il fait partie d'un processus de pouvoir [1641].

Pour autant, si les finalités différent, les effets des deux dispositifs peuvent être rapprochés eu égard à la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption[1642]. Ce texte crée, en effet, un régime de protection pour les salariés qui dénoncent ou témoignent, de bonne foi, soit auprès de l'employeur, soit auprès des autorités judiciaires ou administratives, des faits de corruption dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions[1643]. Qu'il s'agisse d'un contexte d'alerte spontanée ou d'alerte professionnelle organisée par l'entreprise, les salariés bénéficient désormais d'une protection contre les éventuelles mesures de rétorsion dont ils pourraient faire l'objet de la part de l'employeur. Ainsi, toute rupture du contrat de travail qui en résulterait est-elle

[1635] Terme américain tiré de l'expression « to blow the whistle » qui signifie littéralement donner un coup de sifflet, c'est à dire tirer la sonnette d'alarme, dénoncer quelqu'un. La loi américaine dite Sarbanes-Oxley impose aux entreprises cotées à la bourse de New-York la mise en place d'un système de dénonciation anonyme des fraudes comptables et financières par les salariés, le whistleblowing. Cette loi s'impose aussi aux filiales de ces entreprises dans le monde entier depuis le 1er juillet 2005 et aux entreprises étrangères cotées à la bourse de New-York depuis le 1er juillet 2006. V. notamment L. Flament et Ph.Thomas, *« Le whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique »*, JCP S 18/10/2005, n°1277.

[1636] Un dispositif d'alerte professionnelle est défini par la CNIL comme *« un système mis à la disposition des employés d'un organisme public ou privé pour les inciter , en complément des modes normaux d'alerte sur les dysfonctionnement de l'organisme, à signaler à leur employeur des comportements qu'ils estiment contraires aux règles applicables et pour organiser la vérification de l'alerte ainsi recueillie au sein de l'organisme concerné ».*

[1637] Le dispositif d'alerte revêt un caractère facultatif et complémentaire à d'autres modes d'alerte. V. Délibération CNIL n °2005-305 du 8/12/2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (JO du 02/01/2006). V. Liais. Soc. 16/03/2006 n° 8679 ; circulaire DGT 2008/22 du 19/11/2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur).

[1638] Il s'agira d'obligations visant soit à l'établissement de procédures de contrôle interne (domaine bancaire par exemple), soit à un intérêt dont la légitimité est bien établie (domaine financier, comptable mais aussi lutte contre la corruption). A noter que les entreprises concernées par la section 301 de la loi US dite Sarbanes-Oxley entrent dans le champ d'application visé par la délibération CNIL.

[1639] Si les entreprises ont un système conforme à la délibération CNIL.

[1640] Si les entreprises mettent en œuvre des dispositifs d'alerte sortant du cadre fixé par la CNIL.

[1641] Introduction de la délibération CNIL préc.

[1642] Loi n°2007-1598 du 13/11/2007(JO du 14/11/2008).

[1643] Art. L.1161-1 du code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

nulle de plein droit[1644]. Cette protection légale s'inspire de celle déjà mise en œuvre en matière de harcèlement moral et de harcèlement sexuel. Ce qui conforte la proposition précédente d'admettre un régime juridique identique, qu'il s'agisse du droit des salariés de témoigner ou relater des agissements constitutifs de harcèlement sexuel ou moral menés notamment par l'employeur, ou de la faculté pour chaque salarié d'alerter, à son initiative, des interlocuteurs extérieurs de malversations commises par l'employeur et préjudiciables au bon fonctionnement de l'entreprise.

656 Il est clair qu'à l'avenir, le juge ne pourra pas faire l'économie d'une clarification de fond, d'autant plus que la loi accorde désormais une garantie générale au salarié qui exercerait une alerte spontanée. Cette clarification assurerait, en tous les cas, un renforcement de l'émancipation de la volonté et des moyens d'action du salarié dans l'organisation de l'activité productive, domaine traditionnellement réservé à l'employeur.

Mais l'essor des prérogatives du salarié dans l'organisation de l'activité productive de l'entreprise n'est-il pas de nature à élargir conséquemment sa responsabilité ? Dans l'affirmative, n'y a-t-il pas une incompatibilité avec la condition juridique de subordonné ?

§ 3-Un élargissement corrélatif de la responsabilité du salarié

657 Il a été souligné, précédemment, que l'exercice du pouvoir par l'employeur exigeait le retrait de la volonté du salarié, ce qui entraînait par ricochet l'inanité de sa responsabilité[1645]. Mais, dès lors que le salarié bénéficie de prérogatives accrues et donc d'une capacité renforcée d'initiatives et d'actions, n'est-il pas logique que sa responsabilité soit corrélativement élargie ?

L'évolution du droit du travail, au travers de l'essor des prérogatives individuelles octroyées au salarié, mais aussi dans une autre mesure, le développement de pratiques diverses de management participatif ou intégratif, tendent à présenter le salariécommeun *« partenaire »* [1646], doté d'un pouvoir décisionnel dans ses attributions, d'une capacité d'initiative et d'action. Plus est visé un affranchissement de la volonté du salarié au regard du pouvoir de l'employeur, et plus le salarié tend à devenir responsable des effets juridiques de ses actes et décisions. Il en est spécialement ainsi s'agissant de la maîtrise du risque professionnel. La responsabilité du salarié dans ce domaine peut être, en effet, engagée de deux façons différentes.

En premier lieu, la technique de la délégation de pouvoirs permet de transférer la responsabilité pénale de l'employeur en matière de sécurité sur la personne du salarié délégataire, bénéficiant de l'autorité, de la compétence et des moyens nécessaires(A). Ensuite, la mise en œuvre de l'article L. 4122-1 du code du travail[1647] semble bien renforcer la responsabilité disciplinaire des salariés, en l'absence même de délégation de pouvoirs (B).

A. La délégation de pouvoir

[1644] Comme en matière de discrimination, la charge de la preuve en cas de litige est répartie entre le salarié et l'employeur. Le juge forme sa conviction après avoir donné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles (art 1161-1 dernier alinéa du code du travail).

[1645] Supra Partie II, Titre 1, Chapitre 1, Section 1,§1B .

[1646] F. Meyer, C. Sachs-Durand, *" L'évolution du rapport salarial "* in Le droit collectif du travail, Etudes en hommage à Mme le professeur H. Sinay, éd. Peter Lang 1994, p 369.

[1647] Ancien article L.230-3 du code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

658 Il paraît logique d'admettre que la déconcentration, parfois nécessaire, du pouvoir dans l'entreprise puisse conduire à exonérer de toute responsabilité celui qui a délégué sa responsabilité à un tiers, qui devient à son tour « décideur » et par là-même responsable[1648]. Toutefois, la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour decassation s'est attachée à délimiter lesconditions d'un tel mécanisme, à la fois translatif de responsabilité à l'égard du salarié désigné comme délégataire et exonératoire de responsabilité pour l'employeur délégant.

En effet, ce double effet juridique de la délégation tranche suffisamment, d'une part, avec les effets classiquement dévolus à la subordination et, d'autre part, avec ceux rattachés à l'obligation générale de sécurité dite « de résultats » qui pèse sur l'employeur, pour que la délégation de pouvoirs soit soumise à des conditions strictes de validité. De plus, l'essor d'une certaine autonomie des salariés en situation de travail, conjugué à la segmentation du fonctionnement de certaines grandes entreprises ou groupesd'entreprises,sont autant de facteurs favorables à une extension de la pratique de la délégation de pouvoir en matière de sécurité. Dès lors, fallait-il empêcher que la recherche d'une exonération de responsabilité ne devienne une stratégie de défausse, consistant à reporter sur un autre une responsabilité qu'on ne souhaite pas soi-même assumer[1649].

659 Outre des conditions propres à la personne qui délègue,[1650] la Chambre criminelle exige, concernant le délégataire, qu'il soit salarié de l'entreprise et *« pourvu de l'autorité, de la compétence et des moyens nécessaires pour remplir sa mission »*[1651]. Ces conditions traduisent *in fine* une seule et même condition, tant il apparaît que *« chacun de ses éléments est étroitement associé aux deux autres et n'est pas susceptible d'en être sérieusement isolé »*[1652]. Il faut que le salarié délégataire soit suffisamment autonome pour bénéficier dans les faits d'une fraction de l'autorité patronale conduisant à un tel transfert de responsabilité.A l'évidence, ces conditions visent d'abord les cadres, voire des agents de maîtrise jouissant d'une capacité autonome de commandement, de compétence et aussi d'une liberté de décision leur permettant de prendre les actions et mesures opportunes[1653]. L'association des termes autorité et compétence laisse entendre que le salarié délégataire bénéficie d'un véritable pouvoir de manifestation de volonté et d'une capacité réelle d'autodétermination. Il devient alors logique que ces conditions comportent une exigence complémentaire. Le délégataire doit bénéficier des moyens nécessaires à l'exercice de sa mission, ce qui rend possible la liberté d'action propre à toute prise de décision.

660 Au demeurant, une telle délégation ne peut être imposée au salarié concerné. Elle doit nécessairement faire l'objet d'une acceptation du salarié, *« être expressément*

[1648] M. Delmas-Marty, *« Le droit penal , l'individu et l'entreprise : culpabilité du fait d'autrui »,* JCP G 1985 I 3218 .

[1649] A. Etchegoyen, *« La vraie morale se moque de la morale – Etre responsable »,* Seuil 1999.

[1650] Conditions que nous n'examinerons pas ici, compte –tenu de l'objet de notre propos tourné sur le salarié délégataire.

[1651] Cette formule se retrouve dans de nombreux arrêts, v.notamment Cass. Crim. 11/03/93,D. 1994 Somm. 156

[1652] H. Seillan, *« La délégation de pouvoirs en droit social »,* JCP E 1985 II 14 428.

[1653] Il est fréquent que les partenaires sociaux d'une branche professionnelle se saisissent de cette question de délégation de pouvoir pour limiter les catégories de personnel qui peuvent y être soumises. Pour illustration, la nouvelle convention collective des ETAM des Travaux publics en date du 12 juillet 2006 (en vigueur depuis le 1er juillet 2007) prévoit un cadre général pour les délégations de pouvoir qui ne peuvent être données qu'aux ETAM classés à un certain niveau, en l'occurrence, le niveau F.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

consentie » [1654] soit au moment de l'embauche, soit ultérieurement[1655]. Bien que les formes de la délégation ne soient pas précisées ni subordonnées à la rédaction d'un écrit spécifique, l'exigence d'une délégation certaine et limitée milite en faveur d'un écrit[1656].Car une délégation ne peut être ni totale ni incertaine ou indéterminée. Le salarié délégataire doit pouvoir appréhender pleinement ce sur quoi il s'engage.

Enfin, même si l'employeur apporte au juge la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires, encore faut-il que la mesure qui aurait dû être prise entre effectivement dans la mission confiée au salarié délégataire. Le droit pénal du travail trouve à s'appliquer à l'encontre de l'employeur, dès lors qu'il a personnellement pris part à la réalisation de l'infraction ou en cas de dysfonctionnement général de l'entreprise.

661 En définitive, le transfert de responsabilité qui résulte de la délégation doit être l'expression d'un réel transfert de pouvoirs, *« de pouvoirs que seuls la compétence, l'autorité et les moyens sont à même de manifester, à la mesure de ceux dont dispose le chef d'entreprise lui-même en dehors de toute délégation »* [1657] . Il existe donc des bornes précises à la validité de la délégation de pouvoirs. N'en demeure pas moins une certaine réticence à ce procédé, due à la qualité même de salarié. Il est évident que plus fort est le degré d'autonomie du salarié dans le travail, plus grand apparaît son niveau de responsabilisation. Il n'est pas inconcevable, qu'un chef d'entreprise cherche à s'appuyer sur des salariés d'un certain niveau hiérarchique et de responsabilités en leur confiant la direction et le contrôle de certaines activités qu'il n'est pas en mesure d'assumer sur le terrain avec, corrélativement,la responsabilité qui s'y rattache.La délégation de pouvoirs, notamment par sa portée « répressive » pour le salarié délégataire, engendre une suspicion tant elleapparaît comme un renoncement au « statut » protecteur du salarié. Pourtant, la volonté de ce dernier est ici doublement présente, à travers l'autonomie d'initiative dont il fait preuve dans son travail et par son consentement exprès à la délégation. Ce constat traduit le paradoxe du rôle actuel de la volonté du salarié dans le rapport d'emploi. Toute velléité d'émancipation semble se heurter à la permanence du souci de la protection du salarié.

Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que l'implication plus étroite du salarié dans le domaine de la sécurité, en dehors du cadre réglementé de la délégation de pouvoir, suscite interrogations[1658].

B. La responsabilité disciplinaire fondée sur l'article L.4122-1 du code du travail

[1654] Cass. Crim. 21/12/82.

[1655] Dans cette hypothèse, sauf disposition conventionnelle impérative,il s'agira alors, selon notre analyse, d'une proposition de modification du contrat de travail, l'accord du salarié délégataire étant incontournable, compte- tenu de la portée « répressive » de la délégation et du surcroît d'engagements qui en découlent pour le salarié délégataire.

[1656] Souvent exigé par voie de convention ou accord collectif.

[1657] Y. Mayaud , *« Responsables et responsabilité »*, Dr. Soc. novembre 2000 p 941 et suiv.

[1658] V. notamment F.Favennec-Héry, *« L'obligation de sécurité du salarié »,* Dr. Soc. 2007, p 687. Pour une critique même de l'obligation salariale de sécurité du salarié, v. Caroline André, *« L'obligation salariale de sécurité est-elle une obligation de sécurité ? »* JCP S 2008, 1094.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

662 Ce texte, issu de la loi du 31 décembre 1991 relative aux obligations de l'employeur et du salarié en matière de sécurité au travail [1659], impose une obligation originale de sécurité à la charge du salarié, destinée essentiellement à prévenir les accidents du travail. Il prolonge, de façon différente mais complémentaire, les articles L.4131-1 et suivants du code du travail sur le droit d'alerte et de retrait[1660].

Devenu « co-acteur » de la prévention dans l'entreprise, le salarié doit apporter sa contribution à la réduction du risque pour lui-même comme pour les autres. Ainsi, selon la rédaction du premier alinéa de l'article L.4122-1 du code du travail,[1661] il ne s'agit pas d'une simpleobligation de vigilance ou d'un devoir de prudence qui s'impose à tout citoyen, donc à toute personne travaillant en entreprise, mais d'une obligation de moyens qui pèse sur chaque salarié : *« il incombe à chaque travailleur ».* Celle-ci doit être appréciée « *in concreto »*, eu égard aux possibilités du salarié, mais aussi en fonction de sa formation, ce qui présuppose que l'employeur se sera également acquitté de ses propres obligations, notamment de son devoir de formation à la sécurité. L'obligation de sécurité du salarié aura donc forcément une portée différente selon la figure du professionnel en cause et son degré d'autonomie au travail. Pour autant, cette obligation n'est pas l'homologue de l'obligation patronale de sécurité[1662].

663 En effet, le dernier alinéa de l'article L.4122-1du code du travail[1663] précise que les dispositions du premier alinéa n'affectent pas le principe de la responsabilité de l'employeur. Ainsi, l'obligation de sécurité du salarié n'a-t-elle pas en principe d'effet exonératoire de responsabilité pour l'employeur, ni sur le plan pénal ni sur le plan civil. En outre, elle n'est pas de nature à exonérer l'employeur de sa faute inexcusable[1664]. Celui-ci demeure donc seul responsable pénalement des infractions aux dispositions du code du travail et de l'obligation générale de sécurité, même si le salarié a un rôle à jouer dans cette dernière. Au demeurant, l'obligation de sécurité du salarié s'exerce *« conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur »*, dans les conditions prévues au règlement intérieur[1665]. L'obligation salariale de sécurité n'est pas une obligation autonome[1666].

664 Il n'en demeure pas moins vrai que la violation de l'obligation de sécurité du salarié, telle qu'elle résulte de l'article L.4122-1 al.1 du code du travail, apparaît bien devoir être sanctionnée sur le plan disciplinaire. C'est ce que traduit notamment une décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation [1667] qui s'appuie, pour la première fois à

1659 Loi n° 91-1414 du 31/12/1991, JO du 05/01/1992. Transposition de l'article 13 de la directive européenne n°89/391 du 12 juin 1989.

1660 V. supra &1.

1661 Ancien art. L.230-3 du code du travail réécrit de la façon suivante : *« Conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur, dans les conditions prévues au règlement intérieur pour les entreprises tenues d'en élaborer un, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation, et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail».*

1662 C. André, *« L'obligation de sécurité dans l'entreprise »,* Thèse Cergy Pontoise 2004, p 193 et suiv.

1663 Ancien art. L.230-4 du code du travail.

1664 Cass.Ass.plén.24/06/2005, JCP S 2005,1056, note P.Morvan.

1665 Pour les entreprises qui sont soumises à l'obligation d'en élaborer un.

1666 C.André, thèse préc. *« L'obligation de sécurité dans l'entreprise ».*

1667 Cass. Soc 28/02/2002, Dr. Soc. mai 2002 p 533, com. R. Vatinet ; *«En marge des « affaires de l'amiante: l'obligation de sécurité du salarié »,* Liais. Soc. 13 juin 2002 jp n° 773.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

notre connaissance, sur cet article[1668]. En l'occurrence, suite à des accidents du travail, l'employeur reprochait à un salarié, cadre du service entretien, de ne pas avoir correctement établi le plan de prévention et d'avoir manqué à diverses obligations d'informations à l'égard des entreprises extérieures intervenantes, ce qui entrait dans ses attributions. Les juges de fond ont admis la réalité de ces manquements et en ont déduit que le salarié avait commis une faute grave justifiant son licenciement sans préavis ni indemnité.

La Chambre sociale énonce que «selon l'article L.230-3 du code du travail, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et de ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail ; que dès lors alors même qu'il n'aurait pas reçu de délégation de pouvoir, il répond des fautes qu'il a commises dans l'exécution de son contrat de travail» [1669]. On notera que désormais, contrairement à la jurisprudence antérieure,[1670] l'absence de délégation de pouvoir n'apparaît plus comme un obstacle à une sanction pour manquement dans l'accomplissement d'une mission. On constate également que l'attendu cité ne fait plus référence au début de la première phrase de l'ancien article L. 230-3 du code du travail : « conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur [ou le chef d'établissement][1671] il incombe à chaque travailleur de prendre soin…[1672] ». Cette omission du juge, à moins d'être involontaire, pourrait impliquer une mise en cause plus large du salarié lors de la réalisation d'un risque dans l'entreprise.

665 Certes, il faut se garder d'une généralisation hâtive, d'autant plus que les conditions de fait de l'espèce révélaient nettement des fautes commises par le salarié dans l'exécution même de son contrat[1673]. Cependant, il apparaît clairement, à la lecture des quelques décisions de la Cour de cassation mettant en œuvre l'ancien article L.230-3 du code du travail[1674], que l'appréciation *« in concreto »* des juges tient pleinement compte des compétences du salarié et de sa capacité à organiser les conditions d'hygiène et la sécurité sur les lieux de travail ainsi qu'à mettre en œuvre les consignes de sécurité et mesures de prévention[1675].

Plus autonome, plus apte à prendre des décisions, le salarié devient logiquement plus responsable des effets juridiques de ses manifestations de volonté, voire de ses omissions dans l'exécution du travail confié. Certes, le débat ne se place pas ici sur le terrain de la responsabilité pénale ou civile du salarié[1676], mais il n'en traduit pas moins une mise en œuvre plus ferme de la responsabilité disciplinaire du salarié en matière de sécurité, hors délégation de pouvoirs, le salarié *« répondant des fautes qu'il a personnellement commises*

[1668] En réalité sur l'ancien art.L.230-3 du code du travail en vigueur au moment de la décision.

[1669] Pour une illustration plus récente dans le même sens, v. Cass.Soc.06/06/2007, JCP S, 24/07/07, 1584, note P-Y Verkindt.

[1670] Cass. Soc. 21/11/2000, Bull.civ V 2001 n°384.

[1671] Ensemble de la phrase ayant disparu dans la nouvelle rédaction de l'art.L.4122-1 du code du travail.

[1672] Il en est de même dans l'arrêt du 6 juin 2007 préc.

[1673] V. note M.Savatier, Dr. Soc. 2006, p 103.

[1674] Devenu l'article L.4122-2 du code du travail.

[1675] Cass.Soc. 06/06/2007, arrêt préc.

[1676] V. cependant Cass.Soc. 21/06/2006, Dr. Soc. 2006 p 826, obs. C.Radé. En combinant les articles L.122-49 et L.230-3 du code du travail, la Cour précise qu'*« engage sa responsabilité personnelle à l'égard de ses subordonnés, le salarié qui leur fait subir intentionnellement des agissements répétés de harcèlement moral ».*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

dans l'exécution de son contrat de travail » [1677]. Le licenciement pour faute grave qui fait généralement suite aura inévitablement pour conséquence la perte par le salarié de son emploi.

666 Mais s'agit-il d'un durcissement général visant à engager plus systématiquement la responsabilité du salarié ? En dehors du domaine spécifique de la sécurité, il semble difficile, sinon impropre, de parler d'un transfert de responsabilité par transfert de pouvoirs, comme en matière de délégation par exemple. Ainsi, l'employeur demeure-t-il en principe responsable face aux pertes et profits de l'entreprise. Juridiquement, le salarié ne peut donc être amené à assumer les risques économiques. Au demeurant, la mauvaise santé de l'entreprise,les difficultés économiques qu'elle peut rencontrer, font toujours courir des risques collatéraux aux salariés[1678]. De plus, sans être responsable, le salarié est de moins en moins affranchi de l'aléa économique tant il devient difficile de dissocier la relationde travail de l'environnement économique dans lequel elle vient se greffer. La prévention économique, notamment au travers de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, tend progressivement à justifier des licenciements, plus qu'à les éviter. Cette tendance n'est-elle pas une menace avérée d'un transfert du risque économique sur le salarié [1679] ?

667 Par ailleurs, la recherche de gains de productivité supplémentaires, conséquence du développement de la globalisation et de la concurrence à l'échelle planétaire, a sans aucun doute accentué la pression sur la performance individuelle de chaque salarié[1680], parfois jusqu'à l'excès. Sans opérer un transfert proprement dit des risques sur le salarié, cette évolution n'en contribue pas moins à engager un véritable processus de responsabilisation. Dès lors, ne faut-il pas, comme le préconise le professeur A. Supiot, inventer des formes nouvelles de sécurité qui ne soient plus conçues comme des contreparties de la subordination mais comme des supports de la liberté, des sécurités actives qui accompagnent les initiatives du travailleur au lieu de les brider [1681]? Tel semble être l'enjeu majeur auquel se voit confronté le droit positif[1682], face à« l'émancipation » des salariés et au renforcement du rôle de leur volonté dans le rapport d'emploi.

[1677] Cass.Soc.06/06/2007, arrêt préc.

[1678] En particulier des risques liés aux licenciement pour motifs économiques .

[1679] V. notamment A. Lyon-Caen, « Le contrôle judiciaire du motif économique et ses turbulences », Dr.Ouv. 2007, n° 705, p 156 et suiv.

[1680] Pour ne prendre qu'un exemple, la rémunération des salariés, en particulier celle des salariés bénéficiant d'un fort degré d'autonomie, devient un enjeu de taille dans cette quête. La question implicitement posée au salarié est de savoir si son travail rapporte suffisamment à l'entreprise eu égard à son coût. La mise en place de système de rémunération variable en fonction des résultats du travail ou d'objectifs à atteindre, devient le *« témoin »* de l'activité du salarié (Ph.Waquet, *« Les objectifs »,* Dr. Soc. 2001 p 120). Ce n'est plus seulement la rémunération du travail qui est en cause, c'est l'emploi lui-même pour les salariés qui n'obtiennent pas les résultats attendus. Certes, la Cour de cassation énonce clairement que l'insuffisance de résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement, mais doit résulter, soit d'une faute du salarié, soit de son insuffisance professionnelle. Pour autant, de telles pratiques visent dans les faits à intérioriser une obligation de résultats aux salariés. Au surplus, ils en subissent forcèment le contre coup « répressif », en termes de stagnation de la rémunération, absence d'augmentation ou de promotion, mise à l'écart professionnelle.

[1681] A.Supiot, *« Travail, droit et lien social »*, Conférence publique Institut international d'études sociales (IIES), Genève novembre 1999.

[1682] Des questions majeures se posent alors quant au devenir même de la notion de salarié subordonné. Les réponses restent aujourd'hui encore imparfaites (v. notamment le statut de professionnel libéral collaborateur mis en place par la loi du 2 août 2005 en faveur des PME.)

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Ce mouvement ne se limite pas, en effet, à conférer au salarié un pouvoir d'initiative et de décision dans l'organisation de l'activité productive, il se prolonge dans le cadre de l'exécution personnelle du travail.

Section 2 : L'exercice de droits propres dans l'exécution personnelle du travail

668 Les conditions d'exécution du travail des salariés font traditionnellement partie du pouvoir de direction de l'employeur. Définies par celui-ci, elles ont une vocation essentiellement organisationnelle et collective et s'imposent à l'ensemble des salariés, sans que leur consentement individuel ne soit sollicité. Dès lors, introduire une finalité individuelle dans l'exécution des conditions de travail, par nature à vocation collective, constitue à l'évidence un bouleversement touchant le champ même d'exercice du pouvoir mais aussi le lien classique de subordination.

Pourtant, la législation contemporaine tend à reconnaître aux salariés des droits propres leur offrant la capacité de s'écarter volontairement du modèle collectif et l'opportunité de disposer d'un espace de choix dans l'exécution du travail. Ces prérogatives sont porteuses indéniablement d'une dynamique d'individualisation[1683]mais aussi d'un espace de singularisation permettant à chaque salarié de manifester des choix, une volonté propre face à l'employeur. Il importe alors de s'interroger sur leurs effets juridiques et de mesurer leur portée à l'égard de l'employeur. Pour ce faire, nous prendrons successivement appui sur les prérogatives individuelles accordées au salarié en matière de temps de travail (§1)puis sur celles concernant les temps de formation sur initiative du salarié (§2).

§ 1- Le temps de travail « choisi » par le salarié

669 A l'évidence, la notion de temps de travail, telle que le droit positif la conçoit aujourd'hui, a fortement évolué depuis les prémices du droit de la durée du travail[1684]. Celui-ci a été longtemps marqué par le sceau de l'ordre public, de la protection de la santé et de la sécurité du travailleur et de la prédominance du temps de travail commandé et contrôlé. Le droit de la durée du travail a été conçu à l'origine sous l'influence de la civilisation de l'usine « *L'horaire collectif et le module hebdomadaire y sont la règle parce qu'ils correspondent aux modes pyramidaux d'organisation vulgarisés par l'entreprise fordienne* »[1685].

Mais l'économie et les modes de production ont subi, en particulier depuis une trentaine d'années, une mutation profonde qui a provoqué une évolution des tâches à accomplir et de leurs conditions d'exécution. Ces changements économiques ont contribué à une *« hausse de l'autonomie dans l'exécution du travail. Moins machinal, le travail comprend en moyenne plus d'initiatives de la part des salariés, plus d'auto- adaptation au contexte* »[1686]. De surcroît, pour répondre aux besoins du marché de l'emploi, le législateur est largement intervenu, aux plans national[1687] et communautaire[1688], en faveur de la création de flexibilités nouvelles au profit de l'employeur, accompagnées ou non d'une réduction parallèle du temps de travail.

1683 V. P. Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »,* p 94 et suiv.

1684 Loi du 21 juin 1936 (JO du 26 juin 1936)

1685 J. Barthélémy, *«La notion de temps de travail, son évolution et sa déclinaison »,* La Sem. Jur. 18/10/2005 n° 17 p 9 et suiv.

1686 E. Dockès, art. préc. *« Le pouvoir dans les rapports de travail »,* p 620 et suiv.

1687 Loi n° 98-461 du 13 /06/98 (Aubry I) Loi n°2000-37 du 19/01/2000 (Aubry II), Loi n°2003-47 du 17/01/2003 (Loi Fillon), Loi n°2005-296 du 31 mars 2005.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Or, c'est bien parce que le droit positif a développé une flexibilité du temps de travail favorable aux intérêts et aux besoins de l'entreprise, que sont apparues, comme un enchaînement nécessaire, des prérogatives individuelles permettant aux salariés de manifester un choix propre dans l'organisation et l'aménagement de leur temps de travail. Quelques évolutions normatives dans ce domaine semblent bien traduire un mouvement d'affermissement de l'idée d'autonomie individuelle du salarié. Désormais, ce dernier a de plus en plus fréquemment la capacité de décider de s'écarter volontairement du modèle collectif du temps de travail.

670 Néanmoins, un tel phénomène est loin d'être homogène et le terme de *« temps choisi »* [1689] ne recouvre pas une réalité juridique uniforme. Il semble désigner une faculté de choix personnel posé par le salarié, qui lui permettrait ainsi une certaine maîtrise de la durée ou de la répartition de son temps de travail. Ce choix traduit-il véritablement l'exercice d'une liberté ? Plus qu'une quête d'autonomie absolue, quasi utopique, il faudra plutôt rechercher si la volonté du salarié gagne en liberté, c'est à dire si cette volonté dépend plus nettement du sujet qui l'exerce. Ceci impliquera nécessairement de mesurer le pouvoir effectif de décision du salarié face à celui de l'employeur. S'agit-il d'une réelle émancipation de la volonté du salarié, une mise hors de la tutelle de l'employeur dans l'exécution individuelle du travail ? L'hésitation est permise.

Le pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur semble d'ailleurs s'accommoder, se servir de ces nouvelles prérogatives individuelles, plus que d'en souffrir. D'abord, parce qu'il y gagne en termes d'efficacité économique,[1690] ensuite parce que la loi qui a créé ces prérogatives individuelles au profit du salarié, ne laisse pas le pouvoir patronal sans capacité de réaction ni sans moyen pour utiliser à son avantage les dispositifs concernés. Au demeurant, la notion de temps « choisi » recoupe deux finalités distinctes.

671 Dans sa première manifestation, le travail à temps choisi tient lieu de réponse aux *« demandes de certains travailleurs »* [1691] ou à *« la demande des salariés »* [1692] ou, selon d'autres formulations empruntées [1693] *,* d'occuper un poste *«à temps partiel »* ou *« pratiquer des horaires individualisés »,… .* Cette orientation traduit majoritairement la volonté du salarié de réserver du temps à ce qu'il est convenu d'appeler sa vie personnelle, hors de l'espace du travail subordonné.

Dans sa seconde manifestation, le travail « à temps choisi » consiste pour le salarié à majorer volontairement son temps de travail. Avant d'être abrogée par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail,[1694] la faculté existait pour le salarié qui le souhaitait, *« en accord avec son employeur »,* d'effectuer *« des heures choisies au-delà du contingent d'heures supplémentaires »* applicable dans l'entreprise ou l'établissement, sous réserve d'une convention ou d'un accord collectif en

[1688] En particulier la directive du 23/11/93 préc.

[1689] F.Favennec-Héry , *« Le temps vraiment choisi »* , Dr. Soc. mars 2000 p 295 et suiv.

[1690] V. notamment E.Dockès, art.préc.*« Le pouvoir dans les rapports de travail »,* p 620 et suiv.

[1691] Art. L.3122-23 du code du travail (ancien art. L.212-4-1) concernant les horaires individualisés.

[1692] Telle que la formulation suivante :*« salariés …qui souhaitent »*. V.art.L.3123-2 du code du travail (ancien art. L.212-4-2) concernant le travail à temps partiel.

[1693] Art.L.3123-8 du code du travail (ancien art.L.212-4-9 al 1) s'agissant d'occuper ou reprendre un poste à temps complet ou à temps partiel.

[1694] Loi n°2008-789 du 20/08/2008 (JO du 21/08/2008).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

prévoyant la faculté[1695]. De tels accords collectifs, s'ils ont été conclus antérieurement à la loi du 20 août 2008, demeurent toujours en vigueur.

En outre, pérennisant les dispositions de la loi du 8 février 2008 sur le pouvoir d'achat [1696] concernant les salariés sous forfait annuel en jours, le nouvel article L.3121-45 issu de la loi du 20 août 2008 énonce que *«le salarié, qui le souhaite, peut en accord avec l'employeur, renoncer à une partie de ses jours de repos … »,* même en l'absence d'accord collectif prévoyant cette possibilité. L'objectif nouveau, tel que voulu d'ailleurs par le législateur, est de permettre au salarié d'exprimer une volonté de travailler plus, au-delà des règles mises en œuvre dans le cadre de la réduction du temps de travail, pour gagner plus. Le salarié choisit donc, dans ce cas, de souscrire volontairement à plus de travail subordonné.

En définitive, une distinction assez nette semble se dessiner, entre le choix du salarié de travailler moins ou différemment (A) et celui de travailler plus(B) [1697]. Autrement dit, est en cause la recherche d'un temps plus ou moins gouverné par l'exécution d'un travail subordonné.

A. Le choix de travailler moins ou différemment

672 Pour les besoins de notre étude et dans le prolongement des développements qui précèdent, l'attention se portera essentiellement sur le recours au temps partiel à l'initiative du salarié. Ce dispositif a été notablement renforcé par la loi du 19 janvier 2000[1698] qui a organisé les conditions d'exercice d'un « droit individuel » au temps partiel. La situation recouvre donc celle d'un salarié qui souhaite occuper un poste à temps partiel [1699]. Sauf dispositions spécifiques prévues par convention ou accord collectif, la mise en œuvre de cette faculté repose sur plusieurs caractéristiques similaires à celles de nombreux droits individuels du salarié.

En premier lieu, un certain formalisme doit être respecté par le salarié dans sa demande, qu'il s'agisse d'un délai de prévenance, de la forme ou du contenu de la demande. On se trouve donc face à un droit juridiquement encadré, assimilable à une proposition d'offre de modification du contrat de travail sur initiative du salarié, laquelle nécessite l'accord de l'employeur. Ce dernier est admis à refuser la demande du salarié, pour des raisons objectives et motivées, tenant en particulier à l'absence d'emplois disponibles ou aux conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise. En conséquence, si l'initiative d'exercer son droit de travailler à temps partiel appartient au salarié, les conditions de mise en œuvre de ce droit ne sont pas unilatérales et nécessitent l'accord des parties. La notion d'intérêt de l'entreprise comme justification du refus de l'employeur rappelle, s'il en était besoin, que le temps de travail a en principe une vocation collective et relève du domaine du pouvoir de direction de l'employeur. Toute exception

[1695] Art.L.3121-17 du code du travail (issu de la loi du 31 mars 2005, ancien art.L.212-6-1)

[1696] Loi n°2008-111 du 08/02/2008 sur le pouvoir d'achat (JO du 09/02/2008). Au titre de ce dispositif légal, le salarié peut renoncer à tout ou partie de ses jours de repos au titre de la réduction du temps de travail (JRTT) acquis au 31 décembre 2009 en contrepartie d'une majoration de salaire au moins égale à celle de la première heure supplémentaire applicable dans l'entreprise

[1697] B.Gauriau, *« Les heures choisies.Commentaires de l'article L.212-6-1 nouveau du code du travail »*, La Sem. Jur. 12/07/2005 n°3 p 9 et suiv.

[1698] Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000.

[1699] V. art. L.3123-5, 3123-6 et 3123-8 du code du travail (ancien L.212-4-9).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

est dérogatoire et s'inscrit alors dans le champ contractuel par une individualisation des conditions de travail. La « neutralisation » du lien de subordination apparaît donc ici toute relative.

673 Une autre forme de temps partiel « choisi » peut être également mise en relief. Un salarié peut demander à occuper un poste à temps partiel, par alternance de périodes de travail à temps plein et d'une ou plusieurs périodes d'au moins une semaine de non-travail[1700]. La motivation de la demande du salarié est ici ciblée. Son choix doit être justifié par des raisons familiales, plus précisément, *« en raison des besoins de sa vie familiale »,*ce qui est exclusif de toute autre justification. Par contre, la formulation employée dans le texte semble ici donner un impact direct à l'exercice de ce droit par le salarié : *« le salarié qui en fait la demande ».* Toutefois, cette affirmation se trouve immédiatement tempérée par le recours au groupe verbal *« peut bénéficier ».* On en revient donc logiquement à l'accord individuel des parties au contrat, d'autant qu'un avenant au contrat de travail devra préciser les modalités de mise en œuvre de la réduction de la durée du travail choisi par le salarié. En conséquence, il s'agit ici aussi d'une offre de proposition de modification et non de l'exercice d'un véritable droit, comme celui énoncé, par exemple, dans les dispositions relatives au droit de retrait ou en matière de congé individuel de formation[1701], voire concernant le congé parental d'éducation [1702] ou encore le congé pour création ou reprise d'entreprise[1703].

Dès lors, même si les dispositions de l'article L.3123-7 du code du travail ne semblent pas donner à l'employeur le pouvoir de s'opposer à la mise en œuvre de cette forme de réduction du temps de travail[1704] , celui-ci pourrait invoquer des troubles objectifs à la bonne marche de l'entreprise pour refuser la demande du salarié, sauf abus de droit.

674 La faculté du salarié d'agir sur son temps de travail en optant, par exemple pour un temps partiel, existe indéniablement. Le salarié bénéficie donc d'une marge de manœuvre dont il est l'instigateur. Pour autant, il ne s'agit pas d'un droit individuel « d'application directe et unilatérale» mais d'un cas de proposition de modification du contrat de travail à l'initiative du salarié, nécessitant un commun accord des parties. De plus, il faut également reconnaître que l'espace de singularisation ouvert ici au salarié ne peut, en aucun cas, être considéré comme un espace de « neutralisation » de la subordination, c'est à dire un espace où la volonté du salarié se trouverait renforcée dans l'exécution même de son travail. Au mieux, en cas d'acceptation par l'employeur du temps partiel demandé par le salarié, peut-on considérer qu'il bénéficiera d'une autonomie élargie en raison de la diminution du temps de travail subordonné et donc de l'emprise du pouvoir patronal. Encore ne serait-il pas inutile, sauf à outrepasser les limites de notre étude, de s'interroger sur le choix même du salarié d'opter pour le *«temps choisi»*, au regard des garanties réelles accordées à ce type de réduction du temps de travail, en particulier concernant l'égalité de traitement et la rémunération.

Le contexte apparaît tout autre lorsque le salarié fait le choix de travailler plus.

[1700] V. art. L.3123-7 du code du travail (ancien art.L.212-4-7).

[1701] V. infra§2A..

[1702] V. art. L. 1225-47 du code du travail (ancien art. 122-28-1). Une décision de la Cour de cassation en date du 12 mars 2002 confirme très explicitement que dès lors que le salarié satisfait aux conditions posées par la loi, le congé parental d'éducation est de droit (Lamy social jurisprudence)

[1703] V. art. L.3142-7 du code du travail (ancien art. L.122-32-12) issu de la Loi pour l'initiative économique du 1er août 2003.

[1704] Le législateur n'ayant pas prévu des hypothèses de refus comme dans la première catégorie examinée de temps partiel à la demande du salarié.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

B. Le choix de travailler plus

675 Avec l'apparition des *«heures choisies»,* inscrites à l'article L.3121-17 du code du travail[1705], avec les rachats exceptionnels des jours de repos prévus par la loi du 8 février 2008 pour le pouvoir d'achat puis, leur pérennisation partielle par la loi du 20 août 2008, on assiste à un reniement de l'idée de réduction du temps de travail, à tout le moins d'une réduction générale imposée et systématique. Ces nouvelles dispositions sont non seulement empreintes d'une idéologie néolibérale mais encore elles reflètent un individualisme accru fondé sur la liberté de chacun de décider de travailler davantage pour gagner plus, sans s'arrêter sur le problème de fond de la valeur économique du travail salarié.

Le rachat exceptionnel de jours de repos au titre de la réduction du temps de travail, connus sous l'abréviation de JRTT[1706], comme l'ancien dispositif des « heures choisies », fonctionne selon un principe apparemment simple. Quelle que soit la taille de l'entreprise, le salarié peut *« sur sa demande »* et *« en accord avec son employeur »* renoncer à tout ou partie de ses JRTT acquis au 31 décembre 2009. A l'origine de cette nouvelle formule de travail supplémentaire, il faut donc une initiative du salarié, un choix individuel exprimant sa volonté de travailler plus pour gagner davantage, par renoncement à des jours de repos acquis au titre de la réduction du temps de travail. Les jours de travail supplémentaires sont ainsi rachetés sur la base d'une journée de travail normale, majorée au minimum au taux de majoration de la première heure supplémentaire applicable à l'entreprise.

676 L'apparente simplicité du système cache, en réalité, la complexité des conditions de mise en œuvre de la faculté offerte au salarié. Ce dernier est libre de présenter une ou plusieurs demandes à son employeur selon les conditions éventuellement prévues par accord collectif ou, à défaut, par la loi elle-même[1707]. Le texte de loi énonce que la demande du salarié se fait *« en accord avec l'employeur »,* sans plus de précisions. S'agit-il alors d'un échange de consentements ? Est-on dans le domaine de la volonté contractuelle ? Ou du volontariat du salarié? Le texte ne permet pas d'y répondre de façon formelle. Tout dépend alors des conditions dans lesquelles la demande du salarié sera effectuée, ou telles qu'éventuellement les partenaires sociaux les auront préalablement négociées.

En effet, on peut imaginer soit une demande de principe de chaque salarié concerné, soit une demande spécifique à une période de travail donnée et un nombre de jours précis. Plus l'engagement des parties sera précis et plus sa nature contractuelle tendra à être confortée. C'est ainsi qu'une demande individuelle du salarié sur le principe du rachat d'un nombre de JRTT devrait se rapprocher de la nature d'un droit propre au salarié. En revanche, une demande individuelle sur une période de travail donnée et un nombre de jours, qu'elle soit formalisée ensuite par un acte séparé ou un avenant au contrat de travail, aurait manifestement une nature contractuelle. En conséquence, la problématique essentielle devrait apparaître en cas de refus ultérieur du salarié, alors qu'il a manifesté le souhait de travailler plus, avec l'accord de son employeur.

[1705] Article désormais abrogé par la loi du 20 août 2008. Pour autant, les accords collectifs conclus antérieurement à ladite loi restent en vigueur.

[1706] Le dispositif du rachat de JRTT, mis en place par la loi du 8 février 2008 pour le pouvoir d'achat, vient en complément du régime de détaxation des heures supplémentaires introduit par la loi du 21 août 2007.

[1707] Il n'y a pas d'obligation de conclure préalablement un accord collectif en la matière, contrairement au dispositif abrogé des « heures choisies ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

677 Si on considère que le rachat des JRTT est fondé sur le volontariat, le libre choix du salarié, celui-ci ne devrait pas être en faute de vouloir finalement les conserver. L'accord de l'employeur n'aurait dans ce cas qu'une finalité organisationnelle et collective. On serait, dans cette hypothèse, face à un nouveau cas de « neutralisation » de la subordination dans l'exécution individuelle du travail. En revanche, on peut parfaitement estimer que le rachat des JRTT, certes de nature volontaire et individuelle, a été contractualisé dès l'instant où l'accord de l'employeur rejoint la demande du salarié, en particulier lorsque les conditions d'exercice sont précises. Leur mise en œuvre relèverait alors du pouvoir de direction, selon les conditions fixées par l'accord des parties et le refus d'exécution de la part du salarié serait, selon la jurisprudence en la matière[1708], susceptible de sanction. Les employeurs devraient donc avoir intérêt à contractualiser le rachat des jours de repos. Toutefois, revers de cette contractualisation, l'engagement étant réciproque, l'employeur qui refuserait au salarié la possibilité de travailler plus, pour des raisons d'organisation ou simplement de variations d'activité, serait probablement considéré comme manquant à ses engagements contractuels. Ce qui justifierait une action individuelle éventuelle du salarié pour mettre en jeu la responsabilité correspondante.

678 A la différence de l'ancien dispositif des « heures choisies », ce mécanisme de rachat ne concerne pas seulement du travail supplémentaire sur initiative du salarié mais exige une transformation d'heures ou de jours de repos acquis, en heures ou jours de travail avec une rémunération majorée. Il y a donc un renoncement du salarié à du repos contre du travailsupplémentaire rémunéré, ce qui justifie, selon nous, la nature contractuelle de l'accord des parties. Néanmoins, le salarié, tout comme l'employeur, peut avoir un intérêt commun à conserver le caractère de « volontariat » du rachat des jours de repos, à ce que lui soit octroyée la nature d'un droit propre, d'une faculté, dès lors que l'activité productive nécessite un volume de travail individuel plus important. La volonté du salarié y gagnerait-elle en autonomie dans l'exécution individuelle du travail ? Rien n'est moins sûr, sans compter qu'une telle approche n'est pas exempte d'une certaine instabilité.

En privilégiant le « face à face » employeur-salarié dans la fixation des modalités d'organisation et de dépassement du forfait annuel en jours, la loi du 20 août 2008 marque aussi une étape décisive dans la libéralisation de ce dispositif[1709]. Il était déjà possible précédemment, pour le salarié, de travailler au-delà de la durée prévue à la convention de forfait, en renonçant à des jours de repos selon les conditions prévues par la loi du 8 février 2008, ou en récupérant au cours des trois premiers mois de l'année suivante un nombre de jours égal au dépassement du plafond annuel fixé par la convention ou l'accord collectif[1710]. Mais la loi du 20 août 2008 modifie et élargit la faculté offerte aux salariés de faire racheter par l'employeur leurs jours de repos, y compris en l'absence d'accord collectif.

679 Selon le nouvel article L.3121-45 du code du travail, le salarié qui *« le souhaite »* peut, *« en accord avec son employeur »,* renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire. Aucun accord collectif n'est ici nécessaire pour recourir à ce mécanisme de renonciation. Le salarié volontaire fait connaître son choix de travailler plus et c'est à l'employeur de lui donner ensuite son accord. Dans ce cas, contrairement au rachat exceptionnel de JRTT, la loi est claire. L'exigence d'un écrit sous forme d'avenant à la convention de forfait conclue entre le salarié et l'employeur est

[1708] V. supra Partie II, Titre I, Chapitre préliminaire, Section 2, §2 et chapitre 1, Section 1, §1.

[1709] P-H d'Ornano, N. Ismaïl, *"La convention de forfait en jours sur l'année après la loi n°2008-789 du 20 août 2008 »,* JCP S 23/09/2008, 1490.

[1710] Art. L.3121-49 du code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

requise[1711]. Cet avenant n'est d'ailleurs pas soumis à un lourd formalisme puisque la seule contrainte réside dans la détermination du taux de majoration applicable à la rémunération de ce temps de travail supplémentaire, sans qu'il puisse être inférieur à 10%. La nature contractuelle de l'accord des parties ne fait donc aucun doute et se justifie doublement par la modification du forfait annuel en jours, objet de l'accord initial du salarié et par le renoncement de ce dernier à ses jours de repos.

680 Quelles que soient les motivations personnelles du salarié, le temps choisi en vue de moins travailler ou le temps choisi en vue de travailler plus, celui-ci a désormais une faculté accrue pour faire des choix propres qui lui permettent d'échapper volontairement aux règles collectives décidées par l'employeur et de s'approprier ainsi une marge d'autonomie et de singularisation. Toutefois, les options ouvertes par la loi au salarié sont généralement subordonnées à des conditions objectives ou à un accord de l'employeur. Dans ce dernier cas, le choix exprimé par le salarié est donc nécessairement conditionné : l'employeur pourra refuser si les contraintes de l'entreprise l'exigent. S'il accepte, l'exercice par le salarié de la prérogative individuelle nécessitera un relais contractuel qui organisera les modalités d'exécution du travail, décidées d'un commun accord entre les parties. La situation s'analyse moins alors comme une « neutralisation » de la subordination par une émancipation de la volonté du salarié sur le terrain du pouvoir que comme un renforcement du rôle de la volonté contractuelle du salarié. Le contrat est bien susceptible d'agir sur le pouvoir mais ne peut toutefois le paralyser.

Le temps de travail choisi par le salarié n'est d'ailleurs pas le seul domaine où on peut constater une majoration, même encadrée, d'espaces de choix pour le salarié. Ainsi, le temps de formation choisi par ce dernier ouvre également certaines perspectives notables dont il convient d'examiner la nature et les effets.

§ 2-Le temps de formation choisi par le salarié

681 Les besoins d'une économie mondialisée, le développement des nouvelles technologies et l'évolution de plus en plus rapide des techniques et des connaissances ont accru non seulement les exigences de productivité des salariés, mais aussi la nécessité d'une adaptation constante des compétences des travailleurs. Par ailleurs, la montée du chômage pose inévitablement la question de l'ajustement entre les qualifications des demandeurs d'emploi et celles qui sont recherchées par les entreprises.

Ainsi, depuis une vingtaine d'années, la formation professionnelle a été présentée comme un véritable outil de compétitivité de l'entreprise, un investissement humain et économique incontournable. Toutefois, le diagnostic n'a pas été à la hauteur des attentes et s'est révélé, en définitive, quelque peu alarmiste: pénurie de qualifications, hétérogénéité d'accès à la formation professionnelle notamment pour les salariés les moins qualifiés et les salariés des PME, inégale « appétence » des salariés à la formation… A tel point que la dernière réforme du droit de la formation professionnelle se donne pour objectif non seulement de renforcer l'intérêt stratégique de la formation professionnelle mais également de la porter en enjeu de société.

682 Reste que le caractère même de la formation professionnelle a aussi changé. Instrument à vocation collective, la prise en compte des intérêts des salariés en matière de formationprofessionnelle s'est essentiellement inscrite dans le cadre de la négociation

[1711] Art. L.3121-45 al. 3 du code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

collective[1712], alliée aux normes étatiques [1713] et aux procédures de consultation des représentants élus du personnel. La vocation collective de la formation professionnelle sollicitait principalement et directement l'employeur, l'incitant à former son personnel. Désormais, la tendance semble sinon s'inverser, à tout le moins se déhiérarchiser. Depuis quelques années déjà, on admet par exemple que si l'employeur a l'obligation légale d'adapter ses salariés à l'évolution de leur emploi [1714] et doit leur donner les moyens de s'adapter, compte-tenu des nouvelles contraintes techniques et économiques, le salarié doit fournir également de son côté l'effort nécessaire pour s'adapter aux évolutions de son emploi[1715]. Certains auteurs ont souligné, à cet égard, qu'il est désormais de la responsabilité du salarié de se former afin de se maintenir dans son emploi[1716].

683 Ainsi, le dernier dispositif de la formation professionnelle[1717] qui fait l'objet d'une renégociation complémentaire[1718], présente-t-il une physionomie nettement individuelle. Il s'agit d'inciter les salariés à utiliser leur droit à se former et à entrer dans une logique de formation intégrée dans la vie professionnelle et personnelle[1719]. Non seulement cette réforme modifie la formation professionnelle mais encore elle tend à réviser des pans entiers du droit du travail[1720], autour de nouveaux concepts.

Pour les salariés, le nouveau dispositif cristallise en quelque sorte leur aptitude à l'emploi, c'est à dire leur capacité individuelle à le conserver ou à en changer. On a pu

[1712] Notamment la négociation collective interprofessionnelle. V. l'accord interprofessionnel du 9 juillet 1970, l'accord interprofessionnel du 5 décembre 2003 modifié par avenants n° 1 et 2 du 8 juillet 2004 (à l'origine de la loi du 4 mai 2004 sur la formation tout au long de la vie professionnelle et le dialogue socia)l. Un nouvel accord national interprofessionnel sur le développement de la formation a été signé le 7 janvier 2009.

[1713] Ces normes se retrouvent dans le Préambule de la Constitution de 1946 repris par la Constitution de 1958, la loi du 3 décembre 1966, celle du 3 juillet 1971, enfin laloi du 4 mai 2004.

[1714] Au titre de l'article L.6321-1 du code du travail (ancien art. L.930-1 al.1) et plus spécifiquement, avant de procéder à tout licenciement économique (art L.1233-4 remplaçant l'ancien article L. 321-1 al.3 du code du travail).

[1715] Le refus du salarié de suivre une formation d'adaptation peut, en effet, constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. Soc . 22/10/91). On retrouve ici l'idée de réciprocité de l'adaptation s'appuyant sur le principe de l'exécution de bonne foi du contrat de travail. Il y a une « bilatérisation » de l'article 1134 alinéa 3 du code civil ,selon l'expressiondu professeur A . Jeammaud. L'adaptation exige un effort mutuel(B. Lardy- Pelissier *« Réflexions sur le reclassement »,* Colloque AFDT, 15/03/99 Vers un droit du reclassement, Liais. Soc. n°90/99du 19/10/99). Si l'employeur a un devoir d'adaptation à l'égard du salarié, il pèse sur le salarié la responsabilité de s'adapter aux évolutions de son emploi et de faire les efforts nécessaires à cet effet. A telle enseigne que l'incapacité avérée du salarié à s'adapter, malgré les efforts d'adaptation tentés par l'employeur, peut justifier un licenciement (Cass.Soc. 09/07/1997, Bull.civ. V n° 262) .

[1716] N. Maggi- Germain, *« A propos de l'individualisation de la formation professionnelle continue »,* Dr.Soc.1999, p 692 et suiv. F. Meyer- C. Sachs- Durand, art. préc. *« L'évolution du rapport salarial »,*p 369.

[1717] V. Accord national interprofessionnel sur l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle, signé le 20 /09/2003 (Liais. Soc. O9/10/2003 n° 8415) et la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (JO du 05/05/2004).

[1718] Un accord national interprofessionnel sur le développement de la formation tout au long de la vie professionnelle, la professionnalisation et la sécurisation des parcours professionnels, a été signé le 7 janvier 2009 (Liais.Soc. 03/03/2009, n°48/2009). Il a été suivi par la Loi n°2009-1437 du 24/11/2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie (JO du 25/11/09).

[1719] En particulier par des actions de formation effectuées hors temps de travail.

[1720] On peut, en effet, se demander si une obligation contractuelle nouvelle d' « employabilité » n'est pas mise à la charge du salarié.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

ainsi parler *« d'employabilité »* du salarié[1721], terme transformé ensuite en *« capacité d'insertion professionnelle »*[1722], pour aboutir enfin au dernier concept, celui de *« professionnalisation »* par la mise en œuvre de dispositifs d'accès des salariés à la formation *« tout au long de leur vie professionnelle »,* afin de construire *« leur parcours professionnel ».* L'implication du salarié dans l'initiative et la mise en œuvre des actions de formation apparaît croissante. Celui-ci est de plus en plus considéré comme maître et responsable de sa formation[1723]. Dès lors, doit-il savoir s'adapter à son emploi [1724], être acteur de son propre changement, en devenant en quelque sorte gestionnaire de sa formation[1725].

684 Qui plus est, ce mouvement d'individualisation du droit de la formation se double d'un accroissement des droits propres reconnus à chaque salarié. C'est cet aspect qui, seul, retiendra ici l'attention, dans la mesure où il peut suggérer une prise en compte de la volonté du salarié. Certes, l'individualisation du droit de la formation professionnelle traduit un élargissement des possibilités offertes par le droit objectif aux pratiques de gestion individualisée de la formation[1726], de singularisation[1727], voire de contractualisation[1728]. Mais constitue-t-elle aussi un facteur d'émancipation de la volonté du salarié dans l'exécution de son travail ?

On sait que le salarié peut être directement l'initiateur d'une action de formation et solliciter l'employeur afin d'intégrer sa demande individuelle dans le plan de formation de l'entreprise, l'employeur demeurant cependant libre d'accepter ou non cette proposition. Mais surtout, il a la possibilité, dans le cadre du congé individuel de formation (CIF), de suivre, au cours de sa vie professionnelle, *« à son initiative et à titre individuel »*, des actions de formation (A), ce indépendamment des stages compris dans le plan de formation de l'entreprise où il exerce son activité[1729]. Par ailleurs, de nouveaux droits, tel que le droit individuel à la formation, sont apparus (B).

1721 V. M. Y Chassard et A.Bosco, *« L'émergence du concept d'employabilité »,* Dr. Soc. 1998 p 903 et suiv. Les auteurs rappellent l'origine controversée du mot employabilité, tiré d'un terme anglo-saxon, l'employabilité des salariés contenant intrinsèquement une connotation d'exclusion.

1722 Ce terme est utilisé, notamment dans les conclusions du Conseil Européen de Cardiff (15 –16 juin 1996) . V. M.Y Chassard et A. Bosco, art.préc. *« L'émergence du concept d'employabilité »,* p 903 et suiv.

1723 N. Maggi-Germain, art. préc. *« A propos de l'individualisation de la formation professionnelle continue »,*p 692 et suiv.

1724 A. Lyon-Caen, « Le droit et la gestion des compétences », Dr. Soc. 1992 p 573 et suiv.

1725 V. en ce sens, le rappel des partenaires sociaux dans l'article 7 de l'accord interprofessionnel du 8 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : *« Articulée avec la GPEC, [la formation] doit permettre à chaque salarié d'être en mesure de développer, de compléter ou de renouveler sa qualification, ses connaissances, ses compétences et ses aptitudes, en participant à des actions de formation réalisées dans les conditions définies par l'accord national interprofessionnel du 5 décembre 2003 »*.V.aussi l'accord interprofessionnel du 14 novembre 2008 sur la Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), notamment l'article 1-2 qui énonce que *« [le diagnostic individuel] doit permettre aux salariés d'être acteurs de leur déroulement de carrière, favoriser leur engagement dans le développement de leurs compétences et de leur qualification et leur donner des outils susceptibles de les aider dans la construction de leur parcours professionnel ».*

1726 P. Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »,* p 302 et suiv.

1727 C.Mathieu, C.Nicod, *« L'individu confronté à l'organisation collective du travail »,* colloque préc. « Le singulier en droit du travail ».

1728 N. Maggi- Germain art. préc. *« A propos de l'individualisation de la formation professionnelle continue »*, p 692 et suiv.

1729 V. art. L.6321-2 et suiv.du code du travail (ancien article L.932-1).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

A. Le droit au congé individuel de formation

685 Le droit au congé individuel de formation est un droit individuel, déjà ancien et plusieurs fois remanié[1730]. Mis en œuvre sur initiative exclusive du salarié[1731], le congé individuel de formation (CIF) ne peut être imposé par l'employeur. Dès lors qu'il remplit les conditions nécessaires[1732], le salarié sollicite l'employeur pour suivre la formation qu'il a choisie selon les dispositions prévues par les textes[1733]. De plus, même si l'action de formation choisie doit respecter un certain nombre de critères de validité pour être prise en compte[1734], le salarié bénéficie d'un véritable espace de choix dans la nature de l'action de formation qu'il veut suivre.

En effet, l'action de formation peut ou non avoir un caractère professionnel. Il peut s'agir d'une formation permettant indifféremment au salarié d'accéder à un niveau supérieur de qualification, de changer d'activité ou de profession, voire de s'ouvrir plus largement à la culture, à la vie sociale ou à l'exercice des responsabilités associatives bénévoles. En fait, la formation choisie par le salarié apparaît comme le reflet d'un véritable projet personnel, dissocié de toute idée de commandement et de directive de l'employeur, indépendant des besoins propres de l'entreprise.

686 En ce sens, les idées d'émancipation de la volonté du salarié et de « neutralisation » de la subordination transparaissent nettement en matière de congé individuel de formation. *« Le bénéfice du congé demandé est de droit »* [1735], ce qui signifie que l'initiative et la mise en œuvre du congé individuel de formation relèvent d'une démarche volontaire, personnelle et exclusive du salarié. De plus, ce droit à congé privilégie les valeurs propres à chaque salarié. Certes, on soulignera que ce dernier n'a pas la maîtrise totale de son temps de formation car sa démarche peut entrer en conflit avec l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise. En tout état de cause, l'employeur ne pourra refuser une demande d'autorisation d'absence, au titre du CIF, que dans les hypothèses strictement limitées par les textes[1736]. Ce dernier pourra aussi reporter dans le temps la satisfaction d'une demande de congé individuel de formation pour raisons de service[1737] ou afin de

1730 V. P. Guilloux *« Le congé individuel de formation – Genèse et évolution d'un droit (1966-1996) »* , L'harmattan 1996. A noter que la loi du 4 mai 2004 a maintenu le dispositif du CIF mais qu'il devrait quelque peu évoluer et être renforcé suite aux dispositions du nouvel accord national interprofessionnel sur le développement de la formation tout au long de la vie professionnelle .

1731 Les articles L.6322-1 et suiv. du code du travail relatifs au congé individuel font partie du chapitre intitulé « Formations à l'initiative du salarié ».

1732 Parmi ces conditions, on évoquera : l'ancienneté (art L.6322-4 remplaçant l'ancien art .L.931-2 et L.6322-27 remplaçant l'ancien art. L.931-15 du code du travail) ainsi que le respect du délai de franchise entre deux congés.

1733 V. art. R.6322-3 et suiv.) du code du travail (anciens art. R.931-1et suiv.). A noter que lorsque le salarié ne respecte pas la procédure de demande d'autorisation d'absence, le CIF n'a pas d'existence juridique et l'absence du salarié pourra alors apparaître comme un acte d'indiscipline justifiant une mesure de licenciement.

1734 V. art. L.6313-1 (L.900-2) , L.6322-1 (L.931-1)et D.6321-1 (R 950-4) du code du travail.

1735 Art. L.6322-6) du code du travail (ancien art.L.931-6).

1736 Si les conditions d'ouverture du droit relatives au salarié ou à la formation ne sont pas réunies , ou encore si la demande n'a pas été formulée selon la procédure prévue en respectant les délais légaux .

1737 Lorsque l'absence pourrait avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la marche de l'entreprise article (art.L.6322-6 ancien art.L.931-6 du code du travail).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

limiter le volume des absences simultanées dans l'entreprise au titre du CIF[1738]. Ces reports des congés individuels sont donc ciblés pour des motifs précis fixés par la loi et encadrés dans le temps, afin d'éviter des reports successifs qui entraveraient l'effectivité du droit du salarié au bénéfice du congé demandé.

Dès lors, on ne peut pas douter de la qualité de droit propre conféré au droit à congé individuel de formation ni, à cette occasion, du rôle de la volonté individuelle du salarié. Peut être également discerné, à partir des conditions d'utilisation du droit à congé individuel, un relâchement du lien de subordination, propice à identifier une mise hors tutelle du salarié à l'égard du pouvoir de l'employeur durant l'exécution de son travail. Le salarié devient maître d'œuvre de son projet professionnel, indépendamment des besoins propres à l'entreprise.

Or, en matière de formation, ce constat n'est pas isolé, même s'il est inégal. D'autres illustrations issues des derniers changements du droit de la formation permettent de confirmer cette tendance.

B. Les droits individuels nouveaux

687 Selon une approche similaire, le bilan de compétence sur initiative du salarié [1739] répond à une démarche volontariste du salarié dans le déroulement de sa carrière professionnelle et, plus largement, dans la maîtrise de son avenir professionnel et personnel. L'employeur ne peut refuser une demande d'autorisation d'absence que si les conditions d'ouverture du droit au congé de bilan de compétences ou les modalités de la demande d'autorisation d'absence ne sont pas respectées[1740]. Compte-tenu de la courte durée de ces congés[1741], seul le report pour raisons de service peut motiver la décision de l'employeur et ceci, sans excéder six mois. Initiateur de l'action de bilan de compétence, le salarié jouit aussi d'une capacité de mise en œuvre de celui-ci.

De plus, la nature du congé de bilan de compétence a une vocation exclusivement individuelle. Il permet au salarié d'analyser ses compétences professionnelles et personnelles ainsi que ses aptitudes et motivations afin de définir un projet professionnel et, le cas échéant, un projet de formation. Il s'agit donc de permettre au salarié d'évaluer lui-même ses propres compétences, en termes de connaissances, savoir-faire, comportements professionnels, comme d'apprécier sa réalité d'individu avec ses attentes et ses désirs. Une telle perspective dépasse une simple vision de validation et de légitimation qui servirait à une appréciation hiérarchique du travail effectué, puisqu'elle est destinée à l'usage exclusif du salarié, seul destinataire des résultats et du document de synthèse,[1742] seul acteur des choix ultérieurs qu'il effectuera par la suite. Ce droit s'inscrit donc dans une double logique : favoriser l'émancipation de la volonté du salarié en neutralisant le lien de subordination mais aussi, participer au *« phénomène d'individualisation du droit de la formation »* [1743].

[1738] Art. L.6322-7 et 6322-8) du code du travail (anciens art.L.931-3 et L.931-4).

[1739] V. art. L.6313-1 10° (L.900-2 al.9) et L.6322-42 et suiv. (931-21 et suiv.) du code du travail

[1740] V. art.R.6322-40 du code du travail (R.931-28 al.1et 2).

[1741] 24 heures, consécutives ou non .V. art. L.6322-44 du code du travail (L.931-22 al.1) .

[1742] V. art. L.6313-10 du code du travail (L. 900-4-1). Ces résultats et documents ne peuvent être communiqués à un tiers, dont l'employeur, qu'avec l'accord du salarié concerné.

[1743] P.Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »*, p 101 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

688 La même logique prévaut concernant le droit au congé pour validation des acquis de l'expérience[1744], que le salarié peut solliciter afin d'obtenir un diplôme, un titre ou un certificat de qualification professionnelle sanctionnant son expérience dans un domaine professionnel. La similitude de ces deux droits propres aux salariés semble d'ailleurs confortée par les dispositions légales prévues, notamment lorsque l'employeur entend affecter ces congés dans le plan de formation de l'entreprise. Le *« consentement »* individuel du salarié est impératif, ce qui laisse supposer qu'il dispose d'un droit individuel de refus, dans un domaine[1745] où il ne peut en principe que faire preuve d'obéissance. Ici aussi, s'affirme l'idée d'une neutralisation de la subordination dans le champ d'exercice du pouvoir patronal.

689 Cette même orientation se retrouve-t-elle dans les dispositions de l'accord national interprofessionnel du 5 décembre 2003 et de la loi du 4 mai 2004 sur l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle ? Sans entrer dans une analyse détaillée de ce dispositif, rappelons au préalable son objectif principal. Très clairement, les dispositions introduites visent à « *permettre à chaque salarié d'être acteur de son évolution professionnelle… »* [1746] . L'initiative individuelle du salarié y est instamment recherchée, principalement par la consécration d'un droit individuel à la formation dont bénéficie chaque travailleur[1747].

Ce nouveau droit prend la forme d'un crédit d'heures alimenté annuellement et plafonné au bout de six ans. Il permet au salarié de bénéficier d'actions de formation réalisées en principe en dehors du temps de travail, sauf dispositions conventionnelles plus favorables. De plus, si l'initiative de demander le bénéficie du droit à formation appartient au salarié, reste que la mise en œuvre de ce droit relève d'un *« accord »* [1748] avec son employeur, concernant le choix de l'action de formation envisagée par le salarié ; accord qui doit par ailleurs être *« écrit ».* On peut craindre alors que la marge d'action et de liberté de choix du salarié soit en réalité faible, car l'employeur n'est pas tenu d'accéder à la demande du salarié. Son refus n'a d'ailleurs pas à être motivé, sauf dispositions conventionnelles spécifiques. Enfin, en cas de persistance du désaccord entre les parties pendant deux exercices civils successifs, le salarié peut, le cas échéant, suivre l'action de formation envisagée dans le cadre d'un congé individuel de formation.

On entrevoit donc les limites objectives de ce droit qui n'aurait en définitive d'individuel que le nom. Certes, l'initiative de l'action de formation est personnelle au salarié mais la mise en œuvre du droit individuel relève d'une *« codécision »* qui ne déleste ni du poids de la subordination ni de l'influence du pouvoir de l'employeur[1749]. La volonté du salarié n'a

[1744] V. art. L.6313-1 11°, L.6313-11 (L.900-2) , R.6422-1 et suiv. (R.931-34 et suiv.) du code du travail.

[1745] Le plan de formation.

[1746] V.Préambule de l'Accord interprofessionnel du 5 décembre 2003.

[1747] Art. L.6323-1 et suiv. du code du travail (L.933-1 et suiv.) faisant l'objet d'un chapitre III dans le nouveau code intitulé « Droit individuel à la formation », distinct du chapitre II « Formations à l'initiative du salarié ». Cette distinction laisse supposer que le DIF est à part et ne doit pas être assimilé à un dispositif de formation à l'initiative du salarié.

[1748] Art. L.6323-9 du code du travail (L.933-3 al 1).

[1749] *L'orientation qui se dégage des textes exprime nettement la recherche d'un investissement personnel du salarié. Ainsi, celui-ci doit-il donner, par exemple, de son temps de libre, de son temps personnel puisque les actions de formations dans le cadre du droit individuel de formation sont réalisées en principe en dehors du temps de travail, temps en partie rémunéré par l'employeur (allocation de formation de 50% de la rémunération nette de référence).*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

donc qu'une portion infime où s'exprimer. De sorte qu'on peut estimer que le salarié n'est pas, dans ce cas, l'acteur principal de sa professionnalisation et qu'il ne bénéficie pas ici d'un véritable droit propre à gérer individuellement sa formation.

Cette conclusion provisoire s'avère pessimiste et les faits pourront, espérons-le, venir la contredire. Au demeurant, de nombreuses interrogations sur la mise en œuvre du DIF, soulevées dès la parution des textes,[1750] demeurent et ce dispositif – comme d'autres prévus par la loi ou l'accord interprofessionnel de 2003[1751]- est encore en pleine période d'application expérimentale, voire déjà en cours de refondation[1752].

690 On arguera que les droits ouverts par la loi au salarié, tels qu'ils viennent être esquissés, sont généralement des prérogatives conditionnées. Leur mise en œuvre n'est donc pas entièrement laissée à la discrétion du salarié. Mais l'initiative d'exercice appartient bien à ce dernier et les éventuels blocages de l'employeur sont suffisamment encadrés par la loi pour ne pas entraver véritablement l'effectivité de ces droits, dès lors que le salarié entend les utiliser. La formation durant la vie professionnelle apparaît donc propice à favoriser des espaces d'émancipation de la volonté du salarié. Cette tendance devrait même s'accentuer car la formation professionnelle dépasse à l'évidence le simple lien contractuel en cours qui unit un salarié à un employeur à un instant donné, pour relever de l'idée de parcours professionnel[1753].

Conclusion du Chapitre 1

691 La relation de pouvoir en droit du travail connaît une mutation profonde, due essentiellement à des raisons économiques, politiques mais aussi techniques et sociales. De nouvelles formes de travail apparaissent qui s'appuient, pour certaines d'entre elles, sur l'idée d'une autonomie plus grande concédée aux salariés. Parallèlement, le droit du travail éprouve lui-même des transformations profondes et reconnaît plus fréquemment aux salariés des droits d'exercice individuel leur permettant de disposer de moyens juridiques accrus face au pouvoir. Bien que d'inégale importance, ces droits favorisent l'expression de la volonté individuelle, d'un certain pouvoir décisionnel du salarié dans des domaines

1750 V. notamment F. Favennec-Héry, *« La mise en œuvre du DIF : des éclaircissements nécessaires »,* Sem. Soc. Lamy 11/10/2004 n° 1185 p 6 et suiv.

1751 Ainsi en est-il, du passeport formation prévu par l'article 1-2 de l'accord interprofessionnel du 5 décembre 2003 mais non repris par la loi. Pourtant, l'objet de ce dispositif permet une certaine maîtrise individuelle par chaque salarié de l'enjeu de sa propre formation à moyen et long terme. En effet, ce passeport sert à identifier et fairecertifier les connaissances du salarié, ses compétences et ses aptitudes professionnelles, acquises dans le cadre de la formation initiale ou continue, ou du fait de ses expériences professionnelles. Etabli à l'initiative du salarié, ce document personnel devrait favoriser une meilleure gestion individuelle de son parcours de formation professionnelle et favoriser sa mobilité interne ou externe. Le salarié en garde la propriété et la responsabilité d'utilisation, ce qui le protége de toute ingérence de l'employeur. Pourtant, d'application encore limitée, on peut demeurer sceptique quant aux effets concrets de ce passeport. Ce qui a conduit les partenaires sociaux à préciser les conditions de sa mise en œuvre et de son suivi (v. nouvel accord national interprofessionnel sur le développement de la formation professionnelle signé le 07/01/2009).

1752 V. notamment l'avis du Conseil d'orientation pour l'emploi (COE) sur la formation professionnelle, en date du 8 avril 2008 (Liais. Soc. n°121/2008 du 22/05/08). Cet avis sert de base de travail et des négociations collectives ont été engagées pour aboutir à une nouvelle réforme. Sur la base de l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail qui avait tracé les grandes lignes, les axes de recherche et d'améliorations des dispositifs existants (art. 7), le nouvel accord national interprofessionnel de 2009 détermine notamment les conditions et les modalités de financement de la portabilité du DIF .

1753 V. notamment le Rapport Pierre Ferraci présenté le 10/07/08 à l'occasion de la Conférence sur la réforme de la formation professionnelle, ainsi que l'accord interprofessionnel du 14 novembre 2008 sur la GPEC.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

traditionnellement réservés au pouvoir exclusif de l'employeur. D'où une liberté et une responsabilité plus grandes pour le salarié. Il importe donc que le droit du travail soit à même d'assurer à ce dernier une sécurisation et des garanties suffisantes afin qu'il puisse exercer pleinement les droits qui lui sont reconnus. L'évolution semble aller dans ce sens, même si perdurent des résistances et des insuffisances.

Aux côtés des prérogatives individuelles du salarié dans le champ d'exercice du pouvoir de l'employeur, on observe un affermissement des droits du salarié en tant que personne titulaire de droits et libertés et riche d'une dignité intrinsèque. Cette évolution permet-elle d'élargir les capacités de choix et d'action du salarié et, partant, de dépasser le lien de subordination et la relation de soumission au pouvoir de l'employeur ? Le salarié, en tant qu'homme, peut-il plus facilement exprimer et défendre ses intérêts sur le terrain du pouvoir ? Quel est le rôle de la volonté du salarié dans ce processus ? Telles sont les questions que nous examinerons dans le second chapitre de ce Titre consacré à l'émancipation de la volonté du salarié.

Chapitre II : L'affirmation des droits fondamentaux liés a la personne du salarié

692 Dans la première partie de cette étude, a été déjà soulignée la mobilisation croissante des droits fondamentaux de la personne, comme limites à la teneur du contrat. Mais si, dans le régime du contrat, les libertés et droits fondamentaux servent de bornes à la volonté contractuelle, en revanche, dans le régime du pouvoir, ils sont de nature à contribuer au soutien de l'acte volontaire du salarié (Section1). Le respect des droits essentiels de la personne devient une nécessité de tous les instants, de tous les lieux, même ceux de l'exécution de la prestation de travail[1754]. En entrant dans l'entreprise, le salarié n'abdique pas sa condition d'homme[1755] ni ne renonce aux droits et libertés qui y sont rattachés. Il conviendra donc de mettre en perspective les évolutions juridiques induites par l'affirmation des droits fondamentaux du salarié face au pouvoir de l'employeur, plus particulièrement celles susceptibles de constituer des facteurs d'émancipation du salarié en tant que sujet de volonté.

Dans le même temps, et de manière plus générale, le concept de dignité de l'homme dans le travail s'enracine plus fermement dans le droit (Section 2). Il ne s'agit là, au demeurant, que d'une extension aux rapports de travail du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine qui irradie l'ensemble du système juridique depuis l'après-guerre, plus particulièrement depuis une quinzaine d'années. Comment ce concept de dignité humaine peut-il servir la volonté du salarié ? Le droit du travail prend-t-il réellement en considération « *l'homme sous le salarié* » [1756] ?

Section 1 : Les droits et des libertés de la personne en soutien de l'acte volontaire

693 Un auteur observait fort justement que « la logique implacable des droits fondamentaux, qui atteignent aujourd'hui des domaines où on ne les attendait guère, constitue une

[1754] P.Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »,* p 411 et suiv.

[1755] J.Rivero, art. préc. *"Les libertés publiques dans l'entreprise",* p 421.

[1756] G.Lyon-Caen, art. préc *« Les libertés publiques et l'emploi »,* p 156-164.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

formidable machine à faire exploser les systèmes »[1757]. Englobant toutes les branches du droit parce qu'ils définissent le « fondamental dans le système juridique », les droits et libertés de la personne ont pareillement pénétré le droit du travail et s'imposent aux relations de travail dans leur globalité. Le propos ne sera pas ici d'exposer, de façon systématique et complète, tous les aspects juridiques de la question des libertés et droits fondamentaux du salarié dans l'entreprise[1758]. Plus modestement et plus spécifiquement, il s'agira d'abord de cerner les virtualités de l'évolution progressive des libertés et droits fondamentaux du salarié face au pouvoir (§1) puis, poussant plus avant la démonstration, d'analyser la teneur des arbitrages judiciaires (§2). Ceux-ci permettent-ils de déplacer les bornes de l'exercice du pouvoir de l'employeur au bénéfice d'une manifestation libre de la volonté du salarié ?

§ 1- Les virtualités d'une évolution progressive

694 Qu'entend-t-on par liberté et par droit fondamental de la personne, selon la terminologie qui prévaut aujourd'hui ? D'emblée, les droits fondamentaux désignent, semble-t-il, un peu plus que de simples « droits ». Et ce, pour des raisons qui tiennent à l'histoire, à la nature juridique[1759] et aussi à la fonction de ces droits- *« des droits qui fondent »* [1760], c'est à dire des droits constitutifs de la société dans son ensemble, plus proches sans doute pour certains d'entre eux de la catégorie des principes ou des standards que des droits subjectifs à proprement parler.

Quant au mot « personne », il doit sans doute être défendu par rapport à la référence classique à « Homme ». Tandis que les droits de l'Homme renvoient à une tradition française ancrée dans la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, sont désormais mis en avant les droits fondamentaux de la personne humaine, notamment dans la Charte de l'Union Européenne. Ce recours à la « personne », outre qu'il favorise une certaine idée d'universalisme, permet d'introduire un concept particulièrement riche[1761]. La personne [1762]est unique mais aussi multiple. On connaît la notion classique de personne juridique[1763], à

[1757] Ch.Jamin, *« La doctrine : explication de texte »* in Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz « Libres propos sur les sources du droit . » p 225 D.2006.

[1758] Parmi de nombreux ouvrages, on citera, de manière non exhaustive, les auteurs suivants ::M. Delmas-Marty et C.Lucas de Leyssac *« Libertés et droits fondamentaux »,* Seuil Points 2002 ; A.Supiot, op.préc. *« Homo juridicus »*; R.Charvin et JJ Sueur *« Droits de l'Homme et libertés de la personne »* Litec 2007 ; A.Lyon- Caen et P.Lokiec *« Droits fondamentaux et droit social »,* D. Thèmes et commentaires 2004 ; A. Lyon- Caen et I.Vacarie *« Droits fondamentaux et droit du travail »* in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle , Mélanges en l'honneur de J-M Verdier, D. 2001,J-Y Frouin *« La protection des droits de la personne et des libertés du salarié »,* Chr.CSBP 1998 n°99 p 123 ; J-M Verdier *« En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'Homme »,* Ecrits en l'honneur de J. Savatier ; P.Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »,* I.Meyrat *« Droits fondamentaux et droit du travail »*, Thèse Paris X – Nanterre.

[1759] Ces droits sont pour partie consacrés par la Constitution de la République ou reconnus comme ayant valeur constitutionnelle. V. supra Partie I Chapitre 1, Section 1 §1B.

[1760] E.Picard, *« L'émergence des droits fondamentaux en France »,* AJDA juill- août 1998, n° spécial Les droits fondamentaux, p 6 et suv.

[1761] V. P.Adam, thèse préc., *« L'individualisation du droit du travail »,* notamment ses développements sur le concept de « la personne », p 42 et suiv .

[1762] Le concept de personne dérive, en premier lieu, du grec *prosoper* qui signifie « visage », être « face « aux yeux des autres, ensuite, du latin persona, masque, d'où personnage ou rôle. *Personare* veut aussi dire « nommer à travers ».

[1763] Avoir la personnalité juridique est l'aptitude à être titulaire de droits, astreint à des obligations et donc apte à participer à la vie juridique.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

laquelle a été annexé aujourd'hui un nouveau concept juridique, celui de personne humaine. Celle-ci se compose d'un corps et d'un esprit, comme d'une socialité, c'est à dire qu'est prise en compte l'inscription de l'individu dans une relation sociale[1764]. Soulignons encore que la personne est le siège de la volonté, objet de notre étude.

695 Au regard de leur finalité intrinsèque, les droits fondamentaux « fondent », en ce sens qu'ils ont une fonction générale de légitimation du droit et du système juridique dans son ensemble. L'idée que ces droits et libertés sont nés essentiellement en vue de protéger la personne humaine de l'interventionnisme autoritaire des pouvoirs publics ou de l'Etat, ne doit pas masquer les menaces que font peser sur les libertés des instances ou groupes autres que l'Etat. Les pouvoirs privés, par la relation inégalitaire qu'ils instaurent, sont également susceptibles de limiter la capacité des individus à être d'authentiques sujets de décisions et de porter ainsi atteinte aux droits et libertés de la personne. On le sait,le pouvoir, y compris celui d'une personne de droit privé, représente une intrusion sur le terrain juridique de l'autre.Dans le rapport d'emploi, cette intrusion a pour effet majeur, nous l'avons vu, d'exercer une contrainte sur la volonté de celui qui se trouve ainsi assujetti, et plus largement sur sa capacité d'autodétermination.

696 Le paradoxe de la situation du salarié a été précédemment souligné. Débiteur d'une obligation contractuelle d'exécuter une prestation de travail, il est tout autant juridiquement *«débiteur d'obéissance »* face au pouvoir de l'employeur. Dit autrement, sa volonté, en tant qu' *« aptitude à décider ou agir, accepter ou refuser, reconnue par le droit à toute personne physique, sujet de droit, en vue de produire des effets juridiques »* [1765], devient en principe inopérante lorsque le salarié est face au pouvoir juridique reconnu à l'employeur.

Ainsi, le sujet assujetti à un tel pouvoir doit-il obéir. L'obéissance apparaît comme la conséquence de la soumission au pouvoir, même si, nous l'avons vu, celle-ci ne peut en aucun cas être totale.

L'assujettissement au pouvoir désigne la situation de droit dans laquelle se trouve la personne qui y est soumise. Cette situation ne peut être concevable que dans la mesure où elle concerne des sujets libres. De sorte que le travailleur qui a volontairement contracté un travail subordonné, est certes assujetti au pouvoir de l'employeur mais demeure une personne libre. Le pouvoir de l'employeur ne peut donc nier le sujet libre dans le travailleur. Ainsi, l'assujettissement ne signifie pas la disparition des libertés et droits fondamentaux de la personne qui se trouve soumise au pouvoir, ni le droit pour son détenteur de s'insinuer dans les détails les plus infimes de la conduite individuelle de l'assujetti.

Mais, sans atteindre une telle extrémité, la soumission au pouvoir n'en pose pas moins la question de la restriction des droits et libertés de la personne. En outre, si le salarié se « subordonne » et accepte des restrictions à certains droits, le fait-il pour ses droits « plus » fondamentaux : droits de l'homme, libertés ou droits économiques et sociaux ? La question, soulevée par le professeur J-M Verdier [1766], dessine les virtualités de la défense de la personne dans le salarié et la protection de son autonomie par le droit du travail.

697 L'enjeu des libertés et droits fondamentaux de la personne dans la relation de pouvoir repose donc principalement sur la solution susceptible d'être donnée à l'équation

[1764] X.Bioy, *« Le concept de la personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux.* » Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, p 319.

[1765] V. supra, définition de la volonté, telle que retenue dans l'Introduction générale.

[1766] J-M Verdier, *« En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme »* in Les orientations sociales du droit contemporain – Ecrits en l'honneur de J. Savatier, PUF 1992 p 427 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

suivante : d'un côté, le salarié est une personne libre qui ne peut abdiquer cette qualité en dépit de la subordination qui le lie à un employeur mais de l'autre, l'employeur est détenteur d'un pouvoir – au demeurant étroitement dépendant du cadre juridique que lui impose le législateur- qui peut aussi justifier des contraintes fondées sur la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. C'est la résolution de cette problématique majeure qui a affermi le recours aux libertés et droits fondamentaux de la personne dans les relations du travail[1767], sous le contrôle du juge judiciaire, garant des libertés et droits fondamentaux.

698 On a noté que le nouveau code du travail insère désormais l'article L.1121-1, dans sa première partie « Les relations individuelles de travail », Livre 1er , Titre II intitulé « Droits et libertés dans l'entreprise ». Cet article couvre la relation de travail dans son ensemble, ce qui conforte son efficacité juridique. Il énonce d'abord le principe selon lequel *« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles des restrictions…».* La chose est donc entendue :le droit du travail est soumis, comme les autres familles de l'ordre juridique, à l'influence et au respect des droits fondamentaux. La personne du salarié, à laquelle sont rattachés des libertés et droits fondamentaux, précède en quelque sorte et englobe son statut de salarié, marqué par le lien de subordination, en le cantonnant[1768].

Mais l'article L.1121-1 ne consacre pas uniquement un principe préexistant, il poursuit en précisant « Nul ne peut apporter aux droits…des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Une règle est donc posée pour résoudre les différends entre respect des libertés et droits de la personne et exercice du pouvoir patronal. La licéité de certaines restrictions aux droits et libertés de la personne du salarié est admise, bien qu'elle soit conditionnée à une double exigence de justification et de proportionnalité. Le terme de «restrictions » interdit nécessairement que ces droits et libertés puissent être supprimés mais autorise leur encadrement, leur limitation par le pouvoir. Les restrictions licites doivent viser un but légitime, dans la stricte mesure où la nature de l'emploi l'impose et si les moyens mis en œuvre ne vont pas au-delà de ce que commandent les circonstances de fait. Cette juste proportion de la contrainte implique un contrôle juridictionnel de proportionnalité[1769] emportant nécessairement une analyse de pondération, un arbitrage entre le respect des droits et libertés du salarié et l'intérêt de l'entreprise, lesquels sont forcément concurrents. Le droit du travail est donc, une fois encore, dans une logique de conciliation et de régulation.

699 A l'issue de ce constat formel, on peut être saisi par une certaine déception tenant à la frilosité avec laquelle le droit du travail accorde une place aux droits fondamentaux. Néanmoins, le salarié n'est plus démuni désormais pour exercer ou faire valoir ses droits et défendre ses libertés face au pouvoir. Reste donc à analyser la manière dont le juge procède pour résoudre les conflits d'ingérence du pouvoir dans l'exercice des droits et libertés de la personne du salarié. C'est justement au regard de son action régulatrice que l'on pourra mesurer l'impact des droits et libertés de la personne sur la relation de pouvoir et la capacité du salarié à faire valoir une volonté propre.

§ 2- L'action régulatrice du juge

[1767] Les dispositions des articles L. 1121-1et L.1321-3 2° du code du travail (anciens art.L.120-2 et L.122-35) ont donné ainsi toute leur place et leur légitimité aux libertés et droits fondamentaux de la personne du salarié.

[1768] J-Y Frouin, art. préc. *« La protection des droits de la personne et des libertés du salarié »,* p 123.

[1769] Sur cette notion, v. la thèse de B.Geniaut, *« La proportionnalité en droit du travail »*- déc. 2007 IETL Lyon2.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

700 L'examen de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation démontre, s'il en était besoin, le recours accru à la notion de droits et libertés fondamentaux. Il est vrai que le pouvoir a une propension notable à l'extension, ce qui l'amène souvent à outrepasser les prérogatives qui lui sont reconnues par l'ordre juridique. Le juge, garant des libertés, s'interpose alors entre le pouvoir et le salarié. Il dit le droit. Or, dire le droit, c'est aussi pour une part le faire et les décisions du juge ont une signification, bien au-delà des parties au litige. Ainsi, la reconnaissance accrue par le juge des libertés et droits fondamentaux de la personne du salarié dans le rapport d'emploi, contribue à libérer une volonté d'être et d'agir de la personne assujettie au pouvoir de l'employeur. A cet égard, on peut distinguer deux orientations principales.

La première vise principalement à défendre la singularité de la personne du salarié face au pouvoir (A). La seconde tend à protéger la sphère personnelle du salarié contre les ingérences du pouvoir (B). La distinction se révèle toutefois bien fragile, en raison de l'interpénétration inévitable des domaines en cause. Pour autant, elle s'est finalement imposée afin de mettre en valeur deux tendances face au pouvoir. La singularité de la personne du salarié figure l'être dans sa spécificité et sa différence, qu'il s'agisse de sa liberté d'expression, de parole, ou de sa liberté corporelle. C'est la part d'autonomie de la personne du salarié qui s'affirme face au pouvoir mais peut aussi se heurter à lui. La sphère personnelle du salarié touche, plus spécifiquement, à ce qui gravite autour de la vie personnelle du salarié, ce qui lui appartient en propre (ses avoirs et ses effets personnels,...), même au temps et lieu de travail. L'intimité de la personne du salarié est alors en cause, qu'il faut protéger de l'intrusion du pouvoir.

A. La singularité de la personne face au pouvoir

701 Retenir le terme de singularité de la personne, c'est viser les caractéristiques spécifiques de l'être et de l'agir, ce qui fait que cette personne est elle et non une autre, indépendamment des fonctions professionnelles qu'elle occupe ou de son statut social qui sont de l'ordre de l'identité sociale. Ainsi, a-t-on pu parler de la redécouverte du salarié comme personne. Comme on le sait, cette redécouverte s'est largement appuyée sur l'affermissement des libertés et droits fondamentaux dans la relation de travail, ce qui a pour effet de privilégier une conception globale de la personne du salarié, dans une unification qui dépasse la notion de subordination juridique. C'est la personne du salarié qui vient travailler, agit, s'exprime, obéit. C'est elle qui est face à l'employeur. Le salarié n'est pas un objet séparé de la personne dotée d'un corps physique et d'une volonté propre. Il y a nécessairement synthèse. Celle-ci a été plus spécifiquement mise en lumière avec la reconnaissance de la liberté d'expression du salarié[1770], hors et dans l'entreprise, en tant que manifestation de la spécificité intrinsèque de la personne. Cette reconnaissance n'a d'ailleurs pas été aisée, tant la liberté de penser de l'assujetti au pouvoir se concilie difficilement avec le pouvoir lui-même, de quelle que nature qu'il soit.

702 Dans un premier temps, la Cour de Cassation a consacré la liberté d'expression des salariés en dehors de l'entreprise, c'est à dire dans la vie personnelle, en dehors de la sphère

[1770] Rappelons que la liberté d'expression, comme le droit d'opinion, est consacrée par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. Elle est également garantie par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et du citoyen dans son article 10 *« Toute personne a droit à la liberté d'expression./… ».Indépendamment de ces textes à vocation générale, le code du travail condamne spécifiquement les pratiques discriminatoires opérées en raison notamment des opinions politiques, des activités syndicales ou mutualistes, des convictions religieuses,…de la personne »* (art. L.1132-1 du code du travail).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

d'exercice du pouvoir. Tel était le cas notamment dans la célèbre affaire Clavaud[1771]. Puis, la chambre sociale de la Cour de Cassation a franchi une nouvelle étape au profit de la liberté d'expression de la personne, en consacrant cette liberté dans l'entreprise, notamment à travers une décision en date du 14 décembre 1999[1772]. Désormais, la liberté d'expression du salarié dans et hors de l'entreprise est reconnue, indépendamment du droit d'expression des salariés sur leurs conditions de travail, tel que fixé, de façon ciblée et limitative, par les articles L.2298-1 et suiv. du code du travail[1773] relatifs à l'expression collective des salariés[1774]. L'intérêt de cette décision est de rappeler que la protection de la liberté d'expression du salarié n'a pas de domaine affecté et qu'il s'agit, en outre, d'une liberté fondamentale à valeur constitutionnelle[1775].

Toutefois, une telle liberté ne peut être totale et sans limites, par opposition à la liberté d'opinion. En effet, chacun est libre de penser ce qu'il veut et d'adopter les valeurs qui lui conviennent, dès lors que cette liberté d'opinion ne s'extériorise pas[1776]. La liberté d'expression n'est pas, quant à elle, absolue. Comme toute liberté, elle trouve ses limites dans le respect de celle d'autrui. La décision rappelle donc que, sauf abus[1777], le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression. Ainsi, l'exercice de cette liberté, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'entreprise ne peut justifier un licenciement que s'il dégénère en abus[1778]. La liberté d'expression est un espace d'autonomie de la personne du salarié dans sa vie personnelle comme dans sa vie professionnelle[1779]. Elle est inhérente à la personne humaine et représente *« un des droits les précieux de l'homme »* [1780] .

[1771] Cass. Soc 28/04/88 Clavaud c / Dunlop France, Bull. civ V n° 257 ;Dr. Ouv. 1988 p 249, note A. Jeammaud ; Dr. Soc. 1988 p 428, note G. Couturier.

[1772] Cass.Soc. 14/12/99, Dr.Soc. 2000, 165, concl. J.Duplat et note J-E Ray. RJS 2/2000 n° 192.Liais. Soc. 28/12//99 jp n° 656.

[1773] Anciens art.L.461-1 et suiv. du code du travail

[1774] En effet, les magistrats ont eu le souci de marquer la différence entre les deux prérogatives, lesquelles n'obéissent pas au même régime juridique.

[1775] Rappelons que la liberté d'expression figure dans différents textes supra-législatifs : les articles 10 et 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

[1776] Ainsi, le Doyen P. Waquet précise-t-il que la liberté d'opinion releve du for interne de la personne (v. art. préc. *« Vie personnelle et vie professionnelle »,* p 289).

[1777] V aussi Cass. Soc 02/02/2001, Liais. Soc. 14/05/2001 jp n° 718.

[1778] Cass. Soc 25/01/2000, Liais. Soc. 05/05/2000 jp n° 672.

[1779] Toutefois, l'abus du salarié dans l'exercice de la liberté d'expression permet à l'employeur d'exercer son pouvoir disciplinaire. Les éléments susceptibles de caractériser un abus de liberté d'expression touchent à la teneur des propos émis, à l'écrit comme à l'oral, par le salarié. Ainsi, la Cour a-t-elle reconnu au salarié la possibilité de manifester son désaccord avec la politique de l'entreprise, s'agissant d'un cadre, ou de protester contre une décision, telle qu'une sanction disciplinaire. Mais, dès lors que le but du salarié est de déstabiliser l'entreprise par ses propos, alors l'abus sera caractérisé et constituera une cause réelle et sérieuse de licenciement. L'exercice de la liberté d'expression ne doit pas, non plus, se traduire par des propos injurieux ou diffamatoires, voire excessifs. A défaut, l'abus sera caractérisé. La tenue de propos calomnieux destinés notamment à porter atteinte à la réputation ou à l'honorabilité de l'employeur caractérise non seulement un abus de la liberté d'expression mais aussi une faute grave. Le juge s'attachera également à examiner l'impact de la diffusion des propos exprimés par le salarié et leur persistance dans le temps.

[1780] Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

703 La liberté de croire ou de ne pas croire ou de changer de croyance [1781] fait figure également de liberté qui relève de l'intimité, de la spécificité de la personne. Elle se situe hors champ du pouvoir de l'employeur.Pourtant, le juge administratif a admis qu'un règlement intérieur puisse disposer que l'ensemble du personnel s'engage à respecter le caractère propre d'un établissement d'enseignement catholique, dans la mesure où ce respect ne porte pas atteinte à la liberté de conscience des intéressés et où les obligations qui en résultent s'apprécient eu égard à la nature des fonctions exercées par le personnel qui y est soumis[1782]. Autrement dit, si le règlement intérieur ne crée pas de contraintes abusives, le salarié n'est pas autorisé à se soustraire à ses prescriptions[1783].

704 Mais la singularité de la personne du salarié n'est pas seulement de l'ordre de l'être ou de la pensée. Elle se distingue aussi par le corps et l'apparence physique[1784]. Peut se poser alors la question de la liberté du salarié de « se vêtir à sa guise ». Dans sa vie personnelle, chaque personne est libre de se vêtir comme elle l'entend. Le choix de sa tenue vestimentaire ne dépend que d'elle, de sa seule volonté ou de ses désirs. Il s'agit d'un pouvoir d'autodétermination, d'une liberté individuelle. *« Avec le corps* – a souligné G. Lyon-Caen[1785] - *on est à l'intérieur de la problématique des droits de la personnalité : la liberté corporelle, c'est notamment la liberté dans le choix de son apparence, les vêtements mais aussi la coupe de cheveux »*. Parce que le travail subordonné n'exclut pas la personne qui préexiste à ce statut, le principe de la liberté individuelle du salarié de se vêtir *« à sa guise au temps et au lieu de travail »* a fini par être reconnu par la Chambre sociale de la Cour de cassation[1786] .

Comme toute liberté ne saurait être absolue, après le rappel du principe, le juge, dans un second temps, recherche si l'employeur a pu procéder à des restrictions légitimes[1787].Il s'agit d'opérer une conciliation entre la liberté de se vêtir, dont le salarié n'est pas privé dans l'exercice de son activité professionnelle, et l'intérêt de l'entreprise, pouvant inclure des considérations de réputation et d'image de marque. La légitimité d'une restriction à la liberté de se vêtir, la Cour parlant parfois de *« contraintes »* vestimentaires[1788], prévue notamment par le règlement intérieur, devra être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. On retrouve ici les règles désormais habituelles du contrôle de la proportionnalité et de la justification[1789].Une restriction aux droits et libertés du salarié doit être nécessaire et objectivement motivée, compte -tenu des fonctions et des conditions de travail du salarié et de l'objectif poursuivi. Si la liberté du salarié de se vêtir à sa

[1781] Liberté consacrée par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789.

[1782] CE 20/07/90 Externat Saint- Joseph , Dr Soc. 1990, p 862 et suiv.

[1783] Pourtant, ce type de règles peut abriter des dispositions pouvant porter une atteinte excessive à la liberté des salariés, notamment par leur caractère général et imprécis. V. Cass. Soc 09/06/98,Liais.Soc.29/07/98 jp n° 7906.

[1784] Cet aspect de la personne est aussi protégé par l'interdiction de discrimination.

[1785] G. Lyon-Caen, art. préc. *« Les libertés publiques et l'emploi »,* p 150.

[1786] Il a fallu attendre un arrêt du 18/02/98 pour que cette liberté soit explicitement affirmée (Cass. Soc. 18/02/98, Dr.Soc. 1998 p 506, Liais. Soc. du 23/04/98, jp n° 7852).

[1787] Cass. Soc 18/02/98, Dr. Soc. mai 1998 p 506-507 ; Cass. Soc 07/10/92, Bull.civ. V n° 506.

[1788] Ce changement de terminologie au profit de la « contrainte » n'est pas neutre au regard du terme de « restriction » utilisé par le législateur. La contrainte semble abriter une idée de nécessité, qui est absente dans le terme de restriction . V. Cass.Soc. 28/05/2003.

[1789] Art.L.1321-3 2° (règlement intérieur) et art. 1121-1 du code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

convenanceaux temps et lieux de travail est reconnue par le juge, celle-ci peut être restreinte s'il apparaît un intérêt supérieur, une contrainte justifiée, qu'il s'agisse de la protection de la santé du travailleur[1790] ou du contact avec la clientèle[1791].

Dans une décision du 28 mai 2003, la Cour de cassation a affirmé cependant pour la première fois que *« la liberté de se vêtir à sa guise au temps et lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales »* [1792], mettant ainsi fin aux interrogations sur la nullité éventuelle du licenciement pour atteinte injustifiée à cette liberté du salarié.La réparation restera donc purement indemnitaire[1793].Il n'en demeure pas moins que la liberté de se vêtir est une liberté individuelle régie par l'article L.1121-1 du code du travail et se trouve protégée par le principe de proportionnalité.

705 Le juge, garant de la résolution des conflits entre les droits fondamentaux et libertés du salarié et les exigences propres à l'entreprise (l'intérêt de l'entreprise)[1794], a indéniablement une action régulatrice. Ayant pleinement intégré, dans ses décisions, les principes de finalité et de proportionnalité, il procède à un équilibre délicat entre défense de la singularité de la personne et protection de l'intérêt de l'entreprise. Ces arbitrages mettent néanmoins en lumière la spécificité de la personne qui englobe la qualité de salarié. Le respect de la personne, en tant que corps et esprit animé par une volonté propre, ne disparaît pas derrière le travailleur subordonné. Au contraire, en reconnaissant la personne au temps et au lieu de travail, le salarié devient acteur de son action et conserve, en quelque sorte, la maîtrise de lui-même et de ses choix personnels. L'assujettissement au pouvoir de l'employeur ne peut donc être que relatif, borné par le respect des libertés et droits de la personne humaine.

C'est sur la ligne de partage entre vie personnelle et vie professionnelle et sur la capacité de résistance du salarié aux intrusions du pouvoir, qu'il convient maintenant de centrer l'analyse.

B. La sphère personnelle contre les ingérences du pouvoir

1790 L'obligation de porter une blouse ou un vêtement isolant peut relever d'impératifs d'hygiène et de sécurité. Peuvent également justifier des restrictions à la liberté de se vêtir : les relations avec la clientèle ou la décence.

1791 Cass.Soc. 06/11/2001, Liais. Soc. du 20/12/2001, jp n° 746. Cet arrêt portait sur une interdiction opposée à une salariée, de venir travailler en survêtement, dans une agence immobilière où elle était en contact avec la clientèle. Cette interdiction avait été considérée comme justifiée dans le contexte de sa mise en œuvre.

1792 *Plus étonnamment, la Cour de cassation laisse même entendre dans cette même décision que les contraintes vestimentaires « injustifiées ou disproportionnées seraient constitutives d'un trouble manifestement illicite » qui permettrait au salarié de saisir le juge des référés lequel serait en droit d'ordonner toute mesure conservatoire ou remise en état. Autrement dit, il semble possible pour le salarié de saisir le juge des référés sur le fondement de l'article L.1121-1 du code du travail et d'obtenir consécutivement la nullité du licenciement Or, rappelons que jusqu'ici, la Cour de cassation a toujours sanctionné la violation de l'article L 1121-1 (ancien art.L..120-2) par un défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement prononcé. Cette incidente de l'arrêt pourrait annoncer un tournant vers la nullité du licenciement en raison d'une atteinte à une liberté individuelle de se vêtir Ce qui peut apparaître paradoxal, puisque dans le même temps, la Cour exclut une telle liberté de la catégorie des libertés fondamentales .*

1793 L'article 1132-1 du code du travail vise l'apparence physique comme motif discriminatoire. Mais il s'agit des caractéristiques physiques de la personne et non de sa tenue vestimentaire.

1794 En ce sens, v. notamment Ph. Waquet, art. préc *« Vie personnelle et vie professionnelle »* p 289; J-Y Frouin , art. préc. *« La protection des droits de la personne et des libertés du salarié »,* p 123.V. aussi P. Adam, thèse préc. « L'individualisation du droit du travail » . J-M Verdier « *Libertés et travail . Problématique des droits de l'homme »,* D. 1988 Chr. p 63 et suiv. P. Brocheton *« Vie personnelle et vie professionnelle, l'art de l'équilibre »,* Sem. Soc. Lamy 04/01//99 n° 915 p 7 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

706 Comme la singularité de la personne, la sphère personnelle se rattache également au concept de « vie personnelle » [1795]. On sait que celle-ci inclut l'ensemble des comportements du salarié, relevant de l'intimité de la vie privée ou du comportement public, qui échappent à l'autorité de l'employeur pendant ou en dehors de la durée du travail[1796].

De manière non exhaustive, la vie personnelle recouvre plusieurs aspects, évidemment la vie privée proprement dite de la personne, mais aussi l'exercice des libertés civiles, y compris celles rattachées à tout citoyen *(droit de participer à la vie politique, à la vie associative, de se présenter à des élections, de s'engager dans des causes, de défendre ses idées,…).* On reconnaît explicitement que le salarié possède son propre espace d'autonomie dans lequel l'employeur ne saurait s'immiscer, le lien de subordination disparaissant. Il existe donc une *« sphère où il [le salarié]est maître de choisir ses comportements sans avoir à subir la contrainte d'une volonté étrangère»* [1797].Mêmedans la vie professionnelle, le salarié demeure un homme libre[1798]. Il conserve une part irréductible d'indépendance au lieu et au temps de travail, dont le juge est garant.Comme le notait G. Lyon-Caen,[1799] *« cette question est riche de sens… parce qu'elle montre bien la connexion entre la vie personnelle … et la vie de travail ».* Il y a une nécessaire interpénétration des deux domaines. Or, celle-ci ne va pas sans conflit car il existe un risque patent que le pouvoir s'insinue dans les détails infimes de la conduite individuelle et de la vie personnelle des salariés, à l'occasion même du travail.

En effet, si nul ne conteste dans son principe le pouvoir de l'employeur de surveiller et de contrôler l'activité de ses salariés durant le temps de travail, l'employeur peut-il pour autant surveiller toute leur activité, par n'importe quel moyen ? Durant le travail subordonné, n'y aurait-il pas place pour des activités personnelles, pour une part d'autonomie personnelle? La difficulté consiste donc à assurer une conciliation entre la nécessaire surveillance par l'employeur de l'activité des salariés placés sous sa subordination et l'indispensable respect des droits et libertés de ces derniers. C'est la tâche à laquelle s'attelle le juge depuis de nombreuses années. C'est ainsi que celui-ci a consacré le droit des salariés au respect de l'intimité de sa vie privée, même aux temps et lieu de travail (1). Qui plus est, la Cour de Cassation s'est attachée aussi à délimiter les procédés de preuve admissibles de manière à concilier les deux principes selon lesquels, d'une part, l'employeur a le droit de contrôler la bonne exécution du travail de ses salariés et, d'autre part, le salarié a droit au respect de sa vie privée et de ses libertés individuelles (2).

1. Le respect de l'intimité de la vie privée

707 Cette formule, plus étroite que celle de vie personnelle, est utilisée, spécifiquement dans certaines décisions de la Cour de Cassation.

[1795] Certes, il aurait pu sembler plus direct de parler de vie extra - professionnelle, c'est à dire tout ce qui se situe en dehors de la vie professionnelle d'un salarié, selon la proposition de M. Despax, *« La vie extraprofessionnelle du salarié »,* JCP 1963, I, p 1776.. Mais, il est indéniable que ce qualificatif aurait eu une connotation négative, attestant l'incapacité du droit à définir explicitement le domaine d'autonomie et de liberté propre à l'homme, en dehors de son statut de salarié ou de professionnel.

[1796] Ph. Waquet, art. préc. *« Vie personnelle et vie professionnelle du salarié »,* p 289 et suiv. Pour une analyse du concept de vie personnelle du salarié, v. la thèse de Ch.Mathieu *« La vie personnelle du salarié »,* 2004, Université Lumière Lyon 2.

[1797] J. Rivero, art. préc.*« Les libertés publiques dans l'entreprise »,* p 421 et suiv.

[1798] Ph. Waquet, art ; préc. *« Vie personnelle et vie professionnelle du salarié* », p 289 et suiv.

[1799] G. Lyon- Caen, préc. *« Les libertés publiques et l'emploi »,* Rapport au Ministre du Travail- La documentation française 1990.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

On la retrouve au travers notamment de la jurisprudence sur les fouilles des salariés, en particulier dans les décisions relatives à l'ouverture des armoires individuelles dans les locaux de l'entreprise. On remarquera d'emblée que la Cour de cassation intègre désormais la jurisprudence du Conseil d'Etat[1800].En effet, l'ouverture et la fouille des armoires et vestiaires sont considérées comme touchant à la sphère privée du salarié aux temps et lieu de travail, dans la mesure où ces moyens sont mis à sa disposition pour un usage personnel et professionnel.Ainsi,outre les exigences de justification et de proportionnalité des restrictions apportées aux libertés, l'employeur ne peut procéder à l'ouverture de l'armoire individuelle d'un salarié qu'en respectant de véritables garanties procédurales imposées par le juge.

708 En l'occurrence, il s'agit de règles qui organisent la prise de décision de l'employeur et garantissent aux salariés une prise en compte de son *« droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée »* [1801]. Au préalable, le juge rappelle que les cas et conditions d'ouverture et defouille des armoires doivent être prévus par le règlement intérieur.Il s'agit ici d'un devoir de transparence et d'information préalable pesant sur l'employeur à l'égard des salariés.Ensuite, l'ouverture et la fouille doivent être justifiées par les nécessités d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise (disparition de matériel, risque particulier de vol, de contamination,…), c'est à dire motivées par des raisons entrant dans l'objet même du règlement intérieur. Enfin, l'ouverture d'une armoire n'est possible *« qu'en présence de l'intéressé ou celui-ci prévenu »* [1802]. La formule retenue ne semble pas contenir une alternative pour l'employeur : la présence du salarié est la condition requise. Ce n'est que dans l'hypothèse circonscrite par la Haute juridiction, de survenance d'un risque ou d'un événement particulier susceptible de rendre nécessaire une fouille urgente, que l'ouverture des armoires pourrait se faire hors la présence du salarié mais celui-ci dûment prévenu par l'employeur. La présence du salarié lors de fouilles d'armoires ou vestiaires constitue incontestablement une garantie du respect de ses droits et libertés. Elle induit aussi que le contrôle sera effectué dans des conditions préservant l'intimité de la personne. Au demeurant, le respect de l'ensemble de ces règles a une incidence non seulement directe sur la validité de la décision patronale[1803] mais aussi sur sa justification.

709 On notera cependant que, dans le contexte du contrôle des armoires individuelles, le salarié ne semble pas disposer d'un droit de refus, contrairement au contrôle des sacs personnels. En effet, la Cour de cassation a récemment affirmé que, sauf circonstances exceptionnelles,[1804] l'employeur ne peut ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu qu'avec leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin[1805]. Les salariés disposent donc, dans cette situation, d'un véritable droit au refus et de garanties accrues. Certes, le caractère privé et intime des sacs des salariés milite en faveur d'une telle solution mais on peut regretter que

1800 CE 12/06/87, Dr. Ssoc. 1987 p 654.

1801 Cass.Soc. 15/04/2008, n° 06-45902.

1802 Cass. Soc 11/12/2001, Liais. Soc. 24/12/2001 jp n° 747.

1803 Au regard notamment d'une mesure de licenciement à l'encontre du salarié.

1804 A titre d'exemple, en cas d' alertes à la bombe (Cass.Soc. 03/04/2001, Bull.civ. n° 115)

1805 Cass.Soc. 11/02/2009, Liais. Soc. 26/02/2009 n° 15311.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

la Cour de cassation n'étende pas ses exigences à la fouille des armoires individuelles, dont la mise à disposition à titre professionnel [1806] n'exclut pas l'utilisation personnelle.

710 Le respect de l'intimité de la vie privée du salarié, même aux temps et lieu de travail, implique aussile secret des correspondances postales ou électroniques que celui-ci envoie et reçoit à titre personnel. Qualifiée de liberté fondamentale par la Cour de cassation[1807] et le Conseil d'Etat[1808], le secret de la correspondance a valeur constitutionnelle [1809]et s'impose donc à tous, y compris au sein de l'entreprise, dans le cadre de la relation de travail[1810].

Dès lors, l'employeur ne peut, sans violation de cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui, notamment grâce à l'outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci, même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur[1811].

Si le courrier est identifié comme personnel, l'employeur n'est admis à y accéder qu'en présence du salarié ou celui-ci appelé, sauf risque ou événement particulier[1812]. En revanche, si le courrier n'est pas identifié comme étant personnel, il est présumé avoir un caractère professionnel et l'employeur peut y accéder hors la présence du salarié[1813]. Au demeurant, le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du NCPC [1814], dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées[1815].

711 Dans le prolongement de cette jurisprudence, on soulignera que l'employeur n'est pas admis à ouvrir les fichiers informatiques personnels d'un salarié contenus dans le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition et archivés dans un dossier qualifié de personnel. *« Sauf risque ou événement particulier »,* l'employeur ne peut ouvrir ces fichiers *« qu'en*

[1806] On sait aussi que lorsque des coffres sont affectés à un usage exclusivement professionnel et que le règlement intérieur autorise l'employeur à procéder à leur contrôle à tout moment, la vérification est régulière même si elle est effectuée sans que le salarié soit présent ou prévenu (Cass.Soc. 21/10/2008 n° 07-41.513)

[1807] Cass.Soc. 02/10/2001 Bull.civ. V 2001 n°291 p 233 dit arrêt Nikon.

[1808] Décision du 09/04/2004 n° 263759 Recueil Lebon.

[1809] V. Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, à la quelle renvoie la Constitution.

[1810] Sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, de l'article 9 du code civil, de l'article 9 du NCPC et de l'article L.120-2 devenu l'article L.1121-1 du code du travail .

[1811] V. arrêt Nikon préc. Cass.Soc. 12/10/2004 Bull.civ. V 2004, n°245 p 226.

[1812] Cass.Soc. 17/05/2005, Dr. Soc. 2005, p 789, Obs.E.Ray.

[1813] Cass.Soc. 18/10/2006, RTD 2006, 395, obs.Quenaudon. Cass.Soc. ch.mixte, arrêt n° 251 du 18/05/2007 (05 40 803).

[1814] S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès, la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, des mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

[1815] Cass.Soc. 23/05/2007, JCP S 2007, p 1537, note Béal et Ferreira. En l'occurrence, était contestée une ordonnance du Président de TGI, saisi au titre de l'article 145 du NCPC, autorisant un huissier de justice à accéder, en présence du salarié intéressé, aux données contenues dans l'ordinateur mis à sa disposition et à prendre connaissance, pour en enregistrer la teneur, des messages électroniques échangés par l'intéressé avec deux personnes identifiées, étrangères à l'entreprise et avec lesquelles l'employeur lui prêtait des relations constitutives, à son égard, de manœuvres dolosives, tendant à la constitution d'une société concurrente.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

présence » du salarié *« ou celui-ci dûment appelé »* [1816] .La décision est ici rendue non sur le fondement du respect du secret des correspondances mais exclusivement en prenant appui sur le principe du droit au respect de la vie privée du salarié, par référence à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 9 du code civil.

En affirmant que le contenu du disque dur est protégé indépendamment de toute « correspondance » électronique, la Cour procède à une extension de la protection des droits et libertés du salarié, sous réserve toutefois que les fichiers en cause soient clairement identifiés comme personnels. La protection dont bénéficie le salarié n'est cependant pas sans limite. D'abord, parce que les fichiers personnels peuvent être ouverts *« en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé » ;* on retrouve, à quelques nuances près, les termes de la jurisprudence sur l'ouverture et la fouille des armoires individuelles ; ensuite parce que l'employeur peut invoquer *« un risque ou événement particulier »* pour ouvrir les fichiers personnels du salarié, hors la présence de ce dernier. Le *« risque ou l'événement particulier »,* en l'absence de définition ou précision à ce jour, semble devoir relever de l'urgence ou de la gravité.

712 On le voit, face à un domaine éminemment délicat, souvent porteur d'intérêts divergents, les juges procèdent à une démarche de recherche d'équilibre. Les solutions judiciaires apparaissent ainsi empreintes de nuances mais elles contribuent à asseoir plus largement les droits et libertés du salarié au sein des relations du travail et en conséquence, à préserver un espace personnel, au temps et au lieu de travail, relevant de la seule initiative et volonté du salarié.

Le respect de l'intimité de la vie privée, et plus spécifiquement celui du secret des correspondances, ouvre la voie à une autre question, celle de l'utilisation par l'employeur des moyens mis à la disposition du salarié, pour servir de preuves à un comportement fautif de ce dernier. Le souci parfois légitime de l'employeur de se ménager la preuve de comportements fautifs de certains salariés peut ainsi le conduire à utiliser des procédés considérés comme attentatoires aux droits et libertés de la personne.

2. La valeur probatoire des procédés de surveillance

713 Force est de constater qu'on assiste au développement régulier des moyens de contrôle et de surveillance au travail, sans cesse plus performants dans leur capacité à enregistrer, évaluer, comparer. La tentation est grande alors pour le pouvoir patronal de les exploiter, jusqu'au bout de leurs opportunités. D'autant plus que les garde-fous sont encore peu nombreux[1817]. Les nouvelles technologies apportent de nouvelles servitudes en rançon de celles dont elles délivrent[1818], favorisant les possibilités de contrôle de la personne du salarié[1819]. De façon plus générale, l'introduction des nouvelles technologies a bouleversé

[1816] Cass.Soc. 17/05/2005 n° 03-40.017.

[1817] S. Foulon , *« Les nouveaux mouchards de l'entreprise » ,* Liaisons sociales Magasine octobre 1999.

[1818] V. B. Teyssié, *« Personnes, entreprises et relations de travail »* Dr. Soc. mai 1988 p 374 et suiv.

[1819] V. E. Ray, *« Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination »,* Dr. Soc. juin 1992 p 525 et suiv. C. Radé, *«Les nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination »,* Dr. Soc. Janvier 2002 p 26 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

la vie de l'entreprise, au prix parfois d'une dérive *« quasi policière »* menaçant la personne du salarié [1820] et, en particulier, le respect des droits de la défense[1821].

Si la simple surveillance d'un salarié opérée sur les lieux de travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite[1822], qu'en est-il des autres procédés ? En effet, dans la perspective de se ménager la preuve des comportements fautifs des salariés, certains employeurs n'hésitent pas à diversifier leurs moyens d'investigation. Pour servir de butoir aux effets parfois pervers de ces moyens, des règles claires et précises ont été peu à peu édictées par laChambre sociale de la Cour de cassation[1823].

714 Déterminer si une preuve obtenue par le biais d'un procédé de contrôle peut être recevable, revient en réalité à apprécier les conditions même d'exercice du pouvoir. Dès lors, c'est la décision de l'employeur de mettre en place des dispositifs de surveillance interne qui fait l'objet du contrôle des juges, en tant que décision susceptible d'affecter à titre individuel et collectif la situation des salariés. En conséquence, les juges ont fait émerger, en amont de la décision de l'employeur, des exigences procédurales dont le respect est la condition première de validité du dispositif en cause. Plus précisément, la mise en place de procédés de surveillance dans l'entreprise impose une déclaration préalable à un tiers habilité, la CNIL[1824], et une double information au niveau individuel et au niveau collectif[1825]. Il s'agit ici d'impliquer à la fois chaque salarié, porteur de droits et libertés individuelles, et l'ensemble de la collectivité de travail réunie dans un intérêt commun.

715 En outre, la décision de l'employeur est soumise au contrôle de proportionnalité et de justification. Celui-ci doit justifier le contrôle exercé par un intérêt légitime.

Toute illégalité du dispositif de contrôle (défaut d'information ou de déclaration, contrôle excessif) entraîne l'irrecevabilité des preuves obtenues par le biais de ce procédé[1826].

L'employeur ne peut donc disposer librement des droits et libertés du salarié au nom de son pouvoir unilatéral et en invoquant la subordination du salarié. De plus, au-delà du respect des droits et libertés dû à toute personne, quel que soit son statut social, l'exigence de loyauté dans le rapport de travail impose une telle intransigeance à l'égard de l'exercice du pouvoir, en particulier en matière probatoire. L'obligation d'informationpréalable dusalarié par l'employeur, au nom de la transparence des relations de travail, suppose en effet qu'aucun contrôle ne puisse avoir lieu à l'insu du salarié, c'est à dire en profitant de son ignorance et à l'avantage du détenteur de pouvoir, de celui qui sait et qui peut sévir. *« La loyauté, qui doit présider aux relations de travail, interdit à l'employeur de recourir à des*

[1820] I de Benalcazar, *« Le salarié est-il victime des nouvelles technologies ? »,* Chr. Travail et protection sociale mai 2001 p 4 et suiv.

[1821] De valeur constitutionnelle, les droits de la défense participent du procès équitable, tel que visé à l'article 6 de la Convention européenne.

[1822] Cass. Soc. 26/04/2006, JCP S 2006 , 1444, note D.Corrignan-Carsin.

[1823] La chambre criminelle applique, quant à elle, le principe selon lequel, en matière pénale, la preuve peut être obtenue par tout moyen (art. 427 du code de procédure pénale). On notera cependant qu'un procédé de surveillance peut caractériser, devant le juge pénal, un délit d'atteinte à la vie privée, mais aussi rapporter la preuve d'une infraction (Cass. Crim. 24/01/95).

[1824] Déclaration qui s'impose pour tout traitement automatisé d'informations nominatives.

[1825] C'est à dire une information préalable des salariés ainsi qu'une information et consultation du comité d'entreprise ou à défaut, des délégués du personnel.

[1826] En outre, le juge exige que le moyen de contrôle en cause présente des garanties suffisantes d'authenticité, d'impartialité et de sincérité .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

artifices ou stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à fait » [1827] .

716 La « logique implacable des droits fondamentaux » imprègne sans nul doute aujourd'hui le droit du travail et le rapport d'emploi. Pour autant, elle ne constitue pas encore la *« formidable machine à faire exploser les systèmes »* que d'aucuns espéraient. Certes, elle délivre au salarié de nouvelles facultés d'actions et de défense sur le terrain du pouvoir, elle donne une assise plus large à son autonomie en tant que personne dotée d'une volonté propre, maître de décider de ses actes, même au temps et au lieu de travail. Ce qui constitue un pas supplémentaire vers une prise en compte plus ferme du rôle de la volonté du salarié face au pouvoir de l'employeur. L'affirmation des droits et libertés de la personne est donc bien un facteur d'émancipation du salarié, tant liberté d'action et liberté de la volonté expriment une même affiliation à ce qui fait l'humain.

717 Mais, dans un même temps, le droit du travail demeure prudent et modéré parce qu'il cherche, inévitablement, à concilier les libertés et intérêts en présence. En ce sens, la dynamique des droits fondamentaux n'a sans doute pas encore produit tous ses effets[1828]. Pourrait-il en être autrement ? Cela semble difficilement concevable aujourd'hui dès lors que la logique « institutionnelle » qui permet de restreindre les droits des individus pour la défense de l'intérêt de l'entreprise, prime sur une pure logique individuelle qui opposerait, d'une part, les libertés de l'individu salarié et, d'autre part, les droits patrimoniaux de l'individu employeur. De plus, la subordination juridique du salarié constitue indéniablement un frein au plein épanouissement des droits et libertés de la personne du salarié. Il faudrait sans doute requérir un autre modèle social qui introduirait plus d'égalité et de liberté dans la relation du travail.

Parallèlement à l'essor des valeurs véhiculées par les libertés et droits fondamentaux, s'est développé le concept juridique de « dignité de la personne humaine ».

Section 2 : La dignité de l'homme dans le travail

718 L'histoire du respect de la dignité humaine, principe éthique, se confond avec celle des conceptions philosophiques et religieuses de l'Humanité. *« Quelque chose est dû à l'être humain du seul fait qu'il est humain »* [1829] . Cette exigence a été progressivement reconnue à mesure que s'affirmaient les civilisations. La dignité vient du latin « dignitas » et s'entend comme une fonction, un titre ou une charge, qui donne à quelqu'un un rang éminent dans la société. Ainsi, la dignité désignait-elle dans le vocabulaire médiéval une corporation par succession, qui ne se déployait pas dans l'espace, mais dans le temps[1830]. Mais elle fût surtout utilisée pour qualifier la fonction royale avant de se « démocratiser » chez les premiers humanistes de la Renaissance. Dès lors, s'ajoute un autre aspect, centré sur l'homme en soi, et que l'on pourrait exprimer comme « le respect qu'il mérite » [1831]. La dignité est à rechercher dans l'humanité même de la personne, au-delà de sa condition

1827 Cass.Soc. 18/03/1991, Bull.civ. V 1991 n°15.

1828 V. P.Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »,* p 408 et suiv.

1829 P.Ricoeur, *« Du texte à l'action ».* Seuil 1986.

1830 A.Supiot, op.préc. « *Homo juridicus »,* p 61.

1831 Dictionnaire Le petit Robert .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

sociale et de son rang. *« C'est donc quand je ne suis plus rien, que je deviens vraiment un homme »* [1832].

719 Toutefois, si la dignité humaine était reconnue comme une exigence morale, il a fallu attendre les années qui suivirent la seconde guerre mondiale et les horreurs du régime nazi[1833] pour que le concept de « dignité » de la personne humaine fasse son apparition sur la scène du droit positif. Sans doute, le bilan tragique de la déshumanisation organisée et planifiée par les systèmes concentrationnaires et exterminateurs conçus par l'homme pour son semblable, fût-il à l'origine d'une prise de conscience collective, de *« l'idée d'une tâche confiée à l'homme, celle de devenir d'abord humain et ensuite quelqu'un »* [1834].

Concept en plénitude, intégré dans le bloc de constitutionnalité, ladignité de la personne humaine s'inscrit aujourd'hui aussi dans la lettre de nos codes et dans les décisions du juge (§1). Mais ce concept est-il apte à défendre la valeur de la personne humaine du salarié et le respect de sa volonté propre, afin de s'opposer à certaines dérives du pouvoir de l'employeur dans le rapport d'emploi (§2) ?

§ 1 - Un concept en plénitude

720 La consécration du principe de la dignité de l'être humain s'est imposée d'abord en droit international puis européen. La Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948 énonce, sans équivoque, que *« tous les être humains naissent libres et égaux en dignité et en droit »*. La dignité humaine est également consacrée dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, la Charte sociale européenne de 1996 qui affirme dans son article 26-2 le droit à la dignité dans le travail ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[1835].

En droit interne, bien qu'inexistant dans les Constitutions françaises de 1946 et 1958, le concept de dignité de la personne humaine a été déclaré par le Conseil Constitutionnel comme étant un *« principe constitutionnel »* [1836]. Désormais, le code civil, dans son article 16[1837], interdit toute atteinte à la dignité de la personne dont la loi assure la primauté. La dignité est aussi intégrée dans notre droit pénal.[1838] Récemment, c'est le droit du travail qui s'est saisi du concept de dignité dans la législation, notamment à propos du harcèlement moral[1839]. Au surplus, les juridictions n'hésitent plus désormais à s'y référer[1840].

1832 Sophocle, *« Œdipe Roi »,* Le livre de poche 1996.

1833 La constitution fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 n'est-elle pas le premier texte à consacrer l'intangibilité de la dignité de l'être humain. ? V. H. Roland, L. Boyer, traité préc. *« Introduction au droit »* p 435.

1834 J.Arènes et N.Sarthou- Lajus, *« La défaite de la volonté »,* Seuil mars 2005.

1835 JO n° C 303 du 14/12/2007. Le préambule de la Charte souligne la valeur intrinsèque de la dignité humaine et de la place de la personne. Le titre I de la Charte s'intitule d'ailleurs « La dignité ». Il se subdivise en cinq articles dont le premier est consacré à la dignité humaine, inviolable. Celle-ci doit être respectée et protégée.

1836 Il s'agit en fait d'une extension des termes de la déclaration liminaire de la Constitution de 1946 (tout être humain possède des droits inviolables et sacrés).V. Conseil . Const. 27/07/94, D. 1995 J p 237, note B. Mathieu.

1837 Issu de la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

1838 Articles 227-24, 225-1 et suiv., 225-14 et suiv. du code pénal .

1839 Article L.1152 – 1 (ancien art. L . 122-49) du code du travail (loi du 17 janvier 2002) .

1840 V. notamment Cass.Crim. 04/03/2003, Liais.Soc. 07/04/2003 jp n° 810

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

721 La doctrine n'a pas manqué non plus d'investir ce concept, qui paraît plus difficile à appréhender que son apparente évidence le laisserait supposer. Certains auteurs ont une approche de la dignité sous l'angle des droits de l'homme. La dignité de la personne humaine *« constitue le concept central et le fondement de la théorie des droits de l'homme »* [1841]. Elle ferait figure de principe matriciel par excellence, qui constitue le socle des droits fondamentaux voire leur raison d'être[1842]. Selon une autre approche, *« si la liberté est l'essence des droits de l'homme, la dignité est l'essence de l'humanité »* [1843]. Elle serait alors située au plus profond de l'essence de l'homme, de sorte que la liberté lui serait en quelque sorte subordonnée. Au-delà du rappel non exhaustif de ces quelques points de vues, la dignité de la personne humaine apparaît comme *« le concept juridique opératoire pour désigner ce qu'il y a d'humain dans l'homme. C'est pourquoi elle est inhérente à tous les membres de la famille humaine et tout ce qui tend à déshumaniser l'homme sera considéré comme une atteinte à cette dignité »* [1844].

722 Il faut donc souligner ici l'universalisme du concept de dignité de la personne humaine. Tous les êtres humains, quel que soit leur comportement ou leurs caractéristiques, partagent en commun un droit substantiel au respect de l'humanité qui leur est inhérente. Valeur collective et transcendante, la dignité de la personne humaine doit être préservée et prise en compte à l'échelle de la société. A défaut de quoi, elle risque de demeurer dans l'ordre des valeurs éthiques même si on ne conteste pas que ce concept s'enracine dans une conception philosophique, voire morale, du Monde et de l'Homme[1845].

Le concept de dignité de la personne humaine pose l'humanité de chaque individu comme une valeur à respecter en soi, qui ne saurait être remise en cause sous aucun prétexte, quelle que soit la situation. Ainsi, la principale finalité de cette notion est-elle de protéger l'individu contre les abus d'autrui, qu'il s'agisse de l'intégrité et de l'inviolabilité du corps humain, premier attribut de la personne humaine, ou encore de son esprit, siège de sa volonté. Le concept de dignité de la personne humaine, saisi à travers la protection de l'intégrité physique de la personne, occupe une place centrale dans les mesures prises contre la torture et *« tous traitements cruels, inhumains ou dégradants »* [1846]. Plus spécifiquement, c'est cette même finalité qui a légitimé le recours au concept de dignité de la personne humaine pour interdire le harcèlement moral[1847]. Chaque être humain doit donc être protégé contre toute forme *« d'asservissement et dégradation »*[1848] pouvant constituer une déshumanisation de l'homme.

723 Mais comment contenir cette déshumanisation, plus particulièrement dans les rapports de travail? On ne peut ignorer que le travail est susceptible *« de déshumaniser »*

[1841] J-M Verdier, chr.. préc.*"Libertés et travail.Problématique des droits de l'Homme »*, p 63 et suiv.

[1842] J-F Renucci, *« Droit européen des droits de l'homme »,* LGDJ 1999, p 2.

[1843] B. Edelman, *« La dignité de la personne humaine : un concept nouveau »* in La dignité de la personne humaine. Economica 1999 p 25 et suiv.

[1844] M-L Pavia, *« La dignité de la personne humaine »* Economica 1999, sous la direction de Th. Revet.

[1845] O de Tissot, *« Pour une analyse juridique du concept de « dignité « du salarié »,* Dr. Soc. Déc. 1995 p 972 et suiv.

[1846] V. convention des Nations Unies contre la Torture du 10/12/1984.

[1847] Art. L.1152-1 du code du travail. Le harcèlement moral a pour objet ou effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié.

[1848] Conseil Constitutionnel, décision n° 94-343-344 DC, 27/10/1994.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

l'homme [1849]. Or, si les conditions de travail peuvent être souvent éprouvantes, elles ne sont pas, fort heureusement, toutes dégradantes et susceptibles de porter atteinte à la dignité de la personne. En matière de harcèlement moral, le législateur vise une *« …dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité,…»* [1850]. On peut avancer, en prenant appui sur les principes dégagés par les textes fondateurs, [1851] que des conditions de travail portant atteinte à l'intégrité physique ou morale de la personne ou comportant des traitements inhumains ou dégradants, voire constituant un travail forcé, relèvent d'atteintes à la dignité de la personne humaine. Or, la difficulté est bien de préciser le contenu et les limites de ces atteintes à la dignité.

Si la dignité peut être saisie comme le concept juridique de l'humanité dans l'homme [1852], il faut bien aussi déterminer la portée exacte de cette humanité. L'absence de définition, la malléabilité et les lacunes qui entourent le concept de dignité aboutissent in fine à confier un large pouvoir d'appréciation au juge pour déterminer les atteintes à la dignité de la personne humaine. De plus, l'absolu de l'exigence de dignité humaine risque aussi soit de déboucher sur une relativité d'application soit, plus paradoxalement, de se construire au détriment de la volonté individuelle de la personne protégée.

724 Cette dernière orientation a d'ailleurs été remarquablement mise en lumière dans une décision déjà ancienne [1853], dite du « lancer de nains ». Le Conseil d'Etat, utilisant pour la première fois le concept de dignité, avait reconnu que le respect de la dignité de la personne humaine était une composante de l'ordre public. Il en avait conclu que l'activité en cause (le lancer de nain), interdite par le maire d'une commune, dans le cadre de ses pouvoirs de police, *« portait atteinte, par son objet même, à la dignité de la personne humaine ».* En dehors de tout jugement moral sur la solution adoptée [1854], deux points méritent d'être soulignés.

En premier lieu, l'activité en cause, outre qu'elle se déroulait dans de bonnes conditions de sécurité et de protection de la personne, était surtout volontairement choisie et acceptée par les nains et faisait l'objet d'une rémunération. En somme, l'atteinte à la dignité de la personne ne relevait pas des conditions de travail mais de la nature de l'activité qui mettait en jeu la différence physique. Ce qui a pu faire penser à une résurgence de la morale au détriment de la volonté et des intérêts concrets revendiqués par les individus, en l'occurrence ceux du nain qui avait porté l'affaire devant le Conseil d'Etat.

Ensuite, la décision invoque l'ordre public, c'est à dire les valeurs fondamentales de la Société. Les atteintes à la dignité seraient donc des atteintes au maintien de l'ordre public de la Société. Même si, dans le cas d'espèce, l'atteinte à l'ordre public a parfois été contestée, il importe de retenir ici que la dignité apparaît bien hors commerce, tout comme le corps, qu'elle constitue une valeur absolue et universelle, celle de l'identité humaine. Il

[1849] T. Revet*, « La dignité de la personne humaine en droit du travail »* in La dignité de la personne humaine. Economica 1999 p 137 et suiv.

[1850] Art. L.1152-1 du code du travail (ancien art. L 122-49) issu de la Loi du 17 janvier 2002.

[1851] On citera, notamment, la Déclaration universelle des droits de l'Homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

[1852] M-L Pavia, art. préc.*"La dignité de la personne humaine"*, p 121.

[1853] Conseil d'Etat 27/10/95, D. 1996 p 177.

[1854] Le nain en question était tout à fait consentant à cette activité de lancer, pour laquelle il était régulièrement rémunéré. On sait aussi que d'autres activités similaires (démonstrations de foires, spectacles…) sont par ailleurs tolérées.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

est donc inconcevable qu'on puisse y renoncer et le voudrait-on, cette renonciation serait frappée de nullité. Un homme n'est pas libre de renoncer à sa qualité d'homme[1855]. La volonté individuelle est ici écartée au profit d'une solidarité humaine qui exprime le respect de soi et des autres. On comprend que le concept de dignité figure une certaine conception de l'homme. *« La dignité favorise autant l'autonomie individuelle qu'elle justifie à l'inverse une intervention publique potentiellement liberticide censée garantir la reconnaissance réciproque de la valeur de la personne…»* [1856] .

Dès lors, le concept de dignité humaine peut-il être réellement associé à une émancipation de la volonté individuelle? Plus spécifiquement, dans le rapport d'emploi, peut-il servir à défendre la personne humaine du salarié contre des manifestations dévoyées du pouvoir de l'employeur ?

§ 2- Le concept de dignité, défenseur de l'autonomie de la personne humaine

725 On sait que le pouvoir de l'employeur auquel le salarié est assujetti, peut volontiers devenir arbitraire ou tyrannique. Aussi, celui-ci n'est-il qu'une prérogative conditionnée par le droit. Seul l'exercice du pouvoir en conformité avec les prescriptions de l'ordre juridique justifie le devoir d'obéissance du salarié[1857]. Le droit impose donc des limites à la fois à l'exercice du pouvoir et à l'assujettissement du salarié. Mais, il reste incontestablement une part d'ombre dans le pouvoir de l'employeur, engendrée par l'asymétrie et l'inégalité du rapport social unissant le détenteur de ce pouvoir et celui qui y est assujetti. La capacité du premier à agir sur les actions du second n'est pas exempte d'influences qui peuvent se pervertir en pressions et contraintes. Plus que l'exercice d'un pouvoir juridique, il s'agit ici d'un dévoiement du pouvoir qui se rapproche de l'idée d' « abus de faiblesse », voire d' « abus de dépendance économique»[1858]. L'employeur profite de l'état de faiblesse sociale et économique de son subordonné pour lui imposer, avec ou sans contraintes, des conditions de travail déshumanisantes.

Au regard de la jurisprudence de la Cour de Cassation, on observe que les juges consacrent un véritable droit à la dignité du salarié, pénalement protégé, contre les exactions du pouvoir (A). Il conviendra ensuite de s'interroger sur la capacité effective de ce droit à majorer la volonté et la capacité d'autodétermination du travailleur (B).

A. Le droit à la dignité du salarié contre les exactions du pouvoir

726 Comme le proclame la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, *« tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité ».* Si ce droit peut sembler relativement abstrait, la Cour de cassation, en particulier la Chambre criminelle, s'efforce, depuis quelques années déjà, de lui donner une application et un contenu concrets ainsi que de sanctionner l'employeur, auteur d'atteintes à la dignité de la personne humaine. Le juge prend en compte non seulement des éléments objectifs, les conditions de travail susceptibles de porter atteinte à la dignité de la personne humaine du salarié (1) mais aussi des éléments subjectifs

1855 B. Edelman, art. préc. *« La dignité de la personne humaine : un concept nouveau »,* p 25 et suiv.

1856 X.Bioy, thèse préc. *« Le concept de la personne humaine en droit public ».*

1857 A défaut d'un pouvoir légitimement exercé, la désobéissance du salarié devient alors une exception nécessaire, le salarié recouvrant sa volonté propre.V.supra Partie II, Titre I, Chapitre I, Section2 §2A..

1858 Ces notions sont surtout utilisées en droit de la distribution, consommation et concurrence.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

permettant d'apprécier les notions de dépendance ou de vulnérabilité des salariés en cause (2).

1. Des conditions de travail portant atteinte à la dignité de la personne humaine

727 Tel peut être le cas lorsque les conditions de travail s'avèrent objectivement incompatibles avec le respect de cette dignité, caractérisant ainsi l'élément matériel de l'infraction. Se pose alors la question de la détermination des atteintes à la dignité de la personne humaine dans le travail. Il s'agit, le plus souvent, de mettre en exergue une majoration abusive et illégitime du pouvoir. L'employeur exploite une situation de travail à son avantage, par la dégradation des conditions de travail imposées au salarié.

On en trouve quelques illustrations en jurisprudence. C'est ainsi que, sous le visa de l'article 225-13 du code pénal, la Cour de Cassation condamne un employeur qui ne rétribue pas ou rétribue de façon manifestement insuffisante les services du travailleur, sans rapport avec l'importance du travail accompli[1859]. De la même manière, l'employeur qui soumet ses salariés à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine sera sanctionné au titre de l'article 225-14 du code pénal. Ainsi, la Chambre criminelle a-t-elle rappelé que tout travail forcé est incompatible avec la dignité humaine[1860].En témoigne aussi une autre décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation[1861] où celle-ci a caractérisé des atteintes objectives commises par l'employeur à la dignité de la personne humaine du salarié, par les divers procédés (humiliations, cadences de travail,…) qu'il utilisait à l'égard de son personnel. A partir de ces constats concordants, précis et répétés, les juges ont conclu que de telles conditions avaient pour effet de ramener l'être humain à un *« prolongement de la machine-outil »,* caractérisant une atteinteà la dignité de la personne humaine.

728 Au demeurant, les conditions de travail ne sont pas seules en cause. Les conditions d'hébergement mises en place par l'employeur - que le logement soit fourni en contrepartie du travail ou en complément à la rémunération- peuvent aussi s'avérer contraires à la dignité humaine mais aussi au principe, ayant désormais valeur constitutionnelle, du droit au logement décent[1862]. Des conditions d'hébergement contraires à la dignité humaine peuvent d'ailleurs accompagner des conditions de travail contraires à cette dignité.

Parfois, la dégradation des conditions de travail peut se traduire par des comportements plus subtils de la part de l'employeur. Certaines conduites méprisent en général la personne, en l'ignorant, en l'empêchant de s'exprimer dans son travail ou encore, en l'isolant de la collectivité de travail. On relève encore [1863] des atteintes à la dignité et à l'estime de soi provoquées par les tensions dues à l'urgence du travail à effectuer, à l'absence de marge de manœuvre pour y parvenir, au doute de soi et du travail accompli.

Dans tous ces contextes, on se trouve non plus face à un exercice légitime du pouvoir reconnu à l'employeur par l'ordre juridique, mais en présence d'une exploitation caractérisée

1859 .V. Cass.crim. 03/12/2002. Bull. d'information Cass. n° 571 du 15/02/2003 , n°128.

1860 Cass.crim. 13/01/2009, JCP S 31/03/2009, 1150, note C.Willmann. La Chambre criminelle a fondé sa décision sous le double visa de l'article 225-14 du code pénal et de l'article 4 de la convention européenne des droits de l'Homme.

1861 V. Cass.Crim. 04/03/2003, arrêt préc.

1862 Conseil Constitutionnel, décisions n°94-359 DC 19/01/1995 et n°98-403 DC 29/07/1998.

1863 A. Thébaud-Mony, coll. préc. *"La santé au travail: approche sociologique »*.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de l'homme par l'homme et partant,d'une variété d'abus de droit ou de pouvoir. Dès lors, il y a non seulement lien juridique de subordination mais encore lien d'exploitation dans le sens d'une utilisation de l'homme comme simple moyen. Cette exploitation est d'autant plus aisée que le salarié, qui en est victime, se trouve dans une situation de dépendance ou de vulnérabilité particulière.

2. L'état de dépendance ou la vulnérabilité

729 Les articles 225-13 et 225-14 du code pénal font référence à la vulnérabilité ou l'état de dépendance des personnes, qu'il soitapparent ou connu de l'auteur des conditions de travail indignes. Il suffit donc d'établir que les faits poursuivis ont été commis par une personne qui connaissait la situation de faiblesse ou de vulnérabilité de la personne qui en est victime. Le rapport de subordination juridique est ici aggravé par une dépendance morale ou économique résultant soit d'une situation familiale, soit d'absence de qualification, soit d'une situation particulièrement difficile de l'emploi.

Cette dépendance est d'ailleurs intimement liée à la notion de vulnérabilité sociale et économique. La personne est vulnérable parce qu'elle est dépendante, elle est dépendante parce qu'elle est vulnérable. A telle enseigne que les jeunes mineurs et certains étrangers sont désormais et de plein droit, considérés comme des personnes vulnérables ou en situation de dépendance lorsqu'ils sont victimes des faits décrits aux articles 225-13 et 225-14 du code pénal. L'extrême jeunesse pour les uns, l'absence de maîtrise de la langue et l'absence de repères sociaux et culturels pour les autres, sont des marques spécifiques et évidentes de vulnérabilité et de dépendance.

L'assujettissement du salarié au pouvoir de l'employeur n'est jamais absolu. Le salarié conserve une part d'autonomie, de volonté libre. Lorsqu'il apparaît justement que cette part d'autonomie du salarié est inexistante en raison d'un état d'ignorance, de défaillance physique, morale ou psychologique, de faiblesse économique et sociale, l'assujettissement au pouvoir devient alors absolu, la personne étant incapable d'une volonté propre susceptible d'opposer une résistance face à des exactions du pouvoir. Le droit à la dignité du salarié supplée à cette défaillance de la volonté et agit comme un rappel de l'universalisme et de l'invariabilité de la dignité de la personne humaine.

Ainsi, le droit à la dignité du salarié opposé aux exactions du pouvoir de l'employeur semble-t-il de nature sinon à renforcer, du moins à défendre la volonté du salarié et sa capacité d'autodétermination dans le rapport d'emploi.

B. Le droit à la dignité du salarié, source d'affermissement de la volonté individuelle

730 Il est vrai que la mise en exergue d'un droit à la dignité du salarié dans le droit positif conforte «la réalité humaine » de la personne du salarié.Le pouvoir patronal n'est pas autorisé à tout faire et ne peut en aucun cas réduire le salarié à l'état d'objet ou de marchandise. Il n'est donc pas libre de spolier la dignité de la personne du salarié. Celle-ci, réduite à « un prolongement de la machine-outil », n'est plus capable ni de décider ni de réagir consciemment et en toute connaissance de cause, tant il est vrai que *« toute forme d'asservissement et de dégradation de la personne »* [1864] s'inscrit dans un processus de négation de la volonté libre.

[1864] Pour reprendre les termes de la décision du Conseil constitutionnel du 27/07/94 préc.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Le respect de la dignité de la personne humaine contient donc indiscutablement le respect de la volonté libre du sujet. La dignité de la personne humaine est *« un principe selon lequel un être humain ne doit jamais être traité comme un moyen, mais comme une fin en soi »* [1865]. Un moyen n'a pas de volonté propre. En revanche, un être, considéré comme une fin en soi et non comme un objet, est autonome.

Comme nous l'avons vu précédemment, le respect de la dignité de la personne humaine, s'impose même contre la volonté d'un individu consentant. Ce faisant, la dignité de la personne humaine acquiert valeur fondamentale de la Société qui ne peut faire l'objet, en tant que telle, de dérogation ni de mise à l'écart. En ce sens, elle gagne en puissance. Le droit à la dignité de la personne humaine, en préservant des abusd'autrui,pose l'humanité du salarié comme une valeur à respecter en soi. Il sécurise chaque salarié, assujetti au pouvoir de l'employeur, non seulement en préservant au mieux sa volonté et sa liberté contre d'éventuelles exactions de celui-ci mais également en ouvrant sur certains nouveaux droits liés à son statut universel d'être humain, même au temps et au lieu de travail.

731 Si à l'aune de ces quelques développements, la dignité apparaît comme un concept en plénitude, il demeure cependant des zones d'ombre. Son universalisme en fait un droit quasi-naturel inaliénable et original qui mériterait aujourd'hui une portée plus concrète encore. Indéniablement, plus le respect de la dignité de la personne humaine au travail sera fermement assuré et plus le salarié en tant que personne sera respecté, dans son corps et son esprit. La volonté du salarié, en tant que personne, y trouvera un creuset d'affermissement. Sans doute, pour ce faire, le concept de dignité devra-t-il franchir un nouveau cap. Des droits nouveaux ciblés [1866]sur des aspects spécifiques du droit à la dignité, devraient augurer des changements renouvelés dans les rapports et conditions de travail.

Conclusion du Chapitre II

732 On avait souligné, dans l'introduction de cette recherche, le lignage étroit entre volonté et liberté[1867]. Dès lors, la prise en considération plus ferme des libertés et droits fondamentaux dans les rapports du travail, le respect de la dignité de l'Homme au travail, apparaissent comme des facteurs propices à une valorisation de la volonté du salarié, en tant que sujet pensant et agissant. Une telle valorisation, qui ne signifie pas la reconnaissance d'une pleine autonomie du salarié sur le territoire consenti au pouvoir de l'employeur, offre néanmoins à celui-ci une capacité nouvelle pour résister aux ingérences et excès éventuels du pouvoir. Plus encore, le salarié peut affirmer sa qualité de personne libre et digne, dans le cadre d'un rapport du travail juridiquement agencé par des règles de droit et volontairement formé par les parties.

Conclusion Titre II

733 L'essor des prérogatives individuelles du salarié, l'exercice de droits propres dans l'exécution individuelle du travail apparaissent indéniablement de nature à favoriser la capacité objective de décision et d'action du salarié face au pouvoir de l'employeur.L'exercice de ces droits n'est toutefois pas sans limites. Fréquemment, il s'agit de facultés encadrées par la loi, soumises à conditions et accord de l'employeur, plus

[1865] E.Kant, *« Fondements de la métaphysique des mœurs »*. Essai (poche) 2004.

[1866] On pense, par exemple, au stress ou à la violence au travail. A telle enseigne qu'un accord portant sur le stress au travail a été conclu entre les partenaires sociaux le 2/07/2008.

[1867] V. Introduction générale, §I.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

rarement de véritables prérogatives dépendant de la seule initiative du salarié. En outre, certaines d'entre elles sont intimement liées aux politiques du travail et donc soumises à modifications incessantes, voire abrogations[1868].

734 L'affermissement progressif des droits fondamentaux et libertés de la personne du salarié au temps et au lieu de travail, même si on peut estimer raisonnablement que toutes les potentialités de ce mouvement n'ont pas été encore exploitées au sein des relations du travail, constitue un autre facteur d'émancipation de la volonté du salarié face au pouvoir. La reconnaissance de la personne humaine du salarié pose des bornes incontestables à la soumission et au pouvoir. Plus largement, celle-ci contribue à donner au salarié, au temps et lieu de travail, une autonomie plus grande, pourvu que ses manifestations soient raisonnables et ne remettent pas en cause le bon fonctionnement de l'entreprise.

Dans un même temps, l'apparition sur la scène du droit du travail du concept de dignité de la personne humaine, tend en quelque sorte à transcender la relation de travail. Reconnaissant l'humanité de chaque personne comme valeur universelle et intangible, ce concept dépasse à l'évidence la condition de travailleur assujetti au pouvoir. Encore faut-il que l'ordre juridique ancre objectivement ce concept à l'intérieur de règles ou de droits disponibles aux salariés.

735 Reste que ces prérogatives et droits peuvent être désormais utilement invoqués par le salarié à l'encontre du pouvoir. Dès lors, l'espace d'émancipation de la volonté du salarié apparaît grandissant, même s'il est encore modeste. L'acte volontaire du salarié sur le terrain du pouvoir n'est plus aujourd'hui une exception remarquable mais une tendance en devenir.

Il convient maintenant de vérifier si la volonté individuelle du salarié trouve d'autres espaces d'expression ou des facultés de choix et d'action plus larges dans l'exercice même des droits collectifs.

Titre III : L'empreinte de la volonté du salarié dans les droits collectifs

736 Les nouvelles perspectives d'actions du salarié au plan individuel ne détruisent pas, loin s'en faut, l'expression de la volonté individuelle au plan collectif. On le sait, le salarié n'est pas seulement placé dans une situation contractuelle et individuelle, il fait partie également d'une collectivité, source d'un intérêt collectif distinct de l'intérêt individuel[1869].

L'approche collective empruntée historiquement par le droit du travail s'est d'abord imposée pour assurer une protection et une sûreté physique[1870]des salariés qui auraient été fort improbables dans le cadre du rapport individuel de travail. La crédibilité du dispositif protecteur initié par l'Etat s'est ensuite affermie par une opération visant à équilibrer les forces en présence. D'où la nécessité de favoriser la reconnaissance d'acteurs sociaux aptes à opérer par leurs pressions les corrections indispensables, et titulaires de droits

[1868] On songe, par exemple, au dispositif des heures choisies qui a été abrogé par la loi du 20 août 2008 portant réforme du temps de travail.

[1869] Même s'il existe bien évidemment un lien de communauté entre eux

[1870] J. Le Goff , ouv.préc. *« Du silence à la parole ».*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

définis collectivement qui viennent conforter, voire fonder des droits individuels. Il s'agit de rendre au salarié au plan collectif l'autonomie dont celui-ci est privé au plan individuel[1871].

De ce point de vue, le renforcement des droits permettant la représentation et l'action collective n'a pas eu pour corollaire un abandon par les salariés de leurs droits propres. Au contraire, les différentes institutions, les droits et libertés contribuant à la réalisation de la défense des intérêts collectifs des salariés ont toujours été conciliés avec une appréciation stricte de la liberté individuelle ; l'individu a toujours gardé la primauté [1872]. Les mécanismes de représentation n'annihilent pas la possibilité d'agir individuellement. L'organisation de la défense des intérêts collectifs des salariés a pu même être présentée comme une voie vers l'accession à la parole de l'individu[1873].

737 En outre, les salariés sont toujours restés libres de participer ou non aux actions collectives. Malgré leur rattachement aux modes d'expression et de représentation des intérêts collectifs des salariés, la liberté syndicale et le droit de grève sont reconnus individuellement à chaque travailleur. Ils relèvent ou participent d'une des catégories les plus originales du droit du travail, celle des droits individuels s'exerçant collectivement, des droits individuels s'exerçant dans l'action collective (Chapitre 1). Se posent alors non seulement la question du rôle de la volonté individuelle du salarié dans l'exercice de ces droits mais aussi celle de l'équilibre entre l'individuel et le collectif, entre la liberté individuelle et la solidarité collective.

Si la reconnaissance, déjà ancienne, de droits individuels s'exerçant dans l'action collective, fournit un premier cadre commun pouvant être investi par les salariés, dans le respect du libre arbitre de chacun, on observe également un renforcement contemporain des prérogatives du salarié, membre du groupe (Chapitre II). Le sens du collectif et les vertus de la représentation indirecte apparaissent ainsi de plus en plus concurrencées par l'aspiration à la démocratie directe[1874]. Cette évolution, qui encourage l'expression d'une volonté individuelle, risque aussi de transformer la nature des rapports collectifs de travail. Dès lors, la question est de cerner les enjeux et perspectives de conciliation entre la logique individuelle et la logique collective, pour tenter d'enrayer la crise parfois annoncée de la dimension collective du droit du travail[1875].

Chapitre 1 : Des droits individuels et de l'action collective

738 Si on cherche à caractériser de la façon la plus large, ce qui peut être qualifié de droits individuels s'exerçant dans l'action collective, on soulignera qu'il s'agit de prérogatives individuelles qui dépendent de la décision de chaque salarié, de son libre arbitre. Mais les conditions d'exercice et l'objet de ces prérogatives doivent nécessairement s'inscrire dans une dimension collective. Telle est l'originalité fondamentale des droits ici concernés, qui mêlent étroitement initiative individuelle et visée collective.

Le droit de grève en fournit une première illustration éloquente. Mais, la liberté syndicale, par sa double dimension individuelle et collective, participe également de la catégorie des droits qui nous intéresse. En raison précisément de l'interaction qui existe

1871 A. Supiot, *« Critique du droit du travail »,* PUF 1994, p 139.

1872 C. Mathieu, C.Nicod , art. préc. *« Lindividu confronté à l'organisation collective du travail ».*

1873 J.Le Goff *"Du silence à la parole.Une histoire du droit du travail",* PU de Rennes, 2004.

1874 J. Le Goff, *« Les lois Aubry , 20 ans après »,* Dr. Soc. juillet-août 2003 p 703 et suiv.

1875 V. notamment G. Spyropoulos, *« Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs »,* Dr. Soc. avril 2002 p 391 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

entre l'individuel et le collectif, des rapports complexes se tissent tant entre la volonté individuelle du salarié et la liberté syndicale (Section 1), qu'entre cette volonté et le droit de grève (Section 2).

Alors que la grève comme la liberté syndicale auraient pu se concevoir selon une toute autre approche, négligeant la liberté individuelle, la conception du droit français, d'inspiration libérale, a accordé la primauté à l'auto-détermination du salarié dans l'action collective.

Section 1 : Volonté individuelle et liberté syndicale

739 La liberté syndicale, instaurée par la loi du 21 mars 1884, a valeur constitutionnelle[1876] et répond aux exigences de la démocratie. Elle permet à tous ceux qui le souhaitent de se rassembler, en créant et développant un syndicat, éventuellement par dissociation ou scission d'un groupement syndical[1877]. En même temps, elle laisse chacun libre, quels que soient son sexe, son âge, sa nationalité, d'adhérer au syndicat professionnel de son choix[1878] (§1) comme de ne pas adhérer à un syndicat (§ 2).

§ 1- La liberté d'adhérer au syndicat de son choix

740 L'appartenance à un syndicat dépend uniquement de la volonté de l'intéressé[1879], ce qui nécessite une exigence d'intégrité et plus spécifiquement de liberté de la volonté. L'adhésion du salarié doit être libre et exclusive de pressions. Traditionnellement, deux pratiques sont considérées comme portant atteinte à ces qualités : les conventions dites de « sécurité syndicale » et la « mise à l'index .» L'une et l'autre sont illicites parce qu'elles mettent en œuvre des moyens de pression touchant à l'emploi des salariés et portent ainsi atteinte à la liberté syndicale.

Mais, c'est sur un autre registre que le droit du travail a concentré ses efforts en vue de défendre et protéger la liberté du salarié d'adhérer au syndicat de son choix. En effet, les pressions les plus fréquentes proviennent généralement de l'employeur et visent à pénaliser le salarié qui fait le choix d'adhérer ou de participer à l'action syndicale dans l'entreprise. Ainsi, le législateur[1880] interdit-il à l'employeur toute discrimination fondée sur la prise en considération de l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions de quelle que nature qu'elles soient. En outre, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses activités syndicales. Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit[1881]. De même, aucune limitation à l'exercice du droit syndical ne peut être apportée par note de service ou décision unilatérale de l'employeur[1882].

1876 V. le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 *:« Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix »,* repris dans la Constitution de 1958. Le Conseil d'Etat, dans une décision en date du 31 mai 2007 (JCP2007 n°1638), a proclamé avec force que la liberté syndicale présente le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 du code de justice administrative,ce qui justifie en l'espèce l'intervention du juge des référés (note B.Gauriau).

1877 Liberté d'association reconnue par la loi du 22 mars 1884.

1878 Art. L.2141.1 du code du travail (ancien art. L. 411-5).

1879 Ce que rappellent les statuts de nombreux syndicats.

1880 Art. L.2141-5 du code du travail (ancien art. L.412-2 al.1) .

1881 Art.L.1132-1 du code du travail (ancien art.L.122-45al.1).

1882 Art. L.2141-10 al.2 du code du travail (ancien L. 412-21).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Ce dispositif législatif garantissant l'exercice normal de la liberté syndicale est complété par des mesures spécifiques relatives à la protection des délégués syndicaux contre le licenciement[1883]. La protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun des salariés investis de fonctions représentatives a été instituée non dans leur seul intérêt, mais dans celui de l'ensemble des salariés[1884]. Ces mesures d'ordre public ne sont donc pas exclusivement destinées à préserver le choix et l'engagement syndical individuel mais surtout à garantir le libre exercice dans l'entreprise d'une liberté fondamentale.

741 Au demeurant, l'affiliation au syndicat professionnel de son choix ne comporte pas de conditions trop contraignantes. La première est bien sûr l'adhésion volontaire du salarié. Généralement, celle-ci est extériorisée par la souscription d'un bulletin d'adhésion, voire parfois d'un droit d'entrée. De surcroît, l'adhésion déclenche un certain nombre d'obligations librement consenties par le salarié, qui sont la contrepartie de son engagement volontaire. Ainsi existe-t-il une obligation générale de loyauté des adhérents à l'égard du groupement, une certaine discipline syndicale[1885] nécessaire à la solidarité et à l'exercice éventuel d'actions communes et une contribution aux différentes activités développées par le syndicat, notamment dans le cadre des élections professionnelles[1886]. L'adhésion volontaire emporte aussi une obligation de participer à son financement par le versement de cotisations[1887]. On le comprend, l'acte volontaire d'adhésion constitue une manifestation juridique de l'assentiment du salarié à une organisation syndicale et à son action.

Si la liberté syndicale implique la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, elle emporte inversement la liberté de ne pas adhérer à un syndicat ou de s'en retirer.

§ 2- La liberté de ne pas ou ne plus adhérer à un syndicat

742 Le droit du travail français s'est efforcé, depuis la loi du 22 mars 1884, de garantir la liberté individuelle des salariés de ne pas adhérer à un syndicat. D'abord implicitement admise, la liberté de ne pas adhérer à un groupement syndical a été officiellement reconnue par le Conseil Constitutionnel et les instances européennes[1888].

La liberté syndicale, à l'instar de toute autre liberté, repose essentiellement sur l'autonomie de détermination de son titulaire et l'appréciation de l'opportunité de son exercice : adhérer ou non à un syndicat, être libre de s'en retirer à tout moment. Mais, à la différence de la liberté syndicale positive (liberté d'adhérer au syndicat de son choix), la liberté syndicale négative n'est pas seulement une protection contre l'employeur, elle protège aussi contre le collectif. Préservant l'indépendance de chacun, elle met l'individu

[1883] Art. L.2411-3 du code du travail (ancien art.L.412-18). Ce nouvel article est désormais intégré dans le livre 4ème du nouveau code « Les salariés protégés », titre 1er « Cas, durées et périodes de protection », Chapitre 1er « Protection en cas de licenciement ».

[1884] V. notamment Cass.soc. 16/03/2005, arrêt préc.

[1885] La discipline syndicale peut entraîner le droit pour les dirigeants syndicaux de prendre à l'encontre des membres qui la ne respecteraient pas, des sanctions pouvant aller jusqu'à l'exclusion (sous réserve de la licité des directives prescrites). Celles-ci sont en général prévues par les statuts.

[1886] V. infra Chapitre II, Section 1.

[1887] V. L. Nagy, *« Statut juridique des syndicats »,*in Etudes du droit du travail offertes à A Brun, p 395 et suiv. Librairie sociale et économique 1976.

[1888] V. Conseil Constitutionnel 19 et 20 juillet 1983, 83-163 DC Rec. p 49. CEDH 25 avril 1996, D.1997, 363 note Marguénaud et Mouly. Sur le plan international, la liberté syndicale négative n'a pas été explicitement mentionnée dans les conventions de l'OIT.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

à l'abri des tendances hégémoniques et « impérialistes » du groupement[1889]. Elle est donc doublement protégée tant à l'égard du pouvoir de l'employeur que des syndicats eux-mêmes[1890]. Le salarié est appréhendé comme un sujet de droit libre. Cette conception donne sans doute plus à contempler un individualisme prononcé qu'un esprit de solidarité collective.

743 Pourtant, si on considère la liberté d'adhérer ou non à un syndicat comme l'expression d'une volonté ou d'un refus d'engagement individuel, force est d'admettre qu'elle ne peut procéder que d'un choix propre et non d'une stipulation impérative qui en altérerait la nature. Certes, il a été souligné[1891] qu'à trop insister sur le respect de la liberté individuelle, on risque aussi parfois de contribuer à un syndicalisme faible, impuissant ou inefficace. Mais le même auteur précise fort justement qu'*« à trop insister sur la nécessité d'un syndicalisme fort et la prééminence de l'intérêt collectif, on risque de sacrifier les individus et certaines de leurs libertés fondamentales ».* En réalité, plutôt que de mettre l'accent sur la montée d'un individualisme, dévalorisant les engagements collectifs, peut-être serait-il plus pertinent de s'interroger sur les modes de fonctionnement du syndicalisme[1892]. Sans doute, faut-il aussi garder à l'esprit que la valeur d'une liberté individuelle ne peut pleinement s'exercer que dans la liberté du vouloir du sujet et dans les garanties qu'on lui accorde.

744 Libre de n'adhérer à aucun syndicat, le salarié est tout autant libre de s'en retirer à tout moment[1893], voire d'en changer[1894], aucune clause conventionnelle[1895]ne pouvant venir limiter cette faculté. Ainsi, toute clause soumettant la démission à des contraintes spécifiques [1896] ou à une acceptation préalable des instances dirigeantes, porterait une atteinte non justifiée à cette liberté et serait nulle de plein droit. En principe, le retrait d'adhésion n'est soumis à aucune formalité particulière, sauf précision prévue par les textes

1889 J-M. Verdier, *« Syndicats et droit syndical »,* Traité de droit du travail sous la direction de G-H.Camerlynck, D. 1987.

1890 En ce sens, v. notamment les art. L.2141-6 et suiv. du code du travail. De même, l'article L.2142-6 du code du travail (issu de la loi du 4 mai 2004) prévoit notamment que la diffusion de tracts syndicaux via l'intranet de l'entreprise, organisée par accord collectif, doit préciser *« les conditions d'accès des organisations syndicales et les règles techniques visant à préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message ».*

1891 P. Adam , thèse précitée.

1892 V. D.Andolfatto *« Syndicalisme et individualisme »,* Ceras -revue Projet n°271, septembre 2002. L'auteur relève aussi d'autres facteurs du déclin, endogènes aux organisations : extinction du militantisme, principe industriel, politisation. Dans une étude commandée par la DARES en 2007, D.Andolfatto et D. Labbé soulignent le faible taux de syndicalisation en France (7,2%) même si un ralentissement du phénomène est enregistré. Cette étude confirme une étude précédente de la DARES (avril 2007, n°14-2 Premières synthèses Informations) qui titrait *« Présence syndicale : des implantations en hausse, une confiance des salariés qui ne débouchent pas sur des adhésions ».* La liberté syndicale stipule un mode d'association volontaire fondée sur la force de l'engagement individuel, ce qui implique la capacité du groupement à fédérer autour d'un objectif commun et collectif.

1893 V. art L.2141-3 du code du travail (ancien L.411-8).

1894 Selon l'étude précitée, les syndicats continueraient à perdre des adhérents et subiraient un *« zapping syndical »,* c'est à dire des migrations de syndiqués et même de militants entre les organisations.

1895 V. Cass. Soc . 23/06/88, Bull.civ.1988 V n° 394. Par ailleurs, l'article L.2141-3 précise expressément *« tout membre d'un syndicat professionnel peut s'en retirer à tout moment, même en présence d'une clause contraire ».*

1896 Par exemple, la mise en œuvre d'une clause de non concurrence. V. Cass.Soc. 23/06/88 arrêt préc.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

statutaires. Le salarié doit manifester clairement et librement sa volonté de rompre tous liens avec le syndicat[1897].

745 On le voit, la liberté syndicale, dans son aspect individuel, recouvre plusieurs aspects qui sollicitent directement et nécessairement la volonté individuelle du salarié. Un choix est exprimé en propre par chaque salarié, celui d'adhérer à tel ou tel syndicat, de ne pas adhérer à un syndicat ou de s'en retirer quand il le souhaite. Acquise en dehors de toute condition, la liberté syndicale s'appuie largement sur la volonté individuelle du salarié de s'engager ou non dans les enjeux de l'action collective et de la défense des intérêts collectifs. Elle est une prérogative protégée par le droit, laissant toute initiative à l'intéressé d'accéder ou ne pas accéder à ce mode d'association volontaire qu'est le syndicat professionnel. En ce sens, la volonté du salarié trouve, dans l'exercice de la liberté syndicale, une place originale où se mêlent pouvoir de décision et capacité d'engagement dans l'action collective.

Vient-elle également se loger au cœur de la conception française du droit de grève ?

Section 2 : Volonté et exercice du droit de grève

746 Moyen de défense et de revendication collectives, la grève fut longtemps prohibée[1898] et sanctionnée pénalement[1899], pour des raisons essentiellement politiques et économiques. La reconnaissance du droit de grève est finalement récente puisqu'elle n'est assurée que depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.[1900] Le droit de grève, selon l'approche juridique française, est un droit individuel dont l'exercice est collectif[1901]. Cette conception traduit l'influence libérale et individualiste du droit français, opposé à un modèle organique, autoritaire de la grève, qui conférerait au syndicat la titularité du droit de grève. Principe de valeur constitutionnelle, « *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent»* [1902] *.* Eu égard à la nature particulière d'un tel droit, le législateur est donc seul habilité à tracer des limites à son exercice *« en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut par nature porter atteinte… »* [1903].

[1897] Sans préjudice du droit pour le syndicat de réclamer la cotisation afférente aux 6 mois qui suivent le retrait d'adhésion (art.L.2141-3 al 2 du code du travail).

[1898] V. notamment, la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791.

[1899] Le code pénal de 1810 prévoyait l'application de peines correctionnelles pour les coalitions ouvrières. La loi du 25 mai 1864 abrogea finalement le délit de coalition. Mais si la grève n'était plus en soi pénalement sanctionnable, elle ne constituait pas encore un droit. A noter que la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels ne réglait pas spécifiquement la question de la grève.

[1900] Alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel la Constitution du 4 octobre 1958 fait expressément référence.

[1901] Le droit est accordé à chacun et reconnu constitutionnellement (Conseil d'Etat 07/07/1970, D.1950, jurisprudence p 538, Dr. Soc. 1950 p 317 ; Cass.Soc. 25/04/1952, Bull.civ. IV n°341)

[1902] Jusqu'à ce jour, le législateur n'avait organisé ce droit que dans le secteur public. Récemment, celui-ci a franchi une autre étape en organisant le dialogue social et la continuité du service public des transports terrestres réguliers de voyageurs, voir Loi n °2007-1224 du 21 août 2007 (JO du 22/08/2007).

[1903] V. notamment la décision n°2007-556DC du 16 août 2007 (JO du 22/08/2007) rendue par le Conseil constitutionnel. A cette occasion, le Conseil a déclaré les articles 2 à 6 et 9 de la loi du 21 août 2007 conformes à la Constitution.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

747 La titularité individuelle [1904]du droit de grève reconnaît pleinement la liberté de chaque salarié de décider personnellement de participer ou non à la grève. L'exercice collectif de ce droit individuel se justifie au regard des critères constitutifs de la grève, voire par l'histoire sociale des conflits collectifs. Selon la construction jurisprudentielle, la grève est juridiquement définie comme *« la cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles »* [1905]. Il en résulte une figure originale de la grève qui allie volonté individuelle de faire grève et concertation en vue d'une action collective commune. La mise en lumière de cette association exige d'abord de vérifier que la titularité individuelle du droit de grève conforte le rôle de la volonté individuelle, la cessation collective et concertée du travail procèdant toujours de la décision personnelle de chaque salarié de participer ou non à celle-ci (§1). Ensuite, il conviendra de s'interroger sur les effets de cette titularité individuelle, en s'attachant aux manifestations de volonté individuelle d'entrer ou non en grève ainsi qu'à l'articulation du collectif et de l'individuel dans le processus de la grève (§2).

§ 1- Titularité individuelle du droit de grève et volonté individuelle

748 La titularité individuelle du droit de grève, telle que la conçoit le droit du travail français, exclut l'existence d'un droit syndical de la grève[1906] ou d'un droit de la majorité du personnel[1907]. Elle laisse en conséquence une large place à la spontanéité de l'action, exception faite du régime applicable dans les services publics[1908], et à la détermination personnelle de chaque salarié. Celui-ci dispose donc de toute latitude pour utiliser ou non son droit de grève. Pour ce faire, il doit prendre une décision personnelle qui l'engage non seulement à l'égard de la collectivité du personnel à laquelle il appartient, mais au regard des effets de la grève sur son contrat de travail. En outre, la décision individuelle de chaque salarié doit être causée, c'est à dire prise strictement en vue d'une cessation collective et concertée du travail destinée à défendre et appuyer des revendications professionnelles (A). A cet effet, le salarié bénéficie d'une liberté de détermination (B). Pour autant, face à

[1904] A. Jeammaud,M. Le Friant,A.Lyon-Caen , art. préc. *« L'ordonnancement des relations de travail ».* p 359 et suiv.

[1905] Notamment Cass. Soc. 18/01/95, Dr. Soc. 1995 p 183. Cass. Soc. 18/06/96, RJS 8-9/1996 n° 970. On notera que certains auteurs ont parfois précisé (J. Frossard *« Les obstacles juridiques au déclenchement des grèves »,* Dr. Soc. 1988 p 630 et suiv.)*« des revendications professionnelles déjà déterminées auxquelles l'employeur refuse de donner satisfaction »*

[1906] Comme cela est le cas dans d'autres pays, notamment aux Etats-Unis (X. Blanc - Jouvan *«Les rapports collectifs de travail aux Etats –unis »,* D. 1957) ou au Canada (J.Bernier *« Le nouveau régime juridique des rapports de travail au Québec »,* Annales de l'Institut d'Etudes du travail et de la Sécurité sociale, 1977-78 p 7) mais également en Grande Bretagne, en Allemagne, en Autriche et dans les pays scandinaves tels que la Suède, la Norvège, le Danemark (J-M Belorgey *« Gestion des conflits du travail en Europe, le choc des cultures »,* Dr. Soc. 2002, p 1125).

[1907] V. sur ce sujet, N.Olszack *(« Alexandre Millerand et l'organisation de la grève »,* Mélanges H. Sinay 1993 p 135). L'auteur analyse les projets développés en son temps par A.Millerand en vue d'associer le déclenchement d'une grève à un vote régulier du personnel. Au demeurant, l'article 6 de la loi n°2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, soumis au contrôle du Conseil Constitutionnel qui l'a déclaré conforme, n'est pas sans rappeler cette conception revisitée de la grève, par l'introduction d'une consultation des salariés . V.infra Chapitre II, Section 2, §1 B 2.

[1908] En effet, dans les services publics, une initiative d'un syndicat représentatif est requise par la loi. La cessation concertée du travail est précédée d'un préavis qui émane d'une organisation syndicale représentative au niveau national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé. Il précise les motifs de recours à la grève et doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève à l'autorité hiérarchique. Il mentionne en outre le champ géographique, l'heure de début et la durée limitée ou non, de la grève envisagée. Pendant la durée de préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier (art. L.2512-2 du code du travail).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

la nécessité de sauvegarder l'intérêt général ou de préserver d'autres droits et libertés, le droit de grève des salariés peut subir des limitations nécessaires, sous le contrôle du juge, sous réserve que ne lui soit pas portée une atteinte disproportionnée.

A. Une décision individuelle causée

749 Le droit de grève est un droit que chaque salarié possède en propre. Il est donc libre de l'utiliser ou non, selon sa propre appréciation de la situation en cause et sans contrainte extérieure de quelle que nature qu'elle soit[1909]. En outre, la décision individuelle de faire grève doit être causée, c'est à dire qu'elle doit exprimer la volonté du salarié de cesser le travail en vue de faire aboutir des revendications professionnelles, objet de la grève[1910], intéressant l'ensemble des salariés de l'entreprise[1911]. Il en résulte que la volonté de faire grève ne peut être caractérisée lorsqu'il s'agit de défendre des intérêts particuliers liés au respect des clauses du contrat de travail ou des normes générales en vigueur dans l'entreprise. Le salarié qui cesserait éventuellement le travail pour de telles raisons risquerait fort de se voir reprocher un acte d'insubordination susceptible de sanction disciplinaire.

750 Selon la définition classique du droit de grève, les salariés doivent se concerter et se mettre d'accord pour cesser collectivement le travail en vue de défendre des intérêts professionnels collectifs. Il faut donc une rencontre, une concertation des volontés des salariés pour décider un arrêt collectif de travail, même minoritaire[1912].La conception française du droit de grève n'impose ni une exigence de majorité[1913], ni celle de procéder à un référendum préalable[1914]. Toutefois, l'exercice collectif du droit de grève justifie la concertation, c'est à dire la rencontre d'intentions individuelles tournées sur un même objectif, celui de cesser ensemble le travail en vue d'obtenir satisfaction sur desrevendications professionnelles communes aux salariés participant au mouvement de grève et dont l'employeur doit avoir connaissance au moment de l'arrêt de travail[1915]. La notion de concertation exclut l'idée d'un droit de grève qui se réduirait à une organisation technique du mouvement né de l'initiative syndicale. Ainsi, ne décèle-t-on pas de privilège

[1909] Le droit de grève, en tant que liberté fondamentale constitutionnelle, ne doit pas pour autant faire obstacle à la liberté de travail des non-grévistes. Ainsi, le droit positif considère les entraves à la liberté du travail soit comme une infraction pénale (aux termes de l'article 431-1 du code pénal sont punissables d'une part le fait d'entraver d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté du travail, d'autre part le fait d'entraver l'exercice de cette même liberté d'une manière concertée et à l'aide de coups, violences, voies de fait, destructions et dégradations), soit comme une faute civile (atteintes aux personnes et aux biens ,…). Par ailleurs, le droit de grève ne peut faire l'objet de mesures d'intimidation, pendant la grève (interdiction du lock- out) ou après la grève (interdiction des mesures de discrimination, d'où en particulier la nullité de tout licenciement prononcé hors démonstration d'une faute lourde imputable au salarié).

[1910] V. Cass. Soc . 12/04/95, RJS 5/95 n° 554.

[1911] Exceptés, les mots d'ordre de grève nationaux .

[1912] Cass.Soc. 03/10/1963, D. 1964, p 3, note G.Lyon-Caen. Cass.Soc. 21/06/1967,D.1967p.753 ; JCP1967.II ,n° 15256.

[1913] Cass. Soc 03/10/63 , D.1964 jp p 3, note G. Lyon-Caen .

[1914] Toutefois, on rappelera ici, que la Cour de Cassation, dans une décision en date du 6/11/85 (Bull.civ. V n° 503), avait reconnu que *« les arrêts de travail pratiqués par une minorité très réduite de salariés faisaient suite à une grève qui avait pris fin pour l'ensemble du personnel »* et qu'ils étaient, en conséquence, illicites.. J. Goineau (D. 1986 SC p 386) soulignait que *« la grève malgré la nécessité d'un exercice collectif, est un droit individuel insensible à une monopolisation , prétendant s'appuyer sur un référendum auprès des salariés … »* .

[1915] La cessation d'activité doit être accompagnée, sinon précédée, de la présentation de revendications à l'employeur . V. Cass. Soc. 19/11/96, RJS 1/1997 n° 85 2° espèce. Cass. Soc. 19/02/81,D. 1981, jp p 417, note J-R Bonneau.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

syndical, excepté concernant la cessation concertée du travail dans les services publics[1916]. En dehors de ce cas, le droit français admet parfaitement les grèves dites *« sauvages »,* nées sans l'intervention des syndicats. Volonté individuelle et exercice collectif du droit de grève apparaissent ainsi indissociables.

751 De ce lien étroit entre volonté individuelle et action collective, il a pu être déduit que la grève ne saurait être en principe le fait d'un salarié agissant isolément,[1917] réserve faite traditionnellement de l'hypothèse où celui-ci obéit à un motd'ordre de grèveformulé au plan national[1918]. Or, de façon plus singulière, la Cour de cassation, sur le fondement de l'alinéa 7 du Préambule de 1946, a ouvert une nouvelle voie d'exception en reconnaissant que *« dans les entreprises ne comportant qu'un salarié, celui-ci, qui est le seul à pouvoir présenter et défendre ses revendications professionnelles, peut exercer ce droit constitutionnellement reconnu »* [1919]. Même si la Haute juridiction a pris soin de rappeler d'abord le principe de la cessation collective et concertée du travail pour aboutir in fine à l'exception en cause, une telle décision ne contient-elle pas *« la dynamique de son propre dépassement »* [1920] ?

752 Il est certain que la reconnaissance d'un droit de grève exercé par un seul salarié s'écarte à la fois de la compréhension historique du droit de grève et de la conception même d'un droit individuel d'exercice collectif[1921]. Elle tend aussi à créer une confusion entre la défense des intérêts collectifs et celle des intérêts individuels. Néanmoins, l'arrêt évoqué n'est pas resté isolé. Un arrêt de la Cour administrative de Marseille [1922] a également reconnu l'exercice individuel du droit de grève à *« un agent contractuel d'une petite commune recruté pour exercer seul des fonctions spécifiques »* . Cette décision dépasse à l'évidence le cas du droit de grève dans une entreprise ne comportant qu'un seul salarié, pour tenir compte de la spécificité de la situation du travail d'un salarié, de ses conditions de travail propres.

753 Est-on pour autant face à une méconnaissance du droit de grève, en tant que celui-ci est destiné à défendre collectivement des revendications professionnelles? Rien n'est moins sûr. On a vu précédemment que le droit de grève suppose, à sa source, une volonté individuelle tournée vers la défense et la satisfaction de revendications professionnelles. Pour s'assurer de l'existence d'une telle volonté, le juge est donc amené à se placer sur le terrain de la cause qui a motivé la décision de chaque salarié de faire grève, c'est à dire les revendications professionnelles. Au surplus, une grève même minoritaire est admise dans son principe. Pour reprendreles conclusions du professeur C.Radé[1923], *« Ce n'est donc pas le nombre de salariés grévistes qui caractérise fondamentalement le droit de grève mais*

1916 V. art. L.2512-2 et suiv. du code du travail.

1917 C. Radé, *« La solitude du gréviste »,* Dr. Soc. 1997 p 368 et suiv. J. Savatier, *« Un salarié peut-il user du droit de grève à l'appui de revendication individuelle ? »,* Rev. Jur.soc. F. Lefebvre 1997, 8.

1918 Cass.Soc. 29/03/95, RJS 5/95 n° 553.

1919 Cass. Soc . 13/11/96,RJS 12/96 n° 1312,Dr. Soc. 1997 p 376 obs.C.Radé, JCP G 1997 II 22754 rapp.Ph.Waquet, note D.Corrignan-Carsin.

1920 P.Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »*, p 129.

1921 P.Adam (thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »*, p 129 et s.) s'interroge sur la perspective d'un droit individuel d'exercice individuel et C.Radé (art.préc.*«La solitude du gréviste »,* p 368) sur ce qui tend à devenir un exercice solitaire d'un droit collectif.

1922 CA Aix- Marseille 18/06/1998, RJS 12/1998 n°1557.

1923 C.Radé, art. préc. « La solitude du gréviste », p 368 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

bien les motivations présentées et défendues qui doivent être par nature professionnelles. L'aspect collectif demeure dans la nature des revendications défendues par le salarié ». Titulaire du droit de grève reconnu par la Constitution, chaque salarié, même isolé dans son entreprise ou dans sa catégorie, devrait donc être à même d'exercer ce droit dès lors qu'il repose sur une volonté et une détermination individuelles visant à défendre un intérêt collectif qui dépasse son intérêt propre.

754 Dès lors, il s'agirait, non pas de permettre au salarié de « contester une décision prise intuitu personae, mais bien de [lui] permettre de revendiquer sur des questions relevant par nature du champ des luttes collectives»[1924]. La cessation collective et concertée du travail, suite à la détermination individuelle des salariés, ne paraît pas devoir être invoquée pour dénier à un travailleur pris isolément l'exercice du droit de grève, dès l'instant où les conditions de fait[1925] ne permettent pas la réalisation effective de ce droit. Seule la cause de la décision individuelle, tournée vers la satisfaction d'un intérêt collectif, devrait alors retenir l'attention. Une telle analyse donne un relief tout particulier à la volonté individuelle du salarié de faire grève, du moins dans la mesure où elle ne remet pas en cause la nature collective de l'objectif de la grève. Mais il est vrai qu'elle introduit un risque non négligeable de confrontation directe entre l'unique salarié gréviste et son employeur, dans un rapport interpersonnel conflictuel.

Un autre aspect de la titularité individuelle du droit de grève doit maintenant retenir l'attention. Il s'agit de la liberté de détermination dont bénéficie chaque salarié.

B. La libre détermination de chaque salarié

755 Chaque salarié est libre de s'associer ou non au mouvement de grève, voire de s'en désolidariser. Aucune formalité préalable [1926] n'est requise, du moins pour les salariés du secteur privé[1927]. Ainsi, les dispositions conventionnelles restreignant ou aménageant l'exercice du droit de grève par les salariés[1928] leur sont-elles inopposables.

Pourtant, il fut un temps où le Conseil d'Etat et la Cour de cassation[1929] admettaient largement la pratique de clauses conventionnelles imposant aux grévistes un préavis ou une

[1924] C.Radé, art. préc. « La solitude du gréviste », p 368 et suiv.

[1925] On songe, par exemples, à une entreprise à salarié unique, ou lorsqu'existent des conditions spécifiques n'intéressant qu'un seul salarié.

[1926] Mise à part la formulation des revendications professionnelles auprès de l'employeur .

[1927] Contrairement à la loi du 31/07/63 concernant le secteur public (préavis de grève) et la loi du 21/08/07 sur la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs. V. CE 19/05/08 n° 312329 Recueil Lebon. Les agents ont l'obligation de se déclarer grévistes 48 h avant de participer à la grève et non 48 h avant le début du mouvement ou de la reprise de leur service. Annulation partielle du plan de prévisibilité de la RATP. V. à propos de la loi *« continuité du service public des transports terrestres des personnes »*, RDT oct.2007, J-E Ray p 560 ; E. Millard p 563 ; E.Peskine, G. Borenfreund, O.Leclerc, M-A Souriac et S. Nadal, p 664 et suiv.

[1928] Le Conseil Constitutionnel veille avec rigueur à ce que le législateur lui-même n'apporte pas à ce droit constitutionnel des limites excessives (v. Décision n° 79-105 DC du 25/07/79, D. 1980 jp p 101 note M. Paillet. V. aussi pour illustration, la décision précitée du Conseil Constitutionnel en date du 16 août 2007 relative à la loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.

[1929] V. Cass.Soc. 14/10/54, D. 1955 p 84.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

procédure de conciliation opposables aux salariés[1930]. Certes, de telles clauses ne devaient pas avoir pour effet de confisquer l'exercice du droit de grève[1931]. Mais il n'en demeurait pas moins que ces pratiques portaient atteinte à un droit constitutionnellement reconnu[1932]. En outre, les partenaires sociaux disposaient d'un droit individuel dont ils n'étaient pas titulaires. Par ailleurs, la validité des restrictions conventionnelles apportées au droit de grève était lourde de conséquences pour les salariés en cas de violation des obligations imposées[1933].

Il a falluattendre une décision de la Cour de Cassation en date du 7 juin 1995[1934] pour que soit opéré un revirement de jurisprudence.Renduà propos d'une grève déclenchée sans respect du délai de préavis fixé conventionnellement, l'arrêt souligne avec la plus grande fermeté qu'*« une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu ».* Il rappelle, en outre, que *« seule la loi peut créer un délai de préavis s'imposant à tous » .* Cette décision affirme donc l'interdiction de clauses conventionnelles limitant ou réglementant l'exercice du droit de grève mais à l'égard des seuls salariés. En effet, de telles clauses demeurent opposables aux syndicats signataires de l'accord collectif, en tant que cocontractants.Cette jurisprudence rappelle avec force que le droit de grève, liberté fondamentale, est un droit d'ordre public dont le salarié ne saurait être privé.

756 Cependant, il existe bel et bien des cas où l'exercice du droit de grève peut connaître certains empêchements ou exclusions. Dans une décision déjà ancienne[1935], la Cour de Cassation avait ainsi estimé qu'un salarié français, appelé à travailler sur le territoire d'un Etat qui ne reconnaissait pas le droit de grève et qui avait signé un avenant à son contrat de travail aux termes duquel il s'engageait à respecter la loi locale prohibitive, pouvait être sanctionné en cas de non -respect. Une telle stipulation revenait à admettre la renonciation temporaire et individuelle à l'exercice du droit de grève par le salarié, pendant la période au cours de laquelle il effectuait son activité sur le sol dudit Etat. A cet égard, la Chambre sociale aurait pu prendre position sur l'application respective des deux lois en conflits, d'une part la loi de police du lieu d'exécution du contrat où s'est déroulé l'arrêt collectif de travail, d'autre part la loi qui régit le contrat de travail, loi française qui aurait dû logiquement régler les effets de la grève. Mais la Cour ne s'est pas placée sur ce terrain ; elle a reconnu la validité d'une clause contractuelle dans laquelle le salarié s'engageait à se conformer au droit local et en conséquence à renoncer à l'exercice du droit de grève sur place.

1930 L'article L.2231-1 (ancien art. L. 131-1) du code du travail qui définit le champ ouvert à la négociation collective et vise notamment l'ensemble *« des garanties sociales »* reconnues aux salariés, était notamment invoqué mais ne pouvait pas, à lui seul, justifier le pouvoir des partenaires sociaux d'encadrer l'exercice du droit de grève, au lieu et place du législateur.Cet article d'ordre très général n'a d'ailleurs jamais eu pourobjet de réglementer spécifiquement l'exercice du droit de grève.

1931 Ainsi, ont été jugées excessives et invalidées des clauses imposant des préavis trop longs , ou des procédures de conciliation complexes et imprécises, paralysant en fait le droit de grève (Cass. Soc. 27/02/74, Bull.civ V 1974 n° 140) .

1932 V. notamment G. Lyon- Caen, *« Négociation collective et législation d'ordre public »*, Dr. Soc. 1973 p 59 et suiv.

1933 *Les salariés pouvaient voir leur responsabilité civile et disciplinaire engagée, dès lors qu'ils avaient eu connaissance de ces restrictions avant de cesser le travail, ou qu'ils étaient investis de fonctions impliquant une connaissance réelle des exigences de la convention collective. Il existait donc une obligation directe à la charge des salariés, certes sous réserve d'information préalable, mais qui limitait leur droit individuel de faire grève. V. notamment Cass. Soc. 10/10/90, JCP 1990 IV 389.*

1934 Cass. Soc . 07/06/95 SA Transports Séroul c/ Beillevaire et a. , RJS 89/95 p 564, notes J.Deprez ; Dr. Soc. 1996 p 37 et suiv. notes C. Radé ; D. 1996 p 75 et suiv , notes B. Mathieu .

1935 Cass. Soc. 16/06/83,D. 1984 info rapide p 362, Obs.A. Lyon-Caen. V. aussi Cass. Soc. 1969, Dr. Ouv. 1970 n° 41 , et Cass.soc. 17/06/82, Bull.civ. V n° 401.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Peut-on pour autant considérer, que la Cour de cassation *« semble admettre la renonciation individuelle à une liberté individuelle »* [1936] *?* Une telle interprétation ne saurait, selon nous, être étendue à d'autres hypothèses, ni accréditer l'idée de la validité de principe d'une renonciation contractuelle du salarié au droit de grève. Au surplus rencontrerait-elle les bornes de l'article L.1121-1 du code du travail. En bref, l'illicéité dans le pays d'affectation du mouvement de grève auquel le salarié avait participé en dépit de son engagement contractuel, a été déterminante pour les juges. Ceux-ci ont pu conclure à un comportement inconséquent du salarié rendant impossible son maintien sur le territoire de l'Etat d'affectation, et le privant des indemnités de rupture consécutives à la cessation de son contrat de travail.

757 D'autres cas d'empêchements peuvent être cités, sans doute moins spécifiques que celui-ci. Ainsi en est-il de la procédure particulière de réquisition qui oblige toutes personnes visées par l'ordre de réquisition à reprendre ou maintenir leur activité. Un salarié peut donc être réquisitionné, au nom du droit de requérir des salariés grévistes reconnu par le législateur[1937].La réquisition n'est pas, en l'occurrence, une renonciation àexercer le droit de grève, le salarié ayant pu déjà manifester sa volonté de faire grève, mais c'est un empêchement de l'exercice concret de ce droit, ordonné par une autorité investie de ce pouvoir par la loi et dont le non-respect peut être sanctionné[1938].A cet égard, le Conseil d'Etat, saisi sur la légalité d'un arrêté préfectoral [1939], a précisé que *« la décision de requérir l'ensemble des sages-femmes »* dans un établissement de santé, sans envisager des mesures substitutives (redéploiement d'activités vers d'autres établissements de santé ou fonctionnement réduit du service) ni démontrer le caractère d'urgence, *« est entachée d'une illégalité manifeste qui porte une atteinte grave à la liberté fondamentale que constitue le droit de grève».* La réquisition des grévistes par les institutions désignées par le législateur, en tant qu'acte limitatif d'un droit individuel et d'une liberté fondamentale, est donc fort logiquement soumise à l'exigence de justification et de proportionnalité[1940].

Par ailleurs, la Cour de cassation a précisé dans une décision du 25 février 2003[1941], en se fondant sur l'article 809 du NCPC et l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, que *« les pouvoirs attribués au juge des référés en matière de dommage imminent consécutif à l'exercice du droit de grève ne comportent pas celui de décider la réquisition de*

[1936] V. G et A Lyon -Caen, *« Droit social International et Européen »* , D. 8ème édition 1993.

[1937] L'argument selon lequel la réquisition de grévistes serait inconstitutionnelle parce que celle-ci paralyserait le droit de grève reconnu par la Constitution, fut écarté, tant par les juridictions administratives (CE 10/11/50, JCP 51 éd. II , 6075 ; DO 1950 , 552), que judiciaires (Cass. Crim. 07/05/51,D. 1951, 413.Cass.crim 02/02/56 ,D. 1956 678 note H. Maynier). Le débat sur ce point a perdu de son acuité, les pouvoirs publics ayant notablement limité l'utilisation de la réquisition civile.

[1938] Le préfet peut ainsi prononcer la réquisition des salariés pour garantir la sécurité des personnes sur le fondement de la loi du 11 juillet 1938 qui constitue le texte principal de portée générale et permanente.Cette loi a été complétée notamment par l'ordonnance du 6 janvier 1959 relative aux réquisitions de biens et de services et par le décret d'application du 27 mars 1962. Plus récemment, la loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003, a renforcé les pouvoirs de police du préfet,l'autorisant à réquisitionner tout bien et service et requérir toute personne nécessaire au fonctionnement de ce service ou à l'usage de ce bien, en cas d'urgence, lorsque l'atteinte au bon ordre, à la salubrité, à la tranquillité et à la sécurité publique l'exige. V.article 3 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 et la décision du Conseil constitutionnel du 13/03/2003 n° 2003-467 DC .

[1939] Arrêté pris sur le fondement de la loi du 18 mars 2003.

[1940] CE.09/12/2003 n° 262186, Dr. Soc. février 2004, p 172 et suiv. Conclusions du Commissaire de gouvernement J-H Stahl, Liais. Soc. 15/12/2003 n° 14 032.

[1941] Cass. Soc. 25/02/2003, Dr. Soc. juin 2003 p 621 et suiv. note C. Radé.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

salariés grévistes». Il s'agit bien ici de rappeler que seule une loispéciale peut réglementer, à l'égard des salariés, le droit de grève. Tel n'est pas l'objet de l'article 809 du NCPC. A noter que la cassation porte sur une ordonnance du premier juge imposant à divers salariés grévistes d'assurer un service de nuit justifié par la nécessité de *« prévenir un dommage imminent».* A l'instar du Conseil d'Etat, la Cour pose, semble-t-il, l'interdiction d'intervenir préventivement dans un conflit collectif pour restreindre l'exercice du droit de grève, ce qui n'exclut pas a priori des réquisitions justifiées pour faire cesser un trouble manifestement illicite, contraire à l'ordre public.

758 On le voit, la décision personnelle du salarié de faire grève, expression de sa libre volonté, joue manifestement un rôle majeur dans l'action collective pour la défense des revendications professionnelles que constitue la grève. Ce rôle est induit non seulement par la titularité individuelle du droit de grève mais encore par les conditions d'exercice de celui-ci qui laissent largement place à l'initiative individuelle, à l'exception toutefois notable des services publics[1942].

Reste maintenant à analyser les effets de cette titularité individuelle et notamment la manière dont le droit du travail accueille les manifestations de volonté individuelle de faire grève.

§ 2- Les effets de la titularité individuelle du droit de grève

759 Selon la jurisprudence, la qualité de gréviste résulte d'une manifestation de volonté[1943]. Celle-ci peut se traduire par une déclaration expresse du salarié de faire grève. Mais, la volonté individuelle de participer au mouvement de grève peut être également présumée à partir du comportement actif ou passif du salarié[1944]. En outre, une volonté tacite du salarié semble admise. Ainsi, le défaut de réponse du salarié suite à un message de l'employeur en vue de connaître sa position par rapport à un conflit, a été considéré par la Cour decassation commeunemanifestation tacite de volonté de suivre l'ordre de grève[1945]. Cette position peut surprendre car elle tend à donner au silence du salarié une valeur spécifique d'acceptation de la grève[1946], ce qui l'engage notamment au regard des conséquences juridiques rattachées à l'exercice du droit de grève[1947]. A l'inverse, c'est au salarié de prouver qu'il a cessé de faire grève[1948]. Dès lors qu'il est démontré que le salarié avait signifié clairement à sa hiérarchie son intention de mettre fin à sa participation au mouvement

1942 V. notamment RDT oct.2007 préc. R. Vatinet, *« Un nouveau droit des conflits collectifs du travail »,* Dr.Soc. 2008, n° 671.

1943 *Au demeurant, la volonté de faire grève ne peut se résumer à la volonté déclarée du salarié de faire grève, il faut que celle-ci se traduise aussi par une cessation effective et correspondante du travail dans le cadre de l'action collective. Parfois, des salariés bien qu'ils se soient déclarés solidaires de la grève déclenchée, sont amenés à assurer un service minimum pour des raisons de sécurité notamment. Dès lors qu'ils assurent leur travail normalement, il convient alors de les traiter comme des non - grévistes, donc de leur verser une entière rémunération, même si normalement, ils se considèrent comme grévistes (v. Cass.Soc. 18/07/2000, RJS 11/2000 n°1152).*

1944 Par exemple, la non-exécution des tâches ou le refus de pointer.

1945 Cass. Soc. 07/05/87 et Cass. Soc. 19/06/87, Bull.civ. V n° 399 p 253, D.1988 info rap p 100 obs. J. Pélissier.

1946 V. J.Frossard*, "Les obstacles juridiques au déclenchement des grèves",* Dr.Soc. 1988, p 630 et suiv..

1947 En l'occurrence, la suspension du contrat de travail avec suppression de la rémunération pour la durée de la grève , en raison même du caractère synallagmatique des obligations contractuelles, sauf manquements délibérés ou comportements illicites de l'employeur à l'origine du déclenchement de la grève (v. Cass. Soc. 21/05/97, Dr.soc. 1997, obs. J-R Ray, p 763 et suiv,.).

1948 Cass. Soc. 15/01/2003, TPS 2003, comm.146 1er arrêt.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de grève, le temps de repos inclus dans la période d'arrêt de travail postérieure à cette manifestation non équivoque de volonté doit être rémunéré.

760 Mais, c'est certainement à l'occasion de la conjonction de la maladie du salarié et de la grève que la Cour de cassation a le plus directement mis en avant la question de la manifestation de volonté du salarié. En droit, un gréviste malade ne peut être que l'un ou l'autre mais pas les deux en même temps[1949].Aussi, les juges utilisent-ils le *« critère chronologique »* de la cause première de suspension du contrat de travail. Si le salarié était déjà malade au moment où la grève a été déclenchée, celle-ci doit être considérée comme « étrangère» au salarié.[1950] Il existe donc une présomption de volonté en faveur de la non-participation du salarié au mouvement collectif. Seul le salarié peut détruire une telle présomption en faisant connaître à l'employeur sa volonté de participer en quelque sorte «moralement» au conflit[1951] voire en participant à des actions ou des réunions organisées par les grévistes. En revanche, lorsque le salarié a déjà participé au mouvement de grève avant de tomber malade, il existe alors une présomption de continuation de la grève. La maladie ne modifie pas la volonté initiale et le salarié demeure gréviste, à moins qu'il ne manifeste sa volonté de se désolidariser du mouvement suivi[1952].

761 Mais que se passe-t-il lorsque cette volonté est confrontée au pouvoir disciplinaire de l'employeur ? En particulier lorsque coexistent volonté déclarée de faire grève et mise à pied conservatoire, toutes deux certes constitutives d'une suspension du contrat de travail mais relevant d'initiatives distinctes ? On sait que le pouvoir disciplinaire de l'employeur est en principe suspendu pendant la grève, sauf faute lourde du salarié gréviste [1953]. Dans une affaire concernant des représentants du personnel grévistes mis à pieddans le cadre d'une procédure de licenciement pour faute lourde avec saisine préalable de l'inspection du travail[1954], la Cour de cassation a considéré que la première cause de suspension (la grève), à l'initiative du salarié, était effacée par la seconde (la mise à pied), à l'initiative de l'employeur. On constate donc, dans ce contexte précis[1955], une prévalence du pouvoir disciplinaire de l'employeur sur la volonté première du salarié gréviste. Mais l'originalité de la décision de l'espèce tient aux conséquences du refus d'autorisation de licenciement par l'inspecteur du travail. En effet, la mise à pied ayant effacé la volonté initiale des salariés de faire grève pendant cette période, quand bien même elle serait évidente, l'employeur devient *« de plein droit débiteur du salaire correspondant à la période de mise à pied »* [1956], puisque les salariés ne sont juridiquement plus considérés en grève.

[1949] Il s'agit de deux causes distinctes de suspension du contrat de travail aux conséquences juridiques différentes qu'il convient de parfaitement distinguer.

[1950] Cass. Soc . 97/10/70, Dr. Soc. 1971 p 136 obs. J. Savatier . Cass. Soc . 20/02/80, D. 1980 info rapide p 546 Obs. J. Pélissier.

[1951] Cass. Soc. 15/12/71, Bull.civ V n° 736.

[1952] Cass. Soc . 17/06/82,Bull.civ. V 1982 n° 405.

[1953] Art. L. 1132-2 du code du travail.

[1954] Cass.soc. 17/12/2002, D. 26 /06/2003 n° 25 / 7122, Som. Com. , obs. Ph. Mallard.

[1955] En effet, le prononcé d'une sanction suppose, dans ce cas, une faute lourde du salarié et le respect de la procédure protectrice pour les représentants du personnel (v. notamment Cass. Sco. 16/12/92, Dr. Soc. 1993 p 293 et suiv. obs. J. Savatier. Cass. Soc. 10/05/2001, RJS 7/2001 n° 907,1ère espèce.)

[1956] Cass.soc.17/12/2002, arrêt préc.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

762 On doit admettre, que si l'exercice du droit de grève dépend étroitement d'un acte volontaire manifesté par le salarié, tel n'est pas le cas lors du règlement des conflits collectifs. En effet, ces derniers se terminent généralement par le biais de procédures de discussions collectives, qu'il s'agisse de négociation, de médiation, de conciliation ou d'arbitrage[1957]. A l'évidence, le règlement du conflit dépasse les salariés concernés, pris individuellement. L'acte ayant pour objet de régir la fin du conflit[1958] est particulier, essentiellement parce qu'il concerne une collectivité de destinataires qui doit être légalement représentée. Néanmoins, la volonté individuelle du salarié pourra être sollicitée, en particulier lorsque son contrat de travail est en cause.

763 Rappelons que depuis un arrêt du 15 janvier 1997, la Cour de cassation décide qu'un accord de fin de grève « s'analyse soit en un accord collectif d'entreprise lorsqu'il est signé après négociation avec les délégués syndicaux par l'un d'entre eux, soit en un engagement unilatéral de l'employeur »[1959].

Ainsi, l'acte de règlement de conflit pourra prendre la forme d'un engagement unilatéral de l'employeur à destination collective. Un tel engagement ne sera opposable au salarié que dans la mesure où il contient des dispositions plus favorables que son contrat. Mais, en raison des mécanismes de représentation et plus particulièrement du droit à la négociation collective, l'acte de fin de conflit aura généralement la qualité d'un accord collectif si celui-ci est signé par des représentants des organisations syndicales représentatives de salariés et profite à l'ensemble des salariés qui remplissent les conditions d'application du texte[1960]. En effet, la négociation collective tient une place majeure lors du règlement des conflits collectifs parce qu' *« elle n'est pas seulement une réglementation économique »* mais *« une relation de pouvoir qui conduit à une réglementation paritaire»*[1961].Les salariés grévistes ne signent donc pas tous et personnellement l'accord final. Ainsi, leur volonté individuelle ne participe pas directement à l'expression d'une volonté collective autonome de cesser la grève, sauf organisation éventuelle d'un référendum par le ou les syndicats. En revanche, si l'accord collectif conclu a pour effet de modifier, de façon moins favorable, les contrats individuels de travail, la volonté individuelle de chaque salarié trouverait alors à se manifester[1962].

764 En définitive, la grève apparaît plus comme un acte volontaire nécessitant une manifestation de volonté que comme un fait juridique. Les manifestations de volonté individuelle des salariés de faire grève sont accueillies largement par le droit, ce qui rompt avec les exigences renforcées qui président traditionnellement aux manifestations de volonté des salariés, en matière contractuelle notamment. A l'évidence, cette ouverture est liée ici à la nature du droit de grève, dont chaque salarié est titulaire, droit qui lui

[1957] Art.L.2524-5 du code du travail (ancien art. L. 522-3).

[1958] V. M. Moreau, *«Les règlements de fin de conflit (protocole, protocole d'accord ou accord de fin de conflit) »,* Dr. Soc. 2001 p 139 et suiv. R. de Quenaudon, *« Les protocoles de fin de conflit dans le secteur privé »,* Dr. Soc. 1981 p 401 et suiv.

[1959] Cass.Soc. 15/01/1997, Bull.civ.1997 V, n° 20.

[1960] V. Cass.Soc. 26/11/2008, JCP S 07/04/2009, 1166.

[1961] H. Touzard *, «La médiation et la résolution des conflits »* , PUF 1977 . Notons qu' avec la loi du 4 mai 2004 relative au dialogue social et surtout, celle du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, les accords de fin de grève, conclus sous forme d'accord collectif du travail, doivent respecter l'exigence majoritaire. Ce qui peut être, parfois, difficile dans un contexte de tensions.

[1962] V. supra Partie I, Titre II, Chapitre II.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

permet de se déterminer personnellement et librement. Est souligné ainsi le caractère individuel du droit de grève, par opposition à un droit collectif qui serait une prérogative des syndicats ou relèverait de l'expression d'une volonté majoritaire. Le droit de grève est donc conçu à un double niveau : une décision personnelle de cesser le travail pour rejoindre un mouvement collectif de revendications professionnelles, une action collective qui inclut l'action individuelle. En ce sens, ce droit pourrait être qualifié de *« droit individuel d'exercice partiellement collectif »* [1963]. A l'inverse, les manifestations de volonté individuelle des salariés apparaissent accessoires, voire inexistantes, lors de la résolution du conflit collectif, redonnant alors le privilège au collectif et aux acteurs institutionnels.

Conclusion du Chapitre I

765 Au cœur même de l'action collective se nichent des droits individuels propres aux salariés, liberté syndicale et droit de grève, qui sont des illustrations désormais classiques de reconnaissance de la volonté individuelle comme capacité d'auto-détermination au regard des solidarités collectives. Le rôle de la volonté individuelle, en particulier dans le cadre de l'exercice du droit de grève, révèle de réelles opportunités dont il faut souligner ici l'importance et les enjeux au plan collectif. Les volontés individuelles des salariés constituent le creuset de la concertation collective en vue de la grève et partant, traduisent le degré de mobilisation des travailleurs dans l'action collective. Même si la grève n'implique pas nécessairement une intervention des syndicats[1964], elle n'en représente pas moins leur arme privilégiée, établissant aussi le niveau de leur influence. La reconnaissance des acteurs syndicaux dépend donc étroitement des engagements individuels de chaque salarié, qu'expriment de façon différente et complémentaire, la liberté d'adhérer au syndicat de son choix et la volonté de faire grève.

D'autres prérogatives, plus ou moins récentes, et d'inégale importance, existent et tendent à donner à chaque salarié la possibilité de s'exprimer, de donner une opinion, un avis, en tant que membre du groupe ou de la collectivité. Il s'agit alors, pour chaque salarié, de participer au devenir de la collectivité des travailleurs dont il dépend.

Chapitre 2 : Le renforcement des prérogatives du salarié, membre du groupe

766 La notion de groupe retenue ici[1965] est celle d'un ensemble d'individus qui partagent une même condition ou les mêmes opinions[1966], souvent aussi certains intérêts. L'idée de partage laisse entendre que les personnes qui composent le groupe sont unies par des liens communs, formant parfois un véritable creuset identitaire.

Historiquement, les travailleurs ont pris conscience qu'ils formaient une collectivité, à raison de leurs conditions de travail, leur mode de vie et leurs aspirations propres qui les séparaient du reste de la société, créant entre eux une solidarité d'intérêts. Cette solidarité

[1963] On rejoint ici l'analyse du professeur A. Jeammaud, art. préc. *« La place du salarié individu dans le droit franaçis du travail »*, p 355-356. P. Adam, thèse préc. *« L'individualisation du droit du travail »,* p 72.

[1964] Sauf dans les services publics.

[1965] Nous excluons donc de notre étude le groupe d'entreprises en tant qu'ensemble économique constitué d'entreprises juridiquement autonomes et indépendantes mais que lient des intérêts notamment financiers. Un tel groupe est généralement formé par une société et ses filiales (Dictionnaire du vocabulaire juridique – Litec 2004).

[1966] Dictionnaire Lexis Larousse de la langue française.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

s'est d'abord exprimée par l'action collective, lors de conflits du travail. Après une période de reconnaissance implicite, le droit du travail a pris acte du fait que la collectivité des salariés représentait une entité en soi[1967], en marge des relations individuelles, et que celle-ci pouvait utilement servir à réguler les rapports économiques et sociaux saisis dans leur quotidienneté, avec une représentation propre et une participation à la vie de l'entreprise.

767 Dans la logique individualiste et libérale du droit français, la collectivité du personnel est saisie à travers le prisme des volontés individuelles des salariés la composant mais elle n'a une existence véritable que grâce aux représentants que ceux-ci désignent. *« Tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective de ses conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »*[1968]. A cet égard, l'idée de participation du salarié recouvre au moins deux acceptions. La première est synonyme d'association, telle que la participation aux résultats de l'entreprise[1969]. Le droit français offre d'ailleurs une grande variété de solutions pour associer collectivement les salariés aux résultats de l'entreprise[1970]. La seconde acception du terme « participation » sur laquelle se portera la réflexion, est celle de lien social unissant les membres d'une même communauté.

Dans cette optique, on s'interrogera d'abord sur le rôle de la volonté individuelle des salariés dans la consolidation du lien collectif (Section 1). L'objectif poursuivi ici est de témoigner de la prise en compte du salarié comme membre à la fois autonome et constitutif d'une collectivité du personnel.

Qui plus est, depuis plusieurs années déjà, la participation directe des salariés dans la détermination collective des conditions de travail et d'emploi paraît s'intensifier. Ainsi, la pratique référendaire, bien que déjà usitée, connaît un développement singulier, notamment depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 complétée et modifiée par la loi du 20 août 2008. Par le référendum, la norme collective cherche à s'enraciner dans les volontés individuelles des salariés, membres de la collectivité. De telles volontés deviennent alors sources de validation de la norme collective (Section 2).

Section 1 : La volonté individuelle dans la consolidation du lien collectif

768 Quand on sonde la notion de participation des salariés[1971] , il se dégage en substance l'idée d'un lien unissant les membres d'une même communauté, la collectivité du personnel. Ce lien social repose sur un acte volontaire de reconnaissance mutuelle et de partage de vues entre les membres du groupe.

C'est ainsi que, depuis longtemps déjà[1972], le droit de vote aux élections professionnelles permettant aux salariés d'élire leurs représentants, apparaît comme une forme de participation à la structuration d'une collectivité du personnel (§1). Plus récent,

1967 Sans toutefois lui accorder la personnalité juridique.

1968 Alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 reprise par celle de 1958.

1969 V.art. L.3322-1 et suiv. du code du travail (anciens L.442-1 et suiv.).

1970 V.le Livre Troisième du nouveau code du travail intitulé *« Intéressement, participation et épargne salariale ».*

1971 Chère au Général de Gaulle, qui voyait, dans la participation des salariés, en 1968, *« l'avenir des rapports de travai »l.* Pourtant, son projet de participation a fini par se réduire à la seule vocation d'association aux bénéfices.

1972 L'épreuve de la guerre 39-45 et la parenthèse du régime de Vichy ont suscité une dynamique propice au développement d'une démocratie économique et sociale dans les années 1945-46 (création des délégués du personnel et du Comité d'entreprise) et à partir de 1947 (mise en place des comités d'hygiène et de sécurité). Pour les délégués syndicaux, il a fallu attendre les effets de mai 1968.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

le droit d'expression directe etcollective des salariés, accordé par le législateur dans les années 1980, peut offrir uneautreillustration de la participation du salarié en tant que membre du groupe ou de la collectivité du personnel, en l'impliquant plus étroitement dans une démarche contributive à des objectifs communs de travail (§2). Dans les deux cas,il s'agit pour chaque salarié d'exprimer, de manifester une opinion, un avis. Le rôle de la volonté individuelle du salarié ne semble toutefois pas être d'égale importance dans chacun de ces processus spécifiques.

§1- Le droit de vote aux élections professionnelles

769 L'expression de la volonté individuelle du salarié, au travers du libre choix des membres des institutions représentatives, s'opère, en droit français, de manière distincte selon l'institution représentative visée[1973]. On s'attachera essentiellement ici au droit de vote qui permet à chaque salarié d'exprimer sa volonté en vue d'élire ses représentants. L'investiture élective des représentants du personnel sous-tend un lien communautaire spécifique issu du choix et des affinités des salariés. Le vote professionnel apparaît donc comme l'expression d'un processus démocratique dans l'entreprise (B) mais aussi, reflète-t-il, sans nul doute, l'expression de la volonté individuelle de chaque salarié, de son libre choix (A).

A. L'expression d'un libre choix individuel

770 Le vote traduit un acte volontaire de libre choix des salariés au sein de la collectivité dont ils sont membres. Il leur permet de peser sur le destin collectif, en élisant des représentants. Le vote aux élections professionnelles est donc à la fois une reconnaissance du salarié comme membre de la collectivité ou du groupe et la source de la représentation du personnel dans l'entreprise.

Les élections professionnelles permettent de sélectionner les personnes[1974] chargées d'exprimer, de manière unitaire et cohérente, les diverses opinions des individus

[1973] Il s'agira,selon les cas, soit d'un processus direct d'expression de la volonté par le vote aux élections professionnelles, au premier degré pour les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise ou au second degré pour les membres du comité d'hygiène et de sécurité, soit d'un processus indirect par désignation de salariés par les syndicats représentatifs, en qualité de délégués syndicaux et de représentants syndicaux au comité d'entreprise. Le régime particulier de la désignation syndicale prévu pour les délégués syndicaux tient à la nature même de leur mission, leurs attributions spécifiques exigeant une cohérence entre l'action du délégué et les options stratégiques de la politique syndicale de leur organisation. Bien que ce procédé de la désignation par un syndicat représentatif n'ait pas été mis en cause par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, la loi prévoit désormais que le délégué syndical soit obligatoirement désigné parmi les candidats aux élections professionnelles ayant obtenu au moins 10% des suffrages exprimés au 1er tour. S'agissant des représentants syndicaux au comité d'entreprise, seules les organisations syndicales ayant des élus au comité d'entreprise peuvent y nommer un représentant.

[1974] Les représentants du personnel sont élus selon un scrutin à deux tours. Même après l'intervention de la loi du 20 août 2008, les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ont le monopole de présentation de candidatures au premier tour mais la loi vise désormais aussi les syndicats qui ont constitué une section syndicale dans l'entreprise, les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national ou interprofessionnel et les syndicats constitués depuis au moins 2 ans qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée. Ce premier tour « réservé » maintient l'idée d'un contre-pouvoir institutionnel et évite aussi des candidatures « libres » pré-désignées ou imposées par l'employeur.Toutefois, ce dispositif peut apparaître comme une limite à la liberté décisionnelle et participative des salariés au premier tour. On notera qu'avec la loi du 20 août 2008, même si le quorum n'est pas atteint, il est indispensable de dépouiller les bulletins du premier tour pour connaître les audiences minimales dont ont besoin les syndicats pour établir leur représentativité (10%) ou pour être habilités à signer des accords collectifs (30%) mais aussi pour connaître l'audience

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

représentés[1975]. La logique élective renvoie à l'idée de représentation, telle qu'elle est entendue dans le système politique parlementaire. Chaque salarié compris dans la collectivité des représentés élit ceux qui vont les représenter et participer à la détermination des conditions de travail, dans certaines limites et sous certaines conditions[1976].

Même si de nombreux auteurs ont tenté de rapprocher le régime juridique des élections professionnelles du régime des élections politiques[1977], les premières présentent des singularités qui empêchent de procéder à une analogie systématique[1978] . En outre, elles n'ont pas les mêmes enjeux. *« [Les élections professionnelles] peuvent se définir comme régulant un état de nature – celui des rapports économiques et sociaux saisis dans leur quotidienneté – tandis que [les élections politiques] renvoient à un état de culture – celui de la cité- fondant et organisant le système politique »* [1979] .

La représentation des salariés dans l'entreprise est aussi le résultat d'un long processus historique de légitimation d'institutions[1980], dites représentation du personnel, dont la reconnaissance a été obtenue à l'issue de luttes intenses ou de conjonctures politiques favorables au monde du travail.

771 Le droit de vote est donc le moyen par lequel tout travailleur remplissant les conditions pour être électeur, va exprimer sa volonté propre et participer à la formation de

personnelle qu'un salarié doit avoir recueilli pour pouvoir être désignés comme délégué syndical (10% sur son nom). Néanmoins, un deuxième tour ouvert à toutes les listes et tous les salariés présentant les conditions d'éligibilité nécessaires, doit être organisé si le quorum au premier tour n'est pas atteint et en cas d'absence de présentation de candidatures syndicales au premier tour. Ce second tour répond à des exigences d'efficacité, notamment pour parer la faiblesse d'implantation syndicale et ne pas priver les salariés du bénéfice des élections professionnelles. On notera enfin que le mode de scrutin retenu est celui de la répartition proportionnelle, à la plus forte moyenne.

1975 F. Petit, *«L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise »,* Dr. Soc. juin 2000 p 603 et suiv.

1976 Outre des attributions consultatives , les missions des élus tendent à se diversifier et s'élargir. Notamment, ils disposent de prérogatives particulières leur permettant de participer directement à la détermination des conditions de travail. L'intéressement, la participation, la mise en place d'accord de prévoyance peuvent être réglementés par un accord entre l'employeur et le comité d'entreprise. Il en est de même, concernant la réduction négociée de la durée du travail telle que visée par la loi du 19 janvier 2000. Enfin, la loi du 4 mai 2004 a ouvert également certaines facultés de négociation avec les représentants élus du personnel, à défaut de délégués syndicaux dans l'entreprise. La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale tend à élargir cette faculté, pour les entreprises de moins de 200 salariés, même en l'absence d'accord collectif étendu portant sur ce sujet. Cette négociation est toutefois encadrée car elle ne concerne que les mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, à l'exception des accords de méthode.

1977 G. Vedel, *« Comparaison du régime des élections sociales et du régime juridique des élections politiques »,* RFSP 1953 p 231 et suiv. ; V.B. Pactet, *« Le droit des élections sociales »,* Dr. soc. 1964 p 134 et suiv.

1978 F. Petit, art. préc. *«L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise »,* p 603 et suiv. ; P. Morvan *," le principe de droit privé "* 1999, Ed. Panthéon-Assas p 681 et suiv. ; G. Couturier, *« Droit du travail » 2 : Les relations collectives de travail,* 1994 PUF coll. Droit Fondamental p 116. Notons notamment que les particularités du régime juridique des élections professionnelles, souvent dérogatoires au droit commun électoral, se justifient principalement par la spécificité du mandat électif exercé dans l'entreprise. Parce qu'il est dans la nature de la représentation du personnel de permettre l'expression la plus directe possible des attentes et des choix des salariés, le droit des élections professionnelles doit assurer au mieux la participation des salariés, expression d'une décision et d'un choix individuel.

1979 D.Andolfatto, *« L'univers des élections professionnelles. Travail et société au crible des urnes »*.Paris Ed. ouvrières 1992 .

1980 Ainsi, en est-il spécialement des délégués du personnel ou du comité d'entreprise.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

la volonté collective. Le vote est à la fois l'expression d'une volonté qui se prononce et le consentement donné au résultat final qui découlera des élections. Seul le vote exprimé est pris en compte, à l'exception des bulletins blancs et nuls. Le système proportionnel adopté pour les élections professionnelles, fondé sur une répartition des sièges proportionnellement au nombre de voix obtenues par les différentes listes en présence, tient compte de la diversité des choix émis. Ainsi, la volonté individuelle du salarié exprime-t-elle non seulement l'opinion de son auteur mais contribue-t-elle aussi à dégager les aspirations et opinions de la collectivité du personnel ou du groupe.

Qui plus est, le vote professionnel vise à donner une représentation légitime aux acteurs sociaux, caractérisant un véritable processus démocratique dans l'entreprise. Plus encore, depuis la loi du 20 août 2008, les élections professionnelles jouent un rôle essentiel tant en termes d'accession à la qualité représentative des différentes organisations syndicales de salariés que de condition de validité des accords collectifs.

B. L'expression d'un processus démocratique

772 Les élections professionnelles représentent une des figures majeures de la « démocratie sociale » dans l'entreprise. A travers elles, se mesure l'audience électorale, qui sert aujourd'hui davantage encore qu'hier, à déterminer la représentativité des organisations syndicales. En effet, la loi du 20 août 2008, intitulée loi portant *« rénovation de la démocratie sociale »,* en même temps qu'elle supprime la présomption irréfragable de représentativité en faveur des syndicats affiliés aux cinq grandes confédérations déclarées représentatives dans l'arrêté du 31 mars 1966 et rend caduque cet arrêté, instaure le critère de l'audience[1981] comme mesure de la représentativité des organisations syndicales[1982].

Le vote aux élections professionnelles tient donc désormais une place déterminante. De leurs résultats dépendent non seulement la désignation des membres titulaires et suppléants du comité d'entreprise et des délégués du personnel ou de la délégation unique du personnel, mais encore l'acquisition de la qualité représentative par un syndicat[1983] ainsi que la validité des accords collectifs[1984]. Celle-ci est soumise à une double condition[1985] : l'accord doit être signé par une plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins de 30% des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles et, ne pas avoir fait l'objet d'une opposition d'une ou plusieurs

[1981] Audience appréciée lors du premier tour des élections professionnelles, qu'il s'agisse de celles des membres du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou à défaut, de celles des délégués du personnel (art. L.2122-1 du code du travail).

[1982] Outre l'audience, les autres critères cumulatifs sont les suivants : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de 2 ans, l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, les effectifs adhérents et les cotisations.

[1983] Le pourcentage de voix à partir duquel un syndicat obtient une audience suffisante pour bénéficier de la qualité représentative est fixé à 10% des suffrages valablement exprimés au 1er tour des élections (seuil applicable au niveau de l'entreprise) et à 8% au niveau interprofessionnels ou à celui des branches professionnelles.

[1984] V. notamment G. Borenfreund, *« Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale »,* RDT juin 2008, p 360 et suiv. ; *« Le nouveau régime de la représentativité syndicale »,* RDT déc.2008, p 712 et suiv.

[1985] V. art.L.2232-2, L.2232-6, L.2232-34 et L. 2232-12 du code du travail s'agissant des conditions de validité des accords collectifs respectivement de niveau interprofessionnel, de branche ou professionnel, de groupe, d'entreprise ou d'établissement.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections[1986].

On le voit, ces nouvelles règles sont porteuses d'une recherche de légitimité renforcée des syndicats[1987], comme des accords collectifs auxquels ils sont parties . Elles prennent en compte plus fermement le choix de chaque salarié exprimé au travers des votes aux élections professionnelles et favorisent en même temps une participation indirecte de celui-ci au processus de négociation collective.

773 Pourtant, cette réforme, si elle paraît utile et nécessaire, ne va pas sans risque de dénaturation des élections professionnelles.Les enjeux du vote dépassent ainsi la simple désignation des représentants élus ayant vocation à remplir les missions et attributions qui leur sont imparties par la loi, pour se polariser sur le choix de tel ou tel syndicat, voire de tel ou tel individu, notamment dans la perspective de futures négociations collectives. Comme le souligne le professeur Borenfreund[1988], les élections professionnelles voient leur objet se transformer. A travers elles, la collectivité du personnel est invitée désormais à jouer un rôle essentiel dans l'identification des syndicats représentatifs autant qu'à élire des représentants.

N'y aurait-il pas non plus un risque, renforcé par le scrutin proportionnel, de surenchère entre syndicats ou d'alliances plus ou moins opportunes, voire opportunistes, pour atteindre les seuils fatidiques ?

Dès lors, importe-t-il que le salarié puisse exprimer son choix en toute connaissance de cause et le plus librement possible.

774 On sait que ce dernier doit disposer, à cet effet, de l'information nécessaire à la libre détermination de sa volonté. Ainsi, même si la loi n'y fait aucune allusion, les documents de propagande préélectorale sont admis et peuvent être diffusés. Les organisations syndicales, seules habilitées à présenter des candidats au premier tour[1989], n'ont ici aucun monopole[1990]. Au surplus, en matière d'élections professionnelles, il n'existe pas de date limite pour la propagande électorale. La Cour de cassation a ainsi admis qu' *« un tract, diffusé le jour*

[1986] En outre, seul un candidat aux élections professionnelles qui a recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour peut prétendre être désigné comme délégué syndical par une organisation syndicale représentative (art. L.2143-3 du code du travail). Le tribunal d'instance de Paris (17ème arr.) a considéré, se fondant d'ailleurs sur la différence de rédaction entre cet article et l'article L.2122-1 du code du travail, que l'appréciation du seuil de 10 % se faisait au regard de l'une ou l'autre des élections *« mettant ainsi les différentes élections à égalité, sans instituer de hiérarchie de référence »* (TI Paris, 17ème arr. 06/02/2009, Sem. Soc. Lamy 30/03/2009 n° 1393)

[1987] V. supra Partie I, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2 .

[1988] G. Borenfreund, art. préc. *« Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale* », p 362.

[1989] Sont habilités à présenter des candidats au premier tour des élections les organisations syndicales mentionnées aux articles L.2314-3 et L.2324-4 du code du travail, autrement dit celles que l'employeur doit inviter à négocier l'accord préélectoral, c'est à dire les organisations représentatives, les syndicats affiliés à une organisation reconnue représentative aux niveaux national et interprofessionnel mais aussi celles satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins 2 ans et dont le champ professionnel ou géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concerné.

[1990] Ainsi, la propagande peut être le fait des salariés eux-mêmes, qu'ils envisagent ou non de se présenter au second tour.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

du scrutin, qui n'excède pas, dans son contenu, les limites normales de la propagande électorale, n'est pas de nature à porter atteinte à la libre détermination des électeurs» [1991] .

Par ailleurs, l'enjeu social des élections professionnelles impose que l'employeur ne puisse pas se manifester, ce qui pourrait conduire à l'annulation des élections, voire même au délit d'entrave à la libre désignation des représentants du personnel. Plus largement, l'employeur est tenu à une obligation de neutralité, de sincérité du scrutin et de confidentialité des votes. Ces exigences doivent contribuer à éclairer les salariés électeurs, en dehors de toute pression, de sorte que les intentions de vote soient parfaitement restituées et les résultats du vote exempts de dénaturation. A défaut, la légitimité des représentants des salariés élus pourrait être ternie.

775 Par l'exercice du droit de vote, le salarié exprime une volonté qui cimente la collectivité dont il est membre et tisse un lien collectif. Ce vote est aussi source de légitimation des représentants du personnel puisque l'audience électorale sert de critère principal de représentativité des organisations syndicales. Toutefois, il convient de nuancer ce constat, sauf à faire preuve d'un « angélisme » qui viserait à considérer la volonté individuelle de chaque salarié comme étant uniquement au service de la cause collective.

Tout d'abord, la procédure électorale de désignation des représentants du personnel illustre, par les principes qu'elle met en œuvre, les rapports entre agents et membres du groupe. Ainsi, contrairement aux principes d'universalité et d'égalité du suffrage politique, les élections professionnelles sont marquées par l'éclatement de l'électorat salarié réparti en catégories hiérarchiques, dans chaque entreprise. L'approche est donc fondée sur le *« groupe catégoriel »* [1992] *,* c'est à dire sur la pluralité de corps électoraux qui sectorise en quelque sorte les liens de solidarité. Certes, l'objectif poursuivi par le partage des salariés au sein de collèges distincts est précisément de prendre en compte des intérêts distincts, voire des volontés catégorielles qui demandent à être représentées de façon particulière et de réduire, autant que faire ce peut, la distance sociale entre le groupe représenté et le groupe de ses représentants. Mais il est clair aussi que la participation du salarié en tant que membre du groupe catégoriel se rapproche plus alors de la défense de l'intérêt individuel que de celle du groupe dans son ensemble.

En outre, les rapports entre représentants et membres de la collectivité sont également marqués par la primauté des acteurs institutionnalisés. On sait, par exemple, qu'à défaut d'initiative de l'employeur dans l'organisation du processus électoral, le salarié peut agir de sa seule initiative et lui demander de l'engager, lorsque les conditions requises sont remplies pour la mise en place de l'institution ou son renouvellement. En principe, le salarié n'a pas à être mandaté par un syndicat [1993] . Néanmoins, force est d'admettre que la jurisprudence

[1991] Cass. Soc. 13/12/88, RJS 1/89 n° 68. Il faut noter que le juge peut annuler des élections dès lors que la propagande litigieuse, voire abusive, a été de nature à fausser les résultats, donc à porter préjudice à la libre détermination des électeurs .

[1992] Selon l'expression de F. Petit, art. préc. *«L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise »,* p 603 et suiv.

[1993] Cependant, comme une telle demande ne va pas sans risque pour le salarié, la protection légale des représentants du personnel contre le licenciement lui est applicable.Or, les textes apparaissent paradoxalement restrictifs (art.L.2411-6 et L.2411-9 du code du travail) puisque le protection ne peut s'appliquer qu'à un seul salarié par organisation syndicale, ainsi qu'au premier salarié non mandaté par une organisation syndicale, qui a demandé l'organisation des élections. La Cour de cassation, s'appuyant sur l'article L.2411-6 (ancien art.L.425-1 al 8) du code du travail, a d'ailleurs précisé que la protection ne sera acquise au salarié agissant à sa seule initiative *« qu'à compter de l'intervention effectuée aux mêmes fins par une organisation syndicale » (* Cass. Crim .30 mars 1993, RJS 2/94 n° 162. CE 05/11/93, RJS 6 /93 n° 633).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

actuelle, s'appuyant sur le strict libellé de l'article L.2411-6 du code du travail,[1994] ne favorise pas l'initiative individuelle du salarié mais au contraire, conforte le privilège syndical[1995].

Enfin, en dépit des mesures visant à favoriser la participation individuelle des salariés aux élections professionnelles, on observe des taux d'abstention de plus en plus importants[1996]. Ce phénomène n'a d'ailleurs pas pu être enrayé, ni par l'introduction de la coïncidence des élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise qui doivent avoir lieu à la même date,[1997] ni par une participation pendant le temps de travail et sur les lieux de travail,[1998] ni par l'amélioration du vote par correspondance[1999] ou encore par une transparence plus grande de l'information[2000].

776 Ces mesures censées accroître la mobilisation élective de chaque salarié ne sont pas parvenues à compenser une certaine désaffection, sinon un refus de participation. Une logique plus individuelle s'affirme, dont une des causes principales semble résider dans la précarisation grandissante de l'emploi. Au surplus, l'érosion de la participation des salariés aux élections se combine avec un certain désengagement syndical[2001], que la loi du 20 août 2008 entend précisément corriger.Ce bilan pourrait donc évoluer avec le renforcement de la légitimité des acteurs sociaux et des conditions de validité des accords collectifs.Par ailleurs, la nécessité de renforcer le lien collectif pourrait s'avérer majeure, en particulier dans une période de crise économique et sociale, qui nécessite plus de solidarité.

Ces dernières observations ne remettent pas en cause la place essentielle du droit de vote aux élections professionnelles, en tant que mode d'expression de la volonté individuelle du salarié dans les rapports collectifs du travail. Par son vote, celui-ci manifeste certainement un acte volontaire de libre choix, en vue d'élire ses représentants. Plus encore, le choix ainsi exprimé, contribue désormais à conférer plus de légitimité aux acteurs sociaux

1994 La protection court en effet *« à compter de l'envoi à l'employeur de la lettre recommandée par laquelle une organisation a, la première, demandé ou accepté qu'il soit procédé à des élections. »*. (art. L.2411-6 du code du travail, ancien art. L.425-1 al 8).

1995 En effet, la solution retenue pénalise notamment les salariés des entreprises où l'interface syndical entre l'interne (l'entreprise) et l'externe (les organisations syndicales de salariés locales) est quasiment inexistant. Ce qui est fréquemment le cas dans les petites entreprises.

1996 V. notamment Rapport DARES n°40-3, octobre 2008 sur les élections aux Comités d'entreprise en 2005-2006 qui enregistre une baisse de participation un point par rapport à 2003-2004 (soit 63,8% des inscrits). On notera que les dernières élections prud'homales ont accusé un taux d'abstention très fort de 74,5% (Liaisons sociales n°05/2009 du 08/01/2008).

1997 Art.L.2314-6 du code du travail (ancien art. L.423-19) issu de la loi n° 93-1313 du 20/12/1993.

1998 Art. L.2314-22 (ancien art. L.423-13 al 2) et L.2324-21 (ancien art.L.433-9 al 2) du code du travail.

1999 On notera que contrairement au droit commun électoral, le vote par correspondance est admis dans les élections professionnelles. Transparaît, sans doute, la volonté de rechercher une plus grande égalité entre les travailleurs , notamment entre ceux qui travaillent sur les lieux mêmes du vote et ceux qui en sont éloignés , pour des raisons diverses. Il permet aussi de prendre en compte tous les choix individuels , répondant ainsi au respect du *« droit ouvert à tous les travailleurs de participer, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail , ainsi qu' à la gestion des entreprises »* .

2000 L'exigence de transparence des informations relatives à l'organisation et au déroulement des élections dans l'entreprise (accord préélectoral, listes des candidats ,…) se retrouve notamment dans l'obligation d'affichage sur les lieux de travail, afin de permettre une prise de connaissance individuelle et collective des salariés.

2001 V. D.Adolfatto *« Syndicalisme et individualisme »* et étude DARES préc. ; v. aussi D.Labbé *« Syndicats et syndiqués depuis 1945 ,* L'Harmattan 1996. L'auteur précise ainsi *« le paysage syndical ressemble à un champ de ruine au milieu du désert »* (p 55).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

et à leurs accords, quel que soit le niveau de négociation, interprofessionnel, de branche ou d'entreprise[2002].

La même appréciation peut-elle être soutenue s'agissant du droit d'expression directe et collective ?

§ 2- Le droit d'expression directe et collective

777 Issu de la loi du 3 janvier 1986, [2003] bien que promu de façon expérimentale par la loi du 4 août 1982 sur les libertés des travailleurs dans l'entreprise, le droit d'expression directe et collective des salariés a d'abord été présenté comme un instrument de démocratie directe dans l'entreprise[2004] permettant à chaque salarié de s'exprimer sur ses conditions de travail. Composante de la liberté d'expression du salarié dans et hors de l'entreprise, le droit d'expression directe et collective doit cependant en être différencié.

Bien que l'intitulé du droit d'expression directe et collective ne contienne pas explicitement l'idée d'une titularité individuelle, il s'agit pourtant d'une prérogative individuelle appartenant à chaque salarié[2005],quels que soient son statut et la nature juridique de son contrat. Le « bénéfice » de ce droit lui appartient. Chaque salarié a donc la faculté de manifester une parole, un avis, une proposition, il a droit *« de s'exprimer lui-même suivant sa propre culture et sa propre éducation »* [2006], en dehorsde toute tutelle, qu'il s'agisse de celle de la hiérarchie directe, de l'employeur, voire des représentants du personnel.

778 Pourtant, s'il s'agit bien de permettre à chaque salarié de s'exprimer directement sur ce qui fait sa vie professionnelle quotidienne, le cadre d'exercice de ce droit est collectif, ce à plus d'un titre. D'abord de par les conditions de mise en œuvre du droit d'expression qui relèvent soit d'un accord collectif soit, à défaut, d'une consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel[2007]. Ensuite, le caractère collectif du droit d'expression se confirme dans ses modalités d'exercice. En l'occurrence, l'expression individuelle se manifeste nécessairement au cours de réunions collectives regroupant les salariés, sur les lieux et pendant le temps de travail[2008]. Le groupe sert donc de creuset de réflexion et d'échanges entre des personnes censées être unies par des préoccupations professionnelles et des intérêts communs.

En outre, force est de constater que le droit d'expression directe et collective est un droit prescrit, à la fois par la loi qui l'encadre et par les acteurs internes désignés par celle-ci qui en précisent les modalités. Les conditions d'expression de la volonté individuelle du salarié sont donc exactement déterminées. Celui-ci n'est pas libre d'exercer ou non son droit d'expression. En effet, dès lors que le dispositif est mis en place dans l'entreprise, le droit d'expression devient une obligation pour le salarié. A telle enseigne que le temps

[2002] V. préambule de la Circ.DGT n°20 du 13/11/2008 relative à la loi du 20/08/2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

[2003] Art. L.2281-1 et suiv. du code du travail (anciens art. L.461-1 et suiv.).

[2004] Y.St Jours, *« L'entreprise et la démocratie »*. D.1993 chron.12.

[2005] V. A. Jeammaud, art. préc.*« La place du salarié individu dans le droit français du travail »*,p 347 et suiv.

[2006] Ministre du travail, JO, AN, 20/11/1985, p 4453.

[2007] *Art. L.2281-5 (ancien art. L.461-3), art.L.2281-12 (ancien art. L.461-4) du code du travail.*

[2008] Art. L2281-4 du code du travail (ancien art. L. 461-2).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

consacré à l'expression est payé comme temps de travail.L'exercice du droit d'expression est donc du temps « utile » pour l'entreprise, du « temps subordonné », si on se réfère à la définition légale du temps de travail effectif, le salarié demeurant par principe à la disposition de l'employeur.

Enfin, le droit d'expression directe et collective a un objet déterminé et précis qui porte sur l'amélioration « des conditions de travail et de l'organisation de l'activité et la qualité de la production [2009] », hormis « des questions se rapportant au contrat de travail, aux classifications, aux contreparties directes ou indirectes du travail » [2010]. L'objet du droit d'expression directe concerne donc le fonctionnement collectif de l'entreprise, du service, voire du poste occupé[2011]. De sorte que l'on en vient à se demander si le droit d'expression ne serait pas en définitive un mode légal de management participatif.

779 Tel n'était sans doute pas l'intention originelle du législateur[2012]. Le droit d'expression directe et collective est conçu, en effet, comme un droit à la parole, donné au salarié selon des dispositions prescrites dans un cadre collectif. Au point que le législateur avait veillé au strict encadrement du pouvoir disciplinaire de l'employeur pour assurer l'exercice normal de ce droit[2013]. A s'en tenir aux termes de l'article L. 2281-3 du code du travail, aucun propos tenu dans ces circonstances ne devrait pouvoir être sanctionné, dépasserait-il le strict cadre des conditions de travail[2014]. On peut estimer, à cet égard, que les limites susceptibles d'être imposées aux salariés sont celles qui s'appuient sur la notion d'abus de droit, pouvant résulter du respect du droit des personnes et du droit de la presse, interdisant tout propos injurieux, diffamatoire ou attentatoire à la vie privée. La circulaire ministérielle de 1986 ajoute *« toute malveillance à l'égard des personnes ».* Rappelons qu'une décision ancienne[2015]considérait déjà *« un comportement discourtois à l'égard de l'un des supérieurs hiérarchiques d'une salariée »* comme une limite du droit d'expression directe. A l'avenir, les juges devraient pouvoir s'appuyer largement sur les principes de finalité et de proportionnalité qui gouvernent les restrictions aux droits et libertés[2016]. Quant à la portée exacte de l'interdiction des sanctions et des licenciements, définie par l'article L.2281-3 du code du travail[2017], c'est à l'occasion de l'affaire Clavaud[2018], qu'elle a pu être

2009 Article L. 2281-2 du code du travail (ancien art.L.461- 1 al. 1).

2010 Circulaire ministérielle du 4 mars 1986.

2011 A l'exclusion de toute démarche individuelle de défense d'intérêts individuels, qu'il s'agisse de réclamations relevant de la négociation entre les parties au contrat de travail ou del'action des délégués du personnel. De même, sont exclues du champ du droit d'expression, les questions relevant du domaine propre au droit de la négociation collective, telles que les classifications ou les salaires.

2012 Initialement, l'objectif principal du dispositif légal était de *« faire que les travailleurs soient les acteurs du changement »* dans l'entreprise.

2013 *Ainsi, est-il prévu que* « les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement. »*, art. L.2281-3 du code du travail (ancien art. L.461-1 alinéa 2).*

2014 R. Vatinet, *«L'expression des salariés »,* in Etudes offertes à G. Lyon-Caen , Les transformations du droit du travail.Dalloz 1989.

2015 CA de Paris 27/10/88, JCP 1988 éd. E I 18032.

2016 Par application de l'article L.1121-1 (ancien art. L.120-2) du code du travail issu de la loi du 30/01/92. V. supra..

2017 Ancien article L.461-1 al 2 du code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

mesurée. La sanction d'un licenciement au titre dudit article est la nullité, même si ce texte ne s'appliquait pas au cas d'espèce, s'agissant de la liberté d'expression du salarié hors del'entreprise[2019].

780 Cependant, l'évolution du dispositif légal n'a pas répondu aux attentes espérées et l'expérience du droit d'expression s'est assez vite enlisée pour diverses raisons. Outre des causes objectives[2020], d'autres motifs plus subjectifs ont été avancés dès 1988[2021] par l'administration du travail, notamment le désintérêt ou l'hostilité des partenaires sociaux ou encore la préférence des entreprises pour d'autres formes de participation des salariés[2022] regroupées sous la formule générique de « management participatif ». De plus, mal accordé aux besoins des salariés, l'exercice du droit d'expression ne semble guère de nature à resserrer les liens entre les membres de la collectivité du personnel. Certes, l'intérêt bien compris des parties milite en faveur de groupes d'expression organisés au sein d'unités de travail cohérentes maisest-ce suffisant pour tisser un lien social entre les membres du groupe ? La réponse est plutôt négative.

Il convient de noter, en effet, que les groupes d'expression sont formés non sur la reconnaissance mutuelle de leurs membres, mais généralement « décrétés », de façon extérieure aux volontés des salariés concernés. En outre, il est besoin que s'opère dans un groupe la jonction entre l'individuel et le collectif. Un équilibre est donc nécessaire entre la liberté de la parole qui y est admise pour chacun et le sentiment d'être écouté, d'obtenir des résultats concrets au plan collectif. C'est avoir *« davantage de pouvoir sur un acte qu'on réalise »* [2023]. Le législateur de 1982 en était, semble-t-il, conscient puisqu'il avait confié aux organisations syndicales le soin de fixer, par accord collectif, les mesures destinées à *« assurer la liberté d'expression de chacun et la transmission à l'employeur des demandes et propositions des salariés …»* [2024] .

781 On le voit, la volonté, dans la part d'auto-détermination qui est conférée au salarié à travers l'exercice du droit d'expression, a un rôle manifestement étroit et prescrit. En vérité, plus que de volonté du salarié, il s'agit ici d'une faculté d'expression dans un domaine circonscrit au travail, qui ne relève pas non plus de la liberté d'expression, laquelle exige un véritable espace d'exercice. La volonté du salarié n'est donc pas mise en relief de façon à favoriser l'expression d'un pouvoir du salarié sur ses actes. Celui-ci n'a pas véritablement le choix de participer ou non, il se plie aux conditions d'expression collective déterminées en dehors de lui. Qui plus est, ces conditions ne sont pas de nature à favoriser une idée de resserrement du lien social au sein du groupe ni de reconnaissance du salarié en tant

[2018] Cass. Soc. 28/04/88, Dr. Soc.1988 p 428 et suiv. obs. G. Couturier.

[2019] *L'arrêt soulignait en effet que, même en l'absence de texte, la nullité du licenciement en cause résultait du principe selon lequel un salarié ne saurait être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice de sa liberté d'expression, principe dont la règle de l'article susvisé constituait, tout au plus, une autre application.*

[2020] Raisons tenant notamment à la taille de l'entreprise, à d'éventuelles difficultés économiques, à la carence ou la faiblesse des systèmes de représentation.

[2021] V. *« Les pratiques relatives à l'expression des salariés. Principaux résultats »* par Sylviane Séchaud , Ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. Etudes DARES 1988.

[2022] On citera, pour exemples, les cercles de qualité, les groupes traditionnels tels que les réunions de service de formes diverses, les formes d'expression dans le cadre de projets d'entreprise, voire de façon plus restrictive, les boîtes à idées ou les cahiers de suggestions, ….

[2023] G. Mendel, *« Pourquoi la démocratie est en panne. Construire la démocratie participative »*. La découverte 2003, p 224.

[2024] Art. L.2281-11 du code du travail (ancien art. L.461-5 al. 1à 5).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

que membre du groupe. Au demeurant, l'efficacité de tout dispositif d'expression n'est-elle pas dépendante de la volonté de chacun d'entrer avec sérieux et bonne foi dans une œuvre commune [2025] ?

782 On retiendra, à cette dernière étape, que la volonté individuelle du salarié a un véritable rôle à jouer dans la consolidation du lien collectif. Celui-ci est d'autant plus patent, s'agissant du droit de vote aux élections professionnelles, qu'il s'inscrit dans une dynamique de reconnaissance d'un pouvoir de choix et d'action de chaque salarié. En revanche, le rôle dévolu à la volonté individuelle dans l'exercice du droit d'expression directe et collective s'avère plus limité, ou du moins, plus bridé, en raison d'une capacité insuffisante d'auto-détermination du salarié et d'une forme d'instrumentalisation de sa parole.

L'affermissement du rôle de la volonté individuelle du salarié en tant membre du groupe se révèle plus nettement avec l'apparition, depuis quelques années, de nouvelles prérogatives touchant au droit de la négociation collective.

Section 2 : La volonté individuelle, source de validation de la norme collective

783 Pour affermir le rôle de la volonté des salariés dans la détermination collective des conditions de travail, deux orientations sont envisageables. La première consiste à aménager des capacités d'intervention directes à chaque salarié en tant que membre du groupe[2026]. La seconde entend favoriser une prise en compte renforcée des volontés individuelles dans la structuration du système institutionnel de représentation des salariés[2027]. C'est cette dernière option qui prévaut largement dans le droit français, au travers des élections professionnelles et plus spécifiquement de la notion de représentativité syndicale à laquelle est rattaché un certain nombre de prérogatives.

Il n'empêche que la capacité représentative des syndicats[2028] soulève de nombreuses interrogations, à telle enseigne que la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, en mettant fin à la présomption irréfragable de représentativité, s'est efforcée d'instaurer une mesure objective de cette dernière[2029]. La précédente loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social s'était abstenue d'aborder frontalement le sujet de la représentativité syndicale, même si le lien avec l'introduction du principe majoritaire comme condition de validité des accords collectifs, était déjà loin d'être absent.

Bien que le législateur ne valide en aucune façon une mise en cause de la capacité de la représentation syndicale à édicter des normes, il reconnaît, de façon restrictive et subsidiaire, cette même faculté à d'autres agents, laissant en outre dans certaines situations, une place à l'approbation directe de l'accord conclu par la majorité du personnel consulté. La technique référendaire apparaît donc comme un moyen possible de reconnaissance et de validation de la norme collective. Le recours au référendum n'est pas

[2025] V. J.Le Goff, op.préc. *« Du silence à la parole.Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours »,* Coll.L'univers des Normes 2004.

[2026] Ce qui relève de l'idée de démocratie participative.

[2027] Ce qui revient alors à privilégier la notion de démocratie représentative.

[2028] En amont de la loi du 20 août 2008, les limites du système de représentativité en droit français avaient été pointées et avaient fait l'objet de scénarios divers d'évolution. V. en ce sens, le Rapport R.Hadas-Lebel préc.

[2029] G. Borenfreund, art. préc.*"Syndicats: le défi de l'audience électorale »*, p 360 et suiv. ; *« Le nouveau régime de la représentativité syndicale »,* p 712 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

nouveau en soi mais l'est davantage l'équivalence recherchée par rapport au modèle de représentation traditionnel.

784 On sait que la technique du référendum a été importée du droit public. Celle-ci semble transposer les vertus de la démocratie directe et de la souveraineté populaire[2030], dans l'environnement juridique spécifique que constitue l'entreprise[2031]. Considéré traditionnellement comme un instrument de démocratie semi-directe, le référendum est un système de votation populaire par lequel le corps des citoyens est appelé à exprimer son avis ou sa volonté à l'égard d'une mesure qu'une autre autorité a prise ou envisage de prendre[2032]. En théorie, on distingue plusieurs types de référendum, la technique est la même mais la signification change[2033].

En dépit des critiques formulées à son encontre au sein même des systèmes politiques, la technique référendaire a réussi une percée au sein du droit du travail et y a même progressé, non sans certaines réticences, selon une évolution lente mais constante (§1). Utilisé désormais pour renforcer la légitimité de certains accords collectifs et revitaliser le dialogue social, le recours à l'approbation directe de la majorité des salariés invite à s'interroger d'abord sur la place de la volonté du salarié, membre du groupe. Mais au-delà, un second aspect mérite d'être examiné, celui des rapports qui se créent entre la volonté individuelle et l'exigence majoritaire qui sous-tend cette technique (§2).

§1 – L'évolution de la technique référendaire en droit du travail

785 Traditionnellement, le référendum correspond à une technique d'expression marginale de la volonté des salariés. En effet, le droit positif se montre classiquement réservé à l'idée de reconnaître ce dispositif comme un mode normal de création de règles juridiques collectives, son emploi se limitant à des hypothèses spécifiques prévues par la loi et parfois limitativement ouvertes par la jurisprudence. Sa vocation prioritaire consiste essentiellement à rechercher une approbation directe des salariés sur des dispositifs juridiques intéressant la collectivité des travailleurs, le plus souvent porteurs d'avantages supplémentaires, et pour lesquels l'opinion des salariés est sollicitée et rapportée. Il s'agit alors d'associer les salariés à une décision d'initiative patronale (A). Mais l'évolution observable depuis quelques années semble procéder d'une toute autre logique. Le référendum apparaît de plus en plus comme une technique de régulation sociale (B).

A. Un moyen d'associer les salariés à une décision d'initiative patronale

[2030] Rappelons que le référendum de nature constitutionnelle s'est surtout développé au cours de la Vème République «*Le Président de la République peut soumettre au référendum tout projet de loi portant ….sur des réformes relatives à la politique sociale de la nation et aux services publics qui y concourent »* (art 11 modifié de la Constitution de 1958). La déclaration du 26 août 1789 énonçait déjà, que *« la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par l'intermédiaire de leurs représentants, à sa formation »*. Au demeurant, s'agissant du recours au référendum dans les entreprises, certains auteurs, dont le professeur B. Gauriau, s'interrogent sur la capacité du personnel d'être doté d'une autonomie au sens étymologique du terme et de devenir « le partenaire social de demain ». *(«Le référendum, un préalable nécessaire ? »*, Dr. Soc. 1998 p 338 et suiv.).

[2031] M-A Souriac-Rotschild, *« Regards sur le référendum »*,Liais. Soc. mensuel décembre 1993 n° 84 p 88 et suiv.

[2032] Dictionnaire constitutionnel O.Duhamel, Y Meny. PUF 1992.

[2033] Ainsi, Ph.Ardent distingue-t-il : le référendum constituant et le référendum législatif ; le référendum obligatoire et le référendum facultatif ; le référendum de ratification, le référendum consultation et le référendum d'arbitrage (in *« Institutions politiques et droit constitutionnel »,* LGDJ 19ème ed. 2007).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

786 Le référendum, en droit du travail, a d'abord été appréhendé comme un instrument de ratification consistant à recueillir *«l'avis ou volonté directement émis par la collectivité de travail sur une mesure* [2034] *»* et la rendre exécutable. Ainsi, les principaux cas de ratification par les salariés sont prévus par la loi[2035], en matière d'intéressement des salariés à l'entreprise, [2036] de participation aux résultats de l'entreprise [2037], de mise en place des horaires individualisés[2038] ou encore, concernant les garanties collectives complémentaires de retraite et de prévoyance [2039]. Plus récemment, la loi du 8 février 2008 en faveur du pouvoir d'achat[2040] et dans le même esprit, la loi du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail[2041], prévoient l'octroi d'une prime exceptionnelle, notamment par le biais d'un accord d'entreprise ratifié à la majorité des 2/3 du personnel, dans le cadre de l'application de l'article L.3312-5 du code du travail.

787 La ratification par le personnel permet donc classiquement de mettre en œuvre dans l'entreprise des avantages collectifs complémentaires, venant apporter une amélioration au statut collectif en termes financiers, de garanties collectives ou d'assouplissement de l'horaire collectif. La nature même des avantages susceptibles de donner lieu à un référendum/ratification minimise les dangers de voir privilégier les intérêts individuels ou catégoriels au détriment de l'intérêt général, car ces avantages sont essentiellement d'ordre collectif et profitent à la collectivité des travailleurs [2042]. L'idée d'un consensus à caractère démocratique n'est sans doute pas absente de cette première approche du référendum version sociale.

2034 J. Grimaldi d'Estra ,*«Nature et régime juridique du référendum en droit social »* , Dr. Soc. 1994 p 397 et suiv.

2035 Nous n'envisagerons pas ici le référendum dans le cadre d'une réduction du temps de travail. V.infra §2.

2036 Art. L.3312-5 du code du travail (ancien art.L.441-1 al.2 à 5). V. aussi la loi du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail concernant le versement d'une prime exceptionnelle d'intéressement de 1500 € exonérée par salarié, pour les entreprises qui concluent un accord d'intéressement ou un avenant à un accord préexistant d'ici le 31 juin 2009.

2037 Art. L.3322-6 du code du travail (ancien art. L.442-10).

2038 Art. L.3122-24 du code du travail (ancien art. L.212-4-1 al.2). Le terme de référendum n'est pas expressément employé dans cet article . *«L'accord du personnel doit être constaté »* par l'inspecteur du travail saisi préalablement à la mise en œuvre des horaires individualisés, à défaut de représentation du personnel dans l'entreprise. Toutefois, il est évident que pour recueillir cet accord, l'organisation d'un référendum à bulletin secret semble s'imposer .

2039 Art. L.911-1 et L.911-5 du code de la sécurité sociale.

2040 Parmi d'autres mesures, la loi du 8 février 2008 prévoyait en effet que les entreprises qui ne sont pas assujetties aux obligations légales relatives à la participation des salariés, pouvaient avant le 30 juin 2008 et sous réserve de respecter certaines conditions, verser à l'ensemble de leur personnel, une prime exceptionnelle exonérée de cotisations et contributions, dans la limite de 1 000 € brut. Un accord négocié au niveau de l'entreprise (ou de l'établissement) prévoyant le versement de la prime exceptionnelle, devait être conclu selon les modalités prévues par les accords de participation (*art.L.3312-5 du code du travail),* c'est à dire soit dans le cadre d'une convention ou d'un accord collectif de travail entre le chef d'entreprise et les représentants des organisationssyndicales représentatives, soit au seinducomité d'entreprise, soit à la suite de la ratification à la majorité des 2/3 du personnel du projet d'accord proposé par le Chef d'entreprise.

2041 La loi du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail est une loi incitative au développement de l'intéressement et de la participation. Elle prévoit notamment le versement d'une prime exceptionnelle d'intéressement de 1500 € exonérée par salarié, pour les entreprises qui concluent un accord d'intéressement ou un avenant à un accord préexistant d'ici le 31 juin 2009.

2042 Toutefois, on peut estimer que les régimes de prévoyance ou de retraite complémentaire créant des obligations à la charge des salariés n'intéressent pas l'ensemble de la collectivité (v. Partie I, Titre 1, Chapitre 1, Section1, § 2) .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

788 Cependant, il faut souligner ici que la figure classique du référendum se trouve passablement transformée avec la parution de la loi du 10 août 2009 réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe[2043]. En effet, certaines dérogations au principe du repos dominical[2044] pourront être obtenues au vu d'un accord collectif ou, à défaut, d'une décision unilatérale de l'employeur prise après consultation des représentants élus du personnel, lorsqu'ils existent dans l'entreprise, et approuvée par référendum des personnels concernés par cette dérogation[2045]. Le recours au référendum du personnel prend donc ici, par exception aux autres cas de recours instaurés par la loi, une physionomie qui peut être considérée comme régressive.

Au demeurant, le législateur utilise pour la première fois, semble-t-il, dans la loi du 10 août 2009, le mot même de référendum qui ne figurait jamais auparavant [2046] de façon explicite. On évoque, plus généralement, *« la ratification d'un projet d'accord »,* sans employer le terme « banni » de référendum. La récente « libéralisation terminologique » du législateur aurait-elle un sens caché ? Plus vraisemblablement, s'agit-il de clarifier et d'unifier la terminologie employée jusqu'ici. On peut évidemment regretter que ce soit un texte au contenu, pour le moins, très conversé, qui impose le terme de référendum du personnel. Dès lors, il n'est pas certain que la défiance que ce système de votation suscite traditionnellement, ne soit accentuée à l'avenir, non plus seulement par crainte d'introduire un processus de démocratie semi-directe dans un lieu de pouvoirs comme l'entreprise[2047], mais aussi, par crainte d'un émiettement des droits ou avantages des salariés.

789 Reste que le référendum ou la ratification n'est en principe[2048] jamais proposé comme solution exclusive ni prioritaire à la conclusion d'un acte collectif. Il n'est qu'une option possible parmi les modes classiques de création des actes collectifs, notamment celui résultant desconventions ou accords collectifs signés avec les organisations syndicales représentatives.

Les recours au référenduminstitués par la loi sont organisés de telle sorte qu'ils ne puissent en aucun cas constituer une marque de méfiance ou d'affaiblissement du rôle des organisations syndicales ou de la représentation élue. Celles-ci sont d'ailleurs associées à la démarche ou consultées[2049]. Ainsi, en présence d'une représentation du personnel dans l'entreprise, la ratification ne peut être demandée que conjointement par le chef d'entreprise et une ou plusieurs organisations syndicales ou le comité d'entreprise[2050]. L'absence de représentation dans l'entreprise est d'ailleurs un des motifs principaux justifiant le recours

[2043] Loi n° 2009-974 du 10/08/2009, JO du 11/08/2009. Conseil Constitutionnel, Décision n°2009-588 DC du 06/08/2009, JO du 11/08/2009.

[2044] Art.L.3132-20 et L.3132-25-1 du code du travail.

[2045] Art. L.3132-25-3 du code du travail.

[2046] B. Gauriau, *«Le référendum et les accords Aubry II »,* Dr.Soc. 2000 p 311 et suiv.

[2047] V. notamment J. Grimaldi d'Esdra, «*Nature et régimes juridiques du référendum en droit social »,* Dr. Soc. 1994 p 397 et suiv.

[2048] Exceptée la prime exceptionnelle instaurée temporairement pas la loi du 8 février 2008.

[2049] Il en est ainsi concernant le référendum dans le cadre de la loi du 10/08/2009. V. art. L.3132-25-3 du code du travail.

[2050] Par exemple, en matière d'intéressement et de participation. A cet égard la circulaire ministérielle du 09/05/95 (Sem. Soc. Lamy 1995 n° 745) précise que la demande conjointe doit être fournie avec l'accord, ainsi que l'émargement d'un bordereau par les salariés consultés (et non la preuve d'un vote à bulletin secret).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

au mode référendaire[2051]. Encore faut-il, dans cette éventualité, que l'employeur prouve qu'il a satisfait aux obligations lui incombant en matière de représentation du personnel[2052]. La ratification apparaît donc essentiellement comme un mode « *subsidiaire »* d'adoption d'un projet d'accord ou d'acte à destination collective.

Au surplus, dans ces hypothèses, la ratification porte sur un projet d'accord proposé par l'employeur, et non un projet d'accord issu de la négociation collective avec les organisations syndicales de salariés. Ce faisant, chaque salarié est sollicité à un double titre, en tant que cocontractant et en tant que membre d'une collectivité, pour approuver – en faisant siens les droits et engagements qui y sont prévus – ou refuser l'acte juridique unilatéral de l'employeur accompli en vue d'une destination collective.

Le législateur a, en outre, entouré la ratification de garanties visant à protéger l'expression de la volonté des salariés concernés. D'abord en définissant, généralement[2053], une majorité de ratification du projet dans le respect des règles du droit commun électoral,[2054] ensuite en fixant des obligations d'informations collectives et individuelles préalables, des salariés concernés[2055]. Pour autant, on ne peut parler de véritable processus délibératif favorisant l'information, le débat et la réflexion des salariés sollicités.

Le référendum de type classique en droit du travail n'apparaît donc pas comme un mode normal de création de règles juridiques collectives mais comme un procédé encore marginal,[2056]son emploi se limitant, du moins à ce jour, à des hypothèses de ratification selon des modalités spécifiques et encadrées.

790 Plus rarement, un référendum peut être organisé sur initiative de l'employeur, en dehors de toute disposition légale. En consultant le personnel de l'entreprise, l'employeur cherche alors à obtenir l'adhésion volontaire des salariés à sa décision, à « *s'assurer un soutien majoritaire pour mieux passer une décision »* [2057] . Mais quels effets juridiques peut-on accorder à l'expression de la majorité, dégagée à travers un tel référendum ? Dans notre système juridique, la collectivité des salariés ne s'exprime-t-elle pas essentiellement par les canaux de la représentation et non directement[2058] ? Comme il a été observé : *« notre Droit positif ne fait pas place de manière générale, au référendum comme technique d'expression*

2051 Tel est le cas concernant les horaires individualisés. Encore, s'agit-il en l'occurrence, d'un simple avis des salariés sur le principe de la mise en place d'un tel système, la décision finale appartenant à l'employeur.

2052 Cette exigence se retrouve pour l'intéressement et la participation .

2053 Notons que la loi du 10/08/2009 ne donne aucune précision concernant la majorité de ratificatio, les régles électorales applicables ou les obligations d'information à l'égard des salariés concernés.

2054 Ainsi, la majorité renforcée des 2/3 du personnel est requise pour l'approbation d'un projet d'intéressement ou de participation. Il s'agit par contre d'une majorité simple concernant les horaires individualisés. Toutefois, l'architecture de l'horaire individualisé, acceptée par une majorité, permet de n'imposer aucune contrainte au salarié qui ne souhaiterait pas y recourir (il peut conserver à titre individuel l'horaire collectif initial).

2055 De telles obligations d'information s'imposent, par exemple, en matière de participation et d'intéressement .

2056 M-A Souriac-Rotschild, art. préc.*"Regards sur le referendum",* p 88 et suiv.

2057 D. Boulmier, *«L'expression majoritaire des salariés de l'entreprise, lie-t-elle la minorité ? »* Semaine sociale Lamy n° 872 p 6 et suiv.

2058 M-A Souriac-Rotschild, art. préc. .*"Regards sur le referendum",* p 88 et suiv. L'auteur précise que c'est bien ainsi que l'entend le préambule de la Constitution de 1946 *«Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ».*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de la volonté de la collectivité formée par le personnel de l'entreprise » [2059]. En effet, on sait que la collectivité du personnel est classiquement privée de la personnalité juridique et n'a donc pas la capacité de contracter directement avecl'employeur[2060]. Elle n'est pas *« un groupement structuré, porteur d'un statut légal et obéissant à la loi de la majorité, délibérant suivant un mode formaliste, à une majorité précisée par les textes et par les statuts»* [2061]. Dès lors, on entrevoit déjà les conflits qui pourront exister entre la majorité dégagée par la consultation du personnel et la volonté individuelle dissidente[2062].

791 En définitive, la place traditionnellement accordée au référendum par le droit du travail apparaît relativement modeste, sans doute parce qu'elles'oppose à la notion de représentation des salariés, telle que le droit du travail la conçoit classiquement, c'est à dire comme un contre-pouvoir institutionnel capable de faire face au pouvoir de l'employeur.Les syndicats eux-mêmes y voient, non sans raison, une technique indirectement destinée à affaiblir leur rôle.La volonté individuelle de chaque salarié, membre du groupe, n'est donc sollicitée qu'à titre subsidiaire. En outre, on peut craindre que ces consultations du personnel, destinées à approuver une initiative unilatérale de l'employeur, ne se limitent plus, à l'avenir, à des objets consensuels dont les enjeux ne prêtent guère à controverses. On entrevoit alors la nature ambivalente d'un tel procédé au regard de la volonté individuelle des salariés.

Sous un autre angle et avec d'autres finalités, l'évolution législative qui se dessine depuis quelques années pourrait cependant ouvrir au référendum *« une porte* – non négligeable -*dans le code du travail »* [2063] et, dès lors,porter un autre regard sur la volonté du salarié.

B. Une technique de régulation sociale

792 La représentation ne peut exister en dehors de la volonté et du consentement du groupe social dans lequel elle s'enracine, en particulier lorsqu'elle conduit à prendre de véritables engagements au nom des membres de la collectivité. La raison d'être de la représentation devient, en revanche, discutable quand les membres du groupe social à l'origine de la représentation cessent de considérer l'action de leurs représentants, comme légitime et contraignante et comme les engageant effectivement[2064]. Dès lors, le risque est grand que la légitimité institutionnelle des organisations syndicales ne suffise pas à compenser la légitimité identitaire. Les nouvelles règles de représentativité et la mise en exergue de l'exigence majoritaire comme condition de validité des accords collectifs signés par les organisations syndicales tentent en partie de combler ce décalage. La possibilité de conjuguer expression majoritaire des salariés et représentation syndicale semble désormais prévaloir dans le droit de la négociation collective. On peut donc espérer un raffermissement

[2059] J. Savatier, *«Accords d'entreprise atypiques »,* Dr. Soc. 1985 p 188 et suiv.

[2060] J. Barthélémy, *«Le référendum en droit social »,* Dr. Soc. 1993 p 89 et suiv.

[2061] C. Freyria, *«Les accords d'entreprises atypiques »,*Dr. Soc.1988 p 43 et suiv.

[2062] V. infra § 2.

[2063] D. Boissard, *« 35 heures : un référendum à très haut risque »,* Liais. Soc. magazine, oct. 1999 p 5.

[2064] A.Hege, *« La représentativité syndicale, sa reconnaissance, son renouvellement »*. Chr. Internationale de l'IRES n°66, septembre 2000.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

des liens entre collectivités de salariés et agents de négociation et, partant, un plus haut degré d'adhésion des salariés à l'accord collectif[2065].

Parallèlement, le législateur ouvre un nouveau champ d'action à la technique référendaire dont l'enjeu principal est la recherche de légitimité de l'accord collectif négocié par des agents habilités. Partant, le référendum « nouvelle version » ne recouvre pas les mêmes objectifs et n'a pas les mêmes effets que le référendum « classique ». Il peut être intégré dans le processus de négociation collective (1). Il rend compte alors d'une conformité aux règles prescrites pour ouvrir droit à certains bénéfices, mais il peut aussi consacrer la légitimation de l'accord collectif en devenant une condition de sa validité. Aux côtés de ce type de référendum, on observe qu'une place particulière est donnée à la consultation directe des salariés, en tant que mesure d'influence (2).

1. Le référendum, élément de la négociation collective

793 Après plusieurs épisodes transitoires, le référendum a fini par trouver progressivement une place au sein du dispositif de la négociation collective, en particulier pour faciliter sa mise en œuvre dans les entreprises dépourvues de représentants.

Si l'article 6 de la loi du 12 novembre 1996 avait pour finalité de développer la négociation collective, en particulier dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux[2066], il n'admettait une telle faculté que sous réserve de la signature préalable d'un accord de branche et s'agissant d'une négociation avec des représentants élus du personnel ou des salariés mandatés. En effet, comme le rappelait alors une note du Ministère du Travail du 30 janvier 1997, aucune disposition légale ne permettait jusqu'alors d'utiliser la voie du référendum dans les entreprises dépourvues de représentants, à l'exception de certains domaines limitativement fixés par la loi (participation financière, prévoyance) [2067].

Il a fallu attendre la loi dite Aubry II pour que soit ponctuellement décliné l'idée majoritaire sous la forme d'un vote de ratification majoritaire des salariés lorsque l'accord de réduction du temps de travail était conclu par un syndicat minoritaire[2068], un mandataire syndical ou à défaut, un délégué du personnel. L'approbation des salariés était acquise à la majorité des suffrages exprimés. Selon le cas, l'accord pouvait être soumis à l'approbation des salariés avant ou après sa conclusion. Dans tous les cas, le rejet de l'accord collectif ou

2065 G. Borenfreund, art.préc. *« Syndicats : le défi de l'audience électorale »,* p 370.

2066 L'article 6 de Loi n°96-985 du 12/11/1996 avait été déclaré conforme à la Constitution par une décision du Conseil Constitutionnel n°96-383 DC du 6 novembre 1996. Il reprenait les dispositions prévues par l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle permettant la négociation d'accords collectifs dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux.

2067 Cette même note ministérielle rappelait aussi l'existence d'une jurisprudence de la Cour de Cassation (Cass.Soc. 25/01/1995, Légis-soc.Juris Actua n°7233 du 23/03/1995) selon laquelle les entreprises dépourvues de toute représentation syndicale, pouvaient conclure un accord collectif d'entreprise avec un salarié titulaire d'un mandat donné par un syndicat représentatif. Cette jurisprudence de la Cour de cassation déterminait un champ circonscrit à la négociation collective, en l'absence de délégué syndical. Seules les entreprises de moins de 50 salariés ne disposant ni de délégués syndicaux, ni de délégués du personnel désignés comme délégués syndicaux, pouvaient recourir à cette formule.

2068 L'accord collectif devait être signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles (du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel). A défaut d'accord « majoritaire », une consultation du personnel pouvait être organisée à la demande d'une ou plusieurs organisations syndicales signataires.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

du projet par la majorité des salariés n'affectait pas la validité de l'accord mais seulement l'accès aux allégements de charges patronales. On s'était étonné qu'il ne fût pas une condition de validité de l'acte lui-même[2069]. Dès lors, l'exigence majoritaire paraissait entachée d'une équivoque [2070] puisqu'elle n'intéressait que certains effets de l'acte et ne déterminait pas sa validité proprement dite[2071]. Plus qu'un moyen de renforcer la légitimité des accords de réduction du temps de travail, le référendum servait à rendre compte d'une conformité aux règles prescrites pour ouvrir droit aux mesures d'aides financières. Rien de plus.

794 L'étroite percée du référendum de régulation sociale initiée par la loi Aubry II laissait cependant intactes certaines faiblesses, constatées, notamment par le professeur G. Borenfreund[2072]. Celui-ci soulignait déjà, avant la loi du 4 mai 2004 portant réforme du dialogue social et celle du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, l'inadéquation du système de relations professionnelles lequel ne favorisait guère des liens forts entre agents d'exercice du droit à la négociation et titulaires de ce droit. Par le jeu combiné de trois facteurs (effets « erga omnes » de la convention collective, règle de l'unicité de signature et présomption de représentativité), il permettait en effet que s'impose la loi de la minorité. De surcroît, ce constat était aggravé par l'augmentation notable de la négociation dérogatoire par rapport à la traditionnelle négociation d'acquisition. Se posait aussi pour la représentation la question de sa légitimité identitaire, sinon sociologique *« quand le groupe lui-même a perdu la mémoire des raisons fondatrices de son regroupement »* [2073].

En introduisant l'exigence majoritaire[2074], même s'il s'agit, dans la plupart des cas, de la reconnaissance d'un droit d'opposition majoritaire, la loi du 4 mai 2004 a marqué une nouvelle étape dont l'objectif était de mettrel'ensemble des entreprises, employeurs et salariés, à tous les niveaux de négociation, en position de conclure des accords légitimes, reflétant le souhait de lamajorité des salariés oude leurs représentants [2075].La loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social apportait ainsi une autre conception de l'accord majoritaire [2076], même si elle n'abordait pas de front la question de la représentativité[2077].

[2069] B. Gauriau, art. préc. *«Le référendum et les accords Aubry II »,* p 311 et suiv.

[2070] G. Borenfreund, *«L'idée majoritaire dans la négociation collective »,* Mélanges dédiés au Président M. Despax. Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse 2002, p 429 et suiv.

[2071] M-L Morin, *«Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé »,* Dr. Soc. décembre 2000 p 1080 et suiv.

[2072] G. Borenfreund, art. préc. *«L'idée majoritaire dans la négociation collective »,* p 429 et suiv.

[2073] A Hege, chr. préc. *« La représentativité syndicale, sa reconnaissance, son renouvellement ».*

[2074] Par le biais de dispositifs régulateurs, essentiellement sous la forme négative du droit d'opposition ouvert aux syndicats majoritaires non signataires d'un accord dérogatoire, ou d'un avenant de révision V. supra Partie I, Titre 1, Chapitre I,Section 1,§2.

[2075] Extrait du rapport présenté à l'Assemblée nationale relativement au projet de loi sur la formation tout au long de la vie professionnelle et au dialogue social.

[2076] *Sur le principe, le texte met en œuvre une logique majoritaire qui se décline selon les cas, sous la forme d'une majorité d'adhésion ou d'un droit d'opposition majoritaire, soit en nombre d'organisations, soit en nombre de voix recueillies par ces organisations. Rappelons qu'au niveau de la branche, un accord de branche, pour être valable, ne doit pas rencontrer d'opposition d'une majorité de syndicats représentatifs en nombre. Toutefois, par un accord de méthode, la branche peut décider que ses futurs accords recueillent les signatures d'un ou de plusieurs syndicats représentants une majorité de salariés dans la branche. La détermination de la majorité des salariés pourra résulter soit d'une consultation spécifique des salariés de la branche (élections de représentativité), soit de la prise en compte des résultats obtenus aux dernières élections professionnelles du comité d'entreprise ou à*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Plus spécifiquement, sans systématiser le recours au référendum, la réforme de 2004 en élargissait néanmoins quelque peu les cas d'application au sein de la négociation collective et surtout confortait ses effets sur la validité de l'acte collectif. Indirectement, la volonté du salarié s'en trouvait déjà valorisée.

795 Trois situations étaient susceptibles de s'appuyer sur la technique du référendum. La première visait l'hypothèse où un accord collectif d'entreprise était signé par une ou des organisations syndicales ne satisfaisant pas à la condition de majorité dite d'engagement. Dans ce cas, l'accord pouvait être soumis à l'approbation directe des salariés de l'entreprise. Cette consultation était organisée sur initiative des organisations syndicales de salariés signataires, à laquelle les organisations syndicales non-signataires pouvaient s'associer. Un tel dispositif permettait sans doute que la consultation puisse donner lieu à un véritable débat au sein de l'entreprise, par la confrontation des diverses positions. Le texte n'ayant pas obtenu l'approbation de la majorité des salariés était réputé non écrit. Il s'agissait bien ici d'un véritable processus référendaire d'approbation du contenu de l'accord conclu par lesorganisations syndicales non majoritaires, dont l'objectif était de faire dépendre la sphère d'efficacité de l'accord, de la manifestation d'une volonté majoritaire. Le refoulement de l'accord collectif par la majorité des salariés entraînait ipso facto sa non-application dans l'entreprise. Certes, le choix d'une consultation du personnel après signature de l'accord pouvait aboutir à un véritable désaveu de la ou des organisations syndicales signataires mais il garantissait une participation active des salariés à la formation de la volonté collective et permettait l'expression d'un refus ou d'une dissidence.

796 Une autre hypothèse de référendum était prévue par la loi du 4 mai 2004 en cas de carence d'élections professionnelles, lorsqu'un délégué syndical a été désigné dans l'entreprise ou l'établissement. La validité d'un accord collectif d'entreprise ou d'établissement signé par ce délégué était en effet subordonnée à son approbation, à la majorité des suffrages exprimés des salariés, dans les mêmes conditions que celles examinées plus haut. Alors que la situation était différente, la Cour de Cassation a eu recours à ce procédé, dans un arrêt du 20 décembre 2006[2078]. Après avoir constaté que le quorum au premier tour des élections professionnelles n'avait pas été atteint, la Cour décidait qu'il n'y avait pas lieu de décompter les suffrages exprimés en faveur de chaque liste[2079]. La solution avait l'avantage de ne pas mettre en cause le second tour des élections mais laissait augurer quelques difficultés dans la perspective d'une mesure de la représentativité des syndicats par le biais des élections[2080]. L'audience des différentes organisations syndicales n'étant pas mesurable au 1er tour, l'entreprise se retrouvait, selon la Cour, dans une situation

défaut, des délégués du personnel. Au niveau de l'entreprise, à défaut d'accord de branche, un accord d'entreprise entrera en vigueur dès lors qu'il n'a pas donné lieu à l'opposition d'une ou plusieurs organisations représentatives ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles dans l'entreprise. Toutefois, un accord de branche étendu peut exiger que les accords d'entreprise soient signés par une ou des organisations syndicales ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles.

2077 Ph.Langlois, *«Approche critique des principales dispositions du projet de loi »,* Sem. Soc. Lamy 19/01/2004 n° 1152 p 6 et suiv.

2078 Cass.Soc. 20/12/2006 n° 05-60.345 FS-PBRI.Liais. soc. du 04/01/2007 n°14781 ; Dr.Soc.2007, p 463, obs.P-Y Verkindt ; RDT 2007, p 368,obs.M.Grévy.

2079 Bien qu'une liste ait obtenu plus de 50% des suffrages.

2080 La loi du 20 août 2008 a réglé depuis cette question puisque même si le quorum n'est pas atteint au 1er tour, il est indispensable de dépouiller les bulletins pour mesurer les audiences minimales des syndicats et l'audience personnelle minimale des salariés qui souhaitent être désignés comme délégué syndical.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de carence, assimilable à celle évoquée plus haut. L'accord collectif signé par le délégué syndical présent dans l'entreprise devait donc être soumis au vote de la majorité des salariés.

797 Ces dispositions ont été maintenues, à titre transitoire jusqu'au 31 décembre 2008, par la loi du 20 août 2008, dans l'attente des résultats des premières élections professionnelles dans l'entreprise. Or, une telle situation de blocage pouvait perdurer, au-delà de cette date, concernant la validité des accords négociés avec un ou plusieurs délégués syndicaux, dans les entreprises ne disposant pas des résultats du premier tour des élections professionnelles. La loi de simplification du droit du 12 mai 2009[2081] comble désormais ce vide juridique, en énonçant que jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure au 21 août 2008, en cas de carence au premier tour des élections professionnelles ou d'absence de dépouillement du premier tour de ces élections, la validité de l'accord d'entreprise ou d'établissement négocié et conclu avec un ou plusieurs délégués syndicaux est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Le choix d'une approbation par référendum dans cette situation, particulière et temporaire, apparaît bien comme un substitut à la représentativité, tout en renforçant la place accordée aux volontés individuelles des travailleurs dans le processus de négociation collective.

798 Enfin, le dernier cas de recours au référendum visé par la loi du 4 mai 2004 concernait l'accord collectif d'entreprise signé par un ou des salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales reconnues représentatives au plan national, sous réserve d'un accord de branche autorisant le mandatement. A cet égard, la loi de 2004 s'éloignait, sous certains aspects, des principes adoptés précédemment[2082]. Elle définissait clairement, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, une hiérarchie entre interlocuteurs de l'employeur en matière de négociation [2083] : ce n'est qu'en dernier lieu que le cas du mandatement était envisagé, sous réserve d'une consultation directe des salariés. Pour pouvoir entrer en application, l'accord collectif ainsi signé devait donc être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés selon les conditions précisées par décret. Le désaccord majoritaire des salariés consultés entraînait l'inopposabilité de l'accord signé par le ou les salarié (s) mandaté (s).

799 La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale a revu les règles issues de la loi de 2004, tout en revisitant, on le sait, la notion de représentativité syndicale. Elle privilégie la mesure effective de la représentativité de chaque organisation syndicale par des éléments objectifs dont le critère de l'audience électorale au premier tour des élections professionnelles. Aussi, n'apparaît-il pas nécessaire de faire valider par ratification du personnel de l'entreprise les accords collectifs signés même par une seule organisation syndicale[2084], dès l'instant d'une part où celle-ci est représentative et a recueilli au moins 30% des suffrages valablement exprimés au premier tour des élections des titulaires dans

[2081] Art. 42 de la loi n°2009-526 du 12/05/2009, JO du 13/05/2009.

[2082] A la fois par la Loi Aubry II mais aussi par la loi n° 96-985 du 12 novembre 1996.

[2083] En l'absence de délégué syndical, la négociation doit se tenir avec les élus du comité d'entreprise, ou, à défaut, les délégués du personnel. C'est seulement en l'absence d'élus (et sous réserve d'un PV de carence) que le mandatement est possible.

[2084] Il en était de même sous le régime de la loi du 4 mai 2004.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

le champ d'application de la convention[2085], d'autre part où l'accord n'a pas fait l'objet d'une opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de la moitié des voix.

800 La loi du 20 août 2008 privilégie donc la représentativité effective des acteurs syndicaux. Comme la précédente loi du 4 mai 2004, le nouveau texte ne cherche pas à étendre plus que de raison ni à systématiser un recours à ratification du personnel pour les accords collectifs conclus avec des représentants d'organisations syndicales représentatives. Cependant, la consultation des salariés demeure s'agissant des accords collectifs conclus avec un salarié expressément mandaté par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives. La loi élargit même la faculté de recourir à ce dispositif dans les entreprises, dépourvues de délégués syndicaux et de représentants élus du personnel[2086], en n'exigeant plus la conclusion préalable d'un accord collectif de branche étendu portant sur ce sujet[2087]. Toutefois, dans le même temps, le législateur de 2008 limite l'objet de la négociation confiée aux salariés mandatés aux seules mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif[2088], à l'exception des accords mentionnés à l'article L. 1233-21 du code du travail.

801 Selon les mêmes principes que ceux dégagés par la loi de 2004, l'accord signé par un salarié mandaté doit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral. Faute d'approbation, l'accord sera réputé non écrit. La ratification majoritaire par le personnel de l'entreprise demeure donc une condition de validité de l'accord signé avec un salarié mandaté.

Au surplus, la loi du 20 août 2008 s'attache à définir les règles qui doivent présider aux négociations avec un salarié mandaté[2089]. Parmi celles-ci[2090], il faut souligner plus particulièrement l'exigence de concertation avec les salariés. L'idée de concertation semble bien impliquer une association étroite des salariés non seulement au processus de décision, par le référendum, mais aussi au déroulement des négociations, de leur ouverture à leur finalisation. Un processus délibératif semble se faire jour. L'information régulière et transparente des salariés devrait notamment jouer un rôle majeur et contribuer à la réflexion

2085 Du moins depuis le 1er janvier 2009 pour les accords conclus au niveau de l'entreprise ou à partir de la détermination des organisations syndicales représentatives dans les branches et au niveau interprofessionnel.

2086 Un procès-verbal de carence doit être établi pour justifier de l'absence de représentants élus.

2087 Art.L.2232-24 du code du travail. Ces dispositions sont applicables après le 31 décembre 2009 pour toutes les entreprises dépourvues de délégués syndicaux et de représentants élus qui ne relèvent pas d'une convention de branche ou d'un accord interprofessionnel. Celles qui sont déjà couvertes par de tels accords ou conventions, continuent de bénéficier des dispositions ainsi négociées.

2088 La négociation portera donc sur des dispositions telles que la durée et l'aménagement du temps de travail, qui doivent être mises en œuvre, lorsqu'elles dérogent à la loi, par accord collectif.

2089 V. M. Grévy, E. Peskine, S.Nadal, *« Regards sur la position commune du 09/04/2008. A propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise »,* RDT juill- août 2008, p 431 et suiv. Plus spécifiquement, S. Nadal s'interroge sur les conditions de ce processus de négociation alternative qui *« sonnent comme une déclaration d'intention… sans que soient véritablement envisagées les mesures qui auraient puconférer à la négociation une plus grande authenticité »,* p 437.

2090 Les règles sont les suivantes : indépendance des négociateurs vis à vis de l'employeur, élaboration conjointe du projet d'accord avec les négociateurs, concertation avec les salariés, faculté de prendre attache avec les organisations syndicales de la branche. Par ailleurs, les informations à remettre aux salariés mandatés préalablement à la négociation sont déterminés par accord entre ceux-ci et l'employeur. Il faut noter que l'ensemble de ces règles est également applicable en cas de négociations avec les élus.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

et la formation de la décision de chacun. Au demeurant, comme le souligne le professeur A. Mazeaud[2091], ces conditions relèvent largement de la loyauté qui doit présider à toute négociation. En revanche, on peut se demander si la violation de l'une d'entre elles, dont la portée normative est inégale, entraîne nécessairement la nullité de l'accord lui-même, ou si le juge dispose à cet égard d'un certain pouvoir[2092].

802 Enfin, le législateur a mis en place un nouveau cas de négociation, impliquant le recours à l'approbation majoritaire des salariés[2093], avec le représentant de la section syndicale[2094]. Celui-ci n'a en principe vocation ni à négocier ni à conclure des accords collectifs, puisqu'il n'est pas désigné par un syndicat représentatif. *« C'est un temporaire, qui anime la section syndicale, dans l'attente des prochaines élections »* [2095]. Cependant, en raison d'une carence au premier tour des élections professionnelles, si un délégué syndical n'a pu être désigné ou s'il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement, un représentant de la section syndicale désigné par une organisation syndicale de salariés affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national ou interprofessionnel peut disposer, sur mandatement de son organisation syndicale, du pouvoir de négocier et conclure un accord collectif d'entreprise ou d'établissement. Cette faculté est admise dans les entreprises de deux cents salariés et plus, où sont tenues des élections professionnelles et qui ne peuvent recourir aux dispositions relatives à la négociation, en l'absence de délégué syndical, avec les élus du personnel ou un salarié mandaté. Ainsi, faut-il souligner l'encadrement d'une telle faculté. En outre, la validité de l'accord collectif, conclu dans ces conditions, est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Faute d'approbation, l'accord sera réputé non écrit.

803 S'il est vrai que l'apport essentiel de la loi du 20 août 2008 repose sur la mise en œuvre de règles objectives permettant d'apprécier la représentativité syndicale autour des élections professionnelles, et sur l'instauration d'un mode de conclusion majoritaire des accords collectifs, le législateur continue aussi de réserver une place au référendum dans le processus de la négociation collective. Certes, cette place pourrait être plus étendue qu'elle ne l'est aujourd'hui, permettant ainsi une expression plus large et responsable de la volonté de chaque salarié, membre du groupe et renforçant l'idée d'une indispensable citoyenneté dans l'entreprise. Si une telle perspective ne laisse pas de séduire, ses limites et ses dangers n'en sont pas moins évidents, en particulier quant au maintien d'un équilibre social réel des forces en présence dans la négociation collective.

2. Le référendum, mesure d'influence

2091 A. Mazeaud, *« La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégués syndicaux »,* Dr.soc. 2009, p 669 et suiv. ; spéc. p 677.

2092 A. Mazeaud, art.préc. *« La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégués syndicaux »,,* p 677.

2093 Art.L.2232-14 du code du travail. En revanche, la loi du 20/08/2009 prévoit que, dans les entreprises de moins de 200 salariés, en l'absence de délégués syndicaux, ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical, les représentants élus du personnel peuvent négocier et conclure certains accords collectifs, sous réserve non pas de l'approbation majoritaire des salariés mais de celle de la commission paritaire de branche. En outre, de tels accords doivent être conclus par desmembres titulaires élus au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel titulaires représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles (art.L.2232-22 du code du travail).

2094 V. B.Gauriau, *« Les représentants des syndicats dans l'entreprise »,* Dr.Soc. 2009, p 641 et suiv.

2095 A. Mazeaud, art.préc. *« La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégués syndicaux »,*p672.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

804 Une autre approche de la technique référendaire mérite attention. Le référendum peut aussi servir à mesurer la légitimité des rapports de force en présence, en particulier lors de conflits collectifs du travail.

C'est ainsi que la loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres de voyageurs[2096] prévoit, parmi un ensemble de dispositifs de prévention des conflits collectifs et de mise en œuvre d'un service garanti, un recours au référendum quant à la poursuite de la grève, inspiré des pratiques anglo-saxonnes. Au bout de huit jours de grève, l'organisation d'une consultation du personnel peut, en effet, être décidée. La démarche est donc facultative. L'initiative peut être prise par l'employeur, une organisation syndicale représentative ou le médiateur[2097].

La consultation doit être organisée par l'entreprise elle-même, dans des conditions garantissant le secret du vote[2098]. Elle est ouverte aux seuls salariés concernés par les motifs du préavis et porte sur la poursuite de la grève. Cependant, le texte prévoit expressément que son résultat n'affecte pas l'exercice du droit de grève, il ne conditionne pas la poursuite ou l'interruption du conflit[2099]. Le mouvement minoritaire pourra donc se poursuivre, le référendum n'ayant pas eu l'effet dissuasif escompté[2100].

La signification de la consultation des salariés change ici de figure. Elle est purement indicative et sert essentiellement à mesurer les rapports de forces entre les acteurs, l'influence respective des courants sociaux en présence. Nonobstant, un tel vote risque de faire perdre au mouvement une part de sa légitimité identitaire et ne peut *« contribuer au dialogue et à la paix sociale… »* [2101] . C'est là sans doute l'un des objectifs plus ou moins avoué du dispositif mis en place.

805 En définitive, le référendum semble avoir renforcé sa place au sein des relations collectives du travail. Bien que celle-ci soit encore modeste et qu'elle n'ait pas été spécifiquement étendue par la loi du 20 août 2008, on est tenté de penser que le recours au référendum trouvera à se déployer de façon non négligeable au sein des nombreuses entreprises dépourvues de délégués syndicaux et représentants élus, renforçant notamment la légitimité des accordsconclus par un salarié mandaté. Car il convient de rappeler que, même encadrée, la négociation avec un salarié mandaté concerne uniquement les mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, c'est à dire qu'elle vise directement une norme collective « in pejus ». Le recours à l'approbation majoritaire de la collectivité destinataire, c'est à dire aux volontés individuelles des salariés composant le groupe social, constitue donc une garantie essentielle. De plus, le droit saisit et institue ainsi les salariés comme membres autonomes de la collectivité de travail, habilités en cette qualité à participer à la détermination collective de leurs conditions de travail. Assurément, cette reconnaissance est toujours subsidiaire et il aurait pu être concevable aussi d'étendre la consultation du personnel à tout accord

2096 Loi n° 2007-1224 du 21/08/2007, JO du 22/08/2007.

2097 Il faut noter qu'une organisation syndicale pouvait déjà mettre en place une telle consultation et il n'est pas rare que la décision de poursuivre ou d'arrêter un mouvement soit prise à l'issue d'une Assemblée générale, en général à main levée. Rien n'empêche à l'avenir que les syndicats continuent de procéder de la sorte.

2098 Les conditions de vote doivent être définies par l'employeur dans les 24 heures qui suivent la décision d'organiser la consultation.

2099 Décision n°2007-556 DC du 16/08/2007 du Conseil Constitutionnel.

2100 R. Vatinet, art. préc. *« L'expression des salariés ».*

2101 E.Millard, art. préc. *« Une réponse dangereuse à une mauvais question »,* p 565.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

collectif « in pejus », quelle que soit la qualité du signataire. Mais une telle approche n'est pas aussi évidente qu'il y paraît de prime abord ; elle pourrait fort bien avoir pour effet de brouiller la notion même d'intérêt collectif dont la représentation syndicale est dépositaire, au profit d'intérêts particuliers et centrifuges.

La congruence n'est pas systématiquement parfaite entre la volonté individuelle dusalarié et la volonté collective du groupe exprimée dans la technique référendaire. Ces deux volontés peuvent être en dissonance l'une par rapport à l'autre. C'est ce double regard sur la volonté individuelle et l'approbation majoritaire qu'il convient maintenant de poser.

§2- Volonté individuelle et approbation majoritaire

806 Le référendum s'appuie sur les choix individuels exprimés lors de la votation qui sont ensuite additionnés pour former une éventuelle majorité. Les volontés individuelles alimentent donc le résultat de la votation référendaire et participent ainsi à la formation de la décision majoritaire ou non (A). Ceci ne va pas sans poser quelques difficultés d'articulation, sinon d'identification, entre le choix individuel exprimé et le résultat majoritaire obtenu. La décision adoptée par la majorité lie par principe la volonté individuelle ou la minorité dissidente. Pour autant, celle-ci est-elle dénuée de toute capacité de résistance (B) ?

A. La volonté individuelle dans le résultat référendaire

807 La volonté individuelle joue un double rôle dans la votation référendaire. Le vote traduit d'abord le choix individuel exprimé par chaque salarié (1). La somme des accords individuels forme ensuite le consensus majoritaire d'acceptation ou de refus du texte ou du projet soumis au référendum (2).

1. L'expression d'un choix individuel

808 Le vote référendaire s'adresse à chaque salarié de l'entreprise, lequel dispose alors d'un droit d'exprimer son adhésion ou son rejet au projet ou au texte présenté à consultation. Ainsi, le salarié est libre d'exprimer un choix qui aura en principe une incidence directe non seulement sur sa situation personnelle, mais sur l'ensemble de la collectivité de travail. Toutefois, ce choix ne peut en réalité se traduire que par *« une approbation ou un rejet en bloc »* [2102]. Les salariés ne sont en principe directement associés ni à une concertation préalable[2103], ni à d'éventuelles modifications postérieures. Ils doivent simplement exprimer un choix positif ou négatif sur un projet ou un texte d'accord. Pour ce faire, la volonté de chaque salarié doit pouvoir s'exprimer dans des conditions recevables.

809 En application de l'obligation générale d'information, la technique référendaire doit nécessairement s'inscrire dans une démarche préalable d'informations à l'initiative soit de l'employeur, soit des organisations syndicales, voire des deux acteurs réunis. Plus l'information sera précise, adaptée à ses destinataires et au contexte de la consultation, plus la volonté de chaque participant sera éclairée de façon satisfaisante. Sachant qu'il s'agit ici de sortir d'une logique purement individualiste (intérêt personnel), pour aller vers une logique collective tenant à l'intérêt du groupe social considéré.

[2102] M.A Souriac-Rotschild, art. préc . *« Regards sur le référendum »,* p 88 et suiv.

[2103] V.art. L.2232-27-1 du code du travail qui impose, dans son 3°), une concertation avec les salariés lorsque la négociation s'effectue entre l'employeur et les élus du personnel ou les salariés mandatés de l'entreprise.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

En outre, le vote référendaire se déroule dans le cadre des règles du droit électoral[2104]. La protection de l'expression libre et éclairée de chaque salarié, exempte de tout vice de consentement, doit être assurée. A cet égard,*« le vote à bulletin secret garantit l'autonomie de la volonté, menacée par la subordination »* [2105], mais aussi par toute pression émanant du groupe lui-même ou des représentants syndicaux.

810 La finalité et l'intérêt de la consultation référendaire peuvent avoir une incidence sur la volonté du salarié de participer ou non à la votation. Le niveau de participation des salariés à la consultation ainsi organisée constitue donc un facteur important. En effet, la technique référendaire n'a réellement de raison d'être qu'à travers la plus ample participation des salariés concernés. Ainsi, parce que le référendum de légitimation est porteur d'un enjeu démocratique dans l'entreprise et, partant, d'*« une forme d'affranchissement des salariés au regard de leur condition de subordonné, par une manifestation authentique de volonté rapportée à la conclusion d'un accord collectif »,* [2106] il tend à convaincre chacun d'y participer. La légitimation renforcée de l'accord collectif par le recours à l'approbation majoritaire des salariés réside ainsi dans un double phénomène : une identification plus forte des salariés aux signataires de l'accord collectif [2107] et une consolidation de la légitimité du ou des signataires de l'accord.

Par opposition, un référendum simplement consultatif pourra avoir un impact plus limité sur l'appétence des salariés à s'exprimer, en particulier s'il apparaît que le résultat escompté ne sera que la caution d'une décision extérieure déjà prise, même si elle vise la collectivité des salariés.

Reste que le rôle de la volonté individuelle dans le vote référendaire ne doit pas être réduit à l'alternative laissée à la réponse du salarié (assentiment ou dissidence à la question posée), mais confronté aussi à la décision adoptée par la majorité des salariés.

2. La formation du consensus majoritaire

811 Si les votes individuels expriment la décision de chaque salarié d'adhérer ou non au projet ou au texte soumis à consultation, ce n'est pas l'accord individuel de chaque salarié qui est ici sollicité pour former l'acte collectif, mais le consensus du plus grand nombre exprimé selon une procédure démocratique classique.

En effet, le référendum repose sur l'idée d'un « consensus » majoritaire. La majorité requise n'est pas pour autant l'unanimité. Ainsi, le référendum qui « *tend à réaliser la protection de l'intérêt collectif du groupe défini à travers la plus ample participation des individus »* [2108], suggère-t-il l'adhésion du plus grand nombre et implique-t-il nécessairement que la minorité représentant un intérêt individuel se plie à la décision adoptée par la majorité.

2104 Concernant notamment les modalités du scrutin, l'objet du scrutin, le vote par correspondance,…

2105 J. Barthélémy, *«Le référendum en droit social »,* Dr. soc. 1993 p 89 et suiv.

2106 G. Borenfreund : art. préc. *« Lidée majoritaire dans la négociation collective »,* p 429 et suiv.

2107 Ce qui constitue aussi une preuve de garantie d'adhésion à l'acte.

2108 S.Yannakourou, thèse préc. *« L'Etat, l'autonomie et les travailleurs »*.p 334 et suiv.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Dès lors, comme le souligne Madame S. Yannakourou [2109], si le référendum est une technique qui laisse libre le travailleur d'exprimer sa dissidence, son opposition, il limite aussi sa capacité d'auto-détermination. Au demeurant, comme lors de toute votation, on peut soutenir que l'acceptation de participer à un vote par référendum implique logiquement l'acceptation de la règle majoritaire en tant que processus de décision. En conséquence, il y a consentement implicite de chaque salarié à se plier à la décision majoritaire issue des urnes. La participation même des intéressés au référendum fait présumer l'acceptation de la décision majoritaire et, corrélativement, l'acceptation de la restriction de l'autonomie individuelle. Le texte ou l'accord approuvé par la majorité des salariés lors d'un référendum est, en principe, opposable aux salariés l'ayant refusé par leur vote individuel.

Toutefois, il faut distinguer la nature de la technique référendaire en cause pour déterminer le véritable pouvoir de la majorité sur la minorité et tracer les capacités de résistance éventuelles de la minorité dissidente.

B. Les capacités de résistance de la volonté individuelle face à la décision majoritaire

812 Cerner les capacités de résistance de la volonté individuelle face à la décision majoritaire pose principalement la question de ses effets et de son intensité. Au demeurant, la portée de la décision majoritaire dépend souvent de la nature juridique de la consultation référendaire.

Dans les hypothèses légales classiques de ratification d'une décision d'initiative patronale, l'expression de la majorité vaut accord collectif. En effet, le projet d'accord ou d'acte collectif ratifié par référendum à la majorité selon les dispositions légales applicables produit les effets équivalents à ceux d'un accord collectif obtenu suivant les modalités habituelles de la négociation collective. Ainsi concernant les régimes complémentaires de retraite et de prévoyance ratifiés à la majorité des salariés intéressés, la jurisprudence les assimile à de véritables *« accords d'entreprise établis dans l'intérêt de l'ensemble des salariés » .* Ces accords lient tous les salariés, y compris la minorité réfractaire, quand bien même ils modifieraient les conditions d'exécution du contrat de travail [2110], notamment en raison de la diminution de leur rémunération nette par prélèvement d'une cotisation salariale[2111]en contrepartie d'une couverture d'un risque dont la réalisation est pourtant aléatoire.

813 Certains auteurs[2112], se fondant précisément sur les accords de retraite et de prévoyance, y voient formellement et limitativement la reconnaissance ponctuelle de la personnalité morale de la collectivité du personnel apte à contracter directement avec l'employeur. La soumission de la minorité à la loi majoritaire s'imposerait techniquement du fait de la nécessaire solidarité qui distingue le régime d'un simple engagement de l'employeur**.** Une conception de nature «statutaire» semble ici primer. D'autres auteurs[2113], enfin, considèrent que les accords relatifs au régime de retraite complémentaire et de prévoyance et les accords de participation et d'intéressement ont une validité indiscutable fondée sur les textes qui les prévoient. Il s'agirait alors *«d'accords collectifs*

[2109] S.Yannakourou, thèse préc. *« L'Etat, l'autonomie et les travailleurs »*.p 334 et suiv.

[2110] Cass. Soc.05/01/84 , Dr. Soc. 1985 p 188 et suiv. Obs. J. Savatier.

[2111] Cotisation à laquelle s'ajoute celle de l'employeur .

[2112] J. Barthélémy, art. préc. *«Le référendum en droit social »,* p 89 et suiv.

[2113] Y. Chalaron ,traité préc. *« Négociations et accords collectifs d'entreprise »,* n° 160 .

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

par détermination de la loi». Ceci expliquerait l'opposabilité des accords à l'ensemble du personnel, donc y compris à la minorité récalcitrante, dès lors qu'ils ont été ratifiés selon les dispositions légales fixées. Ainsi, pour qu'une consultation référendaire des salariésproduise des effets de typenormatif, il faudrait que les dispositions qui en résultent soient qualifiées d'accord collectif. La loi ou la jurisprudence pourraient seules attribuer cette qualification[2114].

814 De façon saisissante, la loi du 10 août 2009 ne semble pas reconnaître, dans les hypothèses où elle l'admet, que l'approbation de la décision unilatérale de l'employeur par référendum des personnels concernés ait des effets similaires à ceux d'un accord collectif. La décision approuvée conserverait, semble-t-il, le caractère d'acte unilatéral. En effet, la loi prévoit expressément que lorsqu'un accord collectif est régulièrement négocié postérieurement à la décision unilatérale, cet accord s'applique dès sa signature en lieu et place des contreparties prévues dans cette décision[2115]. Ensuite, nonobstant une approbation majoritaire de la décision, seuls les salariés volontaires ayant donné leur accord écrit pourront travailler le dimanche[2116]. La décision approuvée par référendum n'a donc pas d'effets normatifs et impératifs à l'égard des salariés. En ce sens, le régime applicable à ce référendum légal se rapproche-t-il de celui concernant le référendum sur initiative patronale.

En effet, dans ce dernier cas, en principe licite[2117] , le référendum n'a pas les mêmes conséquences que celles reconnues aux modes légaux classiques de référendum. Le résultat, même très majoritaire, ne pourra être considéré ni comme un engagement des salariés, ni comme un accord collectif.Il s'agira au mieux d'un engagement unilatéral de nature collective de la part de l'employeur qui, seul, aura des obligations à sa charge, le salarié conservant la possibilité d'invoquer une modification du contrat de travail. L'engagement de la majorité n'engage pas ici la minorité. Au demeurant, l'employeur devrait s'assurer du consentement ou du refus de chacun, le vote ne permettant pas d'identification précise[2118]. Ainsi, paraît-il difficile d'envisager qu'un usage puisse être dénoncé par recours exclusif au référendum, c'est à dire selon une forme autre que celles définies par la jurisprudence la plus classique[2119]. Même si la Cour de cassation ne semble pas avoir exclu a priori la consultation directe du personnel dans le cadre de la suppression ou de la dénonciation d'un usage, elle en a strictement encadré les effets puisque le consentement

[2114] D. Boulmier, *«L'expression majoritaire des salariés de l'entreprise, lie-t-elle la minorité ? »* Chr. Semaine Sociale Lamy n° 873 p 5 et suiv.

[2115] Art.L.3132-25-3 al.4 du code du travail.

[2116] Art. L.3132-25-4 du code du travail. Sachant par ailleurs, que le salarié d'une entreprise bénéficiaire d'une autorisation de dérogation au repos dominical, conformément aux nouvelles dispositions légales, ne peut être ni sanctionné ni licencié en raison de son refus de travailler le dimanche, il ne peut faire non plus l'objet d'une mesure discriminatoire. Cette disposition est un garde-fou important pour les salariés.

[2117] Sauf s'il a pour objet d'écarter les délégués syndicaux de la procédure de négociation collective. Dans ce cas, le délit d'entrave peut être constitué.

[2118] M-A Souriac-Rotschild, art.préc. *"Regards sur le référendum",* p 88 et suiv.

[2119] Dénonciation opérée selon un délai de prévenance suffisant, s'accompagnant d'une double information , celle des représentants du personnel lorsqu'ils existent dans l'entreprise, et celle de chaque salarié pris individuellement.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

de chaque salarié [2120] est exigé, en l'absence de dénonciation régulière, nonobstant l'accord unanime dupersonnel.

De manière générale, le vote même majoritaire issu d'un référendum extra-légal ne peut donc être opposable sans porter atteinte à la spécificité et à l'indépendance de chaque source de règles, en particulier en cas de dérogation àla loi qui nécessite obligatoirement de passer par la conclusion d'un accord collectif ou dans l'hypothèse de la dénonciation ou de la révision d'une convention ou d'un accord collectif[2121] .

815 S'agissant du référendum de légitimation d'un accord collectif conclu avec des représentants des salariés, l'approbation majoritaire du personnel certifie la qualité de l'accord collectif et sa validité. Il paraîtrait donc cohérent que les salariés, quelle que soit l'expression individuelle de leur vote, soient liés par le résultat majoritaire du référendum, venant renforcer la légitimité du texte. Comme le soulignait le professeur G. Borenfreund [2122], le regain de légitimité des signataires de l'accord[2123], comme de l'acte lui-même, contribue à consolider la valeur normative de ce dernier et à donner une assise plus solide à l'effet « erga omnes ». Pour autant, plusieurs arguments paraissent militer en faveur de la préservation de la volonté minoritaire dissidente.

Le premier repose sur l'articulation entre les sources de droit que sont le contrat de travail et l'accord collectif. Le contrat de travail et l'accord collectif sont distincts. Qu'il y ait majorité ou non, cela ne saurait altérer ni l'effet impératif de l'accord collectif, ni les droits que le salarié tire de son contrat de travail dont il peut toujours se prévaloir s'il est plus favorable[2124]. Le contrat peut résister à l'accord collectif lorsque ce dernier est moins favorable[2125]. Dès lors, la prévalence du contrat de travail et de la volonté individuelle sur la norme collective, même majoritairement approuvée par la collectivité du personnel, devrait être sauvegardée lorsque le contrat individuel est plus favorable. S'il devait en être autrement, il faudrait admettre que le vote majoritaire donne mandat explicite aux négociateurs de modifier le contrat de travail des salariés. Position d'autant plus contestable que le référendum de légitimation n'existe plus désormais que pour les accords collectifs conclus par des salariés mandatés ou des représentants de la section syndicale.

816 Ensuite, il convient de souligner que le vote majoritaire et la volonté individuelle du salarié sont clairement dissociés dans la technique référendaire. La volonté individuelle n'est nullement anéantie par le résultat majoritaire. Soit elle s'intègre dans la loi majoritaire servant de base à la légitimation de l'acte collectif, soit cette même volonté s'oppose à

[2120] Cass.Soc. 23/10/91, JCP 1992 éd E 178. Etude J. Deprez. *«Le consentement des salariés à la remise en cause d'un usage d'entreprise non régulièrement dénoncé par l'employeur »,*Bull.civ. V n°440.

[2121] Cass. Soc. 13/05/82, Bull.civ. V n° 305 p 226. L'employeur ne peut , quel que soit le nombre de salariés qui ont accepté sa proposition, imposer à un salarié contre son gré, la modification des conditions de versement d'une prime prévue par accord d'entreprise.

[2122] Art. préc. »L'idée majoritaire dans la négociation collective », p 429 et suiv.

[2123] En l'occurrence, des organisations syndicales minoritaires.

[2124] On sait que la jurisprudence reconnaît le droit au salarié d'invoquer son contrat de travail pour résister à un accord collectif signé par des organisations syndicales représentatives (v supra Partie , Titre II, Chapitre II). En outre, les discussions soulevées au moment de l'adoption de la loi du 4 mai 2004 confirment que le principe de faveur applicable aux relations entre contrat de travail et accord collectif n'est pas remis en cause.

[2125] L'exception étant le licenciement sui generis en cas de refus par le salarié de passer aux 35 H dans le cadre d'un accord collectif à majorité renforcée (loi du 19/01/2000).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

la loi majoritaire et elle conserve ses qualités intrinsèques pour faire valoir les droits et la protection des intérêts minoritaires, à travers la résistance du contrat de travail. Conjuguer l'individuel et le collectif permet de favoriser la complémentarité, non la prévalence du second sur le premier.

Ainsi, quelle que soit la légitimité que supporte l'accord collectif, la comparaison avec le contrat de travail doit s'effectuer sous l'égide du principe de non-incorporation et au regard de l'intérêt individuel. Cette confrontation apparaît d'autant plus nécessaire que l'accord en cause entre dans le domaine du dérogatoire ou des accords dits de gestion, ou donnant/donnant, ou que celui-ci est conclu par des salariés mandatés.

817 En définitive, la volonté individuelle du salarié, en tant que source de validation de la norme collective, ne paraît pas connaître l'expansion qu'on aurait pu attendre d'un recours plus systématique à la technique référendaire. Néanmoins, l'analyse du droit positif révèle, non une faveur accrue, mais un intérêt plus grand, pour la participation directe des salariés à la définition de l'intérêt collectif et à la détermination des conditions de travail. La multiplication des enjeux attachés au droit de vote aux élections professionnelles atteste, d'une autre manière, le renforcement des prérogatives du salarié, membre du groupe. En effet, la fonction identitaire du groupe ou de la collectivité devrait être renforcée par les nouvelles règles de représentativité qui tendent à permettre un raffermissement de la légitimité des syndicats et un recentrage tangible du paysage syndical sur la collectivité considérée. La volonté individuelle de chaque salarié pourrait trouver ainsi à s'exprimer davantage et à se mobiliser pour l'intérêt du collectif.

Conclusion Titre III

818 L'empreinte de la volonté du salarié dans les droits collectifs a toujours été patente mais elle semble aujourd'hui s'épaissir et s'étendre de manière plus significative encore. Il est vrai que la prise en compte du salarié, membre du groupe, ne peut faire abstraction de sa qualité de sujet doté d'une volonté et d'intérêts propres.

819 Les prérogatives qui sont octroyées à chaque salarié par l'ordre juridique, lui permettent non seulement d'assurer un certain pouvoir sur ses actes mais aussi d'être acteur à part entière de la collectivité du personnel. Ainsi, la décision d'adhérer ou non au syndicat de son choix et celle de participer à un mouvement de grève sont-elles, classiquement, considérées comme de nature à forger, au profit de chaque salarié, une part d'auto-détermination dans l'action collective.

Qui plus est, d'autres prérogatives apparaissent, ou se trouvent renforcées. Ainsi, en est-il, du droit de vote aux élections professionnelles, en raison des nouvelles fonctions assignées à ces élections. Le choix de chaque salarié, exprimé par son vote, va désormais bien au-delà de la simple désignation de ses représentants.

820 Loin d'émietter le collectif ou d'ériger un individualisme « désolidarisant », placer la volonté du salarié au cœur de la consolidation du lien collectif ou dans le processus de validation de la norme collective, participe à une interaction profitable entre la collectivité et ses membres et favorise un rapprochement salutaire avec les acteurs collectifs, en particulier syndicaux. Ce mouvement pourrait même être renforcé par les nouvelles dispositions légales portant refonte de la démocratie sociale, nonobstant les inévitables difficultés techniques qui ne manqueront pas d'apparaître. Il pourrait aussi se poursuivre dans l'avenir, en profitant de cette nouvelle impulsion, pour améliorer la concordance d'action entre volonté du salarié et collectivité, voire même favoriser une

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

synergie entre démocratie participative et démocratie sociale. De telles perspectives semblent correspondre, en outre, à l'évolution contemporaine des attentes des salariés.

Plus largement encore, l'autonomie collective pourrait gagner en vitalité, en reconnaissant une véritable place au salarié, individu et membre de la collectivité du personnel, en lui permettant de manifester sa volonté propre, par une participation plus étroite, à la détermination des normes collectives dont il est destinataire.

Conclusion de la Partie II

821 Mesurer la place éventuelle de la volonté du salarié sur le terrain du pouvoir de l'employeur était l'enjeu majeur de cette seconde partie. Nous avions d'emblée perçu le paradoxe de l'étude, tant la volonté du salarié, travailleur subordonné, apparaît en retrait face aux pouvoirs reconnus à l'employeur. Or, retrait de la volonté ne signifie pas abdication mais distance. Le salarié ne se départit pas totalement de sa volonté face au pouvoir. En effet, l'emprise du pouvoir de l'employeur subit nécessairement une double limite. D'abord, celle touchant à l'étendue de la soumission du salarié qui ne peut jamais être absolue; ensuite, celle concernant les conditions même d'exercice du pouvoir, son encadrement par le droit.

Au-delà encore, les tendances majeures de l'évolution contemporaine du droit du travail font apparaître un mouvement en faveur d'une certaine émancipation de la volonté du salarié sur le terrain du pouvoir de l'employeur. En premier lieu, la production normative tend de plus en plus à accorder au salarié des prérogatives individuelles dans l'organisation et l'exécution du travail mais aussi à reconnaître des droits collectifs exercés individuellement par chaque salarié en tant que membre de la collectivité du personnel. Ces droits contribuent sans nul doute à majorer la capacité objective de décision et d'action du salarié face au pouvoir de l'employeur. Sous un autre angle, le droit positif recourt de façon plus ferme aux droits fondamentaux et libertés de la personne du salarié au temps et au lieu de travail. Cette nouvelle donnée modifie le rapport subordonné / détenteur du pouvoir, en préservant un espace pour la personne du salarié.

Mais peut-on réellement parler d'émancipation de la volonté du salarié ? Celle-ci est-elle plus apte aujourd'hui qu'hier à produire des effets juridiques opposables à l'employeur ? La réponse ne peut être que nuancée.

822 Les droits nouveaux dont le salarié est titulaire et les capacités originales dont il bénéficie lui permettent, plus qu'auparavant, de s'extraire momentanément du lien de subordination et du pouvoir, même aux temps et lieu de travail. Ce mouvement d'autonomie semble désormais ancré dans le droit du travail. En outre, la volonté du salarié dans les droits collectifs s'affirme plus nettement, ce qui permet une interaction entre les membres d'une même collectivité ayant des intérêts communs et favorise le resserrement les liens de solidarité.

Il reste que l'espace d'émancipation de la volonté du salarié, s'il va croissant, demeure encore modeste. L'exercice des droits individuels du salarié n'est pas sans limites et ne dépend pas toujours de la seule initiative du salarié. Les droits et libertés de la personne sont mis en balance, quant à eux, avec la nécessité de protéger l'intérêt de l'entreprise. Reste aussi que certaines prérogatives accordées au salarié en tant membre du groupe,

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

demeurent circonscrites à des situations ciblées, en raison notamment des enjeux de la négociation collective et du rôle des acteurs collectifs.

Ces réflexions invitent finalement à s'interroger sur l'opportunité de repenser le rôle et la place de la volonté du salarié, non en filigrane de quelques évolutions normatives, mais à l'intérieur d'un véritable projet de valorisation.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Conclusion générale

823 Dans l'introduction de cette recherche, l'hypothèse avait été émise d'un affermissement du rôle et de la place de la volonté individuelle du salarié dans le rapport de travail.

Au moment de conclure, il est temps de dépasser cette intuition première et de dégager, sinon des certitudes – souvent difficiles dans une branche du droit aussi mouvante que le droit du travail- du moins quelques enseignements et perspectives.

A l'aune de cette recherche, la volonté individuelle du salarié, longtemps réduite à une fiction, ou du moins fortement bridée, semble gagner en intensité et en visibilité au sein du droit du travail et du rapport d'emploi. On observe, en effet, que le droit positif favorise une prise en compte plus systématique et plus radicale de cette volonté sur le terrain du contrat de travail comme sur celui du pouvoir.

Ceci ne signifie pas pour autant que le droit du travail soit mû par un véritable projet global et méthodique de renforcement de la place et du rôle de la volonté du salarié dans le rapport d'emploi. Il s'agit plutôt d'un mouvement d'affermissement, qui se dessine par une série de glissements, par touches successives et progressives, en relief d'une configuration générale du droit du travail traditionnellement fondée sur la protection du salarié, partie faible au contrat, et sujet soumis au pouvoir de l'employeur.

Le diagnostic posé aujourd'hui ne peut donc être qu'en demi-teinte, mêlant étroitement faveur et suspicion, valorisation et protection de la volonté du salarié.

824 La définition de la volonté, proposée dans l'introduction, consistait en une « aptitude à décider ou agir, accepter ou refuser, reconnue par le droit à une personne physique, sujet de droit, en vue de produire des effets de droit ». Etait ainsi identifiée une volonté dotée d'une intentionnalité juridique et apte à produire des effets juridiques. Or, parce que le droit du travail se fait souvent l'écho des valeurs de la société contemporaine, qu'il s'agisse de l'idée d'autonomie, de l'émergence d'attentes individualistes ou de la revendication de droits et libertés de la personne, il existe des risques d'égarement sur ce qui peut constituer ou non des actes volontaires du salarié.

Ainsi, un renforcement de l'autonomie de gestion du salarié dans son travail ou un appel croissant au volontariat ne signifient-il pas nécessairement une valorisation de la volonté du salarié mais peuvent, au contraire, cacher une subordination d'une autre nature. Sous un autre angle, le recours accru à la figure du contrat de travail ne participe pas forcement au renforcement corrélatif du rôle de la volonté du salarié, lorsque son contenu et ses modalités sont préétablis par le législateur ou prédéfinis par le juge, voire par les acteurs collectifs.

825 La volonté suppose donc un domaine d'exercice reconnu et protégé par le droit, par le biais de prérogatives et droits individuels dont le salarié est titulaire et qui lui confèrent une certaine liberté, une faculté de choix, un pouvoir d'agir, une sphère d'activité. Dans ce sens, il est indéniable que le droit du travail a entrepris une rénovation majeure fondée essentiellement sur une large prise en compte de la personne concrète du salarié.

Tout d'abord, par le biais du contrat, le salarié affirme, plus largement que naguère, sa figure de cocontractant. Le rapport contractuel de travail s'imprègne d'une mesure de raisonnable et d'équilibre. Le droit du salarié d'accepter ou de refuser une modification du

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

contrat de travail à l'initiative de l'employeur illustre aussi une reconnaissance de sa volonté sur le terrain contractuel. De même, et en dépit de certaines critiques, le droit de la rupture du contrat de travail élargit objectivement les modes de rupture unilatérales sur initiative du salarié ou d'un commun accord avec l'employeur.

Ensuite, sur le terrain du pouvoir de l'employeur, le salarié bénéficie d'espaces de choix accrus. L'exercice de droits propres dans l'organisation de l'activité productive ou l'exécution individuelle du travail favorise ainsi une capacité objective de décision ou d'action du salarié face au pouvoir.

826 Mais le mouvement d'affermissement de la volonté du salarié s'appuie aussi sur deux autres aspects plus originaux et inattendus. Le premier a trait à la reconnaissance du salarié en tant que personne détentrice de droits fondamentaux et libertés. Reconnaître à la personne du salarié, dans le cadre de la relation de travail, une valeur et une dignité intrinsèques qui lui permettent d'exprimer une volonté libre, va au-delà de la simple affirmation de ses droits et devoirs. C'est dire aussi que la personne préexiste à la qualité de salarié et, qu'en tant que telle, elle doit être protégée et respectée, sans jamais pourvoir être anéantie par la subordination. Partant, c'est contenir les effets du pouvoir de l'employeur. Le second aspect concerne le renforcement de la place de la volonté individuelle du salarié dans la dimension collective du rapport de travail. Cette évolution n'allait pas de soi, pour des raisons à la fois historiques et culturelles tenant à l'institutionnalisation d'acteurs collectifs dans l'entreprise. Pourtant, la volonté du salarié a trouvé une place complémentaire aux côtés de ces derniers. Elle se manifeste aussi bien dans l'exercice individuel de droits collectifs, que pour servir une finalité à destination collective et un intérêt collectif. S'affirme ainsi plus radicalement la qualité de membre de la collectivité du personnel à laquelle le salarié appartient.

Naturellement, des pans entiers du droit du travail demeurent fermés à la volonté du salarié. Qui plus est, même lorsqu'elle est reconnue, la volonté du salarié subit inévitablement les limites de l'ordre public et des arbitrages tenant au contrat ou au pouvoir.

827 Le droit du travail pourrait-il aller plus loin dans la valorisation de la volonté du salarié, à supposer qu'un mouvement général converge en ce sens?

Une telle entreprise nécessiterait certainement une refondation du droit du travail, construit sur une défiance structurelle à l'égard de la volonté du salarié, en tant que travailleur subordonné. Dès lors, cette démarche devrait nécessairement s'accompagner d'une mise en cause du lien juridique de subordination qui a pour effet, on l'a vu tout au long de cette étude, d'entraver la volonté du salarié.

Sortir de l'idée soumission ou de subordination juridique du salarié à l'égard de l'employeur, supposerait à tout le moins de projeter un nouveau modèle de relations juridiques entre les deux parties, qui serait alors fondé sur l'égalité des parties, sorte d'«affectio societatis»[2126]. Mais, si une telle évolution juridique peut susciter l'intérêt de la prospective, elle reste rebelle à la conceptualisation, en raison essentiellement de la pluralité des situations de travail et de la diversité des rapports de travail que l'on rencontre aujourd'hui.

Ainsi, d'autres voies sont expérimentées[2127], en particulier pour tenir compte des conditions spécifiques de travail de certains travailleurs, jouissant d'une très large

[2126] Art. 1832 du code civil.

[2127] Des expériences de nature diverse, introduisant d'autres aspects que la subordination classique, existent déjà. Qu'il s'agisse notamment du portage salarial (art.L.1251-64 du code du travail), du travail à temps partagé (ar.L.1251-1 du code du travail),

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

autonomie fonctionnelle, en vue de leur assurer le bénéfice ou le maintien de la protection attachée au statut du salarié. Sous un angle différent, des études ont été également engagées[2128], afin de régler le régime juridique de situations de travail présentant des caractères, sinon de similitude, du moins de mitoyenneté, entre travailleur économiquement dépendant et travailleur subordonné[2129].

828 Ces orientations sont néanmoins significatives de la direction désormais poursuivie par le droit objectif : assurer une majoration de la volonté du salarié dans le cadre d'une relation du travail plus égalitaire et préserver le socle protecteur des règles d'ordre public. Il ne peut y avoir, en effet, de volonté effective, sans liberté concrète de choix et de décision dans un espace donné.

En définitive, plutôt que d'investir une refondation sociale et normative bien hypothétique à ce jour, le droit du travail s'engage, semble-t-il, sur la voie d'une valorisation progressive de la volonté du salarié dans la relation du travail, qui fait figure, d'ores et déjà, de réponse aux nouvelles données contextuelles et en particulier, aux attentes d'une « subordination modérée ». Elle oblige à ne plus envisager le rapport d'emploi uniquement en termes de soumission, et à s'interroger sur les mécanismes propices à une liberté et une capacité volitive renforcées du salarié.

On sera porté à penser que la valorisation de la volonté du salarié, loin d'annoncer la fin du salariat, pourrait être au contraire l'occasion d'une forme de renaissance.

du contrat à durée déterminée à objet défini dit de projet (Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 sur la modernisation du marché du travail), voire même de l'auto- entrepreneur (Loi n° 2008-776 du 04/08/2008 sur la modernisation de l'économie) qui favorise l'idée de créer son propre travail (v. *« 1 er mai : fête du travail….non salarié ? »* J-E Ray, Liaisons sociales Magazine, n°102, mai 2009, p42).

2128 PH. Antonmattei, J-C Sciberras, *« Rapport à Mr le Ministre du Travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité »,* nov. 2008, notamment p 8 et suiv. D'autres analyses et propositions ont été faites, par le passé, notamment « l'état professionnel » de A. Supiot, *« Au-delà de l'emploi, transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe »*, Flammarion 1999 ; la « parasubordination » de J. Barthélémy «*Parasubordination »*, les Cahiers du DRH, mai 2008, p 27. ; le « professionnel ou le travailleur autonome »,objet de certaines expériences européennes (notamment en Espagne) ou de propositions syndicales (Cadres CFDT, avril 2001).

2129 Créer, comme il est proposé, une nouvelle catégorie juridique sans modifier la frontière entre salariés et travailleurs indépendants, entre subordination juridique et dépendance économique, laisse cependant présager, pour l'avenir, quelques difficultés de tracé de frontière. V. notamment, C. Giraudet, *« Le rapport Antonmattéi-Sciberras sur la protection du travailleur économiquement dépendant »,* in « Les périmètres du droit du travail »,Colloque organisé par l'Equipe de recherche en droit social de l'IETL de Lyon 2 et celle du CERCRID de Saint-Etienne, 16 et 17/10/2009.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Bibliographie

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Ouvrages généraux, Traités	
H.	Batiffol, *« La philosophie du droit « ,* PUF 10ème ed. 1997.
G-H.	Camerlynck, *« Le contrat de travail»,* Dalloz Paris 2ème ed 1982., 726 p
J.	Carbonnier, « *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* », LGDJ 1988, 6ème ed.
J.	Carbonnier*," Droit civil - Les obligations »,* Thémis , 22ème éd. 2000, t. 4,.
Y.	Chalaron, « *Négociations et accords collectifs d'entreprise* », LITEC 1990.
R.	Demogue, « *Traité des obligations en général* » Arthur Rousseau, t.6, 1931.
M.	Despax , « *Conventions collectives* », Dalloz 1966.
P.	Durand, A. Vitu *« Traité de droit du travail »* Dalloz 1950 , t.II.
P.	Durand, *Traité de droit du travail*, avec le concours de R.Jaussaud et A.Vitu, Dalloz 1947, t.I et II,,
F.	Favennec-Hery et P-Y Verkindt, « *Droit du Travail »,* LGDJ 2ème ed 2009.
F.	Favennec-Hery, *« Le travail à temps partiel »,* LITEC, Pratique Sociale, 1997.
F.	Gaudu et R.Vatinet, *« Les contrats de travail »,* traité des contrats, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ 2001 .
J.	Ghestin*, «Le contrat : formation »,* LGDJ 3ème ed 1993.
G	Gorla , « *Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien* » , Edition de l'Institut Universitaire d'Etudes européennes, 1958.
M.	Grévy, *« La sanction civile en droit du travail »,* LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2002.
A	Jeammaud, J.Pélissier,A.Supiot *« Droit du Travail »* Précis Dalloz, 24ème ed. 2008.
C.	Larroumet, *« Les obligations. Le contrat »* Droit civil Tome 3, Ed. Economica 2007, 6ème éd.
J.	Le Goff *"Du silence à la parole.Une histoire du droit du travail",* Presses Univ. de Rennes, 2004.
J.	Le Goff, «*Droit du Travail et Société- 1. Les relations individuelles du travail* », PUF 2001,
J.	Le Goff. ,*« Droit du travail et Société-II. Les relations collectives* « , PUF 2001.
A.	Lyon-Caen et G. Lyon-Caen, « Droit social international et européen », Dalloz 8ème ed 1993.
G.	Lyon-Caen, *« Le salaire »,* Dalloz, 2ème éd 1982, 498 p.
Ph.	Malaurie, *« L'ordre public et le contrat »,* ed. Matot-Braine, 1953
V.	Renouil, «*L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept* », PUF 1980.
J-F.	Renucci, *« Droit européen des droits de l'homme »,* LGDJ 1999.
G.	Ripert, « *La règle morale dans les obligations civiles* », LGDJ 1949 4ème ed 1998.
H.	Roland - L. Boyer, *"Introduction au droit"* Litec 2002.
R.	Saleilles, «*De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand* », Pichon 1901.
G.	Scelle *« Précis élémentaire de législation industrielle »,* Les contrats de travail. Paris Sirey 1927
G.	Scelle, *« Le droit ouvrier »,* A.Colin 2ème ed 1929.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Liste des principales abréviations

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

al.	Alinéa
anc.	Ancien
ANI	Accord national interprofessionnel
Arch.ph.dr.	Archives de philosophie du droit
arr.	Arrété
art. Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
Bull.crim.	Bulletin criminel de la Cour de cassation
CA.	Cour d'appel
Cass. Civ.	Arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Soc.	Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation
Ch. Mixte	Arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. Réun.	Arrêt rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation
C.E.	Arrêt du Conseil d'Etat
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire administrative
CIJ	Arrêt de la Cour Internationale de Justice
CJCE	Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes
Cons.Const.	Décision du Conseil Constitutionnel
CSBP	Cahiers sociaux du barreau de Paris
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz
D. d.	Décret
Doct.	Partie « Doctrine » de certaines revues
Dr.ouv.	Droit ouvrier
Dr. Soc.	Revue du Droit social
éd.	Edition ou nom de l'éditeur (selon le contexte)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
In	Dans
Infra	Ci-dessous
I.R.	Informations rapides du Recueil Dalloz
JCl	Jurisclasseur
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
JCP E.ou S.	Jurisclasseur périodique édition « Entreprise » ou « social »
J.O. JORF	Journal officiel de la République Française
JOCE	Journal officiel de la Communauté européenne
Jp	Jurisprudence
L. n°	Loi suivie du numéro de loi et de la date de sa promulgation au Journal Officiel
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Liais.soc.	Liasons sociales
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
o. ord.	Ordonnance
Obs.	Observations
Préc.	Précité
PUF	Presse Universitaire de France
Rec. CE.	Recueil du Conseil d'Etat (dit Recueil « Lebon »)
Rép. Trav.	Répertoire du droit du travail Dalloz
Rev. Dr. Soc.	Revue du droit social
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RTD Rev. Tr. Dr. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Sirey)
S.	Recueil Sirey
Sem. Jur.	La semaine juridique
Somm.	Sommaires de jurisprudence
Supra	Ci-dessus
V.	Voir

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - GOURVES épouse BARBIER Martine Danielle - Université Lyon 2 - 2010