

Le pouvoir patronal de direction

Thèse pour le Doctorat en Droit
soutenue publiquement

par

Françoise VARCIN

Jury - Antoine JEAMMAUD, Professeur à l'Université Lumière – Lyon 2 Directeur de la recherche -
Jean-Marc BÉRAUD, Professeur à l'Université Lumière – Lyon 2 - Emmanuel DOCKÈS, Professeur à
l'Université de Bourgogne - Maurice GAILLARD, Professeur à l'Université Lumière – Lyon 2 - Marc
VÉRICEL, Professeur à l'Université Jean Monnet de Saint-Etienne

Table des matières

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS .	1
Introduction . .	3
PREMIERE PARTIE : L'EXISTENCE DU POUVOIR PATRONAL DE DIRECTION .	9
TITRE I : LES FONDEMENTS DU POUVOIR PATRONAL DE DIRECTION . .	9
Chapitre I : Les représentations de l'entreprise . .	12
Chapitre II : Les assises normatives du pouvoir patronal de direction .	22
TITRE II : LA TITULARITE DU POUVOIR DE DIRECTION . .	36
Chapitre I : L'identification de l'employeur . .	38
Chapitre II : La détention du pouvoir de direction .	48
Conclusion de la première partie .	59
DEUXIEME PARTIE : TENEUR DU POUVOIR PATRONAL DE DIRECTION . .	61
TITRE I : LES ATTRIBUTS DU POUVOIR PATRONAL DE DIRECTION .	61
Chapitre I : Le pouvoir de direction <i>économique ou de gestion</i> . .	62
Chapitre II : Le pouvoir de direction des personnes .	67
TITRE II : L'ENCADREMENT DU POUVOIR PATRONAL DE DIRECTION .	80
Chapitre I : Les limites des modalités <i>d'exercice du pouvoir de direction</i> . .	82
Chapitre II : Le contrat de travail, <i>limite du pouvoir de direction</i> .	127
Conclusion de la deuxième partie . .	138
TROISIEME PARTIE : CONTRÔLE EXTERNE UN POUVOIR PATRONAL DE DIRECTION . .	141
TITRE I : LE CADRE DU CONTRÔLE DU POUVOIR DE DIRECTION . .	143
Chapitre I : La compétence administrative .	143
Chapitre II : La compétence judiciaire .	150
TITRE II : L'INTENSITE DU CONTRÔLE . .	168
Chapitre I : Les acquis du droit positif .	169
Chapitre II : La problématique du contrôle au regard de l'intérêt de l'entreprise . .	185
Conclusion de la troisième partie .	204

CONCLUSION GENERALE .	207
BIBLIOGRAPHIE . .	213
I – Ouvrages généraux, traités, manuels. . .	213
II – Ouvrages spéciaux, thèses, rapports. . .	214
III - Articles, chroniques, notes, observations, rapports, conclusions de jurisprudence. . .	216
INDEX ALPHABETIQUE (Les chiffres renvoient aux numéros des développements et non aux pages) . .	225
A. . .	225
C. . .	226
D. . .	228
E. . .	229
F. . .	230
G. . .	230
H. . .	230
I. . .	230
L. . .	231
M. . .	232
N. . .	233
O. . .	233
P. . .	233
R. . .	234
S. . .	235
T. . .	236
U. . .	236
V. . .	236

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Cass. Ass. Plen. : arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Chambre civile de la Cour de cassation.

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

Cass. Soc. : Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Cons. Const. : Conseil constitutionnel.

CSBP : Cahiers sociaux du barreau de Paris.

D. : Dalloz.

Dr. ouvrier : Droit ouvrier (revue juridique CGT).

Dr. soc. : Droit social.

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

JOCE : Journal officiel des Communautés européennes.

J.O. : Journal officiel.

JCP : Jurisclasseur périodique (semaine juridique).

éd. E., éd. entreprise.

éd. G., éd. générale.

JSL : Juris sociale Lamy.

Liaisons soc. : Liaisons sociales.

obs. : observations.

RJS : Revue de jurisprudence sociale.

RPDS : Revue pratique de droit social.

Somm. : sommaire

t. : tome.

Introduction

1. Le terme "pouvoir" connaît plusieurs acceptions. Il peut être entendu comme la capacité de faire quelque chose, comme le droit d'agir d'une personne sur autrui ou sur une chose. Ainsi, dans le langage courant, le pouvoir désigne-t-il **"toute maîtrise de fait"**¹. En sociologie, le pouvoir est conçu comme la capacité d'un individu de réaliser sa volonté **"en amenant ou contraignant d'autres personnes à agir en conformité avec cette volonté ou ces désirs"**². Les "ressources"³ du pouvoir sont multiples, force physique, tradition, charisme, droit. Dans les sociétés modernes, le droit est sans doute le mode principal de légitimation du pouvoir.

Pour les juristes, le pouvoir est une catégorie juridique particulière. M. E. Gaillard le définit comme une prérogative juridique finalisée⁴. Ainsi, contrairement au droit subjectif, le pouvoir est orienté vers un but, il est tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire⁵. Selon cette définition, le

¹ E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, p.7.

² J.G. Belley, J.A. Carty, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition, LGDJ, 1993, p.466

³

⁴ E. Gaillard, *op. cit.*, p.138, n°214.

⁵ E. Gaillard, *op. cit.*, p.150, n°235

pouvoir patronal devrait donc être exercé dans l'intérêt de l'entreprise.

2. Le pouvoir est au cœur du fonctionnement de l'entreprise comme de toute société. À l'heure où tant d'écrits nous invitent à reconsidérer la place du travail, il n'est pas indifférent de constater à quel point entreprise et société ont partie liée, à quel point les évolutions de l'une jouent un rôle déterminant dans les évolutions de l'autre.

S'interroger sur le pouvoir patronal conduit donc à réfléchir sur le système d'organisation de la société. Le thème du pouvoir patronal est indissociable du débat idéologique sur les valeurs qui doivent prévaloir dans celle-ci. Cet affrontement idéologique ne pourra être ignoré dans le présent travail même si celui-ci s'attache avant tout à analyser les techniques juridiques qui assurent et entourent l'exercice du pouvoir patronal.

Le pouvoir patronal est aujourd'hui un objet d'étude pour diverses disciplines. Philosophes, sociologues, historiens, économistes et juristes analysent, sous des angles différents, l'existence et les manifestations du pouvoir patronal. L'ambition de ce travail est limitée à l'approche juridique. Il s'attache plus spécialement au pouvoir patronal de direction.

3. En tant que pouvoir économique, celui-ci est aujourd'hui au centre des préoccupations de la société. Les décisions économiques des employeurs, notamment les grandes sociétés, par les conséquences sociales qu'elles peuvent avoir, sont l'objet de toutes les attentions. La presse, et pas seulement la presse spécialisée, fait un large écho aux restructurations de toutes sortes qui affectent les entreprises et qui entraînent souvent des effets néfastes pour l'emploi. Ainsi, Michelin était-il sous les feux de l'actualité au deuxième semestre de l'année 1999 avec l'annonce d'un plan social concernant 7500 salariés malgré des profits en hausse. Fusions et acquisitions sont devenues courantes et, récemment, c'est le secteur bancaire qui s'est trouvé confronté à cette éventualité avec l'offre publique d'échange lancée par la BNP. La politique de réduction des effectifs menée par des entreprises saines au nom de l'impératif de compétitivité est, soit considérée comme inéluctable face à la mondialisation de l'économie, soit décriée et combattue au nom d'une nécessaire humanisation de l'économie. Cette recherche de maximisation du profit est amplifiée par le développement des investisseurs institutionnels dont on constate aujourd'hui la montée en puissance⁶. Ceux-ci défendent la doctrine du "gouvernement d'entreprise" qui vise à restaurer le pouvoir des actionnaires au sein des sociétés. Les investisseurs institutionnels ont pour seul but l'enrichissement des actionnaires. Leur pouvoir économique est considérable.

En France, en 1998, ils détiennent environ 33% des sociétés cotées au CAC 40⁷. Ces investisseurs institutionnels, représentés notamment par les fonds de pensions, génèrent une insécurité accrue dans la gestion de l'entreprise dans la mesure où ils incitent à transférer les risques normalement supportés par l'actionnaire sur l'entreprise.

⁶ Voir E. Izraclewicz, *Le capitalisme zinzin*, Ed. Grasset, 1999, 283 pages (L'auteur démontre notamment la prise de pouvoir des investisseurs institutionnels à Wall Street).

⁷ A. Maréchal, *Les critères d'investissement des grands gestionnaires de fonds internationaux dans les entreprises françaises*, Bull. COB, mars 1998, p.4, n°322.

L'entreprise donne mandat de gestion des fonds à différents types de gestionnaires. Ceux-ci ont l'obligation d'obtenir le rendement financier le plus élevé possible. Si le droit d'obtenir un revenu de la détention des actions est assuré, en revanche, le droit de vote dans les organes sociaux de la société revient au gestionnaire. Ainsi, le pouvoir économique appartient-il à ces gestionnaires et non aux salariés.

Les techniques financières utilisées pour extraire la valeur dégagée par l'activité de l'entreprise, font supporter les risques de l'actionnaire à l'entreprise. En effet, ces gestionnaires anticipent les excédents que l'entreprise devrait dégager et les actualisent pour obtenir la valeur actuelle des flux de revenus futurs anticipés. Par le rachat d'actions ou le paiement des dividendes en numéraire, les investisseurs institutionnels peuvent exiger le versement de ces excédents futurs. Pour cela, l'entreprise devra au moins réaliser le niveau d'excédents anticipés et transférera à son tour le risque sur ses sous-traitants et ses salariés. Ces investisseurs sont guidés exclusivement par une logique de profit au détriment des besoins de l'entreprise.

4. Le rôle de ces gestionnaires institutionnels et la doctrine juridique qu'ils soutiennent suscitent à une abondante littérature⁸. Cependant, la place de ces investisseurs dans la société commerciale, si elle n'est pas sans incidence sur la gestion des entreprises, ne concerne pas directement la problématique du pouvoir patronal de direction mais le pouvoir de contrôle des actionnaires sur les dirigeants.

La doctrine du gouvernement d'entreprise renouvelle le débat sur les modes de dévolution et l'exercice des pouvoirs au sein de la société mais n'affecte pas directement le régime du pouvoir patronal de direction. C'est un débat interne à la personne de l'employeur. Ce n'est donc que de manière incidente que sera abordé le rôle des investisseurs institutionnels.

Par ailleurs, l'entreprise est un lieu décisif de l'évolution des rapports sociaux. Le rapport des individus à l'emploi structure les relations au sein de la société. Aujourd'hui, les formes d'emploi se caractérisent par leur hétérogénéité. Le rapport salarial fordiste a cédé la place à une différenciation des formes d'emploi⁹. Aussi, certaines politiques patronales de direction des personnes, avec la précarisation du travail, la multiplication des statuts différents, favorisent-elles l'individualisme, la mise en concurrence des salariés et par conséquent le développement d'une société éclatée.

5. Les enjeux économiques et l'évolution des rapports sociaux qui sont au cœur de l'entreprise dépassent donc largement son cadre. Pourtant, le code du travail ne consacre pas expressément le pouvoir patronal. S'il a pour objet d'encadrer et de limiter son exercice, jamais il ne le définit. Il convient dès lors de se référer à la doctrine pour approcher cette notion. Classiquement, celle-ci reconnaît trois pouvoirs distincts à l'employeur : le pouvoir de direction, le pouvoir réglementaire et le pouvoir disciplinaire¹⁰.

⁸ A. Couret, *Le gouvernement d'entreprise*, La corporate governance, D. 1995, Chr., p.163 ; P. Le Cannu, *Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions*, Bull. Joly, 1995, p.637 ; N. Dion, *Corporate Governance et sociétés françaises*, Dr. Sociétés, 1995, p.1.

⁹ J. L. Beffa, R. Boyer, J.P. Touffut, "Les relations salariales en France : Etat, entreprises, marchés financiers", note de la Fondation Saint Simon, 1999, Juin, n°107.

Le pouvoir de direction est l'essence du pouvoir patronal. De ce pouvoir dérivent les pouvoirs normatif et disciplinaire. Le pouvoir normatif se traduit notamment par l'élaboration par l'employeur du règlement intérieur.

D'autres règles patronales peuvent également produire des effets sur les salariés. Il peut s'agir par exemple des dispositions unilatérales accordant un avantage dans l'entreprise. Quant au pouvoir disciplinaire, il habilite l'employeur à sanctionner un salarié qui a commis une faute. Depuis la réforme de 1982, les sanctions susceptibles d'être prononcées par l'employeur doivent figurer dans le règlement intérieur. Pouvoir normatif et pouvoir disciplinaire de l'employeur seront parfois évoqués au cours de ce travail tant ils sont imbriqués avec le pouvoir de direction. Par exemple, le pouvoir d'organisation de l'entreprise, qui est l'une des manifestations du pouvoir de direction, ne peut être abordé sans évoquer le règlement intérieur. De même, prononcer le licenciement pour faute d'un salarié participe du pouvoir de sanction de l'employeur mais également de son pouvoir de direction qui a pour finalité d'assurer la bonne marche de l'entreprise.

6. Le contenu du pouvoir de direction diffère selon les auteurs. Certains le présentent comme le pouvoir de direction des salariés¹¹, un "pouvoir général de commandement"¹² alors qu'il est, pour d'autres, le pouvoir économique, la liberté d'opérer les choix économiques et technologiques¹³. Parfois pouvoir de direction des personnes et pouvoir de gestion sont liés¹⁴.

C'est cette dernière conception du pouvoir de direction que nous retiendrons. En effet, la gestion d'une entreprise conduit à reconnaître deux prérogatives distinctes à l'employeur : un pouvoir de direction économique et un pouvoir de direction des personnes. Certes, ces deux branches du pouvoir de direction sont étroitement liées dans la mesure où les décisions patronales d'ordre économique affectent souvent la situation des salariés. Ainsi, la modification des outils de production entraînera-t-elle celle des fonctions des salariés. Cependant, la direction des salariés, si elle s'inscrit dans une stratégie économique globale, se manifeste par des mesures visant directement les salariés. Il y a deux niveaux de décisions : la décision stratégique générale et celle qui s'adresse à une personne ou un groupe de personnes défini. La première relève du pouvoir de gestion alors que la seconde ressortit du pouvoir de direction des personnes.

L'étude du pouvoir patronal de direction dans les ouvrages généraux de droit du

¹⁰ B. Teyssié, *Droit du travail*, 2^e éd., Paris, Litec, 1993, p.176 ; G. Couturier, *Droit du travail*, 2^e éd., PUF, 1993, Tome 2, p.49, n°16 ; G. Lyon-Caen, J. Pélissier, A. Supiot, *Droit du travail*, 19^e éd. Dalloz, 1998, p.833 ; M.F. Mialon, *Les pouvoirs de l'employeur*, LGDJ, 1996, p.67.

¹¹ B. Teyssié, *Droit du travail*, *op. cit.*, p.177 et 178 ; G. Lyon-Caen, J. Pélissier, A. Supiot, *Droit du travail*, *op. cit.*, p.833.

¹² B. Teyssié, *op. cit.*, p.176.0

¹³ J.C. Javillier, *Manuel de droit du travail*, 6^e éd., LGDJ, 1998, p.183

¹⁴ G. Couturier, *Droit du travail*, Tome 2, *op. cit.*, p.51, n°17 ; M.F. Mialon, *Les pouvoirs de l'employeur*, LGDJ, 1996, p.67 et suiv. ; G. Lyon-Caen, J. Pélissier, A. Supiot, *Droit du travail*, 19^e éd., *op. cit.*, p.833, n°878.

travail est menée de manière indirecte, à travers celle des règles qui l'encadrent. Alors que le pouvoir de direction est le premier pouvoir de l'employeur, sa présentation est diluée dans celles des limites qui lui sont assignées. Nous proposerons, ici, une autre perspective consistant à placer le pouvoir patronal de direction au centre de la réflexion.

7. Le pouvoir de diriger une entreprise se manifeste par des choix unilatéraux de l'employeur à l'égard des biens et des personnes. L'employeur décide et les salariés lui sont subordonnés. Dans un contexte d'égalité civile, il est légitime de s'interroger sur le fondement de ce rapport inégalitaire entre employeur et salarié ainsi que sur la titularité de ce pouvoir. En d'autres termes, il faut établir l'existence du pouvoir patronal de direction, s'interroger sur ses fondements et sur la personne qui le détient (1^{ère} Partie).

Parce qu'aucune prérogative ne peut s'exercer sans limite, la loi, au sens le plus général, a posé des conditions à l'exercice du pouvoir patronal de direction, qui contribuent à fixer la teneur de celui-ci (2^{ème} Partie).

Il importe toutefois de vérifier si le système juridique fournit aussi les moyens d'assurer que ce pouvoir, normativement borné, demeure dans les limites qui lui sont assignées. Dans une optique juridique, cela revient à s'interroger sur le contrôle exercé sur le pouvoir de direction, sur la mission d'autorités externes à l'entreprise, compétentes pour assurer le respect des règles limitant la liberté de choix de l'employeur (3^{ème} Partie).

PREMIERE PARTIE : L'EXISTENCE DU POUVOIR PATRONAL DE DIRECTION

8. Le pouvoir de direction, s'il existe dans tous les groupements organisés¹⁵, pose, lorsqu'il s'agit de celui de l'employeur, dans l'entreprise privée ou publique, deux questions spécifiques. Il convient d'abord de rechercher ce qui, en droit, justifie le pouvoir d'une personne privée, ou assimilée, sur une autre. Pouvoir rattaché à la fonction ou pouvoir du propriétaire cocontractant, les deux thèses sont défendues (*Titre I*). Mais il faut aussi s'interroger sur la titularité du pouvoir de direction. En effet, l'internationalisation de la production et des échanges ainsi que la mobilité des capitaux a conduit à tisser des liens très complexes entre les entreprises, de sorte qu'il est parfois délicat de connaître le titulaire du pouvoir de direction. C'est à l'exercice effectif de ce pouvoir qu'il faudra se référer pour le désigner (*Titre II*).

TITRE I : LES FONDEMENTS DU POUVOIR PATRONAL DE DIRECTION

¹⁵ J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, 13^{ème} éd., PUF, Themis, 1993, p.193.

9. S'interroger sur les fondements du pouvoir patronal de direction c'est, d'une part, se demander ce qui légitime ce pouvoir dans un contexte d'égalité civile, et, d'autre part, rechercher les mécanismes juridiques auxquels il se rattache. L'entreprise est un objet de recherche pour les diverses sciences sociales, droit, sociologie, économie, histoire et des "jalons pour un dialogue interdisciplinaire"¹⁶ sont posés. Dans ces différentes disciplines, les auteurs alimentent le débat sur la question classique des fondements du pouvoir de direction. Aussi, avant d'analyser la nature des rapports de pouvoir au sein de l'entreprise, faut-il s'interroger sur la notion même d'entreprise. En effet, le terme entreprise peut revêtir plusieurs sens qu'il convient de préciser.

10. Donner une définition de l'entreprise est chose ardue¹⁷ et la tâche première est d'essayer de clarifier le vocabulaire. Le mot entreprise peut s'entendre comme l'ensemble des biens aménagés en vue de produire des richesses, comme lieu de travail, mais il peut aussi désigner la personne de l'employeur¹⁸.

Dans les théories sociologiques, l'entreprise est conçue comme une organisation au sens large, c'est-à-dire une unité d'actions et de décisions. A cette définition répondent tous les lieux où s'effectue un travail concret : usine, administration, hôpital, etc..... M. Weber définit l'entreprise capitaliste comme une "unité économique de profit orientée en fonction des chances d'opération marchande, et ce dans un but de tirer bénéfice de l'échange"¹⁹. C'est l'objectif de rentabilité financière qui définit ici l'entreprise, ce qui permet à un auteur d'écrire que celle-ci "n'est donc pas véritablement instituée comme interaction d'acteurs aux objectifs différents, voire contradictoires, à savoir les propriétaires et les salariés, mais aussi les clients et les fournisseurs, les dirigeants et les pouvoirs publics"²⁰.

Le chômage structurel et la politique de "dégraissage" de certaines entreprises sont des phénomènes qui renouvellent le débat entre sociologues sur la place de l'entreprise dans la société²¹

L'approche juridique de la notion d'entreprise est indécise. Chaque règle légale saisit l'entreprise d'une façon partielle en vue d'un certain objectif. Ainsi, les règles relatives aux

¹⁶ A. Jeammaud, "L'entreprise" selon le droit et les pouvoirs juridiques, *Jalons pour un dialogue interdisciplinaire*, in *Entreprise, institution et société*, Rapport de recherche, ouvrage collectif, Maison Rhône-Alpes des sciences de l'homme, 1996, p.17.

¹⁷ N. Catala, *L'entreprise*, in traité de droit du travail, sous dir. G. H. Camerlynck, Paris, Dalloz, 1980, Tome IV, avant propos, p.VI.

¹⁸ G. Lyon-Caen, *L'entreprise dans le droit du travail*, travaux et recherches, IDC, Paris, Ed. Cujas, 1966, p.323.

¹⁹ M. Weber, *Histoire économique*, Paris, Gallimard, 1991.

²⁰ H. Jacot, *Les figures de l'entreprise*, in *Le monde du travail*, ouvrage collectif, J. Kergoat, J. Boulet, H. Jacot, D. Linahrt, Paris, éd. La Découverte, 1998, p.436.

²¹ Ph. Bernoux, *L'entreprise dans ses rapports à la société*, Une problématique sociologique nouvelle, in *Entreprise, institution et société*, rapport de recherche, 1996, op. cit., p.7, voir p.8.

droits collectifs des salariés s'intéressent-elles à la dimension de l'entreprise ou de l'établissement alors que les normes en matière d'hygiène et de sécurité font référence à la nature de l'activité.

Pour la Cour de Justice des Communautés européennes constitue une entreprise, au sens du droit communautaire de la concurrence, "toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement". Ne répondent pas à cette définition les organismes français de sécurité sociale dans la mesure où ils assument "une fonction de caractère exclusivement social ... dépourvu de tout but lucratif"²². La Cour de Cassation retient une définition plus large du terme "entreprise". Dans le cadre de l'article L.122-12 al. 2 du code du travail, relatif à la modification dans la situation juridique de l'employeur, la Cour, afin de procurer une portée maximale à cette règle protectrice, reconnaît la qualification d'entreprise à toute entité assurant une activité économique sociale, culturelle ou sanitaire²³. En matière de droit syndical et de représentation des travailleurs, l'entreprise s'entend comme toute unité économique et sociale en vertu de l'article L.431-1 du code du travail. Ainsi, dans le langage même du droit, la polysémie caractérise-t-elle le terme "entreprise"²⁴.

Il ressort de ces exemples que la catégorie "entreprise" est à la fois complexe et très étendue. Au regard du droit de travail, elle recouvre les entreprises du secteur marchand, celles du secteur social, telles que les associations gestionnaires de services sociaux, et les entreprises dites de tendance. Tout au plus peut-on dire que le terme "entreprise" désigne un ensemble de personnes sous l'autorité d'une direction et participant à une activité commune.

11. A la diversité des acceptations du terme lorsqu'il désigne un objet de droit positif répond celle de l'entreprise comme élément de la réalité socio-économique. Depuis la seconde guerre mondiale, les entreprises ont connu une évolution considérable tant d'un point de vue technologique qu'économique. Les machines et méthodes de travail se sont renouvelées et les échanges de biens et services se sont intensifiés à l'échelle planétaire. Un puissant courant de concentration a donné naissance à des firmes géantes et transnationales qui cohabitent avec des petites et moyennes entreprises. Aujourd'hui, la constitution d'immenses conglomerats diversifiés n'est plus de mise. Les grandes firmes se recentrent sur les métiers qu'elles maîtrisent le mieux et externalisent les autres activités. Ce phénomène de déconcentration productive s'accompagne d'une accélération de la concentration financière²⁵. Ainsi, la réalité de la diversité des entreprises ne correspond-elle pas à celle des affaires²⁶.

²² CJCE, arrêt Poucet et Pistre, 17 février 1993, Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice, 1993, partie I.

²³ A. Jeammaud, Th. Kirat, M.C. Villeval, *Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit*, Rev. Int. de dr. éco., Janvier 1996, p.99.

²⁴ A. Jeammaud, *"L'entreprise" selon le droit et les savoirs juridiques. Jalons pour un dialogue interdisciplinaire*, op. cit., p.38.

²⁵ T. Coutrot, *L'entreprise néo-libérale, nouvelle utopie capitaliste ?*, Paris, éd. La Découverte, 1998, p.229.

²⁶ Voir F. Caron, *Histoire économique de la France*, Paris, A. Colin, 1995.

En effet, les petites et moyennes entreprises, nées de ou entretenues par la politique d'internationalisation menée par les sociétés multinationales, restent sous la dépendance économique et financière de celles-ci.

On ne peut, par conséquent, aborder de façon univoque les problèmes liés à l'entreprise, tant celle-ci reflète des réalités différentes. Aujourd'hui, le paysage des entreprises est marqué par la diversité. Toutes n'ont pas les mêmes besoins ni les mêmes pratiques. Selon leur taille, leur degré d'autonomie, leur secteur d'activité, la place du travail dans l'entreprise et les modes d'exercice du pouvoir varient.

Au delà de cette diversité, deux représentations générales de l'entreprise se dégagent (*chapitre 1*). Celle-ci est présentée, soit comme une communauté de travail, soit comme un lieu d'intérêts divergents. L'analyse des assises normatives du pouvoir patronal de direction conforte cette seconde théorie (*chapitre 2*).

Chapitre I : Les représentations de l'entreprise

12. Classiquement, l'entreprise est présentée, soit comme une communauté (*section I*), soit comme un lieu d'affrontements (*section II*). Ces deux conceptions se manifestent à travers deux théories juridiques : une théorie institutionnelle et une théorie contractuelle.

Section 1 : La "doctrine de l'entreprise" ou la quête d'un fondement naturel.

13. La théorie de "l'entreprise communauté" a été élaborée dans les milieux du catholicisme social, puis développée par des juristes sensibles à la nécessité de faire évoluer les relations de travail et donc de réformer l'entreprise²⁷. En France, c'est tout d'abord aux écrits de P. Durand que l'on songe lorsque l'on avance l'idée selon laquelle l'entreprise est un lieu de solidarités entre employeur et salariés²⁸. A cette thèse s'apparentent celles défendues notamment par MM. Despax, Champaud et Paillusseau, et qui constituent "la doctrine de l'entreprise". Selon MM. G et A. Lyon Caen²⁹, la qualification de "doctrine de l'entreprise" s'applique aux conceptions selon lesquelles l'entreprise est le support de tout le droit de l'activité économique.

Cette doctrine voit dans l'entreprise une communauté d'hommes au sein de laquelle règne une certaine solidarité née de la collaboration à l'œuvre économique commune. Ainsi se manifeste l'existence d'intérêts communs complémentaires, le travail des salariés et la gestion de l'employeur ayant un même but : l'intérêt de l'entreprise, sa prospérité dont profitent les différents acteurs. Sur un plan juridique, ce courant de pensée remet en

²⁷ Voir A. Jeammaud, Th. Virat, M. C. Villeval, *Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation: au croisement de l'économie et du droit, op. cit.*, p.99, voir p.125.

²⁸ P. Durand, *Traité du droit de travail*, Tome 1 (avec la collaboration de R. Jaussaud), Paris, Dalloz, 1947.

²⁹ G. Lyon-Caen et A. Lyon-Caen, *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Librairies techniques, 1978, p.600.

cause le rapport de travail, tel qu'il est conçu depuis le Code Napoléon : un rapport patrimonial d'échange d'une prestation contre un salaire. Il soutient l'idée que le chef d'entreprise et les salariés, à tous les degrés de la hiérarchie, participent à une œuvre commune. Le rapport de travail devient alors de type "associatif" plutôt que commutatif³⁰. L'appartenance à l'entreprise, et non le contrat, serait la source véritable de la relation de travail.

§ 1 : Les différentes expressions de la doctrine de l'entreprise.

14. La théorie juridique de l'institution a été édifiée ou confortée dans les premières décennies du vingtième siècle par M. Hauriou, G. Renard et S. Romano. Pour S. Romano, "tout ordre juridique est une institution et, inversement, toute institution est un ordre juridique"³¹.

Pour M. Hauriou, une institution suppose la réunion de quatre éléments : un groupement, une mission, une structure et un ordre juridique régissant les rapports internes³². La doctrine de M. Hauriou a nourri la réflexion de

plusieurs auteurs travaillistes sur la nature juridique de l'entreprise dont, semble-t-il, celle de Paul Durand.

La théorie institutionnelle de l'entreprise s'est d'abord développée en Allemagne. Dès 1922, Heinz Pothoff élaborait une doctrine de la "relation de travail" qui reposait sur l'engagement de la personne du salarié envers son entreprise et non sur un échange d'un travail contre un salaire. Dans cette doctrine, les membres de l'entreprise étaient considérés comme formant une association solidaire et le pouvoir de l'employeur résultait de l'adhésion à la communauté³³.

Rejoignant cette idée de l'existence d'une communauté de travail et d'un lieu de solidarité, Paul Durand proposa une théorie institutionnelle. Il soutint que l'entreprise constituait une organisation sociale hiérarchique réunissant salariés et employeurs et mettant en œuvre des moyens de production. Tous œuvraient dans un intérêt commun, celui de l'entreprise.

Cette conception nie la lutte des classes en proposant des valeurs communes à tous les membres de l'entreprise. Responsable de la communauté, le chef d'entreprise doit disposer des pouvoirs nécessaires pour parvenir à son objectif, c'est-à-dire assurer la production et les échanges. "L'entrepreneur qui, dans notre organisation économique, est chargé d'assurer la production et les échanges, qui court le risque de son exploitation, et doit assurer le bien commun des membres de l'entreprise, doit disposer des pouvoirs

³⁰ G. Lyon-Caen, *L'entreprise dans le droit du travail*, op. cit., p.323.

³¹ Voir D. Lochak, "Voir Institution (Théorie juridique et sociologique)", in Dictionnaireencyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2^{ème} éd., Bruxelles-Paris, LGDJ, p.305-307.

³² M. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation*, Cahier de la Nouvelle Journée, 1910, n°4.

³³ Voir A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1994.

nécessaires pour parvenir à ses fins”³⁴. Ces pouvoirs correspondent à une fonction sociale, car ils sont exercés dans l'intérêt de l'entreprise.

Cette théorie fonde ainsi le pouvoir patronal de direction sur les responsabilités attachées à la qualité de chef d'entreprise et non sur le droit souverain du propriétaire. Ainsi, Paul Durand écrit-il que "ce droit de propriété, droit réel sur les choses, ne peut expliquer un pouvoir de commandement sur les personnes". Au droit du propriétaire, il oppose donc la recherche du bien commun de l'entreprise. En cela, il s'inspire de la théorie de l'institution d'Hauriou à propos de l'administration publique, dont les cadres sont animés par un intérêt supérieur aux intérêts individuels. Ainsi, cette analyse, empreinte de jusnaturalisme, explique-t-elle et justifie-t-elle les prérogatives de l'employeur par la nature institutionnelle de l'entreprise. Les pouvoirs patronaux ont alors un caractère nécessaire et naturel. Paul Durand a poussé sa réflexion jusqu'à établir une analogie entre l'entreprise et la société politique. Les pouvoirs patronaux, pouvoir de direction, pouvoir réglementaire et pouvoir disciplinaire, correspondraient respectivement au pouvoir exécutif, législatif et judiciaire³⁵. L'analogie pourtant n'est qu'apparente. Si la théorie politique distingue effectivement trois pouvoirs, ce n'est qu'à partir de leur séparation. Or, dans l'entreprise, ces pouvoirs se trouvent réunis en une seule main. L'administrateur est également législateur et pratique une justice retenue. Aussi, cette conception métaphorique n'a-t-elle pas fait école.

15. D'autres auteurs vont s'inscrire dans le courant de la théorie institutionnelle, en reconnaissant à l'entreprise un intérêt propre et une organisation lui permettant de dégager une volonté propre.

La personnification de l'entreprise a été affirmée. Dans sa thèse, M. Despax voyait dans l'entreprise un sujet de droit naissant³⁶. Au sein de l'entreprise convergeraient les intérêts des apporteurs de capitaux et des tiers. L'auteur se fondait sur la théorie de "la réalité des personnes morales" pour justifier sa position³⁷. Selon cette théorie, dès lors qu'un groupement de personnes possède un intérêt permanent distinct des intérêts individuels des participants et qu'il est doté d'une organisation susceptible d'exprimer cette volonté collective, il se trouve investi, même si la loi n'en dit rien, de la personnalité juridique³⁸. Ainsi la communauté d'intérêts est-elle constituée par celle des apporteurs de capitaux et des salariés. Quant à l'expression collective du groupement, M. Despax la déduisait d'un fameux arrêt de la Cour de Cassation qui reconnaissait la personnalité morale à un comité d'établissement, à une époque où la loi était silencieuse sur ce point³⁹.

³⁴ P. Durand, *Traité de droit du travail, op. cit.*, Tome 1, n°348.

³⁵ P. Durand et R. Jaussaud, *Traité de Droit du travail*, Tome 1, op. cit., n° 348.

³⁶ M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, p.167 et suiv.

³⁷ M. Despax, *L'entreprise et le droit, op. cit.*, p.392., n° 366.

³⁸ Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1932, p.112.

Sans faire référence à la personnification de l'entreprise, d'autres analyses diagnostiquent l'indépendance de la finalité de l'entreprise.

A. Brun a proposé la notion de "lien d'entreprise" pour expliquer que le pouvoir de direction n'est légitime que s'il correspond aux exigences de l'entreprise. Le lien d'entreprise a une certaine autonomie par rapport au lien contractuel. Faisant référence au principe du maintien des contrats

malgré le changement d'employeur, à la rupture des contrats à durée indéterminée dont il pensait que le motif devait correspondre aux intérêts légitimes de l'entreprise, A. Brun démontrait que le lien d'entreprise assurait la stabilité de l'emploi en prolongeant les liens contractuels. Il ne se prononçait cependant pas sur le fondement de ce lien ⁴⁰ .

Pour M. Paillusseau, l'entreprise est "la réunion d'un ensemble d'éléments affectés à une activité économique, à un but" ⁴¹ , ce qui lui permettait d'affirmer son unité et son individualité. Elle est un centre d'intérêts vers lequel converge les intérêts catégoriels des apporteurs de capitaux, des salariés, des créanciers. Contrairement aux thèses qui tendent à faire de l'entreprise une personne morale, l'auteur définit l'entreprise comme une "entité économique et sociale organisée par le droit" ⁴² . L'entreprise et la société se superposent, la seconde étant la "structure d'accueil" de la première ⁴³ . Toujours selon cette thèse, l'intérêt social est lié à l'objet social. Par conséquent il se compose de l'ensemble des exigences économiques et sociales attachées à l'activité, c'est à dire à l'entreprise. La prospérité de l'entreprise constitue donc l'intérêt social en même temps que son but, distinct de celui des actionnaires salariés et tiers ⁴⁴ .

16. Ces courants doctrinaux composent ce qu'il est convenu d'appeler "la doctrine" de l'entreprise ⁴⁵ . Celle-ci reconnaît au juge le pouvoir de contrôler la gestion patronale. Les décisions de l'employeur sont appréciées au regard de l'intérêt social qui apparaît comme le fondement et la mesure des pouvoirs patronaux. Cette doctrine développe *a priori* des prétentions généreuses sur le plan idéologique ⁴⁶ . Fondée sur le fait que les entreprises intéressent les équilibres sociaux et l'indépendance de l'Etat, elle juge leur

³⁹ Cass. civ., 28 janv. 1954, JCP 1954, II 7018.

⁴⁰ A. Brun, *Le lien d'entreprise*, JCP 1962, I, 1719.

⁴¹ J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, p.74.

⁴² J. Paillusseau, *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports?*, D. 1999, Chr., p.157.

⁴³ J. Paillusseau, D.1999, *op. cit.*, p.157.

⁴⁴ J. Paillusseau, D.1999, *op. cit.*, p.157.

⁴⁵ G. Lyon-Caen et A. Lyon-Caen, *La doctrine de l'entreprise*, *op. cit.*, p.618.

⁴⁶ G. Lyon-Caen et A. Lyon-Caen, *La doctrine de l'entreprise*, *op. cit.*, p.618.

place trop importante pour que le pouvoir soit confié exclusivement aux associés⁴⁷. Aussi opère-t-elle "la symbiose entre l'intérêt social, le but social et l'objet social"⁴⁸ pour affirmer que la gestion des dirigeants doit être guidée par intérêt de l'entreprise, celui-ci ne reflétant pas nécessairement celui des apporteurs de capitaux.

Dans cette vision, l'entreprise apparaît comme une entité autonome poursuivant un intérêt propre et réalisant un équilibre entre les différents intérêts catégoriels. Cependant, s'interrogeant sur le caractère communautaire de l'entreprise trente cinq ans après avoir qualifié l'entreprise de "sujet de droit naissant", M. Despax constate, "en l'état de l'évolution des esprits, de l'économie et de notre législation que la métamorphose de l'entreprise en une communauté est en bonne voie mais qu'il s'agit pour l'heure que d'une communauté à solidarité limitée..."⁴⁹.

De même, M. Paillusseau note "qu'on assiste aujourd'hui à un renforcement considérable de la puissance des actionnaires dans les entreprises et la question se pose de savoir si ce fait nouveau n'est pas de nature à remettre en cause cet équilibre (entre salariés et actionnaires)"⁵⁰. Ainsi, ces deux partisans de la doctrine de l'entreprise reconnaissent-ils aujourd'hui la fragilité de l'entreprise-communauté. Cela étant, cette conception de l'entreprise n'est pas totalement étrangère aux règles du droit positif.

§ 2 : La théorie institutionnelle en droit positif.

17. L'approche de l'entreprise par le droit positif permet d'affirmer que le législateur n'est pas insensible à la conception institutionnelle. Ainsi a-t-on pu relever la proximité du "modèle d'entreprise décelable dans les textes issus des lois Auroux" et de "celui qui décrit la théorie institutionnelle"⁵¹. Affirmer l'idée de citoyenneté dans l'entreprise suppose en effet que celle-ci fonctionne dans l'intérêt de tous les acteurs qui la composent. La réforme Auroux postule la nécessité d'accorder les intérêts opposés pour "les biens de tous"⁵².

L'obligation à la charge de l'employeur de présenter un bilan social annuel au comité d'entreprise est également rattachée, par certains auteurs, à la conception institutionnelle de l'entreprise.

⁴⁷ M. Despax, *L'entreprise et le droit*, op. cit., n°201 ; J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, op. cit., p.200.

⁴⁸ G. Lyon-Caen et A. Lyon-Caen, *La doctrine de l'entreprise*, op. cit., p.618.

⁴⁹ M. Despax, *L'évolution du droit de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de J. Savatier, Paris, PUF, 1992, p.177.

⁵⁰ J. Paillusseau, D. 1999, op. cit., p.157.

⁵¹ A. Jeammaud, *Droit du travail 1988, Des retournements plus qu'une crise*, Dr. Soc., 1988, p.583.

⁵² G. Borenfreund, *La représentation des salariés et l'idée de représentation*, Dr. soc., 1991, p.685, voir p.688.

Si l'on considère l'obligation de l'employeur de fournir aux salariés des informations leur permettant d'apprécier la situation de l'entreprise, la conception purement patrimoniale et financière de l'entreprise cède peu à peu devant une conception de celle-ci où l'aspect proprement humain est désormais... pris en compte⁵³ .

L'article L.122.12 du code du travail relatif à la modification de la personne de l'employeur participerait du même esprit en rattachant les contrats de travail à l'entreprise elle-même.

18. Quant à la jurisprudence, la référence constante à l'intérêt de l'entreprise démontre sa perméabilité aux analyses institutionnelles⁵⁴ . Ainsi, le pouvoir disciplinaire et le pouvoir de direction de l'employeur doivent-ils être exercés dans l'intérêt de l'entreprise, ce qui laisse supposer que ce dernier est distinct de celui de l'employeur. La portée de cette référence sur l'exercice du pouvoir de direction sera analysée lorsque nous aborderons le contrôle du pouvoir patronal.

19. Le droit du travail n'est pas le seul à s'inspirer de la théorie institutionnelle. Selon M. Despax, le droit des biens, celui des obligations, des personnes, ainsi que le droit des sociétés et le droit fiscal prennent tous en compte, à des degrés divers, l'entreprise, sujet de droit distinct de la personne juridique de l'employeur⁵⁵ .

A l'appui de son affirmation, l'auteur cite les dispositions relatives à la participation des salariés dans les conseils d'administration des sociétés, le droit de la participation et de l'intéressement, ou encore, les règles du droit successoral et le régime des entreprises en difficultés.

20. Si l'entreprise apparaît bien comme une collectivité organisée par le droit, si certaines règles peuvent paraître s'inspirer ou s'inspirent effectivement de la théorie institutionnelle, l'entreprise ne saurait cependant être qualifiée de communauté d'intérêts. En effet, la représentation de l'entreprise comme entité détachée de la logique du profit ne paraît pas juridiquement fondée, elle constitue plutôt un moyen d'attribuer une fonction sociale à l'entreprise et de "convaincre des bienfaits du libéralisme"⁵⁶ .

Juridiquement, la société est au service de ses membres, associés ou actionnaires et la quête du profit demeure la cause de la réunion de ces derniers. Aussi, que sur des points limités apporteurs de capitaux et salariés acceptent, même durablement, de considérer que leurs intérêts convergent, n'établit pas que leur but soit identique, ni qu'ils aient renoncé à faire prévaloir leurs intérêts propres. Simplement, les concessions réciproques sont inhérentes à toute vie de groupe sans pourtant que l'on puisse parler de

⁵³ M. Despax, *L'évolution du droit de l'entreprise*, op. cit., p.177.

⁵⁴ G. Couturier, *L'intérêt de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de J. Savatier, Paris, PUF, 1992, p.192.

⁵⁵ Voir sur ce point M. Despax, *L'évolution du droit de l'entreprise*, op. cit., p.177.

⁵⁶ G. Lyon-Caen et A. Lyon-Caen, *La doctrine de l'entreprise*, op. cit., p.600.

communauté d'intérêts.

Section 2 : L'entreprise, lieu de confrontation d'intérêts.

21. Les relations entre salariés et apporteurs de capitaux sont fondées sur un irréductible antagonisme. Le patronat et les syndicats n'ont jamais défendu l'idée selon laquelle l'entreprise était une communauté et les discours patronaux sur la citoyenneté de l'entreprise ont davantage une finalité "publicitaire" qu'ils ne sont porteurs d'une véritable politique sociale. L'observation quotidienne du comportement économique et de la gestion des ressources humaines des entreprises ne peut que renforcer cette confrontation employeur-salariés.

Les positions respectives des syndicats d'employeurs (§ 1) et de salariés (§ 2) relayent cette conception de l'entreprise.

§ 1 : Positions patronales.

22. A l'origine des associations professionnelles patronales, il y a la nécessité de représenter et de défendre les intérêts patronaux face aux autres grands acteurs économiques et sociaux : l'Etat et les syndicats ouvriers. Ainsi, le CNPF a-t-il été fondé en 1946 pour instituer l'unité des chefs d'entreprises contre un mouvement ouvrier assez puissant et une administration d'Etat dirigiste. Certes, aujourd'hui, notre société ne peut plus être utilement définie comme une société bipolarisée où dominerait le conflit ouvriers-employeurs. Elle comporte une vaste classe moyenne fortement diversifiée, à côté du groupe assez réduit des entrepreneurs et de celui, plus important, des marginaux et des exclus. Dans l'ensemble de la population française, l'identification à la classe ouvrière s'affaïsse au profit d'une identification à la classe moyenne. Cette évolution tient à plusieurs facteurs. Le nombre des ouvriers diminue à partir de 1975 et est dépassé par celui des employés au début des années 1990. Dans le même temps, l'originalité sociale du monde ouvrier tend à disparaître en raison des transformations urbaines, du développement de la consommation de masse et de l'homogénéisation des styles de vie. Enfin, les grandes concentrations ouvrières ont subi les premières l'apparition du chômage et les transformations de l'emploi⁵⁷. Ces évolutions ne sont pas synonymes de disparition du monde ouvrier mais de transformations profondes de la condition ouvrière qui se développe aujourd'hui dans le secteur tertiaire du fait de la prolétarianisation de certaines catégories de salariés⁵⁸. Cette recomposition du salariat ne permet cependant pas de déduire une homogénéisation de la société fondamentale⁵⁹. Et, on ne peut conclure aujourd'hui à l'existence d'une société consensuelle à l'intérieur du monde du travail, à l'avènement de "l'entreprise-communauté". Les évolutions qu'a connu le

⁵⁷ Voir G. Noiriél, *Les ouvriers dans la société française*, coll. Points, éd. du Seuil, 1986.

⁵⁸ Voir S. Beaud, M. Pialoux, *Retour sur la condition ouvrière*, éd. Fayard, 1999 (enquête auxusines Peugeot de Sochaux – Montbéliard).

⁵⁹ T. Andréati, *La recomposition du salariat*, in *Le monde du travail*, op. cit., p.75.

patronat n'ont pas effacées ses objectifs premiers : veiller au plein accomplissement du programme libéral, revendiquer l'extension des libertés de gestion et donc défendre ses intérêts et son pouvoir. Certes, les revendications et les intérêts des chefs d'entreprises sont divers du fait même de l'hétérogénéité du groupe social⁶⁰. En effet, les entreprises diffèrent par la taille, le métier, la nature du capital (personnel, actionnariat étranger) mais aussi par le degré d'autonomie, le rapport à l'économie mondiale (secteur concurrencé, protégé, secteur en expansion, en déclin...). L'origine sociale du chef d'entreprise, son capital culturel, relationnel et politique sont également à prendre en compte.

Le chiffre d'affaires et la taille de l'entreprise introduisent "les plus forts clivages dans le monde patronal"⁶¹ dans la mesure où les deux critères opposent en général patrons-proprétaires et managers.

24. La suppression d'emploi n'est donc pas toujours synonyme de mauvaise santé de l'entreprise. Ce peut être un acte de gestion normale, l'entreprise se jugeant d'autant plus performante qu'elle sait ajuster ses effectifs. Enfin, la place de l'entreprise dans le financement de la rémunération du travail tend à se réduire, entraînant une réduction de sa responsabilité sociale. En effet, de nombreuses réformes ont conduit à remettre en cause les règles relatives à la rémunération du travail qui se caractérisent par la prise en compte dans le salaire de périodes de non travail et de risques sociaux ainsi que du besoin de consommation. Aujourd'hui, de plus en plus nombreuses sont les situations où l'Etat prend en charge des prestations auparavant assurée par l'entreprise et dans lesquelles "la frontière entre rémunération du travail et prestations sociales devient de plus en plus poreuse"⁶². Ainsi, au nom d'un allègement du coût du travail jugé nécessaire à la lutte contre le chômage, une partie des cotisations sociales est prise en charge par le budget de l'Etat (exonération sur les bas salaires). De même, un nombre important de salariés perçoit un demi-SMIC dans le cadre d'emplois à mi-temps, ce qui détruit le rapport entre intégration sociale et travail.

Pour ce faire, la loi contre l'exclusion étend les possibilités de cumul entre minima sociaux et revenus d'activité. Ces évolutions tendent à transformer radicalement la logique du système de rémunérations du travail en ne faisant supporter aux entreprises que le prix réel du travail, l'Etat prenant en charge les compléments de revenus au titre de la solidarité nationale. Ce désengagement des entreprises va à l'encontre de l'idée de citoyenneté tant il est porteur d'exclusion et d'aggravation des inégalités. Ainsi, la qualité d'entreprise citoyenne revendiquée par certains résiste mal à l'analyse des faits, les engagements concrets de participation à l'intégration sociale, de création et de maintien des emplois restent lettre morte.

Derrière ce séduisant concept d'entreprise-citoyenne, la main-d'œuvre reste une "variable d'ajustement" parmi d'autres. De fait, loin de présenter l'image d'une communauté, l'entreprise demeure un lieu de confrontation d'intérêts. Les nouveaux

⁶⁰ J. P. Jacquier, *Les clés du social en France*, éd. Liaisons, 1998.

⁶¹ J. Bunel, *Le patronat français*, in *Le Monde du travail*, op. cit., p.401.

⁶² P. Volovitch, *Qui doit rémunérer le travail ?*, Dr. soc., 1999, p.326.

statuts du MEDEF (Mouvement des entreprises de France), en réaffirmant fortement les ambitions patronales, viennent renforcer cette représentation de l'entreprise. La réforme des statuts et du règlement intérieur du MEDEF a été adoptée le 27 octobre 1998. Le président du mouvement, M.E.A. Seillière, a insisté sur le credo libéral de l'organisation patronale. La mission assignée au MEDEF est de promouvoir l'esprit d'entreprise et, si les salariés doivent être davantage associés au développement et à la performance des entreprises, c'est pour mieux partager l'objectif de rentabilité économique.

§ 2 : Positions des syndicats de salariés.

25. Tout comme le patronat, les syndicats de salariés refusent, de façon radicale, la notion d'entreprise-communauté. Le mouvement syndical est né dans les pays capitalistes en réponse aux conditions d'exploitation du travail dans l'industrie. La profonde mutation du système d'organisation du travail le conduit aujourd'hui à redéfinir son rôle et d'aucuns ont pu parler de véritable crise du syndicalisme⁶³.

Cependant, les grandes centrales syndicales conservent un rôle de défenseur et de contre-modèle de société. Elles aspirent à réformer la société à partir d'un projet politique visant à modifier fondamentalement le rapport de force entre détenteurs de capitaux et travailleurs⁶⁴. Certes plusieurs tendances coexistent au sein du "syndicalisme d'opposition"⁶⁵, des plus radicales aux plus coopératives. Certains distinguent aussi trois courants doctrinaux : le mouvement anarcho-syndicaliste qui prône l'urgence révolutionnaire, le courant réformiste qui recherche des solutions de remplacement au capitalisme et enfin un courant qui, sans tenter de supprimer le système capitaliste, en combat l'arbitraire et l'injustice⁶⁶. Au delà des différences, voire des oppositions, ces doctrines syndicales récuse le concept d'entreprise-communauté. Cette condamnation du système économique laisse place à un travail syndical dans un cadre partenarial afin d'obtenir des avantages sociaux immédiats au profit des salariés.

Ce compromis productif, qui est étroitement lié à l'organisation productive et à l'environnement économique⁶⁷, semble aujourd'hui privilégié par les centrales syndicales CFDT et CGT au détriment d'une revendication défensive. Ce choix date des années 80 pour la CFDT et a été confirmé lors du 44^{ème} congrès à Lille en décembre 1998. Ainsi, ce syndicat a-t-il réaffirmé sa préférence pour un syndicalisme qui opte pour la recherche de compromis et d'équilibres entre intérêts contradictoires. Il faut se satisfaire de résultats

⁶³ P. Rosanvallon, *La question syndicale, histoire et avenir d'une forme sociale*, Paris, Calman-Lévy, 1988.

⁶⁴ F. Pichault et M. De Coster, *Les syndicats face aux défis de la participation*, in *Traité de sociologie du travail*, sous la direction des auteurs, préface d'A. Touraine, De Boeck Université, 1994, p.145.

⁶⁵ A. Touraine, *Sociologie de l'action*, Ligugé, Aubin, 1965, p.364.

⁶⁶ F. Pichault et M. De Coster, *op. cit.*, voir p.159.

⁶⁷ J. P. Durand, *Le compromis productif change de nature !*, in *Le syndicalisme du futur*, ouvrage collectif, ss. Dir. J. P. Durand, Paris, Syres, 1996, p.19.

imparfaits et non achevés au regard des objectifs mais qui ont le mérite d'être successifs.

Concernant la CGT, l'évolution est plus récente. C'est au congrès de 1995 que la centrale syndicale a officiellement abandonné l'idée de concourir à "la suppression de l'exploitation capitaliste par la socialisation des moyens de production" pour se consacrer à la seule défense des salariés. Ainsi délaisse-t-elle sa stratégie de contestation exclusive et participe aux négociations. Aujourd'hui, elle s'engage dans la négociation des 35H et lors de son 46^{ème} Congrès, elle affirme vouloir être jugée sur sa capacité à peser sur les événements. La CGT s'est donc engagée dans une démarche de *contre-propositions*.

La mutation entreprise par les syndicats dans leur perception de la société industrielle a commencé dans les années 80, qui ont réhabilités l'entreprise ⁶⁸.

Ils ont adapté leurs modalités d'action à la crise économique qui rend difficile les actions purement revendicatives et défensives car, selon l'expression d'A. Bergeron, il n'y a plus de "grain à moudre."

Les réflexions sur les modalités des démarches à entreprendre, sur la conception du syndicalisme, entre radicalité et pragmatisme, sont le lot de toutes les centrales syndicales, mais elles ne modifient pas l'antagonisme existant au sein de l'entreprise entre les intérêts des salariés et ceux des apporteurs de capitaux. Ainsi, lors de son 44ème Congrès, la CFDT constate-t-elle que l'attente à l'égard des entreprises ne s'est pas concrétisée sur le terrain de l'emploi et de la situation sociale. Dans un environnement économique peu porteur et incertain, la majorité des entreprises vont aux solutions les plus simples à court terme : rechercher des gains de productivité par la compression des effectifs, les gérer au plus juste et réduire l'emploi à une variable que l'on ajuste aux fluctuations de la production. Ce syndicat note que, à l'exception de quelques entreprises qui conjuguent innovations économiques et sociales, la plupart "restent enfermées dans la logique étroite de leurs intérêts particuliers". L'économie de marché, pas plus qu'hier, n'est porteuse à elle seule de la cohérence économique, et à plus forte raison de la cohérence sociale. La CFDT réaffirme l'existence d'antagonismes fondamentaux et de logiques contradictoires, portées par des acteurs multiples. Aussi, l'action syndicale doit-elle permettre d'organiser et d'encadrer les pouvoirs de l'employeur. Quant à la CGT, si elle semble renouer avec la négociation, elle continue à dénoncer la finalité poursuivie par le capital : celle du profit et de la rentabilité maximale conçus comme critères premiers des décisions au détriment des hommes. La perspective de transformation sociale reste un enjeu pour les syndicats français, la question de fond porte sur le type de syndicalisme à développer ⁶⁹.

26. Le regard porté sur le monde du travail, où la précarité impose sa loi à une grande partie de la collectivité des salariés, ne peut que confirmer cette représentation de l'entreprise, lieu de confrontation d'intérêts.

⁶⁸ Voir R. Soubie, *L'entreprise dans la doctrine et la pratique syndicale*, Dr. soc., 1984, p.15.

⁶⁹ M. Pialoux, *Les nouvelles formes de domination dans le travail*, Actes de la recherche en sciences sociales, Paris, n°114, 1996 ; J. M. Pernot, *Syndicats, dynamique sociale et changement du travail*, in *Le monde du travail*, op. cit., p.391 (ces auteurs soutiennent que la reconquête syndicale dépendra de la capacité des syndicats à prendre en compte la question des conditions de travail des salariés, question aujourd'hui secondaire par rapport à la lutte contre les licenciements).

A l'heure où la main d'œuvre est devenue une variable d'ajustement face à la concurrence, l'entreprise, loin de représenter une communauté, a tendance à se réduire à une stratégie de conquête de marché, quand elle n'est pas un simple pion dans l'économie mondiale. La multiplication des "citoyens" de seconde zone dans l'entreprise par le recours de plus en plus fréquent aux contrats de travail précaires va à l'encontre de la notion d'intégration. Ces pratiques, contre lesquelles le rapport Auroux avait prétendu réagir, se sont aujourd'hui banalisées. Il semble d'ailleurs que les salariés se sentent de moins en moins concernés par les orientations de leur entreprise. Ce désengagement est régulièrement observé lors des sondages effectués dans les entreprises et concerne même les cadres ⁷⁰.

La réussite économique de l'entreprise n'a pas aujourd'hui de retombées sur le corps social. En effet, la prospérité des entreprises n'engendre pas automatiquement une diminution du chômage. L'entreprise contemporaine apparaît comme une cause de déstabilisation économique et sociale et les salariés ne peuvent se reconnaître dans cette "institution". Le sentiment d'appartenance à l'entreprise se dilue plus encore lorsque le titulaire du pouvoir de décision est difficilement repérable voire insaisissable, ce qui est le cas dans les groupes de sociétés.

La vision communautaire de l'entreprise est donc peu pertinente par rapport aux réalités. Elle est également infondée au regard du droit positif. En effet, les relations juridiques du travail au sein de l'entreprise procèdent d'un contrat de travail. Cette dimension contractuelle du rapport de travail est primordiale et s'oppose à la représentation communautaire de l'entreprise. C'est par l'effet du contrat de travail, agissant à la manière d'un "acte-condition" ⁷¹ que le salarié se trouve soumis au pouvoir patronal et non par son adhésion à l'entreprise-institution.

Chapitre II : Les assises normatives du pouvoir patronal de direction

Si l'on s'interroge sur son fondement technique, c'est-à-dire sur la manière dont il s'inscrit dans le système de droit positif, il apparaît que le pouvoir patronal de direction résulte de trois mécanismes : la propriété (section I) , la liberté contractuelle (section II) et la subordination (section III) .

Section 1 : La propriété.

27. Le code civil définit la propriété comme le "droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue. pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et règlements". Les régimes de propriété organisent des relations entre des intérêts qu'ils rendent antagonistes : entre bailleur et locataire, patron et salarié entre autres.

⁷⁰ Sondage EPSY 1993, in Le monde "initiatives" du 21 septembre 1993 ; Sondage Liaisons sociales/Manpower réalisé par CSA, juillet 1999, Liaisons sociales, Le Magazine, septembre 1999.

⁷¹ A. Jeammaud, *Les polyvalences du contrat de travail*, in Les transformations du droit contemporain, Etudes offertes à G. Lyon-Caen, Paris, Dalloz, 1989, p.299.

S'approprier c'est pouvoir faire, faire faire, autoriser, interdire et jouir des richesses. Le droit positif s'appliquant à l'entreprise reflète cette conception traditionnelle de la propriété, en appréhendant dans l'entreprise ses éléments patrimoniaux pour entériner les prérogatives de ceux qui en ont directement ou indirectement (à travers une personne morale dont ils possèdent partie du capital), la propriété. Ainsi, en droit, même si la fonction sociale que remplit celle-ci n'est pas ignorée, cette fonction est seconde par rapport à l'impératif de mise en valeur de rentabilité des capitaux.

Cette conception, que certains voudraient croire aujourd'hui périmée, ne peut être complètement rejetée aussi longtemps que notre société attachera du prix au principe de la libre entreprise. L'évolution sociale ne peut nier cette réalité élémentaire que l'on ne peut produire si l'on ne dispose des moyens matériels nécessaires. Or, dans un système libéral, la création et le maintien de l'entreprise privée dépendent de la volonté des détenteurs de capitaux ou de ceux qui les représentent. L'entreprise capitaliste repose, par définition, sur l'appropriation privée des moyens de production et si, par la volonté des apporteurs de capitaux, les éléments patrimoniaux de l'entreprise se trouvent aliénés ou supprimés, les salariés ne peuvent juridiquement y faire obstacle. Ils n'ont aucun droit sur les composantes patrimoniales de l'entreprise et ne peuvent contraindre l'employeur à en poursuivre l'exploitation.

C'est cette conception que reflétait le fameux arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de Cassation, le 31 mai 1956, dans l'affaire des Etablissements Brinon. "L'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est, déclarait la Cour, seul juge des circonstances qui le détermine à cesser son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité, à la seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le code du travail"⁷². Cet attendu de principe conserve, en droit, toute sa force. L'employeur propriétaire est libre de disposer de son bien, l'entreprise, sous réserve de respecter la loi.

Le renforcement des garanties accordées aux salariés et le développement des mécanismes destinés à encadrer l'exercice des prérogatives patronales ne font pas échec à cette règle. Le droit de propriété sur les biens est donc une des données du système de droit qui asseoit l'autorité de l'employeur.

Le premier attribut du pouvoir patronal de direction est la faculté d'affecter des biens à la production, de les combiner à cette fin, de les aliéner ou de les désinvestir et de profiter des gains obtenus. Ces prérogatives sont celles attachées au droit de propriété de l'article 544 du code civil : l'usus, l'abusus et le fructus.

Cette conception est assouplie par les textes qui organisent la participation obligatoire des salariés aux résultats des entreprises, leur intéressement ou la création de plan épargne-entreprise. En outre, les salariés peuvent, dans une certaine mesure, bénéficier des options de souscription ou d'achats d'actions.

Par ailleurs, l'analyse traditionnelle du droit de propriété, qui exprime une relation directe entre l'homme et la chose, caractérisant un droit réel, ne rend pas exactement

⁷² Cass., 31 mai 1956, D. 1958, p.21, note Levasseur.

compte de la manière dont sont gérés et utilisés les biens affectés à l'entreprise. En effet, dans le cadre de l'entreprise, le propriétaire, personne physique ou personne morale concède, en général, l'utilisation de ces biens à autrui. De même, il règle la présence ou les mouvements de tiers dans l'espace que son droit l'habilite à maîtriser. Le propriétaire peut, pour ce faire, procéder par voie d'injonctions ponctuelles ou par édicition de normes. Ainsi la direction des personnes se profile-t-elle dans cet attribut du propriétaire quant à l'usage de ses biens par des tiers.

Selon Mr. Jean Savatier ⁷³, la prérogative attachée au droit de propriété qui est devenue dominante, est le pouvoir de direction : "Le pouvoir dans l'entreprise, ce n'est pas tellement l'exercice des prérogatives traditionnelles du propriétaire (usus, abusus, fructus) c'est le pouvoir d'organiser cette unité économique... Le pouvoir d'organisation s'étend à la direction des hommes. Du droit de la propriété sur les choses, on glisse à l'autorité sur les personnes."

28. Il n'y a plus aujourd'hui de propriété absolue et les pouvoirs conférés par la propriété sont bornés, d'une façon générale, par l'obligation de ne pas nuire à autrui. Le juge sanctionne certains écarts du propriétaire constitutif d'un abus de droit. Les limites apportées aux droits du propriétaire, en l'occurrence de l'employeur, sont pour partie le fruit de l'évolution des rapports de forces sociaux. Face au développement de la propriété financière qui tend à prévaloir sur tout autre, faisant des marchés financiers des moyens de pouvoir beaucoup plus puissants que les outils de production, cet encadrement apparaît peu adapté. En effet, le développement des fonds de pensions crée une situation radicalement nouvelle, les pouvoirs les plus étendus n'étant plus ceux des propriétaires mais des groupes gérants ces fonds. A ce jour, aucune règle n'impose à la finance de respecter les droits des collectivités humaines, de prendre en compte des intérêts autres que les siens.

Section 2 : La liberté contractuelle.

29. La seconde assise juridique du pouvoir patronal de direction est le principe de la liberté contractuelle implicitement consacrée par l'article 6 du Code civil. Le droit des contrats est dominé par ce principe de la liberté contractuelle selon lequel un individu est libre de contracter ou non "mais encore et surtout de déterminer à son gré le contenu du contrat" ⁷⁴. La liberté contractuelle puise elle-même sa justification dans l'idée d'autonomie de la volonté développée par les hommes de la Révolution ⁷⁵. Ainsi, employeur et salarié ont tous deux une volonté libre et de la rencontre de ces deux volontés peut naître un accord. Celui-ci est nécessairement juste car les deux parties sont aptes à défendre leur intérêt propre. "Nul n'est injuste envers lui-même", écrivait J. J. Rousseau ⁷⁶. L'application du principe de la liberté contractuelle garantit donc la justice

⁷³ J. Savatier, *Pouvoir patrimonial et direction des personnes*, Dr. soc., 1982, p.3.

⁷⁴ J. Carbonnier, *Droit Civil, Les obligations*, 24^{ème} ed., PUF, t.4, 2000, p.36.

⁷⁵ G. Aubin, J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, 1^{ère} éd., PUF, 1995, p.98 et suiv.

dans les rapports entre individus dans la mesure où "si une obligation imposée peut être injuste, une obligation acceptée ne peut pas l'être"⁷⁷. Cette doctrine individualiste et contractualiste est cependant plus avantageuse pour "celui qui dispose de la force de travail que pour celui qui la propose"⁷⁸.

Ainsi le principe de la liberté contractuelle est-il fort éloigné de la théorie institutionnelle de l'entreprise, puisqu'il conduit à considérer l'employeur et le salarié comme deux parties à un contrat et non comme des membres d'une même communauté.

Formellement, l'application du principe de la liberté contractuelle reconnaît à chaque contractant la liberté ou non de s'engager et fonde les parties à définir le contenu de leur engagement.

Cette représentation égalitaire, surtout en période de sous-emploi, ne correspond pas à la réalité⁷⁹. En effet, le demandeur d'emploi n'est pas en mesure, sauf exception, de faire accepter des conditions qu'il souhaiterait et les termes du contrat lui sont en général dictés par l'employeur. Aussi, afin de rééquilibrer le jeu des volontés individuelles entre employeurs et salariés, le droit de travail a-t-il imposé un ordre public social qui ne saurait, cependant, remettre en cause "la liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de l'entreprise doit pouvoir en conséquence choisir ses collaborateurs"⁸⁰.

Les pouvoirs de l'employeur se manifestent avant la conclusion du contrat de travail par la décision de recruter ou non un salarié. Le principe de la liberté patronale dans le recrutement est fondé sur le droit des obligations et sur la liberté d'entreprendre.

La liberté contractuelle permet aussi aux parties de définir le contenu du contrat de travail, sous réserve du respect de l'ordre public. Le contrat de travail devient un instrument de gestion. La présence de nombreuses clauses spécifiques dans le contrat de travail démontre sa grande adaptabilité.

§ 1 : la liberté de recruter.

30. Lorsqu'il décide de pourvoir un poste, l'employeur est libre d'embaucher tel ou tel candidat sous réserve de respecter certaines règles, comme les obligations ou priorités d'embauche ou les règles de non-discrimination, lesquelles seront étudiées dans la seconde partie. Sous ces réserves, l'employeur a donc la liberté de contracter ou non, et sa décision peut être motivée par des critères objectifs tels que la compétence professionnelle, mais également par des critères subjectifs. Les pratiques de sélection

⁷⁶ J. J. Rousseau, *Le Contrat Social*, Gallimard, 1993, liv. I, chap.6

⁷⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit Civil, Les obligations*, 6ème éd., Dalloz, 1996, p.23.

⁷⁸ P. Moussy, *Les motifs personnels de la modification du contrat de travail*, Dr. Ouvr., 1996,p.50.

⁷⁹ P. Moussy, *Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du renouveau du contrat de travail)*, Dr. Ouvr., 1999, p.4.

⁸⁰ Cons. Const., 20 Juillet 1988, Dr. soc. 1988, p.755, note X. Pretot ; D. 1989, p.269, note F. Luchaire.

sont décidées par l'employeur. En dehors des entretiens et des épreuves techniques de recrutement, l'employeur peut avoir recours aux stages en entreprise pour sélectionner les candidats. Les dispositions du code du travail ne sont pas applicables au stagiaire⁸¹. L'employeur n'a pas à justifier son choix final.

La conclusion du contrat de travail suppose un accord de volonté des deux parties. Cet accord porte sur les éléments essentiels du contrat, notamment la nature des fonctions et la rémunération. Conformément à l'article 1108 du code civil, le consentement des parties doit être éclairé. Il ne doit être vicié ni par le dol, ni par l'erreur ou la violence. La fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'embauche n'est constitutive d'un dol que s'il est établi qu'à l'évidence l'employeur n'aurait pas consenti au contrat de travail sans les allégations mensongères du salarié⁸².

Afin que le salarié consente en toute connaissance de cause à l'étendue de ces obligations envers l'employeur, il doit être informé de l'existence et du contenu de la convention ou accord collectif qui, éventuellement, s'applique dans l'entreprise. Bien qu'il ne s'agisse pas ici d'une obligation contractuelle, la convention collective ne s'intégrant pas, en principe, aux contrats individuels de travail⁸³, la méconnaissance de ces dispositions peut porter préjudice au salarié. En effet, malgré l'article L.132-4 du code du travail qui pose le principe de "l'application de la disposition la plus favorable", la convention ou accord collectif peut contenir des dispositions créant des obligations à la charge du salarié. Ainsi la Cour de Cassation admet-elle la validité des clauses de mobilité géographique et professionnelle. Dès lors, le salarié devra respecter ces obligations et son refus pourra justifier un licenciement⁸⁴.

Le principe de la liberté contractuelle permet aussi à l'employeur de choisir les modalités de la subordination et lui offre la possibilité de singulariser les rapports individuels de travail.

§ 2 : le choix du contenu du contrat de travail.

31. Dans le contrat de travail, l'employeur peut insérer diverses clauses spécifiques afin d'ajouter des sujétions particulières à la charge du salarié. L'usage de ces clauses concourt à un resserrement de la subordination du salarié.

Différents éléments du contrat de travail peuvent faire l'objet de l'accord contractuel.

⁸¹ Voir sur ce point J. Péliissier, *Le droit de l'emploi*, Dalloz, 1999, p.225, n°671.

⁸² Cass. Soc., 5 oct. 1994, Bull. civ. V, p.173, n°256, (en l'espèce un salarié présente un pas curriculum vitae écrit par la main de sa femme. Le dol n'est pas caractérisé car la preuve n'est rapportée que la société n'aurait pas contracté si les documents avaient été rédigés par l'intéressé) ; Cass. Soc., 30 mars 1999, RJS 5/99, n°626.

⁸³ Cass. Soc., 9 février 1994, RJS 3/94, n°280 ; Cass. Soc., 27 janvier 1999, RJS 3/99, n°364, Dr. Soc. 1999, p.308, obs. Ch. Radé.

⁸⁴ Cass. Soc., 14 octobre 1982, Bull. civ., p.407, n°554.

Clauses de non-concurrence, clauses prévoyant une période d'essai ou bien encore clauses de mobilité géographique ou professionnelle sont de celles que l'on rencontre dans le contrat du travail. Elles procurent à l'employeur plus de souplesse dans la gestion de son personnel. Ainsi, l'introduction dans le contrat de travail d'un salarié, d'une clause de mobilité donne-t-elle, a priori, à l'employeur la possibilité, pour des raisons de service, de muter le salarié sans que ce dernier puisse s'opposer à cette décision⁸⁵. La mutation peut s'accompagner d'autres modifications, les horaires de travail par exemple, que le salarié devra accepter⁸⁶. L'application de la clause de mobilité pourra cependant être mise en échec si le salarié rapporte la preuve d'un abus de droit⁸⁷ ou s'il est fondé à opposer un droit de la personne ou une liberté fondamentale⁸⁸. D'autres clauses en plein essor, notamment dans les secteurs du transport et de l'informatique, font obligation au salarié, en contrepartie d'une formation assurée par l'entreprise, de rester à son service pendant une certaine durée, et, en cas de démission, de rembourser l'employeur des frais de formation tandis que l'employeur est en droit de rompre le contrat pendant la durée d'amortissement de la formation⁸⁹.

La Cour de Cassation a admis la validité de ces clauses qui, selon elle, ne s'analysent pas en une interdiction de rompre mais tendent seulement à assurer à l'employeur le bénéfice de la formation. Le contrat fait alors supporter aux salariés tout ou partie du coût de la politique de l'emploi de l'entreprise.

Les clauses d'objectifs se rencontrent dans le secteur de la vente et de la prospection. Auparavant, ce type de clause offrait à l'employeur un pouvoir que la pratique judiciaire lui refusait dans le cadre de son pouvoir de direction. En effet, il suffisait à l'employeur d'établir un écart entre résultats et prévisions contractuelles, sans qu'il lui soit nécessaire de démontrer le lien de causalité entre l'insuffisance de résultats constatée et la qualité du travail du salarié. Se fondant sur l'article 1134 du code civil, la Cour de cassation décidait que "l'insuffisance de résultats obtenus par un salarié chargé de commercialiser des produits de l'entreprise par rapport aux quotas prévus à son contrat constitue, sauf abus de la part de l'employeur, une cause réelle et sérieuse de licenciement, peu important que cette insuffisance soit liée à l'état du marché et que la situation économique rende souhaitable la recherche par l'employeur de moyens de vente plus efficaces"⁹⁰. Alors qu'en l'absence de stipulations contractuelles l'employeur qui fonde sa décision de licenciement sur un défaut de résultats doit démontrer une

⁸⁵ Cass. Soc., 30 septembre 1997, D. 1997, IR, 216 ; Dr. Soc., 1997, p.1094, obs. Rey.

⁸⁶ Cass. Soc., 30 septembre 1997, op. cit.

⁸⁷ Cass. Soc., 18 mai 1999, Dr. Soc., 1999, p.734.

⁸⁸ Cass. Soc., 12 janvier 1999, Dr. Ouvr., 1999, p.254, note P. Moussy (il s'agit en l'espèce du droit au libre choix du domicile personnel et familial).

⁸⁹ Cass. Soc., 19 mars 1987, Bull. n°176, p.111.

⁹⁰ Cass. Soc., 18 mars 1986, Bull. V, n°86.

insuffisance avérée d'activité de la part du salarié⁹¹, le défaut de réalisation des objectifs contractualisés constituerait en elle-même une cause réelle et sérieuse de licenciement.

A ce jour, la Cour de Cassation considère que la seule insuffisance de résultats ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement et ce, quelle que soit la source des objectifs non atteints⁹². L'employeur ne peut plus "se retrancher derrière l'application pure et simple des stipulations contractuelles"⁹³. D'une part, le salarié peut établir que les objectifs fixés ne sont ni sérieux, ni réalisables, et, d'autre part, l'insuffisance de résultat ne constitue pas une cause réelle et sérieuse si elle s'explique par des circonstances étrangères à l'activité du salarié⁹⁴. La clause d'objectif est donc un indice permettant à l'employeur d'établir une insuffisance de résultats mais ne suffit plus à elle seule à justifier un licenciement.

Nombreuses sont les clauses qui naissent du désir des employeurs de se soustraire aux rigidités qu'ils imputent au code de travail⁹⁵. En convenant avec le salarié que tel aspect de sa situation n'est pas substantiel, l'employeur se ménage une position favorable au regard de la jurisprudence relative aux modifications des conditions de travail. Le salarié ne pourra s'opposer utilement à ce qui a été initialement prévu entre les parties sans commettre un acte d'insubordination dans lequel l'employeur aura le loisir de voir une faute grave.

Certains contrats de travail correspondant à des postes hautement qualifiés ou des activités spécifiques, comme le sport professionnel ou des activités scientifiques "pointues", comportent des clauses favorables aux salariés. Il s'agit pour l'employeur "d'organiser la fidélité de l'entreprise envers le travailleur plutôt que la fidélité à l'entreprise de ce dernier"⁹⁶. Deux types de clauses permettent d'assurer une certaine prévisibilité concernant l'avenir des relations contractuelles. Les clauses de stabilité de l'emploi offrent au salarié une sécurité pendant un temps donné durant lequel le droit commun de la résiliation unilatérale est écarté. La violation d'une telle clause oblige l'employeur à indemniser le salarié du solde des salaires restant dus jusqu'au terme de la période garantie⁹⁷. Les clauses de garantie d'emploi sont parfois assorties d'une clause pénale fixant le montant de l'indemnité due par l'employeur en cas de non respect de ladite clause. Le droit de l'employeur de rompre le contrat de travail peut également être

⁹¹ Cass. Soc., 29 septembre 1993, Jurisprudence sociale UIMM, p.55.

⁹² Cass. Soc., 30 mars 1999 ; Cass. Soc., 7 avril 1999, Liaisons sociales, Juris. Actua. du 20 mai 1999, n°631.

⁹³ J.E. Ray, *Qui dit contractuel dit juste, la contractualisation des objectifs*, Liaisons sociales, Magazine, septembre 1998, p.64.

⁹⁴ Cass. Soc., 19 novembre 1997, Liaisons sociales, Juris. Hebdo n°7785 du 12 janvier 1998.

⁹⁵ cf. A. Jeammaud, *Les polyvalences du contrat de travail*, in "Les transformations du droit du travail", études offertes à G. Lyon-Caen, Paris, Dalloz, 1989, p.310.

⁹⁶ J. Savatier, *Les garanties contractuelles de stabilité d'emploi*, Dr. soc. 1991, p.413.

⁹⁷ Cass. Soc., 27 octobre 1998, Liaisons sociales du 9 novembre 1998, n°603.

partiellement paralysé par l'insertion d'une clause indemnitaire. Une telle clause prévoit qu'il sera alloué au salarié, en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, une indemnité. Le rattachement de ce type de stipulation au régime de la clause pénale permet aux juges en vertu de l'article 1152 du code civil de modérer ou de majorer l'indemnité.

Les clauses contractuelles doivent être appliquées dès lors qu'elles sont claires et précises⁹⁸. Par contre, les juges du fait détiennent un pouvoir souverain d'appréciation pour interpréter les clauses dont le sens est équivoque⁹⁹.

Librement conclu, le contrat de travail est à priori librement rompu. L'article L.122-4 du code du travail affirme le droit à l'employeur et au salarié de résilier unilatéralement le contrat de travail lorsque celui-ci a été conclu pour une durée indéterminée. Les dispositions légales ou conventionnelles ne peuvent priver l'employeur du droit de se séparer du salarié. Les règles de procédure et les règles substantielles ne viennent qu'encadrer l'exercice de ce droit sans remettre en cause le principe selon lequel la liberté pour l'employeur de mettre fin au contrat de travail est d'ordre public.

La liberté contractuelle permet donc à l'employeur de définir assez précisément les modalités de la subordination du salarié.

Section 3 : La subordination.

32. L'avènement de la liberté du travail, avec le décret d'Allarde de 1791, avait permis au contrat de régir à lui seul l'ensemble des rapports de travail. Dans le Code civil de 1804, il s'agissait du contrat de "louage de service". Par la suite, l'expression "contrat de travail" a été préférée par les auteurs, les juges et le législateur. Depuis la loi de 1973, on ne doit plus parler que de contrat de travail. Il y avait, en effet, quelque chose de choquant dans le terme de louage car, comme l'écrit M. G. Lyon-Caen " Le rapport employeur-salarié n'est pas un rapport d'échange donc n'est pas un louage Le travail n'est pas un bien car il n'y a pas de louage d'un corps avec jouissance reconnue aux locataires"¹⁰⁰. Une position différente a cependant été défendue, en particulier par M. A. Supiot qui considère que le salarié est engagé dans sa personne et dans son corps¹⁰¹. Le caractère inaliénable des droits fondamentaux de la personne¹⁰², et au premier chef son intégrité physique, s'oppose à cette conception.

⁹⁸ P. Waquet, *Le renouveau du contrat de travail*, RJS 5/99, p.383, voir p.390.

⁹⁹ Cass. Soc., 10 mars 1998, p.492, Obs. M. Barthélémy.

¹⁰⁰ G. Lyon-Caen, *Défense et illustration du contrat de travail*, Archives de philosophie du droit, n°13, 1968, p.14.

¹⁰¹ A. Supiot, *Le juge et le droit du travail*, Th. Bordeaux I, 1979, p.67 ; *Critique du droit du travail*, PUF, Les voies du droit, 1994, p.51 ; voir aussi M. Fabre-Magnan, *Le contrat de travail défini par son objet*, in *Travail en perspectives*, ss. direction A. Supiot, LGDJ, 1998, p.101.

¹⁰² J. Savatier, *La liberté dans le travail*, Dr. soc., 1990, p.49., voir p.56.

Le modèle contractuel étant fondé sur la fiction de deux parties idéalement libres, égales et aptes à aménager les rapports de travail en toute équité, une partie de la doctrine s'est attachée à démontrer le caractère subsidiaire du contrat de travail dans les relations employeur salariés.

Certains auteurs ont voulu montrer que l'évolution de la situation des salariés résultant de certains progrès du droit du travail se traduisait par un passage du contrat au statut, le statut signifiant un ensemble de dispositions générales qui s'imposent pour toute une catégorie de salariés. Ainsi, le droit du travail aurait-il absorbé le contrat. Cette conception a été défendue par G. Scelle pour qui le contrat devait être analysé comme "un acte conditionnel déclenchant sur un individu l'application d'un certain statut, le soumettant à une certaine loi, la loi de l'usine"¹⁰³

De même, G.H. Camerlynck a présenté le mécanisme du licenciement comme ayant cessé d'être un mécanisme contractuel pour faire partie intégrante d'un "statut professionnel"¹⁰⁴.

D'autres auteurs ont présenté l'entrée du salarié dans la collectivité de travail que constitue l'entreprise comme créatrice "d'une relation de travail", d'un "lien d'entreprise" sur lesquels il conviendrait de reporter une partie au moins du rôle traditionnellement dévolu au contrat. Ainsi, pour P. Durand, la relation de travail constituait-elle un fait déclenchant, indépendamment du contrat, pour l'application des règles du droit du travail¹⁰⁵.

Selon A. Brun, c'est "le lien d'entreprise" venant se superposer au lien contractuel entre salarié et employeur qui expliquait les règles assurant la stabilité de l'emploi¹⁰⁶.

D'autres encore parlent de "relation d'occupation" pour désigner les rapports entre employeur et salariés régis par la loi et non plus par la volonté contractuelle¹⁰⁷.

Ceci étant, si personne aujourd'hui ne peut soutenir que l'entreprise se réduit à "l'ensemble des contrats de travail"¹⁰⁸, il reste que l'entreprise ne saurait représenter une communauté, faute de considérer le salarié comme un de ses membres. Aussi, la prééminence du contrat de travail est-elle défendue pour expliquer les rapports existants entre employeur et salarié.

Les relations de travail sont organisées autour du contrat de travail. Celui-ci est la

¹⁰³ G. Scelle, *Le droit ouvrier*, A. Colin, 2^e éd., 1929, p.109 et suiv., p.168 et suiv.

¹⁰⁴ G.H. Camerlynck, *De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement*, JCP 1958, I, p.1425.

¹⁰⁵ P. Durand (en collaboration avec A. Vitu), *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, 1956, T.2, n°548.

¹⁰⁶ A. Brun, *Le lien d'entreprise*, JCP 1962, I, 1719.

¹⁰⁷ R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3^{ème} éd., 1964, n°86.

¹⁰⁸ G. Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, Paris, LGDJ, 1955.

source de la qualité de salarié et, par conséquent, celle du pouvoir patronal de direction des personnes. L'état du droit actuel, notamment le régime auquel est soumis une éventuelle modification du contrat, atteste de l'importance accordé au contrat de travail et, pour certains, du "renouveau du contrat de travail"¹⁰⁹.

La qualification de contrat de travail est d'ordre public et les volontés individuelles ne sauraient l'exclure. Il appartient aux juges d'interpréter les contrats et de leur "restituer leur véritable nature juridique, la seule volonté des intéressés étant impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche"¹¹⁰. De même, lorsqu'un contrat, initialement qualifié de contrat de travail, ne répond pas aux conditions de formation de ce type de contrat, les juges rétabliront la qualification juridique exacte. Ces conditions de formation sont au nombre de trois : travailler pour le compte et sous la subordination d'autrui moyennant rémunération¹¹¹. Caractéristique du contrat de travail, le lien de subordination répond à des critères objectifs fixés par la Cour de cassation¹¹².

§ 1 : Le cadre juridique des relations de travail.

33. La place faite au contrat dans le code du travail et les références constantes de la jurisprudence aux mécanismes contractuels conduisent à voir dans le contrat le cadre juridique des relations de travail¹¹³.

La soumission du salarié à l'autorité patronale est fondée sur le contrat de travail, celui-ci ayant pour "objet et pour effet de placer le salarié dans une situation de dépendance"¹¹⁴.

Il a pour effet "de placer le travailleur sous une autorité patronale qui se manifeste par des pouvoirs spécifiques que leur titulaire tient directement de l'ordre juridique (du droit objectif), le contrat se bornant à le rendre légitimes au regard du postulat de l'égalité des sujets de droit"¹¹⁵.

Dans ce système où le rapport de travail naît du contrat, le législateur apporte des

¹⁰⁹ P. Waquet, *Le renouveau du contrat de travail*, RJS 5/99, p.383.

¹¹⁰ Cass. Ass. Plén., 4 mars 1983, D. 1983, p.381, concl. J. Cabannes.

¹¹¹ G. Couturier, *Droit du travail*, T.1, 2^{ème} éd., PUF, p.94, ("Il y a contrat de travail quand une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la subordination d'un autre moyennant rémunération").

¹¹² Cass. Soc., 13 novembre 1996, Bull. civ., V, n°386, RJS 12/96, n°1320.

¹¹³ G. Lyon-Caen, *Défense et illustration du contrat de travail*, Archives de philosophie du droit n°13, 1968.

¹¹⁴ G.H. Camerlynck, Encyclopédie Dalloz, contrat du travail, n°71.

¹¹⁵ A. Jeammaud, *Les polyvalences du contrat de travail*, in Les transformations du droit contemporain, Etudes offertes à G. Lyon-Caen, 1989, Paris, Dalloz, p.299, voir p.301.

garanties au salarié à travers l'imposition d'obligations légales à la charge de l'employeur. Partant du constat que les prérogatives patronales en matière de direction des personnes procèdent du contrat de travail et que l'encadrement législatif se construit en référence à ce contrat, un auteur souligne la "centralité du contrat de travail"¹¹⁶.

La dimension contractuelle du rapport de travail autorise les parties à individualiser les modalités d'exécution du travail dès lors que l'ordre public est respecté.

Sous couvert du libre accord des parties, l'employeur peut proposer au salarié des modalités d'exécution du travail spécifiques. Dans de nombreuses situations, le salarié ne saura pas en mesure de discuter ces propositions.

Le contrat de travail s'apparente alors au contrat d'adhésion. Cette faculté de prévoir des obligations spécifiques sous réserve du respect des dispositions légales "atteste avec d'autant plus d'éclat que notre droit fait du contrat individuel un véritable outil de singularisation de chaque rapport de travail"¹¹⁷.

Cette dimension contractuelle est au centre de la jurisprudence relative aux modifications du contrat de travail selon laquelle l'employeur ne saurait modifier unilatéralement les éléments du contrat¹¹⁸. Elle justifie une résistance du salarié face aux pouvoirs de l'employeur. Nous reviendrons de manière approfondie sur cette jurisprudence lorsque nous traiterons des limites du champ d'exercice du pouvoir patronal, imposées par le contrat de travail.

Cette faculté de refus du salarié, même relative, fondée sur le droit contractuel, s'oppose à la conception institutionnelle de l'entreprise en ce qu'elle permet au salarié de se distinguer du reste du personnel en faisant valoir des droits propres. Le même raisonnement s'applique aux droits individuels acquis¹¹⁹.

En cas de dénonciation d'une convention ou d'un accord collectif, les salariés, présents au moment du délai de survie de la convention, conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis en application de la convention (Art. L. 132-8 al. 3,5,6 du code du travail). Est individuel un avantage "susceptible d'utilisation privative par opposition à l'avantage collectif, insusceptible d'une telle utilisation"¹²⁰. La notion d'acquisition est beaucoup plus incertaine¹²¹. La Cour de cassation définit l'avantage acquis comme un

¹¹⁶ A. Jeammaud, *Les polyvalences du contrat de travail*, in *Les transformations du droit contemporain*, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen, 1989, Paris, Dalloz, p. 299.

¹¹⁷ A. Jeammaud, *La place du salarié individu dans le droit français du travail*, in *Le droit collectif du travail*, Etudes en hommage à H. Sinay, Peter Lang, 1994, p.347.

¹¹⁸ Voir P. Waquet, *Le renouveau du contrat de travail*, *op. cit.* ; Cass. Soc., 16 dec. 1998, "Domenech", RJS 2/99, n°154 (en l'espèce, une promotion constitue une modification du contrat de travail que le salarié n'est pas tenu d'accepter).

¹¹⁹ A. Jeammaud, *La place du salarié individu dans le droit français du travail*, *op. cit.*, voir p.363.

¹²⁰ E. Dockès, *L'avantage individuel acquis*, *Dr. soc.*, 1993, p.826.

¹²¹ G. Lyon-Caen, Jean Pélissier, A. Supiot, *Droit du Travail*, Dalloz, 18^{ème} éd., 1996, p.778, n°903.

droit déjà ouvert et non simplement éventuel¹²². Cette définition semble exclure les droits liés à la réalisation d'un événement aléatoire ou ponctuel¹²³. Dès lors que l'existence d'un avantage individuel acquis est reconnue, celui-ci est intégré au contrat de travail¹²⁴. Conformément aux règles du droit des obligations, il ne peut alors faire l'objet de modification unilatérale de la part de l'employeur. Ici encore, le contrat de travail est un instrument de singularisation du rapport de travail et de résistance du salarié face au pouvoir de direction.

La légitimité des prérogatives patronales en matière de direction des personnes procède donc du contrat de travail en l'absence duquel il ne saurait y avoir, en droit, de subordination.

§ 2 : Les critères de la subordination.

34. La Cour de cassation a longtemps conçu le lien de subordination de façon extensive, afin de tenir compte de l'évolution des conditions de travail. En effet, si la subordination née du contrat de travail est évidente dans les entreprises industrielles, lorsque le travail est avant tout physique, le développement des activités du secteur tertiaire nécessite pour certains salariés une indépendance technique qui modifie la conception de la subordination. Celle-ci paraît plus légère pour les métiers intellectuels, créatifs. Les "cerveaux" demandent une liberté accrue pour effectuer leur travail. Cette autonomie propice à la créativité et à la recherche conduit à revoir les méthodes de gestion des ressources humaines ainsi que l'organisation du travail. Les nouvelles méthodes d'organisation de travail peuvent également donner le sentiment que le salarié se libère de la tutelle patronale. En effet, les innovations technologiques et les politiques de l'emploi se combinent pour développer un travail subordonné hors du cadre physique de l'entreprise. Dans certaines professions, les sociétés d'assurances en sont un exemple, l'organisation du travail privilégie les prestations de travail effectuées à l'extérieur de l'entreprise et opère la désintégration des postes de travail. Gain de place, et par conséquent d'argent, l'entreprise ne réserve plus d'espace privatif au salarié. Outre que la disparition du poste de travail, symbole d'appartenance à l'entreprise, ne peut qu'accentuer le relâchement du lien entre le salarié et son entreprise, cette évolution aboutit "à rendre le salarié plus indépendant, plus exactement à le transformer progressivement en entrepreneur"¹²⁵.

Cette liberté dont disposent certains salariés dans l'exécution de leur prestation de travail ne supprime cependant pas leur subordination vis à vis de l'employeur. Afin que cette catégorie de travailleurs puisse bénéficier des dispositions protectrices attachées à la qualité du salarié, les critères de la subordination appliqués par les tribunaux sont

¹²² Cass. Soc., 19 juin 1987, Bull. V, n°402.

¹²³ E. Dockès, *op. cit.*, p.832.

¹²⁴ Cass. Soc., 6 nov. 1991, C.S.B.P., déc. 1991, p.275, A. 60, RJS 12/91, n°1342.

¹²⁵ S. Simitis, *Le droit du travail a-t-il encore un avenir ?*, Dr. soc., 1997, p.658.

relativement souples¹²⁶ .

Classiquement, est subordonné celui qui fournit un travail sous l'autorité d'un employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution de la prestation, en contrôle l'accomplissement et en vérifie le résultat¹²⁷ . Cette définition constante de la subordination se prête parfaitement aux situations de travail dans lesquelles le salarié ne possède aucune liberté d'organisation. Par contre, dans le cadre d'activité supposant une indépendance technique, la subordination sera moins directe. Dans ces hypothèses, les juges s'attacheront aux conditions extérieures à la prestation de travail : fourniture de moyens, sujétions administratives ou juridiques.

Dès lors que la prestation de travail est exécutée dans le cadre d'un "service organisé"¹²⁸ , la subordination juridique est caractérisée. Cette jurisprudence trouve régulièrement à s'appliquer pour les personnels du secteur médical¹²⁹ .

La loi "Madelin" du 11 février 1994¹³⁰ , en instaurant une présomption réfragable d'absence de contrat de travail est analysée comme une tentative de freiner cet élargissement du critère juridique de subordination¹³¹ . La qualification de contrat de travail n'était retenue que si le salarié était placé dans un lien de subordination juridique permanente, ce qui avait pour effet d'exclure les travailleurs précaires ou occasionnels. Les deux premiers alinéas de l'article L.120-3, qui instituaient cette présomption, ont été abrogés par la loi du 19 janvier 2000 (loi "Aubry II") relative à la réduction du temps de travail.

L'arrêt de la Cour de cassation, en date du 13 novembre 1996 qui rappelle une fois encore que le lien de subordination n'est établi que si le travail est fourni "sous l'autorité d'un employeur qui a pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné"¹³² , est cependant influencé par la loi du 11 février 1994¹³³ .

¹²⁶ Voir B. Boubli, "Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XX^{ème} siècle", JSL 1999, 35-1.

¹²⁷ Cass. Soc., 11 oct. 1961, Bull. civ., IV, n°845 ; Cass. Soc., 13 nov. 1996, Dr. soc., 1996, p.1067, D. 1996, IR, p. 268.

¹²⁸ Cass. Ass. plén., 18 juin 1976, D. 1977, p.173, note A. Jeammaud.

¹²⁹ Voir J. Savatier, L'application du droit du travail dans les établissements hospitaliers privés , Rev. Trim. Dr. sanit. et soc., 1990, p.476.

¹³⁰ article L. 120-3 du code du travail.

¹³¹ A. Bouilloux , L'adaptabilité du contrat de travail , Dr. ouvrier, 1997, p.487.

¹³² Cass. Soc., 13 nov. 1996, op. cit., (La formule de cet arrêt a été réitéré à plusieurs reprises).

¹³³ A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, L'ordonnancement des relations du travail, Recueil Dalloz, 1998, Chr., p.361.

Ceci étant, la qualification de contrat de travail qui commande l'application de règles d'ordre public n'est pas laissée à la libre appréciation des parties. Le choix des parties ne peut s'imposer au juge ¹³⁴ .

Celui-ci a le devoir d'analyser les conditions réelles d'exercice de l'activité afin de qualifier le contrat, le cas échéant, en contrat de travail. Ainsi, un ingénieur ayant conclu un contrat de travailleur indépendant avec mise à disposition d'une entreprise tiers pour l'exécution d'une prestation technique est-il en droit d'invoquer l'existence d'un contrat de travail dès lors qu'il travaillait dans les locaux de l'entreprise, participait avec d'autres salariés à des études définies par l'employeur et percevait une rémunération mensuelle ¹³⁵ .

De même, le contrat de collaboration signé entre une société civile professionnelle et un avocat est requalifié en contrat de travail dès lors que ce dernier a été mis dans l'impossibilité d'avoir une clientèle ¹³⁶ .

Au bénéfice de certaines professions visées par les dispositions du livre VII du code du travail, le législateur a instauré une présomption de salariat. Ainsi tout contrat conclu entre un employeur et un journaliste (article L.761-2), un artiste (article L.762-1) ou un mannequin est-il présumé être un contrat de travail. Cette présomption légale entraîne l'application des dispositions du code du travail et l'assujettissement des personnes concernées au régime général de la sécurité sociale. Elle "subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération ou la qualification donnée au contrat par les parties" ¹³⁷ .

En outre, concernant les mannequins et les artistes de spectacle, elle n'est pas détruite par la preuve que ceux-ci conservent leur liberté d'expression ¹³⁸ . Il appartient au cocontractant qui réfute la qualité de salarié du professionnel de démontrer que celui-ci exerce son activité en toute indépendance ¹³⁹ ou dans des "conditions impliquant son inscription au registre du commerce" ¹⁴⁰ s'il s'agit d'un artiste. La présomption instituée en faveur des travailleurs à domicile est, à l'inverse, irréfragable, elle ne supporte pas la preuve du contraire (article L.721-1).

35. Le contrat de travail légitime le pouvoir de direction sur les personnes mais il n'est pas le seul vecteur de la subordination dans le travail. En effet, dans

¹³⁴ Cass. Ass. plen., 4 mars 1983, D. 1983, jur., p.381, concl. J. Cabannes.

¹³⁵ C.A. Versailles, 31 juillet 1997, RJS 11/97, n°1303.

¹³⁶ Cass. Ch. Mixte, 12 février 1999, Semaine sociale Lamy, n°924 du 8 mars 1999, p.10.

¹³⁷ Cass. Soc., 25 janvier 1990, Bull. civ. V, p.23, n°36 (concernant les artistes de spectacle).

¹³⁸ Cass. Soc., 19 mai 1998, RJS 8-9/98, n°1084 (concernant les artistes de spectacle).

¹³⁹ Cass. Soc., 16 janvier 1997, RJS 1997, p.227, n°326 ; Cass. Soc., 9 février 1989, Bull. civ. V, n°108.

¹⁴⁰ article L.762-1 du code du travail.

certaines situations de sous-traitance, le travailleur indépendant au sens juridique est économiquement dépendant du donneur d'ordre et connaît une subordination aussi forte que celle du salarié. Ces dérives sont accentuées par le recentrage de l'entreprise sur son métier avec, parallèlement, l'externalisation des activités secondaires. Ainsi, "tout autour (de l'entreprise) s'épanouissent des cercles concentriques d'emplois périphériques où, par le jeu de la sous-traitance, de l'externalisation des services et du travail indépendant, la distinction entre le travail salarié et le travail indépendant se trouve remise en cause"¹⁴¹.

La transformation du contrat de travail en contrat d'entreprise ou de sous-traitance permet à l'employeur de maximiser la flexibilité dans l'organisation du travail. Utiliser un travailleur indépendant, c'est s'affranchir des règles relatives au temps de repos, s'exonérer des normes d'hygiène et de sécurité et échapper aux obligations en matière de sécurité sociale. La proposition formulée par certains de substituer au contrat de travail un contrat dit d'activité tend à exclure le régime légal du salariat jugé trop contraignant.

36. Le pouvoir de direction sur les personnes est donc légitimé par l'existence du contrat de travail. La qualification de contrat de travail est d'ordre public et la volonté individuelle ne saurait y déroger. Le critère essentiel du contrat de travail est l'existence d'un lien de subordination entre les parties, le salarié, soumis, et l'employeur. Par conséquent, c'est *a priori* au contrat de travail qu'il convient de se référer pour connaître le titulaire du pouvoir de direction. Celui-ci désigne l'employeur en tant que partie au contrat. Plusieurs facteurs, cependant, viennent perturber le lien entre détention du pouvoir de direction et contrat de travail. La configuration de l'entreprise et l'environnement dans lequel elle évolue commandent la mise en œuvre de modes d'exercice du pouvoir particuliers, ce qui peut conduire à un éclatement des prérogatives patronales et poser des difficultés quant à la désignation du titulaire du pouvoir de direction.

TITRE II : LA TITULARITE DU POUVOIR DE DIRECTION

37. Savoir qui est l'employeur a tout d'abord une utilité pratique pour le salarié, parce que c'est à lui et à lui seul que ce dernier pourra réclamer en justice l'exécution du contrat ou des indemnités en cas de ruptures.

La détermination du titulaire du pouvoir patronal de direction est parfois malaisée compte tenu des changements profonds qui ont affecté les entreprises dans leur organisation. La recherche d'une production de masse implique d'importants moyens techniques et financiers. Pour cela, les entreprises sont conduites à se concentrer. En France, le mouvement s'est accéléré depuis la création du marché commun européen, puis l'approfondissement de l'intégration communautaire. Par voie de conséquence, l'organisation de l'entreprise s'est complexifiée. Aujourd'hui, le phénomène de

¹⁴¹ C. Leroy, Les employeurs qui détestent le contrat de travail, *Liaisons sociales, Le magazine, février 1999, p.27.*

globalisation modifie encore les données. Les entreprises, même de petite taille, doivent penser leur stratégie en fonction de la concurrence sur le marché mondial, ce qui se traduit par l'amplification et la diversification des formes d'internationalisation. Tout d'abord, s'est développée la transnationalisation des entreprises. L'investissement d'une entreprise à l'étranger peut-être dicté par diverses considérations : cela lui permet d'avoir accès aux ressources naturelles, au marché du pays d'accueil mais également, de bénéficier d'une main-d'œuvre peu chère. Le mouvement opère une "décomposition internationale des processus productifs"¹⁴² qui est en partie fonction des coûts de main-d'œuvre. On reproche aussi à cette politique de l'entreprise multinationale ou transnationale de créer des emplois dans le pays d'accueil au détriment du pays d'origine.

Face aux entreprises transnationales, d'autres types de relations entre entreprises se sont développées à l'échelle mondiale. La forme récente de l'internationalisation, décrite notamment par R. Reich¹⁴³ est l'entreprise-réseau. Au lieu de créer des filiales, l'entreprise tisse des relations contractuelles avec des partenaires étrangers. Ce partenariat peut revêtir plusieurs formes, celui des franchises par exemple, et présente des avantages. Il permet, en effet, la réduction des apports de capitaux ainsi qu'une intégration facilitée dans le contexte local.

Ces évolutions des modes d'organisation de l'entreprise mettent en question le droit du travail, dans la mesure où elles affectent le système productif traditionnel en contemplation duquel la législation du travail paraît avoir été construite¹⁴⁴.

Quelles que soient les mutations, il demeure que l'entreprise ne peut fonctionner que si une autorité la dirige. Si dans les petites exploitations, l'essentiel des prérogatives patronales s'incarne en une seule personne, des difficultés apparaissent dès lors que l'entreprise se complexifie et la détermination de l'employeur peut susciter des interrogations. En effet, dans les grandes et moyennes entreprises, le pouvoir est, en général, collectivement exercé. La complexité des problèmes que soulève la gestion d'une firme importante est telle que les décisions sont souvent collégialement préparées sinon adoptées. Il est de plus en plus rare que la prospérité d'une grande entreprise repose sur une seule personne. Un seul individu ne peut maîtriser l'ensemble des données concernant l'entreprise. L'environnement dans lequel évolue l'entreprise, ses possibilités de développement, la gestion des ressources humaines sont autant de domaines qui nécessitent des compétences particulières et précises. A cette préparation collective des décisions s'ajoute une déconcentration des responsabilités. La gestion d'une grande entreprise est donc l'œuvre de groupes de "managers", ce que K. W. Galbraith nomme la "technostructure".

De cette évolution vers un exercice collégial et déconcentré des pouvoirs patronaux

¹⁴² B. Lassudrie-Duchène, *Décomposition internationale des processus productifs et autonomie de décision*, in Internationalisation et autonomies de décision, dir. A. Bourguinat, Paris, Economica, 1982.

¹⁴³ R. Reich, *L'économie mondialisée*, Paris, Dunod, 1997 ; D. Uzunidis, *Mondialisation, intégration et normalisation du progrès technique*, Innovations, Cahiers d'économie de l'innovation, n°3, Paris, L'Harmattan, 1996.

¹⁴⁴ A. Jeammaud, *Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation*, Dr. Ouvrier, 1998, p.240.

naissent des difficultés pour désigner celui qui, dans l'entreprise, est le véritable "patron". Cette identification du détenteur du pouvoir patronal de direction est d'autant plus délicate que la taille de l'entreprise s'accroît et que cette dernière s'intègre dans un groupe. La situation du groupe de sociétés favorise la mise en relation du salarié avec plusieurs sociétés, de même qu'elle multiplie les difficultés juridiques ayant trait à la détermination de l'employeur.

Avec la complexité croissante des entreprises, les agents d'exercice du pouvoir de direction se multiplient, ce qui entraîne un éclatement du pouvoir de direction. A la diversité des situations répondront différentes modalités d'organisation du pouvoir.

Ainsi distinguerons-nous la question de la détermination de l'employeur (*chapitre I*) de celle de la détention du pouvoir dans l'entreprise (*chapitre II*).

Chapitre I : L'identification de l'employeur

38. L'employeur est le titulaire du pouvoir de direction. Il ne saurait être confondu avec la personne exerçant concrètement l'autorité patronale dans l'entreprise. En effet, dès lors que l'entreprise est à la propriété d'une personne morale, il convient de distinguer les notions d'employeur et de chef d'entreprise (*section I*).

La Cour de Cassation considère que les juges doivent s'attacher à l'exercice réel du pouvoir de direction pour identifier l'employeur. Les juges ne sont pas liés par les termes du contrat de travail¹⁴⁵. Il résulte de cet examen des faits que la qualité d'employeur peut être reconnue conjointement à plusieurs sociétés nonobstant les règles du droit des sociétés commerciales (*section II*).

Section 1 : la distinction entre employeur et chef d'entreprise.

39. Le code du travail et une partie de la doctrine ne font pas toujours un usage très précis de ces deux notions. Selon le code du travail, c'est l'employeur qui licencie ou négocie les accords collectifs, mais c'est le chef d'entreprise qui est l'interlocuteur des délégués syndicaux et des représentants du personnel. C'est également lui qui est membre des instances collégiales.

Certains rôles ne peuvent être tenus que par des personnes physiques. Ainsi la présidence du comité d'entreprise ou la réception des délégués du personnel est assurée par le chef d'entreprise ou le chef d'établissement¹⁴⁶. Par contre, il est parfois fait référence au "chef d'entreprise" ou à "l'entreprise", qui est une catégorie juridique du droit français mais non un sujet du droit spécifique, pour désigner le cocontractant du salarié¹⁴⁷. Il convient, par conséquent, de relativiser l'option terminologique retenue dans

¹⁴⁵ Cass. Soc., 22 nov. 1979, D. 1980, IR p.351, obs. P. Langlois.

¹⁴⁶ L'article L.433-1 du code du travail dispose que "le comité d'entreprise comprend le chef d'entreprise ou son représentant...". L'article L.424-4 du code du travail dispose que "les délégués du personnel sont reçus collectivement par le chef d'établissement ou son représentant au moins une fois par mois...".

certaines textes.

Ces deux qualités, employeur et chef d'entreprise n'appartiennent pas, sauf dans les entreprises individuelles, au même sujet de droit. Alors que l'employeur est le cocontractant du salarié, le chef d'entreprise représente l'autorité concrète dans l'entreprise.

§ 1 : L'employeur, cocontractant du salarié.

40. L'employeur est défini comme la personne juridique qui est partie au contrat de travail; c'est le cocontractant du salarié. Il peut s'agir d'une personne physique exerçant elle-même directement les prérogatives, mais le plus souvent c'est une personne morale.

La personnalité juridique de l'employeur est indispensable pour contracter et pour que celui-ci puisse répondre sur son actif de toutes les conséquences patrimoniales de la relation salariale. Les dispositions relatives aux sociétés en participation (Art. 1872-1 du code civil) et aux sociétés créées de fait (Art. 1873 du code civil) ne remettent pas en cause cette règle, elles l'aménagent en dégageant le cas échéant une responsabilité patrimoniale des différents participants qui auraient agi "en qualité d'associés au vu et au su des tiers".

La notion d'employeur est très large. Peuvent avoir cette qualité, le propriétaire d'une entreprise industrielle, commerciale ou agricole, une société, une association, un syndicat ou un particulier. Lorsque la qualité d'employeur, cocontractant du salarié, appartient à une personne morale, publique ou privée, sociétaire ou non, elle est forcément distincte de celle de chef d'entreprise, qui ne peut être qu'une personne physique.

Chaque employeur n'a pas nécessairement une entreprise; tel est le cas du particulier employeur de personnel domestique, de l'élu employeur d'un assistant parlementaire. Dans ces exemples, l'employeur n'est pas un chef d'entreprise et les relations de travail avec son salarié s'inscrivent sur un terrain purement individuel.

Lorsque le salarié contracte avec une personne morale, ce qui aujourd'hui correspond à la majorité des situations, l'employeur est un être juridique. Il est le titulaire abstrait du pouvoir de direction. C'est sur le terrain du contrat de travail qu'il faut se placer pour l'identifier. Dans la mesure où "la conclusion du contrat de travail ... crée l'employeur en même temps que le salarié"¹⁴⁸, il convient de connaître le cocontractant du salarié pour déterminer l'employeur. Lorsque ce dernier est une personne morale, ces pouvoirs seront exercés par une personne physique, le chef d'entreprise, représentant de l'employeur.

¹⁴⁷ Trib. civ. de la Seine, 9 fév. 1959, JCP 1959, n°1106 (Les juges décident que "le débiteur n'est pas une personne physique ou morale mais l'entreprise". Cette formule est pour le moins curieuse dès lors que l'entreprise est dépourvue de personnalité juridique).

¹⁴⁸ G. H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, t.1, Ed. Dalloz, 1982, p.68.

§ 2 : Le chef d'entreprise, l'autorité concrète.

41. La direction de l'entreprise est assurée concrètement par le chef d'entreprise. Lorsque l'employeur est une personne morale, le chef d'entreprise en est le représentant et, à ce titre, il est titulaire des prérogatives patronales. Afin de mettre en œuvre la politique décidée par la société employeur, il dispose de pouvoirs de gestion, d'organisation et de direction des personnes. Il engage la société dans tous les actes de la vie juridique. C'est l'interlocuteur direct des salariés et le détenteur du pouvoir disciplinaire¹⁴⁹. La loi lui attribue un rôle spécifique puisque c'est à lui qu'incombe l'obligation de respecter et faire respecter les règles en matière d'hygiène et de sécurité. En cas de violation de ces normes, il engage sa responsabilité pénale. Cette responsabilité pénale du chef d'entreprise est la pierre angulaire du système répressif applicable aux activités économiques et sociales¹⁵⁰. Lors de poursuites pénales, les chefs d'entreprise sont prioritairement mis en cause et leur responsabilité pourra être engagée même s'ils n'ont pas participé directement à l'infraction.

Certains parlent alors de responsabilité du fait d'autrui¹⁵¹, il semble plus juste de considérer que l'élément matériel de l'infraction réside dans un comportement d'omission¹⁵². Le fondement de cette responsabilité est une faute dans l'exercice du pouvoir de direction. La responsabilité pénale des personnes morales consacrée par le Nouveau Code Pénal (Art. 121-2 al.2 NCP) n'exclut d'ailleurs pas celle des chefs d'entreprise.¹⁵³

Exerçant les prérogatives patronales au sein de l'entreprise, et à ce titre responsable pénalement, le chef d'entreprise ne possède cependant pas la qualité d'employeur. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle rappelé que la qualité d'employeur doit être attribuée, non au chef d'un établissement d'enseignement, mais à l'organisme gestionnaire.¹⁵⁴

Pour identifier l'employeur, les juges adoptent une démarche pragmatique en recherchant le titulaire de l'exercice effectif du pouvoir de direction.

Section 2 : Critères de l'exercice effectif du pouvoir de direction.

42. Le pouvoir de direction suppose le pouvoir de commandement sur les personnes. Comme nous l'avons vu dans le précédent chapitre, ce pouvoir naît du contrat de travail.

¹⁴⁹ I. Vacarie, *L'employeur*, éd. Sirey, 1978, p.1.

¹⁵⁰ A. Coeuret, *Gouvernement des entreprises et responsabilité pénale*, in *La gouvernabilité*, PUF, 1996, p.114.

¹⁵¹ A. Coeuret, *Gouvernement des entreprises et responsabilité pénale*, in *La gouvernabilité*, PUF, 1996, p.114.

¹⁵² F. Desportes, F. Le Guenhec, *Le nouveau droit pénal*, Economica, 1998, n°531. (163) J. Pradel, *Le Nouveau Code Pénal*, Dalloz, 1995, p.117.

¹⁵³ J. Pradel, *Le Nouveau Code Pénal*, Dalloz, 1995, p.117.

¹⁵⁴ Cass. Soc., 28 mars 1989, RJS 5/1989, n°443 ; Cass. Soc., 9 mai 1990, RJS 6/1990, n°449.

Par conséquent, les critères d'identification du titulaire du pouvoir de direction rejoignent ceux du contrat de travail caractérisé par le rapport de subordination.

Pour identifier l'employeur, les juges vont s'attacher à un faisceau d'indices leur permettant d'établir l'existence d'un rapport de subordination. Possédera la qualité d'employeur tout sujet de droit auquel le salarié se trouve concrètement subordonné.

L'indépendance juridique des sociétés ne fait pas échec à une reconnaissance éventuelle d'une pluralité d'employeurs dans le cadre d'un même contrat de travail.

§ 1 : Un faisceau d'indices.

43. L'employeur se définit formellement comme la personne qui a conclu le contrat de travail. Mais, les juges ne s'arrêtent pas à ce critère formel. Ils recherchent celui qui donne des ordres et contrôle le travail ¹⁵⁵. Par conséquent, la qualité d'employeur n'est pas exclusivement attachée à la participation à l'acte d'embauchage. Ainsi la qualité d'employeur peut-elle être attribuée à une société qui n'a pas conclu le contrat de travail ¹⁵⁶. Dans certains cas, cette solution s'explique par l'idée de représentation d'une société par une autre dans la conclusion du contrat de travail. Il en est ainsi lorsque l'embauche est effectuée par une société spécialisée dans la gestion du personnel pour le compte d'une autre entreprise. Mais cette idée de représentation ne rend pas compte de toutes les situations dans lesquelles le salarié se trouve mis en relation avec plusieurs sociétés postérieurement à la conclusion de son contrat de travail.

Il est en effet concevable, en particulier dans les situations de groupes, qu'une société embauche le salarié mais que celui-ci soit placé sous l'autorité d'une autre société, voire des deux ¹⁵⁷. Dans ces hypothèses, l'attribution de la qualité d'employeur est alors, en droit, indifférente au critère de participation à la conclusion du contrat de travail. Sera désigné comme employeur celui au profit duquel le travail est accompli et qui a de ce travail le contrôle et la direction. C'est l'analyse des conditions d'accomplissement de la prestation de travail qui permettra d'affirmer l'existence ou l'absence d'un rapport de subordination et parallèlement de déterminer l'employeur. Plusieurs éléments, d'une importance variable, sont susceptibles de caractériser la subordination juridique. Si la prise en charge des obligations patronales fait présumer la qualité d'employeur, tout comme la conclusion du contrat de travail, elle n'est pas exclusivement déterminante. Ainsi a été reconnue employeur une société qui ne prenait pas en charge la rémunération du salarié ¹⁵⁸. La lecture des décisions de la Cour de cassation fait apparaître plusieurs

¹⁵⁵ Cass. Soc., 23 février 1977, Bull. civ. V, n°136.

¹⁵⁶ Cass. Soc., 29 mai 1973, Bull. civ. V, n°346.

¹⁵⁷ Y. Chalaron, *Groupes de sociétés*, éd. tech. juris-classeurs, 1992, Fasc. 16-25, 8, p.3.

¹⁵⁸ Cass. Soc., 19 février 1980, Bull. civ. V, n°141 ; Cass. Soc., 9 mai 1990, RJS 6/1990, n°449 (hypothèse des enseignants d'établissement privé sous contrat d'association qui ont pour employeur l'établissement alors qu'ils sont rémunérés par l'Etat).

indices révélateurs de la qualité d'employeur.

Ainsi est considérée comme une manifestation du pouvoir de direction de l'employeur le fait de donner des instructions¹⁵⁹, de fixer des horaires de travail¹⁶⁰, d'exiger des comptes rendus d'activité¹⁶¹, d'imposer un lieu d'exécution du travail¹⁶², de fournir du matériel¹⁶³. Le pouvoir d'affectation du salarié est aussi présenté comme l'une des prérogatives caractéristiques du pouvoir de l'employeur¹⁶⁴.

Dans tous les cas, la valeur des indices est appréciée par le juge eu égard aux circonstances de la cause. Ainsi, la reconnaissance de la qualité d'employeur à celui qui adresse des directives ne saurait être systématique dans la mesure où des directives peuvent également être adressées à un mandataire. De même, la contrainte du lieu d'exécution de travail n'est pas spécifique au contrat de travail. En d'autres termes, le rapport salarial ne saurait se résumer à l'existence de sujétions qui sont inéluctables à tout contrat synallagmatique¹⁶⁵. Pour cela, l'autorité patronale, qui s'exprime notamment à travers le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de travail et celui de sanctionner, sera-t-elle souvent constatée par la conjonction de plusieurs indices.

Cette recherche du lien de subordination conduit les juges à examiner les relations des sociétés entre elles. L'existence de liens étroits entre les sociétés voire d'activités confondues est prise en compte par le droit du travail qui passe outre l'apparente autonomie juridique des sociétés pour désigner le ou les employeurs.

§ 2 : La relativisation de l'autonomie des personnes morales.

44. Le droit des sociétés commerciales autorise les sociétés à se concentrer sur le plan économique tout en conservant leur personnalité juridique propre. Cette concentration économique entraîne la perte d'autonomie de décision des sociétés, celles-ci étant à des degrés divers dépendantes économiquement de choix extérieurs. Tenant compte de cette réalité, le droit du travail s'affranchit de l'autonomie juridique des sociétés. Cette démarche pragmatique a fait dire à un tribunal qu' "en droit du travail, le débiteur n'est pas une personne physique ou morale mais l'entreprise"¹⁶⁶.

¹⁵⁹ Cass. Soc., 29 mars 1994, Bull. civ. V, n°108; Cass. Soc., 22 mai 1997, cité par Liaisons sociales, mémo social 1999, n°561.

¹⁶⁰ Cass. Soc., 9 octobre 1990, Bull. civ. V, n°422.

¹⁶¹ Cass. Soc., 14 mars 1991, Bull. civ. V, n°139.

¹⁶² Cass. Soc., 29 mars 1994, op. cit.

¹⁶³ Cass. Soc., 14 juin 1989, Bull. civ. V, n°451.

¹⁶⁴ J. Vacarie, Dr. soc., 1989, p.463.

¹⁶⁵ A. Jeammaud, note sous Cass. Ass. Plen., 18 juin 1976, D. 1977, p.173, II. B.

Le droit du travail entend s'attacher aux faits pour déterminer l'employeur et prend en considération les relations existantes entre les sociétés. Plusieurs types de situations peuvent se présenter : la confusion de sociétés et le groupe de sociétés.

A. : La confusion de sociétés.

45. Il y a confusion de sociétés lorsque la direction, les services et les activités sont communs aux différentes sociétés. Cette situation révèle une communauté d'exploitation, d'activité et d'intérêt qui caractérise l'existence d'une unité économique et sociale. La notion d'unité économique et sociale (U.E.S.) a été élaborée par les tribunaux en vue de garantir le droit de la représentation du personnel puis consacrée par la loi du 28 octobre 1982 (article L.431-1 alinéa 6 du Code du travail). La reconnaissance de l'existence d'une unité économique et sociale peut être le fait d'un accord collectif signé par l'ensemble des employeurs et organisations syndicales concernées ou d'une décision judiciaire. Dans cette seconde hypothèse, le juge apprécie l'existence ou l'absence d'une unité économique et sociale au regard d'un faisceau d'indices. Tout d'abord, seules des personnes morales juridiquement distinctes peuvent constituer une telle unité¹⁶⁷. Il peut s'agir d'un groupement entre sociétés et, ou, associations¹⁶⁸. Sur le terrain de l'unité économique, la concentration peut être caractérisée par l'identité de dirigeants ou d'administrateurs entre les sociétés¹⁶⁹, par l'imbrication des capitaux¹⁷⁰ par des activités complémentaires ou similaires¹⁷¹.

L'unité sociale se caractérise, quant à elle, par l'identité de statut¹⁷² ou de conditions de travail¹⁷³ pour les salariés des différentes entreprises. Ainsi constitue une unité sociale

¹⁶⁶ Trib. Civ. de la Seine, 9 fév. 1959, JCP 1959, n° 1106.

¹⁶⁷ Cass. Soc., 2 avril 1996, RJS 1996, n°555 (Absence d'unité économique et sociale entre une société et un établissement d'une autre société) ; Cass. Soc., 13 janvier 1999, RJS 1999, n°230 (Absence d'unité économique et sociale entre deux établissements distincts d'une même société ou de plusieurs sociétés).

¹⁶⁸ Cass. Soc., 8 avril 1992, Bull. V, n°265 (hypothèse dans laquelle plusieurs associations constituent une unité économique et sociale) ; Cass. Soc., 9 juillet 1986, Bull. V, n°366 (Deux associations et une société anonyme constituent une unité économique et sociale).

¹⁶⁹ Cass. Soc., 25 novembre 1998, Liaisons sociales, Juris. hebdo, n°609 du 14 décembre 1998 ; Cass. Soc., 27 juin 1990, Dr. ouvrier, 1991, p.17, note M. Cohen.

¹⁷⁰ Cass. Soc., 8 octobre 1998, Dr. ouvrier, 1999, p.267.

¹⁷¹ Voir TI. Paris, 14 novembre 1997, Dr. Ouvrier, 1998, p.68 ; Cass. Soc., 12 mars 1986, Bull. V, n°89 (En l'espèce, les activités sont similaires en partie seulement).

¹⁷² Cass. Soc., 15 mai 1990, Bull. V, n°221.

¹⁷³ Cass. Soc., 17 mai 1994, RJS 1994, n°869 (identité des conditions de rémunération).

des sociétés ayant un service administratif ou juridique commun et faisant bénéficier leurs salariés des mêmes avantages sociaux¹⁷⁴.

Au regard du droit du travail, les personnes morales faisant partie de cette unité ont toutes la qualité d'employeur¹⁷⁵. La pluralité d'employeur permet au salarié de se retourner vers plusieurs débiteurs. La solidarité passive rend inopposable au travailleur toute division de la dette patronale. La reconnaissance de l'unité d'entreprise par delà la pluralité de structures juridiques permet également au salarié de conserver l'application de la convention collective dont il dépend.

L'hypothèse de la confusion de sociétés n'est guère concevable que dans le cadre interne, dans la mesure où les critères de communauté de dirigeants, de personnel et de services sont très stricts¹⁷⁶. Au niveau international, les relations entre sociétés s'analysent comme une coordination de leurs activités respectives. Elles forment alors un groupe de sociétés, cadre particulièrement favorable à la mise en relation du salarié avec plusieurs entreprises.

B. : Les groupes de sociétés.

46. L'analyse du phénomène des groupes de sociétés et de leur procédé de formation relève du droit commercial des sociétés. On appelle groupe de sociétés l'ensemble constitué par plusieurs sociétés ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre elles par des liens en vertu desquels l'une d'elles, la société-mère, qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de décision. La notion de groupe a donc une signification plus économique que juridique. Le développement des groupes de sociétés s'explique par des raisons économiques, fiscales et politiques. La formation d'un groupe est le résultat, soit du rapprochement de sociétés distinctes, soit de la division d'une même société en filiales. Le droit des sociétés pose comme principe l'indépendance juridique des sociétés du même groupe. Dotées de la personnalité morale, les différentes sociétés d'un même groupe peuvent entretenir des rapports économiques entre elles sans pourtant devenir dépendantes en droit les unes des autres. Le phénomène de groupe perturbe les notions d'employeur et d'entreprise. La notion de groupe est difficile à saisir, car les situations concrètes révèlent des réalités différentes. Pour cela, les juges se montrent pragmatiques et ne retiennent pas une définition du groupe mais procède au cas par cas.

A partir des années 60, la chambre sociale de la Cour de cassation avait admis que l'existence de relations particulières entre entreprises devait être prise en compte dans les relations employeur-salariés¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Cass. Soc., 2 décembre 1998, Liaisons sociales, Juris. hebdo. n°609 du 14 décembre 1998.

¹⁷⁵ Cass. Soc., 10 avril 1975, Bull. civ. V, n°188.

¹⁷⁶ J. Mestre, M. Buy, note sous C.A. Aix en Provence, 4 juin 1980, D. 1981, p.481.

¹⁷⁷ C. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, 1990, p.193.

Aujourd'hui, le droit du travail prend en considération la réalité des groupes de sociétés, tant sur le terrain des relations individuelles de travail, que sur celui des relations collectives. Qu'il s'agisse des possibilités de reclassement en matière de licenciement économique¹⁷⁸ ou de la mise en place des institutions représentatives du personnel, la situation de groupe est prise en compte.

En cas de licenciement pour motif économique, la règle jurisprudentielle est que l'employeur doit rechercher toute possibilité de reclassement à l'intérieur de l'entreprise mais aussi dans le groupe auquel celles-ci se rattache. Dans cette matière, le groupe est constitué des "entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel"¹⁷⁹. Cette approche tient compte de la proximité des liens entre les entreprises qui permet la permutation de personnel. Aussi, le groupe de sociétés défini en matière de reclassement ne coïncide-t-il pas nécessairement avec celui retenu pour la constitution d'un comité de groupe et d'aucuns ont pu écrire que l'obligation de reclassement s'appliquait dans le cadre d'un "groupe restreint"¹⁸⁰. L'articles L.439-1 du code du travail relatif au comité de groupe, définit la notion de groupe en reprenant les termes de la directive européenne du 22 septembre 1994 sur le comité de groupe européen.

Le groupe se compose d'une entreprise dite dominante et des entreprises qu'elle contrôle ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante. Selon les conditions précisées par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, une société est considéré comme en contrôlant une autre lorsqu'elle possède plus de la moitié du capital de cette dernière (article 354) ou lorsqu'elle dispose, directement ou indirectement, de la majorité des droits de vote (article 355-1). L'existence d'une influence dominante est présumée établie, sans préjudice de la preuve contraire, lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, peut nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration de direction ou de surveillance d'une autre entreprise, ou lorsqu'elle dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise, ou bien lorsqu'elle détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise. Pour la constitution d'un comité de groupe, une entreprise qui exerce une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10% du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique, est considérée comme entreprise dominante.

Cette reconnaissance du groupe de sociétés offre une protection accrue aux salariés victimes d'un licenciement pour motif économique et en matière de représentation du personnel. Les juges appliquent le critère de réalité¹⁸¹, écartant ainsi l'autonomie

¹⁷⁸ I. Vacarie, *Les groupes de sociétés et les relations individuelles du travail*, Dr. soc., 1975, p.23.

¹⁷⁹ Cass. Soc., 5 avril 1995, arrêts Thomson Vidéocolor et TWR Repa, Dr. soc., 1995, p.487; RJS 5/95, p.321; Liaisons soc., Légis, n°7260, obs. G. Béliet ; Semaine soc. Lamy, n°740, p.8, rapp. B. Boubli ; JCP 1995, II, 22443, M. G. Picca ; pour un exemple plus récent Voir Cass. Soc., 5 oct. 1999, Dr. soc., 1999, p.1112.

¹⁸⁰ Ph. Waquet, *Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique*, Dr. soc., 1995, p.482.

¹⁸¹ Cass. Soc., 20 février 1991, Bull. civ. V, n°86 ; D. 1991, IR 82 ; Cass. Soc., 16 décembre 1992, Dr. soc., 1993, p.189.

juridique des sociétés au profit des liens étroits existant entre elles.

Face aux groupes de sociétés, le juge, dans sa recherche d'identification de l'employeur, doit dépasser les relations contractuelles formelles pour identifier celui dont dépend la situation du salarié. C'est toujours et encore le rapport de subordination qui détermine l'employeur¹⁸². Par principe, les salariés recrutés par une filiale ont cette dernière pour employeur. La doctrine souligne que le simple fait pour une société de détenir le contrôle d'une autre ne permet pas en soi de la condamner à exécuter les engagements pris par la filiale. La dépendance économique de la filiale par rapport à la société-mère ne suffit pas à conférer la qualité d'employeur à cette dernière. "Le pouvoir de décision économique ne peut suppléer le pouvoir de direction du personnel et ce dernier n'exige pas un pouvoir de décision économique autonome"¹⁸³. Ainsi le contrôle économique de la filiale ne saurait suppléer l'autorité directe sur le salarié. La Cour de cassation confirme cette règle. Lorsqu'elle a constaté qu'un groupe constitué par deux sociétés, étroitement imbriquées, dont la première détenait une partie importante du capital de la seconde et déterminait la répartition des tâches entre elles, la Cour de cassation n'en a pas pour autant conclu à une confusion de sociétés¹⁸⁴. Il est donc bien acquis que le fait qu'une société en contrôle une autre ne suffit pas à caractériser l'existence de subordination avec cette société. Domination n'est pas absorption, le propre d'un groupe étant justement d'avoir une société dominante et des sociétés dominées.

Ainsi, dans la décision TRW Repa, rendue par la Cour de cassation le 5 avril 1995, les salariés de la société française TRW Repa, filiale d'un groupe américain au sein d'un sous-groupe européen, avaient un seul employeur, la filiale française et non la société-mère américaine¹⁸⁵. Cette solution a le mérite de la clarté car il existe tant de degrés dans la dépendance économique, qu'il serait fort délicat de désigner le point à partir duquel la société-mère serait considérée comme employeur. Mais, dès lors que la société-mère dirige et contrôle le travail des salariés, sa qualité d'employeur est établie¹⁸⁶. Il en est ainsi lorsque la filiale qui a procédé à l'embauche du salarié n'est pas le véritable détenteur du pouvoir de décision et sert simplement de courroie de transmission des instructions données par la société-mère au salarié. Dans certains cas, la Cour de cassation a attribué la qualité d'employeur à la filiale et à la société-mère, alors que seule cette dernière exerçait le pouvoir de direction sur les salariés. Ainsi, dans une espèce où la filiale recrutait et fournissait le travail tandis que la société-mère contrôlait l'activité des salariés, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que la qualité d'employeur devait être reconnue aux deux sociétés conjointement¹⁸⁷. Dès lors, le salarié a deux employeurs au sein d'un même groupe, bien que lié par un seul contrat. Selon

¹⁸² Cass. Soc., 23 janvier 1996, RJS 8-9/1996, n°907 ; Cass. Soc., 20 oct. 1998, Dr. soc., 1999, p.96.

¹⁸³ I. Vacarie, *L'employeur*, op. cit., p.79.

¹⁸⁴ Cass. Soc., 23 février 1994, Dr. soc, 1994, p.542, note J. Savatier.

¹⁸⁵ Cass. Soc., 5 avril 1995, op. cit.

¹⁸⁶ Cass. Soc., 17 novembre 1976, Bull. civ. n°587, p.478 ; Cass. Soc., 20 octobre 1998, Dr. soc., 1999, p.96.

l'expression de Mme VACARIE, "l'employeur devient bicéphale"¹⁸⁸ .

D'un point de vue dogmatique, cette solution est critiquable car l'analyse du rapport d'autorité, critère essentiel du contrat de travail, révèle que le salarié est directement subordonné à la société-mère. Il conviendrait, par conséquent, de décider que celle-ci est l'unique employeur, et que le lien entre le salarié et la filiale est fictif. Cependant, ce type de décision se justifie lorsqu'il est difficile de démêler les relations qui lient les sociétés d'un même groupe et qu'il devient alors vain de prétendre désigner avec certitude un seul employeur. Cette solution permet donc au salarié de demander le paiement d'indemnités éventuelles à plusieurs sociétés. En cas de mutations et transferts à répétition d'un salarié entre les entreprises d'un même groupe, la société employeur est en principe celle pour laquelle est effectué le travail¹⁸⁹ et qui, le plus souvent, exerce le pouvoir de direction. Pour autant, il ne faut pas exclure d'autres sociétés, s'il est avéré qu'elles ont tenu un rôle actif dans le déroulement de carrière du salarié. Ainsi sont reconnues employeurs, la filiale pour laquelle le salarié accomplit le travail et qui en assure le contrôle, et la société-mère lorsqu'elle gère les personnels du groupe en décidant de leur affectation et de la rupture des contrats¹⁹⁰ . De même, la mise à disposition ou le détachement d'un salarié par une société au profit d'une autre société du groupe ne met pas nécessairement fin à la qualité d'employeur de la première société.

Ainsi, la prise en compte des relations inter-sociétés au sein du groupe n'aboutit-elle pas à la suppression du critère de l'exercice effectif du pouvoir de direction.

En effet, le juge doit établir que les sociétés mises en cause par le salarié ont eu un comportement d'employeur. Le seul fait d'appartenir à un groupe ne saurait emporter la qualité d'employeur¹⁹¹ . En l'absence d'éléments de subordination, une société-mère ne peut être qualifiée d'employeur.

Les décisions judiciaires sont justifiées par des considérations d'espèce qui, toutes, mettent en évidence l'exercice effectif du pouvoir de direction. Si la situation de groupe entraîne indubitablement une répartition des tâches entre les sociétés, notamment en matière de gestion du personnel, il appartient au juge de saisir la réalité et de donner aux relations de travail leur exacte qualification. L'autorité de fait est un critère décisif pour déterminer l'employeur¹⁹² .

L'exercice du pouvoir de direction est nécessairement le fait d'une ou plusieurs personnes physiques. Apparaît ici la distinction entre employeur et chef d'entreprise, la direction et le contrôle du travail des salariés n'appartenant qu'au second.

¹⁸⁷ Cass. Soc., 25 juin 1975, Bull. civ. n°354, p.306.

¹⁸⁸ I. Vacarie, *L'employeur, op. cit.*, p.113.

¹⁸⁹ Cass. Soc., 23 janv. 1996, RJS 8-9/1996, n°907.

¹⁹⁰ Cass. Soc., 30 mai 1980, Bull. civ. V, n°472 (La société mère se réserve le droit de muter le salarié d'une filiale).

¹⁹¹ Cass. Soc., 5 mai 1986, Bull. civ. V, n°196.

Chapitre II : La détention du pouvoir de direction

47. La qualité d'employeur et celle de chef d'entreprise ne se confondent, comme nous l'avons dit, que dans l'hypothèse où l'employeur est une personne physique. Dès lors que l'entreprise est exploitée par une personne morale, ce qui est de loin le cas le plus fréquent, il faut examiner les statuts pour connaître quel est l'organe investi du pouvoir de direction.

En effet, le fonctionnement quotidien de cette entité abstraite qu'est une personne morale, société ou association, requiert la présence d'une autorité concrète. Le droit des sociétés et celui des associations organisent les modalités de direction de la personne morale et sa représentation par une ou plusieurs personnes physiques. Désigné par les statuts, le dirigeant dispose des pouvoirs pour agir au nom de la société ou de l'association et exerce concrètement le pouvoir de direction à l'égard des salariés, sous le contrôle des associés ou des sociétaires.

À cette organisation légale de dévolution du pouvoir de direction (*section I*) s'ajoutent les règles de distribution du pouvoir au sein de l'entreprise (*section II*). Celle-ci sont variables, leur finalité étant de s'adapter à la structure de l'entreprise.

La diversité ou l'importance des activités conduit, en général, à une segmentation de l'exercice du pouvoir de direction.

Section 1 : La dévolution du pouvoir de direction organisée par la loi.

L'employeur, personne morale, est représenté par une ou plusieurs personnes physiques, les dirigeants. Selon qu'il s'agit d'une association ou d'une société commerciale, les règles applicables à leur désignation diffèrent.

§ 1 : Le droit des associations.

48. L'association est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que le partage de bénéfices. Elle peut rester un simple contrat ou acquérir la personnalité juridique. Pour acquérir la personnalité morale, une association doit être déclarée à la préfecture et faire l'objet d'une insertion au journal officiel. L'association, personne morale, doit être représentée par une ou plusieurs personnes physiques. La loi du 1^{er} juillet 1901, modifiée à plusieurs reprises, n'impose qu'une seule obligation : faire connaître les noms, prénoms, domiciles et nationalités de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de

¹⁹² Cass. Soc., 2 avril 1992, Bull. civ. V, n°241, p.148 (Il a été décidé dans cet arrêt, qu'au delà de l'apparence créée par les contrats, les salariés étaient sous la subordination d'une société autre que celle qui les avait engagés. Les salariés exécutaient leur prestation de service sous l'autorité de l'entreprise cliente qui a été reconnue employeur) ; Cass. Soc., 20 octobre 1998, Dr. soc., 1999, p.96, obs. I. Vacarie ("Sous l'apparence de contrats successifs avec la filiale belge et avec la filiale française, M. était en réalité le salarié de la société IMS International").

l'administration ou de la direction.

Aucune disposition législative ou réglementaire ne pose le principe d'un contrôle des dirigeants par les sociétaires. Un tel contrôle n'est obligatoire que s'il est prévu dans les statuts ou par des dispositions légales particulières.

Les statuts déterminent librement les pouvoirs des dirigeants. Ils peuvent les répartir entre les différents membres de la direction. Les dirigeants d'une association sont mandataires du groupement¹⁹³ mais la possibilité de cumuler des fonctions d'administrateur et de collaborateur salarié de l'association est admise par la jurisprudence¹⁹⁴. Dans cette hypothèse, le cumul doit répondre aux conditions fixées par la chambre sociale de la Cour de cassation à propos des dirigeants de sociétés. La fonction salariée doit correspondre à un emploi réel¹⁹⁵, elle doit pouvoir être distinguée de la fonction de dirigeant¹⁹⁶ et enfin, l'administrateur salarié doit se trouver dans un état de subordination vis-à-vis de l'association¹⁹⁷.

§ 2 : Le droit des sociétés.

49. Le droit des sociétés introduit un système dans lequel le pouvoir apparemment suprême appartient à l'assemblée générale des associés. Or, celle-ci donne mandat d'agir en son nom à des délégués qui assument la plénitude du pouvoir de direction. L'étude de l'exercice des pouvoirs au sein de la société conduit inévitablement à aborder le problème de contrôle interne, c'est à dire du pouvoir de contrôle des associés ou actionnaires sur les dirigeants de la société.

En effet, s'attacher à comprendre les mécanismes de dévolution et de contrôle du pouvoir de direction au sein des sociétés commerciales permet de désigner celui ou ceux qui détiennent la plénitude des pouvoirs.

A. : Désignation et pouvoir des dirigeants sociaux.

50. La loi du 24 Juillet 1966 gouverne la désignation des mandataires sociaux dans les sociétés anonymes (S.A.). Elle laisse le choix aux fondateurs entre l'organisation classique, conseil d'administration et président, et la structure dualiste, directoire et conseil de surveillance.

¹⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 5 février 1991, Bull. I, n°45.

¹⁹⁴ Avis du Conseil d'Etat du 22 octobre 1970, Associations, Mémento Pratique Francis Lefebvre, éd. F. Lefebvre, 1995, p.584, n°4065 ; Cass. Soc., 6 juin 1991, RJS 8-9/91, n°1002.

¹⁹⁵ Cass. Soc., 17 décembre 1987, Bull. V, n°768 (en l'espèce, le contrat de travail d'un président d'association a pour but de lui assurer un revenu de remplacement en cas de chômage eu égard aux difficultés financières rencontrées par l'association).

¹⁹⁶ Cass. Soc., 26 février 1986, Dr. soc., 1988, p.474.

¹⁹⁷ Cass. Soc., 6 juin 1991, RJS 8-9/91, n°1002.

Dans les S.A. de type classique, la société est dirigée par le président élu par le conseil d'administration en son sein. Il peut proposer au conseil d'administration de désigner un ou deux directeurs généraux. Ces derniers peuvent être choisis en dehors du conseil d'administration, voire même en dehors de la société.

Dans les S.A. avec directoire, le président du directoire dirige la société. Il est investi à titre personnel de la direction générale de la société. Les actes de gestion sont contrôlés par les membres du conseil de surveillance.

Dans les sociétés par actions simplifiées, les associés ont une liberté quasi-absolue concernant le choix des organes d'administration et de représentation. La loi n'impose qu'une seule obligation : avoir un président chargé de représenter la société à l'égard des tiers.

Dans toutes les autres sociétés commerciales et civiles, la gestion est assurée par les gérants nommés par les associés. Les dirigeants sociaux ont la qualité juridique de mandataires de la société. Leurs pouvoirs découlent du mandat social dont ils disposent.

Des clauses statutaires peuvent limiter les pouvoirs du dirigeant social dans ces rapports avec les tiers. Il est fréquent, par exemple, qu'un président de société anonyme ne puisse conclure un contrat engageant la personne morale sans l'autorisation du conseil d'administration, lorsque le montant est supérieur à une somme déterminée. Ces limitations statutaires des pouvoirs du dirigeant ne sont pas opposables aux tiers. La violation d'une clause statutaire est sanctionnée dans l'ordre interne, la personne morale pouvant réclamer au dirigeant fautif des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi ou le révoquer. En effet, en tant que mandants, les associés peuvent mettre fin aux fonctions de dirigeants.

La révocation est une décision unilatérale qui traduit l'exercice par les associés de leur droit de surveiller la gestion de la société et éventuellement de pourvoir au remplacement des dirigeants. Tous les dirigeants des sociétés sont révocables. Pour les gérants, l'article 55 de la loi du 24 Juillet 1966 prévoit que la révocation peut intervenir par décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Dans les sociétés anonymes, le pouvoir de révocation appartient au conseil d'administration. Selon la nature juridique de la société, les règles relative à la révocation diffèrent. Les gérants et les membres du directoire des sociétés anonymes peuvent être révoqués pour un juste motif¹⁹⁸ tandis que les dirigeants de sociétés anonymes de type classique sont soumis à un régime de libre révocabilité.

Ce principe de révocabilité ad nutum signifie que la révocation peut intervenir à tout moment sans préavis, sans justification et sans indemnités. Il est aujourd'hui remis en cause par la construction jurisprudentielle de l'abus de révocation qui peut être constituer par le fait que le dirigeant révoqué n'a pas été mis en mesure de présenter sa défense¹⁹⁹. Or, l'exigence du respect du principe du contradictoire implique l'information du dirigeant sur le motif de révocation. Pour certains auteurs, cette exigence jurisprudentielle amorce

¹⁹⁸ R. Baillod, *Le juste motif de révocation des dirigeants sociaux*, RTD com., 1983, p.395.

¹⁹⁹ Cass. com., 24 janv. 1998, Dr. soc., Juin 1998, n°9, note Vidal.

l'unification des régimes de la révocation des dirigeants sociaux²⁰⁰.

Justifié ou non dans son exercice, le droit de révoquer un dirigeant dont la politique ne correspond pas à l'intérêt social reste l'un des droits essentiels des associés et le contrôle du juge se borne à relever un éventuel abus de droit. En outre, lorsqu'un dirigeant soumis au régime de la révocation pour juste motif est évincé sans justification, la réparation pécuniaire n'est pas automatique. Elle est laissée à l'appréciation du juge.

La personne désignée par les statuts de la société pour assurer la direction générale de l'entreprise n'est parfois pas celle qui exerce effectivement le pouvoir patronal. Le mandataire social n'est alors que le mandataire théorique. Dans cette hypothèse, il convient de reconnaître le dirigeant de fait comme titulaire du pouvoir de direction²⁰¹.

Trois éléments cumulatifs sont nécessaires pour identifier le dirigeant de fait : des actes positifs de gestion, une activité de direction, une fonction exercée en toute indépendance et liberté²⁰². La Cour de cassation paraît aujourd'hui exercer un contrôle de qualification du dirigeant de fait²⁰³. La responsabilité de ce dernier pourra éventuellement être mise en cause, de même que celle du dirigeant de droit étant donné que l'abandon de ces prérogatives constitue une faute caractérisée²⁰⁴.

51. L'absence de protection statutaire des mandataires sociaux peut inciter certains dirigeants à essayer d'obtenir la qualité de salarié, ce qui suppose une possibilité de cumul. Eu égard à la nature des pouvoirs exercés par le dirigeant social, l'hypothèse du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social devrait *a priori* être rejetée. En effet, pouvoir de direction et condition salariale s'opposent. Alors que les fonctions sociales appellent une totale indépendance, le salarié est celui qui est placé dans un état de subordination. Admettre le cumul de ces deux qualités semble revenir à accepter que le dirigeant-salarié soit son propre subordonné, sauf à considérer qu'une même personne puisse exercer deux types de fonctions bien distinctes. Sous certaines conditions, le droit positif admet pourtant ce cumul.

Le droit organise les conditions dans lesquelles un mandataire social peut se trouver lié par un contrat de travail à la société.

Deux problèmes se posent à propos du cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail : celui de sa licéité et celui de sa réalité.

Le droit des sociétés pose des règles spécifiques en matière de cumul des fonctions de dirigeant avec un contrat de travail dans la société.

²⁰⁰ V. Adom, La révocation des dirigeants de sociétés commerciales, *Rev. Sociétés*, 1998, p.495, n°3.

²⁰¹ N. Dedessus -Le Moustier, *La responsabilité du dirigeant de fait*, *Rev. Sociétés*, 1997, p.499, n°8.

²⁰² B. Teyssié, *Dr. soc.*, 1982, p.53 ; N. Dedessus-Le Moustier, *op. cit.*

²⁰³ Cass. civ., 17 déc. 1997, *Rev. Sociétés*, 1998, p.125 (à propos de la direction de fait d'une association, la Cour de cassation précise que "la Cour d'appel a légalement justifié sa décision").

²⁰⁴ Voir M. Cozian et A. Viandier, *Droit des sociétés*, 10^{ème} éd., Litec, 1997, n°371.

Dans le cadre des sociétés anonymes de type classique, l'article 107 de la loi du 24 juillet 1966 interdit aux administrateurs en fonction de bénéficier d'un contrat de travail²⁰⁵. En revanche, selon l'article 93 de la même loi, un salarié peut être nommé administrateur et conserver le bénéfice de son contrat de travail si le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne dépasse pas le tiers des administrateurs en fonction.

La loi du 24 juillet 1966 ne prévoit pas expressément qu'un membre du directoire puisse cumuler ses fonctions de mandataire avec un contrat de travail. Toutefois, cette possibilité découle implicitement de l'article 121 alinéa 2 de la loi qui dispose que "au cas où l'intéressé aurait conclu avec la société un contrat de travail, (sa révocation) en tant que membre du directoire n'a pas pour effet de résilier le contrat de travail".

Cette disposition légale reconnaît donc le principe d'un contrat de travail distinct des fonctions sociales.

Le cumul est possible aussi bien lorsqu'un salarié est nommé au directoire que lorsqu'un membre du directoire devient salarié²⁰⁶. De même, les membres du conseil de surveillance peuvent être liés à la société par un contrat de travail si leur nombre ne dépasse pas le tiers des membres en fonction²⁰⁷.

Concernant les gérants de SARL et de société civile, il n'y a pas d'incompatibilité de principe au cumul d'un mandat et d'un emploi salarié si les conditions générales sont réunies, c'est-à-dire si le contrat de travail porte sur l'exercice de tâches distinctes de la gérance et si pour leur exécution, le gérant reste sous la subordination de la société. Ainsi, aux conditions d'antériorité du contrat de travail ou de nombre de cumuls autorisés exigés par le droit commercial pour certaines sociétés, le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail doit-il répondre, dans tous les cas, aux conditions suivantes : le contrat de travail doit correspondre à des fonctions réelles, différentes de celles de direction de la société et le dirigeant salarié doit se trouver dans un état de subordination à l'égard de la société. La Cour de cassation accepte, depuis 1957, le cumul du mandat social et du contrat de travail lorsque ces conditions sont réunies²⁰⁸. Tout d'abord, le dirigeant-salarié doit être titulaire d'un contrat de travail réel et sérieux.

Il doit exercer des tâches distinctes de ses attributions sociales, ce qui est difficile à prouver pour un cadre administratif dont l'activité peut aisément se confondre avec la direction générale de l'entreprise²⁰⁹. Ensuite, le dirigeant-salarié doit se trouver en position de subordination lors de l'exercice de ses fonctions salariales. Caractéristique du contrat de travail, le lien de subordination suppose que le salarié reçoit des ordres et les

²⁰⁵ Cass. Com., 26 janvier 1999, RJS 6/99, n°874 ; Cass. Soc., 31 mars 1998, RJS 7/98, n°927 (application à l'administrateur d'une société coopérative ouvrière de production de la règle d'antériorité du contrat de travail par rapport au mandat défini pour les S.A.).

²⁰⁶ Rep. Min., n°16323, JO Ass. Nat. Q., 23 novembre 1982, p.4814.

²⁰⁷ Loi n°66-537, 24 juillet 1966, Sociétés commerciales, article 142.

²⁰⁸ Cass. Civ., Section com., 25 janvier 1957, Bull. civ. IV, n°73.

²⁰⁹ Cass. Soc., 16 mai 1990, Bull. civ. V, n°227 ; Cass. Soc., 14 mai 1998, Bull. V, n°252 et n°256.

exécute. Aussi, les juges cherchent-ils dans quelles conditions le dirigeant exerce ses prétendues fonctions salariées, refusant la qualité de salarié à ceux qui ne sont soumis, en fait, à aucune autorité²¹⁰.

Cependant, la Cour de cassation a admis la possibilité de diriger en qualité de mandataire social une filiale en demeurant salarié de la société mère. Dans ces hypothèses, l'exercice du mandat social est l'objet même du contrat de travail et la qualité de salarié a été retenue au motif que le dirigeant de la filiale devait rendre compte à la société mère de toute question importante et que cette dernière lui versait directement une rémunération²¹¹. La Cour de cassation a précisé qu'il n'était pas nécessaire de rechercher "si l'intéressé exerçait une activité salariée distincte de son mandat social en l'absence de cumul entre le mandat exercé au profit de la filiale et l'activité salariée exercée au profit de la société mère"²¹².

Dans ces espèces, la réalité de la subordination du dirigeant-salarié à la société mère n'est pas caractérisée par des directives ou instructions conformément au critère du contrat de travail et le degré de dépendance de l'intéressé n'apparaît pas supérieur à celui que connaît tout dirigeant social. En soulignant le fait que le dirigeant a été engagé pour diriger une filiale, la Cour de cassation semble accorder de l'importance à la volonté des parties, "ce qui est singulier s'agissant de la qualification d'un contrat de travail"²¹³.

Cette jurisprudence nie les spécificités du contrat de travail et du mandat social, entraînant une confusion entre ces deux contrats voisins. Aussi, dans la mesure où le dirigeant de la filiale est titulaire du pouvoir de direction, conviendrait-il de refuser l'attribution de la qualité de salarié²¹⁴.

Conformément aux dispositions de l'article 1315 du Code civil, il appartient au mandataire qui se prévaut d'un contrat de travail, de rapporter la preuve de la réalité de l'emploi salarié²¹⁵. Toutefois, dans le cas d'un salarié devenu dirigeant social, c'est à l'employeur qui conteste la continuité du contrat de travail d'établir que le mandat social a absorbé l'activité salariale de l'intéressé. Dans l'hypothèse où l'accès du salarié à des fonctions de mandataire social fait disparaître le lien de subordination, le contrat de travail est suspendu.

²¹⁰ Cass. com., 7 juin 1988, Bull. civ. IV, n°191 ; Cass. Soc., 21 octobre 1998, RJS 12/98, n°1561 (En l'espèce, la taille réduite de l'entreprise conduit à exclure le cumul en raison de la confusion des fonctions et de l'absence de subordination).

²¹¹ Cass. Soc., 2 octobre 1991, AJDA 12/91, n°1041 ; JCP 1993, I, 3652, note A. Viandier et J. J. Caussain ; RJS 6/92, n°391 ; Cass. Soc., 20 mars 1996, RJS 5/96, n°620.

²¹² Cass. Soc., 4 mars 1997, Bull. Joly 1997, p.662 ; RJS 4/97, n°484 ; JCP. E., 1997, I, 676 ; D. Miellet, Une société peut-elle embaucher par contrat de travail le futur directeur général d'une filiale?, JCP 1998, E., p.110.

²¹³ Voir R. Vatinet, *Des hypothèses de non cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, Rev. Sociétés, 1999, p.273.

²¹⁴ Voir G. Lyon-Caen, *Quand cesse-t-on d'être salarié ?*, Dalloz Sirey, 1977, Chr., p.17.

²¹⁵ **Cass. Soc., 19 novembre 1986, cité par Mémo social 1999, Liaisons sociales, n°728.**

Longtemps les tribunaux ont considéré que le contrat de travail disparaissait, "absorbé par le mandat social"²¹⁶, mais, aujourd'hui, le principe est inversé. En l'absence de convention contraire, le contrat est suspendu pendant la durée du mandat. Par conséquent, le salarié bénéficiera des dispositions du code du travail en cas de licenciement²¹⁷.

Lorsque le dirigeant bénéficie d'un véritable contrat de travail, la législation du travail s'applique à ce titre, notamment les règles entourant la rupture du contrat. La cessation du mandat social n'emporte pas la résiliation de plein droit du contrat de travail. Cependant, les motifs de révocation du mandat social peuvent, dans certains cas, justifier le licenciement, notamment lorsqu'ils révèlent un comportement nuisible à la bonne marche de l'entreprise²¹⁸. Le contrat de travail ne peut, en aucun cas, contenir un avantage particulier qui remette en cause la liberté de révocation du mandataire par les associés.

Si l'attribution de la qualité de salarié à un dirigeant de société, titulaire du pouvoir de direction, est critiquable, est également l'objet de discussion la notion de mandat social au regard des prérogatives exercées par les dirigeants dans la gestion de la société²¹⁹.

B. Limites du pouvoir des mandataires sociaux.

52. Des limites légales et conventionnelles s'imposent au mandataire social. Tout d'abord, celui-ci doit exercer ses pouvoirs dans le respect de l'objet social et de l'intérêt social. Ensuite, il ne peut empiéter sur les pouvoirs réservés par la loi à l'assemblée des associés. Enfin, les statuts de la société peuvent prévoir des limitations spécifiques des pouvoirs du dirigeant.

Ce qui est mis en cause par certains auteurs, c'est la plénitude des pouvoirs du dirigeant et la perte de contrôle de l'assemblée des associés ou actionnaires.

En effet, en particulier dans les grandes sociétés, les dirigeants sociaux apparaissent comme les "patrons" de l'entreprise, détenant un pouvoir absolu. Certaines pratiques de gestion entraîneraient une dissociation entre propriété du capital et exercice du pouvoir, surtout lorsque la société est introduite en bourse avec des capitaux anonymes dont les détenteurs ne sont pas associés à la gestion. Le rapport Marini, relatif à la modernisation du droit des sociétés²²⁰, dénonçait le pouvoir excessif "accaparé" au nom de l'intérêt social par des dirigeants "enclins à se comporter comme des monarques absolus ou des despotes éclairés". Aussi a-t-il préconisé de rétablir la "liaison capital-pouvoir" afin de

²¹⁶ Cass. Soc., 19 février 1986, Bull. civ. V, n°9.

²¹⁷ Cass. Soc., 9 juin 1999, RJS 8-9/1999, n°1017

²¹⁸ Cass. Soc., 7 mai 1993, RJS 6/93, n°673 (Dans cet arrêt, la Cour de cassation décide que "la révocation du mandat social du salarié ainsi que sa condamnation au paiement de dommages et intérêts à la société ne constituent pas au sens de l'article L.122-40 du code du travail, des sanctions disciplinaires interdisant que soit prononcé pour les mêmes faits un licenciement").

²¹⁹ C. Champaud, *Le contrat de société existe-t-il encore ?*, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p.125.

"valoriser le rôle des actionnaires".

C'est ce même but que poursuit la doctrine du gouvernement d'entreprise. Selon les principes qu'elle définit, les dirigeants d'entreprises ont un devoir de loyauté à l'égard des détenteurs de capital et doivent leur apporter une information exacte, transparente et fournit en temps utile. Les caractéristiques de cette information sont identiques à celles de l'information que l'employeur doit fournir au comité d'entreprise notamment en cas de plan social. Les dirigeants ont également un devoir de diligence pour maximiser les profits et la valeur dont l'actionnaire peut bénéficier par la croissance du cours des dividendes. Quant aux gestionnaires d'actifs pour le compte de tiers, ils doivent rendre compte à leurs mandants de la qualité de leur gestion des fonds collectifs.

Le gouvernement d'entreprise est une idéologie de la prédominance de l'actionnaire et donc du marché. Dans toutes les étapes décisives de la vie de l'entreprise, le capital doit imposer ses choix. L'intervention croissante des investisseurs institutionnels dans la gestion des entreprises a entraîné la création de sociétés spécialisées dans le conseil et les pratiques de gestion. Ces institutions définissent des critères de vote *a priori*, sans tenir compte des caractéristiques de la société. "Le principal enjeu du débat sur le gouvernement d'entreprise est bien désormais de définir les règles d'un jeu dans lequel les gestionnaires d'actifs collectifs deviennent peu à peu les opérateurs boursiers dominants et les principaux actionnaires des plus importantes sociétés cotées"²²¹.

Aussi, la critique d'une prétendue dissociation du pouvoir et du capital ne résiste-t-elle pas à l'analyse des faits. Quel que soit le degré d'indépendance d'un dirigeant social dans l'exercice de ses fonctions, ses choix sont toujours déterminés par les objectifs fixés par les actionnaires. Son pouvoir est encadré et la gestion de l'entreprise subordonnée à l'intérêt des actionnaires. Cet intérêt s'apprécie à court terme. L'entreprise n'est pas considérée comme une fin en soi mais comme un moyen d'assurer la prospérité financière des détenteurs de capitaux. Loin d'être dissocié du capital, le pouvoir collabore étroitement avec les associés ou actionnaires majoritaire. D'ailleurs, les dirigeants sociaux qui ne répondent pas au but social supposant l'enrichissement des associés peuvent être révoqués.

La gestion d'une entreprise, dès lors qu'elle est d'une dimension moyenne, ne peut être réellement assurée par les seuls mandataires sociaux. Ceux-ci sont alors conduits à déléguer leur pouvoir, ce qui entraîne une dilution de l'autorité et de la responsabilité de l'employeur au sein de l'entreprise.

Section 2 : Pratiques d'organisation du pouvoir de direction.

53. L'exercice de l'autorité patronale est devenu complexe du fait de la multiplicité des problèmes rencontrés par les entreprises. Pour répondre à ces contraintes, les entreprises ont développé des pratiques d'organisation conduisant à un certain

²²⁰ *Rapport Marini, La modernisation du droit des sociétés, La documentation française, Coll. rapports officiels, 1996, p.89.*

²²¹ Ph. Bissara, *Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise*, Rev. sociétés, janvier-mars 1998, p.12.

démembrement du pouvoir patronal. Le recours à la délégation de pouvoir permet à l'employeur de rendre opérationnelles les orientations qu'il a arrêté, et ce, à tous les niveaux de l'entreprise (§ 1). Appliquée à des sociétés de grandes dimensions ou à des groupes de sociétés, la distribution du pouvoir patronal répond à des modes d'organisation complexes et structurés (§ 2).

Ces pratiques d'organisation devraient conduire, selon certains, à remettre en cause la qualité de salariés de ceux qui sont chargés de certaines prérogatives du pouvoir patronal de direction ²²².

§ 1 : La délégation de pouvoir.

54. Que l'entreprise soit de grande dimension ou que ses activités se développent sur plusieurs sites, le mandataire social ne peut exercer seul ses prérogatives. Aussi a-t-il recours au mécanisme de la délégation de pouvoir qui lui permet d'assumer indirectement ses attributions d'autorité. Par principe, le mécanisme de la délégation de pouvoir est sans conséquence sur la question de la titularité du pouvoir. C'est l'acte par lequel l'employeur transmet, de façon non définitive, au délégataire des prérogatives qu'il avait initialement seul le droit d'exercer.

La délégation de pouvoir conduit à une diversification des titulaires concrets du pouvoir tout en préservant l'unité de direction par absence d'abandon des prérogatives transmises. L'employeur conserve l'intégralité de son pouvoir, ses décisions s'imposent au délégataire.

Les délégataires peuvent, à leur tour, déléguer une partie de leur pouvoir à d'autres cadres. De fait, plusieurs personnes, à des degrés divers, seront titulaires d'une délégation ou d'une subdélégation de pouvoir. Le mécanisme de subdélégation est admis depuis un arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 8 février 1983 ²²³.

Ainsi, la personne ayant reçu délégation de pouvoir de l'employeur peut-elle à son tour confier à l'un de ses subordonnés l'exercice de tout ou partie du pouvoir qui lui a été délégué. Ce mécanisme permet de rationaliser l'organisation du pouvoir au sein de l'entreprise. Cependant, l'existence de subdélégations successives ne doit pas aboutir à la création d'une confusion empêchant toute détermination de la personne finalement responsable, ni déplacer la responsabilité sur un salarié dépourvu de compétence et d'autorité. Le problème se pose essentiellement sur le terrain de la responsabilité pénale. En effet, en tant que chef d'entreprise, le dirigeant peut être poursuivi pénalement pour diverses infractions ²²⁴. S'il peut échapper à cette responsabilité en invoquant l'existence d'une délégation de pouvoir, encore faut-il que le délégataire soit en mesure d'exercer

²²² G. Lyon-Caen, *Quand cesse-t-on d'être salarié ?*, op. cit.

²²³ Cass. crim., 8 février 1983, Bull. crim., n°48, Dalloz 1983, p.639, note H. Seillan.

²²⁴ La responsabilité pénale du chef d'entreprise est engagée en cas de violation des dispositions relatives aux conditions d'hygiène et de sécurité insérées dans le livre III du code du travail.

réellement les attributions qui lui sont confiées. Dans le domaine des infractions à la réglementation du travail, la responsabilité du chef d'entreprise et celle du salarié délégataire ne sont pas cumulatives.

Jusqu'en 1996, la Chambre sociale de la Cour de cassation considérait que la subdélégation devait avoir été autorisée par l'employeur. A défaut, elle était sans effet et donc ne pouvait exonérer le délégant de sa responsabilité²²⁵. La Chambre criminelle considérait que l'employeur pouvait autoriser le délégataire à subdéléguer ses pouvoirs à un préposé pleinement pourvu de l'autorité et de la compétence nécessaires pour remplir sa mission^{226 35bis}. Statuant en matière d'hygiène et de sécurité, la Chambre criminelle, dans un arrêt en date du 30 octobre 1996, a opéré au revirement de jurisprudence en n'exigeant plus, désormais, l'autorisation préalable de l'employeur en tant que condition de validité de la subdélégation de pouvoir²²⁷.

Cette décision assouplit les conditions de validité de la subdélégation. Cependant, en n'exigeant plus l'autorisation expresse de l'employeur, elle laisse supposer que le contrôle des conditions de compétence et d'autorité va se renforcer. L'employeur ou le chef d'entreprise doivent donc agir avec prudence lorsqu'ils délèguent leur pouvoir, étant donné que la responsabilité du délégataire qui aurait subdélégué ses pouvoirs de façon irrégulière peut être écartée.

Il convient donc que le délégataire soit pourvu de l'autorité et de l'indépendance nécessaire au bon exercice de sa mission et qu'il possède une compétence technique en rapport avec le contenu de la délégation.

Il semble que le mécanisme de la délégation de pouvoir puisse fonctionner à l'échelle d'un groupe de sociétés. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation a admis la validité d'une délégation de pouvoirs donnée par un dirigeant de société dominante pour l'ensemble du groupe à un de ses cadres détaché à la tête d'une filiale²²⁸. Dans ce contexte, la délégation de pouvoirs s'étend sur toutes les sociétés du groupe sans tenir compte de leur autonomie juridique²²⁹.

Dans certains domaines, l'employeur ne peut échapper à sa responsabilité en arguant de l'existence d'une délégation de pouvoir, et ce, même si le délégataire possède les compétences et l'autorité nécessaires. Ainsi, l'employeur doit-il s'assurer de la mise en œuvre de la consultation du comité d'entreprise prévu par l'article L.432-1 du code du travail. En cas de non respect de l'obligation de consultation, il verra sa responsabilité engagée conjointement avec le délégataire²³⁰.

L'essor des sociétés multinationales et des groupes de sociétés, conséquence de la

²²⁵ Cass. Soc., 12 janvier 1993, cité par Sem. sociale Lamy, 3 février 1997, n°825.

^{226 35bis} Cass. Crim., 8 février 1983, Bull. crim. n° 48 ; D. 1983, p.639, note Seillan

²²⁷ Cass. crim., 30 octobre 1996, Bull. crim. n°389 ; D. 1997, IR. 20 ; RJS 1997, p.197, n°296.

²²⁸ Cass. crim., 26 mai 1994, Bull. crim., n° 208 ; D. 1995, p.111, notes Y. Reinhard.

²²⁹ Voir A. Coeuret, *Infractions aux règles d'hygiène et de sécurité, délégation de pouvoir et mise en danger*, Dr. Soc., 1995, p.344.

globalisation des marchés, complexifie les conditions d'exercice du pouvoir. Depuis 1987, la croissance des groupes de société s'est considérablement accélérée²³¹ et ces groupes contrôlent désormais plus de 70% des emplois des entreprises de moyenne dimension²³²

Cette concentration financière a des conséquences sur l'exercice du pouvoir de direction au sein des entreprises dans la mesure où la société mère impose, à l'intérieur de sa sphère de contrôle, des objectifs financiers qui vont déterminer les orientations des entreprises concernées. Cette forme d'organisation des entreprises conduit donc à fragmenter l'exercice du pouvoir de direction dans toutes les entreprises du groupe ou du réseau, tout en le subordonnant aux exigences imposées par la société financièrement dominante.

§ 2 : L'organisation du pouvoir dans les sociétés multinationales ou dans les groupes de sociétés.

55. Les entreprises transnationales et les groupes de sociétés ont adapté leur organisation interne à l'environnement économique.

Dans un but de rationalisation du pouvoir ces entreprises ont mis en place une organisation dite "multidivisionnelle"²³³. La direction de la firme est organisée en unités fonctionnelles. Chacune a charge d'un secteur défini, finance, ressources humaines, relations extérieures. S'ajoutent les divisions opérationnelles par secteurs d'activité.

L'autonomie décisionnelle dont dispose les divisions permet de fragmenter le traitement des informations, ce qui favorise une prise de décision plus rapide. Les directeurs administratifs, techniques ou commerciaux qui dirigent ces unités sont des salariés. Cadres supérieurs, ils détiennent une partie du pouvoir de direction et échappent en général aux dispositions de la convention collective en ce qui concerne la fixation de leur salaire. Aussi, peut-on se demander avec G. Lyon-Caen si la qualité de salarié ne devrait pas être exclue au profit de celle de mandataire social dès lors que le cadre possède le pouvoir de répartir les profits en négociant avec les syndicats, en souscrivant un emprunt bancaire ou encore en décidant des achats d'équipements. Selon cet auteur, chaque membre de l'état-major d'une grosse société, dont font partie les directeurs de divisions, "devrait ipso jure devenir mandataire social" dans la mesure où "ils sont les maîtres de l'entreprise"²³⁴. En effet, ces titulaires du pouvoir de direction ont la qualité juridique de travailleurs salariés sans être subordonnés, c'est-à-dire sans être soumis à

²³⁰ Cass. crim., 3 mars 1998, Sem. sociale Lamy, 11 mai 1998, n°886, p.9.

²³¹ T. Coutrot, L'entreprise néo-libérale, nouvelle utopie capitaliste ?, éd. La Découverte, Paris, 1998, p.230.

²³² T. Coutrot, L'entreprise néo-libérale..., op. cit.

²³³ Voir D. Uzunidis, S. Boutillier, Le travail bradé, L'Harmattan, Collection Economie et innovation, 1997, p.93.

²³⁴ G. Lyon-Caen, Quand cesse-t-on d'être salarié ?, op. cit.

un ordre dans la prestation de travail.

Ces divisions, qui agissent comme des "quasi firmes"²³⁵, restent cependant sous la dépendance de la société-mère. En prenant des participations dans les entreprises du groupe, celle-ci contrôle leur activité et décide de la stratégie commerciale et financière.

Cette organisation, qui reste marquée par la propriété du capital social des divisions par la société mère et par la centralisation des décisions fondamentales, est remise en cause²³⁶. Face à une demande évolutive et exigeante, les groupes de sociétés développent des réseaux de coopérations, des alliances commerciales financières et technologiques. De la nécessité de s'adapter rapidement aux exigences du marché tout en améliorant sa compétitivité est née la firme-réseau²³⁷. Celle-ci se caractérise par des relations contractuelles et financières, "qui permettent de déconcentrer et décentraliser une partie des activités, sans perdre d'autre part le contrôle des collectifs de travail éparpillés"²³⁸. La firme-réseau se compose de filiales, de sous-traitants et de partenaires privilégiés. Sur les sociétés membres du réseau, la société-mère détient un pouvoir économique et financier sans pour autant recourir à leur intégration par la filialisation.

Conclusion de la première partie

56. Au vu de ce qui précède nous pouvons dire que le pouvoir patronal de direction est fondé sur la propriété et sur deux mécanismes contractuels, la liberté contractuelle et le contrat de travail.

Dominé par le principe du droit de propriété²³⁹, notre régime économique et social attribue à l'employeur l'exclusivité de la gestion de l'entreprise. Aux manifestations du droit de propriété s'ajoutent les prérogatives patronales nées de la relation contractuelle. La liberté contractuelle laisse l'employeur libre de contracter ou de ne pas contracter et de définir les modalités de la subordination. Quant au contrat de travail, instrument de la soumission du salarié, il fonde le pouvoir de direction sur les personnes.

Il en résulte que l'employeur est maître de diriger son entreprise comme il l'entend, dans ses deux dimensions, économique et humaine.

²³⁵ J. L. Gaffard, *Economie industrielle et de l'innovation*, Précis Dalloz, Paris, 1990, p.327.

²³⁶ Voir A. Andreff, *Les multinationales globales*, Paris, Repères, La Découverte, 1995.

²³⁷ M. Castells., *La société en réseaux*, trad. française, Paris, Fayard, 1998.

²³⁸ Voir D. Uzunidis, *Mondialisation, intégration et normalisation du progrès technique*, Innovations, Cahier d'économie de l'innovation, n°3, Paris, L'Harmattan, 1996.

²³⁹ Cons. Const., 16 janvier 1982, Favoreu et Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 7^{ème} édition (Le Conseil constitutionnel considère le droit de propriété comme un des buts de la société).

Le pouvoir patronal de direction

Le pouvoir de direction peut être exercé par un seul homme ou par une équipe de dirigeants. Ceux-ci possèdent parfois la qualité juridique de salarié, ce qui pose problème au regard de la réalité de la relation de subordination, essentielle au contrat de travail.

Les caractéristiques de l'entreprise influencent directement le mode d'organisation de l'exercice du pouvoir de direction. Celui-ci dépendra, entre autre, de la taille de l'entreprise et de son appartenance ou non à un groupe de sociétés. La fragmentation du pouvoir de direction peut rendre malaisée la détermination de l'employeur mais ne remet pas en cause la souveraineté des détenteurs de capitaux.

L'Etat de droit s'oppose toutefois au caractère absolu de ce pouvoir privé. Comme tout pouvoir, le pouvoir patronal doit respecter la loi au sens large. L'employeur ne peut agir que selon des règles de droit qui s'imposent à lui et dressent des limites à la subordination du salarié.

DEUXIEME PARTIE : TENEUR DU POUVOIR *PATRONAL DE DIRECTION*

57. Propriétaire et partie au contrat de travail, l'employeur dispose d'un pouvoir général de direction qui s'exerce sur les biens constituant l'entreprise, ainsi que sur les salariés. Il décide du fonctionnement et de l'évolution de l'entreprise en matière économique, financière et humaine au titre des divers attributs de ce pouvoir (*1^{ère} Partie*). Ce pouvoir est cependant encadré par la loi et la jurisprudence et cet encadrement normatif (*2^{ème} partie*) représente un rempart contre l'arbitraire dans l'exercice du pouvoir patronal.

TITRE I : LES ATTRIBUTS DU POUVOIR PATRONAL DE DIRECTION

L'employeur décide des opérations et stratégies de l'entreprise et par conséquent maîtrise les différentes composantes de l'entreprise, matérielles et humaines. Son pouvoir de direction se manifeste dans la gestion de l'entreprise (*Chapitre I*), mais aussi sur les personnes (*Chapitre II*).

Chapitre I : Le pouvoir de direction économique ou de gestion

58. L'employeur, ou le chef d'entreprise qui le représente, est avant tout un gestionnaire. C'est la personne qui détermine les options fondamentales de l'entreprise et en assume les responsabilités économiques. A ce pouvoir de gestion, il convient d'associer le pouvoir d'organisation de l'entreprise. L'organisation de l'entreprise est une composante du pouvoir de gestion dans la mesure où elle influe directement sur la situation économique de l'entreprise. Les tribunaux n'opèrent d'ailleurs pas toujours une distinction très nette entre le pouvoir de direction économique et le pouvoir d'organisation²⁴⁰. Ces deux pouvoirs sont étroitement imbriqués avec le pouvoir de direction des personnes.

Section 1 : La gestion de l'entreprise.

La gestion économique est la "chose" de l'employeur. Son pouvoir de décision économique l'habilite à faire des choix de création, suppression ou transformation d'activités, d'implantation et d'organisation de la production. Il peut également décider de contracter un emprunt ou solliciter une augmentation de capital, c'est-à-dire décider des investissements.

Ce pouvoir patronal de gestion a une valeur constitutionnelle. Du principe de la liberté d'entreprendre consacrée par la loi dite "du décret d'Allarde" en 1791, découle la liberté de gérer librement. Le Conseil constitutionnel considère la liberté d'entreprendre comme un principe reconnu par les lois de la République²⁴¹.

En fonction de paramètres économiques, l'employeur définit les axes de sa politique. Il décide de l'affectation des investissements, des évolutions technologiques, du développement de son activité. Concernant les entreprises cotées en bourse, les employeurs sont passés d'une logique productive à une logique financière. Ils doivent répondre aux impératifs de compétitivité des marchés financiers et leurs stratégies sont guidées par la rationalisation des coûts et la maximisation des profits. Le dogme de la création de valeur pour l'actionnaire contraint les sociétés cotées à se recentrer sur les métiers les plus rentables et à réduire leurs effectifs.

"La maîtrise des effectifs est devenue un gage de performance"²⁴² et l'amélioration de la rentabilité des capitaux investis justifie le recours fréquents aux plans sociaux. En effet, le retour sur investissement des réductions d'effectifs est extrêmement rapide et permet à l'entreprise de satisfaire les exigences de rentabilité des actionnaires.

La caractéristique des actes de gestion de l'employeur est d'être opposable aux

²⁴⁰ G. Couturier, *Droit du travail, t.2, PUF, éd. 1991, p.50.*

²⁴¹ Cons. Const., 16 janvier 1982, D. 1983, p.169 ; Cons. Const., 13 janvier 2000, Les petites affiches, 19 janvier 2000, p.6, n°13 ; Pour un commentaire de la décision du Conseil Constitutionnel, voir X. Prétot, *Le Conseil Constitutionnel et les trente-cinq heures*, Dr. Soc., 2000, p.257.

²⁴² Rachel Beaujolin, *Les vertiges de l'emploi*, éd. Grasset/Le Monde, 1999.

salariés et aux tiers. Les décisions de gestion ne peuvent faire l'objet d'un contrôle à l'initiative des salariés²⁴³. Ceux-ci sont des tiers par rapport aux actes de gestion. En droit, l'ampleur donnée aux bénéfices ainsi que leur destination, ne les regardent pas, sous réserve de leur participation aux résultats organisée par la loi. Seule une information préalable du Comité d'entreprise est requise par le code du travail pour les décisions concernant la marche générale de l'entreprise. Cette obligation d'information ne doit pas faire illusion : employeur et salariés ne cogèrent pas. Les analyses et les options économiques de l'employeur ne font l'objet d'aucune censure et s'imposent à la collectivité des salariés. Les appréciations économiques concernant la conjoncture, l'évolution du marché, les besoins de l'entreprise, les contraintes de la concurrence sont exclusivement du domaine de l'employeur. La participation aux résultats, rendue obligatoire par l'ordonnance du 7 janvier 1967, qui devait permettre aux salariés de devenir actionnaires et d'être davantage associés aux orientations stratégiques, est devenu un simple instrument de politique salariale.

Il faut cependant noter que l'essor de l'actionnariat salarié ainsi que le développement des rémunérations en action, comme les stock options, conduit à une situation paradoxale pour le salarié actionnaire. En tant qu'actionnaire, il ne peut que souhaiter que l'entreprise améliore ses ratios de rentabilité, mais cet objectif est atteint au prix de mesures destructrices pour l'emploi. Quant à la réglementation financière, si elle apporte des garanties d'information en cas de fusion, absorption ou scission, elle n'en repose pas moins sur le principe essentiel de la responsabilité et de la liberté de l'investisseur.

60. Ce pouvoir de gestion est consacré par les tribunaux. Ceux-ci ont affirmé pendant longtemps que l'employeur était seul juge des décisions économiques et attribuaient un caractère discrétionnaire au pouvoir de gestion²⁴⁴. Si aujourd'hui, l'employeur n'est plus présenté comme étant "seul juge", ni les salariés ni les juges ne sauraient cependant substituer leur appréciation à la sienne. Aucune mesure légale ne contraint l'employeur dans ces choix. L'utilisation des mesures de licenciements collectifs comme mode fréquent de l'adaptation de l'entreprise à son marché en est la preuve. Dans la lutte pour l'emploi, le législateur ne remet pas en cause les stratégies managériales réduisant l'emploi à une simple variable d'ajustement; il invite seulement les directions des entreprises à préserver l'emploi en soumettant des plans sociaux aux représentants des salariés²⁴⁵. La loi oblige les employeurs à penser et prévenir les conséquences humaines de leurs décisions tout en préservant leur liberté de gestion.

Certaines entreprises s'accommodent d'ailleurs fort bien de cette législation en faisant appel à des cabinets spécialisés qui préparent des plans sociaux "inattaquables"²⁴⁶.

²⁴³ A. Rouast, *Des droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD, 1994, p.1.

²⁴⁴ Cass., 31 mai 1956, Arrêt Brinon, JCP 1956, II, 9397, M.P. Eissmeim ; Dr. soc., 1956, p.489 ; D. 1958, p.21, note G. Levasseur.

²⁴⁵ J. Trentesaux, *La mécanique implacable des plans sociaux*, Liaisons sociales, n°134, doc. 98,p.18.

²⁴⁶ Ph. Chevalier, D. Dure, *Quelques effets pervers des mécanismes de gestion*, Gérer et comprendre, sept. 1994, n°36, p.4 et suiv.

Le choix patronal des mécanismes de gestion à mettre en œuvre reste donc discrétionnaire, le droit essayant en aval d'en atténuer les conséquences. Cette liberté de gestion se manifeste avec force lorsqu'on est en présence de firmes multinationales ou de groupes de sociétés. Ceux-ci sont en mesure de convaincre tout gouvernement à défendre leurs intérêts. Ainsi les sociétés internationalisées sont-elles devenues de précieux alliés pour les Etats en quête de remèdes face au chômage. Pour attirer les capitaux productifs, les gouvernements offrent aux firmes internationales des aides financières et des exemptions fiscales. Ces entreprises multinationales ou groupes de sociétés ne répondent de leurs actes que devant leurs actionnaires et, pour accroître leurs profits, choisissent l'environnement qui leur est le plus favorable. Elles opèrent des délocalisations d'activités nécessitant une forte main d'œuvre vers les pays en développement. La stratégie de délocalisation de ce type de production "combine à la fois des objectifs de réduction des coûts salariaux et de rapprochement des marchés à fort potentiel de croissance"²⁴⁷. De leur côté, les pays industriels attirent les investissements étrangers intensifs en capital technologique et qui par conséquent requièrent une main d'œuvre bien formée et des sources de technologie et de financement importantes²⁴⁸.

Dans la définition de leur stratégie, ces sociétés prennent aussi en considération les systèmes nationaux de droit du travail²⁴⁹. Le pouvoir économique et financier de ces sociétés leur confère une liberté de mouvement sans précédent.

Section 2 : L'organisation de l'entreprise.

61. Le pouvoir d'organisation de l'employeur s'affirme dans la détermination des structures de l'entreprise et dans l'organisation de la production. Les aspects de l'organisation concernant directement la force de travail ressortissent du pouvoir de direction des personnes et seront traités, à ce titre, dans le chapitre suivant.

§ 1 : Les structures de l'entreprise.

62. L'employeur décide de la forme juridique et l'organisation technique de l'entreprise. Il choisit, sous réserve du respect des règles du droit des sociétés, la forme juridique du groupement. De ce choix vont dépendre les règles de fonctionnement et de contrôle de la société. Ainsi concernant les sociétés anonymes, l'employeur peut opter, soit pour la formule classique avec conseil d'administration et président, soit pour la formule duale à directoire et conseil de surveillance. Cette dernière option n'est choisie que par une minorité de sociétés²⁵⁰.

Les règles du droit de travail s'appliquent, pour la plupart, quelle que soit la personne de l'employeur, personne physique ou morale, et dans cette hypothèse, quel que soit le

²⁴⁷ D. Uzunidis, S. Boutiller, *Le travail bradé*, éd. L'Harmattan, coll. Economie et Innovation, 1997, p.79.

²⁴⁸ D. Uzunidis, S. Boutiller, *Le travail bradé, op. cit.*, p.77.

²⁴⁹ A. Jeammaud, *Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation*, Dr. ouvrier, 1998, p.240.

type de groupement choisi. Certaines, cependant, dépendent de la forme juridique de l'entreprise comme, par exemple les règles de la représentation du comité d'entreprise au conseil d'administration ou au conseil de surveillance des sociétés par actions.

L'employeur décide également des structures matérielles de l'entreprise. Celle-ci peut être située sur un seul lieu géographique ou bien être éclatée en plusieurs établissements. Alors que la petite entreprise ne comporte qu'un établissement, la grande entreprise compte souvent plusieurs agences, usines ou succursales.

La législation du travail a pour domaine d'application l'établissement. Ainsi, les dispositions relatives à l'hygiène et la sécurité²⁵¹, à la durée du travail²⁵² ou bien celles concernant la mission de contrôle de l'inspection du travail²⁵³ visent l'établissement. On a donc pu écrire que "la véritable cellule du Droit du travail est non pas l'entreprise, mais l'établissement"²⁵⁴.

Le choix des structures matérielles a une incidence sur l'exercice des droits collectifs des salariés. En effet, les "seuils d'effectifs"²⁵⁵ de l'entreprise déterminent l'étendue des droits des salariés.

Ainsi, le régime des institutions représentatives du personnel n'est-il applicable que lorsque l'entreprise ou l'établissement dépasse un certain seuil (au moins 50 salariés pour les comités d'entreprise et au moins 11 salariés pour les délégués du personnel). Il peut alors être tentant pour l'employeur de s'appuyer sur des impératifs économiques pour diviser son entreprise en plusieurs établissements n'atteignant pas ces effectifs, afin de mettre en échec les dispositions légales. La loi prévoit des sanctions à l'égard des employeurs qui utilisent de tels stratagèmes. Les articles L.482-1 et L.483-1 du code du travail répriment, en effet, toute entrave apportée à la désignation des délégués du personnel et à la constitution du comité d'entreprise et prévoient des peines correctionnelles. Cependant, les motifs avancés par l'employeur sont parfois difficilement contrôlables et il est alors délicat de savoir si l'employeur a voulu ou non éluder les obligations que la loi lui impose à l'égard de son personnel. Ceci étant, ces agissements frauduleux ne sont guère concevables que dans les petites entreprises. Le second terrain d'élection du pouvoir patronal d'organisation est l'organisation de la production.

²⁵⁰ Voir D. Hurstel, Est-il urgent et indispensable de réformer le droit des sociétés au nom de la corporate governante ?, *Rev. Sociétés*, 1995, p.633 (moins de 2% des sociétés anonymes ont adopté la forme duale).

²⁵¹ Livre II, Titre III, C. trav., art. L.230-1 et suiv.

²⁵² Livre II, Titre I, C. trav., art. L.212-1 et suiv.

²⁵³ Livre VI, Titre I, C. trav., art. L.611-1 et suiv.

²⁵⁴ G. Lyon-Caen, *L'entreprise dans le droit du travail*, op. cit.

²⁵⁵ C. Sachs, *Les seuils d'effectifs*, LGDJ, 1985.

§ 2 : L'organisation de la production.

63. L'employeur a la faculté d'aménager les locaux, les installations techniques, de choisir les moyens de production, les processus et méthodes, les activités à développer. Ces prérogatives influent nécessairement sur la situation des salariés. Les incidences peuvent tout d'abord être collectives. Ainsi, le changement d'activité décidé par l'employeur est-il susceptible de déboucher sur l'applicabilité d'une nouvelle convention collective. Parfois, la logique s'inverse et c'est l'objectif de changer de convention collective qui entraîne une réorganisation. Par exemple, un groupe de sociétés peut décider de créer une société nouvelle dans le seul but d'appliquer à certains salariés une convention collective moins avantageuse que celle en vigueur²⁵⁶. Les conséquences sont aussi individuelles puisque les choix d'organisation gouvernent les conditions du travail de chaque salarié.

L'employeur n'a pas à justifier ces choix par la nécessité. L'application de ce principe conduit à considérer que n'est pas légalement justifié l'arrêt condamnant l'employeur à payer des dommages et intérêts pour rupture abusive à un salarié au motif que la réorganisation de l'entreprise, n'était pas imposée par la force majeure²⁵⁷. Les attributions reconnues au Comité d'entreprise ne restreignent pas la liberté patronale étant donné qu'elles n'ont qu'une portée consultative. Ainsi l'employeur peut-il mettre en place une organisation, même si elle s'avère préjudiciable aux salariés. Il peut décider de confier une activité, jusqu'alors assumée par son entreprise, à une société de services.

Le recours à des prestataires de services extérieurs est fréquent. Si, pendant longtemps, l'entreprise a fourni toutes les prestations exigées par sa production, la recherche systématique de réduction des coûts, et par conséquent, la réduction des effectifs, conduit à accentuer le recours aux prestataires extérieurs. Les entreprises recherchent une efficacité maximale, non par la coordination de prestations internes, mais par le fractionnement du processus de travail et la passation de contrats avec l'extérieur.

Cette politique multiplie le nombre de tiers participant au processus de production, tiers sur lesquels pèse souvent une véritable subordination par rapport au donneur d'ordre. La loi du 11 février 1994 relative à l'entreprise individuelle, dite loi Madelin, a songé à faciliter ce mouvement d'extériorisation des emplois en établissant une présomption simple d'activité indépendante pour les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des URSSAF pour le recouvrement des allocations familiales²⁵⁸. Cette loi a fait l'objet de nombreux commentaires²⁵⁹ et un auteur a souligné qu'elle visait à "accompagner ce mouvement d'exclusion du salariat" et présentait un "risque d'accroître l'exclusion de ceux qui accomplissent des tâches occasionnelles et précaires"²⁶⁰. En effet, l'article L.120-3 al. 2 du code du travail dispose que la présomption de travail indépendant peut être détruite et le contrat de travail établi dès lors

²⁵⁶ I. Vacarie, *L'employeur, op. cit.*, p.42.

²⁵⁷ Cass. Soc., 11 mai 1964, Bull. civ. IV, p. 322, n°392.

²⁵⁸ Loi n°94-126 du 11 fév. 1994, J.O. du 13 fév. 1994.

que les personnes concernées "fournissent directement ou par personne interposée des prestations à un donneur d'ouvrage dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci".

Cependant, la Cour de cassation a interprété cette disposition dans un sens relativement favorable au renversement de la présomption (par celui qui se prétend salarié) en affirmant que "c'est la subordination juridique qui doit être permanente et non le lien"²⁶¹ Ainsi des relations contractuelles même ponctuelles peuvent-elles être qualifiées de relations salariales. C'est la nature des rapports entre les parties et non des considérations de durée de la relation qui permet d'affirmer ou non l'existence d'un contrat de travail. Quoiqu'il en soit, la loi du 19 janvier 2000 (Aubry II) relative à la réduction du temps de travail a²⁶², suite à un amendement parlementaire, abrogé cet article L.120-3 du code du travail, à l'exception du troisième alinéa introduit par la loi n°97-210 du 11 mars 1997.

64. Caractérisé par la subordination juridique du salarié, le contrat de travail est le cadre dans lequel l'employeur peut exercer son pouvoir de direction sur les personnes. Il s'analyse comme la "convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place en tant que nécessaire, moyennant une rémunération"²⁶³. Il ressort de cette définition que le salarié met sa force de travail à la disposition de l'employeur et accepte de se soumettre à l'autorité patronale. Par conséquent, l'employeur dispose du pouvoir sur les hommes et l'exerce au regard des décisions de gestion qu'il a défini.

Chapitre II : Le pouvoir de direction des personnes

65. Le pouvoir de direction des personnes, fondé sur le contrat de travail, se caractérise par les prérogatives de l'employeur pour la mise en œuvre de la force de travail et dans le contrôle de l'exécution des tâches. Maître de l'organisation du travail et de la bonne exécution de celui-ci, l'employeur possède également la faculté de singulariser les

²⁵⁹ G. Lyon-Caen, *Où mènent les mauvais chemins*, Dr. soc., 1995, p.647 ; M. Laroque, *Présentation introductive de la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle*, Dr. soc., 1995, p.631 ; F. Deroy, *la vérité sur le faux travail indépendant*, Dr. Soc., 1995, p.638 ; Association Villermé, *La loi Madelin et le code du travail : à contre courant, une menace qui devrait pourtant rester sans effet*, Dr. soc., 1995 ; B. Teyssié, *Sur un fragment de la loi n°94-126 du 11 février 1994 : Commentaire de l'article L.120-3 du code du travail*, Dr. soc., 1994, p.667 ; M. Véricel, *Des incidences en droit social de la loi Madelin sur la qualification du salarié*, ALD, 1995, p.54.

²⁶⁰ G. Lyon-Caen, *Où mènent les mauvais chemins*, *op. cit.*, p.648.

²⁶¹ Cass. Crim., 31 mars 1998, RPDS n°652-653, p.279 ; voir également D. Boulmier, *Quand "le lien de subordination juridique permanente" restreint la portée de la loi Madelin*, Sem. sociale Lamy du 22 fév. 1999, n°922, p.6.

²⁶² *Pour un commentaire de cette loi, voir notamment le numéro spécial de Droit social, mars 2000.*

²⁶³ G. Lyon-Caen, J. Pélissier, A. Supiot, *Droit du travail, Précis Dalloz*, 18^{ème} éd., 1996, p.100, n°125.

rapports de travail individuels. Pour cela, il pose des règles, prend des décisions et accomplit des actes matériels. Le pouvoir de direction des personnes s'attache donc, d'une part, à organiser le travail de l'ensemble des salariés en décidant de la tâche assignée à chacun et, d'autre part, à particulariser le rapport salarial. En d'autres termes, l'employeur met en œuvre la force de travail (*section I*) et individualise la situation du salarié (*section II*).

Section 1 : La mise en œuvre de la force de travail.

66. L'employeur détient le pouvoir d'organiser le travail des salariés. L'exercice de ce pouvoir se confond avec l'exécution du contrat de travail dont l'effet propre et premier est de placer le salarié sous l'autorité de l'employeur. L'employeur est un "donneur d'ordres", investi du pouvoir de diriger les salariés. A ce titre, il jouit du droit d'imposer à chacun ses décisions.

L'autorité patronale s'exerce quotidiennement par des recommandations orales et des ordres à l'adresse des salariés, mais elle peut également s'inscrire dans différents textes. Les mesures prises par l'employeur ont vocation à régir la condition de chaque salarié, ce qui a permis à un auteur d'écrire que l'employeur devient une "source de droit"

264 .

§ 1 : L'édiction des normes.

67. Cet aspect normatif évoque tout d'abord le règlement intérieur. La loi du 4 août 1982 a doté le règlement intérieur d'un régime légal plus sophistiqué que le précédent²⁶⁵. Son contenu est fixé par l'article L. 122-34 du code du travail en vertu duquel doivent figurer dans ce règlement les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité, les règles générales et permanentes relatives à la discipline, les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés tels qu'ils résultent de l'article L. 122-41 et enfin, les dispositions relatives à l'abus d'autorité en matière sexuelle. En matière d'hygiène et de sécurité, les dispositions du règlement intérieur sont établies par référence aux règles du code du travail. L'employeur peut à cette fin établir des consignes de sécurité. Concernant les règles générales et permanentes relatives à la discipline, elles ont pour but de fixer l'organisation du travail dans l'entreprise. Une norme présente un caractère disciplinaire dès lors que son non respect peut faire l'objet de sanctions.

La fixation de ces normes appartient à l'employeur. L'article L. 122-35 du code du travail dispose que ces mesures ne peuvent apporter "aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché".

Ces exigences ont pour but de garantir un équilibre entre l'exercice du pouvoir

²⁶⁴ A. Supiot, La réglementation patronale dans l'entreprise, *Dr. soc.*, 1992, p.215.

²⁶⁵ Cohen, Le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, *Dr. soc.*, 1980, p.165 (*l'auteur compare le règlement intérieur avant 1982 au "Moyen-Age au XX^{ème} siècle"*).

patronal et les droits fondamentaux des salariés. Sous réserve du respect de ces différentes règles, le règlement intérieur est un instrument de gestion du personnel au service de l'employeur. Il peut contenir des obligations très variées relatives par exemple, aux horaires de travail, à l'accès et circulation dans l'entreprise, au port d'un uniforme²⁶⁶.

Dans un arrêt du 18 mars 1998, le Conseil d'Etat admet que des mesures se rapportant à la mise en œuvre des dispositions de la loi du 10 janvier 1991, relative à la lutte contre le tabagisme, soient édictées par la voie du règlement intérieur²⁶⁷. Pour la juridiction administrative, elles répondent à un impératif d'hygiène.

Hors règlement intérieur, l'employeur peut formuler d'autres prescriptions.

68. Les mesures internes à l'entreprise ne présentent pas toutes le même caractère. Certaines possèdent un caractère de généralité et de permanence et, à ce titre, constituent indiscutablement des règles de droit²⁶⁸. Elles peuvent préciser les modalités de l'organisation de l'entreprise ou prescrire aux salariés d'adopter tel ou tel comportement. Ces règles peuvent être insérées dans des documents aux dénominations variées : "chartes", livrets d'accueil ou notes de service.

A l'inverse, d'autres sont inspirées par les circonstances économiques et sociales et peuvent conduire par exemple à la modification du rythme de production, à l'installation de nouveaux équipements ou à la fermeture ou l'ouverture d'une unité de production. Enfin, ces mesures peuvent présenter un caractère individuel et être, soit la conséquence de règles générales, soit prises pour des motifs propres au salarié.

Toutes ces mesures peuvent avoir des incidences sur les conditions de travail et imposer des sujétions nouvelles aux salariés. Ces normes sont des manifestations du pouvoir de direction et ne créent pas à proprement parler de nouvelles obligations juridiques à la charge des salariés. En les édictant l'employeur exerce une prérogative qu'il tient du contrat de travail²⁶⁹.

Mais les normes d'origine patronale ne sont pas nécessairement synonymes d'obligations, de sujétions, pour les salariés, ou les seuls salariés. L'employeur, auquel toute règle non "abrogée" est opposable, même s'il en est l'auteur exclusif, peut aussi contracter de son seul chef des engagements à l'égard de ses salariés, par exemple pour stimuler la productivité. Ainsi, l'exercice du pouvoir de direction des personnes peut-il conduire l'employeur à décider unilatéralement de l'octroi d'un avantage à tout ou partie du personnel. Souvent, il s'agira d'une prime accordée aux salariés. Cette volonté

²⁶⁶ C.E., 16 décembre 1994, RJS 2/95, n°128 (régularité d'une clause d'un règlement intérieur faisant obligation aux personnels d'une entreprise de pose d'ascenseurs de porter une tenue de travail prise pour des raisons de sécurité); C.E., 29 décembre 1995, Dr. soc., 1996, p.391, concl. Maugüé ; RJS 1996, p.167, n°283 (a été jugée licite la clause imposant le port d'un badge d'identification dans une centrale nucléaire).

²⁶⁷ C.E., 18 mars 1998, RJS 6/98, n°733.

²⁶⁸ A. Supiot, *La réglementation patronale de l'entreprise*, Dr. soc., 1992, p.215.

²⁶⁹ E. Dockes, *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. soc., 1994, p.227.

patronale constitue un engagement unilatéral doté d'un régime juridique particulier²⁷⁰.

L'engagement unilatéral ne peut créer d'obligations qu'à la charge de l'employeur. Les avantages résultant pour le salarié d'un tel engagement ne sont pas incorporés au contrat de travail²⁷¹. L'employeur peut s'engager pour une durée déterminée ou indéterminée. La dénonciation unilatérale de l'avantage n'est possible que dans le second cas, conformément au principe du droit commun des obligations qui prohibe tout engagement perpétuel²⁷². Afin d'être régulière, la dénonciation doit être précédée d'un préavis suffisant et être notifiée aux représentants du personnel et aux salariés intéressés²⁷³. A défaut, l'engagement demeure en vigueur et les salariés peuvent s'en prévaloir. La dénonciation n'a pas à être motivée mais si l'employeur énonce un motif illicite, la dénonciation est nulle²⁷⁴. Le régime de la dénonciation de l'engagement unilatéral est donc calqué sur celui de l'usage.

A côté de son pouvoir normatif, l'employeur dispose, afin d'organiser l'activité des salariés, de la faculté de gérer les effectifs de l'entreprise et de celle de déterminer les modalités de l'exécution de la prestation de travail.

§ 2 : La gestion des effectifs.

69. En fonction des besoins et des stratégies de l'entreprise, l'employeur va ajuster ses effectifs. Cet ajustement s'effectue tout d'abord par le choix du type de contrat de travail. L'employeur peut proposer un contrat à durée indéterminée ou un contrat à terme.

Certes, le contrat à durée indéterminée est la technique contractuelle de droit commun, ce qui signifie que tout contrat conclu sans spécification est un contrat à durée indéterminée. Ceci étant, dès lors que l'employeur respecte les conditions qui s'attachent aux contrats spécifiques, son pouvoir de direction reste entier. En présence de la diversité des techniques juridiques d'usage de la main-d'œuvre, rien ne l'oblige à choisir la formule la plus protectrice pour le salarié. A défaut de respect des cas d'ouverture prévus par la loi ou des conditions de forme, le contrat sera requalifié en contrat à durée indéterminée à temps complet. Il reste que cette liberté de gestion dans les mouvements de personnel autorise l'employeur à pratiquer les remplacements dits "en cascade". Ainsi, l'employeur qui conclut un contrat de travail à durée déterminée ou un contrat de travail temporaire pour compenser l'absence d'un de ses salariés n'est pas obligé d'affecter le salarié recruté au poste laissé vacant par le salarié absent, il peut procéder à un glissement

²⁷⁰ Voir E. Dockes, *art. précité* ; M. Véricel, *Sur le pouvoir normateur de l'employeur*, Dr. soc., 1991, p.120 ; M. Keller, G. Lyon-Caen, *Les sources du droit du travail*, Encyclopédie Dalloz, p.18, n°220 ; Ph. Waquet, *Du nouveau et des précisions sur la dénonciation d'un usage d'entreprise ou d'un engagement unilatéral*, Sem. sociale Lamy, n°781, p.3.

²⁷¹ Cass. Soc., 25 février 1988, Bull. civ. V, n°139 ; Cass. Soc., 13 février 1996, Sem. sociale Lamy, n°781, p.3.

²⁷² Cass. Soc., 17 mars 1993, Dr. soc., 1993, p.456.

²⁷³ Cass. Soc., 13 février 1996, op. cit. ; Cass. Soc., 23 sept. 1992, Bull. civ. V, n°479.

²⁷⁴ Cass. Soc., 13 février 1996, op. cit.

interne d'emploi.

La licéité de principe de la pratique des remplacements en cascade a été posée par une circulaire du ministère du travail²⁷⁵ et consacrée par la chambre sociale de la Cour de cassation²⁷⁶. La flexibilité de la main-d'œuvre obtenue par l'utilisation des contrats précaires permet à l'employeur une adaptation rapide aux circonstances.

70. Le licenciement est un autre instrument de maîtrise des effectifs. En vertu de son pouvoir de direction, l'employeur peut décider de licencier un salarié pour des raisons économiques ou inhérentes à la personne du salarié. Le licenciement est la manifestation la plus dramatique pour le salarié du pouvoir de diriger reconnu à son cocontractant.

En matière économique, l'employeur peut pratiquer des licenciements dans les circonstances prévues à l'article L.321-1 du code du travail. Ce texte prévoit plusieurs motifs constitutifs de licenciement économique, la suppression ou transformation d'emploi ou la modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. En interprétant l'adverbe "notamment", la Cour de cassation considère que la réorganisation de l'entreprise peut également justifier un licenciement pour motif économique dès lors qu'elle a pour but de sauvegarder la compétitivité de celle-ci²⁷⁷.

L'employeur peut aussi décider de rompre un contrat de travail en cas de faute du salarié, ou lorsque celui-ci perturbe le bon fonctionnement de l'entreprise sans qu'il y ait comportement fautif.

71. La faute du salarié est souvent invoquée comme motif de licenciement. Dans ce cas, l'employeur fonde cet acte d'exercice de son droit de résiliation unilatérale du contrat de travail sur son pouvoir disciplinaire.

Certes, le pouvoir de direction proprement dit est également concerné puisque l'employeur doit assurer le bon fonctionnement de la communauté de travail dans l'intérêt de l'entreprise. Or, la faute révèle une mauvaise intégration à cette collectivité de travail et peut, dans certaines conditions, justifier la rupture du contrat. Mais, en licenciant un salarié pour faute, l'employeur exerce d'abord son pouvoir de sanctionner. Aussi ce type de licenciement ne sera pas étudié dans le cadre présent.

72. D'autres motifs tenant à la personne du salarié peuvent fonder la décision patronale de licencier. Il s'agit de la maladie du salarié, de son insuffisance professionnelle et de son comportement (perte de confiance, mauvaise entente avec la direction). Ces derniers en eux-mêmes ne suffisent pas à justifier un licenciement. Il faut des éléments objectifs étayant ces motifs qui ne sauraient à eux seuls constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement²⁷⁸. Mais dès lors que ces situations présentent

²⁷⁵ Circulaire DRT n°18-80 du 30 octobre 1990, BO du minist. du travail n°96/24 du 18 décembre 1990, p.45.

²⁷⁶ Cass. Soc., 22 novembre 1995, RJS n°1, 1996, p.13.

²⁷⁷ Cass. Soc., 5 avril 1995, Dr. soc., 1995, p.488, ("lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité") ; Cass. Soc., 14 mai 1997, RJS 6/97, n°657 ; Cass. Soc., 23 mai 1995, Dr. soc., 1995, p.678.

des incidences sur le fonctionnement de l'entreprise, l'employeur peut décider de rompre le contrat. La maladie du salarié n'est pas une cause de rupture du contrat de travail puisqu'elle le suspend. Cependant, une absence prolongée du salarié due à son état de santé, peut présenter des risques et inconvénients importants pour l'entreprise. Le remplacement d'un salarié absent pour une longue durée par la conclusion de contrats précaires, peut se révéler d'un coût financier trop lourd pour l'entreprise.

Or, le partage du travail de la personne malade entre les autres salariés n'est pas toujours possible. L'employeur peut alors envisager un remplacement définitif dans l'intérêt de l'entreprise.

§ 3 : La détermination des conditions de travail.

73. Au sein de l'entreprise, l'employeur définit l'affectation des salariés à tel ou tel poste et décide des modalités d'exécution du travail : horaires, lieu de travail, détermination des cadences, etc... La détermination des conditions de travail soit appartient à la sphère contractuelle, soit résulte de l'exercice du pouvoir de direction.

En effet, certaines conditions d'exécution du travail sont incluses dans le contrat de travail alors que d'autres peuvent être fixées unilatéralement par l'employeur. Cette distinction a des conséquences importantes quant aux éventuelles capacités de résistance des salariés. L'étude des éléments contractuels et de leur modification est intégrée dans celle, plus générale, de l'encadrement du pouvoir de direction, étant donné que les règles du droit des obligations dressent dans une certaine mesure un rempart face au pouvoir patronal.

Concernant l'exercice du pouvoir de direction, celui-ci autorise l'employeur à déterminer les conditions de travail des salariés et à opérer les changements qu'il juge nécessaire au cours de l'exécution de la prestation de travail.

74. Placé sous l'autorité de l'employeur par l'effet du contrat de travail, et sous réserve du respect des termes de ce contrat, le salarié ne peut refuser d'exécuter les prestations définies par l'employeur, sauf à commettre une faute contractuelle pouvant éventuellement justifier un licenciement.

Dans le cadre de son pouvoir de direction, l'employeur impose de multiples sujétions au salarié qui imprègnent le quotidien du travail. Aussi, serait-il vain de chercher à en faire l'inventaire. Pour exemple, nous citerons les restrictions apportées à la liberté d'aller et venir des salariés. Celles-ci sont fondées à la fois sur le droit de propriété et sur le contrat de travail. Les décisions patronales qui limitent l'accès à l'entreprise en dehors de certaines heures ou qui interdisent l'accès à certains lieux trouvent une justification dans le droit de propriété. Le droit de propriété est opposable à tous, y compris aux salariés. A l'inverse, les décisions patronales relatives à l'exécution du travail et qui imposent aux salariés des horaires, des temps de présence au poste de travail tirent leur autorité du lien

²⁷⁸ Les décisions de justice concernant la perte de confiance sont nombreuses. Voir notamment Cass. Soc., 29 novembre 1990, D. 1991, p.190, note J. Pélissier (Dans cet arrêt Mme Fertray, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence et exige que la perte de confiance repose sur des faits objectifs) ; Cass. Soc., 25 juin 1991, RJS 10/91, n°1081 ; Cass. Soc., 14 janvier 1998, RJS 3/98, n°292.

de subordination né du contrat de travail.

Le développement des nouvelles technologies peut venir renforcer les sujétions imposées par l'employeur au salarié. Les technologies modernes sont à l'origine de nouvelles organisations du travail, créant ainsi des formes particulières de subordination du salarié à l'entreprise ²⁷⁹. L'essor des télécommunications est un exemple privilégié pour illustrer ce propos. Les multiples outils de communication, eurosig, téléphone portable ou micro-ordinateur intégrant la télécopie par exemple, ont ruiné l'idée selon laquelle la distance était synonyme d'indépendance. Grâce à eux, le travail peut "rattraper" le salarié.

Sans envisager l'hypothèse d'une atteinte aux droits fondamentaux de l'individu, ces technologies facilitent l'accroissement de la subordination du salarié en permettant un lien constant et direct avec l'entreprise.

L'employeur a toujours la faculté de joindre ses salariés "nomades" restreignant ainsi leur autonomie dans l'organisation de l'activité. En outre, ces moyens de communication favorisent la multiplication des sujétions professionnelles en dehors du temps de travail, rendant la démarcation entre temps libre et temps de travail de moins en moins radicale. En effet, les astreintes, même si dans certains cas elles laissent une relative liberté de mouvements au salarié, l'obligent psychologiquement et physiquement à conserver un lien avec son travail. Il a l'obligation d'être accessible et peut être joint à tout moment. Le salarié demeure subordonné et pourra être sanctionné à défaut de réponse rapide en cas d'appel. Ainsi, alors que se développe une certaine souplesse dans l'organisation des horaires de travail des salariés, certains d'entre-eux connaissent une perte relative de liberté.

75. Parce que l'exécution du contrat de travail se prolonge dans le temps, il est courant que des modifications soient apportées aux conditions d'emploi et de travail du salarié. Le pouvoir de direction autorise l'employeur à imposer des modifications unilatérales des conditions de travail. En effet, comme l'écrit Mr J Savatier, "la caractéristique du contrat de travail est que le salarié a accepté d'avance le pouvoir de direction de l'employeur quand celui-ci l'exerce, il n'y a donc pas en réalité modification mais exécution du contrat. Et, c'est le travailleur refusant les modifications de ses tâches dans le cadre de l'emploi convenu qui n'exécute pas les obligations contractuelles" ²⁸⁰.

Rejoignant le point de vue développé par M. Savatier, la Cour de cassation a changé de terminologie. Elle n'opère plus la distinction entre modification substantielle et non substantielle mais entre modification d'un "élément essentiel du contrat" et "changement des conditions de travail" ²⁸¹.

²⁷⁹ J. Frayssinet, Nouvelles technologies et droits fondamentaux des salariés, in *Droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise*, éd. Presse Universitaire Aix-Marseille, 1994, p.29.

²⁸⁰ J. Savatier, *Les modifications unilatérales du contrat de travail et le respect des engagements contractuels*, Dr. soc., 1988, p.136.

²⁸¹ Cass. Soc., 10 juillet 1996, RJS 8/9, 1996, n°900 ; Dr. soc., 1996, p.976, obs. H. Blaise.

Sur ce point, la position de la Cour de cassation a connu une évolution qui devra être évoquée au moment de l'étude de l'encadrement du pouvoir de direction. Sans préjudice d'une analyse plus systématique de l'encadrement par l'article 1134 du code civil, retenons ici que, sur le plan du droit, le refus par le salarié du simple changement de ses conditions de travail constitue un manquement aux obligations contractuelles que l'employeur a la possibilité de sanctionner, y compris en procédant au licenciement de l'intéressé²⁸². Dans deux arrêts en date du 10 juillet 1996, la Cour de cassation, se référant au pouvoir de direction de l'employeur, qualifie le refus d'exécuter du salarié de faute grave, ce qui, en cas de licenciement, entraîne la perte des indemnités de licenciement et du droit à préavis²⁸³.

L'appréciation de la distinction entre modification du contrat de travail et exercice du pouvoir de direction est tout aussi délicate que celle du caractère substantiel ou secondaire d'une modification du contrat de travail. Il a été jugé que l'employeur pouvait astreindre ses salariés au port de certains vêtements pour des motifs d'hygiène et de sécurité, alors même que le contrat initial ne le prévoyait pas²⁸⁴.

De même, les petites mobilités relèvent-elles du pouvoir de direction²⁸⁵. Ainsi, le déménagement d'une entreprise à l'intérieur de la région parisienne est-il qualifié de simple changement des conditions de travail²⁸⁶. Cette construction jurisprudentielle ne prend pas en considération les répercussions que la modification peut entraîner sur la vie personnelle du salarié.

L'exercice du pouvoir patronal de direction prime les exigences légitimes des salariés, à conserver une vie familiale et sociale décente. Cette position diffère de celle adoptée dans des décisions plus anciennes. En effet, la Cour de cassation avait jugé en 1982 qu'un salarié était fondé à refuser sa mutation de la Seyne à Toulon, en raison des répercussions que cette mutation pouvait engendrer sur sa vie privée et professionnelle²⁸⁷. Aujourd'hui, les juges se contentent de vérifier que la modification du lieu du travail est effectuée dans un périmètre géographique raisonnable. Parfois, cependant, les juges appliquent le critère de proportionnalité. Ainsi, a été jugé que ne constituait pas une faute grave, le refus d'un salarié ancien d'accepter un changement dans ses conditions de travail et notamment de suivre une formation de longue durée²⁸⁸.

²⁸² Cass. Soc., 24 juin 1992, *Sem soc Lamy*, n°610, *Bull. V*, n°413.

²⁸³ Cass. Soc., 10 juillet 1996, *op. cit.*

²⁸⁴ Cass. Soc., 24 juin 1992, *op. cit.*

²⁸⁵ J.E. Ray, *La mobilité du salarié, aspects individuels*, *Dr. soc.*, 1989, p.432.

²⁸⁶ Cass. Soc., 20 octobre 1998, *RJS* 1/99, p.24, n°8.

²⁸⁷ Cass. Soc., 25 mars 1982, *Bull. civ. V*, p. 166, n°225.

²⁸⁸ Cass. Soc., 3 avril 1997, *RJS* 5/97, n°523.

Lorsque des clauses prévoyant l'éventualité de certaines modifications sont insérées dans le contrat de travail²⁸⁹, l'application de la clause par l'employeur constitue un simple changement dans les conditions de travail.

Ainsi, la mutation du salarié prévue dans le contrat de travail résulte-t-elle de la simple application de ce contrat²⁹⁰ et le refus éventuel du salarié est constitutif d'une faute grave²⁹¹. Par contre, il n'y a pas insubordination du salarié si la clause a des incidences sur des éléments contractuels extérieurs à son objet. Ainsi ne constitue pas une faute le refus opposé par le salarié d'accepter une mobilité prévue dans le contrat mais qui entraîne une diminution de sa rémunération²⁹².

Par ailleurs, les clauses de mobilité sont désormais limitées par les "droits de la personne". La Chambre sociale a jugé que le droit de chacun au respect de son domicile - ou plutôt au libre choix du domicile qui constitue un de ses attributs - ne pouvait souffrir de restriction par la stipulation ou l'invocation d'une clause de mobilité, que dans la mesure où cette restriction était indispensable à la protection des "intérêts légitimes de l'entreprise" et proportionnée au but recherché²⁹³. Pour affirmer le droit au libre choix du domicile, cet arrêt vise l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article L.120-2 du code du travail n'était pas applicable, en l'espèce, compte tenu de la date des faits²⁹⁴.

En outre, la Cour de cassation admet que l'usage d'une clause de mobilité est susceptible d'abus²⁹⁵.

Le devoir d'exécution des modifications des conditions de travail ne tient pas compte de la réalité du travail telle qu'elle est vécue par le salarié et n'est pas "nécessairement synonyme d'efficacité"²⁹⁶. Ainsi "de bonnes intentions d'amélioration par la réalisation

²⁸⁹ Sur les clauses dans le contrat de travail en général, Voir M. C. Escande-Varniol, *La sophistication des clauses du contrat de travail*, Dr. ouvrier, 1997, p.478.

²⁹⁰ Ph. Waquet, *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, RJS 12/1996, p. 791.

²⁹¹ Cass. Soc., 10 juillet 1996, RJS 8-9/1996, n°900.

²⁹² Cass. Soc., 23 janvier 1996, RJS 8-9/1996, n°907.

²⁹³ Cass. Soc., 12 janvier 1999, Dr. soc., 1999, p.287, obs. J. E. Ray.

²⁹⁴ L'article L.120-2 issu de la loi du 31 décembre 1992, dispose que "Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché".

²⁹⁵ Cass. Soc., 18 mai 1999, Dr. soc., 1999, p.734, obs. B. Gauriau (En l'espèce, un employeur impose, par l'effet d'une clause de mobilité, un déplacement immédiat à un salarié qui se trouvait dans une situation familiale critique, alors que le poste pouvait être pourvu par d'autres salariés. La Chambre sociale, rattachant la mise en œuvre de la clause de mobilité à l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, et prenant en considération la situation personnelle du salarié, a considéré que l'employeur faisait un usage abusif de la clause de mobilité).

d'une organisation plus rationnelle d'un poste de travail peuvent-elles être contre productives Seul celui qui occupe le poste de travail peut juger s'il s'agit d'une aggravation ou d'une amélioration"²⁹⁷. La jurisprudence actuelle, qui décide que le refus d'un salarié d'accepter de nouvelles conditions de travail constitue une faute grave, présuppose que le pouvoir de direction s'exerce dans l'intérêt de l'entreprise. Corollaire du pouvoir d'ordonner, l'employeur dispose de la faculté de contrôler l'activité.

§ 4 : Le contrôle de l'activité.

76. Le pouvoir de contrôle et de surveillance de l'employeur sur les salariés pendant le temps de travail est un aspect essentiel du lien de subordination. S'ajoute à cette prérogative patronale, l'obligation légale de sécurité à la charge du chef d'entreprise.

En effet, aux termes de l'article L.230-2 du code du travail le chef d'établissement doit prendre "les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs de l'établissement, y compris les travailleurs temporaires". Ces mesures sont diverses. Elles comprennent des actions de préventions des risques professionnels, d'information et de formation ainsi que la mise en place d'une organisation et des moyens adaptés. La mise en œuvre de ces mesures imposent une série d'obligations au chef d'entreprise et celui-ci devra veiller à leur application au sein de l'entreprise. Lorsqu'une infraction aux règles d'hygiène et de sécurité est relevée, la responsabilité pénale du chef d'entreprise est engagée²⁹⁸ et l'obligation de chaque travailleur de prendre soin 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 (article L.230-3 du code du travail) n'affecte en rien cette responsabilité.

77. Le contrôle de l'exécution de la prestation de travail opéré par l'employeur porte sur la qualité du travail et sur le comportement du salarié. L'employeur est juge de l'insuffisance professionnelle ou de l'incompétence du salarié. Lors de l'étude du contrôle du pouvoir de direction, nous verrons qu'il doit alléguer des faits précis lorsqu'il envisage de licencier un salarié pour un tel motif. Cette obligation, cependant, ne met pas en cause la plénitude de son pouvoir.

Le contrôle de l'activité s'entend également de celui des faits et gestes des salariés. Ces derniers sont tenus de respecter les règles d'organisation édictées par l'employeur. Le salarié doit se soumettre entre autres aux horaires de travail et plus généralement, il doit appliquer toutes les instructions qui lui sont adressées dans la mesure où elles ne contreviennent pas aux lois et règlements.

Afin de s'assurer de la bonne exécution de la prestation de travail, l'employeur peut

²⁹⁶ P. Moussy, *Un pas en avant, deux pas en arrière*, Dr. ouvrier, 1999, p.5.

²⁹⁷ J. Hodebourg, *L'évolution des conditions de travail*, le Monde du travail, éd. La découverte, 1998, p.141.

²⁹⁸ La loi du 6 décembre 1976 (article L.263-2 du code du travail) précise que la commission de l'infraction suppose une faute personnelle mais les juges répressifs considèrent que la violation des règles d'hygiène et de sécurité est pour le moins le résultat d'une négligence de la part du chef d'entreprise sauf délégation de pouvoir reconnue valide.

mettre en place des dispositifs de contrôle sophistiqués.

Dans ce domaine aussi, les nouvelles technologies modifient considérablement la nature et la portée du contrôle patronal. Par rapport à la surveillance humaine, le changement est important. L'employeur ou le supérieur hiérarchique exerce une surveillance nécessairement imparfaite. Il ne peut être constamment présent afin de surveiller tous les faits et gestes des salariés. En outre, il peut choisir d'ignorer certaines pratiques pour préserver l'harmonie dans l'entreprise ou pour exiger d'autres services en retour. Les techniques modernes de contrôle sont, au contraire, d'une froide objectivité. Elles permettent une surveillance totale et permanente du salarié et rendent ce dernier "transparent à l'égard de l'entreprise"²⁹⁹. Les performances affichées par ces nouvelles techniques de contrôle sont liées à deux facteurs : leur permanence et leur mémoire. Le contrôle patronal a aujourd'hui les moyens d'être permanent et omniprésent dans l'entreprise³⁰⁰. Avec des matériels tels que la caméra-vidéo, le badge interactif, les écoutes, l'employeur peut suivre pas à pas les salariés.

Il est en mesure de contrôler leurs déplacements dans l'entreprise ainsi que leur temps de travail effectif, si les machines sont équipées du système adéquat. Les possibilités offertes par ces méthodes de contrôle sont impressionnantes³⁰¹, mais elles peuvent également être la cause d'incidents dans l'entreprise, les salariés exprimant leur rejet d'une surveillance de tous les instants. Ainsi, le pin's interactif testé par les laboratoires de recherche des entreprises DEC et Olivetti au cours de l'année 1991, a multiplié les fraudes et les pannes dues à une utilisation non conforme du système³⁰².

A cette faculté de tout voir à tout moment s'ajoute une mémoire sans faille. Les moyens modernes de contrôle permettent de conserver les données pendant une durée illimitée. Alors que l'homme oublie ou refuse de voir, la machine stocke et synthétise. L'utilisation de tels moyens de contrôle facilite et renforce le pouvoir patronal de direction. Une enquête sur les conditions de travail en 1998 réalisée par la Dares révèle une augmentation des contrôles des salariés, notamment ceux de la grande distribution, opérés grâce à l'outil informatique³⁰³. Ce contrôle des actes n'est pas adapté aux postes de travail nécessitant une réelle autonomie du salarié. Dans ce cas le contrôle patronal ne portera pas sur la manière d'exécuter le travail mais sur le résultat de ce travail. "A la normalisation des actes qui caractérisait le schéma taylorien succède une normalisation des personnes"³⁰⁴.

²⁹⁹ J. E. Ray, *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination*, Dr. soc., 1992, p.531 et suiv.

³⁰⁰ J. E. Ray, *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination*, op. cit.

³⁰¹ Voir S. Foulon, *Les nouveaux mouchards de l'entreprise*, Liaisons sociales, Le magazine, oct. 1999, p.16.

³⁰² "Big Brother dans l'entreprise", *Courrier International*, 5 décembre 1991, p.32.

³⁰³ Enquête "conditions de travail 1998" réalisée par J. Bué, M. Cézard, S. Hamon-Cholet, C. Rougerie, L. Vinck, Dares, Rev. Santé et travail, 1999, n°18.

³⁰⁴ A. Supiot, *Les nouveaux visages de la subordination*, Dr. soc., 2000, p.131, voir p.134.

L'employeur exerce alors son pouvoir en élaborant des normes d'évaluation des performances qui serviront à légitimer ses décisions à l'égard des salariés, particulièrement en matière de rémunérations. Ainsi, loin de disparaître, le contrôle patronal prend la forme de normes de gestion auxquelles s'ajoute une politique d'individualisation de la situation des salariés. En effet, fort de l'organisation de la force de travail et de son contrôle, l'employeur est également fondé à singulariser le rapport individuel de travail.

Section 2 : L'individualisation de la situation du salarié.

78. L'employeur peut accorder des avantages particuliers à certains salariés. Aucune règle de droit ne s'oppose à l'individualisation de la situation des salariés (1§). Facteur efficace de motivations et d'émulations, la rémunération est souvent l'objet de ces procédés de gestion (2§).

§ 1 : L'absence d'un principe général d'égalité.

79. L'employeur est lié à ses salariés par des règles contractuelles. Certes au contrat de travail s'appliquent nombre de règles étatiques ou conventionnelles mais celles-ci "laissent indéterminés divers aspects concrets du rapport et, au surplus, tolèrent des dérogations conventionnelles favorables au salarié, sans faire obstacle à la prévision de certaines obligations accessoires ou de certaines modalités affectant les obligations du salarié"³⁰⁵.

L'organisation juridique de l'entreprise n'impose pas l'égalité des salariés. Et, les différentes règles étatiques qui font prévaloir une égalité de traitement entre certains salariés ou celles qui prohibent certains critères de décisions ne font que mieux ressortir l'absence d'un principe général d'égalité dans l'entreprise.

Contrairement à l'Administration qui est tenue d'assurer l'égalité des citoyens, des usagers du service public ou celle des fonctionnaires, l'employeur peut donc décider d'opérer des différences de traitement entre salariés. Dans les rapports de droit privé entre employeur et salariés, "la liberté chasse l'égalité"³⁰⁶.

La dimension contractuelle du rapport de travail³⁰⁷ offre donc un terrain pour l'individualisation des conditions d'emploi et de travail³⁰⁸. L'employeur peut s'engager à faire bénéficier un salarié, intuitu personal, de certains avantages. Il peut par exemple

³⁰⁵ A. Jeammaud, Th. Kirat, M.C. Villeval, *Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit*, Rev. Internationale de droit économique, 1996, p.99.

³⁰⁶ D. Loschak, *Réflexion sur la notion de discrimination*, Dr. soc., 1987, p.778.

³⁰⁷ A. Jeammaud, *Les polyvalences du contrat de travail*, in Les transformations du droit contemporain, Etudes offertes à G. Lyon-Caen, Paris, Dalloz, 1989, p.299.

³⁰⁸ A. Lyon-Caen, *Actualité du contrat de travail*, Dr. soc., 1988, p.540.

attribuer des avantages en nature, des stocks options à un salarié. Les différences de traitement peuvent être l'objet du contrat initial entre les parties mais aussi être décidées pendant l'exécution du contrat. Sauf discrimination, l'employeur est donc libre de singulariser la situation des salariés³⁰⁹, à cet égard, son pouvoir est considérable. La notion de discrimination sera précisée lorsque nous étudierons l'encadrement du pouvoir de direction.

Tous les aspects de la relation de travail peuvent faire l'objet de mesures individualisées. En guise d'incitation, l'employeur peut privilégier un salarié en matière de rémunération, formation ou promotion. Il peut également organiser des concours destinés à récompenser les salariés les plus méritants³¹⁰. L'individualisation des salaires retiendra notre attention.

§ 2: L'individualisation de la rémunération.

80. L'employeur a toute liberté pour fixer les rémunérations dès lors qu'il respecte les minima fixés par la loi ou la convention collective. Il a le droit de fixer les rémunérations en fonction des mérites et performances de chacun. Dans son arrêt "Nouvelles Galeries" en date du 9 juillet 1985, la Cour de cassation a affirmé ce pouvoir patronal d'individualisation des salaires en énonçant que "l'employeur est libre, dans son pouvoir de direction de décider pour chaque salarié des augmentations de rémunération qui ne lui sont pas imposés par les contrats individuels ou collectifs ou par la loi"³¹¹.

L'arrêt Ponsolle, dans lequel la Cour de cassation affirme que "l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique"³¹², ne remet pas en cause cette liberté de gestion.

Simplement, cette jurisprudence impose à l'employeur de fonder sa décision sur des critères objectifs. Cette contrainte reste très relative étant donné que les critères adoptés sont rarement susceptibles d'être appréciés de façon objective. L'employeur conserve son pouvoir de juger la valeur du travail de ses salariés et d'accorder une rémunération en fonction de la qualité du travail.

Nous reviendrons sur cette jurisprudence lorsque nous étudierons l'impact des droits fondamentaux sur l'exercice du pouvoir de direction et de l'étendue du contrôle du juge sur les décisions patronales. Cette politique de rémunération fondée sur des normes supposées objectives, qui valorise les performances et le mérite de chacun représentait 13,5% du salaire global versé aux salariés en 1998³¹³.

Les politiques de rémunération globale sont un autre biais par lequel l'employeur peut

³⁰⁹ Cass. Soc., 18 mai 1999, Dr. soc., 1999, p.747, obs. C. Radé (exemple d'individualisation sans discrimination).

³¹⁰ Cass. Soc., 18 janvier 2000, Dr. soc., 2000, p.436, obs. C. Radé.

³¹¹ Cass. Soc., 9 juillet 1985, Bull. V, n°419.

³¹² Cass. Soc., 29 octobre 1996, Dr. soc., 1996, p.1014, note A. Lyon-Caen.

introduire des différences entre les salariés.

Déjà largement pratiquée aux Etats-Unis, la technique de rémunération globale permet une meilleure maîtrise de la masse salariale en proposant aux salariés un ensemble varié d'éléments de rémunération, système d'intéressement, plan d'épargne d'entreprise par exemple. Le salaire de base perd, dans ce cadre, son caractère essentiel pour n'être qu'un élément parmi d'autres. Cette rémunération varie en fonction des capacités financières de l'entreprise. Ce système de rémunération à la carte suscite un intérêt croissant de la part des entreprises françaises³¹⁴.

La tendance actuelle donc est au développement des politiques d'individualisation de la situation des salariés³¹⁵. Celles-ci renforcent la concurrence entre les salariés et dissolvent tout repère collectif.

La productivité des individus reposerait alors non pas "sur la cohésion sociale du collectif, mais sur la coercition imposée par les marchés"³¹⁶. Pour maximiser ses revenus, le salarié intériorise les normes et les valeurs de l'entreprise et doit donner le meilleur de lui-même. Ce faisant, il se comporte "comme si" il était indépendant. "Les normes de gestion mettent ainsi en scène la fiction du salarié à son compte"³¹⁷.

Les conséquences de ces pratiques débordent du cadre de l'entreprise pour rejaillir sur les mentalités et comportements des individus et structurer peu à peu une société éclatée.

81. Le pouvoir de direction, dans ses deux dimensions, pouvoir économique et pouvoir sur les personnes, n'est consacré par la loi qu'à travers l'encadrement dont il fait l'objet. Le code du travail ne contient pas de dispositions d'ensemble aux pouvoirs de l'employeur, pourtant la plupart des normes ont pour objectifs de les limiter ou d'encadrer certaines manifestations de leur exercice.

TITRE II : L'ENCADREMENT DU POUVOIR PATRONAL DE DIRECTION

82. Le droit du travail est un droit spécial qui trouve sa raison d'être dans l'inégalité de fait caractérisant les rapports de travail subordonné. Face à ce déséquilibre entre employeur

³¹³ La rémunération versée aux salariés en 1998, Premières synthèses, DARES, Ministère du travail, de l'emploi et de la solidarité, n°1, janvier 2000.

³¹⁴ Liaisons sociales, novembre 1996, n°113, p.36, "Rémunération flexible : une pratique en plein essor".

³¹⁵ Voir Th. Coutrot, *L'entreprise néo-libérale, nouvelle utopie capitaliste ?*, Ed. La Découverte, Paris, 1998.

³¹⁶ Voir Th. Coutrot, *L'entreprise néo-libérale, nouvelle utopie capitaliste ?*, op. cit., p.239.

³¹⁷ A. Supiot, *Les nouveaux visages de la subordination*, op. cit.

et salariés, il n'était pas possible de s'en remettre à l'autonomie des volontés individuelles sous peine de détériorer la condition salariale.

L'égalité formelle, dérivée du principe de la liberté contractuelle, a donc été corrigée par un certain nombre de règles de droit dans une recherche d'une sorte d'égalité concrète par réduction ou compensation des inégalités de fait entre employeur et salarié. Le droit du travail est le droit par excellence où s'applique les deux sens du terme égalité et son édification "peut se lire tout entière comme une tentative d'englobement du principe d'égalité concrète dans un cadre juridique dominé par le principe d'égalité formelle"³¹⁸. Afin de rééquilibrer la relation contractuelle entre employeur et salarié, le législateur a apporté de nombreuses altérations aux corollaires de l'égalité formelle. Cette finalité de protection de la partie la plus faible explique la présence de régimes différenciés dans le code du travail, comme celui de la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, traitée différemment selon qu'elle est imputable à l'employeur ou au salarié.

83. Aujourd'hui, influencé par le contexte économique, l'impératif de protection du droit du travail s'est étendu à la lutte contre l'inégalité devant l'emploi. Le code du travail est devenu un outil au service du retour à l'emploi, de l'insertion. Ici encore, l'égalité formelle est largement corrigée par des dispositions mettant en œuvre la politique de l'emploi. En privilégiant certaines catégories de la population, notamment les jeunes et les chômeurs de longue durée, dans le traitement social du chômage, le législateur a pour objectif de lutter contre l'exclusion. Cette politique qui tend à l'égalité par la création de mesures de compensation ne serait pas, selon certains auteurs, opportune d'un point de vue de l'économie de la règle³¹⁹. Le risque de ces réglementations serait de glisser vers une individualisation totale des situations, ce qui ôterait toute prévisibilité quant à l'application de la règle de droit.

84. Il serait erroné de n'attribuer au droit du travail que ce caractère protecteur. Les règles juridiques ne sont pas univoques et peuvent, selon les circonstances, être utilisées en faveur soit du salarié soit de l'employeur. Cette alternance est possible eu égard à l'abstraction qui caractérise certaines règles de droit. L'ambivalence qui caractérise le droit du travail en fait donc à la fois une contrainte et un instrument permettant d'assouplir les contraintes³²⁰. Comme l'écrit Mr Gérard Lyon-Caen, "l'inversion de tendance économique est donc épaulée par la réversibilité des techniques juridiques"³²¹.

En imposant un cadre aux employeurs dans l'exercice de leur pouvoir de direction, le droit du travail engendre une certaine contrainte. Il affecte le pouvoir de direction dans ses deux dimensions, direction des personnes et direction économique en lui imposant des

³¹⁸ A. Supiot, *Principe d'égalité et limites du droit du travail*, Dr. soc., 1992, p.383.

³¹⁹ A. Supiot, *Principe d'égalité et limites du droit du travail*, op. cit., p.383.

³²⁰ Voir la contribution d'A. Jeammaud à l'ouvrage collectif, *Le droit capitaliste du travail*, PUG, 1980, 3^{ème} Partie, *Les fonctions du droit du travail*, pp.149 à 254 ("Le rôle éminent que le travail joue dans la constitution et la sauvegarde des intérêts capitalistes de production commande de relativiser son intérêt pour les travailleurs, mais il n'autorise pas à le nier." p.254).

³²¹ G. Lyon-Caen, *Le droit du travail : une technique réversible*, éd. Dalloz, 1995.

normes substantielles ou procédurales.

85. Cet ensemble de limitations des modalités d'exercice du pouvoir de l'employeur est une reconnaissance indirecte de son existence. Celle-ci est fondée en partie sur le contrat de travail et par conséquent soumise aux prévisions des parties, conformément aux règles du droit des contrats. Instrument de la subordination juridique de salarié, le contrat de travail devient alors un rempart à l'exercice du pouvoir de direction. Il impose un certain nombre de bornes au delà desquelles le pouvoir patronal perd toute légitimité. Ainsi, tout comme certains soulignent le dualisme du contrat de travail³²², pouvons-nous parler d'un dualisme de l'encadrement du pouvoir de direction. Encadré par la loi, voire par des normes professionnelles, le pouvoir de direction l'est aussi par le contrat de travail. Il est tributaire des droits et obligations générés par le contrat à la charge des contractants, un élément contractuel ne pouvant être modifié que par un nouvel accord des parties. Par conséquent, le pouvoir de direction est limité, d'une part, dans ses modalités d'exercice par la loi (*chapitre I*), d'autre part quant à son champ par la présence, l'assiette et les effets propres du contrat de travail (*chapitre II*).

Chapitre I : Les limites des modalités d'exercice du pouvoir de direction

86. Pendant l'exécution du contrat de travail, de multiples exigences s'imposent à l'employeur ou à son représentant dans l'exercice du pouvoir de direction.

Les décisions patronales doivent respecter diverses règles de fond (*section I*) et de forme ou procédure (*section II*).

L'intensité de cet encadrement diffère selon qu'il concerne la gestion économique ou la direction des personnes. Le pouvoir de gestion est limité principalement par des règles de procédure, quant au fond, il demeure la chose de l'employeur. A l'inverse, le pouvoir de direction des personnes doit répondre à des exigences légales de forme et de fond.

Section 1 : les règles substantielles.

87. Les règles substantielles visent à l'interdiction ou la prescription de certains actes, à l'imposition ou à la prohibition de certains critères de décision, à moins qu'elles n'exigent une justification de la part de l'employeur. Ces règles substantielles sont, d'une part, celles qui garantissent les droits fondamentaux de la personne dans les rapports de travail, d'autre part, celles qui composent ce que l'on peut appeler, au sens large, la réglementation du travail.

§ 1 : Le respect des droits fondamentaux dans l'entreprise.

³²² A. Jeammaud, Les polyvalences du contrat de travail, in *Les transformations du droit contemporain, études offertes à G. Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p.299, (*Le contrat de travail crée des droits et obligations à la charge des deux parties et, dans le même temps, il agit à la manière d'un "acte-condition" ayant pour effet de placer le salarié sous l'autorité patronale et de l'insérer dans la collectivité du personnel de l'entreprise*).

Les droits fondamentaux de la personne ne s'effacent pas au sein de l'entreprise. Par conséquent, ils constituent autant de limites à l'autorité patronale.

A. Définition et source.

88. La notion de droits fondamentaux doit être précisée au risque de demeurer trop vague. L'expression "droits fondamentaux" a tout d'abord été employée par le Conseil constitutionnel dans une décision de 1982 pour affirmer "le caractère fondamental du droit de propriété"³²³. Le législateur fait aussi usage de cette notion dans la loi du 29 Juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions³²⁴. Cette loi tend à garantir "l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance". Cependant, ni le Conseil constitutionnel ni le législateur ne définissent cette catégorie de droits et l'on continue légitimement à se demander "si ces droits fondamentaux sont une catégorie distincte de celle des droits de l'homme ou s'il n'existe entre les deux qu'une différence terminologique ou un effet de mode"³²⁵.

Ces droits protègent le salarié en tant qu'individu et non la personne partie au contrat. En d'autres termes, il ne faut pas se situer sur le terrain du rapport contractuel employeur-salarié mais s'intéresser à "l'homme sous le salarié"³²⁶. Les droits fondamentaux ont pour objet la personne humaine dont ils affirment ou reconnaissent la transcendance³²⁷. Ainsi plusieurs catégories juridiques définies par la doctrine, les textes ou la jurisprudence³²⁸ sont-elles susceptibles d'être qualifiées de "droits fondamentaux" dès lors qu'elles ont pour objet la protection de la personne humaine. Les droits fondamentaux ne sont pas une catégorie spécifique de droits. Ce sont tous les droits qui indiquent les limites infranchissables et parfois les directions à suivre³²⁹. Les droits de l'homme, au sens classique du terme constituent des droits fondamentaux. Fondés sur la dignité de la personne³³⁰, ils constituent le minimum incompressible de prérogatives qu'il convient de reconnaître à chaque être humain. Les notions de liberté, égalité et de dignité

³²³ *Cons. Const.*, 16 janvier 1982, *Rec.*, p.18 ; *A.J.D.A.*, 1982, p.377, note J. Rivéro ; *D.* 1983, p.169, note L. Hamon.

³²⁴ J.O. du 31 juillet 1998.

³²⁵ A. Jeammaud, *Les droits sociaux entre affirmation et épreuve de la mondialisation*, contextos, revista critica de derecho social, 1999, n°3, p.53.

³²⁶ G. Lyon-Caen, "Les libertés et l'emploi", rapport Ministère du Travail, éd. documentation française, 1992.

³²⁷ I. Meyrat, *Droits fondamentaux et Droit du travail*, Thèse 1998, Université Paris-X-Nanterre, p.24.

³²⁸ I. Meyrat, *op. cit.*, p.5.

³²⁹ M. Delmas Marty, Introduction à l'ouvrage collectif "Libertés et droits fondamentaux", direction M. Delmas Marty et C. Lucas de Leyssac, éd. Seuil, point, 1996.

composent le noyau central des droits fondamentaux³³¹. Les droits sociaux appartiennent aussi à cette catégorie. Ils ne sauraient être dissociés des droits de la personne humaine sous peine de "priver de tout effet utile les droits sociaux" et de "vider de leur contenu les droits civiques"³³².

Libertés individuelles et droits sociaux, tels le droit de grève ou la liberté syndicale, sont indivisibles. Il n'y a pas de frontière étanche entre les droits individuels et le droit de la représentation collective étant donné que la protection des premiers est mieux assurée lorsque les salariés disposent d'institutions représentatives fortes.

La portée juridique des droits sociaux, pour la plupart contenus dans le préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie celui de la Constitution de 1958, est discutée par la doctrine. Pour certains, l'effectivité de ces droits est conditionnée par l'existence d'une politique publique de mise en œuvre. En l'absence d'action normative complémentaire, ces droits ne seraient que déclaration d'intention³³³. D'autres réfutent cette vision et s'attachent à démontrer que les droits sociaux produisent des effets juridiques attestant leur positivité³³⁴. Cette seconde approche, que nous partageons, conçoit les droits sociaux comme des droits substantiels pour autant qu'ils soient "mobilisés" et conduit à déstabiliser les catégories juridiques dominantes. On peut donc dire que les droits fondamentaux, droits de l'homme et droits sociaux, sont complémentaires³³⁵. Ils concourent au respect de la dignité de la personne humaine.

Pour cela, ils ne sauraient se confondre avec un "standard social minimum"³³⁶.

89. Les textes consacrant les droits fondamentaux se sont multipliés. Il n'est pas question d'en dresser la liste exhaustive mais de faire référence à ceux considérés comme essentiels. Au niveau international tout d'abord, la Déclaration universelle des

³³⁰ 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 du Pr. Jean Savatier, PUF, 1992, p.436.

³³¹ M. Buy, *Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise : un conflit de logique*, in *Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise*, P. U. Aix-Marseille, 1994.

³³² M. Bonnechère, *La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social*, *Dr. ouvrier*, 1998, p.249.

³³³ F. Hayeck, *Droit, législation, liberté*, PUF, 1976, t.II (F. Hayeck soutient que les droits sociaux sont des créances sur des avantages particuliers auxquels tout être humain est supposé avoir droit, sans que rien n'indique sur qui pèse l'obligation de fournir ces avantages ni comment ils devront être produits).

³³⁴ A. Jeammaud, *Les droits sociaux entre affirmation et épreuve de la mondialisation*, *op. cit.* (L'auteur identifie trois types d'effets donnant consistance aux droits sociaux : la légitimation de règles de niveau infraconstitutionnel, l'obstacle à l'introduction de certaines règles et une orientation de l'interprétation d'autres normes dans un sens favorable à la protection maximale du droit social en cause) ; M. Bonnechère, *La reconnaissance des droits fondamentaux comme conditions du progrès social*, *op. cit.*

³³⁵ J. M. Verdier, *Les droits économiques et sociaux : relance au Conseil de l'Europe ?*, *Dr. soc.*, 1992, p.415.

³³⁶ M. Bonnechère, *La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social*, *op. cit.*, V., p.250.

droits de l'homme de 1948, qui n'a pas l'autorité d'une Convention internationale il est vrai, proclame les droits économiques et sociaux, auxquels l'Organisation internationale du travail donne, pour certains, un contenu précis. Ainsi la liberté syndicale est-elle l'objet des conventions n°87 et 98 de 1948 et la prohibition des discriminations fondées "sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion publique ou l'origine sociale" celui de la convention n°111.

Au niveau européen ensuite, les traités institutifs de la Communauté européenne ne mentionnent pas expressément les droits fondamentaux de la personne humaine. Cependant, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) assure depuis longtemps la protection des droits fondamentaux au titre des principes généraux du droit communautaire³³⁷. Ainsi a-t-elle érigé en principe général l'égalité de traitement et l'interdiction de toute discrimination au regard du droit communautaire³³⁸.

Le traité d'Amsterdam signé le 2 Octobre 1997 et ratifié le 23 Mars 1999³³⁹ modifie le traité sur l'Union européenne et les traités instituant les Communautés.

Il intègre dans son préambule les droits sociaux fondamentaux définis dans la Charte sociale du Conseil de l'Europe (1961) et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (1989). Ce traité ne dote pas l'Union européenne d'une déclaration des droits mais consolide certains principes communs aux Etats membres. Ainsi renforce-t-il le principe d'égalité entre les hommes et les femmes (art. 2; art. 3-1-i; art. 3-2; art. 141) et celui de la lutte contre les discriminations (art. 13).

Quant au droit européen non communautaire, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales élaborée par le Conseil de l'Europe, consacre les droits fondamentaux. Ce texte prohibe "les traitements inhumains et dégradants" (art. 3) et proclame des droits divers tels la liberté syndicale et la liberté d'expression. Il faut également relever que, dans la Charte sociale européenne révisée en 1996, figure la droit à la dignité au travail (art. 26)³⁴⁰.

Au niveau national, la source première des droits de l'homme est la Constitution de 1958, notamment son préambule qui fait référence à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au préambule de la Constitution de 1946.

En droit du travail, les lois visant à assurer la protection des droits fondamentaux du salarié sont de plus en plus nombreuses. Le texte essentiel est l'article L.122-45 du code du travail issu de la loi du 4 août 1982 et modifié à diverses reprises. Cet article dispose que "aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de ses

³³⁷ CJCE, 29 mai 1997, aff. 299/95, F. Kremzow, Dr. ouvrier, 1997, p.360. ("Les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la cour assure le respect").

³³⁸ Voir Sean Van Raepenbusch, *Egalité de traitement entre hommes et femmes : jurisprudence récente de la CJCE*, RJS 1/1999.

³³⁹ Loi n°99-229 du 23 mars 1999, J.O. du 25 mars 1999

³⁴⁰ Voir sur ce point M. Bonnechère, *La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social*, op. cit.

mœurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses ou en raison de son état de santé ou de son handicap. Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève...".

L'article L.122-45 du code du travail, texte essentiel en matière de protection des droits fondamentaux, est complété par l'article L.122-35 du code du travail selon lequel le règlement intérieur "ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. Il ne peut comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison de leur sexe, de leurs mœurs de leur situation de famille, de leurs origines, de leurs opinions ou confessions, ou de leur handicap, à capacité professionnelle égale." Concerne également les droits fondamentaux, l'article L.321-8 du code du travail, issu de la loi du 23 décembre 1982, qui prévoit un droit de retrait dès lors que l'intégrité physique du salarié est menacée. De même, l'article L.122-46, introduit dans le code du travail par la loi du 2 novembre 1992, dispose que "aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement d'un employeur".

Dans toutes ces hypothèses, "le rôle du droit n'est pas seulement d'interdire de réglementer des comportements potentiellement nuisibles à autrui ou à la société, mais aussi de poser des interdits au nom de valeurs considérées comme fondamentales"³⁴¹.

Les droits fondamentaux ne peuvent donc être considérés comme de simples limites du pouvoir patronal de direction. Certes, ils encadrent le pouvoir de direction de l'employeur mais surtout leur opposabilité au sein de l'entreprise est le principe, le pouvoir patronal ne pouvant que leur apporter des restrictions étroitement finalisées. Cette primauté des droits de l'homme sur le pouvoir patronal de direction est aujourd'hui consolidée par l'article L.120-2 du code du travail, introduit par la loi du 31 décembre 1992, qui dispose que "nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché".

B. La pénétration des droits fondamentaux au sein de l'entreprise.

90. L'invocabilité des droits fondamentaux au sein de l'entreprise a été assez tardivement acquise. Notion de droit public, les droits de l'homme ont pour but de protéger les particuliers contre l'Etat. Or, les appliquer dans l'entreprise conduit à les transposer à des rapports de droit privé entre salarié et employeur. Cela soulève une difficulté tenant au contrat de travail par lequel le salarié aliène sa liberté. En effet, pendant longtemps, a-t-on estimé que la notion de droits fondamentaux était incompatible avec la qualité de salarié.

En se plaçant sous l'autorité de l'employeur, le salarié aliénait sa liberté, et ce, même hors du temps de travail dans la mesure où le paternalisme imprégnait les relations de travail et nombre d'employeurs, pour divers motifs, s'intéressaient aux conditions de vie

³⁴¹ D. Lochak, Les bornes de la liberté, Pouvoirs, 1998, p.84.

de leur personnel. Ce faisant, une confusion se créait entre l'autorité de l'employeur et celle du chef de famille. En outre, les règlements intérieurs figurant dans les entreprises dans les années 50, imposaient aux salariés de véritables règles morales et sociales portant ainsi atteinte à leur liberté individuelle. Aujourd'hui, les relations employeur-salariés se sont modifiées; l'appartenance à l'entreprise est beaucoup plus ténue. Et, si la subordination demeure la condition du salarié, celle-ci ne vaut que pour l'exécution de la prestation de travail et, même pendant ce temps, elle ne peut être totale. En effet, le salarié est d'abord une personne et à ce titre il ne saurait consentir à l'abandon de ses droits et libertés essentiels.

L'application des droits fondamentaux dans l'entreprise est d'autant plus nécessaire que les rapports entre l'employeur et les salariés sont inégalitaires. Or, la protection de l'autonomie des personnes soumises à un pouvoir, qu'il soit public ou privé, la garantie d'un minimum d'égalité dans la dignité, "telles sont les finalités communes aux droits des droits de l'homme et au droit du travail. Elles devraient suffire à convaincre le législateur, la doctrine et les juges d'en appeler à ceux-là pour le progrès de celui-ci"³⁴². Les relations du travail constituent donc un domaine dans lequel les droits de l'homme peuvent acquérir une nouvelle dimension.

Le Conseil constitutionnel consacre l'application des droits fondamentaux au sein de l'entreprise, de même qu'il confère la qualité de principe fondamental à certaines règles du droit du travail³⁴³. Ainsi les principes de liberté individuelle et d'égalité s'imposent au droit du travail. Le Conseil constitutionnel dans une décision en date du 25 Juillet 1989³⁴⁴ a proclamé l'existence de la "liberté personnelle du salarié". En l'espèce, il s'agissait d'affirmer la liberté du salarié contre l'emprise d'un syndicat mais il ne fait guère de doute que cette solution s'applique à toutes les pressions que pourrait subir un salarié. Il a également reconnu l'application du principe d'égalité entre les salariés dès lors que ceux-ci sont placés dans des situations semblables³⁴⁵.

Quant aux règles de droit du travail consacrant et protégeant un droit fondamental, il faut citer celles concernant la négociation collective. Le Conseil constitutionnel a, en effet, qualifié de droit fondamental "le droit reconnu aux travailleurs de participer à la négociation collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises"³⁴⁶. Plus généralement, c'est le droit à la représentation des salariés dans toutes ses dimensions qui serait qualifié de droit fondamental³⁴⁷.

³⁴² J.M. Verdier, *Le droit du travail, terre d'élection des droits de l'homme*, op. cit., p.437.

³⁴³ Voir A. Jeammaud, *Le droit constitutionnel dans les relations de travail*, AJDA, 1991 ; I. Meyrat, *Droits fondamentaux et Droit du travail*, Thèse, op. cit., p.109.

³⁴⁴ Cons. Const., 25 juillet 1989, Dr. soc., 1989, p.627, note X. Prétot

³⁴⁵ Cons. Const., 21 janvier 1981 (décision n°80-128 relative à la loi sur le travail à temps partiel), R., p.29

³⁴⁶ Cons. Const., 10 juin 1998, J.O., 14 juin 1998, p.9033

³⁴⁷ I. Meyrat, op. cit., p.109

Dans un avis en date du 22 mars 1973, le Conseil d'Etat a lui aussi affirmé la soumission des relations de travail aux principes fondamentaux en rappelant que les accords entre employeurs et salariés "ne pouvaient aller à l'encontre des principes fondamentaux énoncés dans la Constitution...

Lorsque ces principes débordent le domaine du travail ou intéressent... des garanties échappant par leur nature aux rapports conventionnels"³⁴⁸.

Le droit positif appréhende donc l'individu dans les rapports de travail et le pouvoir de direction de l'employeur ne saurait porter atteinte aux droits de la personne humaine que dans des conditions très strictes. Dès la phase de recrutement jusqu'au terme de la relation de travail, la soumission du pouvoir de direction à ces droits et libertés est la règle.

1. Pendant la phase de recrutement.

91. Le principe du respect des libertés individuelles s'impose à l'employeur dès la phase de recrutement. La loi du 31 décembre 1992 relative au recrutement individuel et aux libertés individuelles vient rappeler la valeur juridique de ce principe et affirme par là même que la crise économique n'autorise pas tout³⁴⁹. Afin de protéger le candidat à l'embauche, le législateur ne s'est pas contenté de dresser une liste de motifs discriminatoires. Il a également défini les modalités d'utilisation des diverses techniques de recrutement et posé comme principe une obligation de transparence, de pertinence et de confidentialité des informations recueillies à l'occasion de la procédure d'embauche (art L. 120-2 CT). Tout d'abord, l'entretien d'embauche est finalisé dans la mesure où il a pour seul but d'apprécier les capacités du candidat à occuper l'emploi proposé. Ensuite, la confidentialité des résultats s'impose.

Enfin, le comité d'entreprise ainsi que le candidat doivent être préalablement informés des techniques de recrutement mises en application (art L 121.7 et L 432.2.1 code du travail). Toutes ses dispositions législatives peuvent faire apparaître comme relative la liberté de recrutement à l'employeur.

En pratique, cependant, ce pouvoir reste peu contrôlé dans la mesure où le problème de la preuve est toujours délicat, en matière d'interdiction liée à la discrimination et du fait que la situation persistante et préoccupante du chômage ne place pas les salariés dans un contexte favorable pour exiger le respect des libertés individuelles dès lors que leur emploi est en jeu. Ainsi, les discriminations raciales à l'embauche, s'il ne fait guère de doute qu'elles existent, demeurent impunies car la victime ne peut faire la preuve de l'intention de l'employeur³⁵⁰.

En outre, s'ajoute une certaine tolérance à ces pratiques qui se manifeste par une sorte de mise en doute de la parole des personnes confrontées à un comportement

³⁴⁸ Avis C.E., 22 mars 1973, Dr. ouvrier, 1973, p.190.

³⁴⁹ J. Grinsnir, *Les dispositions nouvelles relatives au recrutement individuel et aux libertés individuelles*, Dr. ouvrier, 1993, p.237.

³⁵⁰ P. Bataille, *Le racisme au travail*, éd. la Découverte, 1997

raciste. Face au danger de banalisation de ces conduites, un observatoire des discriminations a été mis en place. Des propositions sont faites pour que cet observatoire se rapproche, dans ses attributions, de la commission anglaise pour l'égalité raciale. Cet organisme anglais centralise les plaintes et détient le pouvoir de diligenter une enquête et de porter plainte si la discrimination est avérée.

Pendant l'exécution de la prestation de travail, alors que le salarié est subordonné à l'employeur par l'effet du contrat, cette subordination ne peut être totale et laisse place à certaines libertés qui ne peuvent être remises en cause même par consentement mutuel entre l'employeur et le salarié.

2. Pendant l'exécution de la prestation de travail.

92. Le contrat de travail n'a pas pour objet la personne du salarié mais son activité. Pour cela, l'employeur ne saurait porter atteinte à l'intégrité physique des salariés. Le pouvoir patronal de direction n'autorise pas à mettre en danger la vie ou la sécurité des salariés, pas plus qu'il n'autorise les mutilations même sans conséquence sur l'état de santé. Ce droit à l'intégrité physique, considéré par certains auteurs comme le premier des droits de l'homme³⁵¹, est complété par le droit à l'intégrité morale. L'ordre donné au salarié que ne doit pas être illicite, immoral ou vexatoire. Ainsi, un employeur ne peut-il obliger au salarié d'enfreindre la loi³⁵².

De même, outrepasser son pouvoir de direction, l'employeur qui donne des ordres ayant pour objet d'humilier ou de vexer le salarié. Ainsi, un employeur ne peut-il obliger sa secrétaire à dactylographier une lettre d'avertissement qui lui est destinée³⁵³, ni imposer à une caissière de ranger les marchandises qu'il jette volontairement à terre³⁵⁴.

Selon un auteur, l'exercice du pouvoir de direction, dans la mesure où il affecte les droits fondamentaux, doit répondre à certaines critères : il doit être proportionné, justifié et neutre³⁵⁵. L'article L.120-2 du code du travail confirme la nécessaire justification et proportionnalité du pouvoir de direction en disposant que " nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché."

Ces principes rappellent ceux utilisés par le Conseil d'Etat en matière de police administrative. Le juge administratif recherche le point d'équilibre entre les nécessités de la sécurité et les droits de l'homme. Ce contrôle le conduit souvent à déclarer illégales les

³⁵¹ N. Catala, *Les droits de l'homme dans l'entreprise*, Colloque IDEF, op. cit., p.908.

³⁵² Cass. Soc., 4 avril 1996, *Dr. soc.*, 1996, p.366.

³⁵³ C.A. Paris, 18^{ème}, ch A., 12 novembre 1985, CERIT

³⁵⁴ C.A. Reims, 12 novembre 1991, CERIT

³⁵⁵ B. Bossu, *Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre*, *Dr. soc.*, 1994, p.747.

mesures d'interdictions générales et permanentes³⁵⁶. Dans l'entreprise, la problématique est identique. Seule la nécessité autorise l'employeur à porter atteinte aux droits fondamentaux dans l'exercice de son pouvoir de direction. Ainsi est injustifiée et disproportionnée l'interdiction de toute conversation au sein de l'entreprise³⁵⁷.

Les restrictions aux droits et libertés du salarié sont parfois justifiées par la nature du poste occupé. Ainsi, l'exigence d'une tenue vestimentaire correcte pour le personnel en contact avec la clientèle ne méconnaît-elle pas les droits fondamentaux de la personne³⁵⁸.

93. L'usage des technologies modernes est porteur d'éventuels abus entachant le pouvoir de direction. En effet, les nouveaux moyens de contrôle, télésurveillance, enregistrements, badges, qui pénètrent dans la vie de l'entreprise, mais aussi les outils de travail comme l'ordinateur, engendrent des risques pour les libertés des salariés³⁵⁹.

Les données recueillies peuvent être détournées du but poursuivi et faire l'objet de divulgations. Par exemple, la reconstitution des allées et venues de chaque salarié permet d'identifier ses interlocuteurs et donc de connaître ses visites éventuelles aux représentants du personnel ou aux délégués syndicaux. De même, dans le cas d'écoutes téléphoniques, l'enregistrement des conversations d'ordre privé est une atteinte à l'intimité de la personne. Or, la vie personnelle du salarié, englobant la vie privée, est une zone d'autonomie irréductible³⁶⁰. Et, l'exercice du pouvoir patronal de contrôle et de surveillance de l'activité des salariés pendant le temps de travail ne saurait attenter aux libertés consacrées par des principes d'ordre public. Aussi, en matière "d'espionnage dans le monde du travail"³⁶¹, constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée, le fait d'enregistrer ou de transmettre des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel. Ces pratiques patronales ne sont pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et se traduisent par une atteinte disproportionnée au droit de la personnalité.

Le respect de l'intimité du salarié prohibe l'utilisation, par l'employeur, de moyens d'investigation pouvant voir et entendre même ce qui est extérieur au travail, susceptibles de mettre en cause des personnes étrangères à l'objet du contrôle et, enfin, engendrant des risques de divulgation voire de chantage du fait de la conservation des informations recueillies.

Le contrôle patronal n'est en fait légitime que si les salariés ont été informés. Quel que soit le dispositif de contrôle utilisé, il ne peut l'être à l'insu du salarié. Cependant,

³⁵⁶ R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestrein, 1998, 12^{ème} éd., p.669, n°932.

³⁵⁷ C.E., 25 janvier 1989, Dr. soc., 1990, p.201, Concl. J. de Clausade.

³⁵⁸ Paris, 17 juin 1992, RJS 10/92, n°1203.

³⁵⁹ Voir Liaisons sociales, Le Magazine, octobre 1999, (enquête sur les moyens de contrôle dont disposent les employeurs).

³⁶⁰ Ph. Waquet, *Vie personnelle et vie professionnelle du salarié*, CSBP, 1994, p.289, n°64.

³⁶¹ G. Levasseur, *Protection de la personne, de l'image et de la vie privée*, Gaz. Pal., 26 septembre 1994, p.23.

informer le salarié ne signifie pas obtenir son consentement. Néanmoins, le Conseil d'Etat exige cet accord en cas de fouille corporelle ou d'inspection des armoires individuelles³⁶². En fait, l'information diffère selon les modalités et les objectifs du contrôle. Lorsque le dispositif a pour but de prouver la faute d'un salarié, celui-ci doit être informé personnellement. S'il a été mis en place dans un objectif plus général, comme la sécurité des salariés par exemple, le règlement intérieur peut être un moyen d'information suffisant.

Enfin, le comité d'entreprise doit être consulté avant la mise en place du dispositif de surveillance et de contrôle de l'activité des salariés, conformément à l'article L432.2 du code du travail. Les moyens employés et les objectifs recherchés doivent être précisés. L'énonciation des objectifs permettra de caractériser, le cas échéant, le détournement du pouvoir de l'employeur.

En outre, la loi "informatique et libertés" du 6 janvier 1978, impose à l'employeur de faire une déclaration préalable à la Commission nationale de l'informatique et des libertés lorsqu'il envisage de mettre en place un traitement automatisé d'informations nominatives, ce qui est le cas pour les enregistrements de paroles et d'images.

Le non respect de cette obligation est sanctionné pénalement. A travers le contrôle de la finalité des applications informatiques, la Commission nationale de l'informatique et des libertés assure la protection des droits fondamentaux. Elle exige aussi de l'employeur qu'il prenne des mesures pour permettre aux salariés d'exercer un droit de regard sur les traitements des données les concernant et aux représentants du personnel d'exercer un contrôle collectif sur l'utilisation des technologies conformément aux dispositions de la loi de 1978 et du code du travail.

Les rapports établis par cette commission démontrent la réalité des menaces qui pèsent sur les droits et libertés des salariés du fait de l'utilisation des nouvelles technologies³⁶³.

La transposition en droit français de la directive européenne sur la protection des données personnelles³⁶⁴ permettra de renforcer le rôle de cette commission en lui attribuant un réel pouvoir de sanction.

94. Justifié et proportionné, le pouvoir patronal de direction doit en outre être empreint de neutralité. Il ne doit pas être dicté par un but étranger à l'intérêt de l'entreprise. Lorsque l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, décide d'opérer des différences de traitement entre les salariés, il doit fonder ces mesures sur

³⁶² C.E., 8 juillet 1988, 2^{ème} espèce, juris. soc. UIMM, p.45

³⁶³ Sur le rôle de la CNIL, voir J. Frayssinet, *Nouvelles technologies et droits fondamentaux des salariés*, in *Des droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise*, éd. Presse Universitaire Aix-Marseille, 1994, p.29.

³⁶⁴ Directive 95/46/CE, JOCE L.281 du 23 novembre 1995, p.31, (Cette directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données est complétée par la directive n°97/66 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications).

des critères respectant les droits de la personne. L'article L.122-45 du code du travail dresse la liste des motifs discriminatoires.

Le code du travail prohibe, et, le cas échéant condamne pénalement, des formes de discriminations très variées fondées sur le sexe, la race, la situation de famille, l'état de santé, ou encore, les activités syndicales, convictions religieuses. Ce texte fait prévaloir des principes supérieurs d'ordre public sur la volonté particulière de l'employeur³⁶⁵. Ainsi caractérise une discrimination illicite le non versement d'une prime à un salarié, placé dans la même situation que ces collègues, en raison de ses fonctions de délégué du personnel³⁶⁶.

95. Concernant la prohibition des discriminations fondées sur le sexe, l'article L.122-45 du code du travail est complété par l'article L.123-1 du même code relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et par le principe de valeur constitutionnel "à travail égal salaire égal." Ces règles doivent être interprétées au regard des directives communautaires³⁶⁷ et de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes³⁶⁸. Celle-ci a notamment élaboré "la notion de discrimination indirecte à partir de l'effet produit par une mesure ou un critère apparemment neutre mais qui en réalité aboutit au même résultat que la discrimination directe"³⁶⁹.

La directive du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe reprend cette jurisprudence³⁷⁰.

Le principe "à travail égal salaire égal" qui, traditionnellement, a pour but de faire respecter l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes, s'applique, aujourd'hui, à tous les salariés, sans distinctions de sexe, exerçant des tâches analogues. La Cour de cassation a affirmé clairement l'application de ce principe dans l'arrêt Ponsolle rendu en 1996³⁷¹. Les distinctions fondées sur l'identité sexuelle sont également prohibées. Ainsi,

³⁶⁵ G. Couturier, *Les nullités du licenciement*, Dr. soc., 1977, n°37.

³⁶⁶ Cass. Soc., 26 mai 1999, RJS 7/99, n°897.

³⁶⁷ Directive 75/117/CEE relative à l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes, JOCE L.45, p.19 ; Directive 76/207 du 9 février 1976 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, JOCE L.39, p.40 ; Directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe, JOCE du 20 janvier 1998, L.14, p.16.

³⁶⁸ Voir Sean Van Raepenbusch, *Egalité de traitement entre hommes et femmes : jurisprudence récente de la CJCE*, RJS 1/99, p.7.

³⁶⁹ M. T. Lanquetin, *Discriminations à raison du sexe, commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe*, Dr. soc., 1998, p.688.

³⁷⁰ Directive 97/80, op. cit.

³⁷¹ Cass. Soc., 29 octobre 1996, Dr. soc., 1996, p.1014, (Aux termes de l'arrêt Ponsolle, "l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique").

la Cour de justice des communautés européennes a-t-elle jugé que le licenciement d'une personne, qui avait informé son employeur de sa volonté de changer de sexe, était contraire à l'article 5 de la directive 76/207 du 9 février 1976 relatives à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes³⁷². La Cour applique dans cette espèce le principe de non-discrimination fondé sur le sexe mais également le droit à la dignité et à la de liberté de l'être humain.

96. Plus généralement, l'employeur est tenu de respecter la vie privée des salariés. Le contenu de cette notion est incertain³⁷³ et il paraît plus simple de le définir négativement, par opposition à la vie publique. La vie privée se compose de "tout ce qui n'est pas la vie publique de l'individu"³⁷⁴.

Elle recouvre la "sphère d'intimité"³⁷⁵ de chaque individu, la vie familiale et plus généralement le choix du mode de vie. La subordination du salarié étant limitée à l'exécution de la prestation de travail, objet du contrat, "le droit de direction de l'employeur ne s'exerce en principe que sur les lieux et aux temps du travail. L'employeur n'a donc aucun pouvoir de contrôle sur la vie privée du salarié"³⁷⁶.

Le droit au respect de la vie privée est consacré par la Convention européenne des droits de l'homme (article 8) et par l'article 9 du code civil. Quant à l'article L. 122-45 du code du travail, il vise des aspects particuliers de la vie privée : les mœurs et la situation de famille. L'application de ce droit dans les rapports de travail interdit à l'employeur de s'ingérer dans la vie privée de ses salariés. Cet objectif de protection de la vie privée a conduit le législateur, dès 1945, à confier la gestion des œuvres sociales au comité d'entreprise afin de refouler un paternalisme patronal trop présent. Cet obstacle que la vie privée dresse devant la décision patronale se manifeste en divers points. Une affaire remarquable concerne la liberté matrimoniale. Dans l'arrêt Dame Barbier, la Cour d'Appel de Paris avait affirmé en 1963 que "le droit au mariage est un droit individuel d'ordre public qui ne peut ni se limiter ni s'aliéner"³⁷⁷.

La liberté des mœurs est également protégée, en particulier depuis une décision de la Cour de cassation en date du 17 avril 1991, qui sanctionne une association catholique qui avait licencié son sacristain après avoir eu connaissance de son homosexualité³⁷⁸.

³⁷² CJCE, 30 avril 1996, Rec, p.1-2159 ; RJS 7/96, n°858.

³⁷³ R. Badinter, *Le droit au respect de la vie privée*, JCP 1968, éd. G, I, 2136 ; B. Beigner, *Vie privée et vie publique*, Archives de philosophie du droit, t.41, 1997, p.164.

³⁷⁴ R. Badinter, *op. cit.*, n°12.

³⁷⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, t.4, Les obligations, PUF, 24^{ème} éd., 2000, n°71.

³⁷⁶ M. Despax, *La vie extra-professionnelle du salarié et son incidente sur le contrat de travail*, JCP 1963, éd. G, I, 1776, n°19.

³⁷⁷ Paris, 30 avril 1963, Dr. ouvrier, 1963, p.428, note A. Rouast, Dr. soc., 1963, p.482, J. Morellet.

³⁷⁸ Cass. Soc., 17 avril 1991, Bull. civ. V, n°201, Dr. soc., 1991, p.485, obs. J. Savatier ; JCP 1991, éd. G, II, 21724, note A. Sériaux.

De même, l'employeur n'a pas à tenir compte des liens de filiation entre salariés dans l'exercice de son pouvoir³⁷⁹

Dans un arrêt en date du 14 décembre 1997, la Cour de cassation oppose la vie personnelle à la vie professionnelle³⁸⁰. Ce concept de vie personnelle du salarié est plus large que celui de vie privée et apparaît plus adéquat en droit du travail³⁸¹. En effet, la protection de la vie privée consacrée par l'article 9 du code civil vise à assurer la liberté de l'individu dans ses choix comportementaux et relationnels ainsi qu'à préserver son anonymat. Ce concept de vie privée n'est pas adapté dès lors qu'il s'agit de protéger l'exercice de libertés civiles et l'exercice de la citoyenneté. Ces deux catégories recouvrent la liberté de consommation, la liberté de se marier, la liberté d'opinion, entre autre. Il ne s'agit pas, par conséquent, de protéger l'intimité de la vie privée mais la vie des salariés dans toutes ses composantes. Mr J. Savatier propose d'utiliser la notion de vie extra-professionnelles³⁸².

Cette notion se définit par rapport à la vie professionnelle. La Cour de cassation a préféré retenir le concept de vie personnelle pour "restaurer l'opposition vie professionnelle/vie privée"³⁸³. La délimitation entre vie personnelle et vie professionnelle peut, cependant, s'avérer délicate, dans la mesure où les notions de temps et de lieux de travail tendent à se diluer.

L'employeur n'a donc en principe aucun droit de regard sur la vie privée du salarié dans la limite où elle n'altère pas l'intérêt de l'entreprise. Par conséquent, il ne saurait se prévaloir de faits appartenant à la sphère privée pour justifier des décisions prises à l'encontre d'un salarié³⁸⁴.

97. Cette primauté de la vie personnelle du salarié sur le pouvoir de direction souffre quelques exceptions dictées soit par la nature de l'entreprise, soit par la fonction du salarié. La limitation des libertés du salarié dans sa vie personnelle est alors fondée sur le contrat de travail. Cette limitation est réelle lorsque le salarié travaille pour le compte d'une entreprise dite de tendance. Ces entreprises sont au service d'un idéal ou d'une idéologie qu'elles demandent à leurs salariés de partager³⁸⁵. Il s'agit principalement

³⁷⁹ Cass. Soc., 1^{er} juin 1999, RJS 7/99, n°898 (en l'espèce, une directive émanant du directeur de la banque interdisait l'embauche des enfants des membres du personnel. Le licenciement d'un salarié reposant sur ce lien de filiation est nul).

³⁸⁰ Cass. Soc., 16 décembre 1997, Bull. n°441.

³⁸¹ Ph. Waquet, *Vie personnelle et vie professionnelle du salarié*, CSBP, 1994, n°64, p.289.

³⁸² J. Savatier, note sous Cass. Soc., 22 janvier 1992, Dr. soc., 1992, p.329.

³⁸³ Waquet, *Vie personnelle et vie professionnelle du salarié*, *op. cit.*

³⁸⁴ Cass. Soc., 10 février 1999, Dr. soc., 1999, p.410, obs. M. Bonnechère (exemple de la protection de la situation de famille du salarié, élément de la vie privée au sens de l'article 9 du code civil, comme de sa vie "personnelle" selon la jurisprudence de la chambre sociale).

³⁸⁵ H. Sellami, *Congé de bilan de compétence*, RPDS, 1993, n°576, p.115.

d'associations, de syndicats, de partis politiques, d'organismes religieux. L'ingérence de l'employeur dans la vie privée du salarié a été acceptée à maintes occasions.

Ainsi, à propos de la liberté matrimoniale des maîtres des établissements d'enseignement catholiques, la Cour de cassation a admis le 19 mai 1978 la licéité du licenciement d'un enseignant contractant un mariage après un divorce³⁸⁶. Dans cette espèce, il y a incontestablement atteinte à la vie privée du salarié et cette ingérence est justifiée par la nature de l'institution qui était attachée au principe de l'indissolubilité du mariage. Les convictions religieuses étant prises en considération lors de la conclusion du contrat, le salarié manque à ses obligations contractuelles en ayant un comportement opposé à la doctrine de l'église.

Toujours à propos de la liberté religieuse, la Cour de cassation a déclaré le 20 novembre 1986 que "l'article L.122-45 du code du travail en ce qu'il dispose qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses convictions religieuses, n'est pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement"³⁸⁷.

Dans ces hypothèses, le licenciement sanctionne le manque de loyauté du salarié envers l'employeur. Si le devoir de loyauté permet d'exiger des salariés un mode de vie en concordance avec l'idéal poursuivi par l'entreprise, il ne saurait cependant permettre "une atteinte à la liberté de conscience"³⁸⁸.

Le salarié est par conséquent tenu d'une obligation de réserve ainsi que d'une obligation de se comporter conformément aux valeurs défendues par l'entreprise, mais il conserve sa liberté de penser. L'employeur ne saurait l'obliger à s'engager positivement dans la défense d'un idéal, "cet engagement personnel ne pouvant être exigé sans porter atteinte à la liberté de conscience"³⁸⁹.

98. Si les entreprises de tendance invoquent leur droit de conserver leur caractère propre et leur réputation pour légitimer les éventuelles atteintes à la vie privée des salariés, certaines, dont l'objet est purement mercantile, cherchent à instaurer une adéquation entre l'image que le salarié présente et l'image que l'entreprise veut donner d'elle-même. Cette présentation patronale se vérifie notamment dans la revendication d'un droit à l'apparence des salariés³⁹⁰ mais peut déborder ce cadre et aller jusqu'à vouloir instaurer un certain ordre moral dans la vie des salariés. Traduisant le désir de posséder la personne même du travailleur, le droit ne peut que rejeter cette présentation car, comme l'écrit Mr le Professeur Rivero, "le salarié met à la disposition de l'employeur

³⁸⁶ Cass. Ass. Plen., 19 mai 1978, JCP 1978, II, 19009, Rapport Sauvageot, note R. Lindon ; D. 1978, p.541, note P. Ardant.

³⁸⁷ Cass. Soc., 20 novembre 1986, Dr. soc., 1987, p.375, note J. Savatier

³⁸⁸ Cons. Const., 23 novembre 1977, AJDA, 1978, p.565, J. Rivero.

³⁸⁹ Trib. Adm. Nantes, 22 octobre 1992, D. 1993, J, p.496.

³⁹⁰ H. Sellami, *Code d'entreprise, pouvoirs de l'employeur et libertés des salariés*, RPDS, 1966, n°609, p.11.

sa force de travail mais non sa personne" ³⁹¹ .

Les pouvoirs de l'employeur fondés sur l'image et le caractère propre de l'entreprise doivent être strictement contrôlés sous peine de voir se multiplier les entreprises de tendance.

S'il est légitime que l'employeur tente de communiquer "l'esprit-maison" à son personnel, il ne peut par contre se prévaloir de sa violation en invoquant des faits relevant du domaine de la vie privée du salarié.

Les ingérences patronales dans la vie personnelle du salarié ne sont tolérées que si le comportement du salarié apporte un trouble caractérisé dans la bonne marche de l'entreprise. C'est au regard de la nature des fonctions occupées par le salarié qu'il conviendra d'apprécier l'importance du trouble.

Ainsi, la probité absolue est-elle requise, même en dehors du temps de travail, pour un agent de surveillance travaillant dans une entreprise de gardiennage ³⁹² .

Par contre, l'homosexualité d'un aide sacristain, compte tenu de la nature de ses fonctions, ne crée pas un trouble caractérisé au sein de l'association religieuse ³⁹³ .

Ces limites concernent souvent la liberté d'expression des cadres. Le personnel qui participe à la direction de l'entreprise est tenu par un devoir de réserve qui n'a de sens que s'il est appliqué dans la vie privée. Au contraire, les salariés qui ne représentent pas l'entreprise, qui ne parlent pas en son nom ne doivent pas connaître de restriction dans l'exercice de leur droit d'expression. Le principe est que la logique individuelle ne doit pas céder le pas à la logique de l'entreprise sauf exception.

99. L'affirmation de la primauté des droits fondamentaux dans l'entreprise conduit à considérer comme nul tout acte patronal attentatoire aux droits et libertés du salarié. Compte tenu du rapport de force inégal entre employeur et salarié, la sanction de nullité n'est pas une protection suffisante. Aussi, législateur a-t-il institué une procédure d'alerte visant à garantir le respect des droits des personnes et des libertés individuelles dans l'entreprise.

C. La protection des droits fondamentaux dans l'entreprise.

100. Le contexte relationnel au sein de l'entreprise ne favorise pas la défense des droits fondamentaux du salarié dans la mesure où celui-ci, par craintes de représailles patronales, refusera d'agir individuellement contre l'employeur. Afin de combattre ces situations où le silence est roi, le délégué du personnel, en vertu de l'article L. 422-1-1 du code du travail, peut agir pour faire cesser les atteintes illégitimes aux droits des personnes et aux libertés individuelles. Cette procédure qui privilégie les règlements

³⁹¹ J. Rivero, *Les libertés publiques dans l'entreprise*, Dr. soc., 1982, p.421.

³⁹² Cass. Soc., 20 novembre 1991, Dr. soc., 1992, p.79

³⁹³ Cass. Soc., 17 avril 1991, Bull. n°201, Dr. Soc., 1991, p.489, Dr. ouvrier, 1991, p.201, Affaire Painsecq (La Cour de cassation, dans cet arrêt ne vise pas l'article 9 du code civil mais les articles L.122-35 et L.122-45 du code du travail).

amiables n'exclut pas une action en justice du salarié visé par une discrimination tendant à l'annulation de la décision litigieuse.

1. La procédure d'alerte instituée par l'article L.422-1-1 du code du travail³⁹⁴ .

101. La loi du 31 décembre 1992, inspirée du rapport de M. G. Lyon-Caen sur "Les libertés publiques et l'emploi"³⁹⁵ , reconnaît un droit d'alerte aux délégués du personnel lorsqu'ils sont en présence, dans l'entreprise, d'atteintes aux droits des personnes ou aux libertés individuelles.

Aux termes de l'article L. 421-1-1 du code du travail, le délégué du personnel doit, dans ces hypothèses, saisir l'employeur et en cas de carence de ce dernier, il peut saisir la juridiction prud'homale statuant en référé. Dans ce dernier cas, l'accord du salarié victime de l'atteinte est nécessaire. Cette procédure encourage arrangements amiables entre employeur et délégué du personnel³⁹⁶ . C'est un traitement préventif et négocié qui est recherché.

Cependant, étant donné que les atteintes aux droits fondamentaux se révèlent en général à travers les conséquences sur le travail du salarié, le rôle du délégué du personnel ne saurait se limiter à une action de prévention. Ainsi, dans un arrêt en date du 10 décembre 1997, la Cour de cassation reconnaît-elle au délégué du personnel le droit d'agir en justice pour réclamer le retrait d'éléments de preuve obtenus frauduleusement³⁹⁷ .

Celui-ci ne peut, cependant, agir à la place des salariés sur la base des contrats de travail individuels. Par conséquent, il est habilité à demander le retrait des éléments de preuve mais non l'annulation des licenciements intervenus au vu de ces preuves. Cette solution jurisprudentielle n'est pas satisfaisante puisqu'elle refuse au délégué le droit d'agir pour faire disparaître les conséquences de l'acte illicite.

La mission attribuée au délégué du personnel l'autorise à agir lorsqu'il est lui-même l'objet d'une discrimination³⁹⁸ .

102. Lorsqu'une atteinte aux droits fondamentaux est judiciairement reconnue, la seule sanction susceptible de faire cesser le trouble illicite est la nullité. En effet, la rétroactivité caractérise la nullité et par conséquent, entraîne la disparition de la mesure attentatoire aux droits et libertés fondamentaux.

³⁹⁴ Voir J. Grinsnir, *Les dispositions nouvelles relatives au recrutement individuel et aux libertés individuelles*, Dr. ouvrier, 1993, p.328.

³⁹⁵ Voir G. Lyon-Caen, *Rapport sur "Les libertés publiques et l'emploi"*, La documentation française, Paris, 1992.

³⁹⁶ B. Bossu, *L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés*, Dr. soc., 1998, p.127.

³⁹⁷ Cass. Soc., 10 décembre 1997, Dr. ouvrier. 1998, p.224.

³⁹⁸ Cass. Soc., 26 mai 1999, RJS 7/99, n°896.

2. La sanction de la nullité.

103. La méconnaissance des droits fondamentaux exige une sanction à la hauteur des intérêts en jeu : la nullité et sa conséquence logique, la remise des choses en l'état³⁹⁹ La protection s'articule autour de l'article L.122-45 du code du travail qui prévoit la nullité des licenciements fondés sur un motif discriminatoire prohibé par la loi. D'autres textes épars complètent le dispositif. Par exemple, le législateur déclare nul le licenciement d'un salarié faisant suite à son action en justice sur la base des dispositions relatives à l'égalité professionnelle (art. L.123-5 du code du travail). Le licenciement d'un salarié en raison de son témoignage sur des faits relevant du harcèlement sexuel (art. L.122-46 du code du travail), ou encore le licenciement pour fait de grève (art. L.521-1 du code du travail).

Le code du travail prévoit donc la nullité pour des motifs précis attentatoires aux droits et liberté de la personne. On ne peut cependant concevoir que les droits fondamentaux ne faisant l'objet d'aucune transposition législative ne bénéficient pas de la même protection.

D'une part, l'article L. 122-45 du code du travail ne doit pas être interprété comme une énumération limitative des motifs de nullité. Il vise plus largement à interdire la prise en compte d'éléments caractérisant la personne humaine et n'ayant aucune pertinence dans une finalité professionnelle⁴⁰⁰. D'autre part, un acte privé ne saurait contrevenir à droit qualifié de fondamental par une norme supra-légale applicable dans l'ordre juridique interne⁴⁰¹.

De nombreux auteurs prônent la nullité de l'acte patronal attentatoire aux droits fondamentaux et militent en faveur de l'application des conséquences de cette nullité : la réintégration⁴⁰².

Pendant longtemps, la Cour de cassation a posé le principe que, en l'absence de texte prévoyant expressément la nullité du licenciement, le licenciement, bien que prononcé pour une cause illicite, ne pouvait pas être sanctionné par la nullité mais était assimilé à un licenciement sans cause réelle ni sérieuse⁴⁰³.

Dans l'arrêt Dunlop, en date du 28 avril 1988, la Cour de cassation a admis la nullité, en l'absence de texte, d'un licenciement prononcé en violation d'un droit constitutionnel, le

³⁹⁹ J. M. Verdier, *Libertés et travail, Problématique des droits de l'homme et rôle du juge*, D. 1988, p.63.

⁴⁰⁰ Voir Th. Revet, *La dignité de la personne humaine au travail*, in *La dignité de la personne humaine*, dir. M. L. Pavia et Th. Revet, Economica, 1998.

⁴⁰¹ I. Meyrat, *Thèse précitée*, p.336.

⁴⁰² G. Couturier, *Les nullités du licenciement*, Dr. soc., 1977, p.227 ; J. M. Verdier, *Liberté et travail, Problématique des droits de l'homme et rôle du juge*, D. 1988, Chr., p.11 ; M. Henry, *La remise en état comme sanction des atteintes illicites au contrat de travail*, Dr. ouvrier, 1999, p.109.

⁴⁰³ Cass. Soc., 31 mars 1982, Dr. Soc., 1983, p.225, note J. Savatier.

droit d'expression des opinions⁴⁰⁴ .

104. Un acte nul ne peut produire aucun effet. Ainsi, dans le cas d'un licenciement déclaré nul, le contrat de travail doit pouvoir continuer à s'exécuter normalement⁴⁰⁵ .

Concrètement, il s'agit d'assurer la réintégration⁴⁰⁶ du salarié qui en formule la demande. Le droit à réintégration a été admis en 1972 par la Cour de cassation⁴⁰⁷ . Sa mise en œuvre pratique pose le problème des moyens à la disposition du juge pour contraindre l'employeur à poursuivre l'exécution du contrat. Une astreinte provisoire ou définitive pourra être prononcée. En outre, l'employeur devra verser les salaires perdus entre la date du licenciement et celle de la réintégration. Si l'employeur n'obtempère pas, il devra verser au salarié l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et les diverses indemnités de rupture, à savoir l'indemnité de licenciement et l'indemnité de congés payés. La non-réintégration du salarié peut donc s'avérer coûteuse pour l'employeur, mais celui-ci, sauf à envisager la contrainte physique, peut échapper à la réintégration s'il est prêt à payer. Si, pour des raisons qui lui appartiennent, le salarié ne demande pas sa réintégration, la Cour de cassation décide qu'il se place sur le terrain de la cause réelle et sérieuse⁴⁰⁸ .

Alors que les droits fondamentaux visent la protection de l'individu en tant que tel, le travailleur bénéficie d'une protection légale attachée à sa qualité de salarié.

§ 2 : La réglementation du travail.

105. Le contrat de travail, source juridique de la condition du salarié, soumet le travailleur et l'employeur à un ensemble de normes indépendamment de leur volonté des parties. Cette réglementation se compose "de dispositions légiférées, législatives ou réglementaires au sens formel, qui tendent essentiellement à imposer des conditions, restrictions ou exigences de conformité à des actes juridiques ou matériels, activités, opérations, relations, voire à des choses"⁴⁰⁹ .

⁴⁰⁴ Cass. Soc., 28 avril 1988, Bull. V, n°257, D. 1988, p.437, note Wagner, Dr. soc., 1988, p.429, conclusion H. Ecoutin, obs. G. Couturier ; A. Jeammaud et M. Le Friant, *Arrêt Dunlop ou jurisprudence Clavaud ?*, Dr. ouvrier, 1988, p.252.

⁴⁰⁵ Voir G. Couturier, *Les nullités du licenciement*, Dr. soc., 1977, p.215 ; B. Desjardins, *La réintégration*, Dr. soc., 1992, p.766.

⁴⁰⁶ Le terme "réintégration", bien qu'impropre puisqu'il n'y a pas "obligation de faire mais contrat à exécuter" est employé par commodité. Voir J. Lyon-Caen, J. Pélissier, *Les Grands arrêts de Droit du Travail*, 1978, p.184.

⁴⁰⁷ Cass. Soc., 14 juin 1972, Revêt Sol., Dr. ouvrier, 1972, p.276 ; *Les Grands arrêts du Droit du Travail*, op. cit. (réintégration de salariés grévistes). Auparavant, la Cour de cassation, sur le fondement de l'article 1142 du code civil, refusait de prononcer la réintégration du salarié irrégulièrement licencié car celle-ci aurait constitué une obligation de faire qui ne pouvait se résoudre qu'en dommages et intérêts, V. Cass. Soc., 27 novembre 1952, Sortais, D. 1953, p.329, Bull. n°853.

⁴⁰⁸ Cass. Soc., 28 janvier 1998, Bull. V, p.33.

⁴⁰⁹ A. Jeammaud, *Des concepts en jeu*, in *Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation*, CREDEO, univ. de Nice-Sophia Antipolis/CNRS, LGDJ, 1996.

Les règles qui répondent à cette définition sont très précises afin de saisir étroitement les actions de l'employeur. Ce dernier doit agir conformément à ces normes qui ne supportent aucune dérogation. Le code du travail comporte un livre deuxième intitulé "réglementation du travail." Celui-ci traite des conditions de travail, des repos et congés, de l'hygiène et de la sécurité, de la médecine du travail, du service social du travail, et enfin, des pénalités assorties à la violation de ces règles. Les règles relatives à l'hygiène et à la sécurité illustrent parfaitement ce concept de réglementation. Elles décrivent avec minutie ce que l'employeur doit faire ou ne pas faire et ne laissent aucune marge de liberté d'action.

En ce, elles peuvent être comparées aux dispositions du code de la route. L'indérogeabilité concerne essentiellement une partie de la réglementation, au sens du livre II : les dispositions d'hygiène et de sécurité. Les règles relatives au temps de travail sont susceptibles, assez largement, de dérogations, *in melius* ou *in pejus*, de même que les dispositions sur le licenciement ou l'information et la consultation des représentants du personnel, dès lors que la convention collective est plus exigeante. Son caractère indérogeable caractérise la réglementation. Indépendamment de leur appartenance au livre deuxième du code du travail, de nombreuses autres dispositions relèvent de cette qualification. Il s'agit au premier chef, les règles de procédure qui régissent la formation des actes patronaux. Ainsi, lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il est tenu de respecter la procédure prévue par les textes. De même, toutes les règles substantielles imposant une protection minimale du salarié ressortissent du domaine de la réglementation. Dans ce dernier exemple, la réglementation revête une acceptation plus large que précédemment. Elle doit s'entendre comme l'ensemble des règles qui s'impose à l'employeur tout en lui reconnaissant une latitude d'action certaine. Ce type de disposition n'énonce pas "une marche à suivre" mais pose des limites à l'exercice du pouvoir de direction.

Qu'il s'agisse des dispositions relatives à la rémunération ou de celles relatives au contrat de travail, l'employeur ne saurait s'y soustraire, sauf à établir une règle plus favorable au salarié. Il est contraint d'agir à l'intérieur de ces limites légales qui constituent une protection "plancher", la seule latitude dont il dispose est d'opter pour une amélioration de ces normes. Ainsi, tenu de verser au salarié une rémunération égale au salaire minimum prévu par les textes, l'employeur, par contre, est libre d'attribuer une rémunération d'un montant supérieur. Dans ces hypothèses, c'est le minimum légal qui est intangible, le salarié bénéficiant du "principe de faveur"⁴¹⁰.

106. Ce principe, qualifié de fondamental par la Cour de cassation⁴¹¹, consacre l'application de la règle la plus favorable au salarié en cas de conflit de normes.

Ce principe spécifique au droit du travail⁴¹², n'a cependant pas valeur constitutionnelle, il relève du domaine réservé au législateur au sens de l'article 34 de la

⁴¹⁰ A. Jeammaud, *Le principe de faveur, Enquête sur une règle émergente*, Dr. soc., 1999, p.115.

⁴¹¹ Cass. Soc., 17 juillet 1996, 2 espèces, Bull. civ. V, n°296 et 297 ; Dr. soc., 1996, p.1049, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier.

⁴¹² Encycl. Dalloz. Rep. Trav., V Travail : sources, n°76 (G. Lyon-Caen et M. Keller).

constitution⁴¹³. Par conséquent, la loi peut "ouvrir la voie à la prévalence d'une règle moins favorable aux salariés qu'une autre norme également applicable"⁴¹⁴. La technique de l'accord dérogatoire introduite dans le code du travail en 1982 introduit une remise en cause partielle du principe de faveur. Ce type d'accord permet de déroger aux normes hiérarchiquement supérieures dans un sens défavorable au salarié.

Afin d'en limiter la pratique, la loi a prévu un double encadrement. D'une part, la dérogation ne peut porter sur les dispositions législatives d'ordre public qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi et, d'autre part, un mécanisme d'opposition est reconnu aux syndicats. L'article L.132-26 du code du travail prévoit que peuvent s'opposer à l'entrée en vigueur d'un accord dérogatoire, les organisations syndicales qui ont recueilli plus de la moitié des votes des électeurs inscrits aux dernières élections.

Dans un arrêt en date du 18 novembre 1998, la Cour de cassation retient comme formule de calcul les résultats obtenus lors du premier tour des élections pour les seuls titulaires⁴¹⁵. Ce mode de calcul, qui prend en compte les voix recueillies au premier tour, favorise les syndicats représentatifs du fait de leur monopole de présentation des candidats au premier tour des élections. Il devient alors plus facile de dégager une majorité lors de ce tour et le droit d'opposition pourra être exercé plus souvent. Nombre d'accords dérogatoires concerne la durée du travail.

Telle que définie ci-dessus, la réglementation du travail comprend donc des textes de nature différente. Selon un critère formel, il peut s'agir de lois, de règlements ou de règles élaborées par les "partenaires sociaux." Seules les normes étatiques retiendront notre attention.

107. La finalité immédiate de la réglementation est la protection du travailleur. D'aucun lui attribue la fonction de "civiliser les relations sociales"⁴¹⁶ dans l'entreprise. S'il est incontestable que le droit du travail limite la subordination du salarié en lui attribuant des droits et libertés et en encadrant l'exercice du pouvoir patronal, il est aussi la garant de la "pérennisation du mode de production capitaliste"⁴¹⁷. La protection du salarié concerne les divers aspects du rapport de travail mais tend à s'ordonner autour de trois axes : protéger l'intégrité physique du salarié, lui assurer le droit à une vie décente et la stabilité des relations du travail. Ces trois points sont étroitement imbriqués, tant il est vrai que le premier participe à la réalisation du second, tout comme le troisième.

Ces différentes règles sont autant d'outils favorisant l'application effective des droits fondamentaux dans l'entreprise, notamment le droit à l'intégrité physique qui pour certains "a été, et demeure, le cœur du droit du travail"⁴¹⁸.

⁴¹³ A. Jeammaud, *Le principe de faveur, Enquête sur une règle émergente*, op. cit.

⁴¹⁴ A. Jeammaud, *Le principe de faveur, Enquête sur une règle émergente*, op. cit., voir p.124.

⁴¹⁵ Cass. Soc., 18 novembre 1998, JSL, n°27, 5 janvier 1999, p.11.

⁴¹⁶ A. Supiot, *Pourquoi un droit du travail ?*, Dr. soc., 1990, p.466.

⁴¹⁷ A. Jeammaud, *Le droit du travail en changement, Essai sur mesure*, Dr. soc., 1998, p.213.

A : La protection de l'intégrité physique du salarié.

108. La réglementation du travail impose à l'employeur d'assurer l'intégrité physique de son personnel. Une obligation générale de sécurité pèse sur le chef d'établissement qui, en vertu de l'article L. 230-2 du code du travail, doit prendre "les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs dans l'établissement...". Le non respect des règles d'hygiène et de sécurité est sanctionné par des peines de police lorsqu'il est constaté par l'inspection du travail et peut aussi être à l'origine d'une action en justice afin de faire cesser les risques encourus par les salariés.

109. L'impératif de protection de l'intégrité physique du salarié peut également légitimer le refus par ce dernier d'exécuter un ordre.

La loi du 23 décembre 1982 a reconnu au salarié le droit de se soustraire à la subordination de l'employeur dès que la situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé⁴¹⁹. Le législateur a strictement encadré cette faculté de retrait car elle porte directement atteinte à l'autorité de l'employeur. En vertu l'article L.231-8 du code du travail, plusieurs conditions cumulatives sont nécessaires à l'exercice de ce droit.

Tout d'abord, le danger doit être grave et imminent. Le degré de gravité doit être distingué du risque naturel de l'activité et la menace doit être proche. L'appréciation du danger par le salarié doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'il ne doit pas surévaluer les risques. L'appréciation du motif raisonnable relève des juges du fond; ceux-ci prennent en compte l'apparence du danger pour exercer leur contrôle. La seconde condition tient à la persistance du danger, le retrait ne pouvant s'effectuer si le danger a cessé. Par contre, "la condition d'extériorité du danger n'est pas exigée de manière exclusive"⁴²⁰. C'est en ces termes que la Chambre sociale de la Cour de cassation a admis l'exercice du droit de retrait alors que le risque encouru par le salarié résultait de son propre état de santé. Le salarié exerçant son droit de retrait doit nécessairement en informer l'employeur. Enfin, le retrait ne doit pas être exercé de manière à créer pour autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent.

B : Assurer une vie décente au salarié.

110. Les règles de droit du travail encadrent l'exercice du pouvoir patronal de direction pendant la prestation de travail. Elles sont autant de limites au pouvoir de l'employeur sur les salariés. Mais elles ne sauraient être réduites à cette seule dimension. A travers la protection du salarié, ces règles sont garantes de la cohésion sociale. Pour ce faire, elles tendent à assurer au salarié et à sa famille une vie décente.

⁴¹⁸ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p.68.

⁴¹⁹ A. Bousiges, *Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique*, Dr. soc., 1991, p.279.

⁴²⁰ Cass. Soc., 20 mars 1996, Dr. soc., 1996, p.686.

Celle-ci dépend prioritairement de la rémunération versée au salarié. C'est elle qui garantit l'intégration sociale des salariés en leur permettant, dès lors que son montant est suffisamment élevé, de participer effectivement aux progrès du niveau de vie général. Ce lien entre existence sociale et consommation est à l'origine des règles instituant un salaire minimum.

La réglementation du temps de travail est un autre vecteur de la cohésion sociale. La diminution de la durée de travail contribue à l'amélioration de la qualité de la vie en même temps qu'elle est un moyen de lutte contre le chômage.

1. Le salaire minimum.

111. En matière de rémunération, la principale contrainte légale concerne la fixation d'une norme minimale destinée à assurer un niveau de vie minimum. Le salaire minimum a été institué par la loi du 12 février 1950 sous la forme du salaire minimum interprofessionnel garanti. Il ne faisait l'objet que d'une indexation sur les prix.

La loi du 2 janvier 1970 crée le salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC)⁴²¹ qui est indexé à la fois sur les prix et sur les salaires. Le SMIC est considéré comme la rémunération en dessous de laquelle le salarié ne peut accéder à une vie décente. L'existence du SMIC a été reconnue par le Conseil d'Etat comme un principe général du droit du travail⁴²² et par la Cour de cassation comme un principe fondamental⁴²³.

Ce salaire minimum assure la protection des salariés les plus vulnérables. Cependant il ne peut assumer cette fonction que pour les emplois à temps plein. Dans les situations de travail à temps partiel, le rapport entre SMIC et niveau souhaitable de consommation est rompu. Le Conseil supérieur de l'emploi, des revenus et des coûts estime aujourd'hui à près d'un sur trois la proportion de salariés au SMIC concernés par le travail à temps partiel⁴²⁴. Afin de remédier à ces situations de pauvreté laborieuse, l'instauration de compléments de revenu est proposée.

Le principe du salaire minimum est contesté par les organisations patronales qui l'accuse entre autres, d'écraser la hiérarchie des salaires par le bas en raison de la politique de relèvement des bas salaires et d'être un frein à l'emploi des jeunes.

La réforme de la durée légale du travail à 35 heures relancé le débat sur le maintien du SMIC tel qu'il est organisé aujourd'hui. Considérant sa fonction sociale, le niveau de rémunération des salariés payés au SMIC est maintenu et un système d'indemnité compensatrice à la charge des entreprises sera mis en place.

⁴²¹ Articles L.141-1 à L.141-17 du code du travail

⁴²² C.E. Ass., 8 juillet 1994, Rec., p.396.

⁴²³ Cass. Soc., 25 nov. 1982, Dr. soc., 1993, p.63.

⁴²⁴ Conseil supérieur de l'emploi, des revenus et des coûts (C.S.E.R.C.), *Le SMIC*, La Documentation française, 1999.

Instrument de lutte contre la pauvreté, la législation du SMIC est d'ordre public. Elle peut cependant être contournée par la conclusion de contrats spéciaux, contrat d'apprentissage, de qualification, d'insertion professionnelle, prévoyant une rémunération inférieure au SMIC.

2 – La réglementation du temps de travail.

112. "Depuis sa plus lointaine origine, c'est à dire depuis la limitation de la durée du travail des enfants, le droit du travail a eu pour objet de rappeler la sphère économique au respect des contraintes biologiques qui pèse sur la définition du temps de travail. Depuis lors, cette réglementation du temps de travail a accueilli aussi d'autres préoccupations liées à l'évolution des techniques et des modes d'existence qui ont conduit à perdre un peu de vue ce qui fut sa raison première. Mais celle-ci demeure en réalité le noyau dur de ces dispositifs juridiques, comme le montre l'examen de ce qui reste de normes "indérogeables" dans le domaine de la durée du travail : essentiellement le droit à un minimum de repos"⁴²⁵

113. Entre "contraintes biologiques" et "préoccupations liées à l'évolution des techniques et des modes d'existence", la réglementation du travail est au centre de la problématique de la condition salariale.

Résolument protectrice de l'intégrité physique du salarié lorsqu'elle limite le temps consacré au travail, elle poursuit des objectifs multiples, et parfois contradictoires, lorsqu'elle organise l'aménagement du temps de travail.

La réglementation de la durée du travail a d'abord eu, et a toujours, pour objet la protection de l'intégrité physique du salarié. Il s'agit de préserver la santé des travailleurs en limitant les risques qu'une durée excessive de travail peut engendrer⁴²⁶. Ainsi, en 1841, le législateur limite-t-il à huit heures par jour l'emploi des enfants de 12 ans, à partir de 1848, le contrôle de la durée de travail concerne l'ensemble des salariés.

Cette réglementation s'est construite progressivement en instaurant des limitations journalières (12 heures en 1848, 10 heures en 1900, 8 heures en 1919), hebdomadaires (repos hebdomadaire obligatoire en 1906, 40 heures en 1936, 39 heures en 1982 et 35 heures aujourd'hui) puis annuelles (congrés payés, deux semaines en 1936, 3 en 1956, 4 en 1963 et 5 en 1982).

Outre cet objectif de protection, la réglementation de la durée du travail est aussi un outil au service de l'emploi. La loi du 21 juin 1936, instaurant la semaine de quarante heures et les congés payés, symbole des conquêtes ouvrière, est également un moyen de lutte contre le chômage⁴²⁷. La réforme actuelle de la réduction du temps de travail s'inscrit dans la même perspective en affirmant le lien existant entre réduction du temps de travail et créations d'emplois. Elle s'intègre dans l'objectif global de la lutte contre le

⁴²⁵ A. Supiot, Critique du droit du travail, PUF, Les voies du droit, 1994, p.172.

⁴²⁶ M. T. Join-Lambert, Politiques sociales, presse de la fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, 1994, p.122.

⁴²⁷ Loi du 21 juin 1936, D. 1937, N, p.305, comm. H. Duval-Arnauld

chômage, affiché par le gouvernement, dont elle est un des axes forts.

La relation entre réduction du temps de travail et création d'emplois est indéniable mais non proportionnelle. En effet, la production de gains de productivité et une nouvelle organisation du travail permet à l'entreprise de compenser une partie de la réduction du temps de travail.

114. De rigide, la réglementation du temps de travail est aujourd'hui devenue flexible. L'affirmation des aspirations individualistes, la recherche toujours plus intense de la compétitivité militent en faveur d'une flexibilité du temps de travail. Ces règles poursuivent donc une multitude d'objectifs : l'amélioration de la qualité de la vie, l'individualisation des relations de travail, la protection de l'emploi, une aide à la compétitivité des entreprises.

Dans un souci d'équilibre, elles essaient de répondre à la fois aux intérêts légitimes des salariés et à ceux des employeurs. Il s'agit de faire cohabiter protection des salariés et besoins de flexibilité des entreprises. En fixant une durée légale du travail, en limitant le recours aux heures supplémentaires, en instituant le droit au repos compensatoire, le code du travail protège les droits des travailleurs. En instaurant de la souplesse dans l'aménagement et la répartition des horaires de travail, en introduisant la possibilité de conclure des accords dérogatoires, il prend en compte la revendication patronale de flexibilité. Plusieurs dispositifs permettent d'obtenir une flexibilité du temps de travail. L'annualisation du temps de travail prévue par les articles L.212-2-1, L.212-8-1 et L.212-8-2 du code du travail, qui est une façon de répondre aux fluctuations de l'activité, semble avoir été privilégiée dans les accords conclus dans le cadre de la loi du 13 juin 1998⁴²⁸.

La loi "Aubry II" du 19 janvier 2000⁴²⁹, s'inspirant des accords conclus, laisse aux partenaires sociaux la possibilité de conclure des accords de branche ou d'entreprise prévoyant une variation de la durée du travail sur tout ou partie de l'année à condition que, sur un an, cette durée n'excède pas le plafond de 1600 heures (article L.212-8 modifié du code du travail). Cependant, les accords ayant mis en place un régime de modulation applicable à la date de la publication de la loi "Aubry II" et prévoyant un volume annuel d'heures de travail supérieur à 1600 heures demeurent en vigueur.

En effet, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 13 janvier 2000⁴³⁰, a estimé que, compte tenu du principe de liberté contractuelle des partenaires sociaux, le législateur ne pouvait remettre en cause le contenu des accords collectifs conclus à l'instigation de la loi du 13 juin 1998 que "pour un motif d'intérêt général suffisant". Or, le Conseil note que les clauses sur la modulation fixant un volume annuel d'heures de travail supérieur à 1600 heures "n'étaient contraires à aucune disposition législative en vigueur lors de leur conclusion".

⁴²⁸ Deuxième rapport d'information de la Commission des Affaires sociales de l'Assemblée Nationale sur l'application de la loi du 13 juin 1998, 22 juin 1999, Liaisons sociales, V. Doc., n°56/99, 28 juin 1999.

⁴²⁹ Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000, J.O. du 20 janvier 2000.

⁴³⁰ Décision n°99-423, D.C. du 13 janvier 2000, J.O. du 20 janvier 2000.

L'employeur peut également recourir au procédé des heures supplémentaires et privilégier les horaires individualisés (article L.212-4-1 du code du travail).

Les oppositions d'intérêts entre employeurs et salariés en matière d'aménagement du temps de travail sont importantes même si la crise sociale favorise certains rapprochements.

Aux risques qu'une durée de travail excessive faisait peser sur la santé des salariés se substituent ceux liés à une utilisation excessive de la flexibilité. En effet, la modification subie des rythmes de travail perturbe l'organisation de la vie collective et personnelle de salariés. Les enjeux de la flexibilité sont au cœur des négociations collectives entre "partenaires" sociaux. Conscient des conséquences néfastes auxquelles peut conduire une utilisation incontrôlée de la flexibilité du temps de travail, le législateur, dans le cadre de la réduction de la durée légale du travail à 35 heures, a fixé des limites.

La loi du 19 janvier 2000 dispose que tout salarié doit bénéficier d'un repos quotidien d'une durée minimale de onze heures consécutives. Pour certaines activités ou en cas d'urgence, des dérogations pourront être prévues dans le cadre d'un accord collectif, selon des conditions fixées par décret. En outre, une pause d'une durée minimale de vingt minutes doit être accordée au salarié dès qu'il effectue 6 heures de travail consécutives. Le repos hebdomadaire doit avoir une durée minimale de 24 heures consécutives, auxquelles s'ajoutent les heures de repos quotidien (article L.221-4 modifié du code du travail).

Ces différentes règles visant à assurer une vie décente au salarié sont indissociables de celles qui ont pour objet de lutter contre la précarité de l'emploi.

C : Assurer la stabilité de l'emploi.

115. La sécurité de l'emploi est un facteur fondamental de l'équilibre psychologique de la personne. C'est elle qui autorise les projets, qui permet de penser l'avenir. En d'autres termes, la sécurité de l'emploi est une des conditions nécessaires à la construction d'une vie respectueuse des aspirations humaines, indépendance, vie de famille, loisirs ...

Deux types de mesures permettent de renforcer la sécurité de l'emploi : celles qui limitent le recours au travail précaire et celles qui restreignent le droit de l'employeur de licencier.

1 – Limitation du recours au travail précaire.

116. Afin de limiter l'utilisation d'une main-d'œuvre précaire, le législateur a énuméré limitativement des cas de recours aux contrats à durée déterminée et aux contrats de travail temporaires. Selon l'article L.122-1-1 du code du travail, un contrat à durée déterminée peut être conclu pour remplacer un salarié absent, pour pallier à un accroissement temporaire de l'activité ou pour pourvoir à un emploi à caractère saisonnier ou pour lequel il est d'usage de ne pas recourir à contrat à durée indéterminée. La succession de contrat à durée déterminée est régie par l'article L.122-3-7 du code du travail qui impose le respect d'un délai de carence pour pourvoir le poste du salarié dont

le contrat a pris fin. Ce délai est égal au tiers de la durée de ce contrat, renouvellement inclus. En cas de remplacement d'un salarié absent, plusieurs contrats à durée déterminée peuvent être conclus sans délai de carence. L'employeur peut successivement utiliser ce type de contrat pour des emplois distincts. Néanmoins, cette pratique ne doit pas conduire, sous prétexte de remplacement, à pourvoir un emploi permanent de l'entreprise.

Le secteur d'activité auquel font référence les articles L.122-1-13 et L.124-1-3 du code du travail est celui de l'activité principale de l'employeur⁴³¹. Ces articles renvoient à des textes réglementaires, les articles D.121-2 et D.124-2 du code du travail qui correspondent à des branches d'activités économiques. La distinction entre travail saisonnier et simple accroissement d'activité repose sur le caractère régulier, prévisible et cyclique de la répétition du travail saisonnier⁴³².

Par conséquent, l'employeur ne peut en aucun cas recourir à un contrat de travail précaire, contrat à durée déterminée ou contrat de travail temporaire pour des tâches nées de l'activité permanente de l'entreprise. Dans le domaine de l'enseignement, le contrat à durée déterminée ne peut pas être utilisé pour un emploi correspondant à une discipline enseignée de façon permanente dans l'établissement car un tel emploi n'a pas un caractère par nature temporaire⁴³³, même s'il est interrompu par les vacances scolaires⁴³⁴. La méconnaissance des cas de recours et du délai de carence entraînent la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée. Ces règles qui limitent le recours au travail précaire n'ont pu empêcher le développement de celui-ci au sein des entreprises. Pour éviter les licenciements, les employeurs calculent leurs embauches au plus juste, par rapport à la charge minimale de la production et recrutent du personnel non permanent pour faire face à l'accroissement de l'activité. La place du personnel précaire dans l'entreprise est banalisée et certaines entreprises du secteur automobile ou de l'agro-alimentaire ont recours à des sociétés de travail temporaires pour la gestion de ces contrats, contrat de travail à durée déterminée et intérimaires. Cette intrusion de la société de travail temporaire au sein même de l'entreprise est largement développée aux Etats-Unis sous le nom "d'implants", mais reste encore au stade expérimental en France⁴³⁵.

La stabilité de la relation de travail est également l'objet des règles relatives à la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur.

2 – Limitation du droit de licencier.

⁴³¹ Cass. Soc., 25 février 1998, RJS 4/98, p.265, n°420.

⁴³² Circulaire DRT 18/90, 30 octobre 1990.

⁴³³ Cass. Soc., 10 juin 1992, RJS 8-9/92, n°965.

⁴³⁴ Cass. Soc., 9 avril 96, RJS 5/96, n°517, 1^{ère} espèce.

⁴³⁵ C. Leroy, *L'intérim se banalise*, Liaisons sociales, Le magazine, nov. 98, , p.20.

117. Le maintien de l'emploi a d'abord été recherché dans les hypothèses où se produisait un changement d'employeur. L'article L.122-12, al.2 du code du travail prévoit le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise.

Cette disposition, qui déroge au principe de l'effet relatif des contrats qu'énonce l'article 1165 du code civil, est d'ordre public. Une directive communautaire en date du 14 février 1977 modifiée en 1998 pose un principe identique en précisant la notion de transfert et de travailleur⁴³⁶. Le transfert d'entreprise s'entend comme celui d'une entité économique autonome présentant une certaine spécificité. Cette notion suppose l'existence de moyens propres à l'activité en cause. C'est au juge du fond qu'il appartient d'apprécier l'existence ou l'absence d'une telle entité. La Cour de cassation contrôle l'interprétation des faits. Cette notion a donné lieu à de nombreux litiges. Ainsi peuvent constituer une entité économique une clientèle⁴³⁷, une marque⁴³⁸ et des mandats de gestion⁴³⁹, dès lors qu'est caractérisée "l'existence de moyens identifiables et autonomes permettant de poursuivre l'exercice d'une activité économique"⁴⁴⁰.

L'article L.122-12 al.2 doit s'appliquer dans tous les cas où l'unité économique continue à fonctionner sous une direction nouvelle⁴⁴¹. Ainsi à l'énumération visée par cet article, la succession, la vente, la fusion, la transformation de fonds et la mise en société, il faut ajouter les extensions jurisprudentielles⁴⁴². La Cour de cassation a admis l'application de l'article L.122-12 al.2 dans les hypothèses de reprise en gestion directe, de reprise de bail, de location vente, de location-gérance.

Tous les contrats de travail en cours au jour de la modification se poursuivent obligatoirement avec le nouvel employeur et dans les mêmes conditions. Les droits liés à l'ancienneté, la qualification et la rémunération ne peuvent être modifiées par le nouvel employeur. Plus généralement l'employeur ne peut modifier unilatéralement un élément du contrat, il ne peut imposer que des changements dans les conditions de travail⁴⁴³. Le principe du maintien des contrats de travail posé par l'article L.122-12 al.2 n'interdit pas à l'employeur de prononcer des licenciements. Ceux-ci peuvent être antérieurs ou postérieurs au transfert et doivent répondre aux dispositions légales imposant l'existence d'une cause réelle et sérieuse.

⁴³⁶ Directive CEE n°77.187 du 14 février 1977, JOCE L.61, 5 mars ; Directive CEE n°98.50 du 29 juin 1998, JOCE L.201, 17 juillet.

⁴³⁷ Voir J. Pélissier (sous la direction de), *Droit de l'emploi*, Dalloz, 1999, p.374, n°1105 et suiv.

⁴³⁸ E. Wagner, *Le nouveau champ d'application de l'article L. 122-12 al.2*, Dr. ouvrier, 1990, p.217

⁴³⁹ Cass. Soc., 9 mars 1994, Bull. civ. V, n°83.

⁴⁴⁰ Cass. Soc., 17 mars 1988, Bull. civ. V, n°186.

⁴⁴¹ Cass. Soc., 23 sept. 1992, Bull. civ. V, n°474

⁴⁴² Cass. Soc., 19 janvier 1966, Bull. civ V, n°67.

⁴⁴³ Voir J. Pélissier (sous la direction de), *Droit à l'emploi, op. cit!*

118. L'exigence d'une cause réelle et sérieuse en matière de licenciement a pour objet de protéger les salariés contre le caractère arbitraire de la décision patronale. Elle impose à l'employeur de se justifier mais ne remet pas en cause son droit de rompre le contrat de travail.

A l'inverse, la nécessaire protection de certains salariés, particulièrement vulnérables en raison de leur état de santé, de leur statut précaire, ou des fonctions qu'ils assument au sein de l'entreprise, a conduit le législateur à supprimer l'exercice de ce droit à l'employeur. S'ajoute à cette réglementation de la rupture du contrat de travail, des obligations visant à gérer les conséquences des licenciements pour motif économique. Plan social et plan de reclassement sont des mesures qui affirment la responsabilité sociale de l'employeur.

L'exigence de réalité et de sérieux de la cause de licenciement a été posée par la loi du 13 juillet 1973. Elle s'applique aujourd'hui à tous les types de licenciement, pour un motif inhérent à la personne du salarié ou pour un motif économique. Selon l'article L.321-1 du code du travail, "constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutive notamment à des difficultés économiques à des mutations technologiques". La Cour de cassation a complété cette définition en décidant qu'une réorganisation de l'entreprise peut constituer une cause économique de licenciement, dès lors qu'elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise⁴⁴⁴.

La cause économique n'existe que dans la mesure où sont réunis tous les éléments prescrits par l'article L.321-1. L'employeur a donc l'obligation d'expliquer sa décision de licenciement.

Il doit établir les faits qui l'ont conduit à prendre une telle mesure et démontrer qu'ils sont de nature à la justifier. Selon le motif du licenciement, motif personnel ou économique, l'intensité du contrôle judiciaire diffère. L'étude de ce contrôle fera l'objet de la troisième partie.

119. La loi du 27 janvier 1993, dont l'objectif est la défense des emplois et la limitation des licenciements économiques, impose à l'employeur l'élaboration d'un plan social contenant un plan de reclassement pour les grands licenciements économiques. Les exigences de l'article L.321-4-1 du code du travail relatives au plan social ne s'appliquent qu'à partir du seuil de 50 salariés. Les mesures contenues dans le plan social ont un caractère hétérogène. L'article L. 321-4-1 du code du travail détaille les mesures que peut comprendre le plan social, actions de reclassement interne ou externe à l'entreprise, créations d'activités nouvelles, actions de formation ou de conversion, mesures de réductions ou d'aménagement du temps de travail.

Concernant les grands licenciements économiques, dix salariés sur une période de trente jours, le législateur impose à l'employeur d'élaborer un plan de reclassement des salariés à peine de nullité de la procédure de licenciement économique. L'employeur étant

⁴⁴⁴ Cass. Soc., 30 septembre 1997, Dr. soc., 1997, p.1098, obs. G. Couturier, RJS 1997, p.796, n°1297

obligé de proposer aux salariés visés par les licenciements des emplois disponibles même situés dans une autre région⁴⁴⁵ ou impliquant une modification substantielle du contrat de travail⁴⁴⁶. Les possibilités de reclassement s'apprécient au niveau de l'entreprise et du groupe.

Il a été soutenu que ces règles faisaient "prévaloir la logique du maintien du salarié dans l'entreprise sur celle fondée sur le pouvoir d'organisation de l'employeur"⁴⁴⁷. En fait, l'employeur conserve son pouvoir de gestion, il peut supprimer ou modifier des emplois mais, simplement, il est tenu d'être responsable socialement. Comme l'écrit M. Supiot, "si les hommes sont une ressource pour l'entreprise, l'entreprise doit aussi être une ressource pour les hommes"⁴⁴⁸.

En outre, l'employeur doit respecter une priorité de réembauchage vis à vis du salarié licencié pour motif économique. Cette obligation s'impose à l'employeur indépendamment du caractère causé ou non de la rupture du contrat. En effet, peu importe la qualité de la justification apportée par l'employeur, il suffit que le licenciement repose sur un motif économique⁴⁴⁹. Cette règle illustre la distinction opérée par la doctrine entre cause la cause qualificative et la cause justificative du licenciement⁴⁵⁰. Les limites au pouvoir de licencier de l'employeur sont plus contraignantes lorsque sont concernés des salariés vulnérables.

120. Divers textes du code du travail instaurent une protection renforcée du salarié fragilisé en raison de son état de santé. Le handicap et la maladie, nés ou non de l'exécution de la prestation de travail, ne sont pas des causes légales de rupture du contrat de travail. Le principe est celui de la suspension du contrat de travail.

De même, l'article L.122-25-2 du code du travail instaure une protection de la femme enceinte en interdisant à l'employeur de procéder au licenciement d'une femme en état de grossesse. Plus qu'une protection de l'individu, cette règle protège la maternité en général. Elle constitue un principe général du droit⁴⁵¹. Toutefois, cet article n'est pas applicable pendant la période d'essai⁴⁵². Ces interdictions de licencier connaissent deux exceptions : la faute grave du salarié non lié à son état de santé ou l'impossibilité pour un

⁴⁴⁵ Cass. Soc., 22 janvier 1992, RJS 3/92, n°267.

⁴⁴⁶ Cass. Soc., 8 avril 1992, RJS 5/92, n°598 ; Dr. soc., 1998, p.620.

⁴⁴⁷ Voir M. Defossez, D. 1992, J, p.390.

⁴⁴⁸ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p.181.

⁴⁴⁹ Cass. Soc., 13 avril 1999, Juris. Actualité n°631 du 20 mai 1999.

⁴⁵⁰ G. Couturier, *Les relations individuelles de travail*, t.1, PUF, p.269.

⁴⁵¹ C.E., 8 juin 1973, JCP 1975, éd. G, II, 17957, note Y. Saint Jours.

⁴⁵² Cass. Soc., 8 novembre 1983, Juris social, 84.F.21.

motif étranger à l'état de santé de maintenir le contrat de travail. L'existence d'un motif économique de licenciement ne caractérise pas nécessairement l'impossibilité de maintenir, pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie, le contrat de travail suspendu. A l'inverse, en matière de licenciements économiques, la nécessité d'observer l'ordre des licenciements, semble pouvoir caractériser l'impossibilité de maintenir le contrat⁴⁵³. Le silence du salarié sur son absence à son poste de travail peut dans certaines circonstances être constitutif d'une faute grave⁴⁵⁴.

Lorsque le salarié est déclaré inapte, suite à un accident ou une maladie, de caractère professionnel ou non, une obligation de reclassement pèse sur l'employeur. Celle-ci doit s'effectuer à l'intérieur du groupe, lorsque l'entreprise est intégrée à un groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel⁴⁵⁵.

Si le salarié est déclaré inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer un autre emploi au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutation, transformation ou aménagement du poste. En cas d'impossibilité démontrée d'exécuter l'obligation de reclassement, l'employeur devra procéder au licenciement du salarié concerné sauf à reprendre le paiement des salaires perçus par l'intéressé avant la période de suspension du contrat⁴⁵⁶.

121. Afin de protéger les salariés liés par un contrat précaire, le droit régit de façon restrictive la rupture de ce type de contrat. L'article L.122-3-8 du code du travail dispose que le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme sauf pour faute grave, force majeure, ou accord des parties. La méconnaissance de ces dispositions par l'employeur ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts. L'impossibilité de rompre unilatéralement avant l'échéance du terme est de la nature d'un tel contrat. Si les parties insèrent dans un contrat à durée déterminée une clause les autorisant à rompre avant le terme prévu, le contrat sera qualifié contrat à durée indéterminée⁴⁵⁷. Concernant le travail temporaire, l'article L.124-5 du code du travail prévoit que l'employeur qui rompt le contrat de travail avant son terme doit proposer un nouveau contrat au salarié sauf faute grave de celui-ci ou force majeure.

122. La protection la plus sophistiquée est celle dont bénéficient les salariés investis de fonctions représentatives. La liberté patronale de rompre le contrat de travail s'efface au profit d'une décision administrative. L'employeur doit être autorisé à licencier. Cette protection concerne les délégués syndicaux, les représentants élus du personnel et les

⁴⁵³ Cass. Soc., 25 mars 1998, RJS 6/98, n°723.

⁴⁵⁴ Cass. Soc., 19 mars 1981, Bull. civ. V, n°238.

⁴⁵⁵ Cass. Soc., 24 novembre 1995, RJS 12/95, n°1240 (inaptitude consécutive à un accident professionnel) ; Cass. Soc., 16 juin 1998, RJS 8.9/95, n°975 (inaptitude consécutive à une maladie non professionnelle).

⁴⁵⁶ Art L.121-24-4 C. Trav. (maladie non professionnelle) ; Art L.122-32-5 (accidents du travail et maladie professionnelle).

⁴⁵⁷ Cass. Soc., 27 mars 1991, Bull. civ. V, n°154.

représentants syndicaux au comité d'entreprise, les membres du CHSCT mais également les conseillers prud'hommes salariés, les représentants des salariés siégeant dans les conseils d'administration, les conseillers du salarié intervenant lors de l'entretien préalable de licenciement et enfin les salariés appelés à intervenir dans les procédures de redressement et liquidation judiciaire.

123. Deux autres mécanismes permettent de renforcer la protection du salarié : la suspension du contrat de travail et la priorité de réembauchage. Les causes de suspension du contrat de travail sont diverses et sont dues soit au comportement de l'une des deux parties, soit à la survenance d'événements caractérisant la force majeure⁴⁵⁸. Dans le cadre de ce travail, les cas de suspension concernant le salarié seront évoqués.

La suspension du contrat de travail autorise le salarié à ne pas exécuter son travail. D'aucun la caractérise comme "l'antithèse de la rupture"⁴⁵⁹. A l'inexécution du travail par le salarié correspond l'absence de rémunération mais les obligations secondaires, telle l'obligation de discrétion ou de non concurrence, subsistent⁴⁶⁰.

Les principaux cas de suspension du contrat de travail sont les maladies et accidents pouvant affecter le salarié et la maternité. Une protection particulière est instaurée pour les salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. L'article L.122-32-1 du code du travail prévoit la suspension du contrat de travail pendant la durée de l'arrêt de travail provoqué par l'accident et la maladie et, le cas échéant pendant le délai d'attente et la durée du stage de réadaptation, rééducation ou formation professionnelle. Le licenciement d'un salarié victime d'un accident ou d'une maladie professionnelle est illicite, sauf si le reclassement est impossible ou si le salarié refuse abusivement la proposition de reclassement.

Concernant les accidents et maladies non professionnelles, la protection est d'origine jurisprudentielle. Selon une jurisprudence constante, la maladie est une cause de suspension du contrat de travail et non de rupture⁴⁶¹. Cependant, cette affirmation ne vaut pas protection contre le licenciement, elle interdit simplement que la maladie soit à elle seule la cause du licenciement⁴⁶². Ainsi l'employeur peut-il prononcer le licenciement lorsque l'absence du salarié entraîne des perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise⁴⁶³. La protection de la maternité se traduit également par la suspension du contrat de travail pendant le congé maternité (article L.122-26 du code du travail). Pendant la période de suspension, tout licenciement est illicite (article L.122-27 du code

⁴⁵⁸ Voir sur ce point, J. Pélissier (sous la direction de), *Droit de l'emploi*, Dalloz, 1999, p.414 et suiv.

⁴⁵⁹ G. Couturier, *Droit du travail*, t.1, Les relations individuelles de travail, 3^{ème} éd., PUF, 1996, n°203.

⁴⁶⁰ G. Lyon-Caen, J. Pélissier, A. Supiot, *Droit du travail*, 19^{ème} éd., Dalloz, 1998, n°341.

⁴⁶¹ Cass. Soc., 8 décembre 1988, Bull. civ., V, n°648.

⁴⁶² J. Savatier, *Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé*, RJS 10/98, p.707.

⁴⁶³ Cass. Soc., 16 juillet 1998, RJS 10/98, n°1200, Dr. Soc., 1998, p.950, Obs. A. Mazeaud.

du travail) pour quelque motif que ce soit.

Les obligations d'emploi à la charge de l'employeur au moment du recrutement participent également de cette recherche de sécurisation de l'emploi et de protection des salariés les plus vulnérables. Bénéficient d'une priorité de réembauchage les salariés dont le contrat de travail a été rompu, soit pour accomplir leur service national (art. L.122-18 CT), soit à la suite d'un congé postnatal (art. L.122-28 CT), soit à cause d'un licenciement pour motif économique (art. L.321-14 CT). Sous peine de sanctions pénales et civiles, l'employeur, saisi d'une demande d'un salarié répondant à l'une de ces situations, ne peut refuser de le réembaucher s'il possède dans son entreprise un poste correspondant à la qualification de la personne. Ceci étant, ses obligations ne font que réitérer le choix initial de l'employeur. Concernant les personnes handicapées, l'article L.323-3 du code du travail dispose que toute entreprise de 20 salariés et plus doit offrir 6% des emplois à des personnes handicapées mais, en pratique, la plupart des entreprises profitent des possibilités d'exonérations prévues par la loi.

Section 2 : Les règles de procédure.

124. Les règles imposant le respect d'une procédure sont très nombreuses. Elles forment l'essentiel de l'encadrement du pouvoir de direction économique de l'employeur. Il est possible de les classer selon "le cadre spatial où elles se déroulent"⁴⁶⁴. La procédure peut se dérouler au sein de l'entreprise ou être purement externe. Le licenciement de salariés ordinaires répond à la première situation, tandis que le licenciement d'un salarié protégé ressortit à la seconde.

Dans d'autres cas, la procédure comprend une phase au sein de l'entreprise et l'intervention d'une autorité externe. C'est ici l'hypothèse des licenciements économiques collectifs. Il est également possible de distinguer les règles de procédure selon leur finalité. Certaines ont pour objet d'assurer la protection individuelle des salariés alors que d'autres organisent leur participation collective au sein de l'entreprise. Nous retiendrons cette distinction.

§ 1 : Règles procédurales relatives aux actes individuels.

L'importance quantitative des règles de procédure relatives aux actes individuels interdit tout inventaire. Seront privilégiées celles qui s'attachent aux actes ayant les répercussions les plus importantes sur la vie des salariés : la modification du contrat de travail et le licenciement.

Les dispositions du code du travail imposent à l'employeur une marche à suivre dès lors qu'il y a un changement important dans les rapports de travail. En cas de modification du contrat de travail pour des raisons d'opportunité ou d'inaptitude du salarié et en cas de licenciement, l'employeur doit respecter une certaine procédure.

A : Règles de procédure relatives à la modification du contrat de travail :

⁴⁶⁴ A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, *Droit et Direction du personnel*, Dr. soc., 1982, p.63.

125. La modification du contrat de travail peut, soit avoir fait l'objet d'une clause spécifique insérée dans le contrat de travail, soit être proposée par l'employeur. Dans la première hypothèse, le salarié a accepté à l'avance la modification et l'application des termes du contrat ne requiert aucune procédure particulière si ce n'est qu'elle doit s'effectuer dans des conditions exemptes d'abus de droit⁴⁶⁵.

Dans la seconde hypothèse, celle qui retiendra notre attention, l'employeur prend l'initiative de proposer une modification des contrats de travail. Il faut alors distinguer selon que la modification est motivée par un motif économique ou personnel.

Depuis 1987, la Cour de cassation considérait que l'acceptation par le salarié de la modification de son contrat ne pouvait résulter de la seule poursuite de l'exécution de son travail⁴⁶⁶. L'article L.321-1-2 du code du travail, issu de la loi du 20 décembre 1993 amende cette solution. Aux termes de cet article, l'employeur, qui envisage pour un motif économique une "modification substantielle", c'est à dire ce que la terminologie actuelle de la Cour de cassation nomme une "modification de contrat", doit adresser au salarié concerné une lettre de notification l'informant qu'il dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception du courrier pour faire connaître son éventuel refus. A défaut de réponse, le salarié est censé avoir accepté la modification proposée. Ainsi, cet article réintroduit une forme d'acceptation tacite, très circonstanciée certes, dans un but de stabilisation de la relation contractuelle. Cependant, ce texte n'est applicable qu'au cas où la modification est envisagée pour raisons économiques⁴⁶⁷.

Ainsi, en matière de modification pour motif personnel, la jurisprudence "Raquin" continue-t-elle à s'appliquer : le défaut de réponse favorable à la proposition de modification de la part du salarié, dans un délai raisonnable, équivaut à un refus contrairement aux dispositions de l'article L.321-1-1-2 du code du travail. En outre, lorsque la proposition de modification du contrat de travail découle de l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur, les dispositions de l'article L.321-2 du code du travail ne s'appliquent pas⁴⁶⁸.

Reste que l'employeur peut dissimuler un motif personnel sous l'apparence d'un motif économique. Dans les arrêts Videocolor et TRW Repa⁴⁶⁹, la Chambre sociale a posé en principe qu'une réorganisation, lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité. Aussi, l'employeur ne saurait user de la procédure prévue par l'article L.321-1-2 du code du travail sans fournir

⁴⁶⁵ Cass. Soc., 18 mai 1999, Dr. soc., 1999, p. 735, obs. B. Gauriau.

⁴⁶⁶ Cass. Soc., 8 octobre 1987, Raquin, Dr. soc., 1988, p.140, obs. J. Savatier.

⁴⁶⁷ H. Blaise, *La modification substantielle du contrat de travail*, Dr. soc., 1994, p.190 (commentaire de l'article L.321-1-2).

⁴⁶⁸ Cass. Soc., 9 juillet 1998, *Juris. actualité n°601 du 29 octobre 1998* ; RJS 8-9/98, n°959 ; confirmé par Cass. Soc., 13 avril 1999, *Juris. actualité n°631 du 20 mai 1999*.

⁴⁶⁹ Cass. Soc., 5 avril 1995, Dr. soc., 1995, p.488.

d'explication sur les causes de la modification.

B : Règles de procédure relative à la rupture du contrat par l'employeur :

126. Concernant la procédure de licenciement, celle-ci a été mise en place notamment par le législateur de 1973 qui a introduit une procédure préalable d'entretien avec le salarié. La loi de 1973 n'imposait cet entretien que pour les licenciements individuels des salariés bénéficiant d'au moins un an d'ancienneté et pour les entreprises de 11 salariés et plus.

La réforme de 1986 a élargi cette exigence à tous les licenciements individuels et aux petits licenciements économiques. Enfin, avec la loi de 1989, la procédure de l'entretien préalable doit être respectée même pour les grands licenciements économiques en l'absence de comité d'entreprise ou de délégués du personnel au sein de l'entreprise (L.122-14 al 3). Par conséquent, avant d'arrêter sa décision, l'employeur doit convoquer le salarié afin que celui-ci puisse s'expliquer et présenter sa défense. Les étapes de la procédure de licenciement sont très formalistes. Tout d'abord, la convocation à l'entretien préalable, prévue par l'article L.122-4 al. 1 du code du travail, doit être adressée par lettre recommandée ou remise en main propre contre une décharge. La convocation doit indiquer plusieurs mentions et, en particulier, la possibilité de se faire assister lors de l'entretien. Les dispositions relatives à l'assistance du salarié par un conseiller sont considérées comme "indispensables pour la défense des intérêts du salarié" par la Cour de cassation⁴⁷⁰. La loi du 18 janvier 1991 confirme le caractère essentiel de cette formalité. Il résulte de l'article L.122-14-5 que les sanctions édictées par l'article L.122-14-4 sont, par exception, applicables aux salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et aux licenciements opérés par les employeurs occupant habituellement moins de onze salariés, en cas d'inobservation des règles relatives à l'assistance du salarié. L'article L. 122-14-4 est alors applicable qu'il s'agisse de sanctionner une irrégularité de procédure ou l'absence de cause réelle et sérieuse.

Lorsqu'il n'y a pas de représentants du personnel au sein de l'entreprise, le salarié peut se faire assister par un conseiller extérieur à celui-ci⁴⁷¹.

127. Les motifs invoqués par l'employeur doivent être énoncés dans la lettre de licenciement. Ne sont pas pris en considération les motifs énoncés dans un autre écrit. Ainsi, les juges ne tiennent-ils pas compte des motifs énoncés dans un écrit que l'employeur a remis au salarié lors de l'entretien préalable⁴⁷². De même, l'employeur ne

⁴⁷⁰ Cass. Soc., 13 novembre 1996, Bull. civ. n°382 ; Dr. soc., 1996, p.1096, obs. Waquet ; Cass. Soc., 7 octobre 1997, JCP 1998, II, 10022, note Corrigan Carsin.

⁴⁷¹ Une circulaire ministérielle du 5 septembre 1991 (circulaire n°91/16, BO min. travail n°91/24, p.91) considère qu'une entreprise est dépourvue d'institutions représentatives du personnel lorsqu'il n'y a ni comité d'entreprise, ni délégués syndicaux, ni délégué du personnel, ni comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Cette interprétation ministérielle n'est pas conforme à la loi dans la mesure où les délégués syndicaux ne sont pas des représentants du personnel.

⁴⁷² Cass. Soc., 23 janvier 1997, Dr. soc., 1997, p.314.

peut se prévaloir des motifs mentionnés dans la lettre de convocation à l'entretien préalable et non de repris dans la lettre de licenciement⁴⁷³. De ces décisions, il faut retenir que l'employeur n'est pas recevable à apporter la preuve de la connaissance par le salarié d'un motif ne figurant pas explicitement dans la lettre de licenciement. Mais, si la lettre dans laquelle l'employeur explicite les motifs de sa décision est annexée à la lettre de licenciement, celle-ci est considérée comme valablement motivée⁴⁷⁴.

Les règles de forme attachées à la rédaction de la lettre de licenciement ont un caractère substantiel. L'irrégularité de la lettre de licenciement entache le fond du licenciement. Ainsi, le licenciement est-il dépourvu de cause réelle et sérieuse dès lors que la forme n'est pas respectée.

Dans un arrêt en date du 3 avril 1997, la Cour de cassation a considéré comme non causé le licenciement d'un salarié pour motif disciplinaire dont la notification était intervenue au delà du délai d'un mois⁴⁷⁵. De même, les motifs figurant dans la lettre de licenciement doivent être suffisamment précis sous peine de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse⁴⁷⁶.

Le non-respect des règles de procédure propres au licenciement pour motif économique peut dans certains cas entraîner la nullité de la décision patronale, même en l'absence de texte. Ainsi, dans les célèbres arrêts de la Samaritaine, la Cour de cassation a affirmé que "lorsque la procédure de licenciement collectif est nulle, il en résulte que les licenciements individuels prononcés par l'employeur, qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciements collectifs suivie, sont eux-mêmes nuls"⁴⁷⁷.

La nullité des licenciements subséquents comme sanction de l'irrégularité de la procédure de licenciement collectif a été diversement appréciée en doctrine. Mr Couturier soutient que l'article L.122-14-4 al. 3 du code du travail ne prévoit pas la nullité du licenciement en cas d'irrégularité de procédure. Il ajoute que l'illicéité entraînant la nullité doit être évidente et que "ni l'insuffisance du plan social ni la régularité de la procédure de concertation préalables au licenciement ne sont des données évidentes"⁴⁷⁸. D'autres auteurs, à l'inverse, défendent la nullité des licenciements économiques irrégulièrement prononcés.

Ils soutiennent que le droit au maintien dans l'emploi ne peut trouver réparation dans une compensation indemnitaire⁴⁷⁹ et que sans la reconnaissance de la nullité de la

⁴⁷³ Cass. Soc., 29 avril 1998, JSL 23 juillet 1998, n°17 ; Cass. Ass. Plen., 27 nov. 1998, Bull. V, n°7 p.11.

⁴⁷⁴ Cass. Soc., 2 dec. 1998, Semaine sociale Lamy, 1998, p.9, n°913.

⁴⁷⁵ Cass. Soc., 3 avril 1997, Dr. soc., 1997, p.690

⁴⁷⁶ Cass. Ass. Plen., 27 novembre 1998, Bull. V, n°7 p.11, Cass. Soc., 20 octobre 1994, Dr. Soc., 1995, p.60.

⁴⁷⁷ Cass. Soc., 13 février 1997, Dr. soc., 1997, p.259, note G. Couturier.

⁴⁷⁸ G. Couturier, note sous Cass. Soc., 13 février 1997, Dr. soc., 1997, p.259.

procédure de licenciement irrégulière, le dispositif de l'article L 321.4.1 n'aurait aucune portée⁴⁸⁰. La nullité sanctionne ici la violation du droit au maintien de l'emploi et selon le "critère des intérêts à sauvegarder"⁴⁸¹, il s'agit bien d'un droit essentiel tant pour l'individu que pour la collectivité.

128. Des règles spécifiques régissent le licenciement des salariés du fait de leur inaptitude et celui des salariés protégés. Exception au principe énoncé par l'article L.122-45 du code du travail qui consacre la nullité des licenciements en raison de l'état de santé du salarié, l'inaptitude du salarié peut fonder une décision de licenciement. L'article R.241-51 du code du travail définit la procédure à mettre en œuvre afin de constater l'inaptitude physique du salarié. Cet article prévoit que l'inaptitude du salarié doit être constatée par le médecin du travail après que ce dernier ait effectué une étude du poste et des conditions de travail dans l'entreprise et deux examens médicaux. Les conditions prévues par l'article R.241-51 ne s'appliquent pas lorsque "le maintien du salarié entraîne un danger immédiat pour la santé et la sécurité de l'intéressé ou celle des tiers". Là encore, la Cour de cassation fait une application très littérale du texte puisqu'elle décide que le licenciement d'un salarié pour cause d'inaptitude encourt la nullité prévue par l'article L.122-45 du code du travail, dès lors qu'une seule visite médicale a été effectuée.

Peu importe que l'avis médical rendu après la première visite affirme sans conteste l'inaptitude du salarié⁴⁸². La question reste posée de savoir si la violation des autres règles de forme posées par l'article R.241-51 du code du travail serait également sanctionnée par la nullité.

Concernant les salariés protégés, la procédure de licenciement se caractérise par l'intervention de l'autorité administrative. En effet, en vertu de l'article du code du travail, l'employeur doit présenter une demande d'autorisation de licenciement à l'inspecteur du travail. Il doit l'informer de l'ensemble des mandats que détient le salarié. Pour les représentants du personnel élus, l'employeur est tenu de solliciter l'avis du comité d'entreprise⁴⁸³. L'avis du comité d'entreprise est également requis pour les délégués syndicaux sauf dans les entreprises de moins de trois cents salariés⁴⁸⁴. Cette procédure spéciale s'ajoute à la procédure de droit commun. Le non respect des formalités légales, exorbitantes du droit commun, entraîne la nullité du licenciement. Il en est de même pour les licenciements prononcés au mépris d'un refus d'autorisation administrative.

L'accord de l'inspecteur du travail est par conséquent une condition de validité du

⁴⁷⁹ T. Grumbach, *Encore une fois les arrêts La Samaritaine*, Dr. soc., 1997, p.335.

⁴⁸⁰ J. Pélissier, Sem. soc. Lamy, 3 mars 1997, p.3, n°827.

⁴⁸¹ B. Bossu, *La sanction d'un plan social non conforme aux exigences sociales*, Dr. soc., 1996, p.383.

⁴⁸² Cass. Soc., 16 juillet 1998, Dr. soc., 1998, p.877.

⁴⁸³ article L.436-1 du code du travail.

⁴⁸⁴ article L.436-1 du code du travail.

licenciement des salariés investis d'un mandat. L'employeur ne peut agir sans cette autorisation. Ainsi, dans cette hypothèse, la puissance publique exerce-t-elle une véritable tutelle sur l'employeur.

L'article L.436-3 du code du travail, issu de la loi du 28 octobre 1982, reconnaît expressément le droit à réintégration au salarié protégé irrégulièrement licencié.

§ 2 : Règles procédurales assurant l'expression collective des intérêts des salariés.

129. Le système de représentation des salariés dans l'entreprise se compose de plusieurs institutions : délégués du personnel, comité d'entreprise, sections syndicales. Il faut également ajouter le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui est un organisme spécialisé. Retiendront notre attention le comité d'entreprise et les sections syndicales en tant que titulaires de prorogatives susceptibles de limiter l'autorité patronale. Il convient de préciser quand cas d'absence du comité d'entreprise, les délégués du personnel assurent un certain rôle de suppléance. Ils peuvent également être investis d'un mandat de délégué syndical dans les entreprises de moins de 50 salariés⁴⁸⁵.

Les deux systèmes de représentation, représentants élus du personnel et syndicats, ont une base constitutionnelle. L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie celui de la Constitution de 1958 qui le maintient en vigueur, dispose en effet que "tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des relations de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises".

130. Le comité d'entreprise a été créé par une ordonnance du 22 février 1945. Le projet de création de comité d'entreprise établi en 1944 par le Gouvernement provisoire de la République avait pour objet d'instaurer des pratiques de coopération entre les salariés et le chef d'entreprise tout en maintenant l'autorité de ce dernier. Au cours des années 1960-1970, le poids des comités d'entreprise a connu un réel accroissement dans la vie des entreprises. On assiste à une augmentation de leur implantation effective dans les entreprises ainsi qu'à un développement de leurs attributions. Ces dernières sont multiples et peuvent se décliner en deux parties : les activités sociales et culturelles et les attributions ayant trait à la gestion économique de l'entreprise. S'agissant de s'interroger sur sa capacité à encadrer le pouvoir patronal de direction, seules les secondes prérogatives feront l'objet de développements.

131. La loi du 21 mars 1884 consacre la liberté syndicale et il faut attendre celle du 27 décembre 1968 pour que cette liberté puisse s'exercer au sein de l'entreprise avec l'instauration de la section syndicale et des délégués syndicaux. Le principe de la liberté syndicale est affirmé dans de nombreux instruments internationaux dont deux conventions de l'O.I.T.⁴⁸⁶ et dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 11). L'activité syndicale a pour objet la défense des intérêts

⁴⁸⁵ G. Couturier, *Droit du travail, t.2, Les relations collectives de travail*, PUF, 1993, p.205.

⁴⁸⁶ Convention n°87 de 1948 et n°98 de 1949.

individuels et collectifs des salariés. La loi leur attribue le monopole de la négociation (Art. L.132-2 CT) et par conséquent leur donne les moyens d'influencer la gestion de l'entreprise. Le rôle de négociateur conduit les syndicats à élaborer des règles de droit par le biais des accords collectifs, règles qui s'imposent à l'employeur.

132. Le droit d'expression collective des salariés n'a cessé de prendre de l'importance au cours des vingt dernières années. Il est notamment au centre des réformes de 1982. Ces réformes, issues du Rapport Auroux⁴⁸⁷ ont introduit l'idée de citoyenneté dans l'entreprise. Cette citoyenneté implique des droits pour le salarié, notamment celui de s'exprimer sur la gestion de l'entreprise. Elle a conduit le législateur à majorer les attributions du comité d'entreprise "et à le recentrer" sur le suivi économique de l'entreprise⁴⁸⁸, contribuant ainsi à un certain perfectionnement de la "démocratie industrielle" et à l'imitation du modèle de droit à l'échelle de l'entreprise⁴⁸⁹.

Ceci étant, les attributions du comité dans la gestion de l'entreprise demeurent consultatives. Cette consultation des salariés est aussi présente dans différents textes européens. La charte sociale européenne modifiée en 1998⁴⁹⁰ prévoit la mise en place d'une procédure d'information et de consultations et deux directives européennes relatives aux licenciements collectifs⁴⁹¹ et au transfert d'entreprise⁴⁹² imposent la consultation des représentants des salariés.

Afin de permettre au comité d'entreprise d'exercer efficacement sa mission, le législateur offre à ses membres la possibilité de perfectionner leurs compétences en matière de gestion en suivant un stage de formation économique (art. L.434 du code du travail). Dans son rapport intitulé "les lois Auroux, dix ans après", Michel Coffineau observe que si cette formation initiale est jugée de bonne qualité, elle est insuffisante car courte et non renouvelable. Une mise à jour serait donc souhaitable⁴⁹³.

Le comité d'entreprise a donc pour rôle de faire entendre la voix des salariés sur les principales questions économiques mais il n'a ni le pouvoir de décider, ni celui de

⁴⁸⁷ J. Auroux, *Les droits du travailleur, Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, Paris, La Documentation française, 1982.

⁴⁸⁸ Déclaration du ministre, J.O., Deb. Ass. Nat., 1982, p.2094 et 3046.

⁴⁸⁹ Voir A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, *France, in Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique (dir. A. Jeammaud et A. Lyon-Caen), Actes Sud, 1986.*

⁴⁹⁰ *L'approbation de la charte sociale européenne révisée du Conseil de l'Europe ainsi que le protocole additionnel à cette charte prévoyant un système de réclamations collectives est autorisée par les lois n°99-173 et 99-174 du 10 mars 1999, J.O. du 11 mars, p.3631 ; La nouvelle charte porte à 31 le nombre des droits sociaux fondamentaux.*

⁴⁹¹ Directive du 17 février 1975, JOCE, N.L. 48 du 22 février 1975.

⁴⁹² Directive du 14 février 1977, JOCE, N.L. 61 du 5 mars 1977.

⁴⁹³ M. Coffineau, *Les lois Auroux, dix ans après*, coll. Rapports officiels, la doc. Française, 1993, p.72.

s'opposer aux choix de l'employeur. Ainsi, les lois Auroux ne remettent-elles pas en cause la primauté du pouvoir patronal dans l'entreprise mais consacrent, au contraire, ce pouvoir en préservant "l'unité de direction et de décision dans l'entreprise"⁴⁹⁴. Conférant à l'entreprise "la légitimité d'une sphère citoyenne" tout en refusant un droit d'opposition aux salariés, l'ambivalence de cette réforme a été soulignée⁴⁹⁵. Ainsi, les règles qui favorisent l'intervention des salariés pour la défense de leurs intérêts "réalisent-elles, au service de l'ordre établi, une manière d'équilibre. Ce n'est pas dire que ce droit assure l'égalité concrète des protagonistes mais qu'il a pour sens de reconnaître, de satisfaire ou de fortifier une part de leurs intérêts respectifs, amplement antagonistes, en fixant un certain rapport et en autorisant une certaine confrontation entre eux"⁴⁹⁶.

133. Les règles de procédure qui reposent sur la reconnaissance de droits collectifs des salariés instaurent un double encadrement du pouvoir patronal de direction, qui recoupe les attributions respectives des systèmes de représentation des salariés. Elles permettent aux salariés d'être informés, de s'exprimer sur la gestion économique et financière de l'entreprise, mais aussi de participer à la création de normes substantielles. Les premières de ces règles de procédure organisent l'activité des représentants élus du personnel alors que les secondes sont destinées à la mise en œuvre de la négociation collective. Ceci étant, consultation et négociation sont deux fonctions étroitement imbriquées, tant il est vrai que la consultation peut servir de vecteur à la création de règles de fond et que la négociation, qui suppose un contrôle de ce qui a été accompli, devrait pouvoir s'appuyer sur les informations détenues par le comité d'entreprise. L'intrication des rôles respectifs des représentants du personnel et des syndicats se vérifie également dans les domaines d'intervention que la loi leur attribue. Ainsi des problèmes d'articulation des missions se présentent-ils dans certains cas.

Nous étudierons respectivement les règles reconnaissant un droit d'information et d'expression des salariés sur la gestion de l'entreprise à travers le comité d'entreprise et celles leur accordant le droit de négocier à travers les syndicats.

A : Le droit d'expression des salariés à travers les attributions du comité d'entreprise.

Les attributions économiques du comité d'entreprise ont une portée exclusivement consultative. Le législateur a prévu plusieurs cas de consultation obligatoire mais les sanctions attachées à la méconnaissance de ces obligations ne protègent qu'imparfaitement l'exercice de ces prérogatives par le comité.

1 – Les consultations obligatoires du comité d'entreprise.

⁴⁹⁴ A. Supiot, *Autopsie du "citoyen dans l'entreprise": le rapport Auroux sur les droits des travailleurs*, extrait de "Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois", dir. J.P. Le Crom., Paris, éd. de l'atelier, 1998, p.265.

⁴⁹⁵ A. Supiot, *Autopsie du "citoyen dans l'entreprise"*, op. cit., p.265.

⁴⁹⁶ A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, *Droit du travail, démocratie et crise*, op. cit., introduction, p.10.

134. Lorsque l'employeur envisage de prendre des décisions de gestion d'une certaine importance, il doit au préalable consulter le comité d'entreprise. L'initiative de la consultation revient au chef d'entreprise. C'est à lui de saisir les représentants du personnel.

Bien que ce point relève du pouvoir réglementaire de l'employeur, il convient de rappeler que l'élaboration du règlement intérieur requiert la consultation du comité d'entreprise ou à défaut celle des délégués du personnel. Cette consultation constitue une formalité substantielle en l'absence de laquelle le règlement intérieur ne saurait entrer en vigueur, donc s'imposer aux salariés (article L.122-36 du code du travail).

Concernant la gestion de l'entreprise, les règles qui imposent à l'employeur de consulter le comité d'entreprise préalablement à toute prise de décision peuvent être classées en deux catégories : celles d'ordre général et celles qui régissent des situations particulières. L'article L.432-1 du code du travail dispose que "le comité d'entreprise est obligatoirement consulté et informé sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise...". Les applications particulières du principe de consultation du comité d'entreprise sont prévues en matière de modification de l'organisation de l'entreprise (Art. L.432-1 al. 1 C. Trav.), de changements technologiques (Art. L.438-1 al. 7 C. Trav.) ainsi qu'en matière d'emploi, de formation et de conditions de travail et de transfert d'activité (Art. L.122-1-2 et L. 122-2-1 al. 4 C. Trav.).

Le problème majeur est de déterminer ce qu'il faut entendre par décision patronale nécessitant la consultation préalable du comité d'entreprise. La question est de savoir à partir de quel degré de précision un projet patronal devient une décision subordonnée à une consultation préalable. Il faut considérer que des projets, dès lors qu'ils sont formulés en termes suffisamment précis et qu'ils génèrent des modifications dans les matières relevant de la compétence du comité d'entreprise, doivent être précédés d'une consultation de ce comité ⁴⁹⁷. "Il importe que les mesures concrètes et précises d'application des dispositions aient été renvoyées aux bons soins de la direction" ⁴⁹⁸. Les projets doivent avoir dépassé le stade de la simple éventualité. La manifestation de volonté de l'employeur doit être suffisamment claire et affirmée, mais il n'est pas nécessaire que les mesures soient "certaines et précises" ⁴⁹⁹. Cette solution est la seule concevable au risque d'ôter tout pouvoir au comité.

135. Les attributions des représentants du personnel s'exercent parfois sur des matières relevant également du champ de la négociation. Ainsi, le thème de l'emploi est-il au cœur de la consultation-négociation. Les salariés disposent d'un droit à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi et de travail ⁵⁰⁰. L'évolution économique et la situation de l'emploi dans la branche doivent être examinées ⁵⁰¹ ainsi

⁴⁹⁷ Cass. Soc., 12 novembre 1997, CAF, Dr. ouvrier, Février 1998, p.52.

⁴⁹⁸ Y. Chauvy, Conclusions ss. Cass. Soc., 12 novembre 1997, Dr. ouvrier, Février 1998, p.51.

⁴⁹⁹ Cass. Crim., 10 mai 1998, Dr. ouvrier, 1998, p.437.

⁵⁰⁰ Article L.131-1 C. travail.

que l'évolution de l'emploi dans l'entreprise.

Par ailleurs, le comité d'entreprise doit être consulté sur les compressions des effectifs⁵⁰², les licenciements économiques⁵⁰³, et, d'une façon plus générale, sur l'évolution de l'emploi⁵⁰⁴, l'organisation, la gestion et la marche de l'entreprise. Dans ces hypothèses se pose la question de l'articulation entre les deux types de procédure, consultation et négociation. Le débat sur l'application alternative ou cumulative des procédures visées au livre I, au livre IV et au livre III du code du travail a été l'objet de nombreux articles⁵⁰⁵.

Le droit de licenciement économique organise cette articulation. Dans son interprétation des textes, la Cour de cassation est très protectrice des droits du comité d'entreprise. Ce dernier doit être consulté sur toutes les mesures contenues dans le plan social, qu'elles résultent de la volonté unilatérale de l'employeur ou d'un accord collectif. L'obligation de consultation du comité d'entreprise prévue par les articles L.321-3 et suivants du code du travail ne s'efface pas durant la négociation. Depuis un arrêt en date du 5 mai 1998, le comité d'entreprise doit être consulté préalablement à toute négociation portant sur un domaine de sa compétence⁵⁰⁶. La Cour de cassation a donc tranché en faveur du cumul des rôles respectifs du comité d'entreprise et des syndicats. Cette consultation "doit avoir lieu concomitamment à l'ouverture de la négociation et, au plus tard, avant la signature de l'accord"⁵⁰⁷.

Cette formulation laisse une certaine latitude à l'employeur pour choisir le moment de la consultation tout en sachant que le comité ne doit pas être mis devant le fait accompli. L'arrêt du 5 mai 1998 a été rendu sous le double visa des articles L.431-1 et L.431-5 du code du travail. Par conséquent, la décision du chef d'entreprise visée à l'article L.431-5 du code du travail peut-être celle d'engager une négociation collective ou peut-être "logée" dans la signature d'un accord collectif d'entreprise.

La notion de décision doit s'entendre largement. Il s'agit de tout acte relatif à la gestion de l'entreprise "lorsque son objet est suffisamment déterminé pour que son adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise"⁵⁰⁸. La décision de négocier sur un objet précis répond à cette définition

⁵⁰¹ Article L.132-12 C. travail.

⁵⁰² Article L.132-27 C. travail.

⁵⁰³ Article L.432-1 C. travail

⁵⁰⁴ Article L.321-2 C. travail.

⁵⁰⁵ P. Y. Verkindt, *De la consultation à la négociation : questions de procédure*, Dr. soc., 1998, p.321, Voir liaisons sociales, Colloque AFDT n°6/99, 26 janvier 1999.

⁵⁰⁶ Cass. Soc., 5 mai 1998, Dr. soc., 1998, p.579, rapport J. Y. Frouin.

⁵⁰⁷ Cass. Soc., 5 mai 1998, op. cit.

puisqu'elle comporte la possibilité d'un accord.

La combinaison obligatoire des deux procédures devra être organisée dans un souci de complémentarité. La consultation ne doit pas devenir un moyen de sanction de la négociation au risque de dévaloriser la fonction syndicale. Or, en tant que "lieu autonome de réflexion", les syndicats " possèdent une capacité d'anticipation et de recul dont sont dépourvus les comités d'entreprise" ⁵⁰⁹ . Instaurer la concurrence entre ces deux formes de représentation ne saurait être avantageux pour les salariés.

136. Afin de permettre au comité d'entreprise d'exercer utilement ses attributions, la loi a posé plusieurs exigences quant à la mise en œuvre de la procédure de consultation. Tout d'abord, la consultation doit être préalable à la prise de décision (Art. L.431-5 al. 1). Ensuite, le comité doit pouvoir se prononcer en toute connaissance de cause.

Pour ce faire, l'employeur a l'obligation de transmettre des informations précises et écrites (Art. L.431-5 al. 2 CT) et doit laisser un "délai d'examen suffisant" (Art. L.431-5 al. 2 CT) avant la réunion de consultation.

L'employeur est également astreint à fournir des rapports périodiques sur la situation économique de l'entreprise : rapport annuel et examen des comptes, informations semestrielles ou trimestrielles. Enfin, l'article L.431-5 al. 4 du code de travail dispose que le comité peut "entreprendre les études et les recherches nécessaires à sa mission". Tous ces moyens prévus par la loi visent à établir un véritable partage de l'information entre l'employeur et les représentants du personnel. Ses attributions consultatives permettent au comité d'entreprise, lorsque les exigences légales sont respectées, d'exprimer les intérêts de l'ensemble des salariés et de contrôler la gestion de l'entreprise.

137. Cette fonction de contrôle est renforcée par les attributions qui lui sont reconnues dans le cadre de la prévention des entreprises en difficultés. La loi du 1er mars 1984 permet en effet au comité d'entreprise de déclencher une procédure d'alerte "lorsqu'il a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise" ⁵¹⁰ .

Cette procédure autorise le comité à demander des explications à l'employeur et, s'il les juge insuffisantes, à établir un rapport qu'il peut adresser à la société employeur. Pour l'établissement de ce rapport, le comité peut se faire assister d'un expert-comptable et convoquer le commissaire aux comptes. Cette prérogative est confiée au comité entreprise dans l'intérêt de l'entreprise, tout comme le droit de demander une expertise de gestion. Cette demande d'expertise a pour objet des opérations de gestion déterminées et tend à dénoncer les détournements de pouvoir éventuels de la part de l'employeur.

Ainsi, aujourd'hui, de nombreuses dispositions légales affirment-elles le droit à la consultation et à l'information des représentants des salariés. Les attributions du comité d'entreprise doivent permettre à ceux-ci d'être force de contrôle et de proposition.

⁵⁰⁸ Cass. Soc., 12 nov. 1997, Bull. civ. V, n°375, voir Liaisons sociales, colloque AFDT n° 6/99, 26 janvier 1999.

⁵⁰⁹ M. F. Bied-Charreton, *L'articulation des missions du syndicat et du Comité d'entreprise*, Dr. ouvrier, 1995, p.58.

⁵¹⁰ Article L.432-5 C. trav.

Cependant, l'exercice de ces attributions consultatives est exposé à l'ineffectivité dans la mesure où le comité d'entreprise ne peut pas toujours en exiger la parfaite exécution.

2 – Les sanctions des attributions du comité d'entreprise.

La méconnaissance des prérogatives du comité d'entreprise par l'employeur est sanctionnée différemment selon que la procédure irrégulière est ou non arrivée à son terme.

138. La procédure irrégulière qui n'est pas arrivée à son terme, peut faire l'objet d'une suspension. Ainsi, en matière de licenciement collectif pour motif économique, la méconnaissance des obligations de consultation du comité d'entreprise constitue-t-elle un trouble manifestement illicite et le juge des référés est compétent pour prendre toutes mesures utiles de nature à remettre les choses en l'état et suspendre la procédure jusqu'à la consultation régulière du comité. La sanction de suspension, reconnue par la Cour de cassation depuis l'arrêt Boussac du 27 juin 1989⁵¹¹, sanctionne le contenu ou la valeur de l'information adressée au comité d'entreprise, le moment inopportun de la consultation ou du délai d'examen insuffisant.

Dans les arrêts SIETAM en date du 16 avril 1996, la Cour de cassation affirme que la procédure de consultation doit être reprise si, le plan social initial présenté en application de l'article L. 321-4 du code de travail étant nul, l'employeur doit en établir un nouveau⁵¹². Plus récemment, la Cour de cassation a rappelé que le non respect de l'article L. 321-4 du code du travail selon lequel "l'employeur est tenu d'adresser tous les renseignements utiles sur le projet de licenciement économique" entraîne la suspension de la procédure de licenciement⁵¹³. Cette sanction appliquée dans le cadre du droit des licenciements collectifs doit être transposable dans tous les cas où les droits consultatifs du comité d'entreprise n'ont pas été respectés. La suspension doit s'appliquer à une négociation collective en cours dès lors que la consultation du comité d'entreprise prévue par les textes n'a pas eu lieu.

139. Sanction très efficace car entraînant la remise des choses en l'état, la suspension n'est pas applicable dès lors que la décision unilatérale ou négociée est arrêtée.

Dans cette dernière hypothèse, le défaut de consultation régulière du comité d'entreprise ne remet pas en cause la validité de la décision patronale, sauf exception. En effet, dans un **"souci d'assurer la compatibilité de la sanction avec la liberté de gestion de l'employeur"**⁵¹⁴, le législateur ne pose pas un principe de nullité des

⁵¹¹ Cass. Soc., 27 juin 1989, Bull. n°286.

⁵¹² Cass. Soc., 16 avril 1996, SIETAM, Dr. soc., 1996, p.490, obs. A. Lyon-Caen, p. 487, Juris. Hebdo. 21 avril 1996, n°7450 ; Sem. soc. Lamy, n°790, pp. 13-14.

⁵¹³ Cass. Soc., 28 novembre 1998, Juris Hebdo 28 décembre 1998, n°611, p.5.

⁵¹⁴ R. Vatinet, *Les conséquences du défaut de consultation par le comité d'entreprise*, RPDS, 1990, p.59.

décisions patronales prises au mépris des droits du comité d'entreprise. Par ailleurs, les dispositions propres au droit des sociétés limitent les cas d'annulation des actes ou délibérations des sociétés et ne prévoit pas que la consultation irrégulière du comité d'entreprise soit sanctionnée par la nullité (loi du 24 juillet 1966, article 360).

Par exception à cette règle générale, la consultation du comité d'entreprise prévue lors de l'élaboration du règlement intérieur constitue une formalité substantielle en l'absence de laquelle le règlement intérieur ne peut entrer en application⁵¹⁵.

Afin de renforcer les droits du comité d'entreprise et contourner l'obstacle constitué par la loi du 24 juillet 1966, certains auteurs ont envisagé le recours à la notion de fraude⁵¹⁶ et d'autres ont proposé de sanctionner le défaut de consultation par l'inopposabilité⁵¹⁷. Dans la première hypothèse, l'absence de fraude deviendrait l'une des conditions de validité du contrat et, par conséquent, constituerait une cause de nullité. Il devra toutefois être démontrée par l'existence de manœuvres destinées à éviter la consultation du comité d'entreprise.

L'inopposabilité fait également référence à la notion de fraude puisque c'est la sanction normale de toute fraude aux droits des tiers. Elle priverait de toute efficacité les décisions de l'employeur, prises au mépris des droits du comité d'entreprise, à l'égard des salariés. La jurisprudence refuse cette sanction. Ainsi, une décision patronale ou un accord collectif, exécuté sans consultation du comité d'entreprise, conserve sa valeur juridique. Le comité d'entreprise pourra dans ce cas obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi résultant de la méconnaissance de ces prérogatives. Il pourra également saisir le juge pénal sur le fondement de l'article L. 483-1 du code du travail qui réprime toute entrave apportée au fonctionnement du comité d'entreprise. L'article L.422-1 du code du travail punit de peines correctionnelles l'auteur du délit d'entrave.

Les prérogatives du comité d'entreprise, même régulièrement exercées, laisse l'employeur seul maître de la décision. Le pouvoir d'infléchir la politique patronale est plus clairement établi par les obligations de négociation instaurées au profit des syndicats.

L'article L.131-1 du code du travail affirme "le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi et de travail et de leurs garanties sociales" et précise que ce droit s'exerce suivant les règles définies par le code du travail. Ce droit à la négociation collective est un prolongement du principe constitutionnel selon lequel "tout travailleur participe par l'intermédiaire de ces délégués à la détermination des conditions de travail". Pour assurer l'effectivité de ce droit, le législateur a prévu des obligations de négocier. En dehors de ces dispositions légales, l'employeur n'est pas contraint de négocier⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Cass. Soc., 4 juin 1969, Bull. civ. V, n°367 ; Dr. soc., 1969, p.515, obs. J. Savatier.

⁵¹⁶ Hemard, Terré, Mabilat, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 1978, n°737.

⁵¹⁷ R Vatinet, *Les conséquences du défaut de consultation par le Comité d'entreprise*, RPDS, 1990, p.59, n°538.

⁵¹⁸ Voir ord. du président du TGI, Paris, le 2 oct. 1990, Dr. soc., 1990, p.173, comm. A. Jeammaud et M. Le Friant.

B : Le droit des salariés à la négociation collective ⁵¹⁹ .

140. Les dispositions légales relatives à la négociation, donnent aux organisations syndicales représentatives le moyen de peser sur les choix qui peuvent être faits par la direction, voire d'y participer si la négociation aboutit. La négociation, à la différence de la consultation qui ne remet pas en cause le caractère unilatéral de la décision patronale, peut déboucher sur une sorte de "décision collective".

La loi pose plusieurs obligations de négocier. L'article L. 132-27 du code du travail dispose que "dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales l'employeur est tenu d'engager chaque année une négociation sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail...". L'article L.132-27 al. 1 du code du travail issu de la loi du 2 août 1989 dispose que cette négociation doit également être "l'occasion d'un examen par les parties de l'évolution et des prévisions annuelles ou pluriannuelles d'emploi établies dans l'entreprise". C'est à l'employeur de prendre l'initiative d'engager la négociation. En cas de carence de la part de ce dernier, un syndicat représentatif peut demander l'ouverture de la négociation. L'employeur est alors tenu de convoquer les syndicats. Pour que la négociation soit effective, il doit apporter des informations sur les matières traitées aux syndicats. L'article L.132-28 du code du travail précise que l'employeur doit fournir aux délégations syndicales "une analyse comparée de la situation des hommes et des femmes en ce qui concerne les emplois et les qualifications, les salaires payés, les horaires effectués et l'organisation du temps de travail."

Pendant le déroulement de la négociation, aucune décision patronale unilatérale ne saurait être prise dans les matières concernées, sauf urgence. Cette obligation annuelle de négocier est assortie de sanctions pénales. L'article L.153-2 du code du travail énonce que l'employeur qui ne respecte pas les règles relatives à l'ouverture de la négociation (article L.132-27, al.1 et L.132-28, al.1) se rend coupable du délit d'entrave. Le comportement de l'employeur au cours de la négociation n'entre pas dans les prévisions de l'article L.153-2 du code du travail ⁵²⁰ .

En cas de comportement fautif de l'employeur pendant le déroulement de la négociation, sa responsabilité civile peut-être engagée ⁵²¹ . Enfin, les syndicats peuvent saisir le juge qui statuera en la forme des référés pour faire respecter l'obligation annuelle de négocier ⁵²² . Les résultats en matière de négociation dans l'entreprise sont mesurables quantitativement à travers les bilans annuels réalisés par le ministère du travail. Ces enquêtes ministérielles comportent cependant une part d'inexactitude dans la mesure où le ministère ne connaît pas le nombre exact d'entreprises soumises à

⁵¹⁹ Voir C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives du travail*, Thèse Lyon II, 1999.

⁵²⁰ Cass. Crim., 4 oct. 1989, D. 1990, Somm., p.166, obs. A. Lyon-Caen ; Dr. soc., 1990, p.154, note J. Savatier.

⁵²¹ J. Savatier, *L'obligation de négociation annuelle dans l'entreprise : quelle sanction ?*, Dr. soc. 1990, p.155.

⁵²² Cass. Soc., 13 juillet 1988, Bull. civ. V, n°454, p.291.

l'obligation de négociation et que certains accords sont déposés deux fois, l'un au titre de l'entreprise, l'autre au titre de l'établissement. Ces réserves faites, il ressort de ces enquêtes que la négociation collective prend une part de plus en plus importante dans la vie de l'entreprise, notamment en ce qui concerne les salaires et le temps de travail. Ce progrès de la démocratie sociale doit cependant être relativisé au regard du nombre de petites entreprises étrangères au processus de négociation.

141. A côté de cette négociation annuelle dans l'entreprise, la loi impose des négociations obligatoires dans le cadre de la branche professionnelle. L'article L.132-12 al. 2 du code du travail prévoit que "les organisations qui sont liées par une convention de branche ou, à par des accords professionnels se réunissent, au moins une fois par an, pour négocier sur les salaires et au moins une fois tous les cinq ans pour examiner la nécessité de réviser les classifications". Ces obligations de négociation n'affectent pas directement le pouvoir patronal de gestion.

En imposant à l'employeur le respect de règles substantielles et procédurales, le législateur tend à reconnaître la place de la personne au sein de l'entreprise et à limiter le risque d'arbitraire dans l'exercice du pouvoir patronal. La protection des salariés se construit par la reconnaissance de l'existence des droits fondamentaux dans l'entreprise et par l'instauration de règles leur assurant un niveau de vie décent. S'ajoute à ces droits des obligations d'information, de consultation et de négociation à la charge de l'employeur, tendant à instaurer une "forme de démocratie" dans les relations de travail⁵²³. L'ensemble de ces règles a pour finalité de contraindre l'employeur dans l'exercice de ces prérogatives. Lui est reconnu le droit d'agir mais dans certaines limites. A l'inverse, le droit des obligations pose des bornes hors desquelles l'exercice du pouvoir de direction devient illégitime car non fondé. Instrument de la subordination juridique du salarié, le contrat de travail est le cadre dans lequel l'employeur est habilité à exercer son pouvoir sur les personnes. Il constitue aussi une limite au champ d'exercice du pouvoir de direction.

Chapitre II : Le contrat de travail, *limite du pouvoir de direction*

142. Le contrat de travail est le fondement du pouvoir de direction des personnes; c'est lui qui légitime l'exercice de l'autorité patronale sur le salarié. Pourtant, il couvre aussi une partie du rapport du travail dont le pouvoir de direction se trouve, dès lors, exclut.

Aux termes de l'article L.121-1 du code du travail, "le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun..." Par conséquent, les dispositions du code civil constitutives du droit commun des obligations trouvent à s'appliquer. Retiendrons notre attention les principes de force obligatoire et de bonne foi résultant de l'article 1134 du code civil. En vertu de cet article, les parties contractantes sont tenues par les termes du contrat. Elles doivent respecter leur engagement : leur contrat est, pour elles, comme la loi. Ces obligations s'imposent à l'employeur et au salarié, mais dans le cadre de cet exposé consacré au pouvoir de direction, seules seront étudiées les obligations à la charge de l'employeur.

⁵²³ A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, France, in *Droit du travail, démocratie et crise*, op. cit., voir p.25.

En vertu du principe de la force obligatoire, l'employeur ne saurait unilatéralement s'écarter du cadre contractuel et l'application de l'article 1134 al. 2 du code civil peut fournir au salarié le moyen de résister à l'initiative patronale (*section I*).

Contraint d'agir à l'intérieur du contrat, l'employeur doit, en outre, en assurer la totale exécution. Tenu des obligations "légalement" attachées à tout contrat de travail, il doit exécuter ce contrat de bonne foi. La jurisprudence a donné une réelle portée à ce principe de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail (*section II*).

Section 1 : La force obligatoire du contrat.

143. L'article 1134 du code civil dispose que "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". Ce principe de la force obligatoire impose aux contractants de respecter leur engagement et requiert leur consentement mutuel pour toute modification d'élément de leur convention. Par conséquent, le contrat "justifie une résistance en face des remodelages singuliers du travail"⁵²⁴.

Appliqué au contrat de travail, le jeu de ce principe connaît une problématique particulière. En effet, en s'engageant par et dans un contrat de travail, le salarié a accepté de travailler pour le compte et sous l'autorité de l'employeur, en contrepartie d'un salaire. Cette soumission à l'autorité patronale ne saurait cependant absorber les obligations contractuelles. La question majeure est alors de distinguer ce qui relève du pouvoir de direction de ce qui appartient aux obligations du contrat de travail. La jurisprudence relative à la modification du contrat de travail a connu quelques évolutions et, à ce jour, des incertitudes subsistent encore sur certains points.

§ 1 : Distinction entre changement dans les conditions de travail et modification du contrat de travail.

144. Le contentieux en matière de modification du contrat de travail est à l'origine de la construction jurisprudentielle du contenu obligationnel et surtout du champ contractuel du contrat de travail.

Jusqu'en 1992, la Cour de cassation opère la distinction entre modifications substantielles et non substantielles du contrat de travail. Il s'agit alors pour les juges d'apprécier l'importance de la modification. Si cette dernière menace l'équilibre du contrat, ou affecte les conditions de vie du salarié, le consentement de ce dernier est requis. A l'inverse, si la modification est jugée mineure, elle s'impose au salarié. Avant 1987, la Cour de cassation contrôlait le caractère de la modification qui affectait le contrat de travail. Par un arrêt en date du 5 novembre 1987⁵²⁵, la chambre sociale abandonne ce contrôle et s'en remet au pouvoir souverain des juges du fait. Cette position est remise en cause ultérieurement. Ainsi, la Cour de cassation rétablit-elle son contrôle sur le caractère de la modification du contrat de travail en décidant que la décision de "mise au chômage

⁵²⁴ A. Lyon-Caen, *Actualité du contrat de travail*, Dr. soc., 1988, p.542.

⁵²⁵ Cass. Soc., 5 nov. 1987, Bull. n°620.

partiel du personnel, pendant la période d'indemnisation.....ne constitue pas une modification des contrats de travail⁵²⁶ .

Cette jurisprudence suppose que le régime du contrat de travail ne s'applique qu'aux seuls changements qualifiés d'importants par les juges sous le contrôle ou non de la Cour de cassation. Les autres sont considérés comme une manifestation du pouvoir de direction.

Aujourd'hui, à l'opposition entre modifications substantielles et non substantielles du contrat de travail s'est substituée celle du simple changement dans les conditions de travail et de la modification du contrat de travail. Dans deux arrêts en date du 10 juillet 1996, la Cour de cassation a en effet considéré que ***"le refus par le salarié de continuer le travail ou de le reprendre après un changement de ces conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction constitue, en principe, une faute grave qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un licenciement"***⁵²⁷ .

Deux décisions en date du 24 et 25 juin 1992 avaient déjà amorcé ce revirement⁵²⁸ . Dès lors, il ne s'agit plus pour les juges d'apprécier l'importance de la modification mais sa nature. S'il s'agit d'une modification du contrat, le consentement du salarié est requis et, à l'inverse, si l'on est en présence d'un changement dans les conditions de travail, l'exercice du pouvoir de direction prime. Cette jurisprudence commande de définir ce qui appartient à la sphère contractuelle. Cette recherche du contenu du contrat laisse apparaître deux types d'éléments différents : les éléments "contractualisés"⁵²⁹ et les éléments contractuels par nature.

§ 2 : Les éléments du contrat.

145. Seules les modifications des éléments du contrat doivent faire l'objet d'un accord de la part du salarié⁵³⁰ .

Aussi, "le rattachement au contrat peut être perçu de deux façons. Il peut-être concret et subjectif : la mesure porte sur quelque chose qui, dans l'intention des parties, était un élément de leur accord. Le rattachement peut aussi être objectif et

⁵²⁶ Cass. Soc., 18 juin 1996, Bull. n°252 (pour d'autres exemples, voir P. Waquet, Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail, Dr. soc., 1999, p.566 et suiv.).

⁵²⁷ Cass. Soc., 10 juillet 1996, Dr. soc., 1996, p.976, obs. H. Blaise ; JCP 1997, Ed G., II, 22768, note Y Saint-Jours ; Dr. ouvrier, 1996, p.457, note P. Moussy.

⁵²⁸ Cass. Soc., 24 et 25 juin 1992, Bull. n°413 et 419 ; Ph Waquet, Un tournant dans la jurisprudence relative à la modification du contrat de travail, CSBP, 1993, p.57.

⁵²⁹ P.H. Antonmattei, *Les éléments du contrat de travail*, Dr. soc., 1999, p.331.

⁵³⁰ Voir l'étude générale de Ph. Waquet, *Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail*, Dr. soc., 1999, p.566.

abstrait : l'analyse du contrat de travail en tant que type de contrat fait apparaître quels en sont les éléments nécessaires" ⁵³¹ . Les éléments contractuels par nature sont ceux sans lesquels il ne saurait exister de contrat de travail. Ils constituent le "socle contractuel" ⁵³² .

A : Les éléments contractualisés.

146. Sous réserve de respecter les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, les parties contractantes peuvent insérer dans le contrat de travail des clauses précisant des points particuliers du rapport de travail.

Dés lors que la clause est claire et précise, elle s'applique aux contractants et ne peut être modifiée unilatéralement. Par contre, si elle est obscure, elle doit être interprétée par les juges du fond ⁵³³ . Ceux-ci rechercheront quelle a été la commune intention des parties au moment de la conclusion du contrat. La Cour de cassation contrôle s'il y a lieu ou non d'interpréter les clauses.

En l'absence de dispositions expresses, le juge, saisi d'une contestation relative à la modification du contrat de travail, devra apprécier si l'objet du litige porte sur un élément essentiel du contrat de travail.

B : Le "socle" du contrat.

147. *A la lecture des décisions de la Cour de cassation, le socle contractuel est constitué au minimum par quatre éléments.*

Contrepartie de la subordination, la rémunération est considérée comme un élément essentiel du contrat de travail ⁵³⁴ . Ainsi, toutes les décisions affectant le salaire de base ou des éléments complémentaires nécessitent-elles l'accord du salarié. Une modification de la rémunération, même minime, ne peut être imposée au salarié ⁵³⁵ .

Ceci étant, n'est pas considérée comme une modification du contrat de travail, la suppression d'une prime résultant d'un usage d'entreprise ou d'un engagement unilatéral de l'employeur ⁵³⁶ . Les avantages que le salarié tient d'un usage ou d'engagement unilatéral de l'employeur comme d'un accord collectif, ne sont pas intégrés dans le contrat

⁵³¹ G. Couturier, *Pot pourri autour des modifications du contrat de travail*, Dr. soc., 1998, p.878.

⁵³² Ph. Waquet, *La modification du contrat de travail ou des conditions de travail*, RJS 1996, p.791

⁵³³ Cass. Soc., 10 mars 1998, RJS 4/1998, n°416.

⁵³⁴ E. Dockès, *Consécration de la nature contractuelle du salaire*, RJS 3/1998, p.168 ; G. Couturier, *La rémunération, élément du contrat de travail*, Dr. soc., 1998, p.523.

⁵³⁵ Cass. Soc., 19 mai 1998, Dr. soc., p.885.

⁵³⁶ Cass. Soc., 4 février 1988, Bull. V, n°96 ; Cass. Soc., 25 mai 1989, Bull. V, n°398.

de travail. Dans un arrêt en date du 20 octobre 1998, la Cour de cassation précise 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"**⁵³⁷. Par conséquent, seule la rémunération contractuelle est un élément essentiel du contrat de travail⁵³⁸. Celle-ci correspond, sauf écrit contraire, au SMIC ou au minimum conventionnel.

De même, doit être considérée comme essentielle une modification relative à la qualification reconnue salariée lorsqu'elle entraîne une baisse de salaire⁵³⁹.

Tout comme le montant, le mode de rémunération est un élément du contrat qui ne peut être modifié sous l'accord du salarié⁵⁴⁰. La Cour de cassation applique strictement ce principe en considérant que la structure de la rémunération ne peut être modifiée unilatéralement par l'employeur même si le salarié conserve un salaire de même montant⁵⁴¹.

Au même titre que la rémunération, la qualification du salarié est par essence contractuelle et l'accord⁵⁴² du salarié est requis en cas de modification.

Aucune modification, même s'il s'agit d'une promotion, ne peut être imposée au salarié. Ainsi, l'employeur ne peut-il décider unilatéralement du passage d'un carrossier peintre au poste de responsable d'atelier de peinture⁵⁴³. Lorsque le juge est saisi d'une contestation portant sur la qualification, il doit apprécier si les fonctions réellement exercées par le salarié correspondent à sa qualification⁵⁴⁴.

Plus délicat est le problème de la durée du travail. La Cour de cassation affirme que la durée de travail est un élément contractuel dès lors qu'elle fait l'objet d'une clause

⁵³⁷ Cass. Soc., 20 octobre 1998, Dr. soc., 1999, p.128.

⁵³⁸ Cass. Soc., 19 mai 1998, Dr. soc., 1998, p.885, Bull., n°265.

⁵³⁹ Cass. Soc., 25 février 1988, Bull. V, n°139 ; Cass. Soc., 31 janvier 1996, Bull. V, n°369 ; Cass. Soc., 13 février 1996, Bull. V, n°599.

⁵⁴⁰ Cass. Soc., 28 janvier 1998, Dr. soc., 1998, p.528 ; Bull. n°40 ; Cass. Soc., 2 février 1999, Liaisons sociales, juris. Actua. n°621 du 8 mars 1999 (modification du mode de fixation des primes de vente entraînant une baisse de rémunération constitue une modification du contrat de travail), Voir les arrêts cités par Ph. Waquet, Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail, op. cit.

⁵⁴¹ Cass. Soc., 27 janv. 1999, Liaisons sociales, Juris. Actua. n°621 du 8 mars 1999.

⁵⁴² Cass. Soc., 26 mai 1998, Liaisons sociales, Juris. Actua., n°7882 du 28 juin 1998 ; Cass. Soc., 25 juin 1997, RJS 12/1997, n°1336.

⁵⁴³ Cass. Soc., 16 déc. 1998, Bull. civ. V, n°557, p.417.

⁵⁴⁴ Cass. Soc., 7 janv. 1997, RJS 2/97, n°120, p.87.

insérée dans le contrat de travail⁵⁴⁵. Cependant, de la durée du travail dépend le type de contrat, temps plein ou temps partiel, la rémunération et, dans certains cas, les fonctions du salarié. Pour cela, même en l'absence de prévision des parties, les changements d'horaires décidés par l'employeur peuvent constituer une modification du contrat de travail dès lors qu'ils affectent un élément contractuel par nature.

Nous ne pouvons aborder le thème de la durée du travail sans faire référence à la réforme de réduction du temps de travail. De nombreuses études ont pour sujet l'impact de cette réforme sur les contrats individuels de travail⁵⁴⁶. En effet, la mise en œuvre des 35 heures dans le cadre de la loi "Aubry II", pose le problème de savoir si les accords de réduction du temps de travail conclus entre les partenaires sociaux, et qui prévoient parfois une baisse des salaires, s'imposent aux contrats individuels de travail. L'article 30 de la loi "Aubry II", non modifié sur ce point par le Conseil constitutionnel, précise les effets de la réduction du temps de travail sur les contrats des salariés. L'article L.212-3 nouveau du code du travail dispose que **"seule la 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"**.

A contrario, si la réduction du temps de travail s'accompagne d'autres changements, le salarié pourra se prévaloir d'une modification de son contrat de travail. Il en ira ainsi notamment lorsque la réduction de la durée du travail sera liée à une réduction de la rémunération. Le salaire étant un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié⁵⁴⁷, celui-ci n'est pas tenu d'accepter l'application des dispositions d'un accord de réduction de temps de travail visant à réduire sa rémunération.

Lorsque la réduction de la durée du travail s'accompagne du maintien du salaire par le biais d'une indemnité différentielle et non revalorisable, la situation devrait être identique puisque la structure même de la rémunération est considérée comme un élément du contrat⁵⁴⁸. D'autres, cependant, soutiennent une solution opposée, considérant que l'assiette des augmentations futures ne constitue pas une modification du contrat de travail "dès lors que les salariés n'ont aucune certitude quant au montant de ces augmentations futures"⁵⁴⁹.

De même, en cas de réduction de la durée du travail accompagnée d'un régime de modulation ou d'un élargissement des amplitudes quotidiennes ou hebdomadaires, le

⁵⁴⁵ Cass. Soc., 20 oct. 1998, Bull. civ. V, n°433, Dr. soc., 1998, p.1045, obs. Ph. Waquet.

⁵⁴⁶ Voir notamment F. Favennec, Héry et G. Bélier, *Accords de réduction du temps de travail et compensation financière*, Dr. soc., 1998, p.970 ; P. Langlois, *La réduction du temps de travail et la rémunération*, Dr. soc., 1998, p.785 ; J.E. Ray, *Du collectif à l'individuel, les oppositions possibles*, Dr. soc., 1998, p.347 ; B. Boubli, *Sur la modification du contrat de travail et la loi Aubry*, Semaine sociale Lamy, 1998, n°897, p.5.

⁵⁴⁷ Cass. Soc., 3 mars 1998, Dr. soc., 1998, p.529.

⁵⁴⁸ Cass. Soc., 27 janvier 1999, op. cit.

⁵⁴⁹ J. J. Duffos, *Conséquences pratiques de la RTT sur les contrats de travail*, Liaisons sociales, Magazine, 23 mai 2000, p.66.

salarié devrait être fondé à considérer qu'il y a modification de son contrat dès lors que les nouveaux horaires entraînent des sujétions nouvelles importantes⁵⁵⁰.

Par conséquent, "la seule diminution du nombre d'heures stipulée dans le contrat de travail" visée par l'article L.212-3 du code du travail sera celle résultant de la diminution de la durée journalière, hebdomadaire, ou de l'octroi de jours de repos.

L'article 30-II de la loi Aubry II dispose que "lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L.122-14 à L.122-17 du code du travail". Ce texte ne s'applique pas aux modifications du contrat de travail proposées unilatéralement par l'employeur et qui seront donc soumises à la procédure des licenciements pour motif économique.

Sur les autres points, aussi importants pour le salarié que le lieu ou les horaires de travail, les incertitudes subsistent⁵⁵¹. Concernant le lieu de travail, la Cour de cassation admet la validité des modifications imposées par l'employeur dès lors qu'elles sont limitées dans l'espace⁵⁵². Le changement du lieu de travail constitue dans un simple changement des conditions de travail, relevant du pouvoir de direction, ou une modification du contrat lui-même, selon qu'il a lieu ou non dans le "même secteur géographique", "à l'intérieur duquel les salariés peuvent et doivent se déplacer"⁵⁵³.

Quant aux horaires de travail, le même raisonnement semble devoir s'appliquer. **"Il est évident qu'un aménagement des horaires relève du pouvoir de direction de l'employeur et n'entraîne pas de modification du contrat de travail Il en irait autrement si un horaire de nuit était imposé à un salarié engagé pour un horaire accompli de jour"**⁵⁵⁴.

Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé en 1997 **"qu'en voulant imposer un travail nocturne à la salariée, l'employeur avait modifié le contrat de celle-ci"**⁵⁵⁵. Les changements d'horaires relèvent donc du pouvoir de direction de l'employeur⁵⁵⁶, sauf lorsqu'ils portent "une atteinte évidente à ce qu'on voulu initialement les parties"⁵⁵⁷. Dans cette dernière hypothèse, la nouvelle organisation des horaires

⁵⁵⁰ Cass. Soc., 10 mai 1999, Bull. n°208.

⁵⁵¹ V. Ph Waquet, *Le juge et l'entreprise, Dr. soc., 1996, p. 472* ; *La modification du contrat de travail*, RJS 12/96, p.791 ; P. Lyon-Caen, conclusion sous Cass. Soc., 3 décembre 1996, RJS 1/97, p.14 ; B. Boubli, *Sur la modification du contrat de travail*, Sem. soc. Lamy, n°835, 14 avril 1997 ; Ph. Waquet, *Le renouveau du contrat de travail*, RJS 1999, p.389.

⁵⁵² Cass. Soc., 20 octobre 1998, RJS 1999, n°8, Cass. Soc., 5 mai 1999, Dr. soc., 1999, p.737 ; Cass. Soc., 21 mars 2000, juris. hebdo. n°668 du 3 avril 2000.

⁵⁵³ Ph. Waquet, *Le renouveau du contrat de travail, op. cit.*

⁵⁵⁴ Ph. Waquet, *La modification du contrat de travail, op. cit.*

⁵⁵⁵ Cass. Soc., 19 février 1997, Bull. n°74.

constitue une modification du contrat de travail ⁵⁵⁸ .

Horaire et lieu de travail ne font donc pas partie de l'armature du contrat. Ils peuvent faire l'objet de modifications décidées par l'employeur dès lors que celles-ci ont un caractère raisonnable. Dans ces deux hypothèses, les juges apprécient l'importance du changement que l'employeur veut apporter au contrat et reviennent en fait au système de la modification substantielle, afin de départager la modification du contrat de travail du changement des conditions de travail.

Cette jurisprudence conduit à une "construction minimaliste" ⁵⁵⁹ du contrat de travail où seuls sont considérés comme contractuels les éléments nécessaires au contrat. Elle soustrait le contrat à l'emprise du pouvoir patronal de direction mais accorde à ce dernier un champ d'action important. En outre, elle va inciter les employeurs à insérer dans le contrat des clauses assurant la flexibilité du rapport de travail.

148. Le refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail ne constitue pas une faute ⁵⁶⁰ . Par conséquent, l'employeur ne peut sanctionner un salarié au motif qu'il aurait refusé une modification de son contrat ⁵⁶¹ . La logique de défense du contrat de travail a conduit la Cour de cassation à affirmer que modification du contrat ne saurait être imposée au salarié même si elle est prononcée à titre de sanction disciplinaire ⁵⁶² . Dans cette hypothèse, lorsque le salarié refuse la modification, l'employeur peut prononcer une autre sanction.

Le jeu de l'article 1134 du code civil offre cependant au salarié une protection limitée dans la mesure où l'employeur peut engager une procédure de licenciement à l'encontre du salarié qui oppose un refus à la modification de son contrat de travail. Le droit des obligations n'empêche pas la remise en cause du contrat par l'employeur. En cas de contentieux, l'employeur devra expliquer en quoi la modification du contrat était dictée par l'intérêt de l'entreprise pour établir l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Les exigences découlant du devoir de loyauté traduisent également des limites au pouvoir patronal de direction.

⁵⁵⁶ Cass. Soc., 8 juillet 1998, Bull., n°374 ; Cass. Soc., 2 février 1999, Dr. soc., 1999, p.419, note A. Mazeaud.

⁵⁵⁷ J. E. Ray, *Mutations de l'entreprise et modification du contrat*, éd. Liaisons, 2000, p.45.

⁵⁵⁸ Cass. Soc., 10 mai 1999, Bull., n°208 (en l'espèce, la Cour de cassation a considéré que la nouvelle organisation des horaires, incluant le travail le dimanche, constituait une modification du contrat de travail).

⁵⁵⁹ J.M. Beraud, *Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail*, Dr. ouvrier, 1997, p.532.

⁵⁶⁰ Cass. Soc., 14 février 1995, Dr. ouvrier, 1995, p.307.

⁵⁶¹ Cass. Soc., 12 avril 1995, Dr. ouvrier, 1995, p.307.

⁵⁶² Cass. Soc., 16 juin 1998, Dr. soc. 1998, p.803, rapp. Ph. Waquet.

Section 2 : L'exigence de bonne foi.

149. L'article L.121-1 du code du travail énonce que **"le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun"**. Par conséquent, l'employeur est tenu, conformément aux dispositions de l'article 1134 du code civil, d'exécuter le contrat de bonne foi⁵⁶³. L'obligation de bonne foi n'est pas une obligation contractuelle attachée par la loi à tout contrat mais une obligation légale relative à l'exécution de tout contrat⁵⁶⁴.

Elle impose à l'employeur d'agir avec loyauté, de placer le salarié dans des conditions normales, lui permettant d'exécuter la prestation convenue. La jurisprudence a donné une consistance particulière à l'obligation de bonne foi en lui rattachant les obligations d'adaptation et de reclassement à la charge de l'employeur. Ainsi, le contenu du contrat de travail s'enrichit-il par référence aux règles du droit civil.

§ 1 : Les conditions d'exécution du contrat de travail.

150. L'employeur est tenu d'une obligation de faire ainsi que d'une obligation de ne pas faire. Il doit tout mettre en œuvre pour que le salarié soit en mesure d'exécuter sa prestation de travail. Et inversement, il ne doit rien faire qui mette le salarié en difficultés.

Ainsi la Cour de cassation a-t-elle décidé, en se fondant sur l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, que l'employeur faisait un usage abusif d'une clause de mobilité en imposant un déplacement immédiat au salarié qui trouvait dans une situation familiale délicate alors qu'il avait la faculté de désigner un autre salarié sur le poste⁵⁶⁵. Se rattache à cette exigence légale d'exécuter le contrat de travail de bonne foi les obligations à la charge de l'employeur en matière d'information des salariés sur les conditions d'exécution du contrat de travail. En effet, la bonne foi ne saurait souffrir la dissimulation.

Plusieurs textes précisent le contenu de cette obligation d'information. Une directive européenne, en date du 14 octobre 1991, impose à l'employeur de porter à la connaissance du salarié les éléments essentiels du contrat de travail⁵⁶⁶. Ce texte prévoit la rédaction d'un écrit comme moyen d'information. Le droit français ne répond que partiellement à ces exigences.

Un décret du 31 Août 1994, censé avoir transposé cet instrument en droit français, a modifié les articles R.143-2 et R.320-5 du code du travail en imposant la présence de certaines mentions sur le bulletin de paie et sur la copie de la déclaration nominative préalable à l'embauche. Cependant, à ce jour, le droit français n'impose pas de mention

⁵⁶³ Voir D. Corrigan-Carsin, *Loyauté et droit du travail*, Mélanges en l'honneur de H. Blaise.

⁵⁶⁴ A. Jeammaud, La place du salarié individu dans le droit français du travail, in *Le droit collectif du travail, Ecrits en l'honneur de H. Sinay, Frankfurt, éd. Peterlang, 1994, p.347.*

⁵⁶⁵ Cass. Soc., 18 mai 1999, op. cit.

⁵⁶⁶ Directive communautaire n°91/533 du 14 oct. 1991, JOCE n° L.288, 18 oct.

écrite du milieu du travail, conformément à la directive.

En se fondant sur ce texte, la Cour de cassation a décidé que la mention de la convention collective dans le bulletin de paie, (art. 2.1 de la directive et R.143-2, 3^{ème} du code du travail) valait reconnaissance de son application même si elle avait été apposée par erreur⁵⁶⁷.

La loi "informatique et liberté" en date du 31 décembre 1992 vient préciser les obligations d'information pesant sur l'employeur. Cette loi vise à protéger les salariés contre les éventuelles atteintes à leurs libertés pouvant naître de l'utilisation des technologies de l'informatique. Elle indique dans son article 25 que **"la collecte de données opérée par tout moyen frauduleux, déloyal ou illicite est interdite"**.

151. L'article L.121-8 du code du travail, issu de la loi du 31 décembre 1992, énonce "qu'aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à la connaissance du salarié ou du candidat à l'emploi". Le rejet des pratiques déloyales utilisées à l'encontre d'un salarié est fréquemment affirmé en matière de contrôle des salariés. Si le contrôle du travail et la surveillance des salariés pendant l'exécution de la prestation de travail sont des prérogatives patronales, elles ne sauraient être prétexte à l'utilisation de moyens frauduleux. La fin ne justifie pas les moyens. L'employeur a une obligation d'information envers les salariés et il ne peut user de moyens de contrôle que s'il les a préalablement portés à la connaissance de ces derniers.

Au soin et à la diligence requis dans l'exécution du contrat, la jurisprudence adjoint en outre à l'employeur une obligation d'adaptation et de reclassement des salariés. Pratiquant la technique dite du "forçage du contrat"⁵⁶⁸, les tribunaux ont greffé d'autorité sur le contrat de travail les obligations d'adaptation et de reclassement en les rattachant à l'obligation de loyauté.

§ 2 : Les obligations d'adaptation et de reclassement.

152. Dans un arrêt en date du 25 février 1992, la Cour de cassation affirme que **"l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi"**⁵⁶⁹.

Dans deux autres décisions, elle a affirmé l'existence d'une obligation de reclassement à la charge de l'employeur⁵⁷⁰. Ainsi, avant de prononcer le licenciement économique d'un salarié, l'employeur doit s'assurer que son reclassement dans

⁵⁶⁷ Cass. Soc., 18 novembre 1998, Dr. soc., 1999, p.191, obs. A. Mazeaud.

⁵⁶⁸ Ph. Malaurie et L. Aynes, *Les obligations*, Cujas, n°611.

⁵⁶⁹ Cass. Soc., 25 février 1992, Dr. soc., 1992, p.379 ; RJS 4/92, n°421 ; D. 92, p.390, Som., p.294, obs. A. Lyon-Caen.

⁵⁷⁰ Voir les études générales sur l'obligation de reclassement de F. Héas, *Les obligations de reclassement en droit du travail*, Dr. soc., 1999, p.504 ; B. Lardy-Pélessier, *L'obligation de reclassement*, D. 1998, p.399 ; G. Couturier, *Vers un droit de reclassement ?*, Dr. soc., 1999, p.497.

l'entreprise était impossible⁵⁷¹. Dans sa recherche de reclassement, il doit **"proposer aux salariés concernés des emplois disponibles de même catégorie, ou, à défaut, de catégorie inférieure, fût ce par voie de modification substantielle du contrat de travail"**⁵⁷². Devoir d'adaptation et devoir de reclassement sont complémentaires.

153. Le devoir patronal d'adaptation des salariés à leur emploi répond à l'obligation du salarié de s'adapter, de se former⁵⁷³. L'origine contractuelle de ce devoir patronal commande son étendue. En effet, l'article 1134 du code civil, sur lequel repose le principe de la force obligatoire du contrat, ne saurait permettre à l'employeur de modifier celui-ci, voire de le rompre, dans l'exercice de son devoir d'adaptation⁵⁷⁴. Par conséquent, l'adaptation des salariés à leur emploi doit s'effectuer dans le respect des dispositions contractuelles. Ce devoir d'adaptation, présent tout au long du rapport de travail, oblige l'employeur à pratiquer une gestion prévisionnelle des compétences ainsi qu'à mettre en place une politique efficace de formation.

Des textes spécifiques ont aussi pour objet de promouvoir la formation des salariés. Ainsi, l'article L.322-7 du code du travail précise-t-il que les accords d'entreprise conclu dans le cadre d'une convention de branche ou d'un accord professionnel sur l'emploi ouvrent droit **"au bénéfice d'une aide de l'Etat d'un montant forfaitaire par salarié calculé en fonction de la durée de la formation"**. En outre, les aides du Fonds national de l'emploi ont pour objet de favoriser les actions visant à l'adaptation des salariés à leur emploi (article L.322-1 du code du travail)⁵⁷⁵.

L'accélération de l'évolution des techniques rend impératif ce devoir d'adaptation afin que les salariés puissent maintenir leur "employabilité".

Si chaque salarié peut se prévaloir d'un droit individuel à l'adaptation à son emploi sur le fondement de l'article 1134 du code civil⁵⁷⁶, c'est en général à l'occasion du licenciement que la défaillance de l'employeur sera démontrée. Licencié pour insuffisance professionnelle, le salarié invoquera alors l'absence de formation pourtant nécessaire au regard de l'évolution de son emploi, ce qui sera sanctionné par le défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement.

154. L'obligation de reclassement vise également la pérennité du lien contractuel. En

⁵⁷¹ Cass. Soc., 1er avril 1992, Bull. V, n°228.

⁵⁷² Cass. Soc., 8 avril 1992, Bull. V, n°258.

⁵⁷³ F. Meyer et C. Sachs-Durand, *L'évolution du rapport salarial*, in *Le droit collectif du travail, Etudes en hommage à H. Sinay*, Frankfurt, éd. Nikitas Alipantis, Francis Kessler, 1994, p.382.

⁵⁷⁴ A. Bouilloux, *L'adaptabilité du contrat de travail*, Dr. ouvrier, 1997.

⁵⁷⁵ Voir J. Pélissier (sous la direction), *Droit de l'emploi*, éd. Dalloz, 1999, p.687, n°2401.

⁵⁷⁶ A. Jeammaud, *La place du salarié individu dans le droit français du travail*, in *Le droit collectif du travail*, op. cit., p.347 (L'auteur souligne que le droit à l'adaptation à l'emploi peut être invoqué par tous les salariés, y compris ceux qui ne font pas l'objet d'une mesure de licenciement).

cas d'inaptitude physique, l'obligation de reclassement a une base légale (art. L.122-32-5 et L.122-24-4 du code du travail). A l'inverse du devoir d'adaptation, elle n'intervient que lorsque l'emploi est menacé et peut entraîner la modification du contrat de travail. Le fondement contractuel de cette obligation est critiqué dans la mesure où elle peut conduire à la modification du contrat. Pour certains, ce devoir de reclassement doit être rattaché au droit de l'emploi et au préambule de la Constitution de 1946 qui proclame le droit de chacun de travailler et d'obtenir un emploi⁵⁷⁷. L'employeur doit proposer au salarié un emploi au sein de l'entreprise ou dans les autres sociétés du groupe⁵⁷⁸. Cette obligation impose à l'employeur de tout mettre en œuvre pour éviter le licenciement qui doit demeurer la solution ultime.

D'aucuns parlent d'obligation de moyens renforcée⁵⁷⁹, voire d'obligation de résultat atténuée⁵⁸⁰. Le contenu de cette obligation peut être comparé à celui du plan de reclassement prévu par l'article L.321-4 al.2 du code du travail et sera par conséquent développé lorsque nous aborderons le contrôle judiciaire des décisions économiques de l'employeur.

Ces deux obligations sont inhérentes au contrat de travail et aucune disposition contractuelle ne peut les tenir en échec.

Conclusion de la deuxième partie

155. Dans l'entreprise, le pouvoir appartient à l'employeur. C'est lui qui décide des orientations et des moyens à mettre en œuvre pour y parvenir. Il est responsable de la gestion de l'entreprise et peut **"être conduit à supprimer des emplois...ou à les modifier...au moment qui lui paraît le plus favorable pour l'intérêt de l'entreprise"**⁵⁸¹.

L'encadrement par le droit des prérogatives patronales, loin de modifier l'équilibre traditionnel des pouvoirs dans l'entreprise, à vocation au maintien d'un ordre inégalitaire", ce qui "requiert toutefois que ces normes procurent quelques tangibles protections aux travailleurs, qu'il s'agisse d'assurer la reproduction de la force de travail, sa qualification, une domination que desservirait l'arbitraire, une certaine égalité des coûts de main d'œuvre entre entreprises, ou, plus banalement, la productivité et un suffisant

⁵⁷⁷ A. Bouilloux, *L'adaptabilité du contrat de travail*, op. cit., p.493.

⁵⁷⁸ Cass. Soc., 4 mars 1998, Liaisons sociales, Juris. Hebdo., n°7834 du 24 mars 1998 ; Cass. Soc. 5 oct. 1999, Dr. soc., 1999, p.1113, obs. G. Couturier.

⁵⁷⁹ V. B. Lardy-Pélissier, *article précité*, p.402.

⁵⁸⁰ V. H. Blaise, *Une jurisprudence en pleine évolution*, RJS 2/92, p.90.

⁵⁸¹ J. Savatier, note sous Cass. Soc., 8 avril 1992, JCP 1992, éd. E, II, p.360.

*consensus sur la rationalité d'une économie de profit*⁵⁸². La protection du salarié emprunte deux voies : la reconnaissance au profit de celui-ci de véritables droits subjectifs et l'instauration de moyens juridiques d'expression et de défenses des intérêts des travailleurs. Ces diverses prérogatives sont accordées à la personne (les droits fondamentaux), au salarié en tant que tel (la réglementation du travail), ou au cocontractant de l'employeur (la règle de l'article 1134 du code civil).

Pour avoir une utilité, les normes encadrant le pouvoir patronal de direction doivent faire l'objet d'un contrôle de la part d'autorités aptes à en assurer le respect. Ainsi, lorsque les dispositions légales imposent à l'employeur de se justifier, convient-il de s'interroger sur la nature du contrôle que pourrait provoquer un salarié, une institution représentative, voire un syndicat. Au sein de l'entreprise, les représentants du personnels ont un rôle exclusivement consultatif en matière économique et un droit d'alerte en matière de droits et libertés des personnes. Seules des autorités publiques externes à l'entreprise sont habilitées à exercer un contrôle de la motivation patronale pouvant conduire à sa remise en cause.

⁵⁸² A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, *Droit du travail, démocratie et crise*, op. cit., introduction, p.9.

TROISIEME PARTIE : CONTRÔLE EXTERNE UN POUVOIR PATRONAL DE DIRECTION

156. Le pouvoir patronal de direction réside dans la faculté de choisir de l'employeur, dans son pouvoir de décision sur les personnes et sur la gestion de l'entreprise. Le contrôle du pouvoir patronal de direction a donc pour objet les choix patronaux.

L'objet de cette partie n'est pas d'étudier le contrôle de légalité pratiqué par le juge ou par l'administration. Il s'agit de savoir dans quelle mesure et selon quels critères des autorités externes à l'entreprise peuvent remettre en cause les choix opérés par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction. La question posée est, par conséquent, celle du contrôle du contenu des décisions patronale et non celle du contrôle du respect des règles substantielles et procédurales qui encadrent, comme nous l'avons vu dans la seconde partie, le pouvoir de direction. Par conséquent, si le propos n'exclut pas toute considération de contrôle de légalité, c'est en tant que celui-ci recouvre éventuellement un contrôle d'opportunité.

Ainsi, l'exigence légale d'une cause réelle et sérieuse en matière de licenciement bride-t-elle l'action de l'employeur en lui imposant de justifier son acte et ouvre-t-elle à un contrôle du contenu de la décision. Il convient dès lors de s'interroger sur l'application de cette règle qui, *a priori*, est annonciatrice d'un contrôle des choix patronaux et de la logique qui les sous-tend.

Le juge, ou l'administration sous le contrôle de ce dernier, peut-il, ou peut-elle, aller jusqu'à critiquer ou mettre en échec les décisions patronales, au motif qu'elles ne sont pas adaptées aux circonstances ou doit-il s'incliner devant ces choix ? En d'autres termes, est soulevée la question de l'intensité du contrôle exercé sur l'opportunité des choix patronaux.

Cette question du contrôle du pouvoir patronal est relativement récente et se pose avec plus d'acuité encore dans une phase de recomposition de l'appareil productif affectant l'emploi.

157. Longtemps, l'employeur a été considéré comme l'unique maître de l'entreprise, décidant seul des mesures de gestion. Son pouvoir était discrétionnaire. En 1804, le Code civil avait consacré le droit de propriété, déclaré droit "inviolable et sacré" par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et, sur 2281 articles qu'il contenait, seuls trois intéressaient les rapports de travail. Le Code civil faisait état du "louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un" et précisait que **"si la convention s'exécute et qu'il y a contestation sur le salaire ou sur son paiement, le maître dont on a suivi la foi est alors cru sur son affirmation..."**⁵⁸³.

Des fondements civilistes est née la doctrine de l'employeur "seul juge". Le pouvoir de l'employeur "seul juge" a été consacré par le célèbre arrêt "Etablissements Brinon", du 31 mai 1956⁵⁸⁴. En l'espèce, une entreprise viable avait déposé son bilan et un salarié demandait à être indemnisé en raison de la faute commise par l'employeur. Le comité d'entreprise s'était inquiété de la manière dont l'entreprise était gérée depuis plusieurs années. Le salarié est débouté au motif que **"l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à la seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi...."**

Les évolutions législatives et principalement la loi du 13 juillet 1973 introduisant l'exigence d'une cause réelle et sérieuse pour tout licenciement, y compris pour motif économique, ne pouvaient pas ne pas mettre en question cette doctrine de l'employeur seul juge. La limite du pouvoir patronal de direction par l'introduction d'une exigence de justification appelle, logiquement, un contrôle du bien fondé de ce pouvoir.

En outre, la référence fréquente à l'intérêt de l'entreprise dans les décisions de justice laisse supposer que le juge tient compte d'intérêts distincts, voire divergents, de ceux de l'employeur pour trancher les litiges qui lui sont soumis. Si le droit positif semble avoir accueilli cette notion⁵⁸⁵, la question reste posée de savoir si elle appelle et autorise un contrôle d'opportunité des décisions patronales.

⁵⁸³ G. Aubin, J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, 1995, p.105, n°123.

⁵⁸⁴ Cass. Civ., 31 mai 1956, JCP 1956, II, 9397, note P. Esmein ; Dr. soc., 1956, p.489 ; D. 1958, p.21, note Levasseur ; P.21, Grands arrêts, 2^{ème} éd., n°79.

⁵⁸⁵ G. Couturier, *L'intérêt de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de J. Savatier, Dalloz, 1992, p.143 et suiv.

La gestion ordinaire est du seul ressort de l'employeur. Décider des horaires applicables dans l'entreprise, des méthodes de travail, des cadences à respecter sont autant de décisions qui appartiennent exclusivement à l'employeur. Lorsque les choix patronaux sont susceptibles d'entraîner des conséquences sociales importantes, le législateur impose à l'employeur d'informer et de consulter les salariés. Pour autant, l'employeur reste maître des orientations économiques de l'entreprise dans la mesure où les attributions des représentants du personnel n'ont qu'une portée consultative. Le contrôle du pouvoir de direction, et son éventuelle mise en cause, existent seulement dans l'hypothèse d'une contestation de l'acte patronal devant les tribunaux et dans les cas où la loi l'institue au profit de l'autorité administrative. C'est dans ce cadre qu'il faut se placer (*titre I*) pour analyser l'intensité du contrôle exercé (*titre II*).

TITRE I : LE CADRE DU CONTRÔLE DU POUVOIR DE DIRECTION

158. Diverses institutions sont susceptibles d'intervenir dans la vie de l'entreprise dans le cadre d'une mission de contrôle. Ainsi, l'administration du travail, l'administration fiscale ou la direction des fraudes et de la consommation peuvent-elles être appelées, chacune dans leur champ de compétence, à contrôler l'activité de l'entreprise. Ces interventions ont pour objet de veiller au respect des normes en vigueur. C'est la conformité aux règles applicables à l'entreprise qui est examinée et non le bien fondé, en opportunité, des décisions patronales.

Mais au delà de la mission générale de contrôle prévue par l'article L.611-1 du code du travail, la loi confère parfois à l'autorité administrative un pouvoir de décision supposant une appréciation sur le fond des choix patronaux (*chapitre I*).

Ce contrôle du bien fondé du pouvoir de direction peut aussi être le fait du juge lorsqu'un litige est porté devant les tribunaux. L'intervention du juge est alors délimitée par l'objet du litige (*chapitre II*).

Chapitre I : La compétence administrative

159. Aujourd'hui comme hier, la mission de l'inspection du travail est de veiller à l'application des dispositions du code du travail (art. L.611-1 du code du travail). Il s'agit de faire plier les faits devant le droit⁵⁸⁶.

Le décret du 28 décembre 1994⁵⁸⁷ rappelle et précise la mission générale des inspecteurs du travail. Ceux-ci assurent le respect de la législation du travail et constatent,

⁵⁸⁶ A. Hidalgo, *Inspection du travail : crise d'identité et tranches de vie*, Dr. soc., 1992, p.849.

⁵⁸⁷ Décret n°94-1166, 28 déc. 1994, J.O. 30 déc. 1994.

le cas échéant, les infractions. Ils contribuent à la prévention des risques professionnels ainsi qu'à l'amélioration des conditions de travail et des relations sociales.

La loi consacre ainsi le rôle de généraliste de l'inspecteur du travail, lui permettant d'agir dans tous les domaines du droit du travail. Son intervention se situe parfois en amont de la décision patronale. Ainsi, en vertu de l'article L.321-7 du code du travail, le licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés, dans une même période de trente jours, donne lieu à un avis de l'administration du travail. L'administration est alors tenue de procéder à une série de vérifications. Elle doit s'assurer du respect des dispositions légales et conventionnelles relatives à l'information et à la consultation des représentants du personnel et de celles concernant l'élaboration du plan de reclassement et le financement des conventions de conversion.

En cas d'irrégularités relevées dans la procédure, l'administration adresse un avis à l'employeur. Le rôle confié à l'autorité administrative ne l'autorise pas à juger du bien fondé de la décision de licencier mais lui impose de veiller à l'application des règles. L'avis de l'administration n'a pas valeur de décision administrative et par conséquent n'est pas susceptible de recours contentieux⁵⁸⁸. Le juge judiciaire susceptible d'être saisi n'est pas lié par les constatations relevées dans l'avis.

Dans certains cas, l'administration du travail peut être conduite à apprécier les motifs invoqués par l'employeur à l'appui d'une demande qui lui est présentée. Elle opère alors un contrôle a priori du choix patronal.

Ces décisions qui interviennent en amont du projet de l'employeur sont prévues par des textes spécifiques (*section I*).

Comme tout acte administratif, ces décisions sont susceptibles de recours (*section II*).

Section I : Le contrôle "a priori" de la motivation patronale.

160. Pour certains actes patronaux la loi organise l'intervention a priori de l'autorité administrative et confère à cette dernière un pouvoir de décision. Il revient alors à celle-ci d'examiner la justification de l'employeur au regard des exigences légales.

L'autorisation administrative a le caractère d'une formalité substantielle qui conditionne la validité de l'acte patronal.

Le pouvoir d'autoriser ou de refuser les projets de l'employeur est prévu, soit lorsque l'employeur souhaite déroger aux dispositions du code du travail normalement applicables dans l'entreprise, soit pour prévenir une atteinte éventuelle aux droits et libertés des salariés.

§ 1 : Les demandes d'autorisation et de dérogation.

161. La législation du travail se compose d'un ensemble de règles assurant une protection de base du salarié et qui s'impose à l'employeur. Dans certains cas,

⁵⁸⁸ C.E., 26 mars 1997, Dr. soc., 1997, p.460, concl. Commissaire du gouvernement.

limitativement énumérés, la loi prévoit des possibilités de dérogations à cette réglementation "ordinaire."

En admettant que l'employeur puisse aggraver les conditions de travail, elle tient compte de ses intérêts. Ces dérogations sont cependant subordonnées à une autorisation de l'inspecteur du travail.

Les décisions administratives relatives à des demandes d'autorisation ou de dérogation peuvent être classées en deux catégories.

Certaines ont pour objet l'adaptation d'une norme à la situation particulière de l'entreprise ou d'un salarié. L'administration doit alors vérifier que l'employeur satisfait aux conditions prévues par la loi. L'article R.234-22 du code du travail fournit un exemple de ce type de décision. Cet article dispose que l'autorisation de l'inspecteur du travail est requise pour le travail des jeunes de moins de 18 ans dans certains emplois dangereux ou insalubres et que des mesures doivent alors "être prises pour assurer l'efficacité du contrôle exercé par le professeur ou le moniteur d'atelier". L'inspecteur du travail devra par conséquent se prononcer sur l'organisation du travail proposée par l'employeur au regard des exigences légales. Il s'agit, dans cette hypothèse, d'un contrôle de conformité.

D'autres décisions supposent, à l'inverse, une appréciation des choix patronaux. L'administration contrôle le bien fondé de la justification patronale venant en appui de la dérogation sollicitée. C'est le cas, par exemple, des demandes de dérogation à la durée du travail autorisée. L'article 212-7 du code du travail dispose que "les heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent déterminé en application de l'article L.212-6 peuvent être autorisées... par l'inspecteur du travail..."

Dans cette hypothèse, l'inspecteur analyse la situation de l'entreprise. Il tient compte des différentes positions en présence, celle de l'employeur et celle éventuellement défendue par les représentants du personnel. L'appréciation portée sur les contraintes économiques ou technologiques invoquées par le chef d'entreprise peut le conduire à refuser l'autorisation ou la dérogation sollicitée. L'article L.212-7 prévoit, en outre que "l'inspecteur du travail" pourra, en cas de chômage, interdire le recours aux heures supplémentaires en vue de permettre l'embauchage de travailleurs sans emploi." Cet article confère à l'autorité administrative le pouvoir de contrôler la motivation de l'employeur et de mettre en échec l'exercice du pouvoir de direction en s'opposant aux moyens proposés par l'employeur pour assurer le fonctionnement de l'entreprise.

L'autre domaine dans lequel l'exercice du pouvoir de direction est soumis à une autorisation administrative est celui des droits et libertés des salariés.

§ 2 : Les décisions administratives relatives aux droits et libertés des salariés.

162. Afin de garantir l'exercice des droits et libertés des salariés au sein de l'entreprise, le législateur a prévu l'intervention de l'autorité administrative dans les procédures relatives à l'élaboration du règlement intérieur et au licenciement des salariés soumis à protection spéciale.

L'article L.122-36 al. 3 du code du travail prévoit la saisie de l'inspecteur du travail,

avant l'entrée en vigueur du règlement intérieur ou de sa modification. L'inspecteur contrôle le contenu du règlement intérieur au regard des dispositions des articles L.122-34 et L.122-35 du code du travail. En vertu de ce second texte, il doit apprécier si cet acte n'introduit pas des restrictions injustifiées et disproportionnées aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives. L'administration préconise une appréciation de la légalité du règlement intérieur au cas par cas ⁵⁸⁹.

Destinataire de l'avis des représentants du personnel, l'inspecteur du travail va analyser les justifications patronales portant sur des raisons de sécurité ou sur l'intérêt de l'entreprise. S'il constate l'existence de dispositions illicites, il peut en **"exiger le retrait ou la modification"** (article L.122-37 du code du travail). L'employeur qui ne donne pas suite à ces injonctions se rend coupable de l'infraction réprimée par l'article R. 152-4 ⁵⁹⁰. Le silence de l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à une remise en cause ultérieure de la licéité du règlement intérieur. En effet, celui-ci peut faire l'objet d'un contrôle à tout moment. Le délai nécessaire à l'examen exercé par l'administration n'est pas suspensif.

L'intervention publique dans l'élaboration du règlement intérieur se concrétise donc par un contrôle de proportionnalité des mesures portant atteinte aux droits et libertés des personnes, conformément aux termes de l'article L.122-35 du code du travail.

La protection des droits des salariés est également assurée à travers celle des salariés titulaires d'un mandat au sein de l'entreprise. La protection légale exceptionnelle et exorbitante du droit commun instituée en faveur de ces salariés subordonne la décision de licenciement de l'employeur à l'autorisation de l'inspecteur du travail. Cette procédure spéciale s'ajoute aux procédures de droit commun. La demande d'autorisation présentée par l'employeur énonce les motifs de licenciement. Il appartient à l'inspecteur du travail d'en apprécier le bien fondé. A travers de nombreux arrêts, le Conseil d'Etat est venu préciser l'objet du contrôle exercée par l'administration ⁵⁹¹. La décision de l'employeur doit être sans lien avec les fonctions syndicales ou représentatives du salarié. Lorsqu'elle est motivée par une faute du salarié, celle-ci doit être d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement et il appartient à l'inspecteur du travail de tenir compte des exigences propres à l'exécution du mandat dont est investi l'intéressé ⁵⁹².

S'agissant d'une demande d'autorisation de licenciement économique d'un salarié protégé, le contrôle portera sur la réalité et le sérieux du motif invoqué par l'employeur ⁵⁹³.

⁵⁸⁹ Circulaire DRT n°5-83 du 15 mars 1983 ; Rep. Masson, A.N. 29 juillet 1991.

⁵⁹⁰ Cass. Crim., 1^{er} Décembre 1987, Dr. ouvrier, 1989, p.138.

⁵⁹¹ C.E., 5 mai 1976, arrêt Safer d'Auvergne, Dr. soc., 1976, p.346 concl. Dondoux, n. Vénézia ; D. 1976, 583, n. H. Sinay ; C.E., 18 février 1997, arrêt Abellan, Dr. soc., 1977, p.166, concl. Dondoux ; Lebon, p.97 (Ces deux arrêts inaugurent la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'objet du contrôle exercé par l'inspecteur du travail en matière de licenciement d'un salarié protégé) ; voir sur ce point, G. Couturier, Droit du travail, t.2, op. cit., p.239, n°118.

⁵⁹² C.E., 7 déc. 1990, D. 1991, inf. rap., p.5 ; C.E., 1^{er} avril 1992, Dr. soc., 1992, p.689.

⁵⁹³ C.E. 18 février 1977, Abellan, op. cit.

dans le cadre de l'ensemble de l'entreprise⁵⁹⁴ ainsi que sur les efforts accomplis par l'employeur pour reclasser le salarié⁵⁹⁵

Le contrôle de l'inspection du travail porte donc à la fois sur le caractère discriminatoire ou non de la mesure envisagée et sur le bien-fondé du motif invoqué.

En outre, le Conseil d'Etat réserve la faculté pour l'administration de refuser son autorisation pour des motifs d'intérêt général⁵⁹⁶, ce qui ouvre la porte à une certaine appréciation de l'opportunité de la mesure. Une circulaire ministérielle en date du 3 décembre 1996 rappelle que le motif d'intérêt général, qui doit être indiqué de façon précise et complète dans la décision administrative, est entendu de manière stricte. Il peut correspondre à l'intérêt des salariés, à celui de l'entreprise ou encore à celui de la collectivité. Ce motif ne peut être retenu que si le licenciement du représentant considéré entraîne la disparition de l'institution⁵⁹⁷.

Les décisions prises par l'inspecteur du travail sont susceptibles de recours hiérarchiques et contentieux.

Section II : Les recours ouverts contre une décision administrative.

La contestation d'une décision de l'inspecteur du travail vise à obtenir son annulation. Celle-ci peut être portée devant l'autorité administrative ou devant le juge administratif.

§ 1 : Les recours administratifs.

163. Les recours administratifs sont de deux sortes : les recours gracieux et hiérarchique. Le premier est porté devant l'autorité même qui a pris la décision tandis que le second est porté devant une autorité supérieure à celle qui a pris l'acte contesté. Ces recours sont ouverts de plein droit même en l'absence de textes⁵⁹⁸.

L'article L.128-38 du code du travail prévoit la possibilité d'un recours hiérarchique contre la décision de l'inspecteur du travail relative au règlement intérieur. Celui-ci est porté devant le directeur régional du travail et de l'emploi. La décision de ce dernier peut, elle aussi, faire l'objet d'un recours hiérarchique devant le ministre du travail⁵⁹⁹. Pour être recevable le recours doit être formé dans un délai de deux mois à compter de la décision de l'inspecteur du travail. Il tend à l'annulation des décisions de modification du règlement

⁵⁹⁴ C.E. 18 juin 1997, RJS 8-9/97, n°994.

⁵⁹⁵ C.E. 10 juin 1998, RJS 8-9/98, n°1017.

⁵⁹⁶ C.E., 5 mai 1976, arrêt Safer d'Auvergne, op. cit. ; C.E., 19 nov. 1980, Rec., 1980, p.432.

⁵⁹⁷ Circ. Min. n°96-11, 3 dec. 1996.

⁵⁹⁸ Voir sur ce point R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 1999, p.349.

⁵⁹⁹ C.E., 23 juillet 1993, D. 1994, Somm., p.241, obs. Chelle et Prétot ; Dr. soc., 1993, p.842, concl. Pochard.

intérieur. Lorsque l'inspecteur ne s'est pas prononcé, son silence n'équivaut pas à une décision d'acceptation et par conséquent un recours est impossible.

Afin que les salariés puissent contester cette non intervention de l'autorité administrative, il conviendrait qu'ils fassent une demande de retrait d'une clause pour provoquer une décision de rejet susceptible de recours⁶⁰⁰.

Concernant la décision prise par l'inspecteur du travail dans le cadre d'une procédure de licenciement d'un salarié "protégé", le recours hiérarchique est porté devant le ministre du travail (article R.436-6 du code du travail).

Ce recours peut être formé par l'employeur ou le salarié. Le code du travail ne fixe pas au ministre de délai pour se prononcer. Il faut appliquer le principe retenu par la jurisprudence administrative selon lequel le silence gardé pendant quatre mois à compter de la date de réception de la demande équivaut à une décision implicite de rejet⁶⁰¹.

L'application de cette règle donne lieu à une divergence d'interprétation entre les juridictions administratives et judiciaires. En effet, le juge administratif considère valable la décision du ministre prise dans un délai de quatre mois, même si elle est notifiée postérieurement à l'expiration de ce délai⁶⁰², tandis que, pour le juge judiciaire, la notification de la décision doit intervenir à l'intérieur de ce délai. A défaut, ce dernier ne fait pas droit à la demande de réintégration présentée par le salarié⁶⁰³.

Ces recours hiérarchiques ne sont pas des décisions préalables obligatoires et la contestation de la décision administrative peut être directement portée devant le juge administratif.

§ 2 : Les recours contentieux.

164. Le juge administratif est seul compétent pour contrôler la légalité d'une décision administrative, mais son pouvoir se limite à ce contrôle. Le contentieux de l'annulation d'une décision administrative se ramène essentiellement au recours pour excès de pouvoir⁶⁰⁴.

Celui-ci peut être formé sans ministère d'avocat et par toute personne ayant intérêt à agir contre la décision administrative lui faisant grief. Le contrôle du juge administratif est

⁶⁰⁰ A. Jeammaud, *Les contrôles de la légalité du règlement intérieur*, Dr. soc., 1983, p.520.

⁶⁰¹ C.E., 19 février 1971, Rec. Lebon, p.145 ; C.E., 16 juin 1995, RJS 8-9/1995, n°914.

⁶⁰² C.E., 29 décembre 1995, RJS 3/96, n°307.

⁶⁰³ Cass. Soc., 8 octobre 1987, Bull. civ. V, p.352, n°554 (En l'espèce, la Cour de cassation a donné raison à un juge des référés d'avoir décidé que la légalité de la décision expresse du ministre notifiée quelques jours après l'expiration du délai de 4 mois faisait l'objet d'une contestation sérieuse ne lui permettant pas d'ordonner la réintégration du salarié) ; C.E., Rouen, 10 février 1998, RJS 7/98, n°881.

⁶⁰⁴ Voir R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 8ème éd., Montchrestien, 1999, p.178 et suiv.

très étendu. Celui-ci ne se contente pas de rechercher si la décision est entachée d'erreur de droit ou d'erreur manifeste d'appréciation. Il apprécie l'adéquation de la décision aux faits. Ainsi se prononce-t-il indirectement sur la gravité des fautes reprochées au salarié protégé ou sur la pertinence du motif économique motivant le licenciement. De même, contrôle-t-il si les atteintes aux droits des personnes contenues dans le règlement intérieur sont bien justifiées par la tâche à accomplir et proportionnelles au but recherché.

165. Ce contrôle des dispositions du règlement intérieur par le juge administratif ne fait pas obstacle à l'intervention des juridictions judiciaires. Celles-ci peuvent, en effet, être saisies d'une demande visant à obtenir l'annulation d'une sanction pour manquement à une disposition du règlement intérieur dont la légalité est contestée par le requérant. Dans cette hypothèse, le juge judiciaire est compétent pour se prononcer sur la licéité du règlement intérieur. S'il décide d'écarter "une clause contraire aux articles L.122-34 et L.122-35, une copie du jugement est adressée à l'inspecteur du travail et aux représentants du personnel" (article L.122-37 al. 3 du code du travail). Il peut aussi être saisi d'une demande principale en annulation de certaines dispositions du règlement intérieur. Les dispositions légales soumettant le règlement intérieur au contrôle administratif ne lui ôte pas sa nature d'acte juridique de droit privé⁶⁰⁵ et, par conséquent, l'autorité judiciaire est compétente pour en apprécier la validité.

Cependant, la Cour de cassation limite la compétence du juge judiciaire aux seules clauses n'ayant fait l'objet d'aucun contrôle administratif⁶⁰⁶. La distinction opérée entre les dispositions du règlement intérieur est discutable juridiquement étant donné l'exclusivité de la compétence judiciaire pour statuer sur la validité des actes de droit privé⁶⁰⁷. Il s'agit ici de l'application des principes de répartition de compétence entre juridiction administrative et juridiction judiciaire.

Ceux-ci imposent parfois au juge administratif de surseoir à statuer. Lorsque la solution du litige qui lui est soumis dépend de la solution d'autres questions relevant de la compétence du juge judiciaire, deux hypothèses doivent être envisagées. Soit la question posée ne soulève aucune difficulté sérieuse et le juge administratif peut statuer, soit la difficulté soulevée est sérieuse et il est alors tenu de renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen de la question préjudicielle.

La compétence de la juridiction administrative dans les rapports de travail de droit privé est réduite depuis la loi du 30 décembre 1986 qui a supprimé l'autorisation administrative de licenciement. En matière de litiges du travail, la compétence appartient le plus souvent au conseil des prud'hommes.

Cependant, le contentieux peut aussi être porté devant le juge répressif, le tribunal d'instance, le tribunal de grande instance ou encore le tribunal de commerce. Face à cette diversité des recours en droit du travail, porteuse de complexité pour le plaideur, des réformes sont proposées afin de rassembler l'ensemble du contentieux social⁶⁰⁸,

⁶⁰⁵ Cass. Soc., 16 décembre 1992, D. 1993, p.334, note X. Prétot ; Dr. soc., 1993, p.267, note A. Jeammaud.

⁶⁰⁶ Cass. Soc., 16 décembre 1992, op. cit.

⁶⁰⁷ Voir A. Jeammaud, note sous Cass. Soc., 16 décembre 1992, op. cit.

notamment la constitution d'un "ordre juridictionnel social"⁶⁰⁹.

Chapitre II : La compétence judiciaire

166. Dans la perspective d'une analyse du contrôle du bien fondé du pouvoir patronal de direction, la juridiction prud'homale occupe une place centrale. Appelée à connaître des litiges individuels nés du contrat de travail, c'est devant elle que sera contestée la motivation des décisions patronales. Pour cela, l'intervention des autres juridictions sera traitée par référence à cette compétence principale.

L'exercice du contrôle du pouvoir de direction par le juge est gouverné par les règles du droit processuel (*section I*) et son objet est déterminé par le contenu de la contestation portée à sa connaissance (*section II*).

Section I : L'incidence du droit processuel.

167. Dès lors qu'une décision patronale porte atteinte, directement ou non, à l'intérêt des salariés, elle pourra être contestée en justice.

L'initiative de la contestation judiciaire appartient à celui qui a un intérêt personnel à faire valoir. Elle peut aussi, dans certaines conditions, être le fait d'un syndicat agissant pour la défense de l'intérêt collectif de la profession ou exerçant une action de substitution (§ 1).

La compétence de droit commun en matière de conflits du travail est dévolue aux juridictions prud'homales mais cette règle comporte des exceptions. C'est l'objet de la demande qui va déterminer la juridiction compétente (§ 2).

§ 1 : L'initiative de la demande.

Conformément aux principes de la procédure civile, l'action en justice est ouverte à ceux qui ont un intérêt légitime à faire valoir leur droit.

Afin d'assurer une meilleure protection des droits des salariés, le droit du travail a multiplié les exceptions à cette règle.

A. Les droits propres.

168. L'article 31 du nouveau code de procédure civile dispose que **"l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue un droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour lever ou combattre une prétention ou pour défendre un intérêt"**

⁶⁰⁸ Voir Y. Saint-Jours, revue française des affaires sociales, 1993, n°1, p.87 ; A. Supiot, *L'impossible réforme des juridictions sociales*, revue française des affaires sociales, 1993, n°1, p.97

⁶⁰⁹ Y. Saint-Jours (sous la direction), *La perspective d'un ordre juridictionnel social*, Presse univ. Perpignan, 1994.

déterminé''.

Au sein de l'entreprise, plusieurs personnes, physique ou morale, sont susceptibles de faire valoir un intérêt à agir devant les tribunaux. Il s'agit en premier lieu des salariés. Chacun d'eux peut contester toute décision de l'employeur dès lors qu'elle peut porter atteinte à ses intérêts, et notamment le licenciement qui peut le frapper. De même, les syndicats peuvent agir en tant que personne morale pour défendre leurs intérêts.

La personnalité juridique est reconnue implicitement aux syndicats depuis la loi de 1884⁶¹⁰. Elle emporte le droit d'ester en justice. Ainsi le syndicat peut-il faire valoir ses droits à l'égard de tiers ou à l'égard de ses adhérents (art. L.411-11 code du travail).

Le comité d'entreprise est, lui aussi doté de la personnalité juridique (art. L.431-6, al.1 du code du travail). Par ailleurs, l'article L.435-1 du code du travail, reconnaît expressément la personnalité civile au comité d'établissement et au comité central d'entreprise. Par contre, aucune disposition ne concerne le comité de groupe. Une circulaire DRT/6 en date du 28 juin 1984 précise que le silence de la loi ne doit pas être interprété comme la non reconnaissance de la personnalité civile à ce comité. La Cour de cassation confirme cette interprétation en affirmant que les comités de groupe institués par l'article L.439-1 et suivants du code du travail possèdent la personnalité civile⁶¹¹.

Doté du droit d'ester en justice pour défendre ses attributions, le comité d'entreprise doit justifier d'un intérêt personnel et direct. Il n'a pas pour mission de représenter les intérêts généraux de la profession⁶¹².

Ainsi n'est pas recevable l'action en justice d'un comité d'entreprise qui exerce les pouvoirs de la partie civile en matière d'hygiène et de sécurité du travail sans justifier d'un préjudice personnel direct⁶¹³.

A l'inverse, est recevable l'action en justice d'un comité d'entreprise qui se porte partie civile dans une instance pénale pour délit d'entrave à son fonctionnement⁶¹⁴. De même, le comité d'entreprise invoque un droit qui lui est propre et a donc un intérêt à agir lorsqu'il conteste la validité d'un accord collectif de travail portant sur une question qui doit lui être légalement soumise lorsque sa consultation n'a pas eu lieu⁶¹⁵.

En faisant respecter les procédures de consultation prévues par les textes, le comité

⁶¹⁰ G. Couturier, *Droit du travail*, t.2, 2^{ème} éd., PUF, 1993, p.329.

⁶¹¹ Cass. Soc., 23 janv. 1990, Bull. V, n°20 (en l'espèce, le comité de groupe avait qualité pour contester une mesure ayant pour effet de modifier la composition du groupe).

⁶¹² Cass. Soc., 6 février 1980, Bull. V, n°107.

⁶¹³ Cass. crim., 28 mai 1991, Bull. crim., n°226.

⁶¹⁴ Cass. Soc., 27 juin 1990, Bull. V, n°324.

⁶¹⁵ Cass. Soc., 5 mai 1998, Bull. V, n°219.

d'entreprise peut faire obstacle à la mise en œuvre des décisions patronales. Cette capacité à peser sur les choix patronaux est illustrée par les actions des comités d'entreprise dans le cadre des licenciements collectifs, notamment celles relatives à la qualité du plan social présenté par l'employeur. En effet, depuis les arrêts "La Samaritaine" en date du 13 février 97, **"la nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents et en particulier les licenciements prononcés par l'employeur..."**⁶¹⁶.

Par contre, les délégués du personnel ne constituent pas un organisme collégial doté de la personnalité morale. Par conséquent, ils ne peuvent ester en justice. Cette situation est critiquée par certains auteurs qui considèrent que les délégués du personnel, élus par collègue, possèdent une "possibilité d'expression collective" au même titre que le comité de groupe, surtout en l'absence de comité d'entreprise⁶¹⁷.

Le contrôle du pouvoir de direction peut également intervenir lors de l'ouverture d'une procédure collective. La défaillance économique de l'entreprise peut conduire le juge à contrôler l'exercice par l'employeur de ses prérogatives de gestion. C'est la déclaration de cessation des paiements qui permet la saisine du tribunal de commerce. Celle-ci s'effectue sur demande du débiteur ou sur assignation d'un créancier. Le tribunal peut également se saisir d'office.

Par contre, la loi du 25 janvier 1985, qui a profondément remanié le droit des procédures collectives, n'a pas reconnu au comité d'entreprise le droit de demander au tribunal l'ouverture de la procédure judiciaire. Les représentants du personnel disposent cependant d'un droit d'informer le président du tribunal ou le procureur de la République de tout fait de nature à établir la cessation des paiements de l'entreprise.

Il convient enfin de noter le droit d'action du ministère public. En vertu des articles 421 et 422 du nouveau code de procédure civile, le ministère public peut saisir le tribunal dès lors que l'ordre public est menacé. Par conséquent, il serait tout à fait envisageable qu'il utilise son droit d'action en matière de droit du travail. Ainsi, pourrait-il dénoncer les pratiques irrégulières des contrats précaires ou bien encore le non respect des règles d'hygiène et de sécurité. A notre connaissance, cette possibilité n'est cependant pas utilisée par les parquets.

169. La défense des intérêts des salariés a conduit le législateur à attribuer aux syndicats un droit d'action beaucoup plus large que celui attaché à leur qualité de personne morale. Ils peuvent d'une part agir pour la défense des intérêts collectifs de la profession qu'ils représentent et, d'autre part, se substituer à un salarié pour l'exercice de certaines actions individuelles. Cette possibilité de substitution est également ouverte au délégué du personnel dans le cadre de la procédure d'alerte instituée par la loi du 31 décembre 1992.

⁶¹⁶ Cass. Soc., 13 février 1997, Dr. soc., 1997, p.255, note G. Couturier, note T. Grumbach, p.331 ; D. 1997, p.171 ; RJS 3/97, p.155.

⁶¹⁷ G. Couturier, *Droit du travail*, t.2, 2^{ème} éd., 1993, PUF, p.201 ; J. Savatier, Dr. soc., 1990, pp.323-324.

B. Extension du droit d'action.

L'action "syndicale" et l'action de substitution sont des exceptions à la règle générale de l'article 31 du Nouveau code de procédure civil.

170. L'action en défense des intérêts collectifs a été affirmée tout d'abord par la jurisprudence en 1913. Les chambres réunies de la Cour de cassation ont affirmé que le syndicat avait la mission de défendre les intérêts de la profession⁶¹⁸. Cette solution a été reprise par la loi du 12 mars 1920.

L'article 411.11 du code du travail dispose que les syndicats **"peuvent devant toutes les juridictions exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent"**.

Les intérêts en cause doivent être ceux de la profession que le syndicat a vocation à représenter mais il n'est pas nécessaire que les salariés directement concernés soient adhérents du syndicat. L'intérêt de la profession ne saurait se confondre avec l'intérêt général. Ainsi, un syndicat ne peut invoquer la violation de règles édictées dans l'intérêt de la santé publique⁶¹⁹. Seul le ministère public peut agir au nom de l'intérêt général.

Le domaine de cette qualité pour agir des syndicats est très étendu. La violation des règles en matière d'hygiène et de sécurité, de réglementation du temps de travail, de représentation des institutions du personnel peut porter atteinte à l'intérêt collectif de la profession. A ces actions exercées dans l'intérêt collectif de la profession s'ajoutent celles exercées au nom d'un salarié.

171. La défense des droits individuels des salariés peut, dans certains cas, être assurée par les syndicats. La règle "nul ne plaide par procureur" interdit à un syndicat de se substituer au salarié pour l'exercice d'une action individuelle. Cependant, la loi a multiplié les exceptions à ce principe⁶²⁰. Ce droit d'exercice des actions individuelles sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé est reconnu aux organisations syndicales dont les membres sont liés par une convention ou un accord collectif du travail pour toutes les actions qui naissent de ce chef (art. L.135-4). De même, un syndicat peut exercer toutes les actions individuelles tendant au respect de l'égalité entre les hommes et les femmes (art. L.123-6).

Enfin, différents textes autorisent les syndicats à agir au profit de certains salariés qui ne sont pas toujours à même de faire valoir leurs droits. Ainsi, les syndicats peuvent-ils exercer une action au nom d'un travailleur à domicile (art L.721-19), d'un salarié en situation précaire (art. L.124-20 pour les salariés en CDD et art. L.122-3-16 pour les salariés titulaire d'un contrat de travail temporaire), d'un

⁶¹⁸ Ch. Réunie, s 5 avr. 1913, DP, 1914, I, 65, rap. Falcinaigre, concl. Sarrut; S, 1920, I, 49, note A. Mestre.

⁶¹⁹ Cass. Crim., 8 janv. 1980, JCP 1980, IV, p.144.

⁶²⁰ G. Couturier, *Droit du Travail*, t.2, op. cit., p.332, n°156 ; G. Lyon-Caen, J. Pélissier, A. Supiot, *Droit du travail*, 17^{ème} éd., Dalloz, 1994, p.598, n°671.

salarié d'un groupement d'employeur (L.127-6), d'un étranger en situation irrégulière (art. L.341-6-2) ou encore d'un salarié faisant l'objet de marchandage ou prêt de main d'œuvre illicite (art. L.341-6-2). Le respect de la liberté personnelle du salarié impose toutefois qu'il soit averti de l'action exercée à son profit et qu'il puisse s'y opposer ou y intervenir⁶²¹.

Saisi à propos du droit de substitution ouvert par les salariés faisant l'objet d'un licenciement économique, le Conseil constitutionnel a énoncé les principes applicables en matière d'information du salarié.

Concernant la liberté personnelle du salarié, le Conseil exige que ce dernier ***“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”***⁶²². Les divers articles du code du travail instituant le droit de substitution impose cette obligation d'information.

A propos du droit de substitution institué pour les salariés liés par un contrat précaire (article L.122-3-16 du code du travail), la Cour de cassation a qualifié l'avertissement du syndicat de formalité substantielle et en a déduit que le syndicat ne pouvait soutenir d'autres prétentions que celles exposées dans la lettre d'information⁶²³. Dans le même arrêt, la Cour décide que l'information des salariés au jour de l'introduction de l'instance satisfait aux exigences de l'article L.122-3-16 du code du travail, les salariés conservant la faculté de se rétracter avant que la juridiction prud'homale ne se prononce.

172. Lorsque les droits des personnes et les libertés fondamentales dans l'entreprise sont en cause, le délégué du personnel peut lui aussi agir au lieu et place du salarié directement concerné lorsque celui-ci ne s'y oppose pas. Ce droit d'action a été reconnu par la loi du 31 décembre 1992 qui a instauré une procédure d'alerte afin de faire respecter les droits fondamentaux dans l'entreprise.

Cette loi s'est inspiré du rapport Lyon-Caen sur les libertés publiques et l'emploi, dans lequel l'auteur recommandait de mettre en œuvre une protection du salarié similaire à celle prévue en matière d'hygiène et de sécurité en cas de danger grave et imminent⁶²⁴. Le recours au juge ne s'envisage que si l'employeur, saisi préalablement, ne prend pas les mesures qui s'imposent pour faire cesser le trouble.

En fonction de l'objet de la demande, celui qui en a pris l'initiative devra déterminer la juridiction devant laquelle exercer son action. En matière civile, la juridiction de droit commun est le Tribunal de grande instance; toutes les autres juridictions ont une compétence d'attribution. Concernant les différends dans les relations de travail, la juridiction la plus fréquemment compétente est le Conseil des prud'hommes.

⁶²¹ G. Couturier, note sous Cass. Soc., 6 mai 1998, Dr. soc., 1998, p.731.

⁶²² Cons. Const., 25 juillet 1989, Dr. soc., 1989, p.629.

⁶²³ Cass. Soc., 1^{er} février 2000, Liaisons sociales, jurisprudence hebdo., n°662 du 20 février 2000.

⁶²⁴ G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi*, Documentation française, 1992.

§ 2 : La compétence juridictionnelle.

173. La compétence juridictionnelle dépend de la nature du litige, individuel ou collectif, ainsi que de la qualité du salarié en cause, ordinaire ou protégé. Les conflits du travail peuvent donc relever de plusieurs juridictions (A).

Dans certaines conditions, ces juridictions statuent en la forme des référés. Le recours à cette formation est organisé par les règles de la procédure civile et parfois imposé par des textes spécifiques (B) .

A. Les différentes juridictions compétentes en matière de litige du travail.

174. Conformément à l'article L.521-1 du code du travail, les litiges entre employeur et salariés sont de la compétence du Conseil des prud'hommes. Depuis la réforme de 1986 supprimant l'autorisation administrative préalable au licenciement, le juge prud'homal est appelé à connaître de toutes les difficultés nées du rapport de travail. Dès lors qu'un salarié réclame l'exécution d'un droit sur le fondement de la loi ou de la convention collective, le conseil des prud'hommes est compétent. **A contrario, ne relèvent pas de la compétence prud'homale les conflits collectifs**⁶²⁵ .

Cette distinction entre l'individuel et le collectif qui gouverne les règles de compétence en matière de droit social doit être interprétée restrictivement quant à la notion de conflit collectif. "Il suffit que le salarié saisisse le juge de sa propre situation pour que le litige ait un caractère individuel et que le conseil des prud'hommes soit compétent. Peu importe que l'issue du litige ait nécessairement des répercussions pratiques sur l'ensemble des salariés"⁶²⁶ . Le partage entre l'individuel et le collectif dépend donc de "la façon dont le contentieux est lié par le demandeur"⁶²⁷ .

Ainsi, dans un arrêt en date du 6 mai 1998, la chambre sociale de la Cour de Cassation a-t-elle considéré que le salarié qui **"se borne à demander l'application générale d'une convention collective à son contrat de travail, sans formuler de prétention particulière... demande son application non seulement pour lui-même mais aussi pour l'ensemble des autres salariés"**⁶²⁸ . **"Il aurait suffi que le demandeur invoque une seule clause de la convention collective le concernant personnellement pour que soit admise la compétence prud'homale"**, note M. G. Couturier⁶²⁹ . A été également jugé que **"les salariés licenciés pour motif économique**

⁶²⁵ Voir A. Jeammaud, *Les contentieux des conflits collectifs du travail*, Dr. soc. 1988, p.689 (L'auteur établit la distinction entre les termes conflit, différend et litige et souligne que l'expression "conflit collectif du travail" est impropre étant donné qu'un conflit est un complexe de faits et de prétentions qui ne peut être soumis tel quel aux tribunaux. Les procédures juridictionnelles contentieuses ne prennent en considération que les oppositions de prétentions formulées par les parties).

⁶²⁶ G. Couturier, note sous Cass. Soc., 6 mai 1998, Dr. soc., 1998, p.730.

⁶²⁷ G. Couturier, op cit.

⁶²⁸ Cass. Soc., 6 mai 1998, Dr. soc., 1998, p.730, note G. Couturier.

ont un droit propre à faire valoir que leur licenciement est nul au regard des dispositions de l'article L.321-4-1 alinéa 2"⁶³⁰.

Dans cette décision en date du 30 mars 1999, l'individuel et le collectif sont étroitement liés. La Cour de Cassation se fonde sur l'article L. 321-4-1 du code du travail qui consacre la nullité des licenciements économiques en l'absence ou en cas d'insuffisance du plan social pour reconnaître l'intérêt à agir des salariés. Ces actions individuelles vont conduire le juge prud'homal à se prononcer sur la consistance du plan social, ce qui aura nécessairement des répercussions sur le contentieux collectif.

Ces décisions démontrent qu'il n'y a pas de distinction naturelle entre l'individuel et le collectif. Tout dépend de la façon dont la demande est formulée.

Certains auteurs proposent le remplacement de cette distinction par celle existant entre litiges "justiciables" et litiges "négociables" les premiers, tendant à l'application du droit, seraient de la compétence du conseil des prud'hommes alors que les seconds, tendant à la modification du droit, relèveraient du domaine de la négociation et de la conciliation⁶³¹. Cette proposition n'est pas retenue par la Cour de Cassation.

175. Dans les litiges individuels, la seule exception à la compétence du juge prud'homale concerne les décisions de licenciement prises à l'encontre des salariés "protégés"⁶³². Dans ces hypothèses, le principe de la séparation des pouvoirs interdit au juge judiciaire de se prononcer sur la légalité d'une décision de l'autorité administrative et d'apprécier les motifs retenus par l'employeur pour demander le licenciement⁶³³. Le statut protecteur accordé à certains salariés est avant tout une protection contre le licenciement.

Le législateur prévoit que la mesure de licenciement doit faire l'objet d'une autorisation de l'inspecteur du travail avec possibilité de recours devant l'autorité hiérarchique et la juridiction administrative. Le tribunal administratif est compétent en première instance et le Conseil d'Etat en appel.

Pas plus que le recours hiérarchique, le recours contentieux n'a d'effet suspensif⁶³⁴. La compétence du juge administratif se limite à l'appréciation de la légalité de la décision de l'administration contestée. Pour toutes les autres demandes, le juge judiciaire reste compétent. Ainsi relève de la compétence du

⁶²⁹ G. Couturier, op. cit.

⁶³⁰ Cass. Soc., 30 mars 1999, Dr. soc., 1999, p.598 ; Liaisons sociales, Juris hebdo n°627 du 12 avril 1999.

⁶³¹ Lyon-Caen, Pélissier, Supiot, *Droit du travail*, 18^{ème} éd., n°1081 et suiv.

⁶³² Voir sur ce point, M. Miné, H. Rose, Y. Struillou, *Le droit du licenciement des salariés protégés*, éd. Economica, 1996 ; Circulaire DRT n°03 du 1^{er} mars 2000 relative aux décisions administratives en matière de licenciement des salariés protégés et au traitement des recours hiérarchiques formés contre ces décisions, Liaisons sociales n°8076 du 11 avril 2000 (Cette circulaire actualise les circulaires précédentes, tenant compte de l'évolution de la jurisprudence).

⁶³³ Cass. Soc., 6 juillet 1994, Semaine sociale Lamy n°708 ; Cass. Soc., 25 avril 1990, Bull. civ. V, p.115, n°189 ; Cass. Soc., 12 mai 1998, RJS 6/98, n°762.

juge judiciaire, la demande de réintégration du salarié protégé ou encore celle tendant à condamner l'entreprise à verser au salarié des dommages et intérêts. Plusieurs hypothèses doivent être envisagées.

Lorsque le licenciement du salarié protégé est intervenu sans l'autorisation de l'inspecteur du travail, la compétence du juge judiciaire est entière. Il est compétent pour se prononcer sur le caractère réel et sérieux du licenciement et pour condamner l'employeur à verser des indemnités de rupture au salarié. Le licenciement sans autorisation constituant un trouble manifestement illicite, le juge des référés est compétent pour ordonner la réintégration du salarié protégé⁶³⁵.

De même, lorsque le salarié est licencié en dépit du refus opposé par l'administration, la réintégration peut être ordonnée. Lorsque le licenciement du salarié protégé a été autorisé par une décision qui n'est pas devenue définitive, le juge judiciaire doit surseoir à statuer.

Lorsque l'autorisation de licenciement accordée par l'inspecteur du travail est annulée, soit par le ministre, soit par le juge administratif, le juge judiciaire peut ordonner la réintégration du salarié protégé alors même que la décision annulant l'autorisation n'est pas devenue définitive⁶³⁶. Seule une décision du juge d'appel ordonnant le sursis à exécution du jugement du tribunal administratif annulant la décision d'autorisation peut faire obstacle au droit à réintégration.

L'employeur est aussi condamné à verser une indemnité correspondant au préjudice subi pendant la période comprise entre la date à laquelle le licenciement a pris effet et la réintégration, ou à l'expiration d'un délai de deux mois, courant à compter de la notification de la décision annulant l'autorisation si la réintégration n'a pas été demandée. Cette indemnité n'est acquise que si l'annulation de la décision d'autorisation est devenue définitive (article L.412-12, L.425-3 et L.436-3 du code du travail).

Lorsque l'autorisation de licenciement est devenue définitive, le principe de la séparation des pouvoirs interdit au juge judiciaire d'apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement⁶³⁷. Par contre, il demeure compétent pour statuer sur les demandes du salarié tendant à la condamnation de l'employeur à lui verser les indemnités de rupture. Les notions de "faute ayant un caractère de gravité suffisant" et de faute grave ne se confondant pas, le principe de la séparation des pouvoirs est respecté⁶³⁸.

Si la contestation de la décision administrative apparaît sérieuse au juge judiciaire, il

⁶³⁴ Cass. Soc. 12 mai 1998, RJS 6/98 n°777 (Les recours administratifs n'ayant pas d'effet suspensif, le licenciement autorisé par l'inspecteur du travail produit tous ses effets. Dès lors le salarié n'est plus tenu à l'obligation de loyauté qui pesait sur lui pendant la durée du contrat).

⁶³⁵ Cass. Soc., 4 mars 1998, RJS 4/98, n°495 (Il s'agit en espèce de la réintégration d'un salarié protégé licencié sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail. La réintégration doit s'effectuer au sein d'une autre entreprise de l'unité économique et sociale à laquelle appartenait l'employeur, qui avait fait l'objet d'une liquidation judiciaire).

⁶³⁶ Cass. Soc., 14 juillet 1988, Bull., p.24, n°39.

⁶³⁷ Cass. Soc., 21 mars 1993, Bull. n°219 ; Cass. Soc., 10 janvier 1995, RJS 95, n°138.

peut surseoir à statuer et renvoyer les parties devant la juridiction administrative⁶³⁹. Les décisions patronales qui entravent l'exercice des fonctions des salariés protégés sont constitutives du délit d'entrave.

Lorsqu'un procès pénal est engagé, le tribunal civil, saisi de l'action en réparation du préjudice subi, devra surseoir à statuer jusqu'au jugement rendu par le tribunal répressif. C'est l'application de l'adage "le criminel tient le civil en l'état." Cette règle est complétée par le principe de l'autorité sur le civil de la chose jugée au criminel qui impose au juge civil de respecter la décision pénale⁶⁴⁰. Cependant, l'action en réparation est d'ordinaire exercée par la voie de l'action civile devant la juridiction répressive. Lorsque la constitution de partie civile est portée devant le juge pénal, elle déclenche l'action publique.

176. Le juge prud'homal demeure compétent lors de l'ouverture d'une procédure collective. Dans cette hypothèse, il peut y avoir une dispersion du contentieux, la compétence du juge commercial n'étant pas exclusive de l'intervention du conseil des prud'hommes.

L'article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 dispose "**qu'il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre le maintien de l'activité et de l'emploi**". Pour cela, le législateur a soumis le licenciement pour motif économique à une autorisation judiciaire préalable.

Pendant la période d'observation, l'autorisation émane du juge-commissaire et, au terme de cette période, c'est le tribunal qui autorise les licenciements accompagnant le plan de redressement.

Pendant la période d'observation, le juge prud'homal peut intervenir concurremment au juge-commissaire. En effet, le conseil de prud'hommes saisi par un salarié, dont le juge commercial a autorisé le licenciement, demeure compétent pour statuer "**sur la situation individuelle**" de l'intéressé⁶⁴¹. La compétence du juge prud'homal est cependant réduite dans la mesure où son appréciation de la situation litigieuse ne peut porter sur des éléments de fait ou de droit dont la régularité a déjà été vérifiée par le juge-commissaire. Ainsi, le juge prud'homal ne peut-il exercer le contrôle sur le caractère économique du licenciement dès lors que l'ordonnance du juge-commissaire est devenue définitive⁶⁴². Au delà du motif économique de licenciement, le juge prud'homal recouvre sa liberté d'appréciation.

⁶³⁸ Cass. Soc., 28 mai 1986, Dr. soc., 1990, p.500.

⁶³⁹ Cass. Soc., 6 juillet 1994, Semaine Sociale Lamy, n°708.

⁶⁴⁰ Stéfani, Levasseur et Bouloc, Procédure pénale, 16 éd., Dalloz, 1996.

⁶⁴¹ Cass. Soc., 6 mars 1990, Bull. civ. V, n°9,2 p.55 ; Cass. Soc., 5 mai 1993, Bull. civ. V, n°127, p.88.

⁶⁴² Cass. Soc., 9 juillet 1996, RJS 8-9/96, n°912, p. 87 ; Cass. Soc., 5 mars 1997, D. 1997, Jur., p.522, note P. Berilly ; Cass. Soc., 3 mars 1998, Dr. soc., 1998.

Il en est ainsi lorsque la "loi subordonne le congédiement d'un salarié à une condition exorbitante relevant de sa situation individuelle"⁶⁴³. On peut citer en exemple la situation d'une salariée enceinte ou du salarié victime d'un accident du travail. L'employeur doit, dans ces deux cas, prouver l'existence d'une faute grave ou l'impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif non lié à l'état de grossesse ou de l'accident.

Ces justifications sont appréciées par le juge prud'homal. D'autre part, le conseil demeure compétent pour veiller au respect des règles de forme.

Dans le cadre d'un plan de redressement, la compétence du conseil de prud'homme est par conséquent concurrente de celle du tribunal de commerce. L'article 62 al. 2 de la loi de 1985 prévoit que le tribunal de commerce qui homologue le plan justifie "le niveau et les perspectives d'emploi". Ce qui est essentiel, c'est la pérennité de l'entreprise et la rupture du contrat de travail est un moyen pour y arriver. Cette logique économique indéniable peut être en conflit avec l'article L.122-4 du code du travail qui impose l'existence d'une cause réelle et sérieuse des licenciements. "De l'évaluation économique de la juridiction consulaire ne résulte pas de plein droit le constat d'un motif juridique" justifiant les licenciements⁶⁴⁴. En effet, le juge consulaire n'est pas guidé par les mêmes impératifs que le juge prud'homal étant donné que l'emploi n'est qu'un élément parmi d'autres dans le contentieux commercial.

Après le prononcé de la liquidation judiciaire, la légitimité des licenciements économiques ne semble pouvoir être discutée. Cependant, le juge prud'homal peut juger sans cause réelle et sérieuse le licenciement pour violation d'une règle de forme ou de fond comme, par exemple, l'absence de l'obligation de reclassement des salariés dans le groupe. Le prononcé de la liquidation judiciaire par le tribunal ne revêt pas l'autorité de la chose jugée sur la question de l'existence d'un motif économique.

Par conséquent, l'ouverture d'une procédure collective ne doit pas aboutir à renier les droits des salariés et la compétence prud'homale doit s'exercer pleinement face à celle du tribunal de la procédure.

177. Le juge prud'homal n'est compétent qu'en matière de litiges individuels du travail. En matière de conflits collectifs, le tribunal de grande instance, juge de droit commun, est compétent. Un conflit du travail acquiert un caractère collectif lorsqu'il concerne un groupement de salariés et met en jeu un intérêt collectif. Ainsi, le tribunal de grande instance est-il compétent lorsque la contestation de la validité d'un plan social est mise en cause par le comité d'entreprise.

Cependant, le juge prud'homal occupe une place importante dans les conflits collectifs au travers des litiges individuels dont il est saisi. En effet, sa compétence se détermine en fonction de l'objet de la demande et non en fonction de la question de droit à l'origine du différend. Les décisions du juge ne seront exécutoires qu'à l'égard des demandeurs. Ce contentieux constitue le **"principal cadre de production**

⁶⁴³ P. Morvan, "Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective", *Dr. soc.*, 1998, p.445.

⁶⁴⁴ P. Morvan, *op. cit.*, p. 451.

jurisprudentielle dans le domaine des conflits collectifs du travail⁶⁴⁵ .

Le conseil de prud'hommes ou le tribunal de grande instance peuvent, dans certaines hypothèses, statuer en la forme des référés. La formation de référé est le moyen le plus approprié pour limiter les conséquences d'un acte illicite.

B. Le recours au juge des référés.

178. L'article 808 du nouveau code de procédure civile dispose que, dans tous les cas d'urgence, le juge de référé peut ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. L'article R.516-30 reprend ces dispositions en précisant que le juge de référé doit agir dans la limite de la compétence des conseils de prud'hommes.

Mais le recours au juge des référés n'est plus limité aux situations justifiées par l'urgence. L'article 809 du nouveau code de procédure civile et l'article R. 516-31 du code du travail lui donnent le pouvoir de prescrire "même en présence d'une contestation sérieuse" les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Le juge des référés peut faire cesser tout trouble illicite, ce qui est une notion très étendue. Cette procédure conserve intacts les droits de la défense de l'entreprise puisque les ordonnances sont toujours rendues "**tous droits et moyens réservés quant au fond**"⁶⁴⁶ . Elles n'ont pas au principal l'autorité de la chose jugée (article 488, al. 1 NCPC). A ce titre, le juge des référés intervient dans le contentieux de la grève⁶⁴⁷ , et dans celui des licenciements des salariés protégés⁶⁴⁸ .

D'autre part, le code du travail donne parfois compétence expresse au juge des référés. Ainsi, en matière de sécurité, l'article L.231.12 du code du travail prévoit-il la saisie du président du tribunal de grande instance qui statue en référé. Celui-ci pourra ordonner la fermeture temporaire d'un atelier, d'un chantier ou la saisie de matériel. De même, en matière d'atteinte aux droits des personnes, l'article L.422-1-1 précise que le bureau de jugement du conseil de prud'hommes statue en la forme des référés. Dans ce cas, le conseil des prud'hommes statue sur le fond. L'ordonnance prise en cette forme l'est au principal et a donc autorité de la chose jugée.

Dans le contentieux des licenciements pour motif économique, le juge des référés est très sollicité en cours de procédure de consultation des institutions représentatives du

⁶⁴⁵ A. Jeammaud, *Les contentieux des conflits collectifs du travail*, op. cit., voir p.692.

⁶⁴⁶ P. Drai, Pour un juge qui toujours décide, *Gaz. Pal.*, 1987, p.2.

⁶⁴⁷ Cass. Soc., 26 septembre 1990, Bull. civ. V, n°387, Dr. soc., 1991, p.60, Rapport Ph. Waquet, note J. E. Ray ; Cass. Soc., 29 juin 1994, Bull. civ. V, n°215.

⁶⁴⁸ Cass. Soc., 14 juin 1972, JCP 1972, II, 17125, note J. Lyon-Caen ; D. 1973, p.114, note N. Catala (Dans l'arrêt Revêt Sol, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait approuvé le juge des référés d'avoir ordonné sous astreinte la réintégration des salariés protégés au motif qu'il s'agissait de mettre fin à une voie de fait).

personnel. Il est parfois conduit à vérifier la régularité de la procédure générale de consultation du comité d'entreprise. Ainsi, lui appartient-il de mettre fin au trouble manifestement illicite résultant du délai insuffisant donné au **"comité d'entreprise pour exprimer son avis sur le projet de restructuration"**⁶⁴⁹. Il peut également être appelé à contrôler le plan social. Son contrôle peut s'exercer sur l'élément qui doit déclencher l'élaboration du plan social⁶⁵⁰ ou sur le contenu même de ce plan⁶⁵¹. Selon les cas, le juge des référés pourra suspendre la procédure ou constater la nullité de la procédure menée jusqu'à son terme⁶⁵².

Le juge des référés et le juge de l'exécution immédiate évitent au salarié d'être victime d'un déni de justice et leur rôle est d'autant plus important en droit du travail que, derrière les procédures, c'est de l'emploi dont il s'agit.

L'objet du contrôle exercé par ces différentes juridictions dépend de l'objet de la demande et des moyens avancés par le demandeur et par le défendeur.

Section II : L'objet du contrôle.

179. Le juge contrôle les faits dont il est saisi. En d'autres termes, c'est l'objet de la demande qui détermine celui du contrôle et entraîne éventuellement la remise en cause de la décision patronale. Ainsi, lorsqu'un salarié dénonce le caractère arbitraire d'une mutation, le juge est-il amené à s'interroger sur le bien-fondé de cette modification. De même, en matière de licenciement, le juge va s'attacher à déterminer si cette mesure a une cause réelle et sérieuse. L'objet de la demande peut être la contestation d'une décision de nature économique ou bien d'une mesure prise en considération de la personne. Les deux critères peuvent cohabiter dans une même décision. Les décisions patronales prises à titre de sanction ne seront pas abordées car elles ressortent du pouvoir disciplinaire.

Pour exercer sa mission, le juge doit s'appuyer sur des faits objectifs. Cette exigence est posée aux fins de renforcement du contrôle, par des règles légales et jurisprudentielles. En effet, seuls des éléments objectifs permettent un contrôle. Les éléments subjectifs dépendent, par définition, de la seule appréciation de l'employeur, et, les accepter comme justification d'une décision patronale serait conférer un caractère discrétionnaire au pouvoir patronal de direction. Aussi, au nom de la protection du salarié et de l'emploi, le législateur et le juge entendent obtenir de l'employeur qu'il s'explique sur le choix de sa décision. Cette exigence est sous-tendue par une obligation d'objectivité.

Le contenu du contrôle du pouvoir de direction par les tribunaux est donc déterminé

⁶⁴⁹ Cass. Soc., 16 avril 1996, SIETAM, Bull. civ V, n°164.

⁶⁵⁰ Cass. Soc., 3 décembre 1996, Framatome et Majorette, TPS 1997, Com, p.41.

⁶⁵¹ Cass. Soc., 17 mai 1995, Bull. civ V, n°159, "Everite" ; Cass. Soc., 13 février 1997, op. cit., "La Samaritaine".

⁶⁵² B. Boubli, *L'omniprésence du juge des référés dans le contentieux du licenciement pour motif économique*, Sem. soc. Lamy, 19 janvier 1998, n°870, p.5.

par l'objet du litige (*Section I*) et rendu possible par l'objectivation des décisions patronales (*Section II*).

§ 1 : L'objet du litige.

L'objet de la demande dont est saisi le juge détermine celui du contrôle auquel il va se livrer.

A : L'objet de la demande :

180. Les litiges portés devant les tribunaux et mettant en cause le pouvoir de direction sont nombreux et variés. Il peut s'agir de la contestation d'un licenciement, d'une rupture de la période d'essai et, plus généralement, de toutes décisions visant un salarié dès lors que ce dernier considère ses intérêts atteints. Peuvent également être contestées les décisions patronales intéressant la collectivité des salariés. Ainsi la qualité des plans sociaux, la décision de fermeture d'un site ou de transfert géographique peuvent-elles faire l'objet d'un contentieux.

Seul est contrôlé ce qui est demandé. En vertu des dispositions des articles 4 et 5 du nouveau code de procédure civile, les juges sont tenus par l'objet du litige et les conclusions des parties.

En matière de licenciement, les limites du litige sont fixées par le ou les motifs énoncés par l'employeur dans la lettre de licenciement conformément à l'article L. 122-14-2 du code du travail. La jurisprudence a donné à cette disposition la portée d'une règle de fond en considérant sans cause le licenciement non motivé⁶⁵³.

B : L'objet de la critique :

181. L'objet de la demande détermine celui de la critique à laquelle va se livrer le juge. Ainsi, face à la contestation d'un licenciement motivé par l'insuffisance professionnelle du salarié, le juge doit-il rechercher si le motif invoqué constitue ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement. Lorsque le litige porte sur une modification du contrat de travail ou sur un licenciement pour motif économique, l'objet de la critique est plus complexe.

A titre d'exemple, face à la contestation d'un licenciement motivé par le refus du salarié d'accepter une mutation, le juge devra apprécier le motif de cette mutation, car c'est ce motif qui sera contrôlé comme cause réelle et sérieuse de licenciement et non le refus du salarié qui constitue le motif de la rupture du contrat. De même, saisi d'un litige portant sur un licenciement fondé sur une suppression d'emploi, le juge devra apprécier si la cause de cette suppression répond aux exigences de la cause réelle et sérieuse, telles que définit par l'article L 321.1 du code du travail. Il doit donc **''s'interroger sur la cause originelle du licenciement''**⁶⁵⁴.

⁶⁵³ Cass. Soc., 10 janv. 1995, RJS 2/95, n°114.

⁶⁵⁴ J. Pélissier, *Droit de l'emploi*, Dalloz, 1999, p.507, n°1551.

Il faut distinguer selon que la demande porte ou non sur une mesure de licenciement. Le régime légal du licenciement impose un contrôle étendu du pouvoir patronal de direction. Le juge doit exercer son contrôle sur la réalité et le sérieux des motifs. Il doit donc s'assurer de l'exactitude et du caractère causal du motif invoqué et, ensuite, apprécier si les faits rapportés sont de nature à justifier le licenciement. L'appréhension d'un motif économique suppose un contrôle à deux étages. A la vérification de l'exactitude du fait générateur du licenciement, suppression ou transformation d'emploi ou modification substantielle des conditions de travail, s'ajoute le contrôle de la situation économique et financière de l'entreprise. Le juge doit déterminer si la réalité économique et financière justifie le fait générateur de la mesure de licenciement. En matière de contrôle de la cause réelle et sérieuse, le rôle de la Cour de cassation a évolué. Jusqu'en 1987, celle-ci **"contrôlait la qualification "cause réelle et sérieuse" donnée par les juges du fond"**⁶⁵⁵. Depuis, la Cour a abandonné le contrôle du caractère réel et sérieux de la cause du licenciement. Les juges du fond détiennent, par conséquent, un pouvoir souverain d'appréciation⁶⁵⁶. Pour autant, la Cour de cassation n'est pas absente du contrôle des motifs. Elle examine si le motif invoqué constitue une cause de licenciement. Pour ce faire, elle s'interroge sur le caractère objectif de la cause du licenciement. Ainsi décide-t-elle que la perte de confiance ne peut constituer en elle-même une cause réelle et sérieuse de licenciement⁶⁵⁷.

Elle intervient également dans la définition de la cause réelle et sérieuse lorsqu'elle **"limite les cas dans lesquels des faits concernant la vie privée du salarié peuvent être considérés comme une cause sérieuse de licenciement"**⁶⁵⁸. En outre, elle se livre au contrôle de la qualification des motifs qui détermine la procédure à mettre en œuvre. Elle précise donc ce qu'il faut entendre par motif non inhérent à la personne du salarié.

Lorsque l'objet de la demande ne vise pas une décision de licenciement, le contrôle du juge est beaucoup plus sommaire. Outre le respect des règles de procédure, seule est appréciée la finalité de l'acte litigieux. La mesure patronale ne doit pas être fondée sur des motifs étrangers à l'intérêt de l'entreprise sous peine d'être entachée de détournement de pouvoir. Mise à part cette réserve, l'employeur est seul juge de la décision à prendre. Ainsi, en matière de rupture du contrat de travail en période d'essai, dès lors que celle-ci n'est pas abusive, le juge n'a pas à substituer son appréciation à celle de l'employeur quant au sérieux du motif invoqué⁶⁵⁹.

Le contrôle des décisions patronales n'a de portée que s'il peut s'exercer sur des faits

⁶⁵⁵ J. Pélissier, *Droit de l'emploi*, op. cit., p.565, n°2051.

⁶⁵⁶ Cass. Soc., 21 janv. 1987, Dr. soc., 1987, p.91, obs. Picca ; Cass. Soc., 17 déc. 1992, CSB, 1993, 12, A. 9.

⁶⁵⁷ Cass. Soc., 29 nov. 1990, arrêt Fertray, D. 1991, p.190, note J. Pélissier.

⁶⁵⁸ J. Pélissier, *Droit de l'emploi*, op. cit., p.565, n°2051.

⁶⁵⁹ Cass. Soc., 25 mars 1985, Bull. civ. V, n°202 (non substitution de l'appréciation du juge du fond à celle de l'employeur quant aux insuffisances professionnelles alléguées par ce dernier).

objectifs. Cette obligation à la charge de l'employeur d'alléguer des éléments vérifiables à l'appui de sa décision s'est construite en plusieurs étapes législatives et jurisprudentielles.

§ 2 : L'objectivation des décisions patronales.

A : Evolution :

182. Jusqu'en 1973, la principale limite au pouvoir patronal de direction résultait de l'application du mécanisme de la censure de l'abus de droit. L'employeur était libre de ses choix qu'il n'avait pas à justifier. La sanction éventuelle de l'abus de droit supposait que le salarié demandeur établisse l'existence d'un abus constitutif d'une faute imputable à l'employeur et le lien de causalité entre cette faute et le préjudice subi⁶⁶⁰. L'obligation de justification va se construire avec la protection légale du salarié contre le licenciement.

Le droit de résiliation d'un contrat de travail répond au principe de prohibition des engagements perpétuels,⁶⁶¹ protecteur de la liberté individuelle. Jusqu'en 1958, ce droit de résiliation était reconnu de façon identique aux deux parties. La loi du 19 février 1958 dissocie le régime de la démission de celui du licenciement en imposant à l'employeur la notification du licenciement par lettre recommandée et le préavis. L'ordonnance du 13 juillet 1967 crée l'indemnité légale de licenciement. Ce sont les lois du 13 juillet 1973 et du 3 janvier 1975 qui vont mettre en place un véritable droit du licenciement. La loi du 13 juillet a introduit deux innovations majeures : l'exigence d'une procédure préalable d'entretien avec le salarié et une cause suffisante pour licencier le salarié. Le législateur de 1973 avait choisi de n'imposer l'énonciation des motifs ni dans la lettre de convocation à l'entretien préalable, ni dans la lettre de licenciement.

La loi du 30 décembre 1986 impose à l'employeur d'énoncer les motifs dans la lettre de licenciement lorsqu'il s'agit d'un licenciement pour motif économique ou disciplinaire. Pour les autres motifs, la notification a lieu à la demande du salarié. C'est la loi du 2 août 1989 qui étend l'obligation d'énonciation des motifs à tous les licenciements (Art. L.122-14-2 al 1 CT).

L'employeur est donc tenu d'expliquer pourquoi il a décidé de telle ou telle mesure. Le juge doit pouvoir appréhender ces motifs, par conséquent, des éléments objectifs doivent venir les expliciter. Le juge doit rechercher des éléments, des explications, des précisions sur ce qui a conduit l'employeur à prendre la mesure litigieuse. Il doit, dans sa mission de contrôle, s'appuyer sur des éléments précis. L'exigence de justification s'entend comme le devoir pour l'employeur d'apporter des éléments objectifs permettant de contrôler le bien-fondé de sa décision.

B : L'obligation pour l'employeur d'alléguer des faits précis :

183. En vertu de l'article L. 122-14-3 du code du travail, le licenciement est réputé non

⁶⁶⁰ Voir G. Couturier, *Droit du travail*, t.II, op. cit., p.210, n°120.

⁶⁶¹ Voir A. Jeammaud, *Le licenciement*, Dalloz, 1993.

causé dès lors que la lettre de licenciement est insuffisamment motivée pour permettre le contrôle juridictionnel des motifs. La validité de l'acte de licenciement dépend donc directement de la constatation de circonstances objectives. La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises, en matière de contrôle de la cause réelle et sérieuse, l'obligation pour l'employeur d'apporter des faits précis, objectifs et contrôlables⁶⁶².

Le juge ne saurait se satisfaire de griefs formulés en termes généraux. Quant à l'employeur, il ne saurait s'en tenir à des "affirmations gratuites et peu sérieuses"⁶⁶³. La jurisprudence actuelle cherche à éliminer toute décision fondée sur la subjectivité de l'employeur.

1 – Concernant les motifs personnels.

184. Les décisions de justice concernant les licenciement pour motif personnel donnent plusieurs illustrations de cette recherche d'objectivité. Lorsque l'employeur fait référence dans la lettre de licenciement à des motifs, par nature très subjectifs, ceux-ci ne peuvent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement que s'ils reposent sur des éléments concrets, vérifiables.

Ainsi, l'insuffisance professionnelle ne saurait être fondée sur une appréciation purement subjective de l'employeur. Bien que l'appréciation des aptitudes professionnelles relève du pouvoir patronal, il appartient à l'employeur d'établir des faits susceptibles de vérifications à l'appui de son allégation. La même exigence prévaut pour les licenciements fondés sur la perte de confiance. Celle-ci ne constitue pas en elle-même un motif de licenciement⁶⁶⁴. Elle doit avoir pour origine des faits précis impliquant le salarié. La perte de confiance ne peut, par conséquent, résulter du fait que la concubine d'un salarié ait démissionné puis soit engagée dans une entreprise concurrente dès lors qu'un comportement déloyal du salarié vis à vis de l'employeur n'est pas démontré⁶⁶⁵.

De simples craintes de l'employeur, même légitimes, ne constituent pas des faits précis. Ainsi, lorsqu'un salarié a été relaxé au pénal au bénéfice du doute, l'employeur ne peut retenir les faits que le juge pénal a écarté comme n'étant pas établis pour fonder la perte de confiance⁶⁶⁶. La mésentente et l'incompatibilité d'humeur entre l'employeur et un salarié ne peuvent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, sauf si elles ont une incidence sur la bonne marche de l'entreprise.

⁶⁶² Cass. Soc., 8 octobre 1987, JCP 1987, IV, p.380 ; Cass. Soc., 3 avril 1990, CSB, 1990, 133, A.30 (L'employeur ne peut se contenter d'alléguer de façon générale l'insuffisance professionnelle du salarié) ; Cass. Soc., 29 novembre 1990, D. 1991, p.190, note J. Pélissier (Dans l'arrêt Fertray, la Cour de cassation affirme qu'un licenciement pour une cause inhérente à la personne doit être fondé sur des éléments objectifs).

⁶⁶³ Cass. Soc., 11 janvier 1979, Bull. civ. V, p.21, n°28.

⁶⁶⁴ Cass. Soc., 29 nov. 1990, Bull. civ. V, p.359.

⁶⁶⁵ Cass. Soc., 16 mai 1991, RJS 7/91, p.433.

⁶⁶⁶ Cass. Soc., 20 mars 1997, Bull. civ. V, n°210.

L'exigence de faits précis et contrôlables est une garantie contre l'arbitraire de la décision patronale. C'est également une garantie des droits fondamentaux de l'individu, et notamment le droit au respect de la vie privée affirmé par l'article 9 du Code Civil, lorsque les faits reprochés au salarié n'appartiennent pas aux relations de travail.

Sur le fondement de l'article 9 du Code Civil, la Cour de cassation a désapprouvé le licenciement d'une secrétaire d'un concessionnaire Renault, sanctionnée pour avoir acheté un véhicule de marque Peugeot⁶⁶⁷. Pour la Cour, l'achat de cette voiture n'a pas causé un trouble objectif au sein de l'entreprise. A l'inverse, est fondé le licenciement pour faute d'un agent de surveillance qui a commis un vol hors de son temps de travail⁶⁶⁸. L'entreprise de gardiennage connaît en l'espèce un trouble caractérisé dans la mesure où une probité absolue est requise pour ce type de travail.

Cette exigence de justification objective doit être respectée dès lors que l'employeur décide de mesures discriminatoires. En l'absence d'une norme générale d'égalité de traitement, l'employeur est libre de mener comme il l'entend sa gestion du personnel s'il ne se fonde pas sur des critères explicitement prohibés par la loi. Cependant, la lecture d'arrêts se prononçant sur des différences de traitement ne permet pas d'affirmer l'existence de différences à "l'état pur". Ainsi, dans deux arrêts en date du 15 mai 1991 et mettant en cause le pouvoir disciplinaire de l'employeur, la Cour de cassation affirme l'existence du pouvoir patronal d'individualisation de la sanction mais relève que la différence de traitement est, en l'espèce, justifiée par une différence dans les situations des salariés⁶⁶⁹. D'autre part, certaines décisions laissent à penser que la Cour de cassation tendrait à élargir le domaine de la discrimination entre travailleurs dans l'entreprise au delà de la liste des motifs discriminatoires textuels.

Tout en posant le principe de la liberté patronale, elle considère que les distinctions en matière de classification, de salaire et de sanction doivent être fondées sur des différences objectives dans les attributions, les aptitudes ou attitudes des salariés concernés. En matière salariale, la Cour de cassation impose à l'employeur d'expliquer les différences de traitement entre les salariés en s'appuyant sur le principe à "travail égal, salaire égal"⁶⁷⁰. L'application de cette règle devrait apporter une rationalisation des politiques de rémunération.

En effet, l'employeur qui souhaite opérer une différence de traitement entre des salariés placés dans une situation identique, devra fournir au juge les éléments permettant de justifier cette inégalité. Ce principe "à salaire égal, travail égal" a été consacré par la Cour de cassation depuis l'arrêt Ponsolle⁶⁷¹.

⁶⁶⁷ Cass. Soc., 22 janvier 1992, Dr. soc., 1992, p.268.

⁶⁶⁸ Cass. Soc., 20 nov. 1991, Dr. soc., 1992, p.79.

⁶⁶⁹ Cass. Soc., 15 mai 1991, Dr. soc., 1991, p.619.

⁶⁷⁰ Cass. Soc., 29 octobre 1996, Dr. soc., 1996, p.1013.

⁶⁷¹ Cass. Soc., 29 octobre 1996, op. cit.

Certains journalistes ont vu dans cet arrêt une remise en cause de l'individualisation des salaires⁶⁷². Outre que cette lecture apparaît tout à fait infondée, cette décision ne vise pas directement le pouvoir de direction. Elle se limite à confirmer que le principe "à travail égal, salaire égal" est d'application plus large que la comparaison entre les hommes et les femmes et refuse qu'une différence d'ancienneté entre deux salariés puisse expliquer une différence de salaire lorsqu'il existe une prime d'ancienneté.

La Cour de cassation ne fait qu'affirmer sa volonté de voir les mesures d'individualisation fondées sur des critères objectifs, comme elle l'avait déjà énoncé pour la perte de confiance. Ainsi sont "sanctionnés" les employeurs incapables d'avancer des justifications aux différences de traitement concernant des salariés effectuant un travail identique. Pour cela, est condamné au paiement de dommages-intérêts l'employeur qui instaure une inégalité de rémunération entre un salarié délégué syndical et ses collègues, placés dans une situation identique, sans donner **"aucune explication à cette différence de traitement"**⁶⁷³.

Ces décisions ne remettent pas en cause le pouvoir d'individualisation de l'employeur mais combattent l'arbitraire des choix patronaux. Cet objectif ne pourra être véritablement atteint que si les juges exigent que la justification tenant à la qualité du travail soit corroborée par des éléments objectifs et qu'ils ne se contentent pas d'une argumentation cohérente.

2 – Concernant les motifs économiques.

185. En matière de licenciement pour motif économique, l'article L.321-4 du Code du travail lie expressément l'acte de licenciement à l'exigence de motifs réels et sérieux et prescrit à l'employeur d'en limiter le nombre. La validité du licenciement dépend directement de la constatation de circonstances économiques objectives et la liberté reconnue à l'employeur se trouve limitée, voire assujettie au respect d'une fonction économique et sociale. Tout au long de la procédure de licenciement pour motif économique, l'employeur devra apporter des éléments objectifs pour légitimer ses choix.

Dans la lettre de licenciement, tout d'abord, l'employeur ne doit pas se contenter d'exposer les circonstances économiques défavorables auxquelles il doit faire face mais il doit également indiquer en quoi ces circonstances entraînent des mesures de licenciement. Il doit établir le lien entre la situation économique et son choix de gestion qui entraîne le licenciement. La lettre de licenciement qui se borne "à faire état d'une baisse d'activité"⁶⁷⁴ ne répond pas aux exigences de la loi et le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

⁶⁷² F. Lemaître, *Le Monde*, 8 novembre 1996, p.21.

⁶⁷³ Cass. Soc., 16 décembre 1998, *Juris Hebdo*, n°616 du 1^{er} février 1999.

⁶⁷⁴ Cass. Soc., 30 avril 1997, *Lamy social* 1998, n°4411 ; Cass. Soc., 7 janvier 1998, *CSB*, 1998, p.81 (En l'espèce, la Cour de cassation a décidé que la lettre de licenciement indiquant que le salarié ne remplit pas la tâche qui lui a été confiée et insuffisamment motivée).

Il doit ensuite établir les éléments objectifs qui l'ont conduit au choix des salariés licenciés. En vertu de l'article L.321-1-1 du contrat de travail, à défaut de convention ou d'accord collectif de travail applicable, c'est l'employeur qui définit unilatéralement les critères retenus pour l'ordre des licenciements. L'employeur doit tenir compte de l'ensemble des critères légaux, charges de famille, ancienneté, situation des salariés présentant des caractéristiques sociales particulières, qualités professionnelles. L'énumération formulée par la loi n'a pas un caractère limitatif et n'établit pas une hiérarchie entre les critères. L'employeur peut privilégier l'un des critères à condition de prendre en considération l'ensemble de ceux-ci⁶⁷⁵. En cas de contestation des droits du ou des salariés licenciés, l'employeur est tenu de communiquer au juge les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter sa décision.

En exigeant de l'employeur une motivation précise et la présence de faits de nature objective pour expliciter ces choix, le législateur et le juge tentent d'ôter tout caractère arbitraire des décisions patronales. Ainsi la doctrine de l'employeur seul juge est-elle, pour le moins formellement, dépassée.

Le contrôle des faits allégués est opéré au regard de l'intérêt de l'entreprise. Aussi, la question fondamentale est-elle celle de l'intensité de ce contrôle. Jusqu'où le juge peut-il aller dans la critique des choix de l'employeur ? De quel contrôle la notion d'intérêt de l'entreprise est-elle annonciatrice ?

TITRE II : L'INTENSITE DU CONTRÔLE

186. Plusieurs affaires judiciaires relatives aux conflits du travail ont eu un retentissement certain. L'affaire de "la Samaritaine"⁶⁷⁶, en aboutissant à la réintégration des salariés, est parmi les plus remarquées. La loi du 27 janvier 1993 relative au licenciement pour motif économique a favorisé le développement du contentieux portant sur les plans sociaux et plusieurs de ces recours ont été couronnés de succès. Ce contexte peut donner l'impression que les juges ont un pouvoir d'immixtion dans la vie de l'entreprise leur permettant de mettre en cause le choix de gestion de l'employeur afin de préserver certaines exigences sociales.

Au-delà des apparences, il convient de s'interroger sur la réalité de ce pouvoir. En vertu des dispositions légales, notamment celles exigeant une cause réelle et sérieuse, il appartient au juge d'exercer un contrôle approfondi des actes patronaux. Ceux-ci doivent être justifiés par l'intérêt de l'entreprise⁶⁷⁷. Se pose alors deux questions distinctes. L'une porte sur l'existence même de cette notion et l'autre sur la portée effective de cette référence. L'usage de ce standard du droit est problématique étant donné qu'il met

⁶⁷⁵ Cass. Soc., 14 janvier 1997, *Dr. soc.*, 1997, p.162.

⁶⁷⁶ Cass. Soc., 13 février 1997, *op. cit.*

⁶⁷⁷ V. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, p.97.

directement en cause le pouvoir de direction, lui-même consacré par la jurisprudence qui refuse au juge le pouvoir de substituer son appréciation à celle de l'employeur (*chapitre II*). Devant cette difficulté, les juges sont portés à renforcer leur contrôle sur la réalité des actes patronaux allant parfois jusqu'à exercer un contrôle de proportionnalité (*chapitre I*).

Chapitre I : Les acquis du droit positif

187. Les dispositions de l'article L.122-14 relatives à la cause réelle et sérieuse du licenciement ont ouvert "*la porte à un contrôle prud'homal assez intense*"⁶⁷⁸ : le contrôle de la réalité et celui de la rectitude des intentions patronales.

Section I : Le contrôle de la réalité.

Depuis la loi du 13 juillet 1973, les juges ont l'obligation de rechercher si la cause alléguée par l'employeur à l'appui de sa décision de licenciement existe réellement. L'intensité de ce contrôle de réalité est variable selon la nature du motif.

§ 1 : Le motif personnel.

188. En matière de licenciement pour motif personnel non disciplinaire, les principales causes de rupture sont l'absence du salarié, son inaptitude, l'insuffisance professionnelle et le refus d'une modification du contrat de travail⁶⁷⁹. Comme nous l'avons déjà souligné, dans ce dernier cas, c'est le motif de la modification refusée qui sert de motif au licenciement consécutif au refus.

Le contrôle du caractère réel de la cause du licenciement portent sur les faits précis et objectifs allégués par l'employeur. A défaut de tels éléments, le licenciement est réputé sans cause réelle et sérieuse⁶⁸⁰. Cependant, et malgré cette obligation d'objectivité, le contrôle demeure délicat lorsque la motivation patronale repose sur des éléments subjectifs. Dans ses hypothèses, l'apparence peut emporter la conviction du juge.

A : L'insuffisance professionnelle.

189. Les licenciements fondés sur l'insuffisance professionnelle illustrent cette difficulté. L'employeur est seul juge des qualités de ses salariés et le juge ne saurait prétendre substituer son appréciation à celle de l'employeur⁶⁸¹. La demande d'explication adressée à l'employeur autorise simplement le juge à vérifier que le mobile n'est pas étranger à l'intérêt de l'entreprise. Il va, pour ce faire, prendre en compte plusieurs facteurs tels que

⁶⁷⁸ A. Jeammaud, *Justice et économie: et le social ?*, revue générale de droit processuel, 1995, n°1, p.107.

⁶⁷⁹ J. Pélissier, *Droit à l'emploi*, op. cit., p.572 à 575.

⁶⁸⁰ Cass. Soc., 10 janvier 1995, Dr. soc., 1995, p.193, RJS 2/1995, n°114.

⁶⁸¹ Cass. Soc., 15 juin 1983, Bull. civ. V, n°325.

la qualification professionnelle, l'ancienneté dans l'entreprise, les circonstances de l'engagement et les relations antérieures notamment. Le juge recherche si des avertissements avaient déjà été notifiés au salarié et pose une limite selon laquelle l'insuffisance professionnelle ne saurait être invoquée à l'encontre d'un salarié qui a toujours donné satisfaction dans son travail mais auquel l'employeur n'a pas laissé le temps nécessaire pour s'adapter à ces nouvelles attributions⁶⁸². Par contre, l'inaptitude du salarié à de nouvelles conditions de travail entraînées par l'utilisation d'un nouveau matériel et consécutive à son refus de suivre une formation justifie un licenciement⁶⁸³.

S'il n'est pas nécessaire que l'insuffisance professionnelle ait entraîné, pour l'entreprise, un préjudice chiffrable pour constituer une cause réelle et sérieuse, la légitimité du licenciement en est cependant renforcée. Ainsi, la responsabilité face à de mauvais résultats, d'un salarié qui s'est révélé incapable d'assumer de nouvelles fonctions qu'il avait accepté, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement⁶⁸⁴.

Dans le domaine de l'appréciation des qualités du salarié, la cohérence de l'argumentation patronale prime la vérification de la réalité des faits.

B : Autres motifs inhérents à la personne du salarié.

190. Concernant les motifs personnels autres que les qualités professionnelles, le contrôle judiciaire porte sur les conséquences du grief et non sur le motif lui-même. Face au motif de perte de confiance ou d'incompatibilité d'humeur, le juge recherche si les faits invoqués perturbent le fonctionnement de l'entreprise. Il faut rapporter la preuve d'un trouble caractérisé dans le fonctionnement de l'entreprise. Pour ce faire, le juge va prendre en considération plusieurs critères. Le comportement du salarié et la nature des fonctions exercées par celui-ci sont des paramètres qui pourront justifier le licenciement du salarié. Le motif de perte de confiance, qui suppose que des faits objectifs puissent être avancés pour l'étayer, est souvent invoqué à l'encontre du personnel d'encadrement ainsi qu'à l'encontre des salariés dont la fonction nécessite des qualités particulières⁶⁸⁵. La perte de confiance peut être fondée sur des faits relevant de la vie personnelle du salarié.

Dans cette hypothèse, le juge va rechercher l'équilibre entre l'intérêt de l'entreprise et la protection des libertés. Ainsi, dans un arrêt en date du 16 décembre 1998, la Cour de cassation a-t-elle décidé que la situation financière personnelle critique d'un employé de banque ne pouvait justifier son licenciement dès lors que le trouble caractérisé apporté à l'entreprise n'était pas démontré⁶⁸⁶.

⁶⁸² C.A. Aix en Provence, 20 février 1975, Dr. ouvrier, 1976, p.16.

⁶⁸³ Cass. Soc., 8 mars 1994, cité par J. Pélissier, Droit de l'emploi, op. cit., p.574, n°2070.

⁶⁸⁴ Cass. Soc., 28 mars 1985, Cah prud'h., 1986, p.100.

⁶⁸⁵ Cass. Soc., 20 novembre 1991, Dr. soc., 1992, p.79 (En l'espèce, le vol commis par un agent de surveillance constitue un trouble caractérisé pour l'entreprise de gardiennage employeur).

A contrario, les problèmes financiers du salarié pourraient justifier son licenciement pour perte de confiance s'ils portaient atteinte à la réputation de la banque et engendrait une perte de sa clientèle. La finalité de l'entreprise devient alors un facteur déterminant pour justifier l'immixtion de l'employeur dans la vie personnelle du salarié ⁶⁸⁷.

L'existence de conséquences néfastes pour l'entreprise ne soustrait cependant pas l'employeur à son obligation d'expliquer en quoi les faits sont imputables au salarié licencié. Pour cela, l'incompatibilité d'humeur entre une salariée et ses collègues qui, aux dires de l'employeur paralyse le service, ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement dans la mesure où aucun fait particulier, n'était reproché à l'intéressée ⁶⁸⁸.

En matière de licenciement pour motif économique, le contrôle de la réalité doit conduire le juge à apprécier l'environnement économique de l'entreprise.

§ 2 : Le motif économique.

191. L'article L.321-1, al.1 du code du travail dispose que "constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques". A cette définition légale, la jurisprudence, interprétant l'adverbe "notamment", a rajouté la réorganisation de l'entreprise aux difficultés économiques ou mutations technologiques ⁶⁸⁹. Le contrôle de la réalité du motif économique s'opère donc en deux temps, celui de la cause économique et celui du fait générateur.

Dés lors que le juge est saisi d'une contestation portant sur un licenciement pour motif économique, il doit au préalable opérer un contrôle de qualification. A cette fin, il doit s'assurer que le motif économique invoqué ne cache pas des raisons tenant à la personne du salarié.

A Le contrôle de qualification.

192. L'existence d'un motif personnel est toujours possible étant donné que si la cause économique est de portée collective, la mesure de licenciement est individuelle. Cette difficulté n'existe pas dans le licenciement pour motif personnel où c'est la mauvaise exécution du contrat de travail qui emporte la rupture.

⁶⁸⁶ Cass. Soc., 16 décembre 1998, Juris. Hebdo n°616 du 1er février 1999.

⁶⁸⁷ Voir J. Y. Frouin, *La protection des droits de la personne et des libertés du salarié*, CSBP, 1998, p.123 ; Ph. Waquet, *Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance*, Gaz. Pal., 1996, p.1427.

⁶⁸⁸ Cass. Soc., 26 mai 1998, RJS 7/98, n°832.

⁶⁸⁹ Cass. Soc., 5 avril 1995, Dr. soc., 1995, p.488 ; Cass. Soc., 14 mars 1997, RJS 6/97, n°657.

La Cour de cassation contrôle la qualification du motif et considère que **"si un employeur licencie en évoquant un motif économique et qu'en réalité le motif invoqué tient à la personne du salarié, ce motif ne peut constituer une cause réelle et sérieuse"**⁶⁹⁰. Lorsque la distinction entre motif économique et motif personnel s'avère délicate, la preuve d'un fait précis ne suffit pas à démentir que la cause soit effectivement économique. Le juge doit s'interroger sur la réalité des circonstances invoquées et seule la constatation de plusieurs éléments de fait permettra de décider de la nature du motif. Lorsqu'est invoquée l'insuffisance professionnelle du salarié, les tribunaux ont tendance à considérer qu'elle constitue un motif économique quand elle fait suite à une mutation, un changement d'emploi.

Dés lors que les juges ont relevé que le licenciement litigieux reposait bien sur un motif non inhérent à la personne du salarié, ils doivent apprécier si la situation à l'origine du licenciement répond aux exigences de l'article L.321-1, al. 1 du code du travail.

B Le contrôle de la cause économique.

L'article L.321-1 al. 1 du code du travail distingue deux causes constitutives d'un licenciement économique : des difficultés économiques ou des mutations technologiques. A celle-ci, il convient d'ajouter une cause envisagée par la jurisprudence : la réorganisation de l'entreprise.

193. La formule "difficultés économiques" est un standard juridique au même titre que celle de "l'intérêt de l'entreprise". Il appartient au juge du fond d'apprécier la réalité des difficultés économiques de façon souveraine⁶⁹¹.

Il a été jugé que constituent des difficultés économiques des pertes financières importantes, de graves difficultés de trésorerie⁶⁹², une détérioration durable du chiffre d'affaire, un déclin d'activité⁶⁹³. A contrario, de simples difficultés passagères ne justifient pas le recours à des licenciements économiques.

Les difficultés économiques doivent exister au moment du licenciement. Des prévisions sur le long terme ne sauraient fournir une cause économique de licenciement⁶⁹⁴. Elles s'apprécient au niveau de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel l'entreprise appartient⁶⁹⁵. Le secteur activité est l'espace au sein duquel les choix et

⁶⁹⁰ Ph. Waquet, *Le contrôle par la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement*, Dr. soc., 1992, p.981.

⁶⁹¹ Cass. Soc., 12 déc. 1991, RJS 2/1992, n°134.

⁶⁹² Cass. Soc., 2 nov. 1991, Bull. civ. V, n°511.

⁶⁹³ Cass. Soc., 29 mai 1991, RJS 7/1991, n°829.

⁶⁹⁴ Cass. Soc., 7 décembre 1993, Dr. soc., 1994, p.215.

⁶⁹⁵ Cass. Soc., 5 avril 1995, Dr. soc., 1995, p.487 ; RJS 5/95, p.321 ; Semaine Sociale Lamy 1995, n°740, p.8.

stratégies de l'employeur relatifs aux modes de production, aux développements des produits, aux moyens technologiques connaissent une cohérence d'ensemble. Le secteur d'activité serait le cadre où les difficultés économiques pourraient **"recevoir la solution la plus satisfaisante pour l'emploi"**⁶⁹⁶.

Ainsi, lorsqu'une entreprise exploite plusieurs magasins, les juges doivent-ils examiner la réalité des difficultés économiques en fonction de l'activité de l'ensemble de ces magasins et non au regard du seul magasin dans lequel travaille le salarié⁶⁹⁷.

Ceci étant, le manque de transparence des grands groupes internationaux rendra parfois malaisé la recherche du secteur d'activité. En outre, la notion du secteur d'activité est dénuée d'intérêt lorsque les mesures de licenciement sont de simples mesures de gestion destinées à satisfaire l'exigence de rentabilité immédiate du capital, sans lien avec l'analyse des marchés.

194. La notion de mutations technologiques recouvre toute introduction de techniques, processus ou matériels nouveaux au sein de l'entreprise. Dès lors qu'une suppression ou transformation d'emploi ou modification du contrat de travail est consécutive à de telles mutations, elle donne lieu à un licenciement pour motif économique même en l'absence de difficultés économiques⁶⁹⁸.

La cause réelle et sérieuse du licenciement est cependant subordonnée à la mise en œuvre par l'employeur de son devoir d'adaptation des salariés à leur emploi⁶⁹⁹. L'employeur a l'obligation de former le salarié aux nouvelles technologies et techniques de travail utilisées⁷⁰⁰.

Ainsi la Cour de cassation a-t-elle considéré que le licenciement d'une salariée qui, malgré une formation n'a pu s'adapter à l'informatisation de son poste, est fondé sur une cause réelle et sérieuse⁷⁰¹. Toutefois, le devoir d'adapter les salariés à leur emploi n'impose pas à l'employeur de leur assurer une formation qualifiante⁷⁰². L'employeur qui entend se prévaloir d'une mutation technologique devra en faire état dans la lettre de licenciement, sinon il devra démontrer que la réorganisation à laquelle il a procédé en raison de cette mutation était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité⁷⁰³.

⁶⁹⁶ P. Langlois, *Le motif économique*, Gaz. Pal., 5-6 février 1997, p.7.

⁶⁹⁷ Cass. Soc., 17 juin 1992, RJS 8-9/1992, n°980, 1^{ère} esp., Cass. Soc., 16 octobre 1997, cité dans *social pratique* du 10 sept. 1998 n°284, p.14.

⁶⁹⁸ Cass. Soc., 2 juin 1993, Dr. soc., 1993, p.678.

⁶⁹⁹ Cass. Soc., 25 février 1992, Exposit., Bull. p.74, n°122.

⁷⁰⁰ Cass. Soc., 19 octobre 1994, JCP E, 1994, pan. 1376.

⁷⁰¹ Cass. Soc., 15 octobre 1992, RPDS, 1993, n°576, Somm. n°129, RJS 11/92, n°1247.

⁷⁰² Cass. Soc., 4 février 1998, RJS 4/98, n°434 (suite à la substitution d'un mode industriel de production de pianos à un mode artisanal, le salarié, de formation artisanale, ne pouvait bénéficier d'une adaptation au nouvel emploi).

195. La cause économique reposant sur la réorganisation de l'entreprise a été introduite par la Cour de cassation⁷⁰⁴ mais n'a pas fait l'objet de définition précise. La réorganisation de l'entreprise vise une multitude d'opérations telles que des redéploiements ou des concentrations d'activités, des modifications des moyens de production ou des modes de fabrications⁷⁰⁵.

L'exercice de ce pouvoir patronal d'organisation n'est pas limité aux situations dans lesquelles l'entreprise connaît des difficultés. Aussi, tant elle recouvre des situations disparates, la réorganisation invoquée comme cause de licenciement aurait pu ruiner le dispositif de contrôle des motifs de licenciements économiques.

Afin d'éviter cet écueil, la Cour de cassation a essayé de tracer les contours de la réorganisation constitutive d'une cause de licenciement. Pour ce faire, elle a tout d'abord exigé que la réorganisation soit effectuée dans l'intérêt de l'entreprise⁷⁰⁶, puis elle a imposé que les mesures de licenciement envisagées soient prises pour la sauvegarde de la compétitivité⁷⁰⁷.

Les mesures prises pour la sauvegarde de la compétitivité peuvent être destinées à l'amélioration et au contrôle de la qualité des produits⁷⁰⁸. Elles peuvent également avoir pour objet une harmonisation des conditions de travail et d'emploi. Si les disparités des conditions de travail entraînent des dysfonctionnements et des surcoûts dont l'entreprise ne peut pas supporter la charge, des licenciements économiques peuvent être fondés⁷⁰⁹. L'employeur peut enfin prendre des décisions destinées à permettre à l'entreprise de rester concurrentielle. A été jugée indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise la décision de supprimer un site devenu obsolète⁷¹⁰.

La lecture des décisions de justice invite à penser que la sauvegarde de la compétitivité implique un risque pour l'entreprise. La compétitivité de l'entreprise doit être menacée au moment du choix patronal de licencier. Il convient de la sauver ou, à tout le moins, de la maintenir. En l'absence de toute difficulté financière, c'est à l'employeur d'établir la nécessité de prendre des mesures indispensables pour sauvegarder sa compétitivité.

⁷⁰³ Cass. Soc., 5 octobre 1999, Dr. soc., 2000, p.121, obs. J. Mouly.

⁷⁰⁴ Cass. Soc., 26 janvier 1994, RJS 3/1994, n°234 ; Cass. Soc., 1^{er} avril 1992, RJS 5/1992, n°597.

⁷⁰⁵ B. Boubli, *Le licenciement économique, 10 ans après la suppression de l'autorisation administrative*, Gaz. Pal., 5-6 février 1997.

⁷⁰⁶ Cass. Soc., 1^{er} avril 1992, op. cit.

⁷⁰⁷ Cass. Soc., 23 mai 1995, Dr. soc., 1995, p.678.

⁷⁰⁸ Cass. Soc., 9 mars 1994, Liaisons sociales, n°7044 du 6 juin 1994, p.4.

⁷⁰⁹ Cass. Soc., 26 janvier 1994, RJS 3/94, n°234.

⁷¹⁰ **Cass. Soc., 2 juin 1999, cité par Mémo social 2000, éd. Liaisons sociales, p.615, n°1330.**

Ne répond pas à cette obligation l'employeur que licencie un salarié pour suppression d'emploi après l'intégration de sa société dans un groupe ayant entraîné une réorganisation structurelle des tâches⁷¹¹. De même, dans l'affaire Thomson Videocolor, la Cour d'appel de Paris n'a pas retenu le caractère sérieux du motif car l'employeur n'établissait pas qu'en délocalisant il restait compétitif⁷¹². De la cohérence de l'argumentation patronale dépend en grande partie le caractère causé ou non d'une mesure de licenciement.

Après le contrôle de la réalité de la cause économique, le juge doit vérifier qu'est établie la suppression ou la transformation d'emploi ou la modification du contrat de travail refusée par le salarié.

C Le contrôle de la réalité du fait générateur.

Aux termes de l'articles L.321-1, al. 1 du code du travail, le licenciement pour motif économique résulte soit d'une suppression ou transformation d'emploi, soit d'une modification du contrat de travail.

196. La suppression d'emploi est la disparition matérielle des tâches mais celle-ci peuvent être intégrées dans un autre emploi⁷¹³. En revanche, les tâches ne peuvent pas être confiées à un salarié recruté postérieurement au licenciement. Si le salarié est remplacé dans son emploi, il n'y a pas licenciement économique⁷¹⁴.

La solution est identique même si l'embauche de remplacement intervient avant le licenciement⁷¹⁵. La délocalisation des emplois correspond à une suppression⁷¹⁶ et non à un transfert⁷¹⁷, l'emploi étant **"caractérisé non seulement par la tâche à accomplir mais aussi par le milieu au sein duquel il est effectué"**⁷¹⁸.

Dans l'affaire Videocolor, la Chambre sociale de la Cour de cassation fait sienne l'analyse de M. Savatier en considérant que dès lors que l'établissement situé en France **"avait été fermé et que l'activité s'exerçait sur d'autres sites, notamment à l'étranger, dans un milieu différent"**⁷¹⁹, les emplois devaient être considérés comme

⁷¹¹ Cass. Soc., 9 juillet 1997, Sem. soc. Lamy, 8 septembre 1997, n°852.

⁷¹² C.A. Paris, 29 avril 1997, RPDS, 1998, n°636.

⁷¹³ Cass. Soc., 29 janvier 1992, RJS 3/1992, n°264, 1^{ère} espèce, Bull. civ. V, n°52.

⁷¹⁴ Cass. Soc., 22 février 1995, RJS 4/95, n°361.

⁷¹⁵ Cass. Soc., 12 janvier 1999, cité par Mémo social 2000, éd. Liaisons sociales, p.616, n°1332.

⁷¹⁶ Cass. Soc., 5 avril 1995, Videocolor, op. cit.

⁷¹⁷ C.A. Lyon, 11 mai 1993, D. 1993, J., p.554, note M. Keller, JCP 1994, éd. E.II, p.547, note G. Couturier

⁷¹⁸ J. Savatier, *Délocalisations d'activités et cause réelle et sérieuse*, Dr. soc., 1993, p.648.

supprimés.

L'emploi du terme "milieu" démontre cependant de la part de la Cour de cassation la volonté de s'attacher à une certaine homogénéité dans l'organisation du travail pour contrôler l'existence du fait générateur. L'unité doit exister dans les tâches à accomplir, les qualifications requises et les statuts applicables. Cependant, comme le souligne M. A. Lyon-Caen, la référence à l'homogénéité dans l'organisation du travail peut ne pas être pertinente dans la mesure où l'unité du travail peut se vérifier dans un espace plus restreint que celui de l'entreprise et que nombre de groupes de sociétés ne définissent plus leur emploi par référence au lieu ou milieu mais par un ensemble de fonctions⁷²⁰.

Lorsque la suppression d'emplois ne correspond pas à une suppression des fonctions, le contrôle de la réalité s'effectue en recherchant de quelle manière l'entreprise s'est organisée pour faire assurer les fonctions du salarié licencié. Il se peut que la suppression d'emplois ne concerne pas le poste du salarié licencié. Par application des critères relatifs à l'ordre des licenciements, l'employeur peut licencier un salarié dans la catégorie professionnelle concernée mais ce n'est pas forcément celui qui occupe le poste supprimé⁷²¹. Dans cette hypothèse, la réalité de la suppression d'emploi s'apprécie au niveau de l'ensemble des salariés ayant une qualification leur permettant d'occuper des emplois de même nature. La réalité des suppressions d'emplois est appréciée au niveau de l'entreprise⁷²².

197. Le second fait générateur possible du licenciement est la transformation d'emploi qui s'entend comme l'évolution de l'emploi conduisant à conférer une qualification différente à son titulaire. Cette transformation d'emploi peut fonder un licenciement dès lors que l'employeur n'a pas contrevenu à son obligation d'adaptation⁷²³. Si l'obligation d'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi peut imposer à l'employeur de proposer une formation au salarié⁷²⁴, elle ne joue pas si l'écart de qualification est trop important.

Ainsi un salarié ne disposant d'aucune compétence en informatique ne peut-il bénéficier d'une formation d'adaptation en cas de transformation de son activité de vente de produits pharmaceutiques en une activité de programmation informatique, justifiée par une cause économique⁷²⁵. Après la formation, le licenciement reste possible si

⁷¹⁹ Cass. Soc., 5 avril 1995, op. cit.

⁷²⁰ A. Lyon-Caen, Dr. ouvrier, 1995, p.284.

⁷²¹ Cass. Soc., 29 juin 1994, Bull. civ. V, n°216 ; D. 1994, IR. 214.

⁷²² Cass. Soc., 5 avril 1995, Dr. ouvrier, 1995, p.284 ; Sem. soc. Lamy, 1995, p.13, n°740.

⁷²³ Cass. Soc., 25 janvier 1992, Exposit., D. 1992, Somm. 294, obs. A. Lyon-Caen.

⁷²⁴ Cass. Soc., 19 octobre 1994, JCP E, pan. 1376 ; Cass. Soc., 22 février 1995, Bull. civ. V, n°66.

⁷²⁵ Cass. Soc., 16 décembre 1997, RJS 2/98, n°155 ; Cass. Soc., 4 février 1998, op. cit.

l'employeur démontre l'incapacité du salarié à s'adapter au nouvel emploi ⁷²⁶ .

Une transformation d'emploi implique le plus souvent une modification du contrat de travail. La distinction entre modification et transformation d'emploi n'est pas aisée, d'autant que les deux produisent les mêmes effets juridiques en cas de refus du salarié. Pour être considérée comme telle, la transformation suppose une modification relativement importante qui change la nature et la qualification de l'emploi existant.

198. La modification du contrat de travail ne concerne que les éléments contractuellement fixés lors de l'embauche ou s'y rattachant. Le refus par le salarié de la modification peut, dans certaines conditions, constituer un licenciement pour motif économique.

Pour ce faire, cette modification doit trouver son origine dans un motif économique. Il y a modification du contrat de travail dès que l'employeur décide de réviser un des éléments essentiels du contrat dont fait partie la rémunération ⁷²⁷ , les fonctions du salarié ⁷²⁸ et les éléments contractualisés.

C'est l'objet de la modification qu'il convient de prendre en compte, peu importe que le salarié subisse ou non un préjudice ⁷²⁹ . La modification d'emploi peut s'accompagner ou non d'une transformation d'emploi. Sont concernées toutes les modifications justifiées par des difficultés économiques, des mutations technologiques, ou par la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité ⁷³⁰ .

Outre le contrôle de la réalité, le juge opère un contrôle de rectitude des décisions patronales. L'employeur détient un pouvoir finalisé ⁷³¹ , il doit agir dans l'intérêt de l'entreprise. Par conséquent, le juge va contrôler les mesures litigieuses au regard de ce critère et sanctionnera les décisions sans lien avec cet intérêt, de par leur caractère malveillant ou excessif.

Section II : Le contrôle de rectitude des intentions patronales.

199. Le dictionnaire Larousse définit la rectitude comme ce qui est droit, conforme à la raison, la justice, à la rigueur. Ainsi, le contrôle de rectitude exercé par le juge doit-il s'entendre comme le contrôle portant sur la motivation patronale et sur le caractère de la mesure envisagée.

⁷²⁶ Cass. Soc., 15 octobre 1992, op. cit.

⁷²⁷ **Cass. Soc., 19 mai 1998, Sem. soc. Lamy, 8 juin 1998, p.11, n°890.**

⁷²⁸ Cass. Soc., 25 mars 1998, JSL, 18 juin 1998, n°16-19.

⁷²⁹ Cass. Soc., 28 janvier 1998, Sem. soc. Lamy, 16 février 1998, n°890, p.12.

⁷³⁰ Cass. Soc., 26 janvier 1994, op. cit. (réduction des rémunérations visant à supprimer les différences entre 2 établissements et rendre les coûts comparables à ceux des concurrents).

⁷³¹ E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*

C'est à travers le contrôle du détournement de pouvoir et celui de l'erreur manifeste d'appréciation que le juge vérifiera la rectitude des intentions patronales.

§ 1 : Le contrôle du détournement de pouvoir :

200. Responsable du bon fonctionnement de son entreprise, l'employeur doit user de ses prérogatives dans l'intérêt de cette dernière. Il méconnaît sa mission s'il fonde ses décisions sur un motif étranger un intérêt de l'entreprise. Cette réserve formulée à l'égard du pouvoir patronal de direction est celle du détournement de pouvoir. La technique du détournement de pouvoir est empruntée au juge administratif. L'influence des techniques du juge administratif sur le juge judiciaire s'explique par la ressemblance existant entre le pouvoir patronal de direction et le pouvoir de l'administration, **"tous deux détenant la prérogative de prendre unilatéralement des décisions portant atteinte aux droits d'autrui"**⁷³². Le contrôle du détournement de pouvoir est un contrôle des mobiles.

A Le contrôle des mobiles :

201. Le juge apprécie le but de l'acte litigieux et dès lors que la décision patronale n'est pas dictée par l'intérêt de l'entreprise, le détournement de pouvoir est constitué⁷³³. Cette référence à l'intérêt de l'entreprise ne signifie pas que le juge se prononce sur la conformité de la décision à l'intérêt de l'entreprise. En aucun cas le contrôle porte sur l'opportunité de la décision. Il faut et il suffit que l'acte soit étranger à l'intérêt de l'entreprise⁷³⁴.

Le détournement de pouvoir sanctionne l'utilisation malveillante du droit, l'intention de nuire, la légèreté blâmable. Il est constitué lorsque l'employeur cherche à atteindre une liberté publique, un droit collectif des salariés et ou un intérêt personnel étranger aux rapports de travail.

Si l'exercice du pouvoir patronal de direction peut être entaché de détournement de pouvoir tout au long de l'exécution de la prestation de travail, la rupture de la période d'essai par l'employeur est un acte particulièrement propice à d'éventuels détournements de pouvoir.

202. En effet, pendant la période d'essai, la liberté de rompre est totale pour l'employeur comme pour le salarié. Cependant, **"l'essai étant subordonné avant tout à la preuve des qualités professionnelles, il est aisé de prévoir que la grande majorité des ruptures émanera de l'employeur"**⁷³⁵. L'article L.122-4 exclut l'application du droit commun du licenciement pendant la période d'essai. Par conséquent, **"le droit de**

⁷³² D. Lochak, *Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration*, Dr. soc., 1988, p.22 et suiv.

⁷³³ Cass. Soc., 9 mai 1990, Bull. civ. V, p.127, n°210.

⁷³⁴ Cass. Soc., 30 mai 1980, Bull. civ V, p.357, n°473.

⁷³⁵ H. Sinay, *Le travail à l'essai*, Dr. soc., 1963, p.157.

rompre vit en toute liberté⁷³⁶ . L'employeur n'a pas à se justifier et par conséquent la malveillance ou l'intention de nuire peuvent gouverner ses choix.

Afin de démasquer un éventuel détournement de pouvoir, le juge va apprécier l'attitude de l'employeur. Il va prendre en compte la finalité de l'essai et analyser les conditions de conclusion de l'essai et les circonstances de la rupture. La conception extensive de l'objet de l'essai ne favorise pas le contrôle du juge.

En effet, pendant la période d'essai, l'employeur doit évaluer non seulement les capacités professionnelles du salarié mais plus largement son attitude à l'emploi⁷³⁷ . Toutefois, la finalité de l'essai ne saurait permettre à l'employeur de tester les aptitudes du salarié sur un autre emploi que celui pour lequel il a été embauché. L'examen des circonstances de la rupture a permis de juger que relevaient du détournement de pouvoir le renvoi d'un salarié en cours d'essai, à la suite du renvoi de son père⁷³⁸ , ainsi que le renvoi du salarié qui avait sollicité "des éclaircissements sur la portée des relations contractuelles"⁷³⁹ .

De même est entaché de détournement de pouvoir la rupture de la période d'essai alors qu'aucun grief n'était invoqué par l'employeur et que le salarié était un ancien salarié de l'entreprise, qui, après quinze ans d'ancienneté, avait fait l'objet d'un licenciement pour motif économique⁷⁴⁰ . Parfois, l'utilisation de l'essai est un moyen pour l'employeur de détourner la réglementation du travail. La fraude caractérise alors le détournement de pouvoir. Il en est ainsi lorsque la période d'essai a pour objet d'assurer l'intérim à moindre frais⁷⁴¹ . Il est légitime de s'interroger sur tous les cas de rupture intervenant dès lors que la période d'essai s'achève.

Le détournement de pouvoir est la seule réserve applicable à l'encontre des décisions patronales autres que les licenciements.

203. Concernant les licenciements, le contrôle des mobiles de l'employeur fait partie intégrante du contrôle de la cause réelle et sérieuse.

L'examen de la licéité des intentions de l'employeur s'effectue à travers le contrôle des motifs invoqués dans la lettre de licenciement. Tout d'abord, le motif allégué peut porter expressément la preuve du détournement de pouvoir. Cette hypothèse se vérifie rarement dans la mesure où elle suppose que l'employeur ait motivé sa décision par un motif étranger à l'intérêt de l'entreprise. Pour éviter la sanction judiciaire, l'employeur va chercher à maquiller ses intentions. C'est alors le contrôle de la réalité des motifs auquel

⁷³⁶ Ph. Auvergnon, *Les ruptures en période d'essai*, Dr. soc., 1992, p.796.

⁷³⁷ H. Blaise, *La période d'essai : dix années de jurisprudence* , RJS 5/89, p.223.

⁷³⁸ Cass. Soc., 10 mai 1973, Bull. V, n°296.

⁷³⁹ Cass. Soc., 7 janvier 1988, Bull. V, n°13.

⁷⁴⁰ Cass. Soc., 9 octobre 1996, *Liaisons sociales*, janvier 1997, p.49.

⁷⁴¹ Cass. Soc., 22 février 1979, Bull. V n°167.

doit se livrer le juge qui permettra de déterminer l'existence d'un éventuel détournement de pouvoir. Le juge examine l'exactitude des faits puis apprécie si les faits réels sont bien ceux qui ont déterminé la rupture. Deux hypothèses sont concevables : les motifs allégués ne reflètent pas la réalité telle qu'elle ressort du débat judiciaire, ou bien les motifs sont exacts mais ne correspondent pas à la cause déterminante de la rupture. Dans les deux cas, la motivation exposée par l'employeur peut cacher des motifs étrangers à l'intérêt de l'entreprise. Pour rendre moins opaque la décision patronale, le juge va prendre en considération plusieurs facteurs : le comportement de l'employeur, les circonstances de la rupture. Ainsi doit être "sanctionné" l'employeur qui a licencié un salarié pour des motifs prohibés par l'article L.122-45 du code du travail mais aussi pour des raisons économiques dès lors que les difficultés économiques, tout à fait réelles, avaient pour origine une faute que l'employeur savait avoir commise. Se référant à l'article 1134 du code civil, la Cour de cassation décide que l'employeur ne pouvait alors venir exciper de sa bonne foi et déclare le licenciement non causé⁷⁴².

De même, ne peut avoir une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié dès lors que l'employeur a organisé son insolvabilité⁷⁴³ ou encore lorsqu'il connaissait au moment de l'embauche les difficultés de économiques qui affectaient son entreprise⁷⁴⁴. Ces décisions démontrent que le juge assimile au détournement de pouvoir des comportements qui traduisent la mauvaise foi, la fraude de l'employeur. Dans ces hypothèses, le détournement de pouvoir s'identifie au caractère non causé du licenciement.

Cependant, le détournement de pouvoir conserve un domaine résiduel distinct. Ainsi, les circonstances de la rupture peuvent-elles être entachées de détournement de pouvoir lorsqu'est reconnu un comportement injurieux ou vexatoire⁷⁴⁵. La sanction du détournement de pouvoir peut alors se cumuler avec celle du caractère illégitime du licenciement lorsqu'il en résulte un préjudice distinct⁷⁴⁶. De même, peut-on envisager qu'un licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse puisse néanmoins être sanctionné au titre du détournement de pouvoir⁷⁴⁷.

Conformément aux règles de la responsabilité civile, la charge de la preuve du détournement de pouvoir pèse sur le demandeur. Le salarié qui s'estime victime d'une décision abusive devra donc rapporter la preuve de cet abus devant le juge. La Chambre sociale de la Cour de cassation a cependant assoupli le régime de la preuve en matière de discrimination.

⁷⁴² Cass. Soc., 26 janvier 1994, Légis. soc., n°7014, p.5.

⁷⁴³ Cass. Soc., 9 octobre 1991, Dr. ouvrier, 1992, p.222.

⁷⁴⁴ Cass. Soc., 1^{er} mars 1994, RJS 4/94, n°254.

⁷⁴⁵ Cass. Soc., 12 mars 1987, Dr. ouvrier, 1987, p.393.

⁷⁴⁶ Cass. Soc., 25 janvier 1989, Bull. civ. V, p.35.

⁷⁴⁷ Cass. Soc., 7 mars 1991, Bull. civ. V, p.73.

B Le problème de la preuve :

204. Ce problème de preuve est particulièrement aigu dans la mesure où l'employeur est seul juge de l'aptitude du salarié à occuper l'emploi. Il est alors facile pour l'employeur de se retrancher derrière son pouvoir d'appréciation des qualités professionnelles du salarié pour justifier ses décisions. La preuve d'une discrimination étant souvent impossible à rapporter, la Chambre sociale de la Cour de cassation, s'inspirant de la démarche de la Cour de justice des Communautés européennes⁷⁴⁸, a réparti la charge de la preuve entre le salarié demandeur et l'employeur. Au salarié revient la charge de l'allégation et à l'employeur l'obligation de s'expliquer. Ainsi, le salarié doit-il rapporter la présence de plusieurs indices permettant d'établir un commencement de preuve de la discrimination.

Il peut rapporter des propos, des témoignages, démontrer l'évolution de ses conditions de travail, faire état de démarches visant à faire cesser les actes discriminatoires, autant d'éléments permettant au juge de former sa conviction. Si l'employeur ne rapporte pas la preuve de l'absence de discrimination, celle-ci sera constituée. Cette démarche donne toute sa portée aux dispositions du code du travail prohibant les discriminations. Devant le juge pénal, l'admission de la preuve de la discrimination est plus restreinte. Seule la discrimination directe est admise, il appartient donc au salarié de prouver l'intention discriminatoire de l'employeur⁷⁴⁹.

Reconnu, le détournement de pouvoir donne lieu au versement de dommages-intérêts à hauteur du préjudice subi et entraîne la nullité de la décision s'il fait apparaître un motif discriminatoire visé par l'article L.122-45 du code du travail.

A ce contrôle des mobiles s'ajoute celui de proportionnalité. Il ne s'agit plus pour le juge d'apprécier les mobiles de l'employeur mais de s'assurer que la mesure patronale ne revêt pas un caractère excessif.

§ 2 : Le contrôle de proportionnalité.

205. La règle générale est que les décisions patronales doivent répondre à l'intérêt de l'entreprise sous peine d'être entachées de détournement de pouvoir. En matière de licenciement, l'article L.122-14-3 du Code du travail impose l'existence de motifs sérieux. En outre, en matière de licenciement économique, le législateur impose à l'employeur de recourir à ce type de mesure qu'en dernier recours. L'employeur a l'obligation d'en limiter le nombre.

La décision patronale qui traduit un excès ne saurait répondre ni à l'intérêt de l'entreprise ni au caractère sérieux du motif de licenciement.

A La sanction de l'excès.

⁷⁴⁸ M. Th. Lanquetin, *La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire*, Dr. soc., 1995, p.435.

⁷⁴⁹ Cass. Crim., 8 mars 1994, Dr. soc., 1994, p.84, note M. Grévy.

206. La disproportion entre la cause et la conséquence supprime toute légitimité à la décision patronale. Pour certains auteurs, ce contrôle de l'excès s'apparente à celui de l'erreur manifeste d'appréciation opéré par le juge administratif⁷⁵⁰.

La sanction du caractère excessif d'une mesure patronale se vérifie dans le domaine des clauses de non concurrence. S'agissant d'une exception au principe de la liberté du travail garanti par la Constitution⁷⁵¹, les tribunaux ont toujours considéré que cette exception devait être limitée dans le temps, l'espace et quant à la nature des activités interdites⁷⁵². Pour être valable, une clause de non concurrence doit laisser au salarié la possibilité d'exercer l'activité qui lui est propre⁷⁵³. Une clause qui ne respecte pas ces conditions est frappée de nullité et le salarié peut obtenir des dommages-intérêts si la clause, objet de l'annulation, lui a causé un préjudice dans sa recherche d'emploi.

Depuis un arrêt en date du 14 mai 1992, la Cour de cassation permet au juge de vérifier si l'intérêt de l'entreprise rend la clause nécessaire⁷⁵⁴. La nécessité d'une telle clause est reconnue si l'entreprise est susceptible de subir un préjudice réel dans le cas où le salarié viendrait à exercer ses fonctions dans une entreprise concurrente. Dans un arrêt en date du 25 mars 1998, la Cour de cassation admet pour la première fois, semble-t-il, la réduction de l'étendue géographique d'une clause de non-concurrence⁷⁵⁵. Cette décision autorisant la révision partielle d'une clause excessive renforce les pouvoirs d'appréciation des juges en leur offrant une solution médiane entre l'annulation ou l'admission de la validité de la clause.

Les limites de l'obligation de non-concurrence dans le temps et dans l'espace permettent d'apprécier le caractère raisonnable de la protection que s'accorde l'entreprise. Afin de sanctionner les entraves excessives à la liberté du travail, le juge doit vérifier la réalité de la concurrence exercée par les entreprises ayant des activités identiques ou similaires⁷⁵⁶. De l'étendue de la clause, le contrôle porte aujourd'hui sur sa légitimité⁷⁵⁷.

⁷⁵⁰ J.E. Ray, *Contrôle minimum ou contrôle normal du juge judiciaire en matière disciplinaire*, Dr. soc., 1987, p.365

⁷⁵¹ Cons. Const., 23 mai 1983, Dr. soc., 1984, p.159, note Léo Hamon ; Cons. Const., 16 janvier 1986, Dr. soc., 1986, p.375 note Y. Gaudemet.

⁷⁵² Cass. Soc., 25 septembre 1991, CSB 1991, 235, A. 52 ("Une clause de non concurrence est licite si elle ne porte pas atteinte à la liberté du travail, en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace, compte tenu de la possibilité pour le salarié d'exercer des activités correspondant à sa formation et à son expérience professionnelle").

⁷⁵³ Cass. Soc., 27 février 1996, RJS 4/96, n°406 ; Cass. Soc., 2 décembre 1997, Bull. civ. V, n°414, RJS 1/98, n°33 ; Cass. Soc., 13 janvier 1998, Bull. civ. V, n°7, RJS 4/98, n°458.

⁷⁵⁴ Cass. Soc., 14 mai 1992, Bull. civ. V, n°309, RJS 6/92, n°735 ; D. 1992, p.450, note Serra ; Dr. soc., 1992, p.967, note Corrigan-Carsin ; Cass. Soc., 7 avril 1998, Bull. civ. V, n°202, RJS 5/98, n°591.

⁷⁵⁵ Cass. Soc., 25 mars 1998, JSL 3 juin 1998, n°15-6.

⁷⁵⁶ R. Vatinet, *Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail*, Dr. soc., 1998, p.534.

Il a été jugé que "la clause interdisant au salarié d'entrer dans une autre entreprise exerçant une activité similaire ne s'applique pas dès lors que les deux entreprises ne sont pas en situation de réelle concurrence, mais appartiennent à un même groupe économique et que le passage du salarié de l'un à l'autre est le résultat d'une entente entre lui et les deux employeurs successifs⁷⁵⁸. De même, les juges ont considéré qu'une société commercialisant des produits frais n'entraîne pas en concurrence avec une société de produits surgelés **"dans la mesure où les deux séries de produits..... ont des destinations différentes, de conservation longue ou de consommation immédiate"**⁷⁵⁹. A contrario, si le risque de concurrence est certain, la clause de non-concurrence **"peut valablement interdire toute activité dans une entreprise concurrente dès l'instant qu'elle est nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise"**⁷⁶⁰.

Dans cette hypothèse, les juges vont rechercher si le salarié, de par les fonctions qu'il occupait, peut nuire à l'exercice normal de la concurrence. La réponse est positive pour les salariés qualifiés, ayant accès à des informations confidentielles ou spécifiques, ou maîtrisant les méthodes d'organisation, de production ou de distribution de l'entreprise. A l'inverse, les salariés occupant des postes subalternes ne sont pas à même de porter atteinte aux intérêts de l'entreprise.

Ainsi, un emploi de chauffeur livreur ne justifie-t-il pas l'existence d'une clause de non-concurrence⁷⁶¹. Lorsque le salarié possède une qualification particulière légitimant la clause de non-concurrence dans son contrat de travail, celle-ci doit être limitée dans son objet afin de ne pas rendre impossible la réinsertion du salarié sur le marché du travail. Il convient d'analyser la durée de l'interdiction de non-concurrence, son étendue géographique et l'activité prohibée. Le contrôle des juges doit porter sur l'ensemble des limitations de la clause⁷⁶². Les juges se livrent alors à une étude de la situation professionnelle du salarié pour mesurer ses capacités de réinsertion. Ils prennent en compte son expérience, sa qualification, sa formation, son âge⁷⁶³. Ainsi est jugée valable la clause de non-concurrence prévue dans le contrat de travail d'un directeur dès lors

⁷⁵⁷ Cass. Soc., 14 mai 1992, D. 1992, p.350, note Y. Serra ("En raison des fonctions du salarié, la clause de non concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, l'employeur ne pouvait se prévaloir de cette clause"); Cass. Soc., 19 novembre 1997, Dr. soc., 1997, p.95.

⁷⁵⁸ Cass. Soc., 3 juin 1997, JCP 1998, E., p.329

⁷⁵⁹ Cass. Soc., 20 janvier 1999, Liaisons sociales, n°620 du 2 mars 1999.

⁷⁶⁰ Cass. Soc., 16 décembre 1998, Liaisons sociales, n°620 du 2 mars 1999.

⁷⁶¹ Cass. Soc., 20 janvier 1999, Liaisons sociales du 2 mars 1999, n°620.

⁷⁶² Cass. Soc., 20 janvier 1999, op. cit.

⁷⁶³ Cass. Soc., 28 octobre 1997, Dr. soc., 1998, p.78, obs. G. Couturier (Dans cet arrêt, la Cour de cassation, reprenant la motivation des juges du fond, tient compte de l'âge des salariés parmi les éléments d'appréciation de la validité de la clause).

qu'elle n'est pas excessive dans sa durée et qu'elle laisse au salarié la possibilité d'exercer une activité conforme à son expérience⁷⁶⁴.

Les juges s'interrogent concrètement sur les possibilités pour le salarié lié par une clause de non concurrence de retrouver un emploi, et "la licéité de la clause dépend donc des possibilités concrètes de reclassement qu'elle laisse au salarié"⁷⁶⁵. La formation et l'expérience professionnelle sont des critères essentiels en ce domaine mais doivent être complétées par un faisceau d'indices, notamment la situation de famille, le salaire et l'âge, pour "affiner l'appréciation de situations délicates"⁷⁶⁶.

Cette évolution de la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence qui permet au juge d'opérer au contrôle de proportionnalité répond à une utilisation grandissante de ce type de clause dans le contrat de travail. Aujourd'hui ne sont plus uniquement concernés par ces clauses les emplois hautement qualifiés mais également bon nombre de fonctions de cadres et de commerciaux ne nécessitant aucune formation particulière.

L'exigence de la protection de l'emploi appelait cette jurisprudence visant à trouver un équilibre entre des intérêts de l'entreprise définis par l'employeur et le droit au travail des salariés.

B La recherche de l'équilibre entre le droit à l'emploi et l'intérêt de l'entreprise.

207. Eu égard à la précarité de la situation des salariés face au marché de l'emploi, l'employeur ne saurait prendre une décision affectant le droit constitutionnel "d'obtenir un emploi" sans nécessité pour l'entreprise. Un raisonnement identique doit s'appliquer dès lors qu'une décision patronale met en cause une liberté fondamentale au nom de l'intérêt de l'entreprise.

Ainsi, dans un arrêt en date du 12 janvier 1999, la Cour de cassation a-t-elle jugé illicite une clause de résidence constituant une restriction au libre choix du domicile personnel au motif que n'était pas démontré le caractère indispensable de la clause pour l'entreprise ni son caractère proportionné au but recherché⁷⁶⁷. La Cour de cassation impose aux juridictions du fond une appréciation in concreto de la situation du salarié. Les libertés fondamentales de la personne ne doivent pas être assujetties à l'intérêt de l'entreprise sauf exception tirée de la nécessaire préservation des intérêts légitimes de l'entreprise.

208. Les décisions judiciaires relatives au licenciement pour motif économique s'inscrivent dans la même logique. Les juges demandent à l'employeur de justifier la

⁷⁶⁴ Cass. Soc., 16 décembre 1998, op. cit.

⁷⁶⁵ J. Savatier, obs. sous Cass. Soc., 18 décembre 1997, Dr. soc., 1998, p.194.

⁷⁶⁶ N. Gavalda, Les critères de validité des clauses de non concurrence en droit du travail, Dr. soc., 1999, p.582.

⁷⁶⁷ Cass. Soc., 12 janvier 1999, Dr. soc., 1999, p.287, note J. E. Ray.

nécessité de la mesure de licenciement qui ne saurait être une simple solution de confort destinée à maximiser les profits. La recherche exclusive de gains supplémentaires ne saurait constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Pour cela, est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement qui repose sur la seule volonté de réduire les coûts de fonctionnement sans qu'il existe de difficultés financières dans l'entreprise. A été jugé que n'a pas de motif économique le licenciement d'un salarié "qui coûte trop cher" à l'entreprise alors que celle-ci réalise des profits considérables⁷⁶⁸.

De même, une réorganisation ne justifie pas les licenciements si elle a seulement pour objet la recherche exclusive de meilleurs profits⁷⁶⁹.

Au regard des dispositions législatives faisant obligation à l'employeur de limiter le nombre de licenciements, fonder des licenciements sur la recherche exclusive d'une maximisation des profits ne relèverait-il pas d'une sorte d'usage abusif du droit de propriété ? Compte tenu de la situation de l'emploi, de telles mesures sont moralement inadmissibles.

C'est cela que la Cour de cassation condamne : "l'asservissement trop criant du droit au travail, de l'emploi des salariés, des libertés fondamentales à la seule loi du profit"⁷⁷⁰.

209. Le contrôle judiciaire porte donc sur la réalité des motifs allégués. Cet examen de la situation litigieuse conduit parfois à un contrôle de proportionnalité, mais ce dernier ne met pas en cause le pouvoir patronal de direction. L'employeur reste maître des mesures à prendre pour assurer le bon fonctionnement de son entreprise. Simplement, le juge vérifie que ces mesures ne soient pas excessives eu égard aux circonstances de l'espèce. Même dans le domaine des licenciements où le législateur a confié au juge un contrôle approfondi du motif⁷⁷¹, ce dernier ne substitue pas son appréciation à celle de l'employeur. La référence à l'intérêt de l'entreprise ne conduit pas à un contrôle d'opportunité des choix de l'employeur. En effet, le contrôle exercé au regard de cet intérêt ne s'émancipe pas de la doctrine de "l'employeur seul juge".

Chapitre II : La problématique du contrôle au regard de l'intérêt de l'entreprise

210. La notion d'intérêt de l'entreprise se rattache à la théorie institutionnelle de l'entreprise qui attribue à l'employeur un pouvoir finalisé, dépassant son intérêt individuel⁷⁷². La conduite de l'employeur ne saurait être dictée par des intérêts purement

⁷⁶⁸ Cass. Soc., 16 mars 1994, RJS 3/94, n°530.

⁷⁶⁹ Cass. Soc., 30 septembre 1997, RPDS 98, n°635, p.101, comm. M. Cohen.

⁷⁷⁰ A. Jeammaud, *Justice et économie : et le social ?*, Justices, 1995, n°1, p.118.

⁷⁷¹ J.O., Déb. Ass. Nat. 24 mai 1989, p.1179 ; Sénat, 13 juin 1989, p.1465.

⁷⁷² M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957.

personnels, son action devant être menée dans l'intérêt de la communauté que représente l'entreprise. Selon M. A. Lyon-Caen, cette formule est "magique"⁷⁷³, elle ne répond à aucune définition précise.

Sous l'impulsion du législateur qui a invité le juge à contrôler le pouvoir de direction de l'employeur, la Cour de cassation a consacré la notion d'intérêt de l'entreprise afin de s'assurer de l'objectivité des décisions patronales et de faire respecter un juste équilibre entre les intérêts en présence⁷⁷⁴.

Les tribunaux font fréquemment référence à l'intérêt de l'entreprise, ce qui place ce standard au cœur du dispositif du droit du travail⁷⁷⁵. Le recours à l'intérêt de l'entreprise permet à l'employeur de légitimer les décisions et au juge de se référer à un critère supplémentaire dans l'exercice de son contrôle du bien-fondé du pouvoir patronal. Néanmoins, le juge ne va pas jusqu'à décider ce qui est favorable à l'intérêt de l'entreprise. Cette responsabilité appartient en propre à l'employeur et il n'apparaît pas souhaitable qu'elle soit partagée avec l'institution judiciaire.

Le contrôle judiciaire se limite à l'examen de l'objectivité de la mesure patronale à travers l'examen du caractère réel et sérieux du licenciement. Le juge n'opère pas un contrôle d'opportunité (*Section I*).

Par ailleurs, compte tenu des modalités de son intervention, un tel contrôle n'est pas souhaitable (*Section II*).

Section I : Absence de contrôle d'opportunité.

211. Le contrôle judiciaire ne peut porter sur l'opportunité des décisions patronales dans la mesure où la notion de l'intérêt de l'entreprise coexiste avec la doctrine de "l'employeur seul juge". Si l'intérêt de l'entreprise est un critère d'appréciation au service du juge appelé à trancher des litiges mettant en jeu des intérêts antagonistes, la définition de son contenu reste une prérogative patronale.

§ 1 : Le contenu jurisprudentiel de la notion d'intérêt de l'entreprise.

Le contenu jurisprudentiel de cette notion qui se dégage des décisions de justice fait référence à un ensemble d'indices divers et variés.

212. Concernant les licenciements pour motif personnel, l'intérêt de l'entreprise est assimilé à la bonne marche de celle-ci. La perte de confiance, la mésentente, l'inaptitude professionnelle constituent des motifs de licenciement dans la mesure la bonne marche de l'entreprise est perturbée. Ainsi, procède d'une cause réelle et sérieuse le licenciement d'une femme de chambre en raison de nombreux arrêts maladie nuisant à la bonne

⁷⁷³ Cass. Soc., 13 oct. 1977, D. 1978, note A. Lyon-Caen, p.353.

⁷⁷⁴ M. C. Escande-Varniol, *La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise*, RJS 4/2000, p.260.

⁷⁷⁵ Voir G. Couturier, *L'intérêt de l'entreprise*, in Les mutations sociales du droit contemporain, études offertes à J. Savatier, 1992, p.143.

marche de l'entreprise⁷⁷⁶ .

De même, est fondé le licenciement d'un chauffeur qui a provoqué une succession d'accidents en raison d'un manque de maîtrise du véhicule dans la mesure où il en est résulté une perturbation dans le fonctionnement du service⁷⁷⁷ .

213. En matière de conditions de travail, le standard de l'intérêt de l'entreprise est aussi utilisé pour apprécier la légitimité de l'acte patronal. Concernant les horaires de travail, la Cour de cassation a estimé que **"les heures supplémentaires imposées par l'employeur, dans la limite du contingent dont il dispose légalement et en raison des nécessités de l'entreprise, n'entraînent pas de modification du contrat de travail"**⁷⁷⁸ . Les mesures imposant des contraintes spécifiques aux salariés, comme les fouilles des vestiaires ou le port d'une tenue vestimentaire spécifique, ne sont légales que si elles sont conformes à l'intérêt de l'entreprise⁷⁷⁹ .

Ce critère de finalité se retrouve dans les décisions relatives à la licéité des clauses contractuelles. **"La clause insérée dans le contrat n'est licite que dans la mesure où la restriction qu'elle entraîne est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise"**⁷⁸⁰ . "Bonne marche de l'entreprise", "nécessités de l'entreprise" ou encore "bon fonctionnement de l'entreprise", sont autant d'expression pour qualifier la notion cadre d'intérêt de l'entreprise. L'usage de cette notion permet au juge d'exercer son contrôle du caractère réel et sérieux du licenciement ou du détournement de pouvoir.

214. Dans le cadre du contrôle des licenciements pour motif économique, la Cour de cassation fait référence à la notion d'intérêt de l'entreprise lorsque le licenciement procède d'une réorganisation de l'entreprise. La Cour de cassation a posé le principe selon lequel une réorganisation pouvait constituer une cause économique de suppression ou transformation d'emploi ou de modification substantielle du contrat de travail lorsqu'elle était décidée dans l'intérêt de l'entreprise⁷⁸¹ . Les décisions ultérieures sont venues préciser les caractères que doit présenter la réorganisation pour légitimer un licenciement. A la notion d'intérêt de l'entreprise est venu se substituer celle de sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité⁷⁸² .

Cette évolution tend à faire apprécier de façon restrictive les circonstances qui

⁷⁷⁶ Cass. Soc., 10 mars 1998, JSL, 19 mai 1998, n°14.

⁷⁷⁷ Cass. Soc., 11 juin 1981, Bull. civ. V, p.394.

⁷⁷⁸ Cass. Soc., 18 juin 1996, RJS 8-9/96, n°963 ; Cass. Soc., 9 mars 1999, RJS 4/99, n°524.

⁷⁷⁹ Cass. Soc., 18 février 1998, RJS 4/98, n°461.

⁷⁸⁰ Cass. Soc., 14 mai 1992, RJS 6/92, n°735 ; Cass. Soc., 19 novembre 1996, RJS 12/96, n°1266.

⁷⁸¹ Cass. Soc., 1^{er} avril 1992, Bull. civ. V, n°223.

⁷⁸² Cass. Soc., 5 avril 1995, Bull. civ. V, n°123 ; D. 1995, p.503, note M. Keller ; A. Lyon-Caen, *Le contrôle par le juge du licenciement pour motif économique*, Dr. ouvrier, 1995, p.281.

permettent à l'employeur de procéder à des licenciements pour motif économique. Cependant, la sauvegarde de la compétitivité n'impose pas que la santé économique et financière de l'entreprise soit menacée ni que l'entreprise doive faire face à des mutations technologiques. Aussi, de nombreuses incertitudes subsistent-elles sur le sens à donner aux termes "sauvegarde" et "compétitivité". Selon l'article L.321-1 du code du travail, les deux autres causes justifiant le licenciement sont les difficultés économiques et les mutations technologiques. Dans les deux hypothèses, l'employeur est contraint d'assurer la survie de l'entreprise ou son adaptation nécessaire face aux innovations technologiques.

Les difficultés rencontrées doivent avoir un degré de gravité suffisant, ce sont les circonstances qui obligent l'employeur à agir. Pour cela, une réduction des effectifs répondant à un simple souci d'économie ne constitue pas une cause économique au sens de l'article L.321-1 du code du travail⁷⁸³.

La Cour de cassation n'a recours à la notion de sauvegarde de la compétitivité qu'à défaut de difficultés économiques ou de mutations technologiques et la compréhension de cette notion jurisprudentielle est délicate. Pour exister sur le marché, une entreprise doit être compétitive. Cette recherche permanente de la compétitivité concerne deux facteurs, la qualité des produits et services et leurs coûts. C'est la recherche classique du rapport qualité-prix qui permet à l'entreprises d'être attractive et de faire face à la concurrence dans son secteur d'activité.

Cet objectif est, non seulement légitime, mais vital pour l'entreprise dans une économie de marché. Cependant, il ouvre également la porte à l'acceptation de toutes les justifications patronales. Sans garde-fou, la référence à la compétitivité légitime exclusivement la logique de marché, à l'exclusion de toute autre considération, sociale notamment. Dans la mesure où chaque licenciement pour motif économique améliore la rentabilité en abaissant les coûts liés à la main-d'œuvre, l'employeur peut toujours se prévaloir de l'impératif de compétitivité pour justifier ces mesures.

Afin d'éviter cet écueil, la Cour de cassation a abandonné la notion d'intérêt de l'entreprise et l'a remplacé par celle de "sauvegarde de la compétitivité"⁷⁸⁴. Elle a confirmé sa position à plusieurs reprises⁷⁸⁵ et "l'attendu" de principe repris par la plupart des décisions est le suivant : **" lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques où à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité des entreprises"**. Cette volonté de limiter la portée des considérations de compétitivité se rencontrent également dans la doctrine qui développe une analyse restrictive de la notion de sauvegarde.

Ainsi M. Gérard Lyon-Caen écrit-il que **"..... dans la sauvegarde il y a sauver. l'entreprise doit être menacée sur son marché, sa compétitivité doit avoir décliné au**

⁷⁸³ Cass. Soc., 26 janvier 1994, Dr. ouvrier, 1994, p.240.

⁷⁸⁴ Cass. Soc., 5 avril 1995, Videocolor, op. cit.

⁷⁸⁵ Cass. Soc., 9 juillet 1997, Sem. Soc. Lamy 1997, n°852.97, p.6.

point de menacer sa survie’’⁷⁸⁶ .

Par conséquent, **’’les juges devront s’assurer que la mesure prise était nécessaire pour que l’entreprise ne périclite pas sous la concurrence, pour que sa sauvegarde soit assurée’’⁷⁸⁷ .** Cette doctrine soutient que la notion de sauvegarde de la compétitivité implique que la survie de l’entreprise soit en cause et qu’elle **’’ ne permet pas de conférer aux suppressions d’emplois qui interviennent dans le cadre d’une opération qui est effectuée dans l’esprit d’une simple recherche de compétitivité, le caractère de licenciement pour motif économique’’⁷⁸⁸ .**

De l’appréciation par les tribunaux de la notion de sauvegarde de la compétitivité, il ressort qu’une suppression d’emploi consécutive à l’intégration d’une société dans un groupe ne suffisait pas à justifier un licenciement économique⁷⁸⁹ , pas plus que la réorganisation dictée par le désir d’augmenter les profits et de remettre en cause une situation acquise jugée trop favorable aux salariés⁷⁹⁰ .

Il a également été jugé qu’une modification des horaires de travail justifiée par les exigences des clients et une meilleure rentabilité ne constituait pas une réorganisation indispensable au maintien de la compétitivité de l’entreprise⁷⁹¹ . Il convient de relever que dans son arrêt, la Cour de cassation utilise le terme de **’’maintien’’** au lieu et place de celui de sauvegarde.

A contrario, la Cour a considéré que la modification du système de rémunération des vendeurs destinée à motiver le personnel répondait à la nécessité de sauvegarder la compétitivité⁷⁹² . La Cour de cassation refuse de réduire la sauvegarde de la compétitivité à la seule quête du profit. L’intérêt de l’entreprise peut donc s’entendre comme l’intérêt économique et financier de la société dès lors que la maximisation des profits n’est pas l’argument exclusif. Les exigences sociales sont les grandes absentes de cette notion cadre définie par l’employeur et acceptée comme telle par les juges.

C’est à cet intérêt de l’entreprise, répondant à des considérations d’opportunités économiques, que le juge se réfère pour examiner les décisions patronales dont il est saisi.

215. Le droit à l’emploi, le droit à une vie familiale normale sont autant de droits qui ne pèsent guère face aux impératifs économiques. Et, si aujourd’hui, des dispositions

⁷⁸⁶ G. Lyon-Caen, *Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux*, Dr. soc., 1995, p.489.

⁷⁸⁷ M. Keller, note sous 5 avril 1995, D. 1995, p.503.

⁷⁸⁸ A. Philibert, *Le droit prétorien du licenciement économique*, Dr. soc., 1998, p.35.

⁷⁸⁹ Cass. Soc., 9 juillet 1997, cité par Sem. Soc. Lamy du 8 septembre 1997, n°852, p.6.

⁷⁹⁰ Cass. Soc., 30 septembre 1997, RJS 11/97, n°1297.

⁷⁹¹ Cass. Soc., 2 octobre 1997, JSL, n°1.2, 10 novembre 1997.

⁷⁹² Cass. Soc., 2 avril 1996, RJS 5/96, n°525.

légales⁷⁹³ invitent l'employeur à préserver les emplois, rien ne l'y contraint. Le sens de la notion de l'intérêt de l'entreprise est exclusivement économique, ne laissant aucune place à l'idée d'entreprise-communauté fusionnant les intérêts de tous ceux qui y participent.

Cette domination de l'économie et de la finance sur le social n'est pas contredite par les quelques décisions de la Cour de cassation déclarant non fondés des licenciements justifiés par la seule quête du profit⁷⁹⁴. Dans ces affaires, la Cour a sanctionné des mesures qui ne répondaient pas aux exigences légales concernant la cause de licenciement et qui étaient, compte tenu du contexte de crise économique, inacceptables. Elle censure la subordination d'intérêts sociaux à la recherche exclusive de la rentabilité mais ne considère pas pour autant ces intérêts comme des critères de validité des décisions économiques. L'appréciation du sérieux des motifs de licenciement se fonde sur la consistance des faits économiques sans tenir compte des aspirations des salariés.

Ainsi, dans l'affaire Videocolor, la Cour d'appel de Lyon a examiné les options qui s'offraient à l'entreprise pour faire face à l'aggravation de la concurrence mondiale mais le sérieux des motifs n'a pas été apprécié au regard de leur incidence sociale⁷⁹⁵. La protection des droits fondamentaux des salariés requerrait l'utilisation de la technique du bilan qui conduit le juge à peser les intérêts en présence.

Dans un arrêt en date du 20 octobre 1988⁷⁹⁶, la Cour de cassation a fait usage de cette technique pour décider que l'intérêt de l'entreprise pouvait justifier qu'un salarié travaillant depuis quatorze ans en région bordelaise soit muté sur un chantier à Lille en raison d'un manque de travail dans le sud-ouest. Mais la perturbation que ce transfert causait dans la vie familiale du salarié donnait un caractère particulièrement légitime à son refus et cela permit de considérer que le licenciement prononcé suite à ce refus était dépourvu de cause réelle et sérieuse, bien qu'il fût apparemment conforme à l'intérêt de l'entreprise : ce raisonnement demeure cependant marginal.

216. L'acceptation par le juge judiciaire de la définition économique de l'intérêt de l'entreprise ne ferait, malgré tout, pas obstacle au développement d'un contrôle d'opportunité des choix de gestion. Le juge pourrait, en effet, apprécier la qualité de ces choix par rapport à la situation économique telle qu'elle ressort du débat judiciaire et éventuellement proposer d'autres mesures susceptibles de satisfaire l'intérêt de l'entreprise. La lecture des décisions de justice démontre au contraire que le juge ne substitue pas son appréciation à celle de l'employeur.

Et, si la formule de "l'employeur seul juge" n'est plus usitée, tout au moins par la Cour de cassation, cela n'altère pas, en matière de gestion d'entreprise, la plénitude du pouvoir patronal.

⁷⁹³ Article L.321-4-1 du code du travail.

⁷⁹⁴ Cass. Soc., 16 mars 1994, RJS 5/94, n°530 ; Cass. Soc., 7 octobre 1998, RJS 11/98, n°1350.

⁷⁹⁵ C. A. Lyon, 11 mai 1993, op. cit.

⁷⁹⁶ Cass. Soc., 20 octobre 1988, RJS 2/89, n°1971.

§ 2: L'intérêt de l'entreprise, une appréciation souveraine de l'employeur.

217. Le juge ne se substitue pas à l'employeur pour apprécier ce qui est conforme à l'intérêt de l'entreprise⁷⁹⁷ il n'a pas pour mission d'apprécier l'opportunité des décisions de gestion prises par l'employeur⁷⁹⁸. L'emprise du pouvoir judiciaire sur le pouvoir patronal se cantonne au contrôle de la réalité des faits sans remettre en cause la souveraineté de l'employeur dans la gestion de l'entreprise⁷⁹⁹.

Le licenciement qui est la mesure par laquelle se manifeste le plus clairement et le plus rudement, le pouvoir patronal de direction s'intègre dans une stratégie globale décidée par l'employeur seul.

Le droit ne permet pas d'apprécier l'opportunité de cette gestion et toute règle de fond destinée à encadrer le pouvoir de direction butte sur cet écueil. Le juge ne s'immisce dans la gestion de l'entreprise qu'en cas de contestation et pour s'assurer de la loyauté des rapports de travail. Les orientations économiques arrêtées par un employeur ne font pas l'objet d'arbitrages. Ainsi, les juges ne s'interrogent-ils pas sur le bien-fondé des décisions patronales entraînant la réorganisation de l'entreprise. Il n'y a pas de contrôle en amont de la décision litigieuse.

Le juge n'a pas à décider des stratégies de l'entreprise ni des moyens destinés à les mettre en œuvre. Ainsi dans l'affaire Videocolor, la Cour d'appel de Lyon démontre-t-elle que des mesures autres que les licenciements pouvaient être envisagées mais les juges se bornent à dresser ce constat sans émettre d'avis. Par là même, ils affirment l'existence pleine et entière du pouvoir patronal de direction⁸⁰⁰.

La censure des décisions patronales n'intervient qu'en cas d'excès avéré. Ainsi la pénurie d'emplois impose-t-elle au juge de censurer les décisions patronales sacrifiant les intérêts des salariés à une simple question d'économie financière. L'impératif de compétitivité ne saurait permettre à l'employeur d'ignorer totalement les préoccupations liées à l'emploi au regard de la situation de crise économique. Les juges sanctionnent en fait des choix moralement inadmissibles. Ils poursuivent la même finalité dans le contentieux concernant les clauses de non-concurrence lorsqu'ils vérifient que la clause insérée dans le contrat de travail est **"nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise"**⁸⁰¹ et qu'elle n'étend pas exagérément la sphère de subordination du salarié.

⁷⁹⁷ Cass. Soc., 30 mai 1980, Bull. civ. V, n°473, p.357.

⁷⁹⁸ Cass. Soc., 3 avril 1990, RJS 5/90, n°371.

⁷⁹⁹ A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, *L'ordonnement des relations de travail*, op. cit., p.364.

⁸⁰⁰ C. A. Lyon, 11 mai 1993, op. cit.

⁸⁰¹ Cass. Soc., 14 mai 1992, D. 1992, p.350, note Serra ; Dr. soc., 1992, p.967, note Corrigan-Carsin ; Cass. Soc., 18 décembre 1997, Dr. soc., 1998, obs. J. Savatier ; N. Gavalda, Les critères de validité des clauses de non concurrence en droit du travail, Dr. soc., 1999, p.582

Si le principe de la liberté contractuelle énoncé par l'article 1134 du code civil autorise l'employeur à prévoir des obligations contractuelles spécifiques à la charge du salarié, obligations pouvant mettre cause des droits et libertés fondamentaux⁸⁰², ces clauses doivent être indispensables à la protection de l'intérêt de l'entreprise.

La Cour de cassation tente donc de **"limiter les détournements de pouvoir qui résulteraient d'une contractualisation abusive des obligations du salarié"**⁸⁰³. L'article L.120-2 du code du travail, issu de la loi du 31 décembre 1992, impose cette recherche d'équilibre entre les intérêts légitimes de l'entreprise et ceux du salarié. Ce texte dispose que "nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché". Là encore, le critère de finalité sert de guide à l'analyse judiciaire. La Cour de cassation a appliqué récemment cet article à propos de la liberté d'expression⁸⁰⁴ et l'on peut penser avec M. J. Y. Frouin que ce texte est fort de "virtualité"⁸⁰⁵ et sera souvent invoqué à l'encontre des clauses contractuelles entravant les droits et libertés fondamentaux du salarié⁸⁰⁶.

Sous réserve de respecter la finalité de son pouvoir, l'employeur bénéficie d'une entière liberté pour adapter son entreprise aux contraintes de gestion auxquelles il doit faire face. La Cour de cassation impose aux juges de rechercher si la mesure patronale est justifiée par l'intérêt de l'entreprise mais ne les invite pas à se prononcer sur l'opportunité d'un choix de gestion⁸⁰⁷. Ces choix appartiennent à l'employeur.

L'intensité du contrôle judiciaire sur le pouvoir patronal de direction semble avoir atteint l'intensité maximale qu'il est possible de concevoir dans une économie de marché. Si l'argument de la carence de formation des juges en matière économique n'est guère décisif pour justifier des limites du contrôle, beaucoup plus convaincant est celui qui dénie aux juges la responsabilité de l'entreprise.

Section II : Un indésirable contrôle d'opportunité.

218. La responsabilité de l'entreprise appartient à l'employeur qui décide des orientations économiques et de leur mise en œuvre. Le rôle du juge se limite à apprécier la légalité des décisions patronales qui lui sont soumises (§1). Par conséquent, le renforcement de

⁸⁰² Les clauses de mobilité mettant en cause le droit au respect du domicile : Cass. Soc., 12 janvier 1999, Dr. soc., 1999, p.287, note J. E. Ray, RJS 2/99, n°151 ; Les clauses de non concurrence mettant en cause la liberté du travail : Cass. Soc., 18 décembre 1997, op. cit., Cass. Soc., 14 octobre 1998, RJS 11/98, n°1362.

⁸⁰³ M. C. Escande-Varniol, *La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise*, op. cit.

⁸⁰⁴ Cass. Soc., 14 décembre 1999, Dr. soc., 2000, p.165, concl. J. Duplat, note J. E. Ray.

⁸⁰⁵ J. Y. Frouin, *La protection des droits de la personne et des libertés du salarié*, CSBP, 1998, p.123.

⁸⁰⁶ J. Richard de la Tour, *Le libre choix du domicile du salarié et le contrat de travail*, RJS 2/99, p.94.

⁸⁰⁷ A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, *L'ordonnancement des relations de travail*, op. cit.

l'encadrement du pouvoir patronal ne saurait être recherché dans le contrôle judiciaire de la motivation patronale. Seules des obligations contraignant l'employeur à justifier ses choix devant le ou les salariés, en amont de la décision, peuvent, selon nous, rationaliser l'exercice du pouvoir de direction (§2).

§ 1 : Le rôle limité du juge.

219. S'il a pour mission de normaliser les rapports le travail, de protéger le salarié contre l'arbitraire des décisions patronales et de préserver autant que faire se peut les emplois, le juge n'est pas responsable du fonctionnement de l'entreprise. Son domaine d'intervention est limité à l'objet de la demande dont il est saisi et il n'a ni les moyens ni la compétence pour juger des décisions en amont des mesures litigieuses. Pour cela, la proposition doctrinale de créer une "magistrature économique" qui opérerait un contrôle de légalité supposant une appréciation d'ordre économique voire un pur contrôle d'opportunité économique⁸⁰⁸ ne paraît pas viable. Cette magistrature économique se heurterait elle aussi à la conception libérale de l'entreprise dans une économie de marché et au pouvoir de gestion du propriétaire-employeur qui en découle.

La direction de l'entreprise et les risques afférents relèvent du pouvoir de l'employeur et il n'entre pas dans le rôle du juge de prendre des mesures au lieu et place de celui-ci, mesures qui par ailleurs, peuvent avoir des incidences non maîtrisées dans le temps. En outre, les aléas liés à l'exercice d'un contrôle d'opportunité pèseraient inégalement sur la gestion des entreprises. Dès lors, il convient, lorsque l'employeur invoque une réalité économique justifiant de prendre des mesures de lui laisser la responsabilité de ses choix. Le rôle du juge est de vérifier que l'argumentation patronale repose sur des éléments objectifs mais non de décider au lieu et place de l'employeur des mesures à mettre en œuvre.

220. L'idée selon laquelle l'employeur a une fonction économique et sociale et commettrait une faute s'il privilégiait un aspect sur l'autre est erronée car elle repose sur une conception inexacte et irréaliste de l'entreprise. Celle-ci est la propriété de l'employeur et l'exercice du droit de propriété n'est pas subordonné à des exigences d'ordre social. Par conséquent, la protection des intérêts fondamentaux des salariés et la préservation de l'emploi ne seront effectives que si elles font l'objet d'un traitement préventif et si des sanctions efficaces sous-tendent le dispositif. Le droit à l'emploi et la défense de l'emploi sont indissociables des droits fondamentaux des salariés.

Cela implique une participation efficace des salariés à la réflexion, aux propositions et au contrôle des entreprises. Il convient de renforcer leurs moyens d'action en amont de la décision patronale. Faute de pouvoir imposer à l'employeur de considérer les exigences sociales comme de véritables facteurs de décisions, il faut le contraindre à expliciter ses choix de façon très précise et renforcer la participation collective des salariés. L'analyse judiciaire a posteriori de la justification d'une décision patronale prise sans suffisante concertation ni suffisant examen de solution alternative ne saurait être un moyen efficace de rationalisation du pouvoir patronal, d'autant que, comme nous l'avons vu

⁸⁰⁸ A. Jacquemin, RTD Commercial, 1977, p.421.

précédemment, l'opportunité de la décision n'est pas abordée.

§ 2 : Propositions pour une rationalisation renforcée du pouvoir patronal de direction.

La rationalisation du pouvoir de direction ne peut être effective que si elle s'organise en amont de la décision patronale.

A Renforcement des droits des salariés en amont de la décision patronale.

221. Concernant les droits individuels, il conviendrait de généraliser un droit de recours suspensif contre tout licenciement, pour motif personnel ou pour motif économique, ouvert au salarié menacé et à un syndicat représentatif. Aujourd'hui, le salarié qui fait l'objet d'une mesure de licenciement est démuné tout au long de la procédure. Seule une action judiciaire a posteriori lui permet de contester la décision et, en outre, sauf motif discriminatoire prouvé, il perd son emploi. Le droit de recours suspensif du salarié pourrait être porté devant la formation de référé du conseil des prud'hommes et les syndicats devraient avoir le droit de saisir cette juridiction pour obtenir la suspension de la procédure de licenciement. Dans un souci de simplification, le conseil des prud'hommes serait compétent quel que soit le demandeur, salarié ou syndicat. Afin que ce recours puisse être formé, le délai entre la convocation à entretien préalable et la lettre de licenciement devrait être allongé. Ce recours suspensif ne méconnaît pas la liberté constitutionnelle de l'employeur de choisir ses collaborateurs mais simplement lui impose de se justifier avant de prendre une décision radicale et définitive.

Ce recours pourra être fondé sur les articles R.516-30 et R.516-31 du code du travail. L'article R.516-30 indique que, dans les cas d'urgence, la formation de référé peut, dans la limite de la compétence des conseils de Prud'hommes, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. Quant à l'article R. 516-31 du code du travail, il prévoit que "la formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite". Sur le fondement de ces articles, on peut envisager que le juge des référés suspende une procédure de licenciement dès lors que la procédure engagée par l'employeur ne respecte pas les exigences légales. Cette suspension de procédure rappelle ce qui se fait déjà lorsqu'est critiqué l'insuffisance du plan social ou le défaut du plan de reclassement. L'employeur ne pourra procéder à la rupture du contrat de travail qu'après régularisation de la procédure. Lorsque la contestation porte sur le bien-fondé des motifs du licenciement, le juge des référés, qui "**est aussi le juge de l'apparence**"⁸⁰⁹, pourrait apprécier la consistance des motifs et suspendre la procédure le cas échéant.

L'employeur serait alors dans l'obligation de communiquer des informations supplémentaires sur les motifs de licenciement et les mesures de reclassement

⁸⁰⁹ F. Lepany, *Les pouvoirs du juge et les voies procédurales*, Dr. ouvrier, 1999, p.115.

envisagées lorsqu'il s'agit d'une décision d'ordre économique. En matière d'insuffisance professionnelle, ce recours permettra au salarié d'avoir des éléments de défense et de rapporter éventuellement la preuve d'une discrimination. L'employeur supportera ainsi la charge de l'attente et le salarié sera maintenu dans son emploi.

Ce droit à l'information doit être étendu au salarié pendant la période d'essai, ce qui ferait disparaître la figure singulière de l'essai en matière de rupture. Il conviendrait d'obliger l'employeur à formuler précisément les motifs qui le conduisent à interrompre la période d'essai ou à ne pas poursuivre la relation de travail au terme de cette période.

222. Cette conviction selon laquelle le traitement des problèmes par anticipation permet d'éviter les licenciements et de préserver l'emploi est celle du législateur en matière de licenciement pour motif économique. Si le pouvoir dans l'entreprise tel qu'il est conçu aujourd'hui ne permet pas de développer un contrôle judiciaire approfondi des décisions de gestion, celui-ci a par contre toute latitude pour s'appliquer aux conséquences du licenciement. L'article L.321-4-1 du code du travail dispose notamment que **"dans les entreprises employant au moins 50 salariés, lorsque les licenciements envisagés concernent au moins 10 salariés dans une même période de trente jours, l'employeur doit établir et mettre en œuvre un plan social pour éviter les licenciements et faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait pas être évité....."**. **"La procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan de reclassement intégré au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel....."** (article L.321-4-1 alinéa 2).

L'article L.321-4-1 inventorie une palette de mesures allant de la formation à la réduction de la durée du travail, au développement d'activités nouvelles. Ces mesures ne sont citées qu'à titre d'exemples. La seule obligation légale à la charge de l'employeur est de **"prévoir des mesures autres que les dispositions concernant les conventions de conversion"**.

Le juge des référés du tribunal de grande instance apprécie la régularité de la procédure d'information, et de consultation des institutions représentatives du personnel. De même, il exerce un contrôle approfondi sur le plan social et le plan de reclassement et a posé plusieurs exigences de validité.

223. Tout d'abord, le plan social doit répondre à une exigence de consistance. Les dispositions contenues dans ce plan doivent être précises et suffisamment rigoureuses pour permettre aux représentants du personnel de porter une appréciation. L'employeur ne peut se contenter d'une pétition de principe⁸¹⁰. Dans la continuité de ce principe, les juges examinent les efforts effectués pour reclasser les salariés.

Le plan de reclassement conforte la consistance du plan social. Le plan de reclassement doit comprendre des **"mesures précises et concrètes de nature à éviter les licenciements et à en limiter le nombre"**⁸¹¹. Il doit fournir des précisions "permettant de déterminer si les postes offerts sont de nature à permettre un

⁸¹⁰ Cass. Soc., 18 novembre 1998, Liaisons sociales, 29 décembre 1998, n°611, p.5.

⁸¹¹ Cass. Soc., 17 mai 1995, "Everite", Dr. soc., 1995, p.570, Sem. Soc. Lamy, n°746, p.3, D. 1995, p.436.

reclassement efficace"⁸¹².

Le reclassement peut être externe ou interne à l'entreprise ou au groupe⁸¹³. De multiples dispositifs répondent au reclassement externe : antennes d'emploi, aides à la mobilité géographique..... Quant à de l'obligation de reclassement interne, sur laquelle le contrôle des juges est intense, la Cour de cassation en a précisé les contours. L'espace de reclassement est constitué "**à l'intérieur du groupe par les entreprises dont les activités, l'organisation et le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel**"⁸¹⁴. Les permutations doivent être possibles. Cette définition est pragmatique et n'enferme pas l'obligation de reclassement dans un espace rigide. Aussi, dans un arrêt en date du 7 octobre 1998⁸¹⁵, la Cour de cassation a étendu l'obligation de reclassement aux entreprises situées à l'étranger, dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers.

Enfin, le plan social doit répondre au principe de proportionnalité⁸¹⁶. Les juges doivent prendre en considération la taille de l'entreprise et du groupe auquel elle est éventuellement intégrée et les moyens financiers dont elle dispose.

L'application de l'exigence de proportionnalité conduit la Cour de cassation à exiger que les mesures envisagées soient quantitativement et qualitativement satisfaisantes. Dans un arrêt du 28 mars 2000⁸¹⁷, la Cour renforce les exigences de proportionnalité et de pertinence.

En l'espèce, un employeur propose à 14 salariés, dont il envisage le licenciement, trente postes au sein d'une filiale du groupe au titre du reclassement. Relevant qu'il disposait des moyens pour enrichir son plan social, la Chambre sociale invalide ce dernier.

L'employeur doit mettre en œuvre les mesures envisagées dans le plan social. En refusant à des salariés de travailler à temps partiel, ce qui aurait permis l'application d'une des mesures du plan social, l'employeur commet une faute causant aux salariés licenciés un préjudice résultant de la perte d'une chance de conserver un emploi⁸¹⁸. Le juge opère donc un contrôle qualitatif du plan social, obligeant l'employeur à prévoir les

⁸¹² Cass. Soc., "La Samaritaine", 13 février 1997, Dr. soc., 1997, p.249, concl. P. de Caigny, note G. Couturier

⁸¹³ F. Héas, *Les obligations de reclassement en droit du travail*, Dr. soc., 1999, p.504 ; B. Lardy-Pélissier, *L'obligation de reclassement*, D. 1998, p.399.

⁸¹⁴ Cass. Soc., 5 avril 1995, Dr. soc., 1995, p.482.

⁸¹⁵ Cass. Soc., 7 octobre 1998, *Liaisons sociales*, 29 octobre 1998, n°601.

⁸¹⁶ Cass. Soc., 30 septembre 1997, Barraud, *Liaisons sociales*, *Juris Actualité* n°7759 du 13 novembre 1997.

⁸¹⁷ Cass. Soc., 28 mars 2000, *Liaisons sociales* n°669 du 10 avril 2000.

⁸¹⁸ Cass. Soc., 6 mai 1998, RJS 6/9, n°715, p.456.

conséquences de ces décisions à l'égard de ses salariés. L'importance du plan social est d'autant plus effective que la Cour de cassation, dans les célèbres arrêts La Samaritaine⁸¹⁹, a considéré comme nuls les licenciements consécutifs à une procédure de licenciement elle-même atteinte de nullité du moins lorsque cette nullité résulte d'une carence du plan social. Autrement dit, les salariés licenciés peuvent prétendre retrouver leur emploi. Ces arrêts ont fait couler beaucoup d'encre et certains ont pu écrire que l'équilibre des entreprises était menacé. La Cour de cassation n'a cependant fait qu'une application littérale de l'article L.321-4-1 al. 2 du code du travail. Sauf à rendre inopérante la sanction prévue par ce texte, elle ne pouvait statuer dans un sens différent⁸²⁰.

Ainsi, aux deux cas de nullité prévus par les textes en matière de licenciement, celui des licenciements attentatoires aux droits fondamentaux ou libertés des salariés et celui des licenciements irréguliers des salariés protégés, s'ajoute celui des licenciements consécutifs à une procédure atteinte de nullité pour carence du plan social. Le maintien de l'emploi, selon "**le critère des intérêts à sauvegarder**"⁸²¹, requiert cette sanction de nullité.

Le contrôle approfondi exercé par le juge de droit commun sur les plans sociaux ne peut, cependant, suppléer les actions des salariés eux-mêmes et leurs représentants dans la gestion des entreprises.

B Renforcement des droits collectifs des salariés.

La rationalisation du pouvoir patronal de direction passe par un rapport de force équilibré entre salariés et employeurs au sein de l'entreprise.

224. En matière économique, la mise en œuvre de la procédure de licenciement permet aux institutions représentatives des salariés d'être une force de propositions et de développer des moyens de contrôle. Aussi la question centrale est-elle celle du moment où commence cette procédure. Avec son arrêt Framatome, en date du 13 décembre 1996⁸²², la Cour de cassation a précisé la portée de la procédure consultative des licenciements collectifs prévue par l'article L.321-2 du code du travail.

Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, la restructuration décidée par la société conduisait à proposer à plus de 10 salariés la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail et "**par conséquent à envisager le licenciement de ces salariés ou à tout le moins la rupture de leur contrat de travail pour motif économique**". Pour cela, la Cour a décidé que s'imposait la mise en œuvre d'un plan social sur la base de l'article L.321-2 du code du travail. Sans revenir sur sa position, la Cour de cassation, dans un

⁸¹⁹ Cass. Soc., 13 février 1997, Dr. soc., 1997, p.255, concl P. de Caigny et note G. Couturier.

⁸²⁰ G. Couturier et J. Pélissier, *Nullité du plan social*, Sem. Soc. Lamy n°829, 3 mars 1997, p.3 ; T. Grumbach, *Encore une fois sur les arrêts La Samaritaine*, Dr. soc., 1997, p.331.

⁸²¹ B. Bossu, *La sanction d'un plan social non conforme aux exigences légales*, Dr. soc., 1996, p.383.

⁸²² Cass. Soc., 3 décembre 1996, Framatome, Dr. soc., 1997, p.23 et rapport Ph. Waquet, p.18 ; RJS 1/97, n°24.

arrêt de rejet en date du 12 janvier 1999, a néanmoins fourni la solution permettant d'éviter la mise en œuvre immédiate d'un plan social⁸²³.

En l'espèce, la société IBM décide de réduire ses effectifs et propose un dispositif basé sur le volontariat et dont les mesures n'entraînaient jamais la rupture du contrat de travail. Approuvant la doctrine de l'arrêt de la Cour d'appel, la Cour de cassation décide que le plan social n'était pas obligatoire, le comité d'entreprise devant seulement être consulté sur la base de l'article L.432-1 du code du travail. Certes, dans cette affaire, la société IBM, dans le cadre de sa gestion prévisionnelle des emplois, avait mis en place des mesures coûteuses et qui n'engendraient pas de rupture du contrat de travail. Ce faisant, la société ôtait au comité d'entreprise ses réels moyens d'action. Avec la solution IBM, les salariés sont exclus de la gestion de l'entreprise et ne peuvent être force de proposition. Les salariés ont adhéré ou non aux mesures proposées, au vu de leur intérêt propre, et la question du maintien de l'emploi n'a pas été abordée alors que 420 emplois étaient supprimés. La gestion prévisionnelle des emplois appliquée de la sorte vient renforcer le pouvoir patronal de direction.

Comme nous l'avons déjà souligné, le projet d'IBM démontre que, les entreprises qui possèdent les moyens financiers suffisants, préfèrent payer pour réduire leurs effectifs que rechercher des solutions protectrices pour l'emploi avec les institutions du personnel. L'action collective et concertée des salariés est contournée au profit d'un rapport individuel employeur-salarié. L'entreprise cherche à extraire le salarié de la collectivité de travail afin d'annihiler toute manifestation de solidarité. La défense collective des salariés impose l'instauration d'un véritable contre pouvoir au sein de l'entreprise. C'est en l'absence d'un rapport de force équilibré que les acteurs recherchent la protection du juge. Il faut que les systèmes de représentation des salariés soient de véritables forces de contrôle et de proposition, l'employeur conservant in fine le pouvoir de décider.

Dans l'arrêt suscité du 28 mars 2000⁸²⁴, la Cour de cassation se réfère explicitement aux propositions du comité d'entreprise sur le contenu du plan social, confirmant ainsi sa légitimité au cours de l'élaboration du plan social.

225. Les lois Auroux ont mis en place différents dispositifs afin que syndicat et comité d'entreprise puissent jouer pleinement leur rôle. Depuis la loi du 28 août 1982, des textes successifs ont apporté au comité d'entreprise des droits nouveaux en matière d'information et de consultation. Ainsi, sans remettre en cause le pouvoir patronal de direction, le comité d'entreprise dispose d'un droit d'information préalable, droit à l'information transmise et droit à l'information recherchée⁸²⁵.

L'employeur doit répondre aux interpellations du comité d'entreprise concernant la marche générale de l'entreprise. Les droits d'informations et de consultation du comité d'entreprise⁸²⁶ ouvrent un champ à la négociation pour les syndicats.

⁸²³ Cass. Soc., 12 janvier 1999, Dr. soc., 1999, p.287 ; Liaisons sociales du 18 janvier 1999, n°614.

⁸²⁴ Cass. Soc., 28 mars 2000, op. cit.

⁸²⁵ G. Couturier, *L'accès du comité d'entreprise à l'information économique et financière*, Dr. soc., 1983, p.6.

Les textes permettent donc à la collectivité des salariés de contester le monopole d'expertise de l'employeur, celui-ci demeurant seul à l'initiative des projets intéressant la bonne marche de l'entreprise. Concernant la mise en œuvre de ces droits, de nombreuses réflexions ont trait à la juxtaposition des procédures de consultation des licenciements économiques au titre du livre III et des obligations d'information et de consultation sur la gestion prévisionnelle des emplois au titre du livre IV⁸²⁷.

Depuis l'arrêt en date du 16 avril 1996⁸²⁸, les deux procédures doivent être respectées dès lors que l'employeur envisage des mesures de licenciement. Ces procédures peuvent s'exercer concomitamment sous réserve du respect des délais les plus favorables⁸²⁹.

A l'inverse, et c'est l'apport de l'arrêt IBM en date du 12 janvier 1999⁸³⁰, dès lors que la mise en cause de l'emploi s'inscrit dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois, les dispositions du livre III ne s'appliquent pas.

Or, la gestion prévisionnelle des emplois consistent en une adaptation des effectifs à la charge de travail et des postes à l'évolution des nouvelles technologies. Dans ces actes de gestion s'affiche la volonté patronale d'adapter la force de travail aux besoins de l'entreprise, d'en réduire la quantité et les coûts. Les employeurs, notamment les groupes de sociétés, développent des pratiques de gestion à long terme qui aboutissent à des suppressions d'emplois importantes. En prétendant sauvegarder l'emploi, ces entreprises mettent en œuvre des "plans pour l'emploi", des "plans d'adaptations des ressources humaines", des "plans d'amélioration de la compétitivité" ou encore des "plans de redéploiement économique et social".

Toutes ces dénominations visent à dédramatiser des opérations de réduction "d'effectif" de grande ampleur, dans le souci de ne pas nuire à l'image de l'entreprise. L'impératif de la lutte pour l'emploi qui dépasse largement celui de la lutte contre les licenciements commande de renforcer les droits du comité d'entreprise lorsque de telles opérations sont envisagées. Si les dispositions du livre III ne peuvent s'appliquer lorsque les mesures proposées ne sont pas porteuses de rupture éventuelles, il convient dès lors d'adapter celle du livre IV. Les limites des prérogatives économiques du comité

⁸²⁶ M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprises et des comités de groupe*, LGDJ, 1998.

⁸²⁷ T. Grumbach, La notification collective d'une modification et le rôle des institutions *représentatives*, *Dr. ouvrier*, 1996, p.71 ; J.E. Ray, Plan social et insécurité juridique, *Dr. soc.*, 1995, p.661 ; M.J. Legrand, La pertinence du projet de licenciement collectif, *Dr. ouvrier*, 1994, p.4.

⁸²⁸ Cass. Soc., 16 avril 1996, *Affaire Sietam*, *Dr. soc.*, 1996, p.490 ; RJS 5/96, n°559, 560 et 530.

⁸²⁹ Cass. Soc., 17 juin 1997, *Grands Magasins de l'Ouest*, *Dr. soc.*, 1997, p.742, obs. H. Masse-Dessen ; Cass. Soc., 2 mars 1999, *Dr. soc.*, 1999, p.592 et article de M. Cohen, *Les procédures de consultation du comité d'entreprise en cas de restructuration avec licenciements*, p.591 (en l'espèce, la demande de consultations simultanées émane du Comité central d'entreprise).

⁸³⁰ Cass. Soc. 12 janvier 1999, *op. cit.*

d'entreprise, qui n'ont, faut-il le rappeler, qu'une portée consultative, rendant plus impérieux encore, la nécessité d'une consultation précise et sérieuse. Il faut tout d'abord œuvrer pour l'application effective des obligations imposées à l'employeur dans le domaine de la gestion prévisionnelle des emplois. Les obligations prévues par les articles L.432-1-1, L.432-3, L.432-4 et L.432-4-1 doivent être strictement appliquées dans l'entreprise⁸³¹.

D'autre part, la procédure prévue par l'article L.432-1 du code du travail devrait prévoir l'intervention d'un expert comptable dans les mêmes conditions que celles définies par l'article L.321-7-1 du code du travail. La critique de certains qui stigmatisent la lourdeur des procédures face aux contraintes urgentes auxquelles doit faire face l'entreprise n'est pas fondée. Les stratégies patronales de réduction d'effectifs visent le moyen voire le long terme. Il est alors facile pour l'employeur de prévoir les temps de la consultation des représentants du personnel. La gestion prévisionnelle des emplois doit être le moyen, non seulement d'éviter des licenciements, mais également de créer des emplois. "Une gestion prévisionnelle qui ne s'occupe que de l'avoir (la finance, le commerce, le marketing) sans jamais se préoccuper des personnes et de leur devenir, n'est pas une gestion prévisionnelle"⁸³². C'est la recherche de solution alternative qu'il faut privilégier avant même que les licenciements soient envisagés.

226. Ceci étant, de la sanction encourue en cas de non respect des droits individuels et collectifs dépendra leur effectivité. La sanction actuelle qui consiste à allouer des dommages et intérêts au salarié privé de son emploi ou au comité d'entreprise irrégulièrement consulté laisse toute liberté à l'employeur de maintenir sa décision au mépris des droits des salariés. Pour cela, il conviendrait de revoir la nature des sanctions appliquées en cas de manquement aux règles protectrices des droits des salariés et d'étendre le régime de la nullité. La jurisprudence récente de la Cour de cassation en matière de licenciement pour motif économique va dans ce sens.

C Extension du régime des nullités.

La nullité d'un acte illicite entraîne la remise des choses en l'état. En matière de licenciement, la nullité accorde au salarié un droit à réintégration dans son emploi. "L'émergence d'un véritable droit à la réintégration, par delà les strictes hypothèses de la loi, est perçue depuis longtemps comme un enjeu de justice sociale et reste l'objet d'une lutte opiniâtre sur le terrain judiciaire"⁸³³.

227. L'indemnité compensatrice accordée au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, outre qu'elle ne protège pas le droit à l'emploi du salarié, est le passeport de l'employeur pour exercer son pouvoir discrétionnaire. En payant, l'employeur peut se séparer d'un salarié pour des motifs prohibés. Si un auteur remarque **"qu'il semble**

⁸³¹ T. Grumbach, *Dr. ouvrier*, 1996, op. cit.

⁸³² T. Grumbach, *Dr. ouvrier*, 1996, op. cit.

⁸³³ M. Henry, *La remise en l'état comme sanction des atteintes illicites au contrat de travail*, *Dr. ouvrier*, 1999, p.109.

devenu assez rare, à l'époque actuelle que des employeurs cherchent à puiser véritablement dans la vie privée de leurs salariés des motifs de licenciement"⁸³⁴, il suffit, en effet, à ces derniers de les tenir secrets. Derrière les licenciements non causés, les motivations patronales peuvent en effet être multiples et le juge les ignore. En matière économique, l'efficacité de l'indemnité compensatrice est douteuse lorsque l'on sait sa faible incidence financière comparée aux économies substantielles réalisées par l'entreprise. **"Le coût d'une suppression d'emploi est de l'ordre de un an de salaire (140 000 F en moyenne); il est amorti au bout de douze à quinze mois Il n'y a pas de meilleur retour sur investissement"**, écrit D. Thierry⁸³⁵.

La société Miko offre un exemple parmi d'autres du caractère peu contraignant de cette sanction pécuniaire. A deux reprises le plan social concernant le site de Saint-Dizier a été jugé non conforme, au motif que la mesure prise n'était pas destinée à sauvegarder la compétitivité de l'entreprise⁸³⁶ et cette société a malgré tout maintenu sa décision de restructuration.

L'allocation de dommages-intérêts est d'ailleurs proposée par l'UIMM comme solution de remplacement des dispositions du code du travail prévoyant la nullité de la procédure de licenciement en cas de carence du plan social⁸³⁷.

228. La supériorité de la réparation en nature par rapport à la réparation pécuniaire n'est plus à démontrer. Seule la première peut garantir les droits et libertés du salarié. Dans le domaine des libertés publiques et des droits de la personne, le législateur a organisé la protection du salarié en prévoyant la nullité de l'acte patronal illicite. Ce régime de protection s'articule autour de l'article L.122-45 du code du travail et de l'article L.120-2 du code du travail. Par sa généralité, ce dernier texte permettra d'assurer la protection de nouveaux droits substantiels par des nullités expresses. En matière économique, le législateur a prévu que **"la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement des salariés s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel"** (article L.321-4-1 du code du travail).

La Cour de cassation a tiré les conséquences juridiques de ce texte en estimant que la nullité du plan social s'étend à tous les actes subséquents, en particulier, si des licenciements ont déjà été prononcés, ils doivent être annulés et les salariés réintégrés⁸³⁸. Les salariés licenciés ont un droit propre à faire valoir que leur licenciement est nul au

⁸³⁴ L. Leveneur, *Vie privée et familiale et vie professionnelle*, in *La personne en droit du travail* (sous dir. B. Teyssié), LGDJ, 1999, p.31.

⁸³⁵ D. Thierry, *Restructurations et reconversion : concepts et méthode*, L'Harmattan, 1995.

⁸³⁶ Cass. Soc., 18 octobre 1995, CD-Rom de Jurisprudence sociale, Les publications fiduciaires ; Cass. Soc., 7 octobre 1997, cité par Liaisons sociales, Juris hebdo n°7750 du 20 octobre 1997, p.2.

⁸³⁷ Liaisons sociales, Le Mensuel, mars 1997, p.22.

⁸³⁸ Cass. Soc., 13 février 1997, Dr. soc., 1997, p.255 ; RJS 3/97, n°269.

regard des dispositions de l'article L.321-4-1, alinéa 2, du code du travail⁸³⁹. Le juge prud'homale pourra ordonner en référé la réintégration du salarié. L'action des salariés s'analyse en une nullité relative qui se prescrit par cinq ans⁸⁴⁰. La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur la prescription de l'action du comité d'entreprise.

Cette jurisprudence protectrice des droits du salarié connaît cependant des limites. En effet, en dehors de l'hypothèse de la nullité ou de l'insuffisance du plan social, la Cour de cassation ne semble pas admettre que d'autres irrégularités puissent entraîner la nullité des licenciements subséquents⁸⁴¹.

229. L'extension du domaine de la nullité serait une affirmation de la citoyenneté dans l'entreprise. En effet, les salariés doivent être en mesure d'intervenir sur leur vie au travail, d'être de véritables acteurs de la démocratie économique et sociale. Cela implique qu'ils ne puissent être licenciés arbitrairement, sans cause réelle et sérieuse.

La nullité de la rupture en cas de violation des règles légales doterait les salariés d'un régime de protection fort et favoriserait leur participation à la réflexion, aux propositions et au contrôle de la vie des entreprises. Pour constater la nullité d'un acte, les juges n'ont pas besoin de se fonder sur un texte. Au contraire, de ce qu'accrédite l'adage **"pas de nullité sans texte"**, un acte est nul dès lors qu'il contrevient à des dispositions impératives ou prohibitives. Les nullités sont virtuelles et non textuelles⁸⁴². La nullité peut être prononcée dès lors que **"l'intérêt que la loi vise à sauvegarder soit assez important pour justifier cette sanction"**⁸⁴³. Par conséquent, la nullité doit s'appliquer à tout licenciement prononcé au mépris des règles légales imposant l'existence d'une cause réelle et sérieuse et le respect d'une procédure déterminée.

Le droit à l'emploi énoncé par le préambule de la Constitution de 1958, lequel renvoie à celui de 1946⁸⁴⁴, commande cette refonte du système des sanctions dont dépend l'efficacité de la réglementation du travail.

230. Le Conseil constitutionnel s'est référé, dans plusieurs décisions, au droit à l'emploi⁸⁴⁵ et a reconnu que celui-ci mettait **"à la charge de l'Etat l'édiction d'autres dispositions aux fins d'amélioration de la situation de l'emploi"**⁸⁴⁶.

⁸³⁹ Cass. Soc., 30 mars 1999, Dr. soc., 1999, p.598, et l'article de G. Couturier, *Insuffisance du plan social : les actions en nullité propres aux salariés*, p.593.

⁸⁴⁰ Cass. Soc., 28 mars 2000, Liaisons sociales n°672 du 5 mai 2000, Sommaires commentés.

⁸⁴¹ Cass. Soc., 29 avril 1998, Liaisons sociales, n°7882, Sommaires commentés ; Voir M. Henry, La remise en état comme sanction des atteintes illicites au contrat de travail, op. cit.

⁸⁴² H. Roland et L. Boyer, *Les adages du droit français*, 3^{ème} éd., Litec, 1992

⁸⁴³ Malaurie et Aynes, *Les obligations*, 1998, n°555.

⁸⁴⁴ Sur ce point voir A. Jeammaud et M. Le Friant, *L'incertain droit à l'emploi*, Travail, Genre et sociétés, n°2, 1999, p.29.

⁸⁴⁶ A. Jeammaud et M. Le Friant, *L'incertain droit à l'emploi*, op. cit.

Le droit à l'emploi, objectif de la loi du 27 janvier 1993, justification de la réforme de la réduction du temps de travail, est présenté aujourd'hui comme un droit fondamental par la loi d'orientation n°98.657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions⁸⁴⁷. La lutte contre les exclusions est aujourd'hui une priorité nationale et affichée comme telle.

Cette loi a pour objectif de garantir l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux. Ainsi, si la lutte contre l'exclusion doit être menée en amont, **"avant que l'urgence n'apparaisse"**⁸⁴⁸, si elle est intimement liée à la protection des droits fondamentaux de la personne, dont fait partie le droit à l'emploi, la remise des choses en l'état s'impose en cas de licenciement irrégulier.

231. La nullité doit sanctionner la violation des règles de fond et de procédure. Le non respect des règles procédurales est parfois considéré d'une gravité moindre que celui des règles de fond. Cependant, les règles de procédure, notamment en favorisant l'information et le droit d'expression, assurent la protection des salariés. En matière de licenciement, elles imposent un temps de réflexion à l'employeur et permettent au salarié de présenter sa défense. Elles sont l'occasion pour les institutions représentatives du personnel d'être informées précisément sur la gestion de l'entreprise et d'être force de proposition.

Les sanctions indemnitaires et celles attachées au délit d'entrave ne sont pas efficaces dans la mesure où la décision patronale subsiste.

La répression du délit d'entrave, bien qu'ayant fait progresser le droit des comités d'entreprises⁸⁴⁹, est limitée dans la mesure où elle ne tend pas une obligation de faire.

232. Certes, les conséquences de la nullité peuvent peser lourdement sur la gestion de l'entreprise et, par ailleurs, un licenciement nul en la forme peut être justifié par une cause réelle et sérieuse. Cependant, ces considérations ne peuvent prévaloir sur l'indispensable protection du droit à l'emploi. La protection des droits fondamentaux n'est concrètement assurée que si le salarié, irrégulièrement licencié, a la possibilité de retrouver son poste de travail dans l'entreprise. Pierre angulaire de la lutte contre les exclusions, l'accès à l'emploi et par conséquent le droit de conserver son emploi ne sauraient avoir de prix. Pour autant, nous ne pouvons que souscrire aux critiques de certains auteurs, pour qui, la rigueur d'une sanction ne vaut que si l'on identifie avec précision la violation de la règle⁸⁵⁰. Il faut que la nullité du licenciement ait une cause

⁸⁴⁵ Cons. Const., 28 mai 1983, Dr. soc., 1984, p.159, note L. Hamon (Le Conseil a estimé qu'il appartenait au législateur d'adopter des règles "propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés") ; Cons. Const., 16 janvier 1986, Dr. soc., 1986, p.372, note Y. Gaudemet (Le législateur a compétence "pour poser les règles propres à assurer au mieux le droit de chacun d'obtenir un emploi").

⁸⁴⁷ Loi n°98.657 du 29 juillet 1998, J.O. 31 juillet, p.11679.

⁸⁴⁸ Projet de loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, Exposé des motifs, doc. Ass. Nat. n°780, p.5.

⁸⁴⁹ Cass. Crim., 2 mars 1978, Dr. soc., 1978, p.396, note Savatier, Haulotte (Jurisprudence qui a précédé la législation reconnaissant au comité d'entreprise le droit d'être consulté avant une cession de contrôle).

évidente⁸⁵¹. Ces propos doctrinaux font suite à l'arrêt Samaritaine en date du 13 février 1997 dans lequel la Cour de cassation a jugé que lorsque la procédure de licenciement était nulle en vertu de l'article L.321-4-1 al. 2 du code du travail, les licenciements prononcés à la suite de cette procédure étaient eux-mêmes nuls⁸⁵².

Or, en l'état actuel de la jurisprudence, la régularité de la procédure concernant les licenciements collectifs, et, plus particulièrement le contenu du plan social, ne sont pas des données évidentes. Cependant, le contenu du plan social ne peut être légalement prédéfini puisqu'il est fonction des capacités de l'entreprise. Si **"tout débat sur le caractère suffisant ou non du plan social ne peut être écarté"**⁸⁵³, l'avis rendu par l'administration du travail, même s'il ne lie pas le juge, doit éclairer l'employeur sur la qualité du plan présenté. Dans l'affaire "La Samaritaine", le plan social avait fait l'objet d'un constat de carence de la part de l'administration du travail en raison notamment de l'insuffisance des mesures de reclassement qu'il comportait. L'employeur était donc averti des faiblesses de ces propositions et avait assumé le risque d'une nullité en passant outre cet avis pour la mise en œuvre du plan social.

233. Enfin, l'adoption d'un recours suspensif accordé à chaque salarié menacé de licenciement permettra de saisir le juge des référés en cas de procédure irrégulière, de la même façon que le comité d'entreprise peut saisir le juge en cas de non respect de la procédure relative aux licenciements collectifs. Dans ce cas, le juge des référés pourra ordonner la reprise de la procédure et seul l'employeur qui n'obtempère pas, encourra la nullité de sa décision. Dans l'hypothèse où la procédure est achevée et atteinte de nullité pour cause d'irrégularité, rien n'empêche l'employeur de la reprendre.

La nullité des licenciements en cas de non respect des règles légales, substantielles ou procédurales ainsi que le droit de recours suspensif contre tout licenciement, sont deux mesures qui donneraient une consistance réelle aux droits fondamentaux des salariés dans l'entreprise.

Conclusion de la troisième partie

234. Le contrôle du pouvoir patronal de direction par des autorités externes à l'entreprise, plus particulièrement le juge judiciaire depuis la réforme de 1986, s'est renforcée sous l'impulsion du législateur. Le juge doit, aujourd'hui, s'assurer de l'objectivité des décisions patronales et de leur justification au regard de l'intérêt de l'entreprise, ce qui permet à M. Waquet d'écrire que **"le pouvoir discrétionnaire a pratiquement disparu et que, en**

⁸⁵⁰ Ph. Antonmattei, *La nullité du licenciement pour motif économique consécutive à la nullité du plan social*, RJS 3/97, p.157.

⁸⁵¹ G. Couturier, note sous Cass. Soc., 13 février 1997, Dr. soc., 1997, p.261.

⁸⁵² Cass. Soc., 13 février 1997, op. cit.

⁸⁵³ Ph. Antonmattei, *La nullité du licenciement pour motif économique consécutive à la nullité du plan social*, op. cit.

cas de litige, le juge doit trancher, sans prétendre que l'employeur est "seul juge"

⁸⁵⁴ . L'intensité de ce contrôle varie selon qu'il s'exerce sur le pouvoir de direction des personnes ou sur le pouvoir économique.

En matière de direction des personnes, la Cour de cassation se montre très exigeante sur la motivation des décisions patronales contraignantes pour les salariés. L'employeur doit étayer son argumentation d'éléments objectifs et matériellement vérifiables ⁸⁵⁵ . La primauté accordée à une augmentation objective est la seule voie respectueuse des libertés et droits fondamentaux des salariés. En matière de licenciement, la Cour de cassation impose à l'employeur d'énoncer avec rigueur la motivation de la rupture dans la lettre de licenciement ⁸⁵⁶ .

La décision patronale doit en outre être justifiée par l'intérêt ou les nécessités de l'entreprise. Ce critère de finalité se retrouve notamment dans l'analyse judiciaire des clauses du contrat de travail qui tendent à limiter les libertés individuelles des salariés ⁸⁵⁷ . Les juges se livrent alors à un contrôle de proportionnalité visant à instaurer un équilibre entre les droits et libertés des salariés et l'intérêt de l'entreprise.

En matière économique, le contrôle juridictionnel est beaucoup plus formel. Le juge ne s'immisce pas dans la gestion de l'entreprise. Son contrôle se limite à l'examen de l'objectivité de la mesure proposée et ***"à imposer une certaine conception de la justice sociale à travers l'examen du caractère réel et sérieux du licenciement"*** ⁸⁵⁸ . Le pouvoir de direction économique de l'employeur est reconnu et respecté, et l'opportunité de la mesure contestée n'est pas appréciée. La détermination de l'intérêt de l'entreprise et le choix des moyens visant à le satisfaire appartient à l'employeur. Ainsi, le juge admet-il ***"sans difficulté ce qu'il appelle maintenant "l'objectif de compétitivité" que poursuit l'entreprise"*** ⁸⁵⁹ . Par contre, la Cour de cassation fait preuve d'une grande exigence relativement au respect des procédures de dialogue et des obligations de plan social. ***"La politique volontariste de la Cour de cassation"*** ⁸⁶⁰ est toutefois limitée, le juge étant lié par les textes.

⁸⁵⁴ Ph. Waquet, *Le juge et l'entreprise*, Dr. soc., 1996, p.476.

⁸⁵⁵ La jurisprudence relative à la perte de confiance est à ce titre exemplaire, Voir Cass. Soc., 29 novembre 1990, D. 1991, p.190, note J. Péliassier ; Cass. Soc., 14 janvier 1998, RJS 3/98, n°292 ; Cass. Soc., 26 janvier 2000, Liaisons sociales n°661 du 14 février 2000.

⁸⁵⁶ Cass. Soc., 29 novembre 1990, Bull. civ. V, n°59 8; Cass. Soc., 26 janvier 2000, op. cit.

⁸⁵⁷ Cass. Soc., 14 mai 1992, RJS 6/92, n°735 (concernant une clause de non-concurrence) ; Cass. Soc., 12 janvier 1999, Dr. soc., 1999, p.287 (concernant une clause de mobilité).

⁸⁵⁸ M. C. Escande-Varniol, *La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise*, op. cit.

⁸⁵⁹ B. Balmay, *Le droit de licenciement économique est-il vraiment un droit favorable à l'emploi ?*, Dr. soc., 1998, p.131.

⁸⁶⁰ J. E. Ray, *La politique volontariste de la Cour de cassation*, Sem. Soc. Lamy, n°829, 3 mars 1997.

Par conséquent, la rationalisation du pouvoir de direction est à rechercher dans un renforcement de la concertation entre employeur et salariés sur les scénarios d'évolution possibles⁸⁶¹. Anticipation, information, concertation, il conviendrait de donner à ces trois termes, fréquemment utilisés en la matière, une consistance plus forte afin d'envisager de réelles solutions pour le maintien de l'emploi. Garantir l'emploi suppose également de sanctionner par la nullité les décisions de licenciement qui contreviennent aux règles légales.

Ces propositions viendraient concrétiser et enrichir le droit constitutionnel à l'emploi et à conserver son emploi - dont deux auteurs ont démontré la "réelle positivité"⁸⁶² - tout en respectant la liberté d'entreprendre de l'employeur.

⁸⁶¹ B. Balmay, *Le droit de licenciement économique est-il vraiment un droit favorable à l'emploi ?*, *op. cit.*

⁸⁶² A. Jeammaud et M. Le Friant, *L'incertain droit à l'emploi*, *op. cit.*

CONCLUSION GENERALE

235. Au terme de ce travail, il nous est possible d'affirmer que l'encadrement et le contrôle du pouvoir patronal de direction n'entame que fort peu la liberté de choix de l'employeur dans les faits. Il convient d'insister sur le fait, qu'en l'absence d'une contestation judiciaire, la faculté de choix de l'employeur demeure pleine et entière. Aucune instance au sein de l'entreprise n'est juridiquement habilitée à s'opposer aux décisions patronales. Et, lorsque l'exercice du pouvoir de direction est l'objet d'un litige porté devant le juge, le contrôle est limité. Certes, l'employeur doit se justifier au regard de l'intérêt de l'entreprise et convaincre de l'existence d'une cause réelle et sérieuse en matière de licenciement. Ceci étant, le juge ne s'aventure pas sur le terrain de l'opportunité, laissant à l'employeur le soin de définir l'intérêt de l'entreprise et les moyens permettant de le servir.

236. Le véritable enjeu n'est cependant pas, pensons-nous, dans une intensification du contrôle du juge sur le pouvoir de direction mais dans un réel changement des règles du jeu économique. En effet, le regroupement des capitaux consacre la suprématie de l'intérêt privé sur l'intérêt général. Les Etats sont aujourd'hui dépourvus de moyens de contrôle sur la vie économique et les politiques de l'emploi font figure de palliatifs dérisoires. La véritable question est celle de savoir comment répondre à la mutation du capitalisme engendrée par la mondialisation de l'économie. Celle-ci entraîne une insistance excessive sur le court terme. Il faut s'interroger sur cette logique et construire des stratégies pour faire face à la loi du marché. L'exclusion et les injustices vécues par un nombre croissant de personnes posent la question de l'organisation de la société, faut-il laisser à la "nature des choses", autrement dit à l'ordre du marché capitaliste, la répartition des fruits de la civilisation.

Ces enjeux, de dimension internationale, doivent recevoir une solution politique de même échelle. L'action d'un Etat isolé est vouée à l'échec dans la mesure où des règles nationales ont vocation à ne s'appliquer que sur le territoire national. Le champ spatial de validité des droits nationaux est limité et ne saisit que les rapports existant sur le territoire national. Or, l'intensification de la concurrence internationale, la transnationalisation des firmes et la globalisation financière, non seulement font échec aux dispositions nationales, mais mettent en concurrence les divers droits du travail.

Ainsi, dans l'affaire Videocolor, les emplois sont transférés de France au Brésil afin de réduire les coûts de revient des produits et ce transfert correspond à une suppression d'emploi dès lors que la délocalisation a lieu à l'étranger⁸⁶³. Ce type d'opération échappe par conséquent au droit français qui ne peut appréhender **"l'effet terminal d'une opération internationale"**⁸⁶⁴.

Ces limites du droit du travail national se manifestent également dans l'application des règles relatives à la représentation du personnel dans l'entreprise. En droit français, ces règles s'imposent à **"toutes les personnes et organismes assimilés qui exercent leur activités en France"**⁸⁶⁵. Au sein des entreprises transnationales, ces règles visent les activités implantées en France et de ce fait perdent de leur substance. Les règles organisant l'information des salariés d'une filiale sont ainsi dépourvues de pertinence dès lors que le véritable détenteur du pouvoir patronal de direction est situé hors du territoire national.

Consciente de la perte d'utilité du dispositif d'information des salariés dans le cadre des groupes multinationaux, la Cour de cassation a décidé que l'accès aux documents comptables devait s'étendre aux comptes des entreprises concernées par la consolidation des comptes, y compris les filiales étrangères⁸⁶⁶. Malgré tout, il s'avère difficile pour les salariés de connaître précisément les stratégies adoptées par le groupe. Ainsi, **"en se détachant d'un emplacement national localisable, le processus de travail segmenté, réparti dans le monde entier et coordonné transcende dans le même temps les frontières d'un droit national à l'assise également nationale"**⁸⁶⁷. La concurrence entre les droits nationaux peut modifier à la baisse les normes sociales afin de favoriser les entreprises. Les pays qui assurent une protection importante aux salariés sont confrontés à ce risque de dumping social.

Et s'il n'est pas certain que **"cette concurrence profite toujours à ceux qui subissent les plus médiocres standards sociaux ou qui acceptent, bon gré malgré, les plus spectaculaires baisses de ces standards"** car un certain niveau de droits et

⁸⁶³ Cass. Soc., 5 avril 1995, Dr. soc., 1995, p.482 ; Dr. ouvrier, 1995, p.284.

⁸⁶⁴ G. Lyon-Caen, *Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux*, Dr. soc., 1995, p.489.

⁸⁶⁵ Cass. Soc., 3 mars 1988, Rev. Crit. Dr. intern. Privé, 1989, p.63, note G. Lyon-Caen.

⁸⁶⁶ Cass. Soc., 6 décembre 1994, Dr. soc., 1995, p.40.

⁸⁶⁷ S. Simitis, *Le droit du travail a-t-il encore un avenir ?*, Dr. soc., 1997, p.666.

de garanties pour les salariés peut présenter **”des avantages pour des capitalistes rationnels”**⁸⁶⁸, il n'en reste pas moins qu'elle exacerbe les rapports d'adversité entre les travailleurs du monde entier et soumet ces derniers aux mouvements incontrôlables du capital.

L'adaptation des systèmes de droit est donc indispensable. Un Etat isolé ne peut faire face aux contraintes que fait peser la mondialisation des échanges sur son économie. Par conséquent, du pouvoir concret que les Etats détiendront en s'associant dépend l'évolution des rapports économiques. Ce rapprochement des droits nationaux suppose une volonté politique commune de peser sur le cours des choses. Face au pouvoir démesuré des marchés, il faut replacer l'homme au centre des préoccupations et **faire ”du travail le front principal des luttes contre la domination sans faille du marché”**⁸⁶⁹, il faut combattre l'hégémonie de la sphère financière qui détruit le lien social. Et, si l'entreprise vit de la coexistence du travail et du capital, **”il apparaît pour le moins logique qu'on place sur le même pied d'égalité la défense des rémunérations du travail et celle du capital”**⁸⁷⁰.

Certaines solutions politiques visant à désarmer le pouvoir financier sont bien connues : taxation significative du capital, des revenus financiers et des transactions sur le marché des changes.

Le système de la taxe Tobin, du nom du prix Nobel d'économie américain, prévoit de taxer de manière modique toutes les transactions sur le marché des changes pour les stabiliser. Au taux de 0,1%, cette taxe procurerait 166 milliards de dollars par an, deux fois plus que la somme annuelle nécessaire pour éradiquer la pauvreté extrême⁸⁷¹. De nombreux experts ont démontré que la mise en œuvre de cette taxe ne présentait aucune difficulté technique majeure⁸⁷². Des campagnes d'information internationales auprès des actionnaires d'entreprises privées peuvent également être envisagées. L'association internationale Action pour la taxation des transactions financières d'aide aux citoyens (ATTAC) travaille sur ces différents thèmes.

Les investisseurs devraient être assujettis à certains devoirs, notamment le respect des normes sociales du pays d'accueil et l'obligation de réinvestir une partie des bénéfices. Des pénalités financières pourraient être prononcées à l'encontre des firmes qui délocalisent leurs activités afin de minimiser le coût du travail. M. le Professeur G. Lyon-Caen propose l'instauration d'une responsabilité sans faute. Cette responsabilité objective serait fondée sur l'idée que le coût social du licenciement est la réalisation d'un risque lié à l'exploitation de l'entreprise et l'employeur doit assumer les risques. En

⁸⁶⁸ A. Jeammaud, *Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation*, op. cit.

⁸⁶⁹ R. Castel, *Le travail, front principal des luttes*, Le Monde diplomatique, Manière de Voir, n°41, 1998, p.30.

⁸⁷⁰ R. Boyer, J. P. Durand, *”L'après fordisme”*, éd. Syros, 1993, p.120.

⁸⁷¹ "Rapport sur le développement humain", Paris, Economica, 1997,.

⁸⁷² Lire Le Monde Diplomatique, février 1997.

matière de délocalisation, **"l'avantage économique évident que représente la faculté d'opérer sur toutes les parties du globe"**⁸⁷³ doit être contrebalancé par l'instauration d'une responsabilité sans faute à la charge de l'employeur qui doit assumer le coût social de ces décisions.

Seules des circonstances très contraignantes évaluées par le juge pourraient exonérer l'employeur de sa responsabilité. Cette responsabilité sans faute laisse pleine et entière la liberté patronale de gestion.

Ces différentes mesures ne peuvent être le fait d'un seul Etat. La Communauté européenne dispose de la puissance et de la légitimité nécessaire pour la promotion de telles réformes dans la mesure où elle s'engagerait dans un véritable projet de civilisation. D'un point de vue technique, plusieurs hypothèses sont concevables. Des règles communes à la communauté européenne peuvent être adoptées ou bien des directives communautaires peuvent imposer une harmonisation des droits étatiques⁸⁷⁴.

A ce jour, cette Europe sociale est un objectif encore très éloigné. Le modèle dominant reste celui du Traité de Maastricht, construit sur des hypothèses libérales. Cependant, dans l'ensemble des pays européens se développe un mouvement contestataire qui dessine une autre image de l'Europe. Cette Europe devra intégrer la question sociale dans sa politique globale et non plus considérer le social comme un élément rapporté. La Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe⁸⁷⁵, ne doit pas être un catalogue de vœux pieux et doit aller au-delà des minima mondiaux.

La participation des salariés à la gestion des entreprises, la formation initiale et professionnelle, les droits des travailleurs sont autant de points majeurs qui doivent être valorisés. Le chantier social ne fait que s'ouvrir et construire des contenus revendicatifs communs ne sera pas simple. En effet, il existe des niveaux sociaux différents dans les pays européens et, si tous parlent de "pacte social", le contenu diffère. En outre, le projet d'une Europe sociale est d'autant plus difficile à bâtir qu'il faut la construire avec le monde entier. Il faut songer à articuler les revendications sociales européennes de façon globale sinon l'Europe demeurera toujours en difficulté. Par exemple, il faudrait intégrer dans l'Organisation mondiale du commerce des normes universelles de travail pour éviter le dumping social international et l'effritement des normes européennes, inévitable en cas de mise en concurrence des salariés.

Réduire les avantages comparatifs des coûts de main d'œuvre ne saurait être cependant le seul axe de cette "clause sociale" au niveau mondial, au risque de défavoriser plus encore les pays en voie de développement. Ce projet doit être crédible

⁸⁷³ G. Lyon-Caen, *Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux*, op. cit.

⁸⁷⁴ A. Jeammaud, *Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation*, Dr. ouvrier 1998, p.240.

⁸⁷⁵ La Charte sociale européenne, adoptée en 1961 dans le cadre du Conseil de l'Europe a été révisée en 1996 ; L'approbation de la Charte sociale révisée est autorisée par deux lois du 10 mars 1999 (Lois n°99-173 et 99-174, J. O. du 11 mars, p.3631) ; Cette nouvelle charte porte à trente et un le nombre des droits sociaux fondamentaux alors que la Charte initiale en garantit dix neuf ; La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (1989) adoptée par les quinze Etats de l'Union Européenne et le Traité d'Amsterdam (1997) s'y réfère.

en termes de coopérations et solidarités avec les pays en voie de développement notamment sur le problème de l'utilisation des ressources. La construction sociale européenne permettra un encadrement d'autant plus efficace du pouvoir patronal de direction que les entreprises seront associées aux diverses initiatives.

Face à la mobilité des capitaux et à la liberté de gestion qui en résulte, la véritable question est donc celle des valeurs qui fondent les choix des Etats. Il faut décider ce que l'on veut protéger et faire des choix qui engagent ses valeurs. Il faut choisir de consacrer une certaine représentation de la société démocratique.

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages généraux, traités, manuels.

- G. AUBIN, J. BOUVERESSE, Introduction historique au droit du travail, 1^{ère} éd., PUF, 1995.
- J. G. BELLEY, J. A. CARTY, voir Pouvoir, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993.
- R. BOUDON, F. BOURRICAUD, Dictionnaire critique de la sociologie, PUF, 1982.
- G. H. CAMERLYNCK, Traité de droit du travail, t.1, Le contrat de travail, Paris, Dalloz, 1980.
- J. CARBONNIER, Droit civil, t.4, Les obligations, 24^{ème} éd., PUF, 2000.
- N. CATALA, L'entreprise, t.4, in Traité de droit du travail, sous dir. G. H. Camerlynck, Dalloz, 1980.
- R. CHAPUS, Droit administratif général, 6^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1992.
- R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 4^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1993.
- G. COUTURIER, Droit du travail (2 Tomes), 2^{ème} éd., PUF, 1993.

- M. COZIAN, A. VIANDIER, Droit des sociétés, 10^{ème} éd., Litec., 1997.
- F. DESPORTES, F. LE GUENHEC, Le nouveau droit pénal, Economica, 1998.
- P. DURAND, R. JAUSSAUD, Traité de droit du travail, t.1, Paris, Dalloz, 1947.
- P. DURAND, A. VITU, Traité de droit du travail, t.2, Paris, Dalloz, 1956.
- J. C. JAVILLIER, Manuel de droit du travail, 6^{ème} éd., L.G.D.J., 1996.
- M. T. JOIN-LAMBERT et autres, Politiques sociales, Presse de la fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, 1994.
- G. LYON-CAEN, Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale, Paris, LGDJ, 1955.
- G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, A. SUPIOT, Droit du travail, Dalloz, 19^{ème} éd., 1998.
- P. MALAURIE, L. AYNES, Cours de droit civil, t.4, Les obligations, 9^{ème} éd., Cujas, 1998.
- M. F. MIALON, Les pouvoirs de l'employeur, LGDJ, 1996.
- J. PELISSIER et autres, Le droit de l'emploi, Dalloz, 1999.
- F. PICHAULT, M. DE COSTER, Traité de sociologie du travail, De Boeck Université, 1994.
- J. PRADEL, Le nouveau code pénal, Dalloz, 1995.
- J. RIVERO, J. SAVATIER, Droit du travail, PUF, 13^e éd., coll. Themis, 1993.
- G. SCALLE, Le droit ouvrier, 2^e éd., A. Colin, 1929.
- STEFANI, LEVASSEUR, BOULOC, Procédure pénale, 16^e éd., Dalloz, 1996.
- F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 6^{ème} éd., Dalloz, 1996.
- B. TEYSSIE, Droit du travail, T.2? Les relations collectives de travail, 2^{ème} éd., LITEC, 1993.

II – Ouvrages spéciaux, thèses, rapports.

- A. ANDREFF, Les multinationales globales, éd. La Découverte, coll. Repères, 1995.
- P. BATAILLE, Le racisme au travail, éd. La Découverte, 1997.
- S. BEAUD, M. PIALOUX, Retour sur la condition ouvrière, éd. Fayard, 1999.
- R. BEAUJOLIN, Les vertiges de l'emploi, éd. Grasset/Le Monde, 1999.
- Ph. BERNOUX, L'entreprise dans ses rapports à la société. Une problématique sociologique nouvelle, in Entreprise, institution et société, Rapport de recherches, 1996.
- P. DE CALAN, Le patronat piégé, Paris, éd. La Table ronde, 1977.
- M. COFFINEAU, Les lois Auroux 10 ans après, Rapports officiels, La documentation française, 1993.

-
- F. CARON, Histoire économique de la France, Paris, A. Colin, 1995.
- M. CASTELLS, La société en réseaux, trad. Française, Paris, Fayard, 1998.
- M. COHEN, Le droit des comités d'entreprise, LGDJ, 1998.
- T. COUTROT, L'entreprise néo-libérale, nouvelle utopie capitaliste ?, Paris, éd. La Découverte, 1998.
- M. DELMAS MARTY, (sous la direction de) Libertés et droits fondamentaux, éd. Seuil, 1996.
- M. DESPAX, L'entreprise et le droit, LGDJ, 1957.
- P. DURAND (sous la direction de), Le syndicalisme du futur, Paris, Syres, 1996.
- J. L. GAFFARD, Economie industrielle et de l'innovation, Précis Dalloz, 1990.
- E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, Economica, 1986.
- F. HAYEK, Droit, législation, liberté, (tome 2), PUF, 1976.
- I. IZRAELEWICZ, Le capitalisme zinzin, éd. Grasset, 1999.
- A. JEAMMAUD, Le licenciement, Dalloz, 1993.
- A. JEAMMAUD, A. LYON-CAEN, Droit du travail, Démocratie et crise en Europe occidentale (sous la direction des auteurs), Acte Sud, 1986.
- C. HANNOUN, Le droit et les groupes de sociétés, LGDJ, 1990.
- J. KERGOAT, J. BOULET, H. JACOT, D. LINAHRT, (dir.) Le monde du travail, Paris, éd. La Découverte, 1998.
- G. LYON-CAEN, Les libertés et l'emploi, rapport ministère du travail, éd. La Documentation française, 1992.
- J. MAGNIADAS, Le patronat, Paris, Messidor, 1991.
- MARINI, La modernisation du droit des sociétés, La documentation française, coll. Rapports officiels, 1996.
- I. MEYRAT, Droits fondamentaux et Droit du travail, Thèse, Université Paris X, 1998.
- M. MINE, H. ROSE, Y. STRUILLLOU, Le droit du licenciement des salariés protégés, Economica, 1996.
- M. NOBLECOURT, Les syndicats en question, éd. ouvrières, coll. Portes ouvertes, 1990.
- G. NOIRIEL, Les ouvriers dans la société française, éd. du seuil, 1986.
- C. NICOD, L'obligation de négocier dans les relations collectives du travail, Thèse, Lyon II, 1999.
- J. PAILLUSSEAU, La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise, Sirey, 1973.
- M. L. PAVIA, Th. REVET, La dignité de la personne humaine au travail, (sous la direction de), Economica, 1998.
- J. E. RAY, Mutation de l'entreprise et modification du contrat, éd. Liaisons, 2000.
- R. REICH, L'économie mondialisée, Paris, Dunod, 1997.
- H. ROLAND, L. BOYER, Les adages en droit français, Litec, 1992.

- P. ROSANVALLON, La question syndicale, Histoire et avenir d'une forme sociale, Paris, Calman-Lévy, 1988.
- R. SAVATIER, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 3^{ème} éd. Dalloz, 1964.
- A. SUPIOT, Le juge et le droit du travail, Thèse Bordeaux I, 1979.
- A. SUPIOT, Critique du droit du travail, PUF, coll. Les voies du droit, 1994.
- A. TOURAINE, Sociologie de l'action, Liguré, Aubin, 1965.
- D. THIERRY, Restructuration et reconversion, concepts et méthodes, L'Harmattan, 1995.
- D. UZUNIDIS, Mondialisation, intégration et normalisation du progrès technique, Innovations, Cahier d'économie de l'innovation, L'Harmattan, Paris, 1996.
- D. UZUNIDIS, S. BOUTILLER, Le travail bradé, L'Harmattan, coll. Economie et innovation, 1997.
- I. VACARIE, L'employeur, Paris, éd. Sirey, 1978.
- H. WEBER, Le parti des patrons, Paris, Le Seuil, 1984.
- M. WEBER, Histoire économique, Paris, Gallimard, 1991.

III - Articles, chroniques, notes, observations, rapports, conclusions de jurisprudence.

- Ph. ANTONMATTEI, Les éléments du contrat de travail, Dr. soc. 1999, p.331.
- Ph. ANTONMATTEI, La nullité du licenciement pour motif économique consécutive à la nullité du plan social, RJS 3/97, p.157.
- Ph. AUVERGNON, Les ruptures en période d'essai, Dr. soc. 1992, p.796.
- B. BALMARY, Le droit du licenciement économique est-il vraiment un droit favorable à l'emploi ?, Dr. soc. 1998, p.131.
- J. BARTHELEMY, obs. sous Cass. Soc., 10 mars 1998, Dr. soc. 1998, p.492.
- J. L. BEFFA, R. BOYER, J. P. TOUFFUT, Les relations salariales en France : Etat, entreprises, marchés financiers, note de la Fondation Saint Simon, 1999, n°107.
- J. M. BERAUD, Les interactions entre pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail, Dr. ouvrier, 1997, p.532.
- Ph. BISSARA, Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise, Rev. Sociétés, 1998, p.12.
- H. BLAISE, La période d'essai : dix années de jurisprudence, RJS 5/89, p.223.
- H. BLAISE, Une jurisprudence en pleine évolution, RJS 2/92, p.90.
- H. BLAISE, obs. sous Cass. Soc., 10 juillet 1996, Dr. soc. 1996, p.976.

- M. BONNECHERE, obs. sous Cass. Soc., 10 février 1999, Dr. soc. 1999, p.410.
- M. BONNECHERE, La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social, Dr. ouvrier, 1998, p.249.
- B. BOSSU, L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés, Dr. soc. 1998, p.127.
- B. BOSSU, La sanction d'un plan social non conforme aux exigences légales, Dr. soc. 1996, p.383.
- B. BOSSU, Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre, Dr. soc. 1994, p.747.
- B. BOUBLI, Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité, Réflexion sur la définition du contrat de travail à l'orée du 20^{ème} siècle, JSL 1999, 35-1.
- B. BOUBLI, Sur la modification du contrat de travail et la loi Aubry, Sem. Soc. Lamy, 1998, n°897.
- B. BOUBLI, L'omniprésence du juge des référés dans le contentieux du licenciement pour motif économique, Sem. Soc. Lamy, 1998, p.5, n°870.
- B. BOUBLI, Le licenciement économique, 10 après la suppression de l'autorisation administrative, Gaz. pal., 1997.
- B. BOUBLI, rapport sur Cass. Soc., 5 avril 1995, Sem. Soc. Lamy, n°740, p.8.
- A. BOUILLOUX, Adaptabilité du contrat de travail, Dr. ouvrier, 1997, p.487.
- A. BRUN, Le lien d'entreprise, JCP 1962, I, 1719.
- P. BOURDIEU, M. SAINT-MARTIN, Le patronat, Actes de la recherche en sciences sociales, n°20.21, 1978.
- J. CABANNES, Concl. Sous Ass. Plén. 4 mars 1983, D. 1983, p.381.
- G. H. CAMERLYNCK, De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement, JCP 1958, I, 1425.
- N. CATALA, note sous Cass. Soc., 14 juin 1972, D. 1973, p.114.
- Cl. CHAMPAUD, Le contrat de société existe-t-il encore ?, in Le droit contemporain des contrats, Economica, 1987, p.125.
- Y. CHALARON, Groupes de sociétés, juris-class. 1992, Fasc. 16-25, p.3.
- A. COEURET, Infractions aux règles d'hygiène et de sécurité, délégation de pouvoir et mise en danger, Dr. soc. 1995, p.344.
- M. COHEN, Les procédures de consultation du comité d'entreprise en cas de restructuration avec licenciements, Dr. soc. 1999, p.591.
- M. COHEN, note sous Cass. Soc. 27 juin 1990, Dr. ouvrier 1991, p.17.
- CORRIGNAN-CARSIN, Loyauté et droit du travail, Ecrits en l'honneur d'H. Blaise, Economica, 1995, p.125.
- CORRIGNAN-CARSIN, note sous Cass. Soc., 14 mai 1992, D. 1992, p.350.
- A. COURET, Le gouvernement d'entreprise, la Corporate Governance, D. 1995, chr., p.163.
- G. COUTURIER :Insuffisance du plan social, Les actions en nullité propre aux salariés,

- Dr. soc. 1999, p.593.
- G. COUTURIER : note sous Cass. Soc. 6 mai 1998, Dr. soc. 1998, p.730.
- G. COUTURIER : La rémunération, éléments du contrat de travail, Dr. soc. 1998, p.523.
- G. COUTURIER : obs. sous Cass. Soc. 28 octobre 1997, Dr. soc. 1998, p.78.
- G. COUTURIER : Pot pourri autour des modifications du contrat de travail, Dr. soc. 1998, p.878.
- G. COUTURIER : note sous Cass. Soc. 13 février 1997, Dr. soc. 1997, p.259.
- G. COUTURIER : note sous C.A. LYON 11 mai 1993, JCP 1994, éd. E., II, p.547.
- G. COUTURIER : L'accès du comité d'entreprise à l'information économique et financière, Dr. soc. 1983, p.6.
- G. COUTURIER : L'intérêt de l'entreprise, in Les mutations sociales du droit contemporain, études offertes à J. Savatier, 1992, p.143.
- G. COUTURIER : Les nullités du licenciement, Dr. soc. 1977, p.215
- G. COUTURIER, J. PELISSIER, Nullité du plan social, Sem. Soc. Lamy, n°829, 3 mars 1997, p.3.
- N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, La responsabilité du dirigeant de fait, Rev. sociétés 1997, p.499.
- M. DESPAX, L'évolution du droit de l'entreprise, in Les mutations sociales du droit contemporain, études offertes à J. Savatier, 1992, p.143.
- N. DION, Corporate Governance et sociétés françaises, Dr. sociétés, 1995, p.1.
- E. DOCKES, Consécration de la nature contractuelle du salaire, RJS 3/98, p.168.
- E. DOCKES, L'engagement unilatéral de l'employeur, Dr. soc. 1994, p.227.
- E. DOCKES, L'avantage individuel acquis, Dr. soc. 1993, p.826.
- P. DRAI, Pour un juge qui toujours décide, Gaz. pal., 1997, p.2.
- P. EISMEIN, note sous Cass. Civ. 31 mai 1956, JCP 1956, II, 9397.
- M. C. ESCANDE-VARNIOL, La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise, RJS 4/2000, p.260.
- M. C. ESCANDE-VARNIOL, La sophistication des clauses du contrat de travail, Dr. ouvrier, 1997, p.478.
- M. FABRE-MAGNAN, Le contrat de travail définit par son objet, in Travail en perspectives, sous la direction d'A. Supiot, LGDJ 1998, p.101.
- F. FAVENNEC-HERY, G. BELIER, Accords de réduction du temps de travail et compensation financière, Dr. soc. 1998, p.970.
- J. FRAYSSINET, Nouvelles technologies et droits fondamentaux des salariés, in Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise, éd. PU. Aix Marseille, 1994.
- J. Y. FROUIN, La protection des droits de la personne et des libertés du salarié, CSBP 1998, p.123.
- J. Y. FROUIN, Rapport sous Cass. Soc., 5 mai 1998, Dr. soc. 1998, p.579.

-
- Y. GAUDEMET, note sous Cons. Const., 16 janvier 1986, Dr. soc. 1986, p. 372.
- B. GAURIAU, obs., sous Cass. Soc., 18 mai 1999, Dr. soc. 1999, p.735.
- N. GAVALDA, Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. soc. 1999, p.582.
- M. GREVY, note sous Cass. crim., 8 mars 1994, Dr. soc. 1994, p.84.
- J. GRINSNIR, Les dispositions nouvelles relatives au recrutement individuel et aux libertés individuelles, Dr. ouvrier, 1993, p.328.
- T. GRUMBACH, Encore une fois sur les arrêts La Samaritaine, Dr. soc. 1997, p.331.
- L. HAMON, note sous Cons. Const., 23 mai 1983, Dr. soc. 1984, p.159.
- F. HEAS, Les obligations de reclassement en droit du travail, Dr. soc. 1999, p.504.
- M. HENRY, La remise en état comme sanction des atteintes illicite au contrat de travail, Dr. ouvrier, 1999, p.109.
- A. HIDALGO, Inspection du travail, crise d'identité et tranches de vie, Dr. soc. 1992, p.849.
- A. JEAMMAUD : Les droits sociaux entre affirmation et épreuve de la mondialisation, Contextos, revista critica de derecho social, 1999, n°3, p.53.
- A. JEAMMAUD : Le principe de faveur, Enquête sur une règle émergente, Dr. soc. 1999, p.115.
- A. JEAMMAUD : Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation, Dr. ouvrier, 1998, p.240.
- A. JEAMMAUD : Le droit du travail en changement, Essai sur mesure, Dr. soc. 1998, p.213.
- A. JEAMMAUD : Des concepts en jeu, in Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation, CNRS/LGDJ, 1996.
- A. JEAMMAUD : Justice et économie : et le social ?, Justices, 1995, p.118.
- A. JEAMMAUD : La place du salarié individu dans le droit français du travail, in Le droit collectif du travail, Etudes en hommage à H. Sinay, Peterlang, 1994, p.347.
- A. JEAMMAUD : note sous Cass. Soc., 16 décembre 1992, Dr. soc. 1993, p.267.
- A. JEAMMAUD : Le droit constitutionnel dans les relations de travail, AJDA, 1991.
- A. JEAMMAUD : Les polyvalences du contrat de travail, in Les transformations du droit du travail, Etudes offertes en hommage à G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p.301.
- A. JEAMMAUD : Les contentieux des conflits collectifs du travail, Dr. soc. 1988, p.689.
- A. JEAMMAUD : Les contrôles de la légalité du règlement intérieur, Dr. soc. 1983, p.520.
- A. JEAMMAUD : note sous Cass. Ass. Plén., 18 juin 1976, D. 1977, p.173.
- A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, L'ordonnancement des relations du travail, D. 1998, Chr., p.361.
- A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, comm. sous Paris, 2 octobre 1990, Dr. soc. 1990, p.173.
- A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, Arrêt Dunlop ou jurisprudence Clavaud ?, Dr. ouvrier,

1988, p.252.

- A. JEAMMAUD, Th. KIRAT, M. C. VILLEVAL, Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit, Rev. int. Dr. éco., 1996, p.99.
- A. JEAMMAUD, A. LYON-CAEN, Droit et direction du personnel, Dr. soc. 1982, p.63.
- M. KELLER, note sous C.A. Lyon 11 mai 1993, D. 1993, J, p.554.
- M. KELLER, note sous Cass. Soc., 5 avril 1995, D. 1995, p.503.
- Ph. LANGLOIS, La réduction du temps de travail et la rémunération, Dr. soc. 1998, p.785.
- B. LARDY-PELISSIER, L'obligation de reclassement, D. 1998, p.399.
- M. LAROQUE, Présentation introductive de la loi 12 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, Dr. soc. p.631.
- P. LE CANNU, Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions, Bull. Joly, 1995, p.637.
- M. J. LEGRAND, La pertinence du projet de licenciement collectif, Dr. ouvrier, 1994, p.4.
- F. LEPANY, Les pouvoirs du juge et les voies procédurales, Dr. ouvrier, 1999, p.115.
- M. T. LANQUETIN, Discrimination à raison du sexe, Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe, Dr. soc., 1998, p.688.
- M. T. LANQUETIN, La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire, Dr. soc. 1995, p.435.
- G. LEVASSEUR, Protection de la personne, de l'image et de la vie privée, Gaz. Pal., 1994, p.23.
- L. LEVASSEUR, note sous Cass. 31 mai 1956, D. 1958, p.21.
- L. LEVENEUR, Vie privée et familiale et vie professionnelle, in La personne en droit du travail, sous la direction de B. Teyssié, LGDJ, 1999, p.31.
- D. LOCHAK, Les bornes de la liberté, Pouvoirs, 1998, p.84.
- D. LOCHAK, Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise et dans l'administration, Dr. soc. 1988, p.22.
- D. LOCHAK, Réflexion sur la notion de discrimination, Dr. soc. 1987, p. 778.
- F. LUCHAIRE, note sous Cons. Const., 20 juillet 1988, D. 1989, p. 269.
- A. LYON-CAEN : Actualité du contrat de travail, Dr. soc. 1998, p.542
- A. LYON-CAEN : obs. sous 16 avril 1996, Dr. soc. 1996, p.490.
- A. LYON-CAEN : Le contrôle par le juge du licenciement pour motif économique, Dr. ouvrier, 1995, p.281.
- A. LYON-CAEN : obs. sous Cass. Soc., 25 février 1992, D. 1992, p.294.
- A. LYON-CAEN : note sous Cass. Soc., 13 octobre 1977, D. 1978, p.353.
- G. LYON-CAEN : Où mènent les mauvais chemins ?, Dr. soc. 1995, p.647.
- G. LYON-CAEN : Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux, Dr. soc.

- 1995, p.489.
- G. LYON-CAEN : Quand cesse-t-on d'être salarié ?, Dalloz, Sirey, 1977, chrn., p.17.
- G. LYON-CAEN : note sous Cass. Soc., 14 juin 1972, JCP 1972, II, 17125.
- G. LYON-CAEN : Défense et illustration du contrat de travail, ADP 1968, p.14.
- G. LYON-CAEN : L'entreprise dans le droit du travail, Travaux et recherches, IDC Paris, éd. Cujas, 1966, p.323.
- G. LYON-CAEN, A. LYON-CAEN, La doctrine de l'entreprise, in dix ans de droit de l'entreprise, LITEC, Paris, 1978, p.600.
- A. MARECHAL, Les critères d'investissement des grands gestionnaires de fonds internationaux dans les entreprises françaises, Bull. COB, mars 1998, p.4.
- H. MASSE-DESSEN, obs. sous Cass. Soc., 17 juin 1997, Dr. soc. 1997, p.742.
- A. MAZEAUD, obs. sous Cass. Soc., 16 juillet 1998, Dr. soc. 1998, p.950.
- A. MAZEAUD, obs. sous Cass. Soc., 18 novembre 1998, Dr. soc. 1999, p.191.
- A. MAZEAUD, obs. sous 8 juillet 1998, Dr. soc. 1999, p.419.
- P. MORVAN, Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective, Dr. soc. 1998, p.445.
- J. MOULY, obs. sous Cass. Soc., 5 octobre 1999, Dr. soc. 2000, p.121.
- P. MOUSSY, note sous Cass. Soc., 10 juillet 1996, Dr. ouvrier, 1996, p.457.
- P. MOUSSY, Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du renouveau du contrat de travail), Dr. ouvrier, 1999, p.4.
- P. MOUSSY, Les motifs personnels de la modification du contrat de travail, Dr. ouvrier, 1996, p.50.
- J. PAILLUSSEAU, Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports, D. 1999, Chr., p.157.
- J. PELISSIER, note sous Cass. Soc., 29 novembre 1990, D. 1991, p.190.
- X. PRETOT, note sous Cons. Const., 20 juillet 1988, Dr. soc. 1988, p.755.
- J. E. RAY :
- J. E. RAY : obs. sous Cass. Soc., 12 janvier 1999, Dr. soc. 1999, p.287.
- J. E. RAY : note sous Cass. Soc., 14 décembre 1999, Dr. soc. 2000, p.165.
- J. E. RAY : Qui dit contractuel dit juste, la contractualisation des objectifs, Liaisons sociales, Le magazine, septembre 1998, p.64.
- J. E. RAY : Du collectif à l'individuel, les oppositions possibles, Dr. soc. 1998, p.347.
- J. E. RAY : La politique volontariste de la Cour de cassation, Sem. Soc. Lamy, n°829, 3 mars 1997.
- J. E. RAY : Plan social et insécurité juridique, Dr. soc. 1995, p.661.
- J. E. RAY : Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, Dr. soc. 1992, p.531.
- J. E. RAY : note sous Cass. Soc., 26 septembre 1990, Dr. soc. 1991, p.60.
- J. E. RAY : Contrôle minimum ou contrôle normal du juge judiciaire en matière

- disciplinaire, Dr. soc. 1987, p.365.
- J. E. RAY : La mobilité du salarié, aspects individuels, Dr. soc. 1989, p.432.
- Y. REINHARD, note sous Cass. crim., 26 mai 1994, D. 1995, p.111.
- J. RICHARD DE LA TOUR, Le libre choix du domicile du salarié et le contrat de travail, RJS 2/99, p.94.
- J. SAVATIER :
- J. SAVATIER : Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé, RJS 10/98, p. 707.
- J. SAVATIER : obs. sous Cass. Soc., 18 décembre 1997, Dr. soc. 1998, p.194.
- J. SAVATIER : Délocalisation d'activités et causes réelles et sérieuses, Dr. soc. 1993, p.648.
- J. SAVATIER : note sous Cass. Soc., 8 avril 1992, JCP 1992, éd. E., II, 360.
- J. SAVATIER : Les garanties contractuelles de stabilité de l'emploi, Dr. soc. 1991, p.413.
- J. SAVATIER : obs. sous Cass. Soc., 17 avril 1991, Dr. soc. 1991, p.485.
- J. SAVATIER : La liberté dans le travail, Dr. soc. 1990, p.49.
- J. SAVATIER : L'application du droit du travail dans les établissements hospitaliers privés, Rev. Dr. sanit. et soc., 1990, p.476.
- J. SAVATIER : Pouvoir patrimonial et direction des personnes, Dr. soc. 1982, p.3.
- J. SAVATIER : note sous Cass. crim., 2 mars 1978, Dr. soc. 1978, p.396.
- Y. SERRA, note sous Cass. Soc., 14 mai 1992, D. 1992, p.350.
- S. SIMITIS, Le droit du travail a-t-il encore un avenir ?, Dr. soc. 1997, p.658.
- H. SINAY, Le travail à l'essai, Dr. soc. 1963, p.15.
- R. SOUBIE, L'entreprise dans la doctrine et la pratique syndicale, Dr. soc. 1894, p.15.
- A. SUPIOT : Les nouveaux visages de la subordination, Dr. soc. 2000, p.131.
- A. SUPIOT : Autopsie du "citoyen dans l'entreprise" : le rapport Auroux sur les droits des travailleurs, in Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois, dir J. P. Le Crom, éd. L'atelier, Paris, 1998.
- A. SUPIOT : L'impossible réforme des juridictions sociales, Rev. franç. Des aff. Soc., 1993, p.97.
- A. SUPIOT : La réglementation patronale dans l'entreprise, Dr. soc. 1992, p.215.
- A. SUPIOT : Principe d'égalité et limites du droit du travail, Dr. soc. 1992, p.383.
- A. SUPIOT : Pourquoi un droit du travail ?, Dr. soc. 1990, p.466.
- B. TEYSSIE, Sur un fragment de la loi n°94-126 du 11 février 1994 : commentaire de l'article L.120-3 du code du travail, Dr. soc. 1994, p.667.
- R. VATINET, Des hypothèses de non cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, Rev. sociétés, 1999, p.273.
- R. VATINET, Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, Dr. soc. 1998, p.534.

- J. M. VERDIER, En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme, in *Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, 1992.
- J. M. VERDIER, Les droits économiques et sociaux : relance au Conseil de l'Europe ?, *Dr. soc.* 1992, p.415.
- J. M. VERDIER, Liberté et travail, *Problématique des droits de l'homme et rôle du juge*, D. 1988, p.63.
- M. VERICEL, Des incidences en droit social de la loi Madelin sur la qualification du salarié, *ALD*, 1995, p.54.
- M. VERICEL, Sur le pouvoir normateur de l'employeur, *Dr. soc.* 1991, p.120.
- Y. VERKINDT, De la consultation à la négociation : question de procédure, *Dr. soc.* 1998, p.321.
- A. VIANDIER, J. J. CAUSSAIN, note sous *Cass. Soc.*, 2 octobre 1991, *JCP* 1993, I, 3652.
- P. VOLOVITCH, Qui doit rémunérer le travail ?, *Dr. soc.* 1999, p.326.
- Ph. WAQUET : Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail, *Dr. soc.* 1999, p.566.
- Ph. WAQUET : Le renouveau du contrat de travail, *RJS* 5/99, p.383.
- Ph. WAQUET : Le juge et l'entreprise, *Dr. soc.* 1996, p.472.
- Ph. WAQUET : La modification du contrat de travail ou des conditions de travail, *RJS* 1996, p.791.
- Ph. WAQUET : Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique, *Dr. soc.* 1995, p.482.
- Ph. WAQUET : Un tournant de la jurisprudence relative à la modification du contrat de travail, *CSBP*, 1993, p.57.
- Ph. WAQUET : Vie personnelle et vie professionnelle du salarié, *CSBP*, 1994, n°64, p.289.
- Ph. WAQUET : Le contrôle par la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement, *Dr. soc.* 1992, p.981.

INDEX ALPHABETIQUE (Les chiffres renvoient aux numéros des développements et non aux pages)

A.

Abus de droit 182

 Acte unilatéral 68

 Action en justice

- du Comité d'entreprise 168
- du délégué du personnel 172
- du salarié 168
- exercée au nom d'un salarié 171
- syndicale 169, 170

Adaptation à l'emploi 152, 153

Association 48
Auroux (loi) 132, 225
Autorisation de licenciement 128
Avantages acquis 33

C.

Cause réelle et sérieuse 118, 183, 187

- contrôle par le juge 186, 188
- définition 181, 182, 183
- énonciation 127
- exactitude 183
- faute du salarié 71
- inaptitude 128, 189
- insuffisance professionnelle 184, 189
- licenciement pour motif économique 185 et suiv.
- modification du contrat de travail (refus) V. ce mot
- perte de confiance 181, 190
- sanction (du défaut) 127

Chef d'entreprise

- définition 41
- responsabilité pénale 41, 44

Clauses contractuelles 31, 75

- garantie d'emploi 31
- mobilité 31, 75
- non concurrence 206, 207
- objectifs (d') 31

Comité d'entreprise

- attributions 132, 133
- consultations 93, 134, 135, 136, 137, 224, 225
- sanctions 138, 139

Conditions de travail 73, 74, 213

- modification 75, 144

Conseil des prud'hommes 174, 176, 177

 Contrat de travail 32

- bonne foi 149, 151, 152, 153, 154
- critères 34
- définition 33
- force obligatoire 85, 142, 143
- maintien 117
- modification V. ce mot
- précaire 69, 116, 121
- qualification 32
- suspension 120, 123
- exécution 74, 75

Contrôle (du pouvoir de direction) 156, 157, 186

- cause réelle et sérieuse 181, 183 V. ce mot,
- détournement de pouvoir 181, 200, 201, 202, 203
- inspection du travail 158 V. ce mot
- intérêt de l'entreprise V. ce mot
- juridiction V. tribunaux
- motif économique 193 et suiv.

V. Licenciement pour motif économique

- motif personnel 188 et suiv.

V. Licenciement pour motif personnel

- objet (du) 179, 180, 181
- opportunité (d') 216, 217, 219, 234, 235
- proportionnalité (de) 205, 206, 208, 209, 222
- qualification 192

Cumul (mandat social et contrat de travail) 51

D.

Danger grave et imminent 109

 Délégation de pouvoir 54

 Dérogation 161

 Détournement de pouvoir 181, 200, 201, 202, 203

 Difficultés économiques 193, 214 V. Licenciement pour motif économique

 Dirigeant de sociétés

- cumul (mandat social et contrat de travail) 51
- de fait 50
- désignation 50
- pouvoir (limites) 52
- révocation 50

Discrimination 89, 95, 184

 Droit

- à l'emploi 215, 230
- alerte 101, 172
- des associations 48
- des sociétés 49
- du travail 82, 83, 84, 107
- fondamentaux V. ce mot 87 et suiv.

Droits fondamentaux

- définition 88
- discrimination 89, 95
- droit d'alerte 101
- entreprise (dans l') 90, 92, 93
- justification (en cas d'atteinte aux) 92, 93
- liberté religieuse 97
- nullité 99, 208 V. ce mot
- recrutement (pendant le) 91
- référés 178

- sanction 102
- sources 89
- vie privée 96

Durée du travail 112, 113

E.

Egalité 79 V. discrimination

Employeur 38

- définition 38, 39, 40
- droit des associations 48
- droit des sociétés 49, 50
- groupe de sociétés 46
- identification 42, 43
- personne morale 40, 44
- pouvoir V. pouvoir de direction 58
- unité économique et sociale 45

Engagement unilatéral 68

Entreprise

- définition 10, 11
- de tendance 97, 98
- doctrine (de l') V. Fondement
- gestion (de l') V. pouvoir de direction
- gouvernement (d') 3, 4, 52
- intérêt (de l') V. ce mot
- lieu de confrontation 21, 22, 23, 24, 25, 26
- réorganisation (de l') 195

V. pouvoir de direction économique

Erreur manifeste d'appréciation 206

Essai 202

F.

Fondements (du pouvoir de direction) 7, 8, 9, 56

- contrat de travail V. ce mot
- doctrine de l'entreprise 13, 14, 15, 16, 17, 18
- liberté contractuelle 29, 30, 31
- propriété 27, 28
- subordination 32

G.

Gestion V. pouvoir de direction économique

Gouvernement d'entreprise 3, 4, 52

Groupe de sociétés 46, 55

H.

Horaires de travail V. modification du contrat de travail

Hygiène et sécurité 105, 108, 178

I.

Inaptitude 128, 129

Inspection du travail

- autorisation de licenciement 128
- contrôle 158, 159, 160, 161, 162
- recours administratif 163
- règlement intérieur 162

Insuffisance professionnelle 184, 189

Intensité physique 92, 108, 109

Intérêt de l'entreprise 18, 94, 205, 206, 207, 210, 211, 234

- conditions de travail 213
- licenciement pour motif économique 214
- licenciement pour motif personnel 212

L.

Liberté

- d'entreprendre 59
- individuelle 207 V. droits fondamentaux
- syndicales 131

Licenciement

- cause réelle et sérieuse V. ce mot
- maladie 123
- maternité 123
- motif économique V. licenciement pour motif économique
- motif personnel V. licenciement pour motif personnel
- nullité 99 V. ce mot
- procédure 126, 178, 185, 224
- qualification 192
- recours 221, 223

Licenciement pour motif économique

- adaptation à l'emploi 152, 153
- attributions du comité d'entreprise V. comité d'entreprise
- cause réelle et sérieuse V. ce mot
- difficultés économiques 193
- modification du contrat de travail 125, 198, 214
- mutations technologiques 194
- nullité 127

- ordre des licenciements 185
- plan social 119 V. ce mot
- pouvoir de direction économique 70
- qualification 192
- reclassement 152, 154
- réorganisation de l'entreprise 195, 214

suppression de l'emploi 196, 197

Licenciement pour motif personnel

- abus
- cause réelle et sérieuse V. ce mot
- contrôle par le juge 184, 188
- faute du salarié 71
- insuffisance professionnelle 184
- maladie du salarié 120
- perte de confiance 181, 190
- réintégration V. ce mot

M.

Maladie du salarié 120, 123

Maternité 123

Minimum de protection 110, 111

Modification du contrat de travail 125, 144, 145, 146

- durée du travail 147
- horaire de travail 147
- lieu de travail 147
- qualification du salarié 147
- refus 148
- rémunération 147

Mutations technologiques 194

N.

Non discrimination V. discrimination

Normes patronales 67, 68

Nouvelles technologies 74, 77, 93

Nullité 99, 102, 103, 127, 227, 231

- droits fondamentaux 228
- plan social 127, 228

O.

Ordre public 32

P.

Perte de confiance 181, 190

Plan social 119, 222, 223, 234

Pouvoir

- de direction V. ce mot
- définition 1
- économique 3 V. pouvoir de direction économique
- entreprise (dans l') 2

Pouvoir de direction

- attributs 6, 57
- critère 42, 43, 44
- contrôle V. ce mot
- définition 5
- détention V. employeur
- des personnes V. ce mot

- économique V. ce mot
- encadrement 81, 155 V. contrat de travail (bonne foi et force obligatoire), Droits fondamentaux, réglementation du travail
- organisation 53, 54, 55 V. délégation de pouvoir, groupe de sociétés

Pouvoir de direction des personnes 65, 66

- conditions de travail 73, 74, 75
- contrat de travail 69
- contrôle (de l'activité) 76, 77
- individualisation 78, 79
- licenciement 70, 71, 72
- normes patronales V. ce mot

Pouvoir de direction économique

- gestion 58, 59, 60, 61, 218
- organisation (de l'entreprise) 62, 63
- licenciement V. ce mot

Preuve 91, 204

Priorité de réembauchage 123

Procédure collective 176

Propriété 27, 28

R.

Recours

- administratif 163
- contentieux 164

Référés 178, 221, 222

Réglementation du travail 105

- accord dérogatoire 106
- changement d'employeur 117
- contenu 105
- état de santé du salarié 120

- finalité 107
- hygiène et sécurité 105
- intégrité physique 108, 109
- licenciement 118 V. ce mot
- modification du contrat de travail V. ce mot
- principe de faveur 106
- salaire 110, 111
- salariés protégés 122
- temps de travail 112, 113, 114
- travail précaire 116, 121

Règlement intérieur 67, 139, 162

 Réintégration 103, 104, 232

 Responsabilité pénale

 Restructuration

 Retrait (droit de) 109

S.

Salaire

- égalité 80, 95
- individualisation 80, 184
- minimum garanti 111
- modification 147

Salarié V. contrat de travail

 Salariés protégés 122, 128

 Sous-traitance 35

 Suppression d'emploi 195, 196

 Syndicat

- action en justice V. ce mot
- liberté syndicale 131
- négociation 140, 141

T.

Théorie institutionnelle 14 et suiv.

Titularité (du pouvoir de direction) 36

- groupe de sociétés 46
- unité économique et sociale 45

Travail

- précaire 69, 116
- subordonné V. contrat de travail (critères)

Tribunaux

- administratif 164, 165, 175
- conseil des prud'hommes 174, 176, 177
- judiciaire 165, 166
- référés 178
- tribunal de grande instance 177

U.

Unité économique et sociale 45

V.

Vie privée 96, 184