

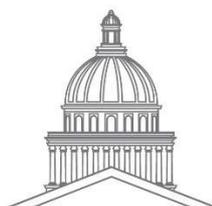
Université Paris II- Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 9 juillet 2021

Thèse de Doctorat / juillet 2021

La correction du contrat de travail



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Marie LECLERC

Sous la direction de **Monsieur Jean-Michel OLIVIER**
Professeur émérite de l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury : **Madame Sarah BROS**
Professeur à l'université Paris – Dauphine

Monsieur Arnaud MARTINON
Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Jean-Michel OLIVIER
Professeur émérite de l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Yannick PAGNERRE
Professeur à l'université d'Evry - Val d'Essonne

Monsieur Sébastien TOURNAUX
Professeur à l'université de Bordeaux

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes proches

Remerciements

Je tiens à remercier toutes les personnes qui ont permis la rédaction de cette thèse.

En particulier, je souhaite exprimer ma reconnaissance sincère :

Au Professeur Jean-Michel Olivier qui m'a donné goût au travail de recherche à l'occasion de mon mémoire, puis qui m'a fait confiance pour porter cette étude.

À tous les membres et amis du laboratoire de droit social, pour leur disponibilité, leur aide, leurs conseils et nos échanges toujours passionnants, sur des sujets juridiques ou pas.

À Maître Pélicier-Loevenbruck, Maître Daubin et Maître Dumel pour m'avoir accueillie dans leur équipe et formée et plus généralement aux membres du cabinet Fromont Briens, présents ou passés qui m'ont accompagnée pendant ma CIFRE.

À mes parents, mes frères et sœurs et mes grands-parents pour leur soutien indéfectible pendant ces années de prolongation de mes études. Merci en particulier à Noémie, qui a accepté de consacrer un peu de son temps à ma bibliographie.

À Clément, qui bien que déjà docteur, a accepté de revivre les joies et les peines du doctorant avec moi.

Enfin, à mes amis, pour leur présence et leur soutien moral constant au cours de ces dernières années.

Résumé : La correction du contrat de travail

La correction du contrat de travail représente l'ensemble des mécanismes juridiques qui organisent une modification, un amendement de ce contrat spécifique, en vue de l'amener à correspondre à un certain standard. La correction contractuelle constitue donc une limite au principe de force obligatoire et surtout à son corollaire, l'intangibilité du contrat. Conformément aux termes de l'article 1193 du Code civil, il est possible de distinguer entre les mécanismes de correction qui sont mis en œuvre par la voie négociée, et ceux qui sont imposés aux parties.

L'étude de ces différents mécanismes et de leurs régimes respectifs permet de mettre à jour les impératifs qui guident la correction. Le contrat de travail reste un objet juridique particulièrement ambigu, à la fois support mais aussi obstacle et instrument de la subordination du salarié. Il est le réceptacle d'influences contradictoires entre faveur à l'unilatéralisme de l'employeur et bouclier protecteur pour le salarié. Des évolutions du régime de la correction du contrat de travail devraient être envisagées, dans l'objectif de garantir une meilleure cohérence. En parallèle, le développement d'une correction du contrat de travail individuel guidée par un impératif de nature collective interroge. Une telle correction devrait faire l'objet d'un encadrement juridique de nature à assurer une prise en compte des intérêts individuels des deux parties au contrat de travail.

Descripteurs: correction ; contrat de travail ; force obligatoire ; intangibilité.

Title and Abstract : The Rectification of the Employment Contract

The rectification of the employment contract represents all legal mechanisms which tend to allow an alteration, an amendment to this specific contract, in order to make it fit a particular standard. Contractual rectification is, therefore, a limit to the binding force principle and, mostly to its corollary, contract intangibility. Pursuant to the terms of article 1193 of the French Civil Code, it is possible to distinguish between negotiated rectification mechanisms, and those imposed upon the parties.

The study of those various mechanisms and their respective rules allows to highlight the imperatives that guides the rectification. The employment contract stays a particularly ambiguous legal object, both medium and barrier and tool to the employee's legal subordination. It is the vessel of conflicting influences between favour to the employer's unilateralism and protector shield for the employee. Some evolutions of the rules governing the employment contract rectification should be contemplated, with the objective to guarantee a better consistency. Simultaneously, the use of a rectification to the individual employment contract guided by an imperative of collective nature raises questions. Such a rectification should take place under a legal framework allowing for the consideration of both parties to the employment contract's individual interests.

Keywords : rectification; employment contract; binding force; intangibility.

Principales abréviations

act.	actualité
aff.	affaire
AFDT	Association française de droit du travail et de la sécurité sociale
AJ	Actualité Juridique
AJDA	Actualité Juridique Droit administratif
AJFP	Actualité Juridique Fonctions publiques
al.	Alinéa
Arch. phil. droit	Archives de philosophie du droit
AN	Assemblée Nationale
ANI	Accord national interprofessionnel
anc.	ancien
art.	article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin
c.	Contre
CA	Cour d'appel
CAS	Centre d'analyse stratégique
CASEF	Code de l'action sociale et des familles
CC.	Conseil Constitutionnel
CCH	Code de la construction et de l'habitation
CCN	Convention collective nationale
CE	Conseil d'Etat
C. éd.	Code de l'éducation
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
C. envir.	Code de l'environnement
C. énergie	Code de l'énergie
C.E.R.P	Centre d'études et recherches psychotechniques
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
Cf.	<i>Confer Consulter</i>
CGI	Code général des impôts
Ch.	Chambre
chron.	Chronique
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
Circ.	Circulaire
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes

CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
C. mon. et fin.	Code monétaire et financier
coll.	Collection
comm.	Commentaire
C. rech.	Code de la recherche
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
C.R.I.S.P	Centre de recherche et d'information socio-politiques
C. route	Code de la route
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
C. transp.	Code des transports
D.	Recueil Dalloz
DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
DGAFP	Direction générale de l'administration et de la fonction publique
DGT	Direction générale du travail
dir.	Sous la direction de
DIRECCTE	Direction/Directeur régional(e) des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi
Dr. et patr.	Revue Droit et Patrimoine
éd.	Edition
etc.	Et cætera, et ainsi de suite
suiv.	Et suivant(s)
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GPEC	Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences
in	Dans
In fine	A la fin
infra	Plus bas
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
IRES	Institut de Recherches Economiques et Sociales
JCl.	JurisClasseur
JCP E	La Semaine juridique, édition Entreprise et Affaires
JCP G	La Semaine juridique, édition Générale
JCP S	La Semaine juridique, édition Sociale

JOCE	Journal Officiel de la Communauté Européenne
JORF	Journal Officiel de la République Française
JSL	Jurisprudence Sociale Lamy
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
LSE	Liaison Sociale Europe
n°	Numéro
obs.	observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation Internationale du Travail
p.	page(s)
préf.	préface
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDC	Revue des contrats
RDT	Revue de droit du travail
RDSS	Revue de droit de sanitaire et social
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
RIT	Revue internationale du travail
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDA	Revue Lamy Droit des affaires
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RPDS	Revue pratique de droit social
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
SMIC	Salaire minimum interprofessionnel de croissance
SSL	Semaine Sociale Lamy
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
supra	Plus haut
T.	Tome
TLFi	Trésor de la Langue Française informatisé
TGI	Tribunal de grande instance
UES	Unité économique et sociale
URSSAF	Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales
V.	voir, voyez
Vol.	Volume

Sommaire

<u>INTRODUCTION</u>	2
I : La construction historique des mécanismes de correction du contrat de travail.....	12
II : Potentiel des mécanismes correcteurs du contrat de travail	18
<u>PREMIERE PARTIE : LA CORRECTION NEGOCIEE</u>	28
TITRE I : LA CORRECTION CONTRACTUELLE PERMISE PAR LE CONSENTEMENT MUTUEL	29
CHAPITRE I : LE PARTICULARISME DU REGIME CONSENSUEL DE LA MODIFICATION DU CONTRAT EN DROIT DU TRAVAIL	30
CHAPITRE II : L'APPLICATION DE REGIMES CONSENSUELS ISSUS DU DROIT COMMUN AU CONTRAT DE TRAVAIL	80
TITRE II : LA CORRECTION CONTRACTUELLE FAVORISEE PAR DES MECANISMES CONCERTES	131
CHAPITRE I : LE DEVELOPPEMENT DES INCITATIONS A LA CORRECTION NEGOCIEE DU CONTRAT DE TRAVAIL	132
CHAPITRE II : LA PORTEE DU ROLE CORRECTEUR DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE	178
<u>SECONDE PARTIE : LA CORRECTION IMPOSEE</u>	235
TITRE I : LES MECANISMES CORRECTEURS A VISEE PROTECTRICE	236
CHAPITRE I : LES MECANISMES DE CORRECTION PROTECTEURS DE L'INTERET INDIVIDUEL	237
CHAPITRE II : LES MECANISMES DE CORRECTION PROTECTEURS DE L'INTERET COLLECTIF.....	289
TITRE II : LA CROISSANCE DES SANCTIONS A VISEE CORRECTIVE	331
CHAPITRE I : LA CORRECTION IMPOSEE DU CONTRAT DE TRAVAIL POUR LUTTER CONTRE LES DISCRIMINATIONS.....	333
CHAPITRE II : LA CORRECTION IMPOSEE POUR GARANTIR L'ECONOMIE DU CONTRAT DE TRAVAIL	374
<u>CONCLUSION</u>	418

LA CORRECTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Telle est la nature des choses que l'abus est très souvent préférable à la correction, ou, du moins, que le bien qui est établi est toujours préférable au mieux qui ne l'est pas.

Montesquieu, *Cahiers (1716-1755)*, textes recueillis et présentés par Bernard Grasset, 1941.

INTRODUCTION

1. **Le philosophe et le juriste.** Si, selon l'analyse portée par Montesquieu en ce qui concerne l'œuvre législative¹ le maintien d'un *statu quo* serait toujours préférable à une tentative de correction de la situation en cause, le juriste moderne² ne peut que constater que la réflexion de l'éminent penseur a aujourd'hui perdu de sa valeur³. Dans le domaine du droit, des mécanismes correcteurs existent et peuvent prévaloir sur ce « bien qui est établi ».
2. ***Jus est ars boni et aequi.*** Cette faveur du juriste pour l'action à visée corrective peut s'expliquer par la nature de son objet d'étude : le droit a une visée méliorative. L'objectif assigné au droit coïncide en effet avec la recherche d'un équilibre, d'une harmonie. *Jus est ars boni et aequi*⁴, le droit est l'art du bien et du juste. Toute réflexion engagée concernant la nature du droit semble revenir à cette notion de justesse, d'équilibre. Montesquieu relevait ainsi qu'« une chose n'est pas juste parce qu'elle est loi ; mais elle doit être loi parce qu'elle est juste »⁵. Quelques siècles plus tard, le Professeur Terré parle lui d'ambivalence du droit lorsqu'il rappelle qu'il « tend à satisfaire à la fois le juste et le sage »⁶. Cette tentative d'harmonie s'exprime dans un périmètre bien défini, c'est-à-dire les relations sociales. Cicéron, penseur romain formé dans le domaine juridique⁷, rappelle ainsi que le droit a pour but la recherche du juste, de l'équitable dans la société humaine : « il faut donc ici poser la fin du droit civil : c'est d'observer fidèlement l'équité, selon les lois et les usages, dans les divers cas opposant les citoyens »⁸. Le droit remplit une véritable mission sociale à travers la construction de la possibilité d'une vie harmonieuse. Cela découle du devoir de *fides*, devoir de fidélité, de loyauté, forme de droiture morale, qui

¹ La citation est tirée de la partie des *Cahiers* intitulée *Changements de loix*.

² Montesquieu a étudié le droit à Bordeaux et est devenu avocat en 1716 avant d'hériter de son oncle la position de Président du Parlement de Bordeaux (A. Mordechai Rabello, « Montesquieu et la codification du droit privé (le Code Napoléon) », *Revue internationale de droit comparé* 2000, n° 52-1, pp. 147-156).

³ Contrairement à un certain nombre d'autres réflexions reprises dans les *Cahiers*, qui gardent « une valeur permanente » (R. Lebègue, « Compte-rendu de Montesquieu. — Cahiers (1716-1755), textes recueillis et présentés par Bernard Grasset », *Annales de Bretagne et des pays de l'Ouest* 1942, n° 49-1, pp. 223-224). A titre d'exemple v. la citation donnée dans le paragraphe suivant.

⁴ Celse cité par Ulpien dans le *Digeste*.

⁵ Montesquieu, *Cahiers (1716-1755)*, 1941, Grasset.

⁶ F. Terré, « Une pyramide », *Droits – Revue française de théorie juridique* 1990, n° 11, p. 63.

⁷ M. Humbert, « Justice et droit dans la pensée de Cicéron », *Histoire de la justice* 2012/1, n° 22, p. 125.

⁸ Cicéron, *De Oratore*, I, 188.

exige de ne pas causer du tort ou de dommages aux autres membres de la société. Le droit, guidé par le devoir de *fides*, doit permettre de construire la *societas vitae* ou vie sociale⁹.

3. **Le droit tel qu'il est ?** Du côté des Modernes également la notion d'harmonie sociale prime : pour Kant par exemple, le droit relève de la recherche des conditions pour que le libre arbitre des individus d'une société puisse se conjuguer (en conformité avec le principe de liberté universelle)¹⁰. Cependant, le développement de théories du droit regroupées sous la bannière du positivisme juridique a pu sembler remettre en question cette conception. La volonté de construire une science du droit détachée de tout aspect moral a conduit certains auteurs à considérer le droit comme un ordre spécifique, distinct des phénomènes sociaux ou politiques. Hans Kelsen, l'un des plus célèbres positivistes, proposait ainsi sa fameuse construction pyramidale des normes dans son ouvrage *Théorie pure du droit*¹¹ : une norme est valide uniquement car elle est édictée conformément aux prescriptions et à la délégation de compétence de la norme supérieure, et ainsi de suite. « Le droit n'a d'autre fondement que le droit lui-même »¹². Les limites de telles théories, qui écartent toute considération éthique de l'analyse du droit, ont cependant été mises en évidence par d'autres penseurs et notamment en considération de l'action du juge¹³. Le Professeur Amssek, grand critique de la conception du droit selon Hans Kelsen¹⁴, dans sa contribution à la revue *Droits* dédiée à définir le droit, rappelait ainsi dès le titre de son article que le droit était une « technique de direction publique des conduites humaines ». Il rappelle ainsi que parmi les règles de conduite, ou règles éthiques, celles qui sont juridiques se distinguent par leur finalité instrumentale : le gouvernement des peuples. Le droit peut alors être défini comme un système de commandement public des conduites humaines qui tend à une forme de paix sociale par la régulation des rapports sociaux.
4. **Droit : multiples définitions.** Le droit recouvre donc les différents moyens mis en œuvre pour atteindre cette harmonie, une forme de paix sociale. Il faut cependant souligner,

⁹ Cicéron, *De off.* 3. 23-30 ; 3. 70 cité par M. Humbert, « Justice et droit dans la pensée de Cicéron », *Histoire de la justice* 2012/1, n° 22, p. 125.

¹⁰ Kant, *Doctrine du Droit*, Introduction, § B.

¹¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1999, LGDJ.

¹² N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, 1998, LGDJ.

¹³ V. par ex. l'article de R. Dworkin, « Le positivisme », *Droit et Société* 1985, pp. 31-50.

¹⁴ V. par ex. l'article récemment paru « Le regard critique de Paul Amssek sur l'œuvre de Kelsen – Dialogue avec Alexandre Viala », *RDP* 2021, p. 3.

comme le Doyen Carbonnier, que les propositions de définition du droit peuvent varier selon le point de vue de leur auteur¹⁵ : entre celle du sociologue qui considère qu'il s'agit de la forme la plus organisée de contrôle social et celle du juriste qui énonce que le droit est l'ensemble des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société¹⁶, de nombreuses autres acceptions existent. Il serait possible d'être tenté de reprendre les mots d'un célèbre écrivain et de reconnaître qu'on ne sait pas ce qu'est le droit¹⁷. Il apparaît alors utile de suivre le conseil du Professeur Perrin, lorsqu'il énonce que le plus pertinent est de reconnaître qu'il existe plusieurs « ordres de vérité [du droit qui sont] parfois contradictoires et concurrents, plutôt qu'une certitude, encore et toujours introuvable »¹⁸. Dans l'intérêt des développements de la présente étude, la définition générale proposée par le Professeur Cornu ouvre des perspectives intéressantes : le droit est « ce qui est établi à la face de la société pour la régler, modère afin de la modérer, modifie afin d'adoucir les mœurs »¹⁹. Les règles de conduite juridiques permettent une délimitation de la norme sociale jugée la plus pertinente pour répondre à l'objectif d'harmonie. Conséquemment, elles portent le germe d'une influence correctrice des comportements sociaux.

5. **Correction : définition.** Le droit peut alors représenter une fonction, celle de « *redresser* ou, plus raisonnablement de donner une mesure à laquelle [...] s'attacher ou vers laquelle [...] au moins tendre »²⁰. Or, le terme « corriger » est emprunté du latin classique *corrigere*, qui signifie « redresser »²¹. *Corrigere aliquem ad frugem*, ramener quelqu'un au bien : si le verbe « corriger » est polysémique, dans le cadre de la présente étude c'est l'interprétation positive du terme qui sera retenue. La correction se traduit en effet par une action de rectification, d'amendement, de retour à la règle. Il peut ainsi s'agir de la rectification d'une erreur matérielle, d'une modification ou d'une précision apportée à une chose en vue de l'améliorer²². Par exemple, dans le domaine juridique, le recours à un

¹⁵ J. Carbonnier, *Droit civil – Tome 1 – Introduction - Les personnes - La famille, l'enfant, le couple*, 2^e éd. 2017, PUF, n° 3, p. 9.

¹⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd. 2020, PUF, p. 370.

¹⁷ G. Flaubert, *Le Dictionnaire des idées reçues suivi du Catalogue des idées chic*, 1997, Le Livre de Poche.

¹⁸ J.-F. Perrin, « Définir le droit...selon une pluralité de perspectives », *Droits – Revue française de théorie juridique* 1989, n° 10, p. 63.

¹⁹ G. Cornu, « Le visible et l'invisible », *Droits – Revue française de théorie juridique* 1989, n° 10, p. 27.

²⁰ *Ibid.*

²¹ F. Gaffiot, *Dictionnaire Latin – Français*, 2000, Hachette.

²² *Trésor de la Langue Française informatisé.*

erratum est permis pour « corriger l’erreur affectant [un] texte publié »²³ au Journal Officiel. « Corriger » : le terme est souvent entendu avec une connotation négative. Il renvoie ainsi aux tristement célèbres « maisons de correction » où des enfants étaient « élevé[s] et détenu[s] »²⁴ dans l’optique de réformer leur conduite. Le terme peut également faire référence à la notion de châtiment corporel qui restait possible pour les enseignants et les parents par « permission de la coutume »²⁵ et qui a fait l’objet très récemment d’une interdiction²⁶. En dehors de ces notions qui évoquent un acte de violence ou de contrainte, le terme connaît donc une interprétation plus positive. La correction peut ainsi se limiter à un objectif purement mélioratif. Il est cette fois possible d’avoir recours à d’autres références plus littéraires : la correction d’un manuscrit, la correction d’un contresens par exemple.

6. **Correction : une notion inconnue du droit civil ?** Il n’en reste pas moins que le terme « correction » est encore très peu utilisé dans le domaine juridique en France²⁷. D’autres systèmes juridiques connaissent cependant et ont recours à la notion de « correction ». Il est ainsi possible de citer au sein des régimes juridiques de Common Law anglais et canadien le *rectification remedy*²⁸ applicable en *equity*. Aux Etats-Unis également la notion de correction est utilisée par les juristes : en effet le *Uniform Commercial Code* reconnaît dans son article § 2-508 un *right to cure*²⁹ et la doctrine juridique américaine tend

²³ F. Terré, N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 12^e éd., 2020, Dalloz, p. 671.

²⁴ Art. 2 du Titre V du Code criminel de 1791.

²⁵ T. pol. Bordeaux, 18 mars 1981 : *D.* 1982, p. 182, note Mayer, *RSC* 1982, p. 347, obs. Levasseur.

²⁶ Loi n°2019-721 du 10 juillet 2019 relative à l’interdiction des violences éducatives ordinaires : l’article 371-1 du Code civil relatif à l’autorité parentale comprend désormais un troisième alinéa rappelant que « l’autorité parentale s’exerce sans violences physiques ou psychologiques ».

²⁷ A titre d’exemple, dans le droit du travail le terme correction a fait une entrée remarquée à l’article L. 1142-9 concernant la mise en œuvre de mesures de correction lorsque les entreprises n’atteignent pas un score minimal de 75 points à l’index d’égalité hommes / femmes. Avant cela la correction était uniquement évoquée en matière de santé et sécurité au travail concernant la mise en place de dispositifs de correction pour les écrans de visualisation des salariés (C. trav. art. R. 4542-19) et en matière de formation professionnelle relativement à la correction des déséquilibres financiers en matière de gestion du compte personnel de formation (C. trav. art. R. 6333-10).

²⁸ Par exemple, face à une erreur des parties qui concluent un contrat qui ne représentent pas leur véritable intention (*mistake*), les règles d’*equity* autorisent le juge à corriger le contrat (*rectification remedy*) pour donner son plein effet à l’intention véritable des parties ou à leur accord originel. Cette capacité de correction contractuelle, prévue par le régime de Common Law, a même été reconnue applicable au droit civil québécois par la Cour Suprême du Canada (*Quebec (Agence du Revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65).

²⁹ Il s’agit de la possibilité pour le vendeur qui fait face au moment de la réalisation de son obligation à un rejet pour non-conformité, et alors que la période définie pour la réalisation de l’obligation n’a pas encore expiré, de corriger l’exécution de son obligation en réalisant une délivrance conforme.

également à reconnaître le concept de *cure* en Common Law³⁰. Il est donc possible de s'interroger sur la légitimité du recours à une notion presque inconnue du vocabulaire juridique civiliste. Cependant, cet usage encore très limité permet justement de mettre en avant la neutralité du terme et donc de proposer une analyse en principe dénuée de partis pris³¹.

7. **Correction : définition.** Il est cependant nécessaire de souligner que certains auteurs ont pu déjà déceler les potentialités que renferme la notion de correction en droit civil³². En particulier, dans le cadre de sa thèse³³ le Professeur Piette a choisi de présenter la correction sous l'angle d'un « procédé de rééquilibrage du contrat »³⁴. Dans le cadre de la présente étude il nous paraît cependant possible de retenir une acception plus large de la notion de correction. L'intérêt principal de ce terme dans le cadre de l'étude qui suit réside en effet dans cette idée d'une volonté de faire tendre l'objet de la correction vers une norme de référence. En cela, la notion de correction doit être distinguée d'autres notions très proches comme celle de la révision³⁵ par exemple. En effet, la notion de correction implique nécessairement l'existence d'une norme préexistante vers laquelle l'action de correction va faire tendre son objet ; pour pouvoir « redresser », par référence à la définition latine, il est nécessaire de connaître l'angle ou la direction à donner à l'objet que l'on redresse. Appliqué au domaine juridique le terme correction permet ainsi à la fois de délimiter les domaines où le législateur a souhaité permettre une certaine flexibilité, mais également et concomitamment de s'interroger sur la norme de référence vers laquelle tend la correction. Il nous semble donc pertinent de retenir une définition de la correction recouvrant l'ensemble des modifications réalisées dans le but de faire tendre un objet donné vers une norme de référence (ce qui inclut notamment les mécanismes correcteurs du déséquilibre),

³⁰ William H. Lawrence, "Cure after Breach of Contract under the Restatement(Second) of Contracts: An Analytical Comparison with the Uniform Commercial Code" (1986). *Minnesota Law Review*. 2570.

³¹ A l'inverse de la notion de modification du contrat par exemple, notion qui a fait l'objet d'une saga judiciaire et doctrinale qui se poursuit encore aujourd'hui, comme dans le cadre de la procédure de licenciement économique (v. not. A. Fabre, « Pour l'intégration des licenciements « secondaires » dans les PSE ! », *RDT* 2019, p. 416).

³² V. par ex. J.-S. Borghetti « À la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle : la correction de la mauvaise exécution », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, 2017, Dalloz, pp. 131-145.

³³ G. Piette, *La correction du contrat*, préf. M. Menjuq, thèse 2004, PUAM.

³⁴ *Ibid*, p. 24.

³⁵ V. G. Rouhette, « La révision conventionnelle du contrat » in *Revue internationale de droit comparé. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 12e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986)*, avril-juin 1986, vol. 38 n°2, pp. 369-408.

et non de considérer que la correction est une forme de modification centrée sur le déséquilibre.

8. **La correction pour le droit, la correction par le droit.** La notion de droit et celle de correction sont donc liées : le droit tend à corriger les comportements sociaux dans le but de les faire tendre vers une forme d'harmonie de la vie sociale. Mais la correction n'est pas uniquement la fin du droit, elle en représente également un moyen : des mécanismes correcteurs peuvent être directement mis en œuvre par les règles juridiques. S'il apparaît alors intéressant de se pencher sur l'étude de ces mécanismes juridiques correcteurs, c'est-à-dire l'ensemble des procédés juridiques qui permettent la rectification, l'amendement de l'objet considéré par la règle de droit, c'est parce qu'ils sont, par leur nature correctrice, aptes à traduire la volonté derrière l'inflexion des règles de droit. La correction pour le droit, la correction par le droit : ces deux tentatives peuvent alors se rejoindre autour du « pilier »³⁶ du droit qu'est le contrat.

9. **Contrat : définition récente.** Le contrat est un mot emprunté du terme latin *contractus*, « action d'engager le commencement d'une affaire »³⁷. Le terme contrat doit également être rapproché de celui de convention³⁸, qui dérive du latin *conventio* et de *convenire*, soit au sens figuré « s'accorder avec, convenir à »³⁹. Il est alors possible de retrouver la notion d'opération par laquelle deux personnes s'engagent l'une envers l'autre. Le contrat est généralement défini comme un « accord de volontés en vue de produire des effets de droit »⁴⁰. Depuis 2016, le Code civil précise la nature de ces effets de droit : « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier,

³⁶ J. Carbonnier, *Flexible droit*, 5^e éd. 1983, LGDJ, p. 253.

³⁷ F. Gaffiot, *Dictionnaire Latin – Français*, 2000, Hachette.

³⁸ G. Guerlin, « Le contrat est une convention, mais toutes les conventions ne sont pas des contrats... », *L'ESSENTIEL Droit des contrats* 2016, n°03, p. 2. Préalablement à la réforme du 10 février 2016 le Code civil distinguait entre la convention et le contrat, ce dernier étant l'espèce du genre plus étendu de la convention. Désormais la définition est « modernisée » (selon le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Ministère de la Justice) par rapport à la définition proposée à l'ancien article 1101 du Code civil (qui elle a été empruntée à Pothier dans son *Traité des obligations* qui incluait la notion plus large de convention). La référence à la notion de convention a été abandonnée tout comme les distinctions entre les différentes obligations (donner, faire ou ne pas faire). En revanche la nature du contrat est désormais mise en avant : le contrat est un « accord de volontés ».

³⁹ F. Gaffiot, *Dictionnaire Latin – Français*, 2000, Hachette.

⁴⁰ V. par ex. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil. La formation du contrat. T.1 : Le contrat – Le consentement*, 4^e éd., 2013, Lextenso éditions.

transmettre ou éteindre des obligations »⁴¹. Malgré les critiques formulées par certains auteurs envers cette nouvelle définition du contrat⁴², elle permet de couvrir l'ensemble des situations d'engagement de volonté. Cette notion de volonté est au cœur de la conception du contrat. Chez les théoriciens du « contrat social » ou « pacte social », l'emploi du terme transpose cette idée de volonté. En effet, il s'agit pour eux du critère de distinction entre la simple « multitude organisée » et le « peuple » : pour Hobbes, lorsque « le consentement de chaque individu singulier de cette multitude » s'exprime dans le choix de représentation par une seule personne il est possible de parler de peuple ; pour Rousseau le corps moral et collectif ne peut être constaté que par l'acte d'association entre les différents contractants qui le produit⁴³. Cependant, comme l'a souligné le Professeur Ghestin, le contrat ne se limite pas à l'accord des volontés, il est également caractérisé par sa nature de source de droit⁴⁴. Si la théorie de l'autonomie de la volonté a proposé de lier les deux⁴⁵, il faut cependant reconnaître, conformément aux remarques des juristes positivistes, qu'elle ne peut seule justifier les effets portés par le contrat et notamment sa force obligatoire⁴⁶.

10. ***Pacta sunt servanda***. Cette formule latine qui rappelle le principe d'une obligation de respect des obligations portées par les contrats trouve son expression dans le Code civil à l'article 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Ce principe de force obligatoire du contrat est tout d'abord énoncé au sein du chapitre relatif aux dispositions liminaires. Le Code rappelle ensuite dans le chapitre dédié aux effets du contrat deux corollaires de la force obligatoire du contrat : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise »⁴⁷. La loi explicite donc la force obligatoire du contrat sous forme de deux interdictions : le contrat est irrévocable et intangible. L'irrévocabilité contractuelle implique que le contrat ne peut être défait unilatéralement par une partie

⁴¹ C. civ. art. 1101.

⁴² Le lien effectué par la définition entre le contrat et les obligations enlèverait de la cohérence à la réforme et présenterait le contrat sous un angle trop réducteur : v. not. M. Mekki, « L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016, p. 494.

⁴³ J.-F. Spitz, « Le contrat social », *Droits – Revue française de théorie juridique* 1990, n° 12, p. 25.

⁴⁴ J. Ghestin, « La notion de contrat », *Droits – Revue française de théorie juridique* 1990, n° 12, p. 7.

⁴⁵ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil - Les obligations*, 12^e éd. 2018, Dalloz, n° 21 et s., p. 33 et s.

⁴⁶ V. not. H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. droit* 1940, p. 33.

⁴⁷ C. Civ. art. 1193.

tandis que l'intangibilité contractuelle implique qu'il ne peut être modifié unilatéralement par une partie. Préalablement à la réforme du droit des contrats de 2016 le Code civil ne prévoyait d'ailleurs que l'irrévocabilité du contrat. Cependant, le législateur a jugé utile de venir préciser explicitement le principe d'intangibilité, qui était déjà sous-entendu⁴⁸.

11. **Intangibilité et correction.** L'intangibilité contractuelle s'impose donc tout d'abord aux parties elles-mêmes mais également au législateur ou au juge qui doivent reconnaître cette impossibilité de réviser unilatéralement le contrat. Cependant, l'intangibilité contractuelle est source de tension au sein du contrat, en particulier dès lors qu'il connaît une exécution prolongée dans le temps. En effet, le facteur temporel peut faire apparaître des « défauts » de l'engagement pris par les parties. Le caractère « inadapté » du contrat peut directement résulter du passage du temps, comme dans le cas d'un changement des circonstances de l'exécution du contrat, mais ils peuvent aussi préexister et le temps peut alors agir comme révélateur du caractère défectueux. Dans de telles hypothèses, l'application stricte du principe d'intangibilité contractuelle devrait normalement conduire à empêcher tout amendement, toute modification du contrat. Appliqués à la matière contractuelle, les mécanismes de correction peuvent alors être définis par opposition à cette intangibilité du contrat, justement en ce qu'ils permettent de limiter ses effets. Une telle définition peut paraître particulièrement large et avoir le potentiel d'inclure un grand nombre de mécanismes de correction. Il est ici utile de préciser que la présente étude n'a pas vocation à offrir une liste exhaustive des mécanismes de correction mais plutôt de s'interroger, *via* une catégorisation des mécanismes de correction qui apparaissent les plus pertinents, sur ce que traduisent ces limites à l'intangibilité du contrat : en quelle mesure et pourquoi la force obligatoire est-elle écartée, selon quelle ligne directrice le contrat est-il « redressé ». Le champ de la présente étude sera par ailleurs limité à l'objet contractuel spécifique qu'est le contrat de travail. En effet, cette entité juridique constitue un terrain particulièrement propice à la mise en œuvre de mécanismes de correction.

12. **Contrat de travail individuel.** Le contrat de travail, contrat qui par essence a vocation à se poursuivre dans le temps, constitue un objet d'étude pertinent pour l'analyse des

⁴⁸ Selon le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 : « Le texte complète ces dispositions pour expliciter que les parties peuvent également modifier le contrat d'un commun accord, ce qu'une interprétation a fortiori de l'article 1134 permettait déjà ».

mécanismes correcteurs. En effet, le contrat de travail reste en principe soumis aux règles de droit commun comme le rappelle l'article L. 1221-1 du Code du travail⁴⁹, et donc au principe d'intangibilité. Cependant, le contrat de travail constitue un objet contractuel à part, qui a fait l'objet d'une législation favorisant son autonomie face au droit commun des contrats. Cela résulte notamment de sa nature particulière qui repose sur un rapport de subordination. En effet la définition de cette entité juridique repose classiquement sur la réunion de trois éléments : une prestation personnelle de travail ou un engagement de fournir une telle prestation, une rémunération ou une promesse de rémunération et un lien de subordination juridique⁵⁰. Il ne s'agit donc pas de traiter le contrat de travail particulier qu'est l'accord collectif. Les spécificités de ce contrat à la nature duale⁵¹ constituent en effet un objet d'étude qui mérite une analyse propre. Si l'accord collectif pourra être évoqué, ce ne sera que dans la limite de son rapport au contrat de travail individuel, seul objet de la présente étude.

13. **Construction prétorienne.** La notion de lien de subordination est considérée comme la caractéristique principale du contrat individuel de travail puisqu'un tel lien ne se retrouve dans aucun autre contrat⁵² et cette notion a engendré un débat régulièrement renouvelé concernant sa portée. L'arrêt *Bardou* de 1931⁵³ puis l'arrêt *Société Générale* de 1996⁵⁴ ont précisé la notion de lien de subordination juridique comme l'existence d'un pouvoir lié au contrat de travail. Il s'agit ainsi d'un lien « caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ». Malgré ces précisions jurisprudentielles la question d'une définition officielle du contrat de travail reste débattue. L'émergence de nouvelles formes de subordination offre de façon constante matière à débat à la doctrine ; d'autant plus que l'édifice prétorien en la matière peut apparaître manquer de cohérence⁵⁵. Récemment, la question du statut des travailleurs des

⁴⁹ Même si cet article est inséré au sein du chapitre « Formation du contrat », le droit commun reste applicable là où le droit spécial ne l'est pas (C. civ. art. 1105).

⁵⁰ E. Dockès, J. Péliissier, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., 2008, Dalloz, p. 6.

⁵¹ P. Durand, « Le dualisme des conventions collectives », *RTD civ.* 1939, p. 353.

⁵² E. Dockès, G. Auzero, *Droit du travail*, 34^e éd., 2020, Dalloz, n°199, p. 264.

⁵³ Cass. civ., 6 juill. 1931, *Préfet de la Haute-Garonne c. Bardou* : *DP* 1931, n°1, p. 131, note P. Pic.

⁵⁴ Cass. soc., 13 nov. 1996, *Société Générale c. URSSAF de Haute-Garonne* : *Bull. civ.* V, n°386, p. 275.

⁵⁵ Comparer par exemple l'exclusion de la qualification de contrat de travail pour des pasteurs protestants (Cass. soc., 20 nov. 1986 : *Dr. soc.* 1987, p. 375, note J. Savatier) ou pour un « compagnon » Emmaüs (Cass.

plateformes collaboratives a été une nouvelle occasion pour la doctrine de s'interroger sur le périmètre⁵⁶.

14. **Définition du contrat de travail.** Pour permettre le développement de la présente étude il est cependant utile de retenir une définition précise du contrat de travail. La définition proposée par le Professeur Camerlynck dans son *Traité de droit du travail*, reprenant les critères jurisprudentiels, apparaît pertinente : le contrat de travail est une « 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, moyennant une rémunération »⁵⁷. Cette définition permet de comprendre que, dans le contrat spécifique qu'est le contrat de travail, la présence de mécanismes correcteurs pourrait aider à lutter contre les effets d'une application stricte du principe d'intangibilité. Ce contrat, dont l'exécution successive est caractérisée par une activité subordonnée et rémunérée, touche au plus près les intérêts économiques et sociaux des individus. Dès lors, l'intangibilité contractuelle peut parfois être vue comme un véritable obstacle pour les acteurs du contrat de travail, sans forcément que ces derniers souhaitent mettre fin à leur relation professionnelle par l'anéantissement de la source de l'intangibilité, c'est-à-dire le contrat.
15. **Contexte et enjeux.** La portée actuelle des mécanismes correcteurs du contrat de travail ne peut être comprise sans rappeler l'apparition d'un contexte favorable à leur développement, dans le cadre d'une crise de la théorie classique du contrat (I). Certains enjeux spécifiques aux relations professionnelles peuvent par ailleurs favoriser le développement de mécanismes correcteurs du contrat de travail (II).

soc., 9 mai 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 798, note J. Savatier) avec la qualification de contrat de travail pour des participants à une émission de télé-réalité (arrêt dit « Pékin Express » : Cass. soc., 4 février 2015, n°13-25.621 : *RDT* 2015, p. 252, note B. Géniaut ; arrêt dit « Ile de la tentation » : Cass. soc., 3 juin 2009, n°08-40.981 : *D.* 2009, p. 2517, note B. Edelman, *ibid.* p. 1530, obs. M. Serna, *ibid.* 2016, chron. J.-F. Cesaro et P.-Y. Gautier, *ibid.* 2010, p. 342, *Dr. soc.* 2009, p. 780, avis D. Allix, *ibid.* p. 791, obs. J.-J. Dupeyroux, *ibid.* p. 930, note C. Radé, *RDT* 2009, p. 507, obs. G. Auzero, *RTD com.* 2009, p. 723, obs. F. Pollaud-Dulian ; arrêt dit « Mister France » : Cass. soc., 25 juin 2013, n°12-13.968 : *D.* 2013, p. 1692, *ibid.* 2014, p. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta, *Dr. soc.* 2014, p. 11, chron. S. Tournaux, *RDT* 2013, p. 622, obs. D. Gardes, arrêt dit « Koh-Lanta » : Cass. soc., 25 juin 2013, n°12-17.660 : *D.* 2014, p. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta, *Dr. soc.* 2014, p. 11, chron. S. Tournaux, *RDT* 2013, p. 622, obs. D. Gardes.

⁵⁶ V. § n° 29.

⁵⁷ G. -H. Camerlynck, *Traité de droit du travail - Le contrat de travail*, 1968, Dalloz.

I : La construction historique des mécanismes de correction du contrat de travail

16. **Modernisation.** Le développement des mécanismes de correction du contrat de travail participe de ce que certains auteurs ont pu souligner comme l'émergence d'une crise de la théorie classique du contrat (A). En effet ces remises en cause du dogme traditionnel en matière de droit du contrat sont les marqueurs de sa modernisation, modernisation qui influence également le contrat de travail (B).

A : Crise de la théorie du contrat

17. **Dogme.** La figure du contrat constitue un « outil conceptuel décisif »⁵⁸, sorte de couteau suisse du domaine juridique, social et économique et même philosophique⁵⁹. Il n'est donc pas surprenant que sa nature et ses fondements fassent régulièrement l'objet d'études critiques et de reformulations théoriques. En droit civil français la notion de contrat était ainsi classiquement présentée comme le résultat de l'application de la théorie de l'autonomie de la volonté⁶⁰. Les théoriciens de l'École du droit naturel que sont Grotius et Pufendorf « exaltent la volonté des contractants »⁶¹ et les travaux de Domat ou Pothier confirment l'importance de cette notion⁶². Ces auteurs inspireront alors les rédacteurs du Code civil de 1804 lorsqu'ils se pencheront sur la question du contrat⁶³. Selon la présentation classique de cette théorie⁶⁴, la volonté humaine est au cœur de notre système normatif en ce qu'elle est seule apte à se donner sa propre loi. Cela permet ainsi de faire coïncider le principe de liberté de l'être humain et son existence dans une société régie par un ensemble organisé de règles de conduite. Le contrat, cet accord des volontés, est donc

⁵⁸ G. Lewkowicz et M. Xifaras, *Repenser le contrat. Droit et philosophie face aux nouvelles pratiques contractuelles*, 2009, Dalloz, p. 1.

⁵⁹ A partir de l'idée de contrat social développée par Hobbes, Locke et surtout Rousseau de nombreux philosophes se sont engagés dans la voie du contractualisme.

⁶⁰ D'après A.-J. Arnaud les rédacteurs du Code civil auraient été largement influencés par les théoriciens de l'École du droit naturel (A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, 1973, LGDJ, et *Les origines doctrinales du Code civil français*, préf. M. Villey, thèse, 1969, LGDJ. Cette vision a cependant pu être critiquée par certains auteurs : v. not. J.-F. Niort, « Retour sur « l'esprit » du Code civil des Français », in *Histoire de la justice* 2009, n° 19, p. 121.

⁶¹ J.-L. Gazzaniga, « Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien Régime », *Droits* 1990, n° 12, p. 37.

⁶² Cependant les théories développées dans leurs ouvrages *Les lois civiles dans leur ordre naturel* pour Domat et le *Traité des obligations* pour Pothier doivent être distinguées de celles de l'École de droit naturel moderne : l'origine divine du droit naturel est clairement soulignée par ces auteurs.

⁶³ D. Deroussin, « Le contrat à travers le Code civil des Français », in *Histoire de la justice* 2009, n° 19, p. 247.

⁶⁴ S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil – T. 3 Les obligations Le contrat*, 9^e éd. 2018, Economica, n° 90, p. 72.

l'outil principal pour appliquer cette théorie. A partir de cette analyse plusieurs conséquences qui sont listées au sein du Code civil peuvent être déduites. Les parties sont entièrement libres de contracter (ou de ne pas contracter), elles peuvent choisir de s'imposer par leur propre volonté une loi externe. Si ce choix est fait elles sont alors tenues d'exécuter leurs engagements. Le contrat a force obligatoire. Cependant les effets du contrat ne peuvent être imposés à d'autres volontés ; seules les volontés qui ont accepté d'être liées en subissent les conséquences. Il s'agit de l'effet relatif du contrat. Au sein de ce paradigme, la volonté des parties est *a priori* toute puissante et la seule correction de l'acte contractuel envisageable est celle qui survient d'un commun accord des parties⁶⁵.

18. **Première « crise du contrat ».** A partir de ce postulat théorique des auteurs sont cependant venus souligner l'émergence de ce qu'ils percevaient comme une crise de cette théorie classique du contrat⁶⁶. Était en cause la croissance de mécanismes portant atteinte à la liberté contractuelle : « liberté non seulement de s'engager, mais de fixer librement le contenu du contrat et de choisir en toute liberté son cocontractant »⁶⁷. En particulier, l'émergence de régimes contractuels qui semblaient fondés sur de nouveaux paradigmes⁶⁸ a pu accentuer cette impression d'un « déclin » du contrat. Les premières évocations d'une « crise du contrat » faisaient en effet état d'une réduction du champ d'application du contrat dans sa conception consensualiste. Ainsi, selon le Professeur Batiffol, le développement de l'interventionnisme législatif et du champ d'application des effets du contrat, notamment dans le domaine de relations de travail, aurait battu en brèche le principe fondateur du droit commun des contrats de l'autonomie de la volonté. Le législateur a en effet choisi de prendre en compte la « liberté effective face à la liberté légale » des contractants⁶⁹. Le Professeur Rouhette confirme cette analyse, en s'appuyant notamment sur le

⁶⁵ Il faut cependant rappeler l'importante limite à la volonté des parties que constitue la notion de cause, dans ses deux expressions objective ou subjective.

⁶⁶ Dès le début du XXe siècle certains auteurs avaient déjà souligné les nombreuses réserves qu'il était possible de formuler face au « dogme » de l'autonomie de la volonté : v. not. E. Gounod, *Le principe de l'autonomie de la volonté. Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, thèse, 1912, Rousseau. Ces travaux critiques se sont poursuivis tout au long du siècle, v. par ex. G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, dir. R. Rodière, 1965, Paris.

⁶⁷ J. Ghestin, « La notion de contrat », *Droits* 1990, n°12, p. 7.

⁶⁸ V. par ex. H. Battifol, « La « crise du contrat » et sa portée », *Arch. phil. dr.*, T. XIII, Sirey, 1968, p. 13-30 ; V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980 ; C. Jamin, « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. S. Rials et D. Alland, 2003, PUF, p. 380-384.

⁶⁹ H. Batiffol, « La « crise du contrat » et sa portée », *Arch. phil. dr.*, T. XIII, Sirey, 1968, p. 13-30.

développement d'un droit de la consommation. Pour lui cependant, « tout contrat opère nécessairement comme instrument de domination sociale d'un contractant faible par un contractant fort »⁷⁰ et la création de règles spécifiques au domaine de la consommation n'est qu'une preuve du caractère purement dogmatique de la théorie de l'autonomie de la volonté⁷¹.

19. **La crise moderne du contrat.** Plus récemment, des auteurs se sont interrogés sur l'existence d'une « nouvelle crise du contrat »⁷². Serait cette fois en cause une démultiplication, une forme d'éparpillement de la figure contractuelle⁷³. Les auteurs contemporains évoquent ainsi la diversification exponentielle de la notion de contrat⁷⁴. Cette « expansion a aussi des répercussions sur la théorie générale du contrat », et notamment sur « la montée en puissance de l'unilatéralité en droit des contrats »⁷⁵. Au final, l'accumulation de normes touchant au domaine contractuel aurait notamment comme conséquence l'instabilité de la théorie générale du contrat : le développement de solutions spécifiques remettrait en cause le bien-fondé du recours au droit commun pour les contrats spéciaux. Sous cette nouvelle remise en question des fondements contractuels il s'agit encore une fois d'une interrogation plus générale sur les rapports qu'entretiennent les sources d'obligations que sont la loi et le contrat. Les règles qui étaient présentées comme les principes directeurs de la matière semblent être constamment l'objet d'exceptions ou d'atténuations. Cette remise en cause de la figure contractuelle classique concerne l'ensemble du régime contractuel, qu'il s'agisse de sa formation, son exécution ou sa rupture. La doctrine s'est ainsi saisie de ce qu'elle percevait comme des atteintes toujours plus poussées aux dogmes du Code civil. Pour citer quelques exemples topiques il est

⁷⁰ G. Rouhette, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *études Rodière*, 1981, Dalloz, p. 255. V. également G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, LGDJ, n° 74.

⁷¹ M. Goubinat, *Les principes directeurs du droit des contrats*, dir. S. Bros, thèse, 2016, univ. Grenoble Alpes, n° 38, p. 29.

⁷² V. not. l'ouvrage intitulé *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, 2003, Dalloz.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ G. Lewkowicz et M. Xifaras, *Repenser le contrat. Droit et philosophie face aux nouvelles pratiques contractuelles*, Dalloz, 2009, p. 3.

⁷⁵ P. Lemay, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve de l'unilatéralisme*, th., préf. S. Chassagnard-Pinet, avant-propos G. Chantepie, 2014, Mare & Martin, n° 2, p. 25.

possible d'évoquer les affaires *Soffimat*⁷⁶, *Chevassus-Marche*⁷⁷ ou encore les arrêts d'assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995⁷⁸ qui ont été largement commentés et analysés comme des remises en cause de la théorie classique du contrat⁷⁹. En parallèle le législateur n'a cessé à la fois d'encadrer de règles spécifiques certains contrats comme en matière de contrat de consommation, contrat de distribution ou encore contrat de travail mais également de développer le contrat dans des domaines où la loi régnait sans partage. L'objectif de cette contractualisation relève presque de la pédagogie : là où le contrat permet une forme d'acceptation ou, *a minima*, une adhésion, la loi n'a que faire du consentement. L'accord des volontés, qui semblait rejeté toujours plus loin du contrat, fait ainsi un retour remarqué. Dans l'esprit du législateur l'outil contractuel doit favoriser la mise en œuvre du droit *via* le consentement des personnes. Comme le soulignent le Professeur Lewkowicz et le Professeur Xifaras, ce sont en réalité des « nouvelles pratiques qui se veulent contractuelles [qui] remettent profondément en question ce que les juristes appellent « contrat », [qui] brouillent les significations qui s'attachent habituellement au terme et déstabilisent profondément la portée des couples conceptuels d'usage courant que sont contrat/loi, contrat/statut et contrat/propriété ». Ce constat de la multiplicité des formes de la figure contractuelle a d'ailleurs partiellement été admis dans le Code civil à l'occasion de la réforme du 10 février 2016 qui a notamment introduit la notion de contrat d'adhésion⁸⁰ dans le chapitre relatif aux dispositions liminaires du droit des contrats et en lui attachant des conséquences spécifiques qui constituent autant d'exceptions aux principes directeurs de la théorie classique du contrat. Certains auteurs ont alors considéré que la réforme du droit des contrats de 2016, en permettant au « Code civil [d'être] renforcé

⁷⁶ Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369 : *RDC* 2011, p. 34, obs. E. Savaux ; *ibid.* p. 2481, note D. Mazeaud ; *D.* 2010, p. 2485, note Th. Génicon ; *JCP* 2010, p. 1056, note T. Favario ; *RTD civ.* 2010, p. 782, obs. B. Fages ; *LPA* 24 déc. 2010, p. 7, note A.-S. Choné ; *Dr. et patr.* 2011, p. 68, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *JCP* 2011, n°3, p. 126, note J. Ghestin ; *Defrénois* 2011, n°8, p. 811, obs. J.-B. Seube, *Gaz. Pal.* 2011, n°12-13, p. 21, obs. D. Houtcieff.

⁷⁷ Cass. com., 24 nov. 1998 : *RTD civ.* 1999, p. 646, obs. P.Y. Gautier.

⁷⁸ Cass. AP, 1^{er} déc. 1995, n°91-15.578, n°91-15.999, n°93-13.688, n°91-19.653 : *R.*, p. 290 ; *GAJC*, 11^e éd., n°151-154 ; *BICC* 15 janv. 1996, p. 10, concl. Jéol, note Fossereau, *D.* 1996, p. 13, concl. Jéol, note Aynès ; *D.* 1997, p. 59, obs. Ferrier, *JCP* 1996. II. 22565, concl. Jéol, note Ghestin ; *JCP E* 1996. II. 776, note Leveneur ; *ibid.* I. 523, no 7, obs. Mousseron ; *Gaz. Pal.* 1995. I. 626, concl. Jéol, note de Fontbressin ; *Defrénois* 1996. 747, obs. Delebecque ; *LPA* 27 déc. 1995, note Bureau et Molfessis ; *Dr. et patr.* 1996. 458, note Couret ; *RTD civ.* 1996. 153, obs. Mestre.

⁷⁹ V. § n° 124 et s.

⁸⁰ C. civ. art. 1110.

dans sa fonction de matrice des règles contractuelles »⁸¹, pourrait signer la fin de la « crise du contrat ».

20. **Rectifier le contrat.** Crise du contrat ou pas, le constat est certainement que la figure contractuelle n'est plus (si elle l'a été) unitaire. Selon l'« utopie » de la théorie de l'autonomie de la volonté, « puisque la liberté et l'égalité en sont, lors de sa création, le ferment, le contrat incarne nécessairement la justice et est, par conséquent, imperméable à l'intervention du juge et du législateur, lors de son exécution »⁸². Pourtant le constat est que le juge et législateur sont intervenus pour « rectifi[er] telle ou telle obligation, pour la renforcer ou au contraire la neutraliser, afin que le contrat reste ou devienne juste »⁸³. La possibilité de rectifier (ou corriger !) n'est cependant pas limitée au juge et au législateur. L'assouplissement du cadre juridique pour le contrat autorise ou incite parfois les contractants eux-mêmes à amender leur convention. Le constat est alors celui d'un pragmatisme accru au sein de la matière contractuelle.

B : Modernisme juridique et renouvellement des techniques

21. **Pragmatisme.** Si c'est la notion de crise qui est principalement évoquée par la doctrine, il semble en réalité possible de parler de pragmatisme juridique⁸⁴. Ces « crises » sont les marqueurs d'une modernisation du droit et d'un renouvellement des techniques ; face à la variété des situations le législateur et la jurisprudence tentent de fournir les outils juridiques les plus à même de répondre aux différentes exigences en cause⁸⁵. Il est ainsi possible de voir les conséquences de ce pragmatisme juridique comme des innovations en matière contractuelle. Ainsi, les deux tendances présentées ci-dessus s'accompagnent de la naissance de nouveaux outils contractuels *via* notamment la reconnaissance d'une pratique

⁸¹ Propos de G. Loiseau dans son article intitulé « Droit civil et droit du travail : une relation instable », *Dr. soc.* 2019, p. 477 où il souligne également qu'« alors que le développement de droits spéciaux était le symptôme d'un appauvrissement du droit commun, le nouveau droit des obligations a été enrichi pour couvrir l'ensemble des relations contractuelles avec des règles mieux adaptées à leurs besoins ».

⁸² D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, n° 1, p. 295.

⁸³ P.-Y. Gautier, « Crise du contrat... ou crise du juge et de la doctrine ? », *RDC* 2003, n° 1, p. 277.

⁸⁴ B. Frydman, « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action, Indécidabilité, coopération et révision », in *L'argumentation : droit, philosophie et sciences sociales*, 2000, L'Harmattan et les Presses universitaires de Laval, pp. 145-178.

⁸⁵ V. par ex. la thèse de C. Bouix, *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, préf. P. Deumier, 2012, PUAM.

des contractants ou de véritables innovations légales ou jurisprudentielles. La création d'un régime juridique spécifique aux contrats de consommation par exemple a permis d'envisager une analyse particulièrement développée de l'équilibre contractuel et d'innover en termes de sanction avec la notion de clause abusive désormais reconnue en droit commun des contrats⁸⁶. Il y a donc bien une volonté de mieux réguler la réalité des relations contractuelles. La réforme récente du droit commun des contrats a d'ailleurs démontré le souhait du législateur français d'imposer un contrôle plus poussé du mécanisme contractuel général. Au sein de ce foisonnement législatif autour du contrat, les mécanismes de correction trouvent leur place : l'intérêt porté par le système juridique à la survie, au maintien de ce contrat *via* sa transformation. Offrir plus de flexibilité pour mieux protéger le contrat semble être le *credo* des réformes récentes du droit des contrats et plus particulièrement du droit du contrat de travail.

22. **Modernisation du droit du contrat de travail.** Ces crises ou plutôt prises de conscience d'un renouvellement du droit autour de la figure du contrat concernent en effet également le contrat de travail. Concernant la création de branches du droit distinctes du droit commun, le droit des relations professionnelles constitue en lui-même une des principales innovations de cette période. Le Professeur Zenati-Castaing et le Professeur Revet ont résumé le modernisme du législateur et de la jurisprudence vis-à-vis du contrat de travail en précisant que le droit des contrats est constitué de « mécanismes communs à toute espèce de contrat »⁸⁷ mais également de deux ensembles de règles divisées selon la construction du contrat : les contrats structurellement équilibrés et les contrats structurellement déséquilibrés. Il s'agit pour ces auteurs d'une véritable *summa divisio* puisqu'elle va entraîner des conséquences distinctes tenant aux rôles des instances extérieures au contrat (par exemple le rôle dévolu aux associations agréées de consommateurs qui ne cesse de s'étendre). En effet, face au déséquilibre structurel de la relation contractuelle la volonté des contractants peut être mise de côté pour permettre une régulation externe. Le droit du travail, droit inégalitaire par excellence⁸⁸, a donc été

⁸⁶ V. § n° 560 et s.

⁸⁷ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil Contrats : Théorie générale – Quasi-contrats*, PUF, 2014, p. 36.

⁸⁸ « Ce n'est plus un droit de l'égalité, mais, au contraire, un droit des inégalités, un droit discriminatoire, un droit des préférences » F. Ewald, *L'État providence*, Grasset 1985 p. 451, cité par A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 69.

initialement construit autour de cet objectif de régulation. S'il est possible de dire que « le droit du travail est un droit de correction »⁸⁹ c'est précisément parce que son développement a d'abord été centré sur la prise en compte et la réponse à apporter au déséquilibre entre les parties au contrat de travail. Par ailleurs, le développement du contrat en dehors de son champ traditionnel touche aussi le domaine des relations professionnelles. Dans un article consacré au développement des accords collectifs, l'auteur évoque le fait que « longtemps incarnation de l'interventionnisme étatique, le droit du travail se mue progressivement en un droit conventionnel, construit autour de la figure de l'accord collectif »⁹⁰. Or, cette mutation elle aussi porteuse de modernité pour le contrat de travail interroge face à une possible correction du contrat notamment à travers la création des accords de performance collective⁹¹.

23. **Tendances.** Le développement des mécanismes correcteurs du contrat de travail s'inscrit dans un mouvement plus général de modernisation et d'innovation pour le droit des contrats. Cette modernisation tend notamment à tempérer les conséquences et effets d'une acception classique, sous l'angle de l'autonomie de la volonté, de certains principes directeurs du droit des contrats. Ces mécanismes correcteurs connaissent un développement particulièrement important concernant le contrat de travail en raison de l'objet même de ce contrat spécifique et permettent de dévoiler certaines tendances qui irriguent le droit du travail actuel.

II : Potentiel des mécanismes correcteurs du contrat de travail

24. **Pilier.** Le contrat, pilier de la vie sociale⁹², doit suivre les impératifs politiques, sociologiques et économiques de la société dont il est issu. Une volonté de régulation accrue, qui s'exprime par une réglementation spécifique à certains contrats est visible dans certains domaines particulièrement sensibles à ces impératifs. Cette régulation est présente à toutes les étapes de la vie du contrat : traitement en amont ou en aval de la relation contractuelle, mais pour les contrats à exécution successive, surtout pendant l'exécution du

⁸⁹ A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 69.

⁹⁰ P. Lokiec, « Qui dit conventionnel dit juste ! » L'avènement d'un nouveau dogme, *JCP S* 2015, act. 129.

⁹¹ V. § n° 293 et s.

⁹² Et pas seulement du droit comme le soulignait le Doyen Carbonnier (*Flexible droit*, LGDJ, 5^e éd. 1983, p. 253).

contrat. Les mécanismes de correction participent de cette régulation : ils peuvent représenter une réponse plus « adaptée » qu'une application stricte du principe d'intangibilité l'autoriserait. L'étude de ces mécanismes juridiques source de flexibilité contractuelle devrait mettre en lumière certains enjeux phares du droit du contrat de travail. Les mécanismes correcteurs cherchant à « redresser » le contrat de travail, leur analyse devrait alors permettre de réfléchir au contenu de la norme de référence, et à son articulation au sein d'un modèle de relations sociales. Une telle grille d'analyse du droit du contrat de travail favorise la mise en lumière de certains phénomènes : cette nouvelle approche pourrait permettre d'éviter ce que le Professeur Rigaux considère être une occultation des « phénomènes que le législateur a voulu cerner et réguler »⁹³. Deux peuvent déjà être cités : outre l'éternelle question des rapports entre les parties au contrat de travail, l'étude des situations de correction du contrat de travail devrait notamment permettre de s'interroger sur la prise en compte croissante d'intérêts placés à des niveaux plus collectifs. Le contrat de travail se caractérise en effet par la reconnaissance d'une subordination d'une partie vis-à-vis de l'autre (A). Par ailleurs, le rôle socio-économique du contrat de travail devrait également être interrogé. Le contrat de travail ne représente pas qu'un lien juridique puisqu'il est directement lié à l'emploi (B).

A : Subordination et correction

25. **Pouvoir et domination économique sous l'Ancien Régime.** Le lien de subordination juridique, reconnu dès l'arrêt *Bardou*⁹⁴, a été défini par l'arrêt *Société Générale* de 1996 comme le lien « caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »⁹⁵. Ce triptyque est donc celui des pouvoirs de l'employeur : pouvoir de direction, de contrôle et de sanction. En cela, le contrat de travail constitue un lieu d'expression du pouvoir de l'employeur. Pourtant l'autorité de l'employeur est d'abord une autorité de fait, qui est très souvent la

⁹³ M. Rigaux, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale ? Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mis en cause*, 2009, Bruylant.

⁹⁴ Cass. civ., 6 juill. 1931, *Préfet de la Haute-Garonne c. Bardou* : DP 1931, 1, 131, note P. Pic.

⁹⁵ Cass. soc., 13 nov. 1996, *Société Générale c. URSSAF de Haute-Garonne* : Bull. civ. V, n°386, p. 275, Dr. soc. 1996, n°1067, note J.-J. Dupeyroux, JCP E 1997, II, 911, note J. Barthélémy, RJS 12/96, n°1320.

conséquence d'une certaine forme de domination économique⁹⁶. Pour preuve, avant la consécration juridique du pouvoir de l'employeur les institutions sociales reconnaissaient déjà son autorité. Sous l'Ancien Régime cette autorité de l'employeur pouvait même porter sur le corps de l'employé : les travailleurs pouvaient être traînés en prison pour ne pas avoir respecté le contrat passé avec le patron⁹⁷. Le refus d'accomplir son apprentissage chez son maître par un apprenti pâtissier pouvait ainsi être sanctionné par un emprisonnement dans les geôles du Châtelet à Paris. L'écrou enregistré par le clerc de la geôle du Châtelet en 1488 indiquait ainsi : « [...] pour ce qu'il est reffusant et delayant de faire et accomplir le temps de son apprentissage et ce deffait, et jusques a ce qu'il soit contraint de ce faire, en quoy il est obligé corps et biens [...] »⁹⁸. La conception de l'autorité de l'employeur n'était alors pas attachée à la reconnaissance de véritables prérogatives juridiques sur les travailleurs à son service mais plutôt à la notion de dette. Le travailleur en se mettant au service d'un patron a contracté une dette à son égard : fournir le travail pour lequel il s'est engagé. L'emprisonnement du travailleur avait alors une fonction coercitive car il s'agit d'imposer une discipline de travail à la main d'œuvre de l'époque.

26. **Rejet initial du concept de subordination juridique.** Face à cette conception des relations professionnelles centrée sur l'obligation souscrite, la reconnaissance des pouvoirs juridiques de l'employeur n'a été officialisée que tardivement. Pendant longtemps le législateur et la jurisprudence ont volontairement rejeté la notion de subordination juridique du travailleur. Le pouvoir juridique était l'apanage de la puissance publique et il était difficilement concevable d'admettre qu'une partie privée pouvait elle aussi disposer de certaines prérogatives reconnues par le droit. Alain Cottureau relève ainsi qu'en 1784 des matelots originaires du port de Marseille avaient engagé une procédure pour contester leurs engagements avec le capitaine d'un navire. En effet, ces matelots avaient été emprisonnés dans les îles Canaries pour désertion à la suite de leur refus de reprendre la mer alors que le capitaine avait changé la destination du navire. Or, leur plaidoirie soulignait que le « capitaine de navire, [...] n'est point un despote ; en louant des matelots pour son service,

⁹⁶ E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social : études offertes à Jean Pélissier*, 2004, Dalloz, pp.203- 211.

⁹⁷ J. Mayade-Claustre, « Le corps lié de l'ouvrier. Le travail et la dette à Paris au XVe siècle », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2005/2 (60^e année), p. 383-408.

⁹⁸ Archives nationales [AN], Y 5266, f. 32v.

il ne contracte pas avec des esclaves »⁹⁹. L'argument fut entendu par la cour¹⁰⁰. Les juristes de l'époque effectuaient en réalité une véritable distinction entre le « véritable louage »¹⁰¹ et le « faux louage », celui qui place l'individu sous la subordination d'un autre. En jurisprudence l'arrêt dit « des sabots »¹⁰² est souvent cité pour illustrer le refus de la jurisprudence de reconnaître une forme de subordination juridique entre le travailleur et celui qui l'embauche pour effectuer une tâche. Le pouvoir patronal y est nié : la dame Julliard a « adhéré » au règlement d'atelier qui avait dès lors un « caractère conventionnel et obligatoire » à son égard. Or, « les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites ». La Cour de cassation se contente ici de rappeler le principe de force obligatoire du contrat. Aujourd'hui pourtant elle se référerait plus certainement au pouvoir réglementaire et disciplinaire de l'employeur. Il existait donc dans le domaine juridique un véritable refus de reconnaissance de la subordination juridique du travailleur.

27. **Reconnaissance du lien juridique de subordination.** Cependant progressivement la notion de subordination juridique fut mise en avant par certains auteurs. En 1886 Ernest D. Glasson publiait ainsi un texte critique du Code civil de l'époque¹⁰³ en introduisant la notion de contrat de travail en France¹⁰⁴ qui permettait l'admission du critère de la subordination juridique comme inhérent à la relation professionnelle (ainsi que précédemment évoqué, la jurisprudence de l'époque refusait cette notion de subordination dans le cadre des contrats de « louage d'ouvrage »). Malgré la large portée de ce texte dans les sphères juridiques l'admission de la subordination en jurisprudence n'est intervenue de façon claire¹⁰⁵ qu'à partir de 1931 avec l'arrêt *Bardou*¹⁰⁶ : « la qualité de salarié implique

⁹⁹ A. Cottureau, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle) », *Annales Hist. Sc. soc.*, 2002, vol. 57, p. 1521 – 1557.

¹⁰⁰ *Gazette des tribunaux*, 1784, pp. 219-224.

¹⁰¹ Pothier, *Traité des contrats de louage maritimes*, Paris, Debure aîné, 1769, « Du louage des matelots & autres gens de mer », pp. 159-228, ici p. 171, n° 173.

¹⁰² Cass. civ., 14 févr. 1866, *Paris frères c/ Dame Julliard* : N. Olszak, « Porter des sabots à l'atelier nuit gravement au salaire », *RDT* 2006, p.29.

¹⁰³ E.D. Glasson, « Le Code civil et la question ouvrière », in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1886, 1er semestre, t. 25, pp. 843-895.

¹⁰⁴ Notion empruntée à E. Delecroix dans « Le contrat de travail. Étude des propositions de lois concernant les ouvriers mineurs », *Revue de la législation des mines*, 1885, pp. 65-124.

¹⁰⁵ Le débat doctrinal entre le choix du critère de la dépendance juridique (*DP* 1931, 1, 131, note P. Pic) et celui de l'état de dépendance économique (opinion doctrinale majoritaire : P. Cuhe, « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Rev. crit. législ. et jur.* 1913, p. 412 ; R. Savatier, *DP* 1923, 1, 5 ; A. Rouast, « La notion de contrat de travail et la loi sur les Assurances sociales », *JCP* 1930, I, 329) était alors vif.

¹⁰⁶ Cass. civ., 6 juill. 1931 : *DP* 1931, 1, 131, note P. Pic; *Grands arrêts* n°1

nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie ». Cette mise en avant du lien juridique de subordination *via* le contrat de travail s'est d'ailleurs faite au détriment de la notion de dépendance économique du travailleur comme critère de la subordination.

28. **Equilibre.** Le pouvoir de l'employeur a obtenu une véritable reconnaissance juridique grâce à la jurisprudence de la Cour de cassation. Par cette consécration le droit offre donc son soutien au pouvoir de l'employeur, qui devient pour ce dernier une prérogative juridique. Le contrat de travail est alors à la fois le vecteur et le lieu d'expression de l'inégalité entre les contractants. Dès lors, il apparaît probable que des mécanismes de correction contractuelle favorisent ou, au contraire, limitent l'expression de ce pouvoir. Là où l'intangibilité contractuelle est mise de côté, que ce soit pour laisser une plus grande place à la subordination du salarié ou pour offrir un obstacle au pouvoir de l'employeur, se dessine les contours de l'inégalité structurelle entre les parties au contrat de travail. L'analyse des mécanismes de correction devrait alors permettre de mettre en lumière les lignes directrices qui construisent l'équilibre actuel du rapport de force inhérent au contrat de travail. La logique de l'édifice pourra alors éventuellement être questionnée et certaines propositions formulées. Une démarche similaire pourra alors être adoptée face à la question de la correction pour l'emploi.

B : Le contrat de travail et l'emploi

29. **Impact d'autres enjeux attachés à la qualification de contrat de travail.** L'existence du contrat de travail est en outre porteuse d'enjeux qui dépassent la simple réalisation d'un travail en échange d'un salaire. Le contrat de travail représente la porte d'entrée vers l'application de l'ensemble de la législation sociale et notamment le bénéfice de règles protectrices. Le salarié lié par un contrat de travail avec son employeur aura droit à certaines garanties comme les limitations prévues en matière de durée du travail, le salaire minimum, les congés payés, etc. Il pourra en outre bénéficier d'une protection économique à travers l'obtention d'une indemnisation en cas de problème de santé ou en cas de rupture

de son contrat par l'employeur par exemple. Comme le soulignent de nombreux auteurs¹⁰⁷, l'importance des enjeux associés à la reconnaissance d'un véritable contrat de travail fait de sa qualification une source permanente de conflits. Il est ainsi possible de voir apparaître sur la couverture des revues juridiques spécialisées en droit du travail, à intervalles réguliers, des articles s'interrogeant sur la requalification éventuelle en contrat de travail de certaines relations contractuelles. Ainsi, les arrêts rendus en matière de télé-réalité à la fin des années 2000¹⁰⁸ et au début des années 2010¹⁰⁹ ont pu alimenter les chroniques juridiques ; avant que la question du statut de travailleurs des plateformes collaboratives ne prenne le devant de la scène¹¹⁰. Des mouvements contraires peuvent cependant être observés : tandis que le législateur tente sans succès d'exclure ces travailleurs du champ du salariat par l'instauration d'une présomption de non-salariat spécifique¹¹¹, la Cour de cassation dans une décision récente a « allégé » les conditions de renversement de la

¹⁰⁷ V. par ex. G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 34^e édition, 2020, n° 193, p. 257.

¹⁰⁸ Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 : « La tentation du contrat de travail », *SSL*, n° spéc. 2009, n° 1403 ; D. Allix, « Un nouveau passeport pour les loisirs, le vrai faux contrat de travail ? », *Dr. soc.* 2009. 780 ; G. Auzero, « Je ne m'amuse pas, je travaille ! Bref retour sur l'arrêt Île de la tentation », *RDT* 2009. 507 ; J.-F. Cesaro et P.-Y. Gautier, « Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux », *D.* 2009. 2116 ; A. Fossaert, « Télé-réalité et contrat de travail », *SSL*, n° spéc. 2009, n° 1403, p. 3 ; entretien avec A. Jeamnaud (propos recueillis par F. Champeaux), « La Cour de cassation escamote le problème », *SSL*, n° spéc. 2009, n° 1403, p. 14 ; C. Radé, « La possibilité d'une île », *Dr. soc.* 2009. 930 ; J.-E. Ray, Sea, sex and... contrat de travail », *SSL*, n° spéc. 2009, n° 1403, p. 11 ; *D.* 2009. 2517, note B. Edelman ; *ibid.* 1530, obs. M. Serna ; *ibid.* 2010. 342 et les obs. ; *RTD com.* 2009. 723, obs. F. Pollaud-Dulian. Rappr. (relativement à l'arrêt de cour d'appel) J. Barthélémy, « Qualification de l'activité du participant à une émission de télé-réalité », *SSL* 2009, n° 1382, p. 8 ; P.-Y. Verkindt, Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux, *JCP S* 2009. Actu. 41.

¹⁰⁹ Cass. soc., 25 juin 2013, n° 12-13.968 et Cass. soc., 25 juin 2013, n° 12-17.660 : S. Tournaux, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », *Dr. soc.* 2014, p.11, D. Gardes, « De Mister France à Koh Lanta, le travail dans tous ses états », *RDT* 2013, p. 622, P. Lokiec, « Droit du travail : relations individuelles de travail », *D.* 2014, p. 1115.

¹¹⁰ V. la thèse de A. Pacquetet, *Les plateformes numériques : essai de qualification en droit du travail*, thèse, dir. J.-F. Cesaro, 2021, université Panthéon-Assas. V. également K. Van Den Bergh, « Plateformes numériques de mise au travail : mettre en perspective le particularisme français », *Rev. trav.* 2019, P. 101 ; C. Courcol-Bouchard, « Le livreur, la plateforme et la qualification du contrat », *RDT* 2018 p.812 ; A. Fabre, « Les travailleurs de plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français », *Dr. soc.* 2018, p. 547 ; K. Van Den Bergh, « Plateformes numériques de mise au travail : mettre fin à une supercherie », *RDT* 2018, p. 319 ; M. Julien, E. Mazuyer, « Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques », *RDT* 2018, p. 189 ; B. Gomes, « Les plateformes en droit social », *RDT* 2018, p. 150 ; I. Desbarats, « Quel statut pour les travailleurs des plateformes numériques ? La RSE en renfort de la loi », *Dr. soc.* 2017, p. 971 ; A. Jeamnaud, « Uber - Deliveroo. Le retour de la fraude à la loi ? », *SSL* n° 1780, p. 4 ; M.-C. Escande-Varniol, « L'ubérisation, un phénomène global. Regards de droit comparé », *RDT* 2017, p. 171 ; Th. Pasquier, « Sens et limites de la qualification de contrat de travail. De l'arrêt Formacad aux travailleurs « ubérisés » », *RDT* 2017, p. 91 ; A. Lyon-Caen, « Plateforme », *RDT* 2016, p. 301.

¹¹¹ V. not. F. Favennec-Héry, « Les travailleurs des plateformes collaboratives : en attendant Godot », *SSL* 2020, p. 8 ; G. Loiseau, « Travailleurs des plateformes : un naufrage législatif », *JCP S* 2020, 1000 ; V. Roche et V. Colombani, « Charte de responsabilité pour renforcer le statut des travailleurs de plateformes. L'occasion (totalement) manquée ? », *JCP G* 2020, 117.

présomption de non-salariat liée au statut auto-entrepreneur¹¹². Le rapport de l'ancien Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation Jean-Yves Frouin intitulé « Réguler les plateformes numériques de travail »¹¹³ pour sa part, tout en reconnaissant l'absence d'indépendance réelle des travailleurs de ces plateformes, propose une voie intermédiaire par le recours à une « tierce partie dans la relation entre la plateforme et ses travailleurs », notamment le portage salarial ou la coopérative d'activité et d'emploi¹¹⁴. La requalification est cependant loin d'être automatique : si la décision *Take Eat Easy* a pu faire figure de précurseur¹¹⁵, il est possible de citer une décision très récente de la Cour d'appel de Paris qui a rejeté une demande de requalification en contrat de travail d'un livreur de la plateforme Deliveroo en l'absence de caractérisation d'un lien de subordination par les clauses du contrat ou les modalités d'exécution de la prestation¹¹⁶.

30. **Statut social et contrat de travail.** D'un point de vue individuel l'accès à un contrat de travail, en lien avec le bénéfice du régime de protection sociale déjà décrit, constitue également la clé pour atteindre un certain statut social. Pour rappel, le contrat de travail est la norme pour les travailleurs français. Alors qu'en 1954 uniquement 64,8% de la population active relevait du salariat, seulement 10,6% des travailleurs étaient des travailleurs non-salariés en 2014¹¹⁷. A travers la conclusion d'un contrat de travail les individus accèdent à un statut social lié à leur emploi. En effet, « l'emploi est d'abord une relation sociale, qui inscrit le travail dans des cadres protecteurs »¹¹⁸. Le contrat de travail, constitue donc un instrument d'intégration sociale pour les individus. Comme le souligne

¹¹² Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316 : G. Loiseau, « Le droit du travail en boussole », *JCP S* 2020, 1080 ; P.-H. Antonmattei, « La Cour de cassation requalifie en contrat de travail la relation contractuelle entre la société Uber et un chauffeur de VTC », *Dr. soc.* 2020, p. 374 ; L. Willocx, « L'arrêt Uber, une conception mixte de la subordination », *RDT* 2020, p. 328 ; *RJS* 5/20, n°223 ; F. Champeaux, « Uber rattrapé par la subordination », *SSL* 2020, n° 1899, p. 2 ; S. Michel, « L'article 44 de la LOM versus les arrêts Take Eat Easy et Uber », *JSL* 2020, n° 494, p. 3.

¹¹³ Rapport au Premier Ministre, 1er déc. 2020. V. également l'entretien avec J.Y. Frouin, « Réguler les plateformes numériques de travail », *JCP S* 2021, 531.

¹¹⁴ Pour une critique de cette proposition v. not. B. Gomes, « « Réguler les plateformes numériques de travail » : lecture critique du « Rapport Frouin » », *Dr. soc.* 2021, p. 207.

¹¹⁵ Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.079, *D.* 2019, p.177, note M.-C. Escande-Varniol et p. 963, obs. P. Lokiec ; *AJ contrat* 2019, p.46, obs. L. Gamet ; *Dr. soc.* 2019 p.185, tribune C. Radé ; *RDT* 2019, p. 36, obs. M. Peyronnet, et p. 101, chron. K. Van Den Bergh ; *Dalloz IP/IT* 2019 p.186, obs. J. Sénéchal ; *JT* 2019, n° 215, p. 12, obs. C. Minet-Letalle ; *RDSS* 2019, p. 170, obs. M. Badel.

¹¹⁶ CA Paris, 7 avril 2021, n° 18-02846.

¹¹⁷ Rapport du Haut Conseil du financement de la protection sociale, *La protection sociale des non-salariés et son financement*, octobre 2016.

¹¹⁸ A. Fouquet, « Travail, emploi, activité – Une histoire sociale », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, 2011/1.

le Professeur Lyon-Caen, le contrat de travail est « plus qu'un échange synallagmatique, il est le support juridique d'un emploi »¹¹⁹. Le droit à l'emploi des individus est d'ailleurs énoncé au sein du Préambule de la Constitution de 1946 : « chacun a le devoir de travail et le droit d'obtenir un emploi ». Dès 1983, le Conseil constitutionnel en a déduit qu'il appartient au législateur, dans le cadre de la compétence que lui reconnaît l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, « de poser les 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 »¹²⁰, formule constamment reprise depuis. Malgré des débats actuels sur l'introduction d'un revenu universel ou sur le développement de nouvelles formes d'emploi, l'accès à l'emploi salarié reste une préoccupation majeure pour les individus. D'autant plus que le marché de l'emploi connaît à intervalles réguliers des crises importantes.

31. **Intérêt pour l'emploi.** Depuis les années 1970, le droit du travail français a en effet connu une période de profonde remise en question. Le premier choc pétrolier a conclu une période de forte croissance pour la France et d'autres pays industrialisés. L'emploi devint ainsi une préoccupation principale des pouvoirs publics. Le droit du travail jusqu'alors axé sur l'acquisition de nouveaux droits individuels mais surtout collectifs va alors être envisagé par le domaine politique comme un levier pour garantir la réduction du taux de chômage, ou au moins sa stabilisation. Comme le souligne le Professeur Mazeaud « le droit de l'emploi est né de la crise de l'emploi »¹²¹. Si, comme le souligne ce même auteur, le champ d'intervention de ce qu'il est possible d'appeler droit de l'emploi ne se limite pas au travail salarié, c'est bien ce champ qui constitue toujours son premier niveau d'intervention. Il s'agit ainsi d'un autre enjeu majeur lié à l'existence d'un contrat de travail. Le contrat de travail constitue, pour la majeure partie de la population française, la manifestation juridique de leur lien d'emploi.
32. **La correction comme facteur de maintien du lien d'emploi.** Ces enjeux traditionnellement associés à l'existence d'un contrat de travail permettent ainsi de comprendre l'intérêt de mécanismes correcteurs associés à ce contrat spécifique ayant pour

¹¹⁹ G. Lyon-Caen, « L'obligation implicite », *Arch. phil. dr.* 2000, n°44, p. 109-113.

¹²⁰ Cons. const. déc. n°83-156 DC du 28 mai 1983.

¹²¹ A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, 7^e éd. 2008, p. 5.

objectif de maintenir le lien d'emploi. Les mécanismes correcteurs sont également bienvenus par le législateur en ce qu'ils organisent une plus grande flexibilité du régime juridique du contrat de travail, au nom d'un intérêt collectif. En effet, ces mécanismes en autorisant l'aménagement du contrat permettent éventuellement sa survie et donc de maintenir à la fois la protection sociale et le lien d'emploi pour les salariés concernés. L'importance des enjeux associés à la mise en œuvre d'un tel contrat rend, dans certaines situations, son aménagement plus désirable que dans le cadre d'une relation contractuelle de droit commun. Les mécanismes correcteurs du contrat de travail devraient donc également permettre de démontrer le développement d'un « droit de l'emploi » au sein de la réglementation des relations professionnelles.

33. **Absence de caractère exhaustif de l'étude proposée.** Ces deux exemples, le rapport employeur/salarié et la question d'un droit de l'emploi, démontrent l'intérêt d'une étude des mécanismes correcteurs du contrat de travail. Cependant, la correction du contrat de travail recouvre un ensemble vaste de mécanismes juridiques variés. L'étude proposée n'a ainsi pas l'ambition de proposer un recensement totalement exhaustif des différents mécanismes. S'il est possible de voir l'intérêt d'une telle démarche de création d'une liste complète des mécanismes de correction, il ne relève pas du champ de l'étude proposée. En effet, plutôt que de s'attacher à présenter de façon détaillée chaque mécanisme de correction, cette étude a pour objectif final de mettre en lumière certaines tendances, certains phénomènes qui dessinent le droit du contrat de travail actuel. A partir de ce constat pourront alors être éventuellement proposées certaines évolutions. Les mécanismes présentés ont donc été choisis pour leur rôle clé, leur capacité à illustrer et permettre de comprendre le phénomène « correction du contrat de travail ». De façon identique il ne sera pas proposé d'étude complète des mécanismes présentés. Chacun d'entre eux ayant certainement déjà fait l'objet de nombreuses études spécifiques détaillées, cette étude s'intéressera plutôt à démontrer leur nature corrective et à présenter l'impact de cette correction. Quelle correction du contrat de travail pour quels enjeux est ainsi la ligne directrice qui guide cette étude.
34. **Plan de la thèse.** Ainsi, l'étude proposée se concentrera sur l'analyse des mécanismes de correction du contrat de travail. Il s'agira notamment de s'interroger sur leurs effets et ainsi souligner leur « utilité ». En l'absence de référentiel doctrinal antérieur en la matière, la

présentation de ces mécanismes sera également l'occasion d'une tentative de systématisation des modalités de la correction. L'analyse des différents mécanismes de correction applicables au contrat de travail fait ainsi apparaître une distinction fondamentale, conforme au principe de force obligatoire. En effet, l'article 1193 du Code civil rappelle que les contrats « ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». L'intangibilité contractuelle est donc en principe limitée par le commun accord des parties, puis, à titre exceptionnel, pour les motifs autorisés par la loi. Il est alors possible de proposer une distinction entre une correction dont la mise en œuvre est liée à la négociation (**Première partie**) et une correction imposée du contrat de travail (**Seconde partie**).

PREMIERE PARTIE : LA CORRECTION NEGOCIEE

35. L'étude des mécanismes porteurs d'une correction pour le contrat de travail invite à se pencher en premier sur ceux qui reposent sur une négociation. La nature modificatrice de la correction impose une exigence consensuelle : l'article 1193 du Code civil le rappelle, toute révision contractuelle ne peut en principe intervenir que par le commun accord des parties. Conformément au principe de droit commun, l'intangibilité du contrat de travail est d'abord limitée par des mécanismes qui reposent sur le consentement mutuel de l'employeur et du salarié (**Titre I**). D'autres mécanismes concertés spécifiques aux relations professionnelles méritent d'être évoqués. Ils sont en effet de nature à favoriser la correction du contrat de travail (**Titre II**).

Titre I : La correction contractuelle permise par le consentement mutuel

36. **Principe du consentement mutuel.** Corollaire du principe de force obligatoire, l'intangibilité du contrat n'est pas absolue. Le contrat peut être modifié ou révoqué par la voie du « consentement mutuel des parties »¹²². Ce *mutuus consensus* apparaît dans le Code civil comme la voie principale de contournement de l'intangibilité contractuelle : il en est le « seul moyen »¹²³. Ce n'est qu'en l'absence de cet accord commun que l'article 1193 autorise la modification ou révocation du contrat pour certaines causes spécifiques. La correction du contrat, *a fortiori* du contrat de travail, doit en principe rester la chose des parties ; ce sont elles qui, par un accord de leurs volontés, sont autorisées à altérer leur création initiale. La modification contractuelle par consentement mutuel constitue donc le premier des mécanismes de correction du contrat. Face au contrat de travail et à ses spécificités, le régime de cette modification a fait l'objet d'un contentieux abondant et sans cesse renouvelé, menant à une tentative de formulation d'une distinction théorique dont la cohérence peut être discutée (**Chapitre I**). Le *mutuus consensus* est également au cœur de certains mécanismes de correction du contrat récemment introduits au sein du Code civil. La réforme du droit commun des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016¹²⁴ a en effet été porteuse de nouveaux outils d'aménagement de l'intangibilité contractuelle, qui méritent une attention particulière en raison de leur intérêt pour les parties au contrat de travail. Confrontés au particularisme du régime de la modification du contrat de travail, ils devraient permettre de souligner les limites du consensualisme en droit du travail (**Chapitre II**).

¹²² C. civ. art. 1193.

¹²³ J. Carbonnier, *Droit civil – Tome 2 – Les biens – Les obligations*, 2^e éd. 2017, PUF, n°1029, p. 2117.

¹²⁴ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Chapitre I : Le particularisme du régime consensuel de la modification du contrat en droit du travail

37. **Périmètre de la modification consensuelle.** Le contrat de travail, malgré ses spécificités, reste soumis au droit civil¹²⁵. A ce titre il est gouverné, comme les autres contrats, par le principe de force obligatoire et par son corollaire, l'intangibilité du contrat. Cette dernière notion fait cependant l'objet d'un traitement particulier en droit du travail, en raison de sa nécessaire confrontation au pouvoir de l'employeur. La jurisprudence sociale a ainsi construit tout un régime fondé sur l'opposition entre une sphère régie par l'intangibilité contractuelle et une sphère propre à l'expression du pouvoir de l'employeur (**Section I**). Le tracé de la frontière entre ces deux sphères est intimement lié à la notion de consentement mutuel. Il est revenu au juge du contrat de travail d'indiquer les cas où l'accord des parties, mais en pratique surtout du salarié, est nécessaire, et les cas où l'employeur peut décider unilatéralement. Le juge s'est progressivement appuyé sur une terminologie spécifique : là où prévaut l'intangibilité contractuelle, la modification du contrat de travail doit être négociée entre les parties, à l'inverse du simple changement des conditions de travail. Cette évolution jurisprudentielle qui met l'entité contractuelle sur le devant de la scène a pu être qualifiée par certains auteurs de « renouveau du contrat de travail »¹²⁶, notamment par comparaison avec la référence antérieure aux modifications substantielles et non-substantielles. Cependant, les évolutions récentes semblent plutôt indiquer un certain reflux de sa force obligatoire (**Section II**).

Section I : La délimitation des éléments intangibles du contrat de travail

38. **Exigence d'une acceptation expresse de la modification.** Le travail jurisprudentiel de délimitation de l'intangibilité du contrat de travail a eu pour objectif principal de contenir le pouvoir de l'employeur et d'assurer une négociation entre les parties. Avant l'arrêt

¹²⁵ Même si l'article L. 1221-1 du Code du travail qui rappelle ce principe se trouve placé dans le chapitre « Formation du contrat » dudit code.

¹²⁶ V. not. G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. phil. dr.* 1968, Tome XIII, Sirey, p. 59 et Ph. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 05/99, p.383.

*Raquin et Trappiez*¹²⁷, la simple poursuite du travail par le salarié malgré une modification de son contrat de travail décidée par l'employeur était suffisante pour pouvoir lui opposer son acceptation¹²⁸. Cette reconnaissance d'un accord tacite, conformément aux principes de droit commun des contrats¹²⁹, a cependant paru excessive dans le cadre de la relation professionnelle. Pour garantir la force obligatoire du contrat de travail tout en reconnaissant une marge d'intervention à l'employeur, le droit du travail a innové par comparaison avec les règles civiles en exigeant une acceptation expresse de la modification de son contrat par le salarié. Cette transformation a cependant été progressive et marquée par des hésitations concernant le critère de distinction entre les modifications du rapport professionnel qui nécessitent un consentement mutuel et celles qui peuvent être unilatéralement décidées par l'employeur (I). L'analyse des jurisprudences rendues en matière de modification du contrat de travail permet alors de circonscrire le champ d'application du mécanisme de correction consensuelle. Les frontières dessinées grâce à ce travail de cartographie restent cependant assez imprécises, loin de l'objectivité requise (II).

I : La construction progressive de l'effet correcteur de la modification du contrat de travail

39. **Liberté de correction.** La modification du contrat par consentement mutuel est érigée par la loi comme l'outil principal de rupture de l'intangibilité contractuelle. Il s'agit en effet du mécanisme de droit commun assurant une liberté presque totale de correction (A). En droit du travail, le contrat peut représenter un véritable « outil juridique [...] dans l'aménagement des relations entre employeur et salarié »¹³⁰. Ce rôle instrumental a été confirmé par la jurisprudence à partir du milieu des années 1980 : les juges ont fait le choix de recourir au contrat de travail pour faire obstacle à la mise en œuvre du pouvoir de

¹²⁷ Cass. soc., 8 oct. 1987, *Raquin et Trappiez c. Ste Jacques Marchand* : *Bull. civ.* V, n°541, p. 344 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd. 2008, Dalloz, n° 49, p. 263 ; *D.* 1988, p. 57, note Y. Saint-Jours ; *Dr. soc.* 1988, p. 135, note J. Savatier.

¹²⁸ V. la décision rendue un jour plus tôt : Cass. soc., 7 oct. 1987, n°85-40.006, dont l'attendu indique que « la renonciation à un droit ne se présume pas et doit être claire et non équivoque ; [...] le seul fait, de la part de M. Z..., d'avoir travaillé pendant plusieurs années sans percevoir en son intégralité la rémunération convenue n'emportait renonciation, ni au paiement des sommes restant dues, ni au maintien des conditions de rémunération prévues par le contrat de travail ».

¹²⁹ Elle peut notamment se déduire de la poursuite de l'exécution du contrat : v. Cass. 1^{er} civ., 25 juin 1991 : *Bull. civ.* IV, n° 234, p. 164.

¹³⁰ A. Jeammaud, Le contrat de travail, une puissance moyenne, in *Analyse juridique et valeurs en droit social - Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, 2004, Dalloz, p. 299.

l'employeur. La correction du contrat permise par le consentement mutuel de l'employeur et du salarié ne peut se comprendre qu'à l'aune de ces rapports de force (**B**).

A : Le champ d'application de la modification du contrat de travail

40. **Ordre public et modification.** La recherche du consentement mutuel des parties est le préalable à toute tentative de correction négociée du contrat de travail (**1**). La nature impérative associée à la notion d'ordre public pourrait cependant limiter la capacité de correction de cet accord des volontés. En droit du travail, la notion occupe une place particulière, qui permet parfois de nuancer le résultat de sa confrontation avec le consentement mutuel des parties (**2**).

1 : La nécessité d'un consentement mutuel

41. **Mécanisme de correction par excellence.** La modification par consentement mutuel constitue le mécanisme de correction du contrat par excellence. En vertu de l'article 1193 du Code civil : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise »¹³¹. Cette formulation, très similaire à ce que prévoyait l'ancien article 1134 du Code civil, bénéficie néanmoins d'un ajout de l'ordonnance du 10 février 2016¹³² ; le Code civil ne faisant jusqu'alors référence qu'à l'option de la révocation et non de la modification¹³³. D'après la loi, il s'agirait donc de l'unique voie d'altération du contrat, outre ces « causes que la loi autorise ». La modification reste citée en première position au sein du Code civil, marquant ainsi la préférence du législateur pour une révision contractuelle par la voie de l'accord des volontés, plutôt que par une voie externe. Malgré de nombreuses exceptions et atténuations,

¹³¹ C. civ. art. 1193.

¹³² V. note n° 124.

¹³³ L'interprétation jurisprudentielle (Cass. com., 27 mars 2007, n° 06-11.883 : arrêt qui rappelle que « les conventions peuvent être modifiées à tout moment par consentement mutuel des parties » au visa de l'ancien article 1134 du Code civil) et doctrinale (le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations précise, concernant l'ajout de la notion de modification, que « le texte [de l'ordonnance] complète ces dispositions pour expliciter que les parties peuvent également modifier le contrat d'un commun accord, ce qu'une interprétation *a fortiori* de l'article 1134 permettait déjà ») de l'ancien article 1134 permettait déjà d'inclure la modification du contrat dans ce périmètre.

l'article 1193 du Code civil confirme le maintien de la vision volontariste du droit des contrats français.

42. **Distinction avec la novation.** La modification du contrat relève pleinement de la catégorie des mécanismes de correction du contrat de travail en ce qu'elle permet une continuité de l'acte juridique initial au prix d'un amendement. La modification du contrat par consentement mutuel doit alors être distinguée de la novation de l'obligation, qui « a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée »¹³⁴. Historiquement, la novation des obligations de l'acte juridique prévalait sur sa simple modification ; l'idée de continuité de l'acte juridique qui subit des altérations est apparue relativement tardivement en droit civil. En effet, le droit romain ne connaissait pas de mécanisme permettant d'assurer la permanence d'un acte juridique associée à son altération. Les juristes de l'époque, lors d'une modification intervenue par souscription d'une nouvelle obligation différente de la première mais ayant le même objet, considéraient que la première obligation devait nécessairement s'éteindre pour pouvoir donner jour à la seconde¹³⁵. Aujourd'hui, le Code civil confirme le maintien du contrat par la voie de la modification comme un mécanisme incontournable du droit des contrats, et en particulier pour ceux dont l'exécution s'échelonne dans le temps¹³⁶.
43. **Conditions de validité de la modification contractuelle.** Issu du droit commun, le mécanisme de la modification du contrat de travail doit d'abord respecter le régime de la formation du contrat pour que l'opération correctrice soit valable. En effet, en vertu de l'article L. 1221-1 du Code du travail : « Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun [...] »¹³⁷. Le mécanisme de correction prévu à l'article 1193 du Code civil occupe d'ailleurs une place de choix au sein des relations professionnelles en raison de l'exécution, par nature successive, du contrat de travail. En présence d'une offre de modification du

¹³⁴ C. civ. art. 1329.

¹³⁵ P.-F. Girard, *Traité élémentaire de droit romain*, 8^e éd. 2003, Dalloz, p. 729.

¹³⁶ A tel point que, pour certains contrats, le législateur est intervenu pour encadrer le régime de la modification. L'article L. 224-33 du Code de la consommation qui oblige le prestataire d'un contrat de services de communications électroniques à communiquer au consommateur sur un support durable « tout projet de modification des conditions contractuelles » au moins un mois avant l'entrée en vigueur de la modification en constitue un exemple.

¹³⁷ Même si cet article est inséré au sein du chapitre « Formation du contrat », le droit commun reste applicable là où le droit spécial ne l'est pas (C. civ. art. 1105).

contrat il faudra classiquement que cette dernière soit ferme, précise et extériorisée¹³⁸ ; quant à l'acceptation elle devra répondre aux termes de l'offre, être extériorisée et éclairée¹³⁹. Les dispositions relatives à la validité du contrat sont également applicables à la modification du contrat par accord des volontés¹⁴⁰. Notamment, l'accord portant modification doit intervenir entre les parties au contrat initial, c'est-à-dire qu'il faut respecter le principe d'« une identité des parties signataires du contrat originaire et de celles qui le modifient »¹⁴¹. A défaut, la nullité guette l'acte juridique porteur d'une modification non unanime¹⁴². Sous réserve du respect de ces conditions, le champ de ce mécanisme correcteur est particulièrement large puisqu'il peut en théorie concerner toute modification contractuelle mise en œuvre à la suite d'une négociation entre les parties au contrat de travail. Le législateur est cependant intervenu pour limiter la capacité correctrice des parties à travers l'édiction de règles d'ordre public.

2 : La réserve du respect de l'ordre public

44. **Une difficile définition.** Selon l'article 6 du Code civil, il n'est pas possible de « déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». La loi rappelle cette interdiction en matière contractuelle dans deux articles différents : l'article 1102 qui présente l'ordre public comme une limite au principe de liberté contractuelle et l'article 1162 relatif au contenu du contrat. La formulation de l'article 6 précise le rôle principal de la notion d'ordre public : dessiner une ligne théoriquement infranchissable pour le contenu des « conventions particulières ». S'il est facile de présenter l'objectif rempli par la notion, définir son contenu est un exercice plus compliqué. Le Doyen Carbonnier faisait ainsi référence à une « idée générale - et vague - [qui] est celle d'un intérêt social essentiel, incomparablement supérieur aux intérêts privés en jeu »¹⁴³. Toujours selon cet auteur l'ordre public doit être entendu, non comme un

¹³⁸ C. civ art. 1114.

¹³⁹ C. civ art. 1118.

¹⁴⁰ C. civ art. 1128 et s.

¹⁴¹ S. Pellet, *L'avenant au contrat*, thèse, préf. Ph. Stoffel-Munck, 2010, IRJS éditions, n° 344, p. 356.

¹⁴² V. not. Cass. 3^e civ., 15 déc. 1995 : *Bull. civ.* III, n° 236, p. 158 ; *BJS* 1996, p. 140, note P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1996, n° 3, obs. T. Bonneau ; *Rev. sociétés* 1996, p. 306, note Y. Chartier : les modifications statutaires, même décidées lors d'une assemblée générale extraordinaire, sont irrégulières en l'absence d'accord unanime de tous les associés de la société.

¹⁴³ J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction*, 25^e éd. 1997, PUF, n° 126, p. 211.

ensemble de règles bien définies mais plutôt comme une « présence »¹⁴⁴ : il s'agit du regard vigilant de notre société dans un espace où, pour le reste, règne le principe de liberté. L'ordre public vient directement s'opposer à la liberté contractuelle des parties et, en conséquence, à leur capacité de correction par consentement mutuel. La notion permet en réalité de délimiter le champ d'application de la modification consensuelle.

45. **Ordre public et modification du contrat de travail.** Le Professeur Revet a pu s'interroger sur une éventuelle coïncidence parfaite entre les deux notions : « Le droit du travail est (était ?) tout entier d'ordre public ? D'un certain point de vue, l'affirmation est incontestable : à quelques exceptions symboliques près, les règles gouvernant les relations de travail ont, toujours et nécessairement, un caractère d'ordre public »¹⁴⁵. La naissance du droit du travail comme branche autonome du droit repose sur une volonté de réguler le contenu de la convention particulière qu'est le contrat entre un employeur et un salarié. L'objectif est d'imposer au déroulement de la relation professionnelle des règles de nature à compenser, au moins partiellement, l'inégalité structurelle entre les parties. Il semble dès lors logique qu'une grande partie de ces dernières relèvent de l'ordre public. La modification contractuelle est nécessairement encadrée par différentes règles impératives : le principe de l'ordre public est de rendre inopérant le consensualisme. En droit du travail la notion d'ordre public a cependant une nature plus complexe, qui laisse une place au commun accord des parties. Deux niveaux d'ordre public peuvent être distingués : un premier qui ne peut faire l'objet d'aucune dérogation, appelé traditionnellement ordre public absolu, et un second plus souple, qui admet des dérogations *in melius*, appelé traditionnellement ordre public social et qui serait pour certains auteurs la « clé de voûte du droit du travail français »¹⁴⁶. C'est notamment à travers le fonctionnement de cet ordre public social qu'apparaît un premier constat de la logique correctrice en droit du travail.
46. **Ordre public social.** La spécificité du droit du travail dans son encadrement de la liberté contractuelle s'exprime sous deux angles. D'une part, à travers la compréhension de la notion d'ordre public social et, d'autre part, à travers son articulation avec l'ordre public absolu. Si l'ordre public social laisse une marge de manœuvre aux contractants, ce n'est

¹⁴⁴ J. Carbonnier, *Droit civil – Tome 2 – Les biens – Les obligations*, 2^e éd. 2017, PUF, n° 984, p. 2037.

¹⁴⁵ Th. Revet, « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, 1996, Dalloz, p. 44.

¹⁴⁶ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, 2011, PUF, p. 139.

qu'à la condition que cette dérogation soit bénéfique aux salariés. La dérogation *in melius* est à sens unique : elle ne fonctionne que pour les salariés. A titre d'exemple, il est possible de citer un élément du régime de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative de l'employeur. S'il est défendu à l'employeur d'insérer une clause au sein du contrat de travail qui prévoirait une circonstance spécifique comme cause de licenciement¹⁴⁷, les parties peuvent en revanche convenir d'une dérogation en ce sens tant qu'elle est favorable aux salariés. La négociation de clauses de garantie d'emploi, clauses qui limitent les possibilités de recours au droit de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur dans une situation donnée ou pour différents motifs qu'elles peuvent énumérer, est ainsi une pratique autorisée par le juge¹⁴⁸. Présentes dans certaines conventions collectives de branche¹⁴⁹, elles peuvent également être prévues directement dans le contrat du salarié. Ont ainsi force obligatoire les clauses contractuelles de garantie d'emploi qui ne laissent subsister comme cause de licenciement que le motif de la faute grave¹⁵⁰. La prégnance de cet ordre public social est renforcée par sa relation à l'ordre public absolu : la dérogation *in melius* est le principe applicable tandis que le respect d'un ordre public absolu n'intervient que dans un second temps. Cette articulation est rendue visible au sein du Code du travail en matière de négociation collective : la formulation de l'article L. 2251-1 du Code du travail en deux temps permet de comprendre qu'en réalité l'ordre public social constitue le principe et l'ordre public absolu l'exception. L'article précise d'abord la règle selon laquelle un accord collectif peut comporter des dispositions

¹⁴⁷ V. par ex. Cass. soc., 1^{er} févr. 1995 : *D.* 1995, Somm. p. 62, obs. Bouilloux ; *RJS* 3/95, n° 226 ; *CSB* 1995, p. 83 ; G. Couturier, « Les clauses "couperet", encore... », *Dr. soc.* 1995, p. 231. V. également Cass. soc., 14 novembre 2000 : *Bull. civ.* V, n° 367, p. 281 : le fait de rédiger une clause prévoyant que la « non-réalisation d'un ou de plusieurs objectifs, à concurrence de 20% de l'objectif annuel sur chaque trimestre et pendant deux trimestres consécutifs » constitue un motif de rupture du contrat de travail qui est incompatible avec le pouvoir du juge de déterminer si les faits invoqués constituent ou pas une cause réelle et sérieuse de licenciement.

¹⁴⁸ V. par ex. Cass. soc., 9 mai 1962 : *Bull. civ.* V, 1962, n° 414.

¹⁴⁹ La convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie prévoit en son article 16 une garantie d'emploi faisant échec pendant la durée de l'indemnisation « à plein tarif » pour maladie du salarié à la possibilité de licencier de l'employeur, notamment au motif d'une désorganisation de l'entreprise en lien avec l'absence du salarié. Logiquement, le licenciement prononcé avant l'expiration de la période de protection est alors considéré sans cause réelle et sérieuse (v. par ex. Cass. soc., 1^{er} oct. 2003, n° 00-46.428 concernant la violation de la garantie d'emploi prévue par la convention collective nationale de l'immobilier).

¹⁵⁰ Cass. soc., 15 avr. 2015 : *Bull. civ.* V, n° 78, p. 86 ; *D.* 2015, p. 927 ; *Dr. soc.* 2015, p. 559, obs. J. Mouly ; *RDT* 2015, p. 541, obs. M. Kocher : « [...] le contrat comportant une clause de garantie d'emploi ne peut être rompu pendant la période couverte par la garantie qu'en cas d'accord des parties, de faute grave du salarié ou de force majeure [...] ».

plus favorables que les dispositions légales. Ce n'est que dans un second temps qu'est rappelée l'impossibilité de déroger aux règles qui relèvent de l'ordre public¹⁵¹.

47. **Ordre public absolu.** Au contraire de l'ordre public social, l'ordre public absolu porte sur des règles pour lesquelles aucune dérogation n'est possible. Dans cette hypothèse, la liberté contractuelle des parties sera alors fortement restreinte. Selon le Professeur Gaudu il serait possible de distinguer les normes qui relèvent d'un ordre public absolu en ce qu'elles « traduirai[en]t des impératifs d'intérêt général qui outrepasseraient ceux de la protection des salariés »¹⁵². Entrent alors dans le champ de l'ordre public absolu les normes générales qui ne relèvent pas uniquement des relations professionnelles pour leur application. Par exemple, l'interdiction concernant l'indexation des salaires sur le taux de l'inflation ou l'augmentation du salaire minimum de croissance relève de l'ordre public absolu¹⁵³. Logiquement, les règles de droit pénal relèvent également de cette sphère de l'ordre public absolu. Cependant, d'autres règles, propres cette fois au droit du travail, ont également pu être considérées comme relevant de l'ordre public absolu. C'est notamment le cas du mécanisme de transfert automatique des contrats de travail prévu à l'article L. 1224-1 du Code du travail¹⁵⁴ ou encore du monopole syndical en matière d'élections professionnelles¹⁵⁵. Il s'agit de règles qui traduisent à chaque fois l'existence d'un intérêt général plus large que le simple intérêt des salariés : l'article L. 1224-1 du Code du travail a été instauré pour éviter les ruptures massives des contrats de travail préalables au transfert, tandis que le monopole syndical pour les élections professionnelles vise à protéger la liberté syndicale. Cependant, le Professeur Gaudu note que si l'ordre public absolu « se fonde souvent sur des valeurs collectives très fortes ou sur des exigences d'intérêt général » il est aussi possible d'y voir une « simple nécessité de contrôle »¹⁵⁶. Il

¹⁵¹ Est en premier indiqué qu'« une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur », puis seulement qu' « ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

¹⁵² F. Gaudu, « L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXI^e siècle - Etudes offertes à Jacques Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 369.

¹⁵³ V. not. Cass. soc., 7 déc. 1983 : *Bull. civ.* V, n° 593 pour une clause d'indexation sur le « niveau général des prix ».

¹⁵⁴ Cass. soc., 13 juin 1990 : *Bull. civ.* V, n° 273, p. 264. V. égal. § n° 418 et s.

¹⁵⁵ Cass. soc., 27 janv. 2010 : *Bull. civ.* V, n° 21, p. 24.

¹⁵⁶ V. note n° 152.

cite ainsi la prohibition du travail « par relais » par la loi du 30 mars 1900¹⁵⁷ pour permettre un contrôle de la durée du travail.

48. **Correction du contrat et principe de faveur.** Ce régime de hiérarchie des normes spécifique au droit du travail démontre qu'en matière de correction contractuelle existe un standard représenté par l'intérêt du salarié. En contrepartie de l'inégalité structurelle des parties au contrat de travail, le législateur et la jurisprudence ont placé l'intérêt du salarié comme critère de référence pour garantir force obligatoire à une correction négociée du contrat de travail. D'ailleurs, une autre notion clé encadrant la liberté des parties au contrat de travail est celle du principe de faveur ou « principe de l'application de la disposition la plus favorable »¹⁵⁸. Bien que la jurisprudence de la Cour de cassation ait pu relier cette notion à celle d'ordre public social¹⁵⁹, elles diffèrent dans leur nature. Selon la Professeure Favennec-Héry et le Professeur Verkindt, l'ordre public social serait un mécanisme de droit qui permet aux normes de niveau inférieur de déroger à une norme de niveau supérieur mais uniquement *in melius*. Le principe de faveur pour sa part serait une méthode pour déterminer la norme applicable en cas de conflit de normes (la plus favorable au salarié prévaudrait)¹⁶⁰. Encore une fois l'intérêt du salarié se trouve placé au cœur du dispositif normatif : une correction contractuelle ne prévaudra ainsi que si elle est la plus favorable au salarié face à d'autres normes qui ont le même objet.
49. **Compromis jurisprudentiel.** La modification du contrat de travail tire donc sa force correctrice de l'accord des volontés dont elle résulte, avec pour seule limite le périmètre d'application de l'ordre public. Ce constat est vrai aussi bien pour les contrats de droit commun que pour le contrat de travail. Une réserve importante doit cependant être formulée pour ce dernier, en lien avec l'appréciation variable de l'ordre public qui prévaut au sein des relations professionnelles. L'analyse du régime d'articulation des normes en droit du travail permet alors de souligner la prévalence de principe de l'intérêt du salarié dans le cadre d'une correction contractuelle. Cet enjeu de l'intérêt du salarié se retrouve

¹⁵⁷ Loi du 30 mars 1900 règlement la durée légale de la journée de travail.

¹⁵⁸ Y. Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail - Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, 1989, Dalloz, p. 243.

¹⁵⁹ Cass. soc., 25 nov. 1992 : *Bull. civ.* V, n° 573, p. 361 ; *Dr. soc.* 1993, p. 63 - 26 oct. 1999, n°97-45.457 : *Dr. soc.* 2000, p. 381, note Ch. Radé.

¹⁶⁰ F. Favennec-Héry et P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, 6^e édition 2016, LGDJ, n° 57, p. 52.

également dans le compromis dressé par la jurisprudence et le législateur, entre l'intangibilité contractuelle et le pouvoir juridiquement reconnu à l'une des parties, l'employeur.

B : Le régime de la modification du contrat de travail

50. **Distinction jurisprudentielle.** La modification du contrat de travail fait l'objet d'un régime juridique spécifique. En droit du travail s'opposent « la modification du contrat de travail » et le simple « changement des conditions de travail ». Une modification du contrat requiert l'accord des deux parties au contrat, tandis que le changement des conditions de travail relève de l'exécution du travail et peut directement être mis en œuvre par l'employeur par l'exercice de son pouvoir de direction. Cette terminologie est issue d'un cheminement jurisprudentiel qui, tout en reconnaissant un pouvoir de l'employeur sur le salarié, a cherché à l'encadrer (1). Le cadre théorique fourni est *a priori* solide et cohérent, reposant sur une analyse contractuelle du pouvoir de l'employeur. Intervenue à la fin des années 1980, cette évolution a permis un « renouveau du contrat de travail »¹⁶¹, grâce au rappel de la conséquence de son intangibilité : la nécessaire négociation préalable à une modification (2).

1 : Les hésitations jurisprudentielles concernant la délimitation du pouvoir de l'employeur

51. **Théorie institutionnelle.** L'impératif de négociation préalable ne se comprend réellement qu'à la lumière des enjeux qui lui ont donné naissance. Son introduction a été accompagnée de débats théoriques qui continuent d'alimenter la plume de nombreux auteurs¹⁶². Avec la reconnaissance de la subordination juridique à travers l'arrêt *Bardou*¹⁶³ de 1931, a surgi un nouveau débat juridique concernant l'origine de cette subordination et son lien avec le pouvoir de l'employeur. En doctrine, deux conceptions se sont pendant longtemps affrontées : la théorie institutionnelle et la théorie contractuelle. La première met l'accent

¹⁶¹ Ph. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 05/99, p.383.

¹⁶² V. not. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir*, 2004, LGDJ ; J.-M. Béraud, « L'interaction du contrat de travail et du pouvoir de l'employeur », *Dr. ouvr.* 1997, p. 529 ; E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social : études offertes à Jean Pélissier*, 2004, Dalloz, p. 203.

¹⁶³ Cass. civ., 6 juill. 1931, *Préfet de la Haute-Garonne c. Bardou* : DP 1931, n° 1, p. 131, note P. Pic.

sur le rôle de l'employeur dans l'organisation économique. Cette théorie où « le droit se plie au fait »¹⁶⁴ a notamment été développée par le Professeur Hauriou¹⁶⁵. La conception de l'institution comme le regroupement d'individus autour d'une idée commune avec un moyen d'expression commun (par exemple l'entreprise) permet de justifier le lien de subordination entre le salarié et l'employeur. Le pouvoir de l'employeur découle de son rôle de chef de l'institution : en tant que détenteur des moyens de production, de la puissance économique, il détient une autorité de fait sur les individus qui travaillent pour lui. Le droit reconnaît juridiquement ce pouvoir factuel. Cette théorie a pu être retenue par la Cour de cassation dans un arrêt *Poliet et Chausson*¹⁶⁶. A cette occasion, les juges suprêmes ont souligné que le pouvoir de l'employeur pouvait s'exprimer en l'absence de fondement légal, puisqu'il est « inhérent à sa qualité [en tant qu'employeur] » et que ce dernier était dès lors en droit d'infliger une sanction disciplinaire non prévue au règlement intérieur¹⁶⁷. Avec cette conception, le contrat de travail ne pouvait plus jouer qu'un rôle minime : il représentait la traduction de l'adhésion du salarié à l'institution qu'est l'entreprise. L'étalon de la liberté de modification contractuelle par les parties, et en particulier par l'employeur, devenait alors le seul intérêt de l'entreprise. La subjectivité avec laquelle peut être compris cet intérêt ouvrait alors la porte à un manque de cohérence et plaçait le régime de la modification contractuelle sous l'influence directe du pouvoir de l'employeur.

52. **Prévalence de la théorie contractuelle.** Au contraire, la théorie contractuelle cherche à s'appuyer sur le contrat de travail pour expliquer l'origine du pouvoir de l'employeur. Le salarié est juridiquement subordonné à son employeur par la conclusion du contrat de travail. Le contrat de travail est donc la source et la limite du pouvoir de l'employeur. Selon le Professeur Lyon-Caen, cette logique s'apparente à une forme d'obligation implicite¹⁶⁸, sur le modèle de l'obligation de sécurité insérée au sein des contrats de transports par la

¹⁶⁴ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, 2020 34^e éd., Dalloz, n° 652, p. 820.

¹⁶⁵ M. Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de la Législation de Toulouse*, 2^e série, T. 11, 1906, p. 134 et « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n° 4, p. 2.

¹⁶⁶ Cass. soc., 16 juin 1945, *Etablissements Poliet et Chausson c. Vialard* : *Dr. soc.* 1946, p. 427, note P. Durand.

¹⁶⁷ *Ibid.* : « il a la faculté en l'absence de dispositions restrictives d'un règlement intérieur, d'[en] faire usage sous la seule réserve du contrôle de l'autorité judiciaire ».

¹⁶⁸ G. Lyon-Caen, L'obligation implicite, *Arch. phil. dr.* 2000, n° 44, p. 109.

jurisprudence¹⁶⁹. Longtemps débattue en doctrine¹⁷⁰, certaines conséquences de la théorie contractuelle ont entraîné l'adhésion de la jurisprudence à partir des années 1980. D'une part, le recours à cette théorie est entré en résonance avec le mouvement de prise en compte des libertés et droits individuels de l'époque. D'autre part, le recentrage sur la notion contrat de travail permettait, en théorie, une meilleure objectivité et donc une plus grande sécurité juridique concernant le périmètre d'influence du pouvoir de l'employeur.

2 : Le critère moderne : la distinction entre conditions de travail et éléments contractuels

53. **Acceptation tacite de la modification.** La préférence de la jurisprudence envers la théorie contractuelle de la subordination a eu des conséquences pratiques importantes. Elle a fait l'objet d'une saga judiciaire centrée sur le régime de la modification du contrat de travail et dont l'origine est généralement retracée à la jurisprudence rendue en 1987¹⁷¹, qui a mis au premier plan l'exigence d'une négociation entre les parties. Cette évolution jurisprudentielle a en principe placé la correction du contrat de travail en dehors du champ d'application du pouvoir de l'employeur. Traditionnellement, la poursuite de l'exécution du contrat de travail par le salarié alors que l'employeur avait unilatéralement modifié l'un des éléments contractuels, même « substantiel », valait acceptation tacite du salarié à la modification de son contrat de travail. Le salarié qui tentait *a posteriori* de contester la modification de son contrat de travail se voyait opposer une analyse selon laquelle « le maintien des conditions antérieures ne pouvait être imposé à l'employeur, et [n'est donc] pas fondée l'action qui avait comme seul objet l'exécution des contrats de travail »¹⁷². Selon la jurisprudence, le salarié pouvait refuser la modification apportée mais les conséquences de ce refus variaient selon la nature de la modification. En cas de modification d'un élément non substantiel « le salarié qui refuse de s'incliner prend la responsabilité d'une rupture qui lui est imputable »¹⁷³. Plus intéressant, en cas de modification substantielle du contrat la

¹⁶⁹ Cass. civ. 21 nov. 1911, *Compagnie Générale Transatlantique* : DP 1913, 1, p. 249, note L. Sarrut ; S. 1912, 1, p. 73, note C. Lyon-Caen.

¹⁷⁰ D'un point de vue législatif le Code du travail n'offre aucune définition claire de la notion : il ne cite explicitement la subordination juridique qu'en matière de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié (C. trav. art. L. 8221-6).

¹⁷¹ Voir note n° 127.

¹⁷² Cass. soc., 26 janvier 1978 : *Bull. civ. V*, n° 69, p. 50.

¹⁷³ G. H. Camerlynck, *Droit du travail – Le contrat de travail*, 2^e éd. 1982, Dalloz : l'employeur peut soit procéder à un licenciement qui bénéficiera automatiquement d'une cause réelle et sérieuse, soit considérer que le salarié a démissionné (v. not. Cass. soc., 21 juin 1978 : *Bull. civ. V*, n° 374).

rupture était imputable à l'employeur, mais pas nécessairement jugée sans cause réelle et sérieuse. A titre d'exemple la Cour de cassation rappelait en 1975 que « l'employeur (...) ayant (...) la faculté de rompre unilatéralement les contrats de travail, il ne comme[t] pas en principe de faute en le faisant ni en y apportant des modifications même importantes et susceptibles d'équivaloir à leur rupture si elles n'étaient pas acceptées »¹⁷⁴.

54. **Nouvelle dynamique.** Les lois de 1973 et 1975 qui sont venues encadrer le licenciement ont offert des critères de distinction entre ce dernier et la modification du contrat de travail. Elles ont permis l'engagement d'une réflexion sur le bien-fondé de la position de la Cour de cassation¹⁷⁵, même si la jurisprudence ne permettait initialement qu'un contrôle limité du motif du licenciement¹⁷⁶. Préalablement, le principe d'intangibilité contractuelle était mis de côté pour favoriser le « droit de modification unilatérale présenté comme lié nécessairement au droit de résiliation unilatérale »¹⁷⁷. L'employeur auquel le salarié oppose un refus de la modification de son contrat de travail, qu'elle soit substantielle ou pas, avait toujours la possibilité de rompre le contrat. Au final la distinction entre les modifications substantielles ou pas n'avait que peu d'intérêt pratique. L'introduction d'une exigence de justification du licenciement a permis d'initier un premier contrôle quant à la justification de la rupture, et par voie de conséquence, de la modification. Ce n'est cependant qu'à la fin des années 1980 que la chambre sociale opéra un revirement de jurisprudence.
55. **Première étape du revirement.** Dans le célèbre arrêt *Raquin et Trappiez*¹⁷⁸ la Cour de cassation a définitivement¹⁷⁹ fait évoluer sa position : d'une part, la poursuite du travail par le salarié n'équivaut pas à son acceptation à la modification du contrat et d'autre part, l'employeur doit avoir l'initiative de la rupture. C'est-à-dire que l'employeur ne peut

¹⁷⁴ Cass. soc., 22 janvier 1975 : *Bull. civ. V*, n°25, p. 23. V. également Cass. soc., 12 janv. 1978 : *Bull. civ. V*, n°37, p. 26, qui indique que « si la modification unilatérale du contrat de travail entraîne la rupture, il n'en découle pas nécessairement que celle-ci n'ait pas eu de cause réelle et sérieuse ».

¹⁷⁵ V. G. Couturier, « Les techniques civilistes et le droit du travail - Chronique d'humeur sur quelques idées reçues », *D.* 1975, p. 222.

¹⁷⁶ V. not. Cass. soc., 18 déc. 1984 : *Bull. civ. V*, n°506, p. 376.

¹⁷⁷ G. Couturier, *Droit du travail - 1/ Les relations individuelles de travail*, 3^e éd. 1996, PUF, n°218, p. 387.

¹⁷⁸ V. note n° 127.

¹⁷⁹ V. not. l'arrêt rendu la veille Cass. soc., 7 oct. 1987, n°85-40.006 dont l'attendu indique que « la renonciation à un droit ne se résume pas et doit être claire et non équivoque ; [...] le seul fait, de la part de M. Z..., d'avoir travaillé pendant plusieurs années sans percevoir en son intégralité la rémunération convenue n'emportait renonciation, ni au paiement des sommes restant dues, ni au maintien des conditions de rémunération prévues par le contrat de travail ».

imposer la modification du contrat à son salarié qui la refuse : il doit poursuivre l'exécution aux conditions initialement fixées ou provoquer le licenciement du salarié¹⁸⁰. La force obligatoire du contrat de travail est réaffirmée, ce qui est confirmé par le visa de l'arrêt : l'article 1134 ancien du Code civil. En pratique l'arrêt *Raquin et Trappiez* a eu des conséquences importantes pour les salariés. La domination économique souvent présente au sein de la relation professionnelle peut en effet mener à des situations où les salariés préfèrent ne pas contester la modification de leur contrat de travail immédiatement pour ne pas perdre leur emploi. Dans la décision *Raquin et Trappiez* les salariés avaient subi une modification à la baisse de leur rémunération mais avaient pourtant continué à travailler pendant dix ans avec leurs nouvelles conditions salariales. Autre preuve de l'impact de cette jurisprudence : le législateur a introduit en 1993¹⁸¹, grâce à un amendement¹⁸² du projet de loi lors du passage du texte devant le Sénat, un contournement de la jurisprudence *Raquin et Trappiez* pour les modifications du contrat pour motif économique¹⁸³. Dans ce domaine le législateur prévoit expressément un délai de réponse qui s'impose au salarié au terme duquel la modification proposée est réputée avoir été acceptée.

56. **Seconde étape en faveur du contrat de travail.** Seconde étape de l'affirmation du contrat de travail : une série d'arrêts qui ont été rendus en 1996, incluant l'arrêt *Le Berre*¹⁸⁴. Il s'agit d'une étape majeure puisque des doutes subsistaient sur la portée du pouvoir unilatéral de l'employeur. Désormais, il est affirmé clairement que tout ce qui relève du contrat de travail échappe au pouvoir de direction de l'employeur en ce qu'il ne peut être modifié de façon unilatérale. Cette affirmation passe par une précision terminologique utile. En effet, dans l'arrêt *Raquin et Trappiez*, la distinction est encore effectuée en vertu de modifications substantielles ou non du contrat : en présence d'une telle modification l'accord du salarié est exigé. Avec l'arrêt *Le Berre* la distinction paraît plus juste : d'une part l'employeur peut *modifier le contrat de travail*, d'autre part il peut simplement *changer les conditions de travail*. L'intérêt de l'opposition entre modification du contrat et changement des conditions de travail est reflété dans la terminologie utilisée. En présence

¹⁸⁰ V. not. Cass. soc., 26 juin 2001 : *Bull. civ.* V, n°229, p. 182.

¹⁸¹ Loi n°93-1313 du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.

¹⁸² Amendement soutenu par le MEDEF.

¹⁸³ C. trav. art. L. 1222-6.

¹⁸⁴ Cass. soc., 10 juillet 1996, *Le Berre c. Société Socorem* : *Bull. civ.* V, n° 278, p. 196 ; *RJS* 8-9/96, n°900.

d'un « contrat » il y a « modification ». A l'inverse en présence de « conditions de travail » il y a simple « changement ». La force obligatoire du contrat apparaît réaffirmée en droit du travail face au pouvoir de l'employeur. En théorie, ne sont donc pas pris en compte des facteurs complémentaires comme l'importance de l'amendement en cause ou son impact pour le salarié. Un changement d'appréciation prend place : d'une conception subjective le juge passe en principe à une conception objective. Seule compte la nature de l'objet de l'amendement : contractuelle ou pas.

57. **Travail de définition.** La prévalence donnée à la théorie contractuelle, a progressivement déplacé le débat vers le contenu même du contrat. Si le contrat est un obstacle au pouvoir de l'employeur il importe nécessairement de déterminer quels éléments relèvent du domaine contractuel et doivent donc faire l'objet d'une négociation et quels autres éléments sont laissés « à la merci » de la volonté unilatérale de l'employeur. Ce travail de définition du champ contractuel met alors en lumière les imperfections du régime actuel de la modification du contrat de travail.

II : La construction imparfaite de l'effet correcteur de la modification du contrat de travail

58. **Distinction jurisprudentielle.** La révolution introduite par l'arrêt *Le Berre* place donc la question de la définition du contrat de travail au cœur des enjeux liés à sa modification. Dans l'intérêt des parties, il apparaît alors nécessaire de proposer une délimitation du champ d'application de la correction contractuelle négociée la plus claire possible. En l'absence de définition précise du contrat de travail par la loi, il est revenu à la jurisprudence de distinguer entre le champ contractuel et le champ des conditions de travail (A). Cependant, la cartographie réalisée par à-coups manque parfois de précision et s'avère être source d'insécurité juridique (B).

A : La tentative de définition des éléments contractuels de la relation professionnelle

59. **Définition par opposition.** La définition des éléments contractuels de la relation professionnelle se fait en réalité *a contrario*, par opposition avec le champ d'expression du pouvoir de l'employeur (1). La doctrine a pu être tentée de proposer une systématisation

de la distinction entre les éléments contractuels et les conditions de travail sous l'intitulé de « socle contractuel »¹⁸⁵ (2).

1 : La sphère d'expression du pouvoir de l'employeur

60. **Une construction favorable à la correction négociée.** Tout en reconnaissant une sphère d'expression au pouvoir de l'employeur la nouvelle terminologie encadre strictement son champ d'action. Elle offre ainsi une nouvelle analyse des rapports de pouvoir au sein de la relation professionnelle. Le contrat de travail est clairement désigné comme une barrière protectrice pour le salarié, partie qui subit le pouvoir de l'autre partie. Le Professeur Lyon-Caen a ainsi pu parler « d'aire de résistance du salarié »¹⁸⁶. Le choix d'une opposition entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail par la jurisprudence semble ancrer la correction du contrat de travail souhaitée par les parties dans la neutralité, hors de la sphère d'influence du pouvoir de l'employeur. La logique des rapports de travail est sortie profondément modifiée du changement terminologique amené par la Cour de cassation. Désormais toute modification, même celle dont l'impact est quasi nul pour le salarié¹⁸⁷, devra nécessiter son accord. Le contrat de travail constitue un sanctuaire dans lequel le pouvoir de l'employeur n'a pas d'influence directe. S'il veut changer un élément de la relation contractuelle il sera obligé de négocier avec le salarié et obtenir son accord exprès à la correction envisagée.
61. **Détournement de la contractualisation.** Cette nouvelle conception du contrat a eu en pratique des effets importants. Les employeurs ont pu avoir tendance à limiter le recours à l'écrit pour tenter d'échapper à la contractualisation de certains éléments. L'exemple du contentieux en matière de rémunération variable liée à la réalisation de certains objectifs illustre ces difficultés. Employeurs et salariés s'accordent souvent pour convenir chaque année de nouveaux objectifs auxquels est lié le versement d'une rémunération variable.

¹⁸⁵ Expression de Philippe Waquet (v. not. son article « Variations sur le thème de la modification du contrat de travail », *Dr. ouvr.*, 2007, p. 175).

¹⁸⁶ A. Lyon-Caen, « Actualité de la modification », *Dr. ouvr.* 1996, p. 87.

¹⁸⁷ V. par ex. Cass., soc., 5 mai 2010, n°07-45.409 : *JSS*, n° 280, 30 juin 2010, où les juges d'appel avaient considéré qu'un changement dans la ventilation de la rémunération « constituait indiscutablement une modification unilatérale [...] illicite en ce qu'elle ne pouvait intervenir sans son accord » mais que le « manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles n'était pas suffisamment grave pour autoriser l'intéressé à rompre brutalement son contrat de travail ».

Dans cette situation lorsque l'employeur ne satisfait plus à l'exigence de contractualisation des objectifs annuels il pourra être sanctionné et le salarié pourra obtenir le paiement de la rémunération variable en question selon le montant fixé par le juge¹⁸⁸. La jurisprudence est encore plus stricte lorsque l'employeur fixe unilatéralement les objectifs : en l'absence d'information du salarié, l'employeur pourra être condamné au paiement intégral de la rémunération variable¹⁸⁹. A l'inverse, les employeurs sont parfois tentés de retourner la force contraignante du contrat de travail à leur profit. Le contentieux important qui entoure les clauses de variation démontre ainsi l'importance de l'objet contractuel au sein des relations professionnelles¹⁹⁰.

2 : Le recours à la notion de « socle contractuel »

62. **Socle contractuel.** Face à la nouvelle distinction, il est donc revenu à la Cour de cassation de dessiner les frontières de ce que le Doyen Waquet appelle le « socle contractuel »¹⁹¹. Le Professeur Véricel fait aussi référence à l'existence d'une « figure légale du contrat de travail »¹⁹². En effet, pour l'application du régime de la modification du contrat de travail encore faut-il connaître quels éléments sont contractuels. Le Doyen Waquet présentait ce socle comme constitué par les différents éléments listés par la directive communautaire de 1991¹⁹³, en l'absence de précisions par le droit français. D'autres auteurs ont cependant pu relever que la directive n'avait pas cette portée car elle ne fait que prescrire aux Etats membres d'imposer une information du salarié concernant les principaux éléments de la relation de travail¹⁹⁴. Au final, la définition du socle contractuel relève du travail du juge.

¹⁸⁸ Cass. soc., 4 juill. 2007, n° 05-42.616 - 19 nov. 2014, n° 13-22.686.

¹⁸⁹ V. not. Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-17.921. En revanche, lorsque l'employeur ne fait qu'omettre de réviser ultérieurement les objectifs du salarié et qu'une contestation sur leur montant s'élève, il reviendra aux juges du fond de déterminer le montant de la rémunération à verser « en fonction des critères visés [à son] contrat et des accords conclus les années précédentes et, à défaut, des données de la cause » (Cass. soc., 12 mars 2014 : *Bull. civ.* V, n°76).

¹⁹⁰ V. § n°89 et s.

¹⁹¹ Ph. Waquet, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* 12/96, p.798.

¹⁹² M. Véricel, « Une clause du contrat de travail peut-elle autoriser l'employeur à procéder unilatéralement à un passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour », *RDT* 2019, p.495.

¹⁹³ Directive 91/533/CEE du Conseil du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, depuis remplacée par la directive 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne.

¹⁹⁴ G. Auzero, E. Dockès et D. Baugard, *Droit du travail*, 34^e édition 2020, Dalloz, n°220, p. 283.

63. **Le salaire.** La rémunération du salarié fait partie des éléments qui sont protégés du pouvoir de l'employeur. En effet, le salaire est, pour reprendre une notion désormais obsolète¹⁹⁵ mais évocatrice, la *cause* de l'obligation du salarié de fournir du travail. La moindre modification du salaire est ainsi considérée comme une modification du contrat de travail¹⁹⁶. De façon assez surprenante, même une modification avantageuse pour le salarié nécessite son accord. Dans une affaire où la modification portait sur le plafonnement annuel de primes la Cour d'appel d'Aix en Provence avait retenu que la prise d'acte du salarié produisait les effets d'une démission car « en fin de compte, [le salarié] était assuré d'une rémunération qui, partie fixe et partie variable cumulées, était supérieure à l'ancienne ». La Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond en rappelant que « le mode de rémunération contractuel d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord, peu important que le nouveau mode soit plus avantageux »¹⁹⁷. Si la solution peut paraître absurde, il est possible d'envisager la situation d'un salarié qui risquerait de perdre le bénéfice de certaines aides sociales en raison de la hausse de son salaire. Si ces aides étaient plus importantes que l'augmentation salariale en cause, il pourrait souhaiter la refuser. Outre la question du contrat, l'enjeu repose finalement souvent sur la définition des éléments qui composent le salaire. Le retrait d'avantages en nature relève de la modification du contrat¹⁹⁸. En revanche, la perte d'une prime de panier non prévue au contrat en raison d'un changement d'horaires de travail du salarié ne relève pas du régime de la modification¹⁹⁹. L'employeur garde cependant le contrôle pour les éléments de rémunération issus d'une source non incorporée au contrat de travail. Ainsi, pour la prime prévue par engagement unilatéral, la seule décision de l'employeur suffit à modifier ou supprimer l'élément salarial en question²⁰⁰.
64. **Le travail.** Deuxième élément du socle contractuel : le travail, entendu comme la prestation de travail. L'employeur a une obligation de fourniture de travail au salarié²⁰¹. Ce travail doit correspondre aux tâches telles qu'elles ont été contractuellement définies :

¹⁹⁵ Depuis la réforme du droit commun des contrats portée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁹⁶ Cass. soc., 19 mai 1998 : *Bull. civ. V*, n° 265, p. 202.

¹⁹⁷ Cass. soc., 5 mai 2010 : *Bull. civ. V*, n° 102, p. 117.

¹⁹⁸ Cass. soc., 23 nov. 2011, n° 09-73.029.

¹⁹⁹ Cass. soc., 9 avr. 2015, n° 13-27.624.

²⁰⁰ Cass. soc., 13 févr. 1996 : *Bull. civ. V*, n° 53, p. 37.

²⁰¹ Cass. soc., 4 févr. 2015, n° 13-25.627 : *Dr. ouvr.* 2015, p. 334, note F. Canut.

« embauché pour effectuer un travail, le salarié peut exiger de s'en tenir au travail qui a été contractuellement défini comme le sien »²⁰². Même en cas de silence ou d'imprécision du contrat, la jurisprudence considère que sont des éléments contractuels la qualification du travail et les responsabilités qui en découlent. Ainsi, le salarié embauché comme « ripeur »²⁰³ peut refuser les tâches de chauffeur que son employeur tente de lui imposer, tâches que la société avait par ailleurs refusé d'inclure dans le contrat de travail lors de l'embauche²⁰⁴. Le retrait de certaines fonctions ou responsabilité est également de nature à constituer une modification du contrat de travail²⁰⁵. En revanche, la modification des tâches du salarié lorsque ces dernières sont proches de celles qui étaient habituellement réalisées relève du pouvoir de direction de l'employeur²⁰⁶. *Idem* concernant la modification de l'intensité de la tâche²⁰⁷.

65. **La durée du travail.** Le temps de travail constitue également l'un des éléments du socle contractuel. Deux aspects doivent être distingués : l'horaire de travail et la durée du travail. Sur ce dernier élément la Cour de cassation rappelle souvent que « la durée du travail, telle que mentionnée au contrat de travail, constitue, en principe, un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié »²⁰⁸. Il est cependant nécessaire de préciser deux exceptions. Concernant la réduction de la durée du travail, lorsqu'elle emporte des conséquences en matière de rémunération, elle est en principe considérée comme une modification contractuelle²⁰⁹. Première exception, le mécanisme de l'activité partielle

²⁰² Ph. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 05/99, p.383.

²⁰³ Selon la présentation du poste effectuée par la société Manpower, le ripeur « est chargé de la collecte des déchets sur la voie publique, et de leur transport jusqu'à un centre de tri, d'enfouissement, d'incinération ou de compactage ».

²⁰⁴ Cass. soc. 26 mai 1998, n° 96-40.617, *Sté SOGEA* : « la cour d'appel a constaté qu'à l'embauche la société Sogéa avait refusé d'inclure dans le contrat de travail de M. X. les tâches de chauffeur et qu'il n'avait été engagé qu'en la seule qualité de ripeur pour laquelle il était rémunéré; qu'elle a pu, dès lors, décider qu'en voulant imposer à M. X. en 1992 d'exercer les tâches de chauffeur, son employeur entendait lui imposer une modification de son contrat de travail qu'il était en droit de refuser ».

²⁰⁵ V. par ex. pour un salarié qui « s'était vu retirer notamment toute responsabilité au niveau de la planification et de l'organisation des ressources humaines et matérielles, [et] avait cessé d'avoir les fonctions d'encadrement qu'il assurait depuis de nombreuses années [...] » (Cass. soc., 6 avril 2011, n°09-66.818 : *D.* 2011, p. 1145, obs. L. Perrin ; *ibid.* 2012, p. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc.* 2011, p. 803, note H. Kobina Gaba).

²⁰⁶ Une ouvrière agricole antérieurement en charge de la cueillette de citrons doit effectuer l'engainage des bananes si son employeur le lui demande : Cass. soc., 10 mai 1999 : *Bull. civ.* V, n°199, p. 145.

²⁰⁷ En l'absence de répercussion de la modification de la cadence de travail sur la rémunération ou le temps de travail des salariées, cette modification constitue un simple changement des conditions de travail des salariés (Cass. soc., 20 oct. 2010 : *Dr. soc.* 2011, p. 333, note M. Miné).

²⁰⁸ Cass. soc., 20 octobre 1998, *Bonimond* : *Bull. civ.* V n° 433, p. 325, *RJS* 12/98, n° 1445.

²⁰⁹ Cass. soc., 8 juill. 2015, n° 14-12.305 et 8 juin 2017, n° 16-16.019.

repousse le régime de la modification du contrat de travail en présence d'une réduction de la durée du travail et du salaire, au nom d'un objectif de protection de l'emploi²¹⁰. Deuxièmement, concernant l'augmentation de la durée du travail, la jurisprudence reconnaît à l'employeur la possibilité d'ordonner à ses salariés d'effectuer des heures supplémentaires²¹¹, sous certaines limites et réserves²¹².

66. **Répartition du temps de travail.** La répartition du temps de travail, c'est-à-dire les horaires, est en général laissée dans la sphère du pouvoir de l'employeur, à l'inverse de la solution retenue en matière de durée du travail²¹³ (parfois même lorsqu'elle est susceptible d'avoir un effet indirect sur la rémunération du salarié²¹⁴). La pause déjeuner non contractualisée peut ainsi être supprimée par l'employeur²¹⁵. La modification des horaires de travail d'un salarié peut éventuellement constituer une modification de son contrat de travail et nécessiter son accord lorsqu'elle bouleverse l'équilibre contractuel. La répartition du temps de travail réintègre ainsi le champ contractuel et échappe au pouvoir de l'employeur dans des cas variés comme le changement d'horaires fixes en horaires variables²¹⁶. Logiquement, le retrait du repos dominical n'est également pas un simple changement des conditions de travail²¹⁷, *idem* pour le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit (même partiel)²¹⁸. La rédaction de la clause peut également entraîner la contractualisation des horaires²¹⁹.
67. **Le lieu de travail ?** Enfin, la question du lieu de travail est souvent évoquée lorsqu'il est fait référence aux éléments du socle contractuel. La mention du lieu de travail au contrat n'a qu'une valeur informative, sauf à ce qu'elle soit stipulée de manière claire et précise,

²¹⁰ V. § 457 et s.

²¹¹ Cass. soc., 20 mars 1961 : *Bull. civ.* V, n° 377 ; *Dr. soc.* 1961, p. 424, note J. Savatier.

²¹² Dès lors que l'exigence devient systématique la Cour de cassation fait rentrer dans le champ contractuel la modification des heures de travail du salarié (Cass. soc., 16 mai 1991, n°89-44.485 : *Dr. soc.* 1994, p. 863, obs. J. Mouly).

²¹³ Cass. soc., 2 févr. 1999, n° 96-42.831.

²¹⁴ Salariée dont l'horaire de travail de nuit avait été reculé d'une heure alors que seules les heures de travail effectuées avant 5h du matin bénéficiaient d'un taux de majoration de 30% ce qui avait automatiquement entraîné une réduction de son salaire (Cass. soc., 30 mai 2012, n°11-10.087 : *Dr. ouvr.* 2012, p. 659, note T. Durand).

²¹⁵ Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 98-42.177.

²¹⁶ Cass. soc., 14 nov. 2000 : *Bull. civ.* V, n°365.

²¹⁷ Cass. soc., 2 mars 2011 : *Bull. civ.* V, n° 56, p. 63.

²¹⁸ Cass. soc., 7 avril 2004 : *Bull. civ.* V, n°107, p. 95.

²¹⁹ Cass. soc., 1er juill. 2001, n° 99-42.770.

équivalent alors à une clause de sédentarité²²⁰, la jurisprudence reconnaît néanmoins la nature contractuelle du « secteur géographique »²²¹. Cette notion jurisprudentielle, caractérisée par l'aire géographique en dehors de laquelle l'employeur ne peut user de son pouvoir de direction pour modifier le lieu de travail du salarié²²², a fait l'objet de nombreux débats quant à ses contours²²³.

68. **Accessibilité.** Dans l'appréciation des juges de la Cour suprême, trois éléments objectifs permettent de dessiner les contours du secteur géographique : durée du trajet, distance et moyens de transport. Le secteur géographique sera amené à varier selon le salarié en cause. Ainsi, la Cour de cassation a pu retenir un unique secteur géographique pour une distance de quarante kilomètres traversant deux départements mais reliée par une autoroute²²⁴. Même chose quand les deux lieux de travail sont séparés d'une distance de près de soixante-dix kilomètres mais sont situés dans un même département et même bassin d'emploi²²⁵. En revanche, dans une décision de 2004, elle refusait de considérer la région parisienne comme un seul et unique secteur géographique notamment en raison des différences en termes de moyens de transport entre l'ancien et le nouveau lieu de travail²²⁶. Ce critère de la desserte en transport est déterminant dans l'analyse que doivent mener les juges du fond. Si, dans la décision de 2013, la Cour de cassation n'y fait pas référence il est néanmoins possible de vérifier que les deux villes entre lesquelles a eu lieu la mobilité sont reliées par des voies d'autoroute d'accès facile. Dans une affaire plus récente, la Cour de cassation s'appuyait d'ailleurs sur l'obligation de passer par une route sur laquelle la circulation était difficile en hiver (altitude) pour considérer que deux lieux de travail distants de 30 km ne pouvaient être considérés comme appartenant au même secteur géographique²²⁷.

²²⁰ V. § n°98.

²²¹ Cass. soc., 16 déc. 1998 : *Bull. civ.* V, n° 558, p. 417 ; *Dr. soc.* 1999, p. 566, étude Ph. Waquet, *RJS* 2/99, n° 157.

²²² Cass. soc., 4 janv. 2000, n° 97-45.647 : *RJS* 2000, n° 152 - 13 avr. 2005 : *Bull. civ.* V, n° 137 ; *D.* 2005, p. 1978, note C. Lefranc-Harmoniaux ; *Dr. soc.* 2005, p. 819, obs. J. Savatier.

²²³ V. not. Y. Pagnerre, « Le secteur géographique : la fin d'un mystère ? », *RDT* 2017, p. 181 ; F. Canut, « Le secteur géographique », *Dr. soc.* 2011, p. 923.

²²⁴ Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-23.762.

²²⁵ Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-15.461.

²²⁶ Cass. soc., 15 juin 2004, n° 01-44.707. Mais la Cour de cassation a retenu une solution inverse concernant la région parisienne en prenant cette fois en considération la durée supplémentaire de voyage du salarié, la distance entre les deux sites et les moyens de transport en jeu : Cass. soc., 7 juillet 2016, n° 15-15.342.

²²⁷ Cass. soc., 12 juin 2014, n° 13-15.139.

69. **Flexibilité du secteur géographique.** La Cour de cassation réintègre cependant une dose de subjectivité à son analyse lorsqu'elle prend en compte les fonctions du salarié pour déterminer son aire de mobilité. La nature de l'emploi exercé peut impliquer « une certaine disponibilité géographique »²²⁸. Cette extension exceptionnelle du pouvoir de direction de l'employeur face au secteur géographique contractuel a ensuite été affinée²²⁹. Dans un arrêt de 2010, la Cour de cassation a même retenu la possibilité de sortir occasionnellement du secteur géographique pour des salariés sans fonctions nécessitant une mobilité²³⁰. Dans cette décision elle a également précisé les conditions de cette flexibilité supplémentaire :
- durée limitée (le déplacement doit être occasionnel),
 - déplacement dans l'intérêt de l'entreprise (justification de la mission),
 - délai de prévenance raisonnable,
 - et existence de circonstances exceptionnelles.
70. **Neutralité des relations professionnelles.** Le lieu de travail, pourtant cité par le Doyen Waquet comme relevant des éléments du socle contractuel²³¹, traduit donc une possibilité d'intrusion du pouvoir de l'employeur au cœur du contrat de travail. Il s'agit d'une véritable brèche dans le « mur » que représente le contrat de travail et qui a pour objectif de forcer les parties, souvent l'employeur, à négocier la correction du contrat plutôt que d'agir de façon unilatérale. La considération du contrat de travail comme source de neutralité face au pouvoir reconnu à l'employeur peut amener à souhaiter un régime de la modification consensuelle défini avec le plus de précision possible.

B : Une tentative de définition du régime de la modification du contrat de travail

71. **Exigences formelles.** L'absence de certitude concernant la nature d'une révision contractuelle peut avoir des effets dramatiques pour les parties (1). Il pourrait être envisagé d'introduire des exigences formelles en lien avec la modification du contrat : cela

²²⁸ Cass. soc., 4 janv. 2000 : *Bull. civ.* V, n°4, p. 3.

²²⁹ Cass. soc., 22 janv. 2003 : *Bull. civ.* V, n° 15, p. 15 ; *Dr. soc.* 2003, p. 433, obs. J. Savatier ; *D.* 2003, p. 1659, obs. M.-C. Escande-Varniol.

²³⁰ Cass. soc., 3 févr. 2010 : *Bull. civ.* V, n° 31, p.35; *Dr. soc.* 2010, p. 470, obs. Ch. Radé.

²³¹ Ph. Waquet, « Variations sur le thème de la modification du contrat de travail », *Dr. ouvr.* 2007, p. 175.

permettrait d'assurer la preuve de l'effectivité de la correction provoquée, tout en garantissant le respect du droit au refus du salarié (2).

1 : L'impossible exhaustivité de la définition du champ contractuel

72. **Nécessaire sécurité juridique.** La définition de ce qui relève de la modification du contrat de travail et de ce qui relève du pouvoir de direction de l'employeur constitue l'un des grands enjeux du droit du travail. En effet, les conséquences attachées à l'entrée dans le champ de la modification peuvent s'avérer considérables : le salarié peut s'opposer à la décision de l'employeur et, à l'inverse, l'employeur peut imposer sa volonté au salarié en ce qui concerne le changement des conditions de travail. Toute l'inégalité des rapports professionnels s'exprime dans le régime de la modification contractuelle, tout ce qui fait la spécificité du droit du travail. L'exigence de sécurité juridique est particulièrement prégnante dans ce domaine. Le salarié incapable de certitude sur sa capacité à refuser une proposition de changement de sa relation professionnelle pourrait être lésé, notamment dans l'hypothèse où ce changement affecte également sa vie privée. *A contrario* l'employeur a besoin de connaître la portée de son champ d'intervention pour pouvoir construire une politique de gestion efficace. La menace financière associée à son traitement de ce qu'il pensait être un refus au simple changement des conditions de travail peut également peser lourdement sur ses épaules, notamment dans les cas de modifications collectives des contrats de travail. La décision du 3 novembre 2011 est à cet égard particulièrement intéressante : si jusqu'alors la variation d'horaires sur la journée consistait en un changement des conditions de travail, les juges de la chambre sociale retiennent que l'atteinte excessive au droit au respect de sa vie personnelle et familiale ou au droit au repos peut éventuellement permettre de retenir une modification du contrat de travail²³². Pour les employeurs qui, en raison de leur activité, sont amenés à modifier régulièrement les emplois du temps de leurs salariés, les conséquences financières d'une telle décision pourraient être élevées.

²³² Cass. soc., 3 nov. 2011 : *Bull. civ.* V, n°246 ; *D.* 2012, p. 67, note Lokiec ; *Dr. soc.* 2012, p. 147, note Dockès ; *RDT* 2012, p. 31, obs. Tournaux.

73. **Définition exhaustive non souhaitable.** Dès lors, la construction de ce régime et le critère de la distinction doivent permettre aux parties au contrat de travail une certaine prévisibilité dans ce domaine. La définition définitive des éléments contractuels ne paraît cependant pas souhaitable vu la diversité des situations. La directive relative aux conditions de travail transparentes et prévisibles²³³, qui remplace la directive de 1991 relative à l'obligation d'information de l'employeur vis-à-vis du salarié de ses conditions de travail, rappelle qu'une telle exhaustivité n'est pas envisageable. Les États membres doivent veiller « à ce que les employeurs soient tenus d'informer les travailleurs des éléments essentiels de la relation de travail »²³⁴, éléments qui sont listés. La liste n'est cependant pas complète. Il est en effet précisé que « Les informations [...] comprennent au moins les éléments suivants ». Si une tentative d'exhaustivité des éléments contractuels ne paraît en effet pas souhaitable, un effort supplémentaire de précision pourrait prendre la forme d'un formalisme accru.

2 : La possible introduction d'une exigence formelle

74. **Origines du formalisme en cas de modification économique.** Déjà prévu en matière de modification du contrat de travail pour motif économique, l'encadrement formel du régime général de la modification du contrat de travail pourrait être une piste à explorer. L'objectif serait de garantir un meilleur niveau de précision et, ce faisant, une plus grande sécurité juridique du régime. Il est ainsi utile de rappeler que la procédure déjà prévue en matière de modification pour un motif économique est issue de la loi n°93-1313 du 20 décembre 1993²³⁵ dont l'objectif était d'assurer la preuve du respect du consensualisme dans un contexte de difficultés économiques. Le rapport fait au nom de la commission des affaires sociales²³⁶ à la suite du dépôt du projet de loi précisait ainsi qu'« il paraît souhaitable que le salarié fasse connaître sa position par écrit, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation indiquant que celui-ci doit donner son consentement à la modification par une

²³³ Directive (UE) 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne.

²³⁴ *Ibid.* art. 4.

²³⁵ Loi n°93-1313 du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.

²³⁶ Rapport n°57 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi quinquennale, relatif au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, par MM. Louis Souvet et Jean Madelain, déposé le 27 octobre 1993.

acceptation expresse ». Les auteurs de ce rapport rappelaient en effet que, dans un contexte de difficultés économiques, la modification du contrat de travail du salarié, notamment de la rémunération, était souvent présentée par les employeurs comme une manière d'éviter les licenciements. Il apparaissait nécessaire aux rédacteurs du projet d'article L. 321-1-2²³⁷ de prévoir une procédure particulière permettant de prouver l'acceptation du salarié. La formulation du délai de réflexion initialement laissé qui doit être de « quinze jours [...], afin de ne pas paralyser l'élaboration du plan social »²³⁸ confirme cette analyse. L'important était donc de garantir la fluidité de la gestion de l'entreprise par l'employeur.

75. **Extension opportune.** L'extension d'une procédure similaire au régime général de la modification du contrat de travail pour motif personnel apparaît opportune. D'une part, la procédure initialement limitée au contexte de difficultés économiques a déjà vu reconnue son extension à d'autres situations. En effet, la loi ne fait plus uniquement référence aux situations pouvant donner lieu à des licenciements économiques comme le démontre son positionnement au sein du Code du travail. Actuellement l'article L. 1222-6 du Code du travail se situe au sein d'un chapitre centré sur l'exécution et la modification du contrat de travail, alors que le législateur de 1993 l'avait inséré dans le chapitre relatif aux licenciements économiques. D'autre part, l'opportunité d'une telle extension apparaît face au contentieux autour du caractère raisonnable du délai de réflexion du salarié à la suite d'une proposition de modification du contrat de travail pour motif personnel par l'employeur²³⁹. La jurisprudence a en effet recours à la notion de bonne foi pour rappeler que peut constituer un manquement à cette obligation le fait de demander à une salariée « de signer un contrat modifiant la durée de travail et la rémunération, sans lui donner un délai de réflexion qui lui permette d'évaluer la portée de la modification proposée et de décider en connaissance de cause »²⁴⁰.
76. **Bénéfices.** L'insertion dans la loi d'un délai de réflexion minimum en cas de modification contractuelle pourrait alors être prévue. L'intangibilité du contrat de travail serait ainsi

²³⁷ Ancienne numérotation : désormais il s'agit de l'article L. 1222-6 du Code du travail.

²³⁸ Ce délai a, dans le cadre des travaux parlementaires qui ont suivi, été augmenté jusqu'à un mois.

²³⁹ V. par ex. Cass. soc., 21 juillet 1986, *SA Terrailon c/ Jacquier* : *Bull. civ.* V n° 393, p. 301. L'arrêt fait référence à une « précipitation fautive de l'employeur ». V. également CA Paris, 26 mars 2008, n° 06-10210, 22e ch. A, *Legrand c/ SA Lescot* : *RJS* 7/08, n° 757. L'arrêt fait référence à une « mise en œuvre déloyale et précipitée ».

²⁴⁰ Cass. soc., 28 mars 2001, n° 99-41.703.

réaffirmée au bénéfice des deux parties : d'un côté le salarié bénéficierait d'un délai de réflexion assuré et d'une information précise concernant son droit au refus de la modification, de l'autre côté les employeurs obtiendraient une preuve de l'éventuelle acceptation du salarié. Par ailleurs, sur le modèle du régime de la modification pour motif économique, le recours à une procédure de notification pourrait être prévu. Pour des questions de preuve et assurer la bonne connaissance du salarié quant à la modification proposée il apparaît nécessaire de prévoir une notification par lettre recommandée avec accusé de réception ou remise en main propre contre décharge.

77. **Délai réduit.** Contrairement à ce qui est prévu en matière de modification pour motif économique, il n'apparaît pas nécessaire de prévoir un délai réduit dans certaines situations urgentes. L'ordonnance du 12 mars 2014²⁴¹ a inséré à l'article L. 1222-6 du Code du travail un délai de réflexion de quinze jours dans les cas spécifique où l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. Les cas où l'urgence de la situation justifie un délai raccourci sont donc limités aux situations où la survie de l'entreprise est en jeu. Dès lors, en dehors du domaine économique, il n'apparaît pas de situations où un niveau d'urgence pourrait permettre une telle réduction du délai de réflexion. La contrepartie à ce formalisme protecteur pour le salarié serait qu'en cas d'absence de réponse dans le délai imposé, la modification serait réputée acceptée. Face au danger que pourrait représenter ce délai couperet pour le salarié, l'employeur devrait être tenu de souligner au sein du courrier de notification les conséquences de l'absence de réponse en temps et en heure.
78. **Proposition ancienne.** L'administration avait d'ailleurs dès 1993 publié une recommandation prévoyant un formalisme pour encadrer la modification de salaire. Elle proposait de notifier la décision par écrit au salarié pour éviter les contestations ultérieures et de laisser un délai de réflexion de 15 jours²⁴². Le délai d'un mois imposé par l'article L. 1222-6 du Code du travail paraît cependant plus juste vu les potentielles conséquences pour le salarié de la modification contractuelle. A partir de ces considérations il pourrait être envisageable d'insérer une section 3 au sein du chapitre II sur l'exécution et la modification

²⁴¹ Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

²⁴² Inst. DRT du 30 juillet 1993, n° I, 2 : *BOMT* n° 93-20, p. 150.

du contrat de travail intitulée « Autres cas de modification du contrat de travail » comportant un article L. 1222-7 rédigé ainsi :

« Lorsque l'employeur envisage la modification du contrat de travail hors des cas prévus à l'article L. 1222-6, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception ou par remise en main propre contre décharge.

La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un délai d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus.

La lettre de notification informe également le salarié qu'à défaut de réponse dans le délai prévu, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée. »

79. **Cartographie imparfaite.** La construction du régime de la modification du contrat de travail a été progressive, affirmant une distinction fondamentale entre les éléments qui relèvent du champ d'application de l'intangibilité contractuelle et ceux qui entrent dans la sphère d'expression du pouvoir de l'employeur. Cette construction se présente comme une cartographie, encore imparfaite, du champ d'application du mécanisme correcteur de la modification du contrat de travail. L'étude de certaines solutions retenues par la jurisprudence et le législateur dans l'application d'une telle correction pousse à un constat plus alarmant : certains de ces choix sont de nature à sérieusement remettre en cause l'équilibre entre unilatéralisme et consensualisme en droit du travail, voire à faire douter du maintien du principe d'intangibilité pour le contrat de travail.

Section II : Le recul de l'intangibilité du contrat de travail

80. **Malléabilité du champ contractuel.** Le contrat de travail, depuis la fin des années 1980, peut représenter une forme de sanctuaire face à l'unilatéralisme du pouvoir de direction de l'employeur. Une lecture plus fine de la jurisprudence sociale permet cependant d'affirmer que la frontière du périmètre de l'intangibilité contractuelle est parfois malléable (I). Outre cette flexibilité accrue permise par le juge, le législateur a également œuvré pour un recul de l'intangibilité contractuelle par la mise en œuvre d'une unification des différentes procédures de modification du contrat de travail (II).

I : La flexibilité du champ contractuel, talon d'Achille de la correction négociée du contrat de travail

81. **Reflux.** Le droit de la modification du contrat de travail constitue un compromis entre des exigences de droit commun (intangibilité du contrat) et le particularisme de la relation professionnelle (pouvoir reconnu à l'employeur)²⁴³. L'objectif de la distinction théorique proposée par le juge est ainsi la construction d'un équilibre, à travers l'encadrement de la zone d'expression de ce pouvoir. La recherche d'une objectivité à toute épreuve devrait donc guider la démarche jurisprudentielle. Pourtant, la cohérence actuelle du régime mérite d'être questionnée. Ces interrogations trouvent leur origine dans une forme de flexibilité de l'appréciation portée sur certaines notions en lien avec le champ contractuel. D'une part, c'est la définition elle-même du champ contractuel qui peut varier selon l'appréciation de ce qui relève ou non des conditions de travail du salarié (A). D'autre part, la jurisprudence a, pour certaines clauses du contrat de travail, une lecture favorable à l'unilatéralisme (B).

A : La définition élastique des conditions de travail

82. **Conditions de travail et pouvoir.** Au cœur de l'appréciation du champ contractuel repose la question de la définition des frontières du contrat de travail. En dehors du champ contractuel les parties retombent dans le domaine des conditions de travail, conditions sur lesquelles l'employeur peut exercer son pouvoir de direction pour les faire varier. Relève du champ des conditions de travail la décision de muter un service (entraînant donc la mutation des salariés qui le composent) au sein d'un autre service de l'entreprise²⁴⁴, le changement de bureau du salarié²⁴⁵ ou même la décision de supprimer les missions du salarié relatives à l'élaboration du budget en lien avec une réorganisation alors que ce dernier bénéficiait toujours de l'essentiel de ses attributions, de sa qualification et de sa rémunération²⁴⁶. Dans l'ensemble de ces situations, un accord des volontés des parties

²⁴³ Un auteur indique qu'il repose plutôt sur des « contradictions créatrices » (v. G. Duchange, « La modification unilatérale du contrat de travail par l'employeur », *AJ contrat* 2020, p. 265).

²⁴⁴ Cass. soc., 10 octobre 2000, *V. c/ Sté Selectimo* : *Bull. civ.* V n° 316, p. 236 ; *RJS* 12/00, n° 1221.

²⁴⁵ Cass. soc., 17 févr. 1999, n° 96-44.851, *M. c/ Sté Garage de la Butte Rouge*.

²⁴⁶ Cass. soc., 24 janvier 2007, n° 05-42.980, *P. c/ Sté Visteon Systèmes Intérieurs France*.

n'est pas nécessaire. Par l'exclusion de l'objet contractuel, le recours à la correction négociée du contrat de travail est elle aussi écartée.

83. **Arbitrage juridique.** En théorie donc, la distinction est simple et ses conséquences logiques. Pourtant, la limite entre conditions de travail et éléments contractuels fait, année après année, l'objet d'un contentieux important. Ces nombreux litiges démontrent l'intérêt porté en pratique par les salariés sur la variation de leurs conditions de travail. S'il est vrai que la décision de changer un salarié de bureau semble évidemment relever du domaine des conditions de travail, il paraît moins logique de considérer que le retrait des attributions budgétaires ne relève pas du champ contractuel. Pour Monsieur Grégoire Duchange notamment, le régime de la modification du contrat de travail constitue « un pur artifice » jurisprudentiel²⁴⁷. Il est vrai que ce que le juge dénomme « conditions de travail » peuvent constituer pour le salarié des éléments déterminants du déroulement de sa relation professionnelle. A l'inverse, l'employeur prônera certainement un champ d'application le plus large possible pour son pouvoir de direction dans l'objectif de contrôler au maximum la vie socio-économique de son entreprise. Face à ce type de conflit il revient au juge de trancher et déterminer les limites du champ d'application des conditions de travail, donc déterminer les éléments de la relation de travail qui peuvent être soumis au pouvoir de l'employeur. Or, l'analyse de la jurisprudence montre que le champ d'application des conditions de travail a tendance à être privilégié. Les juges ont pu faire preuve d'une certaine flexibilité dans leur appréciation de la distinction entre les conditions de travail et la modification du contrat, en faveur des premières. Cette faveur se traduit de différentes façons : le développement d'un haut niveau de sanction en cas de refus du changement des conditions de travail par le salarié, et la reconnaissance de la notion de conditions de travail dans des cas pourtant proches du domaine contractuel.
84. **Conditions de travail et sanction.** Pour la première solution, la faveur à la notion de conditions de travail résulte du risque qui pèse sur les épaules du salarié en cas de refus de sa part d'un tel changement : il pourra être licencié sur le terrain disciplinaire, éventuellement pour faute grave, sauf justification légitime²⁴⁸. Malgré une décision de

²⁴⁷ G. Duchange, « Accord de performance collective : conséquences sur le contrat de travail », *BJT* 2021, n° 5, p. 61.

²⁴⁸ V. pour des décisions récentes : Cass., AP, 23 oct. 2015 : *Bull. civ.* AP, n° 6, p. 19 ; *D.* 2015, p. 2185 ; *ibid.* 2016, p. 144, chron. P. Flores, S. Mariette, E. Wurtz et N. Sabotier ; *Dr. soc.* 2016, p. 9, chron. S. Tournaux ;

2005 qui a infléchi la jurisprudence par le retrait de l'automatisme du terrain disciplinaire²⁴⁹ et des arrêts postérieurs confortant cette position²⁵⁰, la jurisprudence plus récente de la Cour de cassation favorise une sanction élevée pour le salarié qui pourrait le dissuader de refuser ce qu'il considère en réalité relever de la modification de son contrat. L'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation de 2015 et ses reproductions ultérieures²⁵¹ sont de nature à encourager les employeurs à retenir le licenciement pour faute grave en cas de refus d'un changement des conditions de travail. Si la note explicative publiée sur le site de la Cour de cassation²⁵² indique une continuité de la jurisprudence en citant des solutions antérieures, les conséquences pratiques de l'arrêt pourraient en réalité remettre « au goût du jour une solution que l'on croyait dépassée, celle de l'arrêt *Le Berre* »²⁵³. Le Professeur Mouly souligne également que « l'empressement avec lequel la Cour de cassation, dans sa formation la plus solennelle, a reconnu l'existence d'une [...] faute [grave] enlève beaucoup de sa portée à la jurisprudence de 2005, en réactivant au contraire celle de 1996, inaugurée par l'arrêt *Le Berre* [...] »²⁵⁴.

85. **Impasse.** Des auteurs ont pu rappeler à juste titre que ce se sont les circonstances du comportement fautif du salarié qui permettent d'éventuellement retenir une faute grave²⁵⁵, notamment en lien avec des refus successifs du salarié. Il est vrai que la Cour de cassation approuve la qualification de faute grave dans des situations où le salarié persiste avec son comportement fautif. La réitération de la faute est de nature à aggraver celle-ci jusqu'à une

ibid. p. 27, étude J. Mouly ; *JCP G* 2015, 1352, note F. Favennec-Héry et Cass. soc., 12 janv. 2016 : *Bull. civ.* V, n° 5, p. 5 ; *D.* 2016, p. 261 ; *Dr. soc.* 2016, p. 650, étude S. Tournaux ; *JCP S* 2016, 1107, note F. Dumont.
²⁴⁹ Cass. soc., 25 févr. 2005 : *Bull. civ.* V, n° 64, p. 56 ; *D.* 2005, p. 1678, note H. K. Gaba ; *Dr. soc.* 2005, p. 634, note P. Bouaziz et I. Goulet.

²⁵⁰ V. not. Cass. soc., 23 janvier 2008, *Garcia c/ Sté distribution Casino France* : *Bull. civ.* V, n° 19, p. 20 ; *RJS* 4/08, n° 371 - Cass. soc., 1 juillet 2009, n° 08-41.740, *Latrille c/ SARL Sécurifrance services* - Cass. soc., 16 septembre 2009, n° 08-42.885, *Lamgafer c/ Sté Ferssa sécurité* - Cass. soc., 5 mai 2010, n° 08-44.593, *Chaouch c/ Delaere*.

²⁵¹ V. note n°248.

²⁵² Disponible sur :

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/statut_collectif_travail_23.10.15_3_2858.html, consultée le 1^{er} juin 2018.

²⁵³ G. Auzero, F. Canut, Le juge et la modification du contrat de travail, *Dr. soc.* 2017, p. 11.

²⁵⁴ J. Mouly, Vers une résurrection de la jurisprudence *Le Berre* ? (À propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 23 octobre 2015), *Dr. soc.* 2016, p.27.

²⁵⁵ V. Dumont, « Violation d'une clause de mobilité et faute grave », *JCP S* 2016, 1107 ; F. Favennec-Héry, « Interprétation des conventions collectives de travail : l'incertitude », *JCP G* 2015, 1352 ; S. Tournaux, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », *Dr. soc.* 2016, p. 650.

telle qualification²⁵⁶. La rédaction de l'arrêt souligne effectivement la persistance « d'une attitude d'obstruction consistant à se présenter [...] sur leur ancien lieu de travail », en l'absence de tout autre élément d'aggravation du comportement fautif. Or, dans le cas d'un changement des conditions de travail, cette réitération du refus n'est que la confirmation du refus initial, le maintien par le salarié de sa décision de ne pas accepter la révision de ses conditions de travail. La solution ne peut donc que favoriser le choix de la faute grave : le salarié se trouve dans une impasse puisqu'il a le choix entre accepter le changement des conditions de travail pour éviter de persister dans son refus, et donc finalement accepter le changement, ou refuser à nouveau et risquer la faute grave. Seule l'éventuelle « justification légitime »²⁵⁷ pourrait écarter cette qualification. Dès lors, si l'arrêt de 2015 s'inscrivait réellement dans la continuité de la jurisprudence antérieure, le simple refus (refus continu certes, mais il s'agit toujours du même refus !) de se plier au changement des conditions de travail ne devrait pas entraîner la qualification de faute grave. Il y a donc bien une forme de « résurrection »²⁵⁸ de la solution jurisprudentielle de 1996. La solution a été reprise par la chambre sociale en 2016, confirmant « une évolution par rapport à l'ancienne jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation »²⁵⁹. En pratique, face au risque de se voir opposer une situation de simple changement des conditions de travail et aux conséquences négatives associées à la faute grave²⁶⁰, il est probable que le salarié accepte la décision de l'employeur plutôt que de se placer sur le terrain de la modification d'un élément contractuel pour refuser. En particulier, le cas d'un changement des conditions de travail par mise en œuvre d'une clause de mobilité illustre le déséquilibre de cette solution. L'employeur qui licencie le salarié en raison du refus du salarié de sa mobilité peut lui imposer d'exécuter son préavis dans son nouveau lieu de travail, sans avoir besoin de justifier d'une impossibilité de maintenir le salarié sur l'ancien lieu²⁶¹. Lorsque le salarié refuse d'exécuter son préavis aux nouvelles conditions il pourra être

²⁵⁶ V. pour une décision récente Cass. soc., 11 sept. 2019, n°18-19.522 : la faute grave a pu être retenue en raison du « caractère volontaire et persistant de la dissimulation à l'employeur de l'existence d'un trop-perçu de rémunération ».

²⁵⁷ Not. l'atteinte aux droits et libertés du salarié.

²⁵⁸ J. Mouly, « Vers une résurrection de la jurisprudence Le Berre ? (À propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 23 octobre 2015) », *Dr. soc.* 2016, p.27.

²⁵⁹ *RJS* 3/16, n°163.

²⁶⁰ Privation de l'indemnité de licenciement (C. trav. art. L. 1234-9), privation de l'indemnité de préavis (C. trav. art. L. 1234-1).

²⁶¹ Cass. soc., 31 mars 2016 : *Bull. civ.* V, n°62, p. 67 ; *D.* 2016, p. 790 ; *Dr. soc.* 2016, p. 572, obs. J. Mouly ; *ibid.* p. 650, étude S. Tournaux.

privé du droit au paiement de l'indemnité compensatrice de préavis et de celle de congés payés y afférente²⁶².

86. **Opportunisme jurisprudentiel.** La jurisprudence a également tendance à faire preuve de souplesse dans son appréciation des conditions de travail. Comme le souligne le Professeur Radé « il n'existe pas de conception unique et clairement définie sur laquelle on puisse compter ; bien au contraire, la qualification d'élément "contractuel" fluctue au gré des affaires et des intérêts en présence. [...] On le voit, la délimitation des éléments du contrat de travail ne s'effectue pas abstraitement mais d'une manière très opportuniste »²⁶³. Cette lecture finaliste du champ contractuel trouve une illustration en matière d'astreintes. Si la mise en place des astreintes relève de la modification du contrat de travail lorsqu'elle prend sa source dans un engagement unilatéral de l'employeur²⁶⁴, elle est jugée comme simple changement des conditions de travail lorsqu'elle résulte de dispositions conventionnelles²⁶⁵. Etrangement, le retrait des astreintes ne relève pas de la même logique : que l'astreinte soit prévue par accord collectif²⁶⁶ ou pas²⁶⁷, la modification contractuelle ne pourra être retenue que si l'astreinte a un caractère systématique²⁶⁸ ou si elle ne constitue pas une sujétion liée à la fonction du salarié²⁶⁹. Le recours à des considérations d'opportunité pourrait expliquer la différence de traitement constatée. Concernant sa mise en place, le juge conserve une position classique, en accord avec la règle selon laquelle l'accord collectif ne modifie pas le contrat²⁷⁰. En revanche, concernant le retrait des astreintes, les critères retenus permettent une plus grande flexibilité. Si le premier critère n'a pas une influence décisive puisque « rares, voire introuvables, devraient être des astreintes non fonctionnelles »²⁷¹, le caractère systématique réintroduit une dose de subjectivité. Systématique ne veut pas forcément dire régulier puisque « la régularité ne

²⁶² V. par ex. Cass. soc., 25 nov. 1997 : *Bull. civ. V*, n°396 ; *D.* 1998, p. 398, note C. Puigelier ; *Dr. soc.* 1998, p. 82, obs. F. Favennec-Héry ; *ibid.* 1999, p. 566, étude Ph. Waquet.

²⁶³ Ch. Radé, « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001, p. 802.

²⁶⁴ Cass. soc., 31 mai 2000, n° 98-42.102 : *RJS* 2000, n° 956.

²⁶⁵ Cass. soc., 13 févr. 2002, n° 00-40.387 : *RJS* 2002, n° 570.

²⁶⁶ Cass. soc., 13 juillet 2010 : *Bull. civ. V*, n° 173.

²⁶⁷ Cass., soc., 15 déc. 2004 : *Bull. civ. V*, n° 334 ; *JSL* 2005, n° 160, p. 9.

²⁶⁸ Cass. soc., 19 juin 2008 : *Bull. civ. V*, n° 136 ; *JCP S* 2009, 1067, note B. Bossu.

²⁶⁹ Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 08-44.092 : *JCP S* 2010, 1365, note M. Morand ; *RDT* 2010, p. 712, note M. Castronovo.

²⁷⁰ V. note n°762.

²⁷¹ M. Morand, « Il y a astreinte et astreinte ! », *JCP S* 2010, 1365.

signifie pas automatiquement le caractère systématique »²⁷². Quant à son lien avec une forme de contractualisation de la rémunération perçue, il n'est pas forcément plus évident. Dans la décision du 19 juin 2008 la Cour de cassation retient effectivement que « la perte de primes d'astreinte régulièrement perçues depuis neuf ans [...] constituait une modification [du] contrat de travail »²⁷³. Pourtant, dans la décision de 2013, la salariée invoquait une modification contractuelle au titre de « la suppression par l'employeur de ses astreintes entraînant une suppression de leur rémunération »²⁷⁴. Malgré le versement de primes d'astreintes sur quatre années, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir rejeté sa demande car « l'astreinte est une sujétion liée à la fonction d'infirmière et que celle-ci n'y est pas systématiquement soumise en application des dispositions conventionnelles applicables ». Difficile alors de voir dans la notion de « systématique » retenue par les juges suprêmes autre chose qu'un critère empreint de subjectivité²⁷⁵.

87. **Absence d'étanchéité des catégories.** Il semble donc que le constat du Professeur Pélissier, dans un article particulièrement critique de la distinction modification du contrat / changement des conditions de travail, relatif à l'impossibilité de produire des catégories étanches garde toute sa pertinence : « tout droit ou obligation du salarié peut, selon les circonstances, être considéré comme un élément du contrat ou comme une simple condition de travail »²⁷⁶. L'analyse jurisprudentielle de la distinction conditions de travail / élément contractuel, loin de garantir une objectivité à toute épreuve, semble effectivement souvent reposer sur une appréciation subjective²⁷⁷. L'exemple des aménagements autorisés

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ Cass. soc., 19 juin 2008 : *Bull. civ.* V, n° 136 ; *JCP S* 2009, 1067, note B. Bossu.

²⁷⁴ Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 08-44.092 : *JCP S* 2010, 1365, note M. Morand ; *RDT* 2010, p. 712, note M. Castronovo.

²⁷⁵ Même si un auteur a pu proposer une lecture du caractère systématique reposant sur un bouleversement de l'organisation du temps de travail du salarié (v. M. Morand, « Il y a astreinte et astreinte ! », *JCP S* 2010, 1365).

²⁷⁶ J. Pélissier, « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat - La sanction du droit*, 2001, PUF, p. 101 et s. et « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS* 1/04, p. 3. *Contra* : A. Lyon-Caen, « Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail », in *Analyse juridique et valeurs en droit social : études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p.357 : l'auteur considère que si le mouvement jurisprudentiel tend globalement à l'objectivation du contrat, ses soubassements sont plus variés que la théorie doctrinale construite sur la distinction modification contractuelle et changement des conditions de travail ne veut bien le reconnaître.

²⁷⁷ En ce sens v. également M.-C. Escande-Varniol, « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires et de lieu de travail », *Dr. soc.* 2002, p. 1064 ; F. Favennec-Héry, « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », *RJS* 6/03, p. 459 ; A. Mazeaud, « Modification du contrat, changement des conditions du contrat et vie personnelle », *Dr. soc.* 2004, p. 77.

concernant la rémunération (qui est pourtant souvent considérée comme l'élément contractuel par excellence) par la Cour de cassation est, à cet égard, particulièrement intéressant. Le Professeur Péliissier faisait notamment référence à une jurisprudence critiquée²⁷⁸ qui considère que le passage à l'activité partielle décidé par l'employeur ne relève pas de la modification du contrat de travail²⁷⁹. Est clairement démontrée une faveur pour la primauté du pouvoir unilatéral de l'employeur qui empêche la correction négociée du contrat de travail.

88. **Eventuel instrument au profit de l'employeur.** La jurisprudence peut donc procéder à une analyse souple du champ contractuel. Mais le contrat lui-même peut constituer l'instrument de cette souplesse, souvent au profit de l'employeur. La mise en œuvre des clauses de variation relève en effet de la « modification du contrat, plus précisément, une modification de l'élément du rapport de travail qui constitue l'objet de la prérogative contractuelle de révision »²⁸⁰.

B : L'appréciation prétorienne de certaines clauses du contrat de travail

89. **Clauses de variation et informatives.** L'employeur peut également tenter de placer un « cheval de Troie » au sein du contrat. Comme Ulysse et ses compagnons il peut, dès la conclusion du contrat, tenter d'introduire par le biais d'une stipulation spécifique son pouvoir de direction au cœur de la « place forte » que constitue le domaine contractuel. En effet, si les clauses de variation sont des éléments contractuels et, à ce titre, ont force obligatoire, elles constituent une porte d'entrée qui permet à l'employeur de faire varier d'autres éléments qui relèvent normalement du champ contractuel (1). Par ailleurs, la jurisprudence est venue limiter la force obligatoire de certaines clauses du contrat de travail, dites « informatives ». Alors même qu'elles font partie de l'*instrumentum* du contrat, la chambre sociale de la Cour de cassation refuse de leur reconnaître une valeur

²⁷⁸ P. Lokiec, « Le chômage partiel : pour une autre approche », *Dr. soc.*, 2009, p.393.

²⁷⁹ Cass. soc., 10 oct. 1995 : *Bull. civ. V*, n°268 - 18 juin 1996 : *Bull. civ. V*, n°252 - 9 mars 1999 : *Bull. civ. V*, n°103 et 2 févr. 1999 : *Bull. civ. V*, n°47. V. également §455 et s.

²⁸⁰ L.-K. Gratton, *Les clauses de variation du contrat de travail*, thèse, préf. P. Rodière, 2011, Dalloz, n°195, p. 99.

contractuelle. Une telle solution peut dans certains cas relever d'une réduction du champ contractuel (2).

1 : L'appréciation des clauses de variation

90. **Cheval de Troie.** Il est possible de prévoir, *via* une stipulation contractuelle, une évolution du rapport d'emploi. Il s'agit du recours aux clauses dites « de variation ». Ces clauses, véritables outils d'aménagement de l'intangibilité contractuelle pour l'employeur, résultent le plus souvent de la volonté de l'employeur de se ménager une marge de manœuvre pour la mise en œuvre de son pouvoir de direction. Elles peuvent concerner différents éléments du socle contractuel : rémunération, durée du travail, etc. Cependant, en raison de leur capacité à potentiellement élargir le champ d'application du pouvoir de l'employeur, elles ont fait, et continuent de faire, l'objet d'un contrôle jurisprudentiel poussé. Représentant une forme de potestativité au sein du contrat de travail²⁸¹, elles sont en principe interdites : la clause qui prévoit la possibilité de modification unilatérale par l'employeur de l'ensemble des éléments de la relation contractuelle est nulle car contraire aux dispositions de 1134 alinéa 2 ancien du Code civil²⁸². Une telle clause relève donc de l'atteinte au corollaire du principe de force obligatoire des contrats. Cependant des clauses de variation spécifiques à certains domaines du contrat peuvent être admises sous conditions, facilitant ainsi le détournement de la correction négociée du contrat.
91. **Principale exception.** Le lieu de travail qui constitue un élément souvent important, parfois décisif de la relation professionnelle, représente la principale exception à l'interdiction de prévoir des stipulations contractuelles permettant une modification unilatérale du contrat²⁸³. Par le biais d'une clause de mobilité, qui est une stipulation contractuelle qui prévoit, voire qui organise sa modification, cette dernière est permise de façon anticipée. Ce type de clause intègre le lieu de travail dans la sphère d'expression du

²⁸¹ V. la thèse de C. Lefer, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, dir. J.-M. Olivier, 2016, Université Panthéon-Assas, n°135 et s., p. 128 et s.

²⁸² Cass. soc., 27 févr. 2001, n°99-40.219. V. également Cass. soc., 14 nov. 2018, n° 17-11.757 : publié au *Bulletin* ; *JCP S* 2018, 1417, note M. Caressa.

²⁸³ C. Lefer, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, thèse, dir. J.-M. Olivier, 2016, Université Panthéon-Assas, n°144 et s. p. 136 et s.

pouvoir de direction de l'employeur²⁸⁴ et constitue un facteur de flexibilité de la traditionnelle intangibilité contractuelle.

92. **Conditions de validité.** La clause de mobilité représente une réduction de la portée du mécanisme correcteur de la modification contractuelle puisque les juges considèrent qu'elle n'entraîne en principe pas de modification du contrat de travail²⁸⁵. Cependant, la Cour de cassation a organisé le régime de ces clauses en introduisant des exigences spécifiques au début des années 2000²⁸⁶. A travers ces conditions, elle a tenté de dresser quelques barrières à l'introduction du pouvoir de l'employeur au cœur du sanctuaire que représente normalement le contrat de travail pour les salariés. Jusqu'alors la chambre sociale ne semblait pas reconnaître l'existence de conditions de validité particulières pour ces clauses²⁸⁷, hors le contrôle classique de proportionnalité vis-à-vis des droits et libertés du salarié²⁸⁸. Par un arrêt du 7 juin 2006, la chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé que les clauses de mobilité géographique étaient soumises à une double condition de précision et d'intangibilité pour leur validité²⁸⁹. La rédaction de la clause doit être suffisamment précise : la clause de mobilité doit « définir de façon précise sa zone géographique d'application »²⁹⁰, sous peine de nullité²⁹¹. Elle sera alors inopposable au salarié qui retrouve son droit de refuser une mutation (sous la réserve d'une mutation au sein du même secteur géographique qui relève, elle, simplement des conditions de travail²⁹²). Par ailleurs la clause ne doit pas « conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre

²⁸⁴ E. Dockès, J. Péliissier, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd. 2008, Dalloz, p. 277.

²⁸⁵ Cass. soc., 11 juillet 2001 : *Bull. civ.* V 2001, n° 265, p. 213.

²⁸⁶ Première évolution jurisprudentielle avec l'arrêt Cass. soc., 19 mai 2004, n° 01-44.964 : *SSL* 2004, n° 1171, p. 12 : nullité de la clause de variation de secteur géographique pour un VRP, « le secteur étant une condition d'application du statut des VRP, sa détermination dans le contrat constitue un élément nécessaire que l'employeur ne peut valablement se réserver de modifier unilatéralement ». Pour une étude complète v. E. Jeansen, Y. Pagnerre, part. Ph. Rozec et dir. B. Teyssié, *Guide des clauses du contrat de travail*, 2^e éd. 2017, LexisNexis.

²⁸⁷ V. par ex. Cass. soc., 14 oct. 1982 : *Bull. civ.* V, n°554.

²⁸⁸ V. par ex. Cass. soc., 12 janv. 1999 : *Bull. civ.* V, n°7 (nullité de la clause de mobilité géographique portant atteinte à la liberté du salarié de choisir son domicile).

²⁸⁹ Cass. soc., 7 juin 2006, *Graas c. Association Aliance* : *Bull. civ.* V, n°209 ; *RDT* 2006, p. 313, obs. Pelissier ; *Dr. soc.* 2006, p. 926, obs. F. Favennec-Héry ; *D.* 2006, p. 3041, note M. C. Escande-Varniol ; *JCP S* 2006, 1917, obs. B. Bossu.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ Cass. soc., 19 mai 2004, n° 02-43.252.

²⁹² V. supra § n° 67 à 69.

unilatéralement la portée »²⁹³. A l'inverse, en présence d'une stipulation qui respecte les exigences jurisprudentielles, le refus du salarié lors de la mise en œuvre de la clause est fautif²⁹⁴.

93. **Mise en œuvre de bonne foi.** Une deuxième série d'exigences est relative aux modalités de mise en œuvre de la clause. Ces exigences sont liées à l'application du principe de bonne foi dans les relations entre les parties : la clause de mobilité doit être mise en œuvre de bonne foi²⁹⁵ et conformément à ce principe l'employeur doit respecter un délai raisonnable de prévenance²⁹⁶. Ainsi, le délai de sept jours pour rejoindre un lieu distant de cent quatre-vingt kilomètres de l'ancien lieu de travail est insuffisant²⁹⁷. La violation de ces exigences par l'employeur ne rend pourtant pas la clause inopposable au salarié, ce qui permettrait de considérer un retour dans le champ d'application du régime de la modification du contrat de travail. En pratique cependant, les conséquences provoquées sont identiques. En effet, très souvent face à un refus de mobilité l'employeur opte pour la voie du licenciement du salarié. En cas de violation des exigences de bonne foi le licenciement sera alors jugé sans cause réelle et sérieuse et le salarié pourra obtenir une indemnisation sur ce fondement²⁹⁸ ; sanction identique à celle qui aurait été prononcée en cas de nullité de la clause²⁹⁹.
94. **Méthodologie de contrôle de l'unilatéralisme au sein du contrat.** Les solutions appliquées en matière de clause de mobilité ont été étendues aux autres clauses de variation. Il est ainsi possible de parler d'une véritable méthodologie de contrôle de l'unilatéralisme au sein du contrat. Le premier niveau d'exigence reprend celles prévues aux articles 1163 et 1304-2 du Code civil : la prestation de l'obligation « doit être possible et déterminée ou déterminable » et l'obligation doit être fondée sur des éléments objectifs, indépendants de la volonté de l'employeur³⁰⁰. Le périmètre d'application de la clause « doit être défini par

²⁹³ Cass. soc., 7 juin 2006, *Graas c. Association Aliance* : *Bull. civ.* V, n°209 ; *RDT* 2006, p. 313, obs. Pelissier ; *Dr. soc.* 2006, p. 926, obs. F. Favennec-Héry ; *D.* 2006, p. 3041, note M. C. Escande-Varniol ; *JCP S* 2006, 1917, obs. B. Bossu.

²⁹⁴ Cass. soc., 10 décembre 2014, n°13-23.790.

²⁹⁵ Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-43.071.

²⁹⁶ Cass. soc., 16 févr. 1987 : *Bull. civ.* V 1987, n° 83.

²⁹⁷ Cass. soc., 25 janv. 2011, n° 09-42.307.

²⁹⁸ Cass. soc., 18 septembre 2002 : *Bull. civ.* V, n°273, p. 263 ; *RJS* 12/02, n° 352.

²⁹⁹ V. not. Cass. soc., 7 juin 2006, *Graas c. Association Aliance* : *Bull. civ.* V, n°209 ; *RDT* 2006, p. 313, obs. Pelissier ; *Dr. soc.* 2006, p. 926, obs. F. Favennec-Héry ; *D.* 2006, p. 3041, note M. C. Escande-Varniol ; *JCP S* 2006, 1917, obs. B. Bossu.

³⁰⁰ C. Lefer, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, thèse, dir. J.-M. Olivier, 2016, Université Panthéon-Assas, n°145 et s. p. 137 et s.

le contrat de sorte que l'étendue de l'engagement du salarié soit rendue déterminable et que l'employeur ne puisse être autorisé à exercer son pouvoir de révision au-delà de ces limites »³⁰¹. Il est par exemple possible de citer le cas des clauses de variations d'horaires dans les contrats de travail à temps partiel : l'ampleur de la variation doit être prévue dès la conclusion du contrat³⁰². L'interdiction de la potestativité est également affirmée en ce qui concerne les clauses de variation de la rémunération³⁰³. Un second niveau d'exigence requiert que l'employeur ne manque pas à ses obligations dans la mise en œuvre des clauses de variations : respect du principe de bonne foi³⁰⁴, des droits et libertés du salarié³⁰⁵, etc.

2 : L'appréciation des clauses dites « informatives »

95. **Nature informative.** Outre la réduction du périmètre du « négociable » par l'introduction du pouvoir de l'employeur au cœur du contrat de travail, la flexibilité jurisprudentielle peut également retirer toute force obligatoire à un élément pourtant inscrit au sein de l'*instrumentum* du contrat. La reconnaissance de clauses contractuelles ayant une nature purement informative entraîne logiquement une réduction du champ contractuel à la faveur des conditions de travail. Notamment, le lieu de travail peut ne pas être contractualisé malgré sa mention explicite au contrat³⁰⁶.
96. **Application dans d'autres branches du droit.** Le développement de ces clauses n'est d'ailleurs pas propre au droit du travail. Il est ainsi possible de relever le développement de clauses informatives dans d'autres branches du droit. En droit administratif, le Conseil d'Etat a pu se prononcer en faveur de la valeur purement indicative d'une clause de révision des tarifs dans un contrat de concession³⁰⁷. En droit civil également le juge reconnaît parfois une valeur purement informative à certaines clauses. Notamment, en matière

³⁰¹ L.-K. Gratton, *Les clauses de variation du contrat de travail*, thèse, préf. P. Rodière, 2011, Dalloz, n°511, p. 247.

³⁰² C. trav. art. L. 3123-14, v. également Cass. soc., 7 juill. 1998 : *Bull. civ.* V, n°373 ; *D.* 1999, Somm. 185, obs. I. Desbarats.

³⁰³ Cass. soc., 2 juill. 2002, *Saucier c. Fidal* : *Bull. civ.* V, n°229 ; *D.* 2003, Somm. 391, obs. V. Wauquier ; *Dr. soc.* 2002, p. 998, obs. Ch. Radé.

³⁰⁴ Pour une clause de variation de la rémunération : Cass. soc., 9 mai 2019, n°17-27.448 : *Dr. soc.* 2019, p. 641, note. Ch. Radé.

³⁰⁵ Pour une clause de variation d'horaires, v. Cass. soc., 17 nov. 2004 : *Dr. soc.* 2005, p. 227, obs. Ch. Radé.

³⁰⁶ Cass. soc., 3 juin 2003 : *Bull. civ.* V, n°185 - Cass. soc., 2 avr. 2014, n°13-11.922.

³⁰⁷ CE, 22 mars 1967, *Dame Laborie*, n° 68017 : *Lebon* 719 ; *AJDA* 1967, p. 540, obs. Dufau.

immobilière, la clause qui permet à l'assemblée générale des copropriétaires par une décision à la majorité d'autoriser la division d'un lot est jugée comme de nature informative seulement³⁰⁸. *Idem* pour la clause de « remplissage » insérée dans le contrat conclu entre une clinique et un médecin (clause qui confie une exclusivité au médecin pour sa spécialité sous réserve de l'atteinte d'un certain taux d'occupation des lits de la clinique)³⁰⁹.

97. **Imprévisibilité.** Comme le relève le Professeur Pélissier, la spécificité des clauses informatives en droit du travail tient à l'imprévisibilité qui les entoure. La limite entre ce qui relève du champ contractuel, qui est incorporé au contrat de travail, et ce qui n'a que valeur informative est parfois trouble. La jurisprudence procède par « voie d'affirmation »³¹⁰ : rendant difficile toute tentative de discernement d'une cohérence entre les différentes décisions. Par exemple, la Cour de cassation a pu affirmer en 1992 que la référence contractuelle à un avantage de type treizième mois, prévu par usage dans l'entreprise, avait force contraignante pour les parties, même après la dénonciation de l'usage³¹¹. A l'inverse il est possible de citer la jurisprudence de 2004 qui considère que la clause qui fait référence à un engagement unilatéral de l'employeur offrant un treizième mois au salarié ne constitue qu'une clause informative et que l'avantage en question n'est donc pas contractualisé³¹². Une différence de formulation plus ou moins contraignante ne peut justifier cette évolution jurisprudentielle puisque, dans l'arrêt de 2004, une stipulation précisait bien que les parties « s'engageaient à respecter les stipulations du règlement intérieur sans aucune restriction », règlement intérieur au sein duquel était prévue la prime de treizième mois. Il s'agit plutôt, comme le souligne le Professeur Véricel, d'une nouvelle orientation de la jurisprudence « excluant du domaine contractuel certains types de clauses qui auraient par nature un caractère purement informatif, même si le salarié apporte la preuve qu'en l'espèce ladite clause constituait bien un élément déterminant de son contrat »³¹³.

³⁰⁸ Cass. 3^e civ., 4 févr. 1987 : *D.* 1987, p. 541.

³⁰⁹ Cette clause n'est « pas constitutive d'une quelconque obligation, de moyen ou de résultat, mais qu'elle avait pour objet de tirer les conséquences d'une situation de fait » et « qu'ainsi, cette clause [est] dépourvue de toute contrainte à l'égard des contractants » (Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1991, n°89-19.688).

³¹⁰ J. Pélissier, « La détermination des éléments du contrat de travail », *Dr. ouvr.* 2005, p. 92.

³¹¹ Cass. soc., 22 janvier 1992 : *Bull. civ.* V, n° 24.

³¹² Cass. soc., 10 mars 2004 : *Dr. soc.* 2004, p. 834, note M. Véricel.

³¹³ M. Véricel, « Effets de la référence du contrat de travail aux dispositions du règlement intérieur », *Dr. soc.* 2004, p.834. *Contra* : Ch. Radé, « Délimitation du champ contractuel », *RDC* 2004, n°3, p. 723.

98. **Information ou contractualisation du lieu de travail ?** Le manque de clarté de la distinction jurisprudentielle entre ce qui relève du contractuel et ce qui n'est qu'informatif est peut-être encore plus visible en matière de lieu de travail. D'après la jurisprudence de la Cour de cassation à ce sujet il est possible de comprendre que la contractualisation résultera de la rédaction de la clause : « la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu »³¹⁴. Pourtant à la lecture des décisions le caractère « clair et précis » connaît lui aussi une appréciation variable. Dans un arrêt où les juges du fond avaient retenu que « le contrat de travail ne comportait aucune disposition relative au lieu d'exécution du travail » mais où, dès son embauche, le salarié bénéficiait d'une autorisation pour réaliser les tâches administratives à son domicile, situé à plus de deux cents kilomètres du siège de l'entreprise, la Cour de cassation a pu retenir que « le fait pour l'employeur de lui imposer de se rendre désormais deux jours par semaine au siège de la société situé à plus de deux cents kilomètres pour exécuter ce travail constituait une modification de son contrat que le salarié était en droit de refuser »³¹⁵. Le lieu de travail du salarié n'était donc certainement pas défini au contrat par une clause « claire et précise » indiquant l'exercice du travail du salarié dans un lieu donné. Pourtant, les juges de la chambre sociale reconnaissent une valeur contractuelle à son autorisation de travailler à son domicile deux jours par semaine. Comme le relève le Professeur Savatier la décision « ignore la distinction entre clauses informatives et clauses contractuelles relatives au lieu de travail »³¹⁶. *A contrario* pour une interprétation stricte de la mention claire et précise du lieu de travail une décision a pu rappeler qu'en présence d'un avenant qui stipule uniquement que la salariée exécuterait « ses fonctions au 1 place des Marseillais, de 15h à 17 h18 et au 147 rue de Paris de 17h30 à 21 h » sans préciser le caractère exclusif de ces lieux de travail n'a pas valeur contractuelle³¹⁷. Mais des formulations très similaires peuvent conduire la Cour de cassation à déduire le caractère exclusif du lieu de travail de certains salariés. Ce fut notamment le cas pour une salariée

³¹⁴ Reconnaissance des clauses dites de « sédentarité » : Cass. soc. 3 juin 2003 : *Bull. civ. V*, n° 185 ; *Dr. soc.* 2003, p. 884, obs. J. Savatier ; *JCP* 2003, II, 10165, note M. Véricel ; L. Leberre et F. Chautard, « Les définitions du lieu de travail », *JCP E* 2003, 1247 ; *D.* 2004, p. 89, note C. Puigelier ; *RDC* 2004, p. 237, obs. J.-P. Chazal, et *Ibid.*, p. 381, obs. C. Radé.

³¹⁵ Cass. soc. 13 avril 2005 : *Bull. civ. V*, n° 137, p. 117, *D.* 2005, p. 1978, note C. Lefranc-Hamoniaux.

³¹⁶ J. Savatier, « Contrat de travail. Lieu du travail. Portée d'une autorisation d'effectuer partiellement le travail au domicile du salarié », *Dr. soc.* 2005, p. 819.

³¹⁷ Cass. soc., 24 octobre 2018, n°17-21.298. V. égal. Cass. soc., 23 juin 2015, n°14-15.210.

dont le contrat précisait simplement : « quartier Piazza - secteur Rosny-sous-Bois 93. Votre activité est exercée dans tous les immeubles ou groupes d'immeubles situés sur le site et secteur précités, l'ensemble constituant votre lieu de travail »³¹⁸. Difficile de retrouver dans cette rédaction l'exigence de la mention du caractère exclusif de ce lieu de travail...

99. **Insécurité juridique.** L'insécurité provoquée par l'absence de critère clair de la distinction entre les éléments contractuels et les clauses purement informatives est fortement critiquable. Les éléments qui sont l'objet des clauses informatives constituent des critères non négligeables pour les salariés qui ont pu, à tout le moins, influencer leur décision de contracter. L'assurance de conserver les avantages financiers listés au contrat de travail n'est pas neutre dans le choix d'un emploi pour les salariés. Même chose en ce qui concerne le lieu de travail. Du côté de l'employeur, l'insécurité peut également être problématique en ce que ce dernier ignore s'il doit verser l'avantage ou encore user de son pouvoir de sanction en cas de refus du salarié du changement du lieu de travail. Avec à la clé un risque financier qui peut être important, que ce soit concernant les rattrapages de salaire à effectuer, ou éventuellement, le coût d'un licenciement injustifié.
100. **Enclaves réduisant le périmètre de la correction négociée du contrat.** Ces clauses constituent donc des enclaves au sein du contrat pour l'expression du pouvoir de l'employeur et à ce titre relèguent le principe consensuel à des hypothèses plus limitées. Cependant, la jurisprudence est intervenue pour limiter partiellement leur portée en les soumettant à des conditions assez strictes. Comme le souligne le Professeur Lokiec, il est possible d'y déceler une « tendance [qui] suivant un phénomène d'unilatéralisme de plus en plus prononcé en droit français est de valider autant que faire se peut ce type de prérogatives, quitte à contrôler de façon étroite la façon dont elles sont mises en œuvre »³¹⁹. Ce mouvement d'objectivation du contrat de travail a pu être rapproché du développement du droit de la consommation et des limites portées aux clauses de modification unilatérale en faveur d'un des contractants³²⁰. La comparaison est particulièrement intéressante à la lumière de la récente réforme du droit des contrats qui a ajouté une définition du contrat d'adhésion en son sein, définition liée à l'application d'un droit commun des clauses

³¹⁸ Cass. soc., 20 janvier 2010, n°08-42.530.

³¹⁹ P. Lokiec, « Le ressort de la clause de mobilité géographique », *Bulletin Joly Travail* 2020, p. 6.

³²⁰ C. Lefer, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, thèse, dir. J.-M. Olivier, 2016, Université Panthéon-Assas, n°143 p. 134.

abusives³²¹. Une autre tendance récente du droit du contrat de travail participe au mouvement de reflux d'une correction négociée de ce contrat. Il s'agit de l'unification progressive des régimes de modification du contrat de travail.

II : L'unification des régimes de modification du contrat de travail, tendance défavorable à la correction négociée du contrat

101. **Equilibre en péril.** Au fil des ans, les constructions législatives en matière de modification du contrat de travail ont entraîné un éparpillement des règles applicables selon les différentes situations en cause (**A**). Cependant, il apparaît que le législateur, à l'occasion des différentes réformes, a fait le choix de réduire le périmètre traditionnel de la modification du contrat de travail. Une forme de correction contractuelle écartant l'intérêt individuel des salariés est ainsi favorisée. L'équilibre théorique proposé depuis la jurisprudence *Le Berre* de 1996, et source de sécurité juridique pour l'ensemble des parties au contrat de travail, se trouve menacé (**B**).

A : Une grande disparité des régimes de modification du contrat de travail

102. **Unification progressive.** Les réformes de notre Code du travail ont entraîné le développement de différentes procédures applicables selon le régime de modification du contrat de travail en cause (**1**). Avec la réforme promue par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective ces régimes ont été fortement unifiés (**2**).

1 : Avant : de nombreux régimes spécifiques de modification du contrat de travail

103. **Spécificités propres au contrat de travail.** La chambre sociale de la Cour de cassation a développé un certain nombre de règles relatives à la modification du contrat de travail en s'appuyant sur le droit commun du contrat. Des « anomalies » apparaissent cependant, dès lors qu'il s'agit de contrôler la volonté du salarié : l'intérêt porté par le droit du travail à

³²¹ V. § n°573.

l'accord du salarié impose le respect de certaines formalités d'information. Outre celle du salarié, l'employeur peut être tenu d'informer l'inspection du travail³²² ou de consulter le comité social et économique³²³. Evidemment, l'information des représentants du personnel ne permet pas à l'employeur de se dispenser d'une information du salarié³²⁴. Cette information doit être complète³²⁵ et un délai de réflexion raisonnable doit être laissé au salarié³²⁶. En revanche aucune condition de forme n'est en principe imposée³²⁷ sauf lorsque cela est prévu au sein d'une convention collective³²⁸. L'accord du salarié est scrupuleusement scruté par les juges : il a déjà pu être reconnu que le seul fait de signer le courrier de l'employeur intitulé « avenant au contrat » en faisant précéder la signature de « reçu en main propre » ne caractérisait pas l'accord du salarié³²⁹. Indépendamment de ce régime de « droit commun » de la modification du contrat de travail le législateur a prévu des régimes « exceptionnels ». Des règles spécifiques en fonction de l'objectif visé par la modification peuvent ainsi se greffer aux principes évoqués ci-dessus.

104. **Modification pour motif disciplinaire.** La modification disciplinaire du contrat de travail est certes une sanction, mais elle reste avant tout une modification du contrat. Constitue par exemple une modification du contrat de travail la sanction disciplinaire qui met en œuvre la mutation du salarié³³⁰ ou sa rétrogradation³³¹. Contrairement aux autres sanctions elle ne peut être imposée au salarié³³². En cas de refus du salarié de la modification disciplinaire de son contrat de travail, l'employeur retrouve alors la possibilité de

³²² Par exemple en matière de modification du temps de travail l'article D. 3171-4 du Code du travail prévoit que l'horaire collectif de travail doit être adressé à l'inspection du travail.

³²³ La Cour de cassation a pu cependant préciser que l'information et la consultation des institutions représentatives du personnel ne devait être envisagée que lorsque la modification concerne un certain nombre de salariés : Cass. crim., 12 avr. 2005 : *Bull. crim.*, n° 129 ; *RJS* 2005, n° 1114 pour une modification de l'organisation du temps de travail mise en œuvre à titre expérimental pour 6 salariés, mais destiné à être étendue par la à la suite de 50 salariés.

³²⁴ Cass. soc., 10 décembre 1987, *Sté Cloisons Georges c/ Ribeiro* : *Bull. civ.* V, n° 718.

³²⁵ CA Paris, 26 mars 2008 : *RJS* 7/08, n°757.

³²⁶ Par ex. l'instruction DRT du 30 juillet 1993 prévoit un délai de réflexion de 15 jours en matière de modification de la rémunération du salarié (Instruction DRT, 30 juill. 1993, n°I, 2 : BOMT n°93-20).

³²⁷ Cass. soc., 4 juin 1971, n° 70-40.050, *Diallo c/ SA La Maison de la bonne presse*.

³²⁸ Article 25-1 de la convention collective nationale des casinos par ex. V. not. Cass. soc., 31 oct. 2012, n° 10-16.624 : *RJS* 2012, n° 367.

³²⁹ Cass. soc., 13 déc. 2006, n°05-43.304.

³³⁰ Cass. soc., 29 mai 2002, n° 00-40.996 : *Dr. soc.* 2002, p. 779, obs. Duquesne.

³³¹ Cass. soc., 24 mars 1988 : *Bull. civ.* V, n° 203.

³³² Cass. soc., 16 juin 1998, *Hôtel le Berry* : *Bull. civ.* V, n° 320 ; *Dr. soc.* 1998, p. 803, rapport Ph. Waquet ; *JCP* 1998, II, 10.161, note D. Corrigan-Carsin ; *D.* 1999, p. 125, note C. Puigelier.

prononcer une autre sanction³³³. La difficulté est alors de prononcer une sanction d'un degré similaire : une sanction moins lourde risquerait de ne pas souligner le degré de gravité de la faute commise et une sanction plus lourde ne serait pas toujours envisageable, à défaut de proportionnalité.

105. **Modification pour motif économique.** Dès 1993³³⁴, le législateur a introduit un régime dédié aux cas de modification pour motif économique. Désormais, l'article L. 1222-6 du Code du travail s'applique en cas de « modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3 ». Le salarié doit tout d'abord bénéficier d'une information pour qu'il puisse prendre position vis-à-vis de l'offre qui lui est faite³³⁵. La proposition de modification doit respecter un certain formalisme : elle doit être envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception et préciser le délai d'un mois (quinze jours en cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire) laissé au salarié pour faire connaître son éventuel refus. L'article L. 1222-6 du Code du travail attache au silence du salarié à l'expiration du délai valeur d'acceptation. En cas de refus du salarié de la modification, l'employeur doit en tirer les conséquences logiques : soit son maintien dans son emploi sans modification, soit la rupture de son contrat³³⁶. L'employeur doit donc prendre l'initiative de licencier le salarié s'il maintient son choix de modification. Ce licenciement suivra la procédure pour licenciement pour motif économique dès lors que la modification était souhaitée pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié concerné³³⁷.
106. **Multiplication des régimes de modification économique.** Progressivement plusieurs régimes distincts sont venus se greffer à cet édifice légal pour des accords collectifs particuliers imposant une modification du contrat de travail des salariés³³⁸. Les accords de maintien de l'emploi³³⁹, de préservation et ou développement de l'emploi³⁴⁰ et de mobilité

³³³ Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 18-18.146.

³³⁴ Loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, art. 47.

³³⁵ Cass. soc., 30 janv. 2008, n° 06-42.000 : *RJS* 04/08, n° 369.

³³⁶ Cass. soc., 5 mai 2009, n° 07-45.031.

³³⁷ Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 07-40.694.

³³⁸ V. § n° 293 et s.

³³⁹ C. trav. anc. art. L. 5125-1.

³⁴⁰ C. trav. anc. art. L. 2254-2.

interne³⁴¹ permettaient ainsi la modification des contrats de travail des salariés concernés par les dispositions de l'accord. Cependant les modalités de cette modification variaient selon le type d'accord en cause³⁴².

2 : Après : une unification et un motif de licenciement *ad hoc*

107. **Les accords de performance collective.** Le faible succès des accords collectifs précités a conduit le législateur à substituer à ces différents régimes un modèle unifié sous la dénomination d'« accord de performance collective »³⁴³. Désormais sont donc fusionnés les régimes des accords de maintien de l'emploi, préservation et développement de l'emploi ainsi que de mobilité interne, au sein de l'article L. 2254-2 du Code du travail.
108. **Régime unifié.** Les accords de performance collective reprennent en réalité les différentes possibilités ouvertes par les trois précédents types d'accord. En effet, ces accords peuvent avoir un objectif défensif ou offensif puisqu'ils doivent « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi ». Leur champ d'action est également très large et porte presque entièrement sur des éléments du socle contractuel : aménagement de la durée du travail et notamment création ou modification d'un régime de forfait annuel en jours, aménagement de la rémunération sous réserve de respecter les minima conventionnels ou légaux et les modalités de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. La modification intervient par substitution des stipulations de l'accord à celles contraires des contrats de travail en cause³⁴⁴. Le délai d'un mois déjà prévu dans le cadre de la modification individuelle du contrat de travail³⁴⁵ est repris mais sa rédaction est sujette à interprétation : si certains

³⁴¹ C. trav. anc. art. L. 2242-17.

³⁴² Stipulations des accords applicables au contrat de travail par suspension des clauses contraires pendant la durée d'application (accords de maintien de l'emploi, C. trav. anc. art. L. 5125-21 et accords de mobilité professionnelle, C. trav. anc. art. L. 2242-19) ou substitution de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail (accords de préservation ou de développement de l'emploi, C. trav. anc. art. L. 2254-2). En cas de refus de se voir appliquer l'accord le régime diffère encore une fois. Dans le cadre des accords de maintien de l'emploi ou de mobilité interne le licenciement prononcé relève de la procédure de licenciement pour motif économique individuel. En revanche, pour les accords de préservation et de développement de l'emploi le licenciement prononcé repose sur un motif *ad hoc*, mais la procédure mise en œuvre est celle du licenciement individuel pour motif économique.

³⁴³ V. § n° 293 et s.

³⁴⁴ V. § n° 315 et s. pour une étude plus détaillée de la correction contractuelle provoquée.

³⁴⁵ C. trav. art. L. 1222-6.

auteurs considèrent que le silence du salarié vaut acceptation³⁴⁶, d'autres considèrent que la rédaction selon laquelle le salarié doit « faire connaître son refus par écrit » rend obligatoire le formalisme que ce soit pour l'acceptation ou le refus de l'application de l'accord³⁴⁷.

109. **Remise en cause de l'équilibre du régime de la modification contractuelle.** Avec la réforme de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, le législateur a opéré une profonde transformation du droit de la modification du contrat de travail pour motif économique. Cependant cette volonté unificatrice peut être critiquée en ce qu'elle remet en cause le rôle du contrat de travail au sein des relations professionnelles. Le régime de droit commun de la modification contractuelle, s'il reste perfectible, a le mérite d'affirmer l'existence d'une correction négociée du contrat de travail. Désormais, la sécurité juridique tirée par le salarié de son contrat de travail est limitée puisqu'en cas de refus, il est licencié selon la procédure en matière de licenciement individuel pour motif personnel et son licenciement repose sur un motif *ad hoc*³⁴⁸. Il ne peut donc bénéficier des mesures d'accompagnement ou de reclassement prévues en matière de licenciement économique. L'article rappelle simplement qu'il peut s'inscrire comme demandeur d'emploi et qu'en l'absence de dispositions en ce sens prévues par l'accord, l'employeur est tenu d'abonder le compte personnel de formation du salarié³⁴⁹.

B : Plaidoyer pour une remise en avant de l'intérêt individuel des salariés

110. **Propositions.** Si une volonté de simplification des règles du droit du travail est louable ne serait-ce que pour tenter de garantir leur efficacité, le dispositif retenu par le législateur, par l'exclusion du régime de la modification du contrat de travail qu'il provoque, peut être critiqué. En l'absence d'un encadrement du régime des accords de performance collective

³⁴⁶ M. Morand et G. François, « La modification du contrat de travail – L'accord de performance collective », *Liaisons sociales Les Thématiques*, n°58, avril 2018, p. 97 et s.

³⁴⁷ B. Gauriau, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 », *Dr. soc.* 2018, p. 504.

³⁴⁸ Selon la loi, le licenciement « repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse » (C. trav. art. L. 2254-2, V).

³⁴⁹ C. trav. art. L. 2254-2, VI. L'abondement devra représenter « un montant minimal de 3 000 euros » (C. trav. art. R. 6323-3-2, I).

par l'exigence consensuelle, plusieurs pistes de réforme de nature à contrôler l'unilatéralisme méritent d'être explorées. Vu l'étendue du champ d'application potentiel de l'accord, il n'apparaît en effet pas nécessaire d'écarter le contrôle du juge au moyen d'un motif de licenciement *ad hoc* (1). Par ailleurs, l'exclusion du bénéfice des règles procédurales en matière de licenciement économique ne paraît pas non plus fondée (2).

1 : Un motif de licenciement *ad hoc* contestable

111. **Imprécision.** La rédaction de l'article L. 2254-2 du Code du travail offre aux employeurs de larges possibilités d'aménagement des éléments essentiels de la relation professionnelle de leurs salariés. Les accords de performance collective peuvent être conclus pour « répondre aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise » ou pour « préserver ou développer l'emploi ». Le rapport Combrexelle³⁵⁰ de 2015 avait déjà envisagé la suprématie de l'accord collectif sur le contrat de travail sous réserve d'une justification axée sur la protection, le maintien, la préservation et le développement de l'emploi. Si cette formulation faisait déjà l'objet de critiques concernant son imprécision³⁵¹, que penser de celle de l'actuel article L. 2254-2 du Code du travail ? Concernant la préservation et le développement de l'emploi le constat avait déjà été fait de l'imprécision de la terminologie : Madame Filipetto évoquait ainsi la possibilité que soit considérée comme remplie la condition relative à la préservation et au développement de l'emploi dès lors que le préambule des anciens accords de préservation et de développement de l'emploi le prévoyait³⁵². Pour la seconde hypothèse, l'imprécision des termes est ici encore plus criante : les nécessités de fonctionnement de l'entreprise ne sont pas forcément en lien avec des difficultés économiques ou même avec un objectif de prévenir ces difficultés. Est-ce que la simple amélioration de la rentabilité de l'entreprise ne constitue pas une nécessité de fonctionnement ? Ce très large champ d'action est d'ailleurs confirmé par les possibles mesures que peut prendre l'accord : référence est faite à l'aménagement du temps de travail sans plus de précisions, à l'aménagement de la rémunération sans autre limite que celle des minima conventionnels ou légaux et à toute mesure de mobilité qui paraîtrait utile. Cette

³⁵⁰ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, sept. 2015, France stratégie.

³⁵¹ A. Jammaud, « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », *RDT* 2016, p. 239.

³⁵² E. Filipetto, « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », *RDT* 2016, p.415.

imprécision du motif de la modification avait été évoquée lors de la saisine du Conseil constitutionnel, mais sans succès³⁵³.

112. **Retrait du juge.** Théoriquement donc, ces accords collectifs pourraient profondément modifier la relation contractuelle individuelle de chaque salarié. Face à un tel champ d'action l'ajout d'un motif de licenciement *ad hoc* permettant d'écarter le contrôle du juge apparaît comme profondément contraire à la logique initiale du droit du travail. Même en présence d'un intérêt collectif qui serait lié à l'emploi³⁵⁴, l'intérêt individuel du salarié ne doit pas être bafoué. Le rapport de travail est d'abord un rapport entre deux parties, structurellement inégales. S'il n'est pas question de remettre en cause ce rapport d'inégalité (le rapport d'emploi suppose un lien de subordination), il ne doit pas non plus être effacé sous prétexte d'une éventuelle « performance collective », d'autant plus que les contreparties à l'effort fourni par les salariés peuvent théoriquement être inexistantes³⁵⁵. L'information des salariés sur l'application et le suivi de l'accord ou les modalités des efforts également fournis par les dirigeants, actionnaires ou mandataires sociaux et les modalités du respect de l'équilibre entre la vie professionnelle et personnelle ne sont qu'éventuels. L'abondement du compte personnel de formation est obligatoire mais en l'absence de stipulations dans l'accord sera celui égal au *minima*.

2 : Limites à l'unification des procédures

113. **Procédure de licenciement économique.** La simplification procédurale provoquée par la réforme peut également faire l'objet de critiques. Les motifs pouvant entraîner la conclusion des accords de performance collective relèvent du domaine économique : il s'agit après tout de répondre aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise et de préserver ou développer l'emploi. Dès lors, la logique voudrait que les salariés refusant l'application de l'accord puissent bénéficier des obligations spécifiques liées à la procédure de licenciement économique et notamment de l'obligation de reclassement. Il n'apparaît également pas logique de faire échapper l'employeur à l'obligation d'organiser un plan de sauvegarde de l'emploi en cas de refus collectifs de se voir appliquer l'accord de la part

³⁵³ Cons. const., décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018.

³⁵⁴ Encore que cet intérêt collectif reste à démontrer pour les accords conclus dans un cadre « offensif ».

³⁵⁵ V. § n°309.

des salariés³⁵⁶. Face aux difficultés liées à la perte et à la recherche d'un nouvel emploi, il semble peu probable que les salariés optent pour la solution du refus dans le seul l'espoir d'obtenir en contrepartie les bénéfices d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Un grand nombre de refus soulignerait plutôt que les conditions prévues à l'accord sont inacceptables. En pratique, soit l'entreprise a fait le choix de conclure un accord de performance collective sous l'angle « défensif » et dans ce cas l'absence d'application des règles de procédure du licenciement pour motif économique pose un problème d'égalité des droits entre salariés. Soit l'accord a été conclu sous l'angle « offensif » et il paraît anormal qu'elle ne fournisse pas *a minima* les même moyens économiques et financiers pour le reclassement de ses salariés que si elle intervenait dans le cadre légal du licenciement pour motif économique.

114. **Unification par le bas.** De façon générale l'unification des différents régimes de modification du contrat de travail pour motif économique a été réalisée en vue de garantir le plus de souplesse possible aux négociateurs. L'accord « peut » prévoir une série d'aménagements sur des thématiques très larges, et éventuellement les combiner. L'accord « peut » préciser les contreparties aux efforts fournis par les salariés. Ce caractère éventuel du contenu de l'accord vise certainement à assurer son attractivité pour les employeurs. Cependant, l'absence de tout encadrement ou obligations en matière d'aménagements et de contreparties rend d'autant moins justifiable l'atteinte portée à la force obligatoire du contrat de travail individuel des salariés. La logique du droit du travail reste celle de la reconnaissance d'une inégalité juridique entre les parties : pour limiter cette inégalité le droit du travail offre des garanties aux salariés³⁵⁷. Théoriquement la loi laisse désormais la possibilité à un employeur bon négociateur d'introduire des aménagements substantiels des contrats de travail individuels sans offrir aucune contrepartie.

115. **Conclusion du chapitre.** La correction contractuelle s'oppose à la notion d'intangibilité. Le législateur a admis un contournement de cette dernière notion par modification grâce au « consentement mutuel » : ce que la volonté conjointe des parties a créé, seule une nouvelle expression de cette volonté commune pourra modifier (ou défaire). La négociation apparaît donc comme la méthode privilégiée de mise en œuvre d'une

³⁵⁶ C. trav. art. L. 1233-61 et s.

³⁵⁷ Par exemple l'introduction d'une procédure par étapes en matière disciplinaire.

correction contractuelle. Or, la question du consentement mutuel prend un relief particulier en droit du travail. D'une part, l'intangibilité contractuelle est régulièrement discutée dans le cadre de relations professionnelles qui, par nature, s'échelonnent dans le temps. D'autre part, la reconnaissance d'un lien de subordination juridique entre employeurs et salariés entraîne la présence d'une forme d'unilatéralisme au sein de la relation professionnelle. Aussi, loin de formuler un simple rappel du principe consensuel, la jurisprudence a proposé un régime spécifique de révision du contrat et une proposition d'équilibre a été formulée depuis l'arrêt *Le Berre*³⁵⁸. Elle repose sur la distinction entre la véritable modification du contrat de travail, qui exige le consentement mutuel des parties, et le simple changement des conditions de travail, laissé à la main de l'employeur. Le rôle décisif du contrat de travail au sein des relations professionnelles est confirmé. Par le biais d'un travail de cartographie, il est cependant possible de constater que l'objectivité promise par la dichotomie jurisprudentielle n'est pas évidente. De nombreux éléments viennent contrarier toute tentative de tracé uniforme de la frontière entre les deux régimes. L'insertion de clauses de variation, le manque de cohérence de certaines catégorisations jurisprudentielles ou la mise en retrait du champ contractuel provoquée dans le cadre d'accords collectifs spécifiques, sont autant de facteurs d'une véritable porosité entre les catégories éléments contractuels/conditions de travail et leurs régimes respectifs. Un constat doit être formulé : cette perméabilité représente une source d'insécurité juridique pour les parties au contrat de travail, en particulier pour le salarié. La construction du droit du travail, si elle reconnaît et approuve l'existence d'un déséquilibre entre ses acteurs, repose sur une prise en compte des intérêts de chaque partie. L'unilatéralisme accordé à l'employeur doit être encadré sous peine de devenir pur droit potestatif et de voir l'équilibre général du contrat de travail bouleversé. La correction par consentement mutuel représente la seule voie de garantir une prise en compte suffisante des intérêts de toutes les parties au contrat de travail. Pour favoriser la construction d'un régime plus en cohérence avec cette réalité, certaines critiques et propositions peuvent être formulées.

³⁵⁸ Cass. soc., 10 juillet 1996, *Le Berre c. Société Socorem* : *Bull. civ.* V, n° 278, p. 196 ; *RJS* 8-9/96, n°900.

Chapitre II : L'application de régimes consensuels issus du droit commun au contrat de travail

116. **Réforme du droit commun des contrats.** En accord avec le principe exposé à l'article 1193 du Code civil, le législateur a pu faire le choix d'organiser des régimes spécifiques de contournement de l'intangibilité contractuelle. La réforme du droit des contrats de 2016³⁵⁹ constitue l'occasion la plus récente saisie par le législateur pour placer l'exigence d'une négociation entre les parties au cœur de la mise en œuvre de mécanismes à visée corrective. A cet égard, deux mécanismes pourraient être appelés à connaître un certain déploiement au sein des relations professionnelles. Il s'agit de la révision pour imprévision et de la cession de contrat. Ces mécanismes mettent en effet tous deux en avant l'accord de volontés des parties pour échapper au principe d'intangibilité du contrat. Leur objectif est également similaire : la doctrine a pu indiquer, concernant le mécanisme de révision pour imprévision qu'il « permet [...] la survie du contrat »³⁶⁰ et le rapport accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016 précisait concernant la cession de contrat qu'elle « a justement pour objet de permettre le maintien du contrat [...] »³⁶¹. Ces mécanismes sont donc porteurs d'une correction qui répond à ce que le Professeur Martinon a appelé l'impératif légal de stabilité du contrat de travail à durée indéterminée³⁶². Leur introduction au sein des relations professionnelles confirmerait une vision favorable à une mise en œuvre conciliée des transitions au sein des rapports professionnels. Ces mécanismes sont en effet de nature à favoriser une exclusion des régimes de résiliation unilatérale du contrat de travail : le mécanisme de révision pour imprévision consacre une forme de droit à la renégociation contractuelle lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse pour une partie (**Section I**), tandis que le mécanisme de la cession de contrat autorise de ne pas

³⁵⁹ V. note n° 124.

³⁶⁰ Th. Andrieu, « Ordonnance du 10 février 2016 : ratifier ou amender ? », *AJ contrat* 2017, p. 460.

³⁶¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Ministère de la Justice.

³⁶² A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, thèse, préf. B. Teyssié, 2005, Dalloz.

recourir au régime de la rupture conventionnelle homologuée sous réserve de l'obtention d'un accord tripartite (**Section II**).

Section I : L'objectif d'une révision négociée du contrat en cas d'imprévision

117. **Cent cinquante ans.** Alors que pendant près de cent cinquante ans le droit civil français a marqué son attachement au rejet de toute possibilité de révision du contrat pour imprévision, la réforme de 2016 a finalement introduit ce mécanisme porteur d'une correction contractuelle par la voie judiciaire. Malgré la possibilité d'une correction imposée *via* l'institution judiciaire, il apparaît que l'objectif premier soit l'obtention d'une révision par la renégociation du contrat. Le rapport accompagnant la publication de l'ordonnance précise en ce sens que le régime prévu a « vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier »³⁶³ (**I**). La révision judiciaire n'intervient en effet dans le processus qu'en dernier lieu. Son existence semble plutôt envisagée par le législateur comme une menace, vis-à-vis du contractant qui refuserait de renégocier le contrat, que comme l'aboutissement naturel du mécanisme de révision pour imprévision. La vocation générale du mécanisme permet d'étudier son éventuel déploiement au sein des relations professionnelles. Il pourrait compléter des mécanismes de gestion de l'imprévision spécifiques au droit du travail en renforçant leur capacité à limiter les cas de rupture du contrat par la voie de solutions conciliées (**II**).

I : L'introduction d'un mécanisme de révision pour imprévision en droit civil

118. **Une potentielle révision judiciaire.** Dans d'assez nombreuses situations, le législateur autorisait déjà le juge à intervenir directement sur le contenu contractuel. La révision des clauses pénales par le juge, prévue à l'article 1231-5 du Code civil, est ainsi autorisée depuis 1975³⁶⁴. Autre exemple : en matière de surendettement des particuliers, le juge a le pouvoir de reporter ou échelonner le paiement des dettes contractées depuis une loi n°75-

³⁶³ Rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance n° 82-130 du 5 février 1982 modifiant les dispositions du Code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi que certaines dispositions du code civil.

³⁶⁴ Loi n°75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les art. 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale.

597 du 9 juillet 1991³⁶⁵. Cependant, hors de ces cas limitatifs, le droit civil français s'est montré très réticent à admettre un mécanisme de révision judiciaire applicable à tous les contrats (A). Ce n'est que depuis la réforme de 2016 que le Code civil prévoit un mécanisme en trois étapes, applicable en cas de « changement de circonstances imprévisible »³⁶⁶. Cette révision judiciaire n'est cependant que potentielle en raison du « chemin semé d'embûches »³⁶⁷ auquel devront faire face les parties victimes d'imprévision. Le mécanisme devrait donc jouer principalement un rôle incitatif à une révision négociée entre les parties, plutôt que de les diriger vers une révision judiciaire (B).

A : La révision pour imprévision : un mécanisme correcteur initialement rejeté

119. **Divergences doctrinales.** Initialement, la révision pour imprévision n'était pas admise par le droit civil français. Cependant, la position civiliste française est apparue de plus en plus isolée au fur et à mesure des années ; que ce soit par comparaison avec les systèmes juridiques étrangers, ou même au sein même de l'ordre juridique interne (1). Le sujet était d'ailleurs régulièrement débattu entre les auteurs favorables au maintien de la vision classique du droit des contrats et ceux souhaitant une forme de modernisation du droit³⁶⁸. Ces débats ont connu de nouveaux développements lorsque la jurisprudence, elle-même, a pu sembler porter des atténuations à ce principe (2).

1 : L'isolement du droit civil français en matière d'imprévision

120. **Adaptation des contrats à exécution successive.** Selon le principe d'intangibilité des contrats les parties ne peuvent normalement modifier les clauses convenues que par consentement mutuel. Cependant, pour les contrats à exécution successive, le facteur temps qui les caractérise peut amener à des difficultés mettant en péril leur bonne

³⁶⁵ C. civ. art. 1343-5.

³⁶⁶ C. civ. art. 1195.

³⁶⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil - Les obligations*, 12^e éd. 2018, Dalloz, n° 643, p. 719.

³⁶⁸ V. par ex. Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et patr.* 1998, p. 58 ; Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, avant-propos d'A. Sériaux, préf. de R. Bout, 1994, PUAM. *Contra* : Ph. Malaurie, « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G* 2008, 204 ; Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé – Mélanges offerts à Paul. Didier*, 2008, Economica, p. 273.

exécution. Pour ces contrats qui s'étalent dans la durée (au nombre desquels figure le contrat de travail) se pose la question de la survenance d'un événement extérieur, de nature à entraîner une modification importante du contexte dans lequel s'inscrit le contrat. Les obligations des parties fixées à un instant T en considération de circonstances particulières, notamment économiques, peuvent voir leur exécution devenir excessivement difficile, comme en cas d'augmentation substantielle du prix, à l'instant T+n. En l'absence de prévision contractuelle des parties, notamment par le biais de clauses dites de *hardship* et en cas de refus d'une renégociation par l'une des parties, la partie souhaitant réviser le contrat pouvait jusqu'alors obtenir une renégociation forcée du contrat ou éventuellement saisir le juge pour obtenir cette révision contractuelle.

121. **Ancien article 1134 du Code civil.** Depuis 1804 et notamment *via* un arrêt célèbre de 1876³⁶⁹, la Cour de cassation affirmait sa résistance à l'admission d'une telle atteinte au principe de force obligatoire du contrat. Dans l'arrêt *Canal de Craponne* était pourtant en cause une redevance fixée selon les conditions économiques en vigueur trois siècles auparavant³⁷⁰. Près de soixante ans plus tard, même son de cloche : la Cour de cassation a une fois de plus été inflexible et a rejeté la demande de révision du contrat liant une compagnie minière et une verrerie par lequel la compagnie s'engageait à titre de servitude réelle et perpétuelle, à fournir périodiquement du charbon à un prix déterminé, alors même que le prix de revient avait considérablement augmenté³⁷¹. En vertu de cette interprétation stricte de l'ancien article 1134 du Code civil, les parties ne pouvaient donc ni forcer le cocontractant à réviser leur contrat, ni même à obtenir sa résiliation.
122. **Isolement français.** Le caractère particulièrement rigide de la position des juges de la Cour de cassation est apparu de façon plus en plus criante au fil des années. Si elle était également reprise au XIX^{ème} siècle par beaucoup de pays européens, ils ont été nombreux à faire évoluer leur position pour permettre plus de souplesse aux contractants. En Allemagne par exemple, à travers la notion de bonne foi le juge a permis de mettre en place un rééquilibrage des contrats : exiger l'exécution de son partenaire alors que sa propre obligation est vidée de sa substance par l'effet d'une hausse des prix correspondait à un

³⁶⁹ Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne* : DP 1896, 1, Jur. p. 195, note Giboulot.

³⁷⁰ Redevance de trois sols pour l'entretien d'un canal d'arrosage.

³⁷¹ Cass. civ., 15 nov. 1933, *Mines de Graissessac* : Gaz. Pal., 1934, 1, 58. En 1845 le prix de 100kg de charbon était de 50 centimes !

comportement contraire à la bonne foi selon les juridictions allemandes. Cette évolution du droit a été actée en 2001 à l'occasion de la réforme du BGB en son article 313³⁷². Autre exemple : en droit helvétique c'est la théorie de l'abus de droit qui vient ajouter de la flexibilité aux règles civiles³⁷³. La France se trouvait donc relativement isolée par comparaison avec ses voisins européens, du fait d'une position en apparence inflexible.

123. **Isolement du droit civil.** En outre, au sein même de l'ordre juridique français la théorie de l'imprévision était admise. Le Conseil d'Etat dans son arrêt *Gaz de Bordeaux*³⁷⁴ a retenu une position contraire à la juridiction suprême de l'ordre civil, pour les contrats administratifs. Dans cette affaire la circonstance imprévisible était liée à l'arrivée de la Première Guerre mondiale, entraînant une multiplication par trois en deux mois du prix du charbon. Le Commissaire du gouvernement avait alors recommandé d'appliquer des principes similaires à ceux déjà utilisés pour les entrepreneurs de travaux publics qui découvraient des difficultés imprévues liées à la nature du terrain au fur et à mesure des travaux (par exemple la présence de nappes d'eau très importantes dans le cadre de la pose de drains³⁷⁵). La juridiction suprême de l'ordre administratif avait ainsi pu juger que, si l'aléa lié à la variation des prix est inhérent au contrat de concession, lorsque l'augmentation est telle qu'elle déjoue les prévisions des parties, le cahier des charges ne peut être appliqué tel quel. En droit administratif, il est déjà possible de remarquer la préférence pour une révision négociée : priorité est donnée à l'accord des parties et l'intervention du juge n'est prévue qu'en dernier recours. L'entreprise concessionnaire doit en effet continuer à assurer le service à l'aide de tous moyens de production³⁷⁶ mais aura en comparaison le droit au versement d'une indemnité d'imprévision couvrant le déficit

³⁷² §313 BGB : « [...] Si les circonstances qui ont constitué le fondement du contrat ont profondément changé après sa conclusion, de sorte que les parties n'auraient pas conclu ce contrat ou l'auraient conclu avec un autre contenu si elles avaient prévu ce changement, une adaptation dudit contrat peut être demandée dans la mesure où son maintien, tel qu'il avait été stipulé à l'origine, ne peut être imposé à l'une des parties, eu égard à tous les faits de l'espèce et notamment à la répartition conventionnelle ou légale des risques. [...] Si l'adaptation du contrat n'est pas possible ou si elle est insupportable à l'une des parties, le contractant défavorisé peut résoudre le contrat. [...] ».

³⁷³ Art. 2 du Code civil suisse. Également en Belgique la Cour de cassation a utilisé cette notion pour rejeter l'action d'un contractant qui exigeait une exécution forcée du contrat, devenue disproportionnée en raison de l'évolution de la situation économique des parties (Cass. (Be.) 14 oct. 2010, no de rôle C.09.0608.F/1).

³⁷⁴ CE, 30 mars 1916, n° 59928, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux* : *GAJA*, 15e éd., n°31 ; *D.* 1916. 3. 25, concl. Chardenet ; *S.* 1916. 3. 17, concl. Chardenet, note Hauriou. Indemnité accordée au contractant pour rétablir l'équilibre financier et éviter toute interruption du service public.

³⁷⁵ CE, 3 février 1905, *Ville de Paris c. Michon* : *S.* 1907.3.57 note R. de Couder.

³⁷⁶ En accord avec le principe de continuité du service public.

non raisonnablement prévisible par les parties. Cette indemnité doit donc être convenue entre les parties ; ce n'est qu'à défaut d'accord qu'elles pourront saisir le juge. La même logique devait finalement être retenue par le législateur à l'occasion de la réforme du droit des contrats.

2 : Les tempéraments du droit civil en matière d'imprévision

124. **Premiers tempéraments.** Au fur et à mesure que l'isolement du droit civil français apparaissait de façon toujours plus évidente, la position inflexible de la Cour de cassation n'a pas manqué de susciter des critiques. Aussi, une partie de la doctrine a exprimé son intérêt pour l'introduction de cette théorie de l'imprévision s'appuyant notamment sur la notion d'équité³⁷⁷. Certains auteurs ont alors pu souligner ce qui semblait apparaître comme des tempéraments progressifs apportés par les juges au refus de la révision pour imprévision, ouvrant potentiellement la porte à une réforme plus profonde. D'abord intervenus dans des domaines précis comme celui de la promesse unilatérale de vente³⁷⁸, ou en matière de baux ruraux³⁷⁹, les solutions jurisprudentielles se sont étendues au droit commun des contrats. Avec les célèbres arrêts *Huard*³⁸⁰ et *Chevassus-Marche*³⁸¹, la Cour de cassation a approuvé la création d'une obligation de révision du contrat de distribution en cas de changement de circonstances rendant l'exécution particulièrement onéreuse et difficilement tenable économiquement, notamment face à des concurrents qui bénéficiaient de meilleures conditions tarifaires. Les juges ont alors appuyé leur raisonnement, certes centré sur les contrats spécifiques que sont les contrats de distribution, sur l'obligation générale d'exécuter les contrats de bonne foi. Dès lors, certains auteurs se sont interrogés

³⁷⁷ V. not. Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, avant-propos d'A. Sériaux, préf. de R. Bout, 1994, PUAM, p. 17.

³⁷⁸ Cass. civ., 14 nov. 1916 : *DP* 1921, 1, 34, et désormais art. 1675 al. 2 du Code civil : « En cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation ».

³⁷⁹ Cass. civ., 6 avril 1951 : *D.* 1951, 505, note R. Savatier. Le bailleur n'est plus tenu de son obligation de reconstruire la chose louée dès lors que cette chose objet de la location ne peut plus être conservée sans dépenses exagérées.

³⁸⁰ Cass. com., 3 nov. 1992 : *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *CCC* 1993, n°45 ; *JCP* 1993, II, 22614, obs. Virassamy ; *RTD civ.* 1993, 124, obs. J. Mestre.

³⁸¹ Cass. com., 24 nov. 1998 : *Bull. civ.* IV, n° 277.

sur une éventuelle généralisation de la théorie de l'imprévision généralisée aux contrats d'intérêt commun³⁸².

125. **L'affaire Soffimat.** En 2010 l'arrêt *Soffimat*³⁸³, rendu cette fois sur le fondement de la cause, a pu sembler ouvrir la porte à une admission plus large de la théorie de l'imprévision. La Cour de cassation a en effet retenu que, face à une situation d'« évolution des circonstances économiques et notamment [d]'augmentation du coût des matières premières et des métaux », la Cour d'appel aurait dû rechercher si cette évolution « n'avait pas eu pour effet, [...] de déséquilibrer l'économie générale du contrat telle que voulue par les parties lors de sa signature et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat ». Ce déséquilibre aurait alors pu être jugé par la Cour d'appel comme de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation d'exécution de la société Soffimat, pour la mise en œuvre de laquelle son contractant avait tenté d'agir devant le juge des référés. Cette décision semblait ouvrir la voie à une potentielle caducité du contrat face à l'évolution de circonstances économiques déséquilibrant l'économie générale du contrat telle que voulue par les parties lors de sa conclusion, et privant désormais de toute contrepartie réelle l'engagement de l'une d'elle. Cependant le contexte et la rédaction de la décision ont divisé la doctrine. Si le Professeur Mazeaud a pu affirmer que « la Cour de cassation admet implicitement et potentiellement avec cet arrêt la caducité du contrat pour imprévision sur le fondement de la cause »³⁸⁴, d'autres auteurs ont souligné les éléments qui devaient conduire à relativiser la portée de la décision³⁸⁵.

126. **Avant-projets de réforme.** En parallèle, les projets de réforme du droit des contrats français illustraient l'attitude ambiguë du droit français en retenant des positions opposées. L'avant-projet Catala refusait la révision judiciaire pour imprévision. Ses articles 1135-1 et suivants n'organisaient une telle révision que par la voie négociée. En l'absence d'une clause de *hardship* prévoyant la renégociation des conditions contractuelles en cas d'imprévision, ou en cas d'échec de ces premières négociations, l'avant-projet de réforme

³⁸² S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, thèse, préf. Cl. Brenner, 2012, Economica, n°451 s., p. 362 s.

³⁸³ Cass. com., 29 juin 2010 : *D.* 2010, p. 2481, note D. Mazeaud ; *RDC* 2011, p. 34, obs. E. Savaux ; *RTD civ.* 2010, p. 782, obs. B. Fages.

³⁸⁴ D. Mazeaud, « L'arrêt Canal "moins" ? », *D.* 2010, p. 2481.

³⁸⁵ V. not. Th. Genicon, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », *D.* 2010, p. 2485 et P. Deumier, « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? », *RTD civ.* 2011, p. 87.

prévoyait, que la partie lésée pourrait saisir le tribunal de grande instance pour voir ordonnée une nouvelle négociation. Ce n'est qu'en cas d'échec de cette négociation que les parties pourraient résilier le contrat, sans frais. A l'inverse, l'avant-projet Terré s'inspirait de l'article 6.111 des principes Lando et l'article 6.2.3 des principes Unidroit pour admettre la révision judiciaire pour imprévision. Son article 92 prévoyait la possible révision judiciaire après l'échec d'une phase de négociation entre les parties.

127. **Lutte contre les déséquilibres contractuels.** Finalement, la réforme intervenue le 10 février 2016 a tranché en faveur de l'admission de la révision pour imprévision et a inséré dans le Code civil un nouvel article 1195 dédié à cette procédure. Le mécanisme ainsi prévu a été présenté comme ayant pour but de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs, qui tirent leur origine d'un changement de circonstances imprévisible en cours d'exécution. Ce mécanisme s'inscrirait dans l'objectif plus général de l'ordonnance de garantir une meilleure justice contractuelle³⁸⁶. Sa rédaction actuelle semble très favorable à une révision négociée du contrat, le mécanisme agissant plutôt comme une incitation à la renégociation entre les parties notamment en raison d'une procédure probablement longue à mettre en œuvre. Par ailleurs, la rédaction actuelle de l'article laisse subsister quelques zones d'ombre sur son application, qui ne sont également pas de nature à favoriser la saisine finale du juge, mais plutôt une négociation entre les parties.

B : La révision pour imprévision : un mécanisme correcteur à parfaire

128. **Mise en œuvre du mécanisme.** Ce qui semble à première vue caractériser le mécanisme de la révision pour imprévision est sa nature progressive. Une analyse des différentes étapes de sa mise en œuvre, qui laisse une place importante à l'option de la renégociation, met en évidence une volonté de favoriser une solution négociée entre les parties (1). Il convient cependant de souligner que la formulation retenue par le législateur semble parfois floue, ce qui pourrait être source de difficultés et d'incertitudes de nature à préjudicier à sa mise en œuvre par les contractants (2).

³⁸⁶ Analyse de l'article 1195 du Code civil par le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

1 : Un mécanisme progressif

129. **Encadrement strict de la mise en œuvre du mécanisme.** Si la réforme du droit commun des contrats constitue certainement un changement de perspective, l'encadrement légal du mécanisme démontre la volonté du législateur de fortement circonscrire l'intervention du juge dans le contrat. Les conditions légales du recours à la révision judiciaire sont certainement difficiles à réunir, tant en raison de leur nombre que de leur niveau d'exigence. En effet, si le mécanisme concerne tout type de contrat dès lors que l'exécution est toujours en cours (et donc en tout premier lieu les contrats à exécution successive comme le contrat de travail), la loi encadre strictement la mise en œuvre du mécanisme. Trois conditions préalables doivent être réunies : un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, une exécution devenue excessivement onéreuse et le fait que la partie concernée n'ait pas choisi d'assumer un tel risque.
130. **Imprévisibilité.** Pour que le mécanisme prenne effet, une des parties doit tout d'abord démontrer un changement de circonstances de nature imprévisible. Le changement de circonstances doit alors être entendu comme tout type d'évènement de nature à modifier l'environnement contractuel. Seule exception : cet évènement ne peut pas être imputable au contractant, il doit présenter une certaine extériorité. Il doit être imprévisible, l'objectif est de garantir une meilleure efficacité économique sans pour autant remettre en question de façon globale la force obligatoire des contrats, au risque d'anéantir le principe de sécurité juridique. Ce caractère imprévisible s'apprécie à la date de conclusion du contrat, ce qui permet de garantir une certaine efficacité au mécanisme : apprécié en cours d'exécution, le caractère imprévisible ou prévisible du changement de circonstances pourrait faire l'objet de débats sans fin. Par exemple, un évènement imprévisible à l'origine (catastrophe naturelle ou industrielle) pourrait conduire à un changement de circonstances qui pourrait désormais être considérée prévisible, comme la conséquence logique de la catastrophe (hausse exponentielle des prix) et réduisant à néant l'impact du mécanisme de révision pour imprévision.
131. **Exécution excessivement onéreuse.** Ensuite, la procédure pour imprévision ne peut être mise en œuvre que si l'exécution du contrat devient excessivement onéreuse. Ce caractère excessif n'est pas précisé par la loi, il revient donc au juge de le caractériser avec les

éléments factuels à sa disposition. Il est cependant déjà possible de cerner la notion : sans que l'exécution devienne parfaitement impossible (ce qui relèverait plutôt de la force majeure), elle doit représenter un coût très (trop) élevé pour le contractant. La question de l'appréciation portée par le juge sur ce caractère onéreux est ici centrale. Peut-il retenir une appréciation subjective, comprenant les capacités du contractant en cause, ou une appréciation objective ? L'appréciation objective devrait prévaloir³⁸⁷. A cet égard, une source d'inspiration pourrait être trouvée dans la solution jurisprudentielle remarquée malgré son caractère inédit³⁸⁸ relative à un abus dans la fixation unilatérale des prix dans un contrat d'approvisionnement exclusif. Dans cette décision les juges ont justement retenu une approche objective de l'abus économique : l'abus du contractant a pu être retenu mais uniquement car « le fournisseur vendait [...] au fabricant la chair d'escargot à un prix moyen 25 % plus cher qu'à ses autres clients, se ménageant ainsi un taux de marge brute moyen de 29 % sur les ventes au fabricant alors qu'il était de 10 % sur les ventes aux autres clients »³⁸⁹.

132. **Caractère supplétif de volonté.** Enfin, si la partie pour qui l'exécution est trop onéreuse avait déjà accepté par avance le risque d'imprévision elle ne peut se prévaloir du mécanisme. Si le caractère supplétif de volonté du mécanisme peut paraître risquer de compromettre son efficacité il est nécessaire de rappeler que, dans les contrats d'adhésion, une clause non négociée pourra toujours être réputée non écrite au titre des articles 1170 ou 1171 du Code civil relatifs aux clauses abusives³⁹⁰. En outre, la rédaction de l'article

³⁸⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil - Les obligations*, 12^e éd. 2018, Dalloz, n°639, p. 717.

³⁸⁸ Cass. com., 4 novembre 2014, n°11-14.026, *Camargo* : A.-C. Martin, « Approvisionnement exclusif : La Cour de cassation approuve la Cour d'appel de Paris d'avoir qualifié d'abusif le prix de vente pratiqué par un fournisseur à l'égard d'un distributeur », *Concurrences* 2015, n°2, art. n° 72943, pp. 109-110 ; A.-S. Choné-Grimaldi, « Abus dans la fixation du prix - à propos d'un contrat d'approvisionnement », *JCP E* 2014, 1639 ; N. Dissaux, « Retour sur le contrôle de l'abus dans la détermination du prix », *Dr. rur.* 2015, n°432, comm. 67 ; J. Ghestin, « De la fixation unilatérale des prix dans l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif », *D.* 2015, p. 183 ; H. Barbier, « La traque judiciaire des abus de prérogatives unilatérales, jusqu'aux plus dissimulés », *RTD Civ.* 2015, p.123 ; Approvisionnement exclusif - conclusion du contrat - fixation abusive du prix, *RJDA* 2015, p. 84.

³⁸⁹ H. Barbier, « La traque judiciaire des abus de prérogatives unilatérales, jusqu'aux plus dissimulés », *RTD civ.* 2015, p. 123.

³⁹⁰ M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p.900.

peut également laisser penser que seule une clause suffisamment précise pourra exclure le recours à l'article 1195 du Code civil³⁹¹.

133. **Étapes préalables à la révision.** Les parties ayant recours au mécanisme de l'article 1195 du Code civil peuvent prétendre à plus qu'une simple allocation de dommages et intérêts ou que la caducité du contrat³⁹². Elles pourraient éventuellement demander au juge de modifier le contrat en cause (ou d'y mettre fin). Cependant, ce dernier n'intervient qu'en dernier recours ce qui laisse l'option de la renégociation entre les parties comme l'issue la plus probable de la mise en œuvre du mécanisme. A ce titre, il est possible de considérer que le mécanisme de révision pour imprévision favorise une correction négociée du contrat. L'article 1195 modifié par l'ordonnance prévoit une procédure par échelons, la modification du contrat par le juge n'intervenant que si les étapes préalables ont été mises en œuvre. En premier lieu le Code civil formule l'exigence d'une demande de renégociation des termes contractuels par le contractant en difficulté. Dès cette première étape la modification du contrat par l'accord de volontés des parties est donc mise en avant. Il est cependant regrettable que le législateur n'ait pas repris la solution prévue dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats Catala qui imposait au contractant d'entrer dans cette phase de renégociation³⁹³. En l'état actuel du texte, hors de l'hypothèse réglée par les jurisprudences *Chevassus*³⁹⁴ et *Huard*³⁹⁵ et sous réserve que ces solutions soient toujours valables, le contractant pourrait tout simplement refuser d'engager de nouvelles négociations. D'autant plus que, durant la renégociation, la partie qui souffre de l'inexécution doit dans tous les cas continuer à exécuter ses obligations. Dans le cas contraire elle pourrait en conséquence faire face aux diverses sanctions de l'inexécution contractuelle : exception d'inexécution³⁹⁶, exécution forcée en nature³⁹⁷, réduction du

³⁹¹ « [...] une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque [...] » : la formulation semble indiquer que les parties devront expressément lister les risques pour lesquels l'article 1195 ne pourra s'appliquer (v. not. O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd. 2018, LexisNexis, p. 453).

³⁹² Solutions retenues dans les arrêts *Huard* (V. note n°380.) et *Soffimat* (V. note n°383.).

³⁹³ Son article 1135-1 prévoit pour les contrats à exécution successive ou échelonnée, que les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention en cas d'imprévision et son article 1135-2 prévoit qu'à défaut d'une telle clause, la partie pourra demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation.

³⁹⁴ V. note n° 381.

³⁹⁵ V. note n° 380.

³⁹⁶ C. civ. art. 1219.

³⁹⁷ C. civ. art. 1221.

prix³⁹⁸, résolution³⁹⁹ et la réparation du préjudice subi en raison de l'inexécution⁴⁰⁰. Deux voies s'ouvrent alors aux cocontractants. La première consiste pour les parties à s'accorder sur la résolution du contrat en cause, à la date et selon des conditions à déterminer dans l'accord de résolution. L'autre option consiste à demander au juge, d'un commun accord, de procéder à l'adaptation du contrat en cause. Il semble évident que cette voie ne sera que peu empruntée par les parties : il est difficile d'imaginer dans quel contexte les parties trouveraient un accord pour confier la modification de leur contrat à un tiers, fût-il un juge. Ce n'est donc qu'à défaut d'accord entre les parties dans un délai raisonnable que le juge pourrait :

- mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe,
- ou, à la demande d'une seule partie, opérer une révision du contrat.

2 : Un régime à compléter

134. **Un droit à la renégociation ?** Malgré un effort de précision certain, des points cruciaux pour la mise en œuvre du dispositif ont été éludés par le législateur. Ce sont autant de difficultés supplémentaires pour parvenir à la troisième et dernière étape du dispositif, renforçant son rôle incitatif à la correction négociée du contrat. A tel point que des auteurs ont pu souligner qu'il était possible de « se demander si le texte, plutôt que de décrire une évidence, n'entend pas plutôt faire naître un véritable droit à la renégociation »⁴⁰¹. Pour ces auteurs, les difficultés à faire basculer le mécanisme dans sa phase judiciaire ne seraient pas le fruit du hasard, mais bien la marque de la volonté du législateur de provoquer une renégociation. D'autres auteurs évoquent la logique prophylactique de ce texte qui « serait destiné à inciter les parties à renégocier le contrat par elles-mêmes, sous la menace du juge »⁴⁰². La menace que pourrait représenter la mise en œuvre de l'article 1195 pourrait

³⁹⁸ C. civ. art. 1223.

³⁹⁹ C. civ. art. 1224.

⁴⁰⁰ C. civ. art. 1231.

⁴⁰¹ O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd. 2018, LexisNexis, p. 459.

⁴⁰² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil - Les obligations*, 12^e éd. 2018, Dalloz, n°643, p. 720

d’ailleurs inciter les parties à convenir dès la conclusion de leur contrat « tant la définition que le traitement de l’imprévision »⁴⁰³.

135. **Délais.** A cet égard, la première difficulté qu’il est possible de relever tient aux délais à respecter par la partie qui souhaite obtenir la révision du contrat pour imprévision. En effet, le texte est muet sur les délais précis des différentes étapes menant à la saisine unilatérale du juge. La seule indication concerne le passage de la deuxième étape à la troisième étape où le texte indique qu’un « délai raisonnable » doit être respecté avant de saisir le juge. Malgré cette précision, la détermination du délai raisonnable semble en pratique peu évidente. Or, l’enjeu de la bonne détermination du délai est particulièrement important puisque les contractants qui sollicitent la révision pour imprévision restent tenus à l’exécution de leurs obligations, alors même qu’elle est en principe excessivement onéreuse pour eux. Il est possible d’imaginer que ce délai variera selon la gravité de la situation du contractant. Il est certain que le contractant devra prouver ses tentatives sérieuses d’engager des négociations et soit le refus du contractant, soit des échanges attestant de l’absence d’issue coordonnée des négociations. Par comparaison avec la notion de délai raisonnable en matière d’offre contractuelle⁴⁰⁴ ce caractère raisonnable est apprécié de façon souveraine par les juges et variera selon le contexte et notamment selon la nature du contrat en cause⁴⁰⁵. La Professeure Bros soulignait d’ailleurs le rôle incitatif à la contractualisation de l’usage du standard du délai raisonnable⁴⁰⁶. Il semble alors que les parties pourraient également préciser la procédure de la révision pour imprévision et notamment les délais applicables dans leur contrat. En outre le texte fait montre d’un certain laconisme quant à ce qui concerne la phase initiale de renégociation. Si, en cas de refus de renégocier, le passage à la seconde étape semble évident, quel sera le délai à partir duquel l’échec des négociations pourra être constaté ? L’interrogation sera certainement source d’un contentieux conséquent face à un contractant qui pourrait être tenté de faire durer ces négociations dans la mesure où, pendant ce délai son cocontractant est tenu

⁴⁰³ S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil – T. 3 Les obligations Le contrat*, 9^e éd. 2018, Economica, n°416, p. 383.

⁴⁰⁴ C. civ. art. 1116.

⁴⁰⁵ Il a ainsi pu être retenu qu’un délai inférieur à 15 jours était raisonnable dans le cadre d’une vente d’un fonds de commerce : Cass. com., 6 févr. 1973 : *Bull. civ.* IV, n° 65, p. 57, mais un délai inférieur à cinq semaines pour la vente d’un immeuble n’est pas raisonnable : Cass. 3^e civ., 25 mai 2005 : *Bull. civ.* III, n° 117

⁴⁰⁶ S. Bros, « Les standards dans la réforme du droit des contrats : entre tradition et innovation », in *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, dir. S. Bros, 2018, Institut Universitaire Varenne.

d'exécuter ses obligations aux conditions en vigueur. Le contractant victime de l'imprévision aura tout intérêt à se ménager la preuve des échanges en vue d'une renégociation pour démontrer leur échec ou au moins l'absence de volonté sérieuse de renégocier de la part de son cocontractant.

136. **Autres difficultés.** Comme à chaque introduction d'une nouvelle notion juridique une certaine incertitude règne sur son appréciation. Pour déterminer ce qui relève de l'imprévision le degré de prévisibilité de l'évènement sera bien entendu pris en compte, mais peut se poser la question de l'étendue de ce qui était prévisible. Une augmentation des tarifs des matières premières pouvait être prévisible mais son ampleur non. Pour donner un exemple contemporain, s'il est possible d'admettre que plus la date du référendum se rapprochait, plus le *Brexit* était probable, l'ampleur des conséquences d'une sortie de l'Union européenne était-elle vraiment prévisible, notamment concernant la baisse des investissements étrangers⁴⁰⁷ ? Même problème d'incertitude pour l'appréciation de l'onérosité excessive : le texte n'offre pas de précision sur le critère de référence pour déterminer cette onérosité. L'analyse pourrait être objective en comparaison des termes de l'échange, ou subjective en tenant compte des facultés de chacun. La comparaison avec l'appréciation portée sur les clauses pénales incite à conclure pour une approche plus objective⁴⁰⁸. Il reviendra à la jurisprudence de préciser la portée des termes choisis par le législateur. Monsieur Simon Horn effectue ainsi une comparaison avec la notion de disproportion manifeste concernant l'exécution forcée en nature prévue à l'article 1221 du Code civil⁴⁰⁹. En effet, pour cette dernière notion le législateur a pris le soin de préciser que cette disproportion manifeste doit être appréciée par comparaison entre le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier, offrant ainsi un critère de référence pour l'appréciation portée par le juge sur la disproportion. Le Professeur Stoffel-Munck propose lui un encadrement de l'onérosité excessive en la plaçant sur une échelle formée par d'autres notions connues du droit. Ainsi, l'onérosité excessive serait en dessous du coût qui s'apparente à la force majeure mais au-dessus d'une « simple » onérosité comprise

⁴⁰⁷ Le nombre de nouveaux investissements au Royaume-Uni a baissé de 12 % au cours de l'exercice fiscal 2018-2019 après une baisse de 5 % en 2017-2018 et celui du développement de projets existants a chuté de 22 % après une première baisse de 13 % en 2017-2018 selon les chiffres du *Department for International Trade*.

⁴⁰⁸ Le juge réalise une comparaison entre le montant de la peine et la valeur du préjudice : Cass. com., 11 févr. 1997 : *Bull. civ. I*, n° 47; *RTD civ.* 1997, p. 654, obs. J. Mestre.

⁴⁰⁹ S. Horn, « La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », *AJ contrat* 2019, p.333.

comme un coût supérieur aux recettes⁴¹⁰. Ces études ne permettent cependant pas de cerner de façon suffisamment satisfaisante le contenu de la notion. Par ailleurs le texte de loi est rédigé de manière à ne viser que les situations où l'exécution de la prestation devient trop onéreuse. Pourra-t-il alors être invoqué lorsque c'est la contrepartie fournie qui subit une perte de valeur ? Les principes Unidroit prévoyaient, eux, les deux situations⁴¹¹.

137. **Mécanisme complémentaire.** Si ce nouveau mécanisme permet donc d'obtenir une révision du contrat par le juge, cette dernière est conditionnée à la réalisation d'un processus par étapes, qui favorise une renégociation contractuelle. En droit du travail il est possible d'envisager plusieurs situations où l'article 1195 du Code civil trouverait application. Ces hypothèses sont autant de compléments aux mécanismes déjà en place qui prennent en charge l'imprévision de l'employeur et du salarié. La mise en œuvre de l'article 1195, par la correction négociée qu'elle permet, devrait favoriser la réunion d'intérêts de l'employeur et du salarié confrontés au risque de rupture de leur contrat. Cependant, les limites de son application aux relations professionnelles doivent être soulignées.

II : L'introduction de l'article 1195 du Code civil au sein des relations professionnelles

138. **Hypothèses d'imprévision.** Le droit du travail connaît déjà un certain nombre de mécanismes assimilables à une prise en charge de l'imprévision des parties (A). Leur existence démontre l'intérêt porté à la survie du lien contractuel dans le cadre des relations professionnelles. Le recours à un mécanisme plus général de gestion de l'imprévision pourrait alors avoir un rôle complémentaire, centré sur la conciliation des parties. Il reste donc possible d'envisager un certain nombre d'hypothèses où le mécanisme de révision pour imprévision pourrait favoriser une correction négociée du contrat de travail (B).

⁴¹⁰ Ph. Stoffel-Munck, « La réforme en pratique », *AJCA* 2015, p.26.

⁴¹¹ Art. 6.2.2 des Principes Unidroit : « Il y a *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué ».

A : La gestion actuelle de l'imprévision par le droit du travail

139. **Bonne foi et clauses de variation.** L'obligation de bonne foi au sein des relations professionnelles a été à l'origine de la naissance d'autres obligations sous-jacentes, qui constituent des moyens de gestion de l'imprévision contractuelle en droit du travail (1). Par ailleurs, le contrat lui-même peut être le support de sa révision, par le recours aux clauses de variation (2).

1 : Un rôle assumé principalement par la bonne foi

140. **Application limitée de l'article 1195 du Code civil aux relations professionnelles.** Le contrat de travail est soumis au droit commun des contrats et l'article 1195 du Code civil a donc vocation à s'appliquer dans le contexte des relations professionnelles. Cependant le Professeur Loiseau souligne le faible nombre de situations où cet article pourrait effectivement s'appliquer au contrat de travail⁴¹². Quant au Professeur Pagnerre, il considère que ce mécanisme trouverait plutôt à s'appliquer à l'employeur qui est le débiteur de l'obligation financière (condition du caractère excessivement onéreux) : « l'employeur [...] peut l'invoquer, par exemple, en cas de catastrophe naturelle imprévisible mais n'ayant pas le caractère irrésistible de la force majeure »⁴¹³. Il précise cependant qu'il est probable que soient préférés les mécanismes spécifiques de droit du travail, comme par exemple l'activité partielle⁴¹⁴.

141. **Obligations d'adaptation.** En effet, le droit du travail dispose de ses propres mécanismes de gestion de l'imprévision des parties. Le Professeur Lyon-Caen considérerait en ce sens les notions de bonne foi et de loyauté comme porteuses de « la fonction de l'imprévision »⁴¹⁵. Le droit du travail favorise une forme de stabilité contractuelle en imposant aux parties l'adaptation de leurs prévisions initiales. La bonne foi et la loyauté peuvent remplir, au moins partiellement, la fonction allouée à l'imprévision mais ne constituent pas des

⁴¹² V. G. Loiseau, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2016, 602 : « [...] ces changements importent peu pour le droit de travail qui délaisse largement les notions de cause et d'objet et n'a que faire de la révision pour imprévision ».

⁴¹³ Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.* 2016, p.727.

⁴¹⁴ V. § n°451 et s.

⁴¹⁵A. Lyon-Caen, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. soc.* 1992, p. 573

exceptions à part entière du rejet initial de la révision pour imprévision, en l'absence de toute possibilité d'intervention judiciaire directe. Il est notamment possible d'illustrer cette capacité de révision contractuelle par la référence à l'obligation d'adaptation, qui, selon le Professeur Géa, « découle de l'idée que chaque partie doit tout faire pour que l'exécution du contrat puisse se prolonger »⁴¹⁶. Issue d'une jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, cette obligation initialement spécifique au licenciement pour motif économique a été généralisée par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000⁴¹⁷. L'obligation a finalement été précisée par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, en distinguant obligation d'adaptation et obligation de veiller au maintien du salarié dans l'emploi⁴¹⁸. Cette obligation est réciproque : elle repose à la fois sur l'employeur qui doit assurer l'adaptation de ses salariés à leur poste de travail mais également sur le salarié qui doit se soumettre à la formation proposée par l'employeur. La nécessité d'adapter, donc de prévenir une situation d'imprévision, n'a pas qu'une portée théorique : son non-respect est sanctionné, parfois lourdement. L'employeur pourra être condamné au paiement d'une indemnité spécifique⁴¹⁹, outre dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, l'éventuel abondement du compte personnel de formation prévu lors de l'entretien professionnel sexennal⁴²⁰. Du côté du salarié, la jurisprudence autorise une intervention sur le terrain disciplinaire pour celui qui refuserait de suivre les mesures d'adaptation⁴²¹, l'employeur pouvant éventuellement considérer que la faute rend le maintien du salarié dans l'entreprise impossible⁴²². Sur le fondement de la bonne foi le juge social, suivi par le législateur, a donc réduit l'intransigeance du refus d'une prise en compte de l'imprévision des parties :

⁴¹⁶ F. Géa, « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement - Une manifestation du "principe de l'ultime remède" », *RJS* 7-8/00, p. 511.

⁴¹⁷ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

⁴¹⁸ C. trav. art. L. 6321-1.

⁴¹⁹ Depuis 2007 la Cour de cassation reconnaît un préjudice distinct pour manquement à l'obligation d'adaptation (outre celui du licenciement sans cause réelle et sérieuse et la perte de chance de retrouver un emploi à la suite de la rupture) : Cass. soc., 23 oct. 2007, *Syndicat professionnel UDO c/ S.* : *Bull. civ.* V, n° 171 ; *RJS* 1/08 n° 3. Pour des illustrations plus récentes v. not. Cass. soc., 24 sept. 2015, n° 14-10.410 : dommages et intérêts de cinq mille euros en présence d'un stage de formation d'une durée d'un jour pour seize ans d'ancienneté ; Cass. soc., 5 oct. 2016, n° 15-13.594 : dommages et intérêts de six mille euros en présence de deux formations pour huit ans d'ancienneté alors que la salariée ne bénéficiait pas d'un niveau de diplôme élevé (BTS) et que l'absence de formation avait limité sa recherche d'emploi à des postes ne nécessitant pas de formation particulière et de compromettre son évolution professionnelle.

⁴²⁰ C. trav. art. L. 6315-1, II. L'abondement est de trois mille euros (C. trav. art. R. 6323-3).

⁴²¹ V. par ex. Cass. soc., 5 déc. 2007, n°06-42.904, *Melis c/ Sté Arvato services France*.

⁴²² V. par ex. Cass. soc., 13 févr. 2008, n° 06-43.785, *C. c/ Sté d'exploitation hôtelière de la Défense* ; Cass. soc., 17 avril. 2013, n°12-14.635.

lorsqu'un changement de circonstances ayant affecté l'exécution du contrat de travail par la modification du poste de travail du salarié (par exemple une innovation technologique) est retenu, l'employeur doit former le salarié pour l'adapter à ce changement (par exemple en organisant une formation sur l'utilisation du nouvel outil technique), qui lui est tenu de suivre cette formation.

142. **Obligation de reclassement.** De façon similaire, il est possible de considérer que l'obligation de reclassement introduite par la jurisprudence en 1992⁴²³ constitue bien un mécanisme de gestion de l'imprévision⁴²⁴. Le Professeur Martinon, qui lie les obligations d'adaptation au poste de travail et de reclassement « la première étant une modalité de la seconde »⁴²⁵, rappelle que « si la conjonction de ces obligations a toujours pour objet de tenter le maintien du contrat, elle a pour effet d'obliger l'employeur à réviser le contrat de travail »⁴²⁶. Au nom de l'objectif de stabilité du lien contractuel, la jurisprudence lui reconnaît une force certaine : l'employeur est tenu de rechercher loyalement et de manière approfondie les possibilités de reclassement puis de les proposer au salarié⁴²⁷. Cette obligation de réviser le contrat de travail a été validée par le Conseil constitutionnel qui considère que le droit au reclassement de salariés licenciés découlait directement du droit de chacun d'obtenir un emploi⁴²⁸. Les obligations précitées ne traduisent ainsi pas une véritable exigence consensuelle : la mise à l'écart du droit de résiliation unilatérale du contrat de travail est imposée aux parties. L'impératif de stabilité du contrat de travail a favorisé le développement d'une gestion de l'imprévision hors la voie négociée. L'application d'un mécanisme de correction négociée de portée générale, comme la révision pour imprévision, devrait se trouver limitée à certaines hypothèses.

143. **Obligation de renégocier.** D'autant plus que la loi favorise déjà la possibilité d'une correction négociée par d'autres biais. La prise en compte de l'imprévision des parties en

⁴²³ Cass. soc., 1er avril 1992 : *Bull. civ.* V, n°228, et plus récemment Cass. soc., 18 janv. 2011, n°09-69.199 : *SSL* 2011, n°1476, p.9, obs. F. Géa.

⁴²⁴ V. égal. § n°342 et s. pour une étude de l'obligation de reclassement en tant que mécanisme imposé de correction contractuelle.

⁴²⁵ A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, thèse, préf. B. Teyssié, 2005, Dalloz, n°134, p. 121.

⁴²⁶ *Ibid.*, n°131, p. 117.

⁴²⁷ Le Professeur Géa parle d'obligation « de résultat atténuée » (F. Géa, « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement - Une manifestation du « principe de l'ultime remède », *RJS* 7-8/00, p. 511).

⁴²⁸ Cons. const., déc. n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005.

droit du travail sous un angle plus large fait apparaître à nouveau ce commun accord. D'une part, à un niveau collectif le droit du travail organise une forme de renégociation, à travers les obligations de négociations périodiques⁴²⁹. D'autre part, le Doyen Carbonnier indiquait que « l'obligation de renégocier est une donnée acquise en droit du travail, et la grève vient parfois à l'appui, sans que le droit crie au chantage »⁴³⁰. Contrairement au droit civil le droit du travail connaît exceptionnellement un droit à ne pas exécuter ses obligations contractuelles pour les salariés. Le Professeur Martinon soulignait d'ailleurs que le traitement du contrat de travail du salarié gréviste « illustre remarquablement la naissance puis la maturité de l'obligation de stabilité »⁴³¹ du lien contractuel.

2 : L'usage récurrent des clauses de variation dans le contrat de travail

144. **Présence régulière au sein du contrat de travail.** Le contrat de travail lui-même peut être l'outil de gestion de l'imprévision des parties. Il est en effet courant de recourir à des clauses de variation qui permettent à l'employeur de modifier certains éléments contractuels selon les besoins de l'entreprise. Elles représentent une « prérogative contractuelle unilatérale de révision du contrat »⁴³². Sont notamment concernés le lieu de travail, la fonction du salarié, le temps de travail ou même la rémunération. Ces clauses sont régulièrement intégrées aux contrats de travail comme le démontre la jurisprudence fournie⁴³³.
145. **Clauses de *hardship* améliorées.** En pratique les clauses de variation permettent à l'employeur de s'assurer de l'accord préalable du salarié à une modification contractuelle. Il s'agit donc bien d'une forme de gestion de l'imprévision par la technique contractuelle, qui se rapproche des clauses de *hardship*. Elles ont cependant une portée plus grande que ces clauses puisqu'elles permettent de recueillir l'accord de l'une des parties en vue d'une détermination unilatérale par l'autre partie d'un élément contractuel, tandis que les clauses de *hardship* permettent simplement la demande d'un « réaménagement du contrat qui [...]

⁴²⁹ Titre IV du Livre II du Code du travail.

⁴³⁰ J. Carbonnier, *Droit civil – Tome 2 – Les biens – Les obligations*, 2^e éd. 2017, PUF, n°1067, p. 2181

⁴³¹ A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, thèse, préf. B. Teyssié, 2005, Dalloz, n°38, p. 46.

⁴³² L.-K. Gratton, *Les clauses de variation du contrat de travail*, thèse, préf. P. Rodière, 2011, Dalloz, n°38, p. 20.

⁴³³ V. § n° 90 et s.

lie [les parties] si un changement de circonstances intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur injuste »⁴³⁴. Ces clauses sont de nature à favoriser le consensualisme puisque l'accord des parties n'est pas assuré : simplement la possibilité d'une renégociation du contrat. A l'inverse, les clauses de variation peuvent avoir une éventuelle portée potestative, ce qui a conduit la jurisprudence à contrôler leur validité et leur mise en œuvre⁴³⁵.

146. **Risque de rupture du contrat de travail.** Le droit du travail, en raison des conséquences attachées à l'imprévision, et notamment la rupture du lien d'emploi, connaît donc déjà des mécanismes de nature à limiter ses effets. Cependant, dans un certain nombre d'hypothèses, le mécanisme de révision pour imprévision pourrait être utilisé pour forcer les parties à trouver un terrain d'entente, conformément à l'impératif de stabilité. Face à des situations de mise en péril du lien contractuel pour cause d'imprévision, la correction contractuelle doit être permise dans le respect du principe consensuel.

B : L'éventuelle application de la révision judiciaire pour imprévision en droit du travail

147. **Possibles applications.** Malgré la présence d'assez nombreux mécanismes permettant une prise en charge de l'imprévision des parties, il reste possible d'envisager certaines situations où le nouvel article 1195 du Code civil pourrait faciliter une correction négociée du contrat de travail. Pour envisager les applications éventuelles de ce mécanisme au contrat de travail, il convient donc de se pencher sur les diverses situations qui pourraient justifier une conciliation entre les parties à la relation professionnelle. Seront alors abordées les éventuelles imprévions du point de vue de l'employeur (1) et du point de vue du salarié (2).

⁴³⁴ B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *JDI* 1974, p. 794 s.

⁴³⁵ V. §90 et s.

1 : Eventuelles applications par l'employeur

148. **Utilité éventuelle pour l'employeur.** Il apparaît possible d'envisager quelques situations assez spécifiques où l'article 1195 pourrait venir au secours des employeurs. L'article 1195 du Code civil pourrait être utile à ces derniers pour contrecarrer les effets de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de clause de non-concurrence et de disparition de l'entreprise. En effet, la chambre sociale considère que même lorsque l'entreprise cesse son activité économique (liquidation judiciaire par exemple), l'employeur reste tenu de payer au salarié la contrepartie de sa clause de non-concurrence⁴³⁶. Cette jurisprudence a notamment été critiquée pour son caractère artificiel⁴³⁷ : l'obligation est privée de son objet par la disparition de l'entreprise et donc de toute possibilité de la concurrencer. Dès lors, le recours à l'article 1195 du Code civil pourrait éventuellement permettre à l'employeur d'obtenir du salarié une renégociation ou la résiliation de la clause de non-concurrence.
149. **Application éventuelle pour un accord collectif.** Autre application envisageable : en matière d'engagement de maintien de l'emploi ; ce qui présuppose que le droit commun des contrats soit applicable aux accords collectifs. L'accord collectif est traditionnellement perçu comme reposant sur une double nature : contractuelle et réglementaire⁴³⁸. Traitée comme un contrat pour sa formation⁴³⁹, se pose la question de l'application des règles contractuelles pour son exécution⁴⁴⁰. Plusieurs auteurs ont pu souligner que la définition offerte par l'article 1100-1 du Code civil confirme « l'application de principe du droit des contrats aux actes conventionnels [...] principaux (conventions et accords collectifs) »⁴⁴¹.

⁴³⁶ Cass. soc., 21 janv. 2015, n°13-26.374 : *RDT* 2015, p. 181, obs. L. Bento de Carvalho, *Dr. soc.* 2015, p. 374, obs. J. Mouly.

⁴³⁷ J. Mouly, « La survie de la clause de non-concurrence en dépit de la disparition de l'entreprise », *Dr. soc.* 2015, p. 374.

⁴³⁸ V. § n°275.

⁴³⁹ V. par ex. Cass. soc., 9 juill. 1996, *Fédération générale des mines et de la métallurgie CFDT c/ SA IBM France* : *Bull. civ.* V, n° 269 ; *RJS* 8-9/96, n° 953 pour une action fondée sur l'indétermination de l'objet de l'accord (anc. art. 1129 du Code civil).

⁴⁴⁰ J. Carbonnier, *Droit civil – Tome 2 – Les biens – Les obligations*, 2^e éd. 2017, PUF, n°1031, p. 2124.

⁴⁴¹ Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.* 2016, p.727. V. égal. l'article du Professeur Fabre-Magnan qui précise que « le nouvel article 1105 de l'ordonnance réaffirme en effet la règle classique selon laquelle « les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre ». Les conventions collectives n'échappent donc pas à ce socle de règles communes » (« La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », *SSL* 2016, n° 1739, p. 1715).

Selon la formulation de l'article les actes juridiques peuvent être « conventionnels ou unilatéraux » et sont en principe encadrés « pour leur validité et leurs effets » par les règles qui gouvernent les contrats. Sous réserve de règles particulières⁴⁴², l'ensemble du droit commun des contrats devrait donc pouvoir trouver application⁴⁴³. Concernant les effets des accords collectifs d'entreprise, la Cour de cassation rappelle régulièrement qu'ils restent en vigueur tant qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une dénonciation ou d'une mise en cause régulière⁴⁴⁴. En matière d'engagement de maintien de l'emploi, la fermeté de cette jurisprudence peut poser problème. Lorsqu'une entreprise procède à des licenciements économiques post-réorganisation et alors qu'elle s'était, préalablement à cette réorganisation, engagée sur un maintien de l'emploi, la Cour de cassation considère que l'engagement est toujours applicable. Ce fut notamment le cas pour une entreprise fabricante de tulle ayant souscrit un engagement de maintien de l'emploi par accord collectif. A la suite d'une réorganisation de la production l'employeur a cru pouvoir se défaire de l'engagement de maintien de l'emploi pris et les salariés ont été licenciés pour motif économique. Les juges du fond ont débouté les salariés de leur demande en considérant que l'accord de maintien de l'emploi était devenu inapplicable en raison de la réorganisation de l'entreprise avec de nouvelles conditions techniques de production, mais la Cour de cassation a censuré leur décision⁴⁴⁵. Si cette solution se comprend d'un point de vue théorique, il pourrait être possible d'atténuer le manque de pragmatisme du principe jurisprudentiel à travers le recours à l'article 1195 du Code civil. L'employeur pourrait ainsi tenter d'obtenir un accord pour une révision de son engagement de maintien de l'emploi au titre d'un changement de circonstances, sous réserve qu'il rende l'exécution de son engagement excessivement onéreuse.

⁴⁴² C. civ. art. 1105.

⁴⁴³ Le Professeur Pagnerre (Y. Pagnerre, « Droit des contrats et accords collectifs, regards croisés », *in Mélanges en l'honneur du Professeur B. Teyssié*, 2019, LexisNexis, p. 315) souligne notamment que si l'effet collectif de l'accord est de nature à permettre des dérogations au droit commun des contrats, la Cour de cassation a déjà eu recours à certains de ses principes comme la bonne foi (Cass. soc., 7 mai 2008 : *Bull. civ. V*, n° 99) ou en matière de clause pénale (Cass. soc., 8 mars 2017, n°15-26.975).

⁴⁴⁴ Cass. soc., 5 mars 2008 : *Bull. civ. V*, n° 49.

⁴⁴⁵ Cass. soc., 25 avril 2001 : *Bull. civ. V*, n°134, p. 105 ; *Dr. so.* 2001, p.772, obs. J. Mouly.

2 : Eventuelles applications par le salarié

150. **Utilité éventuelle pour le salarié.** Concernant les salariés, un tel mécanisme pourrait déployer son potentiel pour ceux faisant face à des difficultés dans l'exécution de leur contrat de travail, sans pour autant vouloir rompre ce contrat. Le mécanisme prévu par l'article 1195 du Code civil pourrait en théorie permettre de forcer l'employeur à considérer sérieusement une renégociation du contrat sous la menace d'une demande formulée auprès du juge de « réviser le contrat pour le rééquilibrer »⁴⁴⁶. En reprenant la logique de l'application du droit commun des contrats aux accords collectifs, une possibilité de recours à l'article 1195 du Code civil en droit du travail pourrait jouer concernant les accords de performance collective⁴⁴⁷. La possibilité pour ces accords d'aménager la durée du travail, la mobilité professionnelle ou même la rémunération des salariés pourrait conduire à rendre l'exécution du travail excessivement onéreuse pour le salarié. Par exemple, une modification de la durée du travail pourrait entraîner l'obligation pour le salarié de chercher une solution pour la garde de ses enfants. La conclusion de l'accord de performance collective présentera le plus souvent un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat de travail du salarié et il n'est pas possible de considérer que le salarié avait accepté par avance le risque de la conclusion d'un tel accord. Dans le cas d'accords ayant des conséquences trop lourdes pour certains salariés qui entrent dans leur champ, sans pour autant remettre en cause sa force obligatoire vis-à-vis de la collectivité, l'article 1195 du Code civil pourrait s'affirmer comme une voie de contournement individuel de l'application de l'accord et d'une éventuelle conciliation sur des conditions plus avantageuses.
151. **Imprévision et clause de mobilité.** L'article 1195 pourrait également jouer un rôle important dans le domaine de la mobilité géographique du salarié. La jurisprudence actuelle de la Cour de cassation autorise la seule prise en compte du dernier lieu de travail pour dessiner les frontières du secteur géographique de mobilité du salarié⁴⁴⁸. Cette

⁴⁴⁶ M. Fabre-Magnan, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », *SSL* 2016, n° 1739, p. 1715.

⁴⁴⁷ Pour une étude plus détaillée de ces accords v. § n° 293 et s.

⁴⁴⁸ V. not. le commentaire de B. Bossu concernant l'arrêt du 3 mai 2006 (Cass. soc., 3 mai 2006) : *Bull. civ. V*, n° 158 ; *RJS* 7/06, n° 88) : « appréciation du secteur géographique en cas de mutations successives d'un salarié », *JCP S* 2006, 1666.

solution autorise théoriquement l'employeur à progressivement éloigner le lieu de travail du salarié de façon indéfinie⁴⁴⁹. Si une première mutation dans le secteur géographique peut imposer un allongement du temps de trajet depuis le domicile qui reste acceptable, une seconde mutation dans le deuxième secteur géographique (ayant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat comme dans le cas d'une réorganisation) pourrait aboutir à rendre l'exécution du contrat de travail du salarié excessivement onéreuse. Par exemple le salarié pourrait être contraint de prendre un nouveau moyen de transport plus rapide ou plus flexible mais plus cher, comme une voiture alors qu'il utilisait jusqu'alors les transports en commun. Evidemment, l'article 1195 du Code civil ne pourrait jouer que sous réserve pour les juges de considérer que le temps de trajet domicile – lieu de travail relève bien de l'exécution du contrat de travail⁴⁵⁰. Le salarié ne pouvant pas avoir accepté à l'avance une multiple mutation professionnelle par la mise en œuvre de la clause de mobilité, l'article 1195 du Code civil pourrait permettre de rééquilibrer les potentiels effets pervers d'une jurisprudence parfois critiquée pour son caractère trop objectif⁴⁵¹. Cette éventuelle application pourrait toutefois perdre son intérêt si une jurisprudence récente du Conseil d'Etat relative à une succession de mobilités imposées à un salarié protégé sans clause de mobilité venait à être généralisée par la Cour de cassation aux autres salariés. Selon cette décision, « sous réserve de la mention au contrat de travail d'une clause de mobilité ou de fonctions impliquant par elles-mêmes une mobilité, tout déplacement du lieu de travail du salarié, ce qui doit être distingué de déplacements occasionnels, dans un secteur géographique différent du secteur initial constitue une modification du contrat de travail »⁴⁵². Cependant, ce recours à la notion de modification du contrat n'apparaît pas la plus opportune. Comme le soulignait le Professeur Bossu, il peut être absurde de

⁴⁴⁹ Le Professeur Bossu a pu souligner que les mobilités successives imposées dans le but de nuire au salarié pourraient être sanctionnées comme « manquement à l'exigence de bonne foi contractuelle dans la mise en œuvre d'un changement des conditions de travail » (B. Bossu, « Appréciation du secteur géographique en cas de mutations successives d'un salarié », *JCP S* 2006, 1666).

⁴⁵⁰ A ce titre il apparaît possible de considérer que temps de trajet relève bien du champ de l'exécution du contrat de travail puisque si le Code du travail considère que le temps de trajet n'est pas du temps de travail effectif (C. trav. art. L. 3121-4 : même lorsqu'il excède le temps de déplacement domicile – lieu de travail normal, « le temps de trajet litigieux ne constituait pas un temps de travail effectif et ne pouvait donner lieu qu'à contrepartie » cf. Cass. soc., 24 sept. 2014, n° 12-29.209, *Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (Afp)* c/ *G.* : *RJS* 12/14, n° 866), le Code de la sécurité sociale lui rappelle que l'accident survenu sur le trajet entre le domicile et le lieu de travail est considéré comme un accident du travail (C. séc. soc. art. L. 411-2).

⁴⁵¹ F. Canut, « Le secteur géographique », *Dr. soc.* 2011, p. 923 ; G. Auzero et F. Canut, « Le juge et la modification du contrat de travail », in « L'accord et le juge du travail », *Dr. soc.* 2017, p. 11 s., spéc. p. 17.

⁴⁵² CE, 29 juin 2020, n° 428694 : *Lebon* 2020.

« déterminer le périmètre du secteur géographique en s'appuyant sur le lieu de travail initial qui a pu être remis en cause depuis plusieurs années »⁴⁵³. L'intérêt du recours au mécanisme de révision pour imprévision est notamment de favoriser une conciliation au niveau individuel, par la prise en compte des circonstances propres à chaque relation contractuelle.

152. **Clause de mobilité.** D'autre part, il serait possible d'envisager l'application du mécanisme de révision pour imprévision pour un salarié dont le contrat de travail contiendrait une clause de mobilité précise mais dont le périmètre est étendu. En raison d'évènements de nature personnelle comme l'obligation de s'occuper d'un parent malade il lui serait nécessaire de rester proche de cette personne. Dans le cas contraire il serait obligé d'engager des frais importants pour que quelqu'un d'autre s'occupe de son parent. Traditionnellement s'il refusait de se voir appliquer la clause il risquait alors un licenciement⁴⁵⁴. Un salarié ne souhaitant pas perdre son emploi tout en refusant l'application de la clause de mobilité pourrait alors recourir à la procédure de l'imprévision pour tenter de trouver un compromis avec son employeur. S'il existe un congé de solidarité familiale et de proche aidant qui est de droit, il n'est réservé qu'à certaines hypothèses définies par les textes et surtout n'est pas rémunéré⁴⁵⁵. Il pourrait donc être intéressant pour le salarié de « forcer » une négociation à ce sujet. Cependant le Professeur Pagnerre souligne le peu d'hypothèses où le changement de circonstances introduirait une exécution excessivement onéreuse pour le salarié⁴⁵⁶. La nature de son obligation, l'exécution d'une prestation, ne lui impose en effet pas de « coûts » directs. Ce n'est qu'en retenant une acceptation large du caractère onéreux de l'exécution, incluant les coûts indirects pour le salarié liés au changement imprévisible de circonstances, que le mécanisme de révision pour imprévision pourrait jouer. La doctrine⁴⁵⁷ souligne également le fait que le terme circonstances peut être défini comme un ensemble de faits extérieurs à la personne affectée. Dès lors la condition d'extériorité serait requise pour caractériser ces circonstances :

⁴⁵³ B. Bossu, « Appréciation du secteur géographique en cas de mutations successives d'un salarié », *JCP S* 2006, 1666.

⁴⁵⁴ Il existe également un congé de solidarité familiale qui peut être demandé par le salarié (v. § n° 386 pour une étude de sa capacité de correction au titre du passage à temps partiel) mais qui ne représente pas toujours une solution adéquate en raison de son caractère en principe non rémunéré.

⁴⁵⁵ V. § 387 et s.

⁴⁵⁶ V. note n° 413.

⁴⁵⁷ O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2e éd. 2018, LexisNexis, p. 444.

l'affaiblissement d'un parent relève-t-il de cette nécessaire extériorité ? Rien n'est moins sûr. Il est cependant possible d'opposer à cette analyse une comparaison avec la force majeure : l'étude de la jurisprudence dans ce domaine démontre que la condition d'extériorité est plus qu'incertaine. Il a notamment été admis que la survenance d'une maladie pour un débiteur constituait bien un cas de force majeure⁴⁵⁸. Il semble donc tout à fait possible de reconnaître un recours au futur article 1195 du Code civil pour le salarié en raison de problèmes d'origine personnelle.

153. **Bilan.** A la suite de l'introduction du mécanisme de révision pour imprévision par la réforme du droit commun des contrats, la question du véritable objectif poursuivi par le législateur se pose. A la lecture des conditions de mise en œuvre et des différentes étapes prévues par le texte il est en effet permis de considérer que le mécanisme prévoit, plutôt qu'un droit à la révision, un droit à la renégociation du contrat. Dans ce cadre le mécanisme de révision pour imprévision pourrait constituer un mécanisme de correction négociée du contrat de travail : il peut entériner une modification du contrat à la suite d'une négociation entre les parties. Malgré une prise en charge de l'imprévision des parties à la relation professionnelle déjà favorisée, il apparaît que certaines situations pourraient bénéficier de son application. Face à ces différentes hypothèses, la capacité correctrice de ce mécanisme serait propice à une mise en avant de l'exigence consensuelle pour le maintien du lien contractuel. Un autre mécanisme issu de la réforme du droit commun des contrats mérite également d'intégrer le champ des mécanismes de correction négociée du contrat de travail. En effet, la cession de contrat prévue aux articles 1216 et suivants du Code civil pourrait offrir, par le biais d'une négociation tripartite, une sécurité supplémentaire à une pratique courante des employeurs.

Section II : Le rôle de la cession négociée de la qualité d'employeur

154. **Un mécanisme « remarquable ».** A l'occasion de la réforme du 10 février 2016, le législateur a introduit un mécanisme longtemps souhaité par la doctrine⁴⁵⁹ : la cession de contrat. Le qualificatif « remarquable » semble dominer les esprits quand il s'agit

⁴⁵⁸ Cass. AP, 14 avril 2006 : *Bull. civ. AP*, n° 5 p. 9 ; *RTD civ.*, 2006, p. 775, obs. P. Jourdain.

⁴⁵⁹ V. not. la thèse de L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. Ph. Malaurie, 1984, Economica.

d'évoquer cette évolution du droit civil : l'introduction de ce mécanisme constitue l'un « des apports les plus remarquables de la réforme »⁴⁶⁰ et figure « parmi les innovations remarquables de l'ordonnance »⁴⁶¹. La cession de contrat (ou plutôt la cession de la qualité de partie au contrat selon les termes du Code civil) préexistait à la réforme mais sous des formes spécifiques comme en matière immobilière : cession du contrat de bail à construction⁴⁶² par exemple ou encore cession du contrat de vente d'immeuble à construire⁴⁶³. En outre, de nombreuses cessions de contrat prenaient place sans cadre juridique formel comme pour la cession de marché⁴⁶⁴. L'apport de la réforme est donc de proposer un régime général *a priori* applicable à tous types de contrats, incluant notamment le contrat de travail. Du point de vue des relations professionnelles justement, la question des modalités du transfert du contrat de travail par changement d'employeur, est bien légalement précisée en cas de transfert collectif⁴⁶⁵, mais se posait pour un transfert purement individuel. La situation la plus courante est celle du passage d'un salarié d'une société à une autre lorsqu'elles appartiennent au même groupe de sociétés. Si ce transfert a pu sembler pendant un temps compromis au regard de certaines interprétations jurisprudentielles, la doctrine s'est interrogée sur la possible application du mécanisme de la cession de contrat avant même qu'il ne soit prévu par le Code civil⁴⁶⁶ (I). Le mécanisme détaillé aux articles 1216 et suivant du Code civil devrait donc offrir stabilité et sécurité dans le cadre des relations tripartites professionnelles. Issu de la pratique, des auteurs⁴⁶⁷ ont déjà pu souligner son objectif d'organisation d'un maintien du lien contractuel par la mobilité professionnelle mise en œuvre. Cette mobilité s'organise par le biais d'un

⁴⁶⁰ O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 2e éd. 2018, LexisNexis, p. 517.

⁴⁶¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil - Les obligations*, 12e éd. 2018, Dalloz, n°1665, p. 1736.

⁴⁶² C. construction et de l'habitat art. L. 251-3.

⁴⁶³ C. civ. art. 1601-4.

⁴⁶⁴ Cass. com., 7 janv. 1992 : *Bull. civ.* IV, n°3; *D.* 1992, Somm. 278, L. Aynès; *RTD civ.* 1992, p. 762, obs. Mestre ; *CCC* 1992, comm. n°110, obs. Leveneur: l'arrêt accepte que « les droits et obligations [d'un contractant] soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti » alors même que le contrat était *intuitu personae*.

⁴⁶⁵ V. § n° 418 et s.

⁴⁶⁶ V. G. Couturier, « Il n'est de résiliation d'un commun accord que la rupture conventionnelle - Sur l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 15 octobre 2014 », *Dr. soc.* 2015, p. 32.

⁴⁶⁷ F. Favennec – Héry, « Vers la reconnaissance d'un droit spécifique du transfert des salariés », *SSL* 2015, n° 1664, p. 8 ; G. Couturier, « Il n'est de résiliation d'un commun accord que la rupture conventionnelle - Sur l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 15 octobre 2014 », *Dr. soc.* 2015, p. 32 ; A. Casado, C. Jacquélet, P. Romatet, « Regards croisés sur les transferts conventionnels de contrats à l'aune de l'arrêt du 15 octobre 2014 », *SSL* 2015, n° 1667, p. 38.

mécanisme correctif : la correction contractuelle est centrée sur le changement d'une des parties au contrat. Son application au contrat de travail supposerait cependant d'assurer le respect d'une exigence renforcée de consensualisme (II).

I : L'impossible transfert individuel du contrat de travail

155. **Variété des fondements.** Préalablement à l'introduction du régime de la cession de contrat aux articles 1216 et suivants du Code civil, le transfert individuel du contrat de travail de certains salariés était déjà pratiqué sous différentes formes, notamment au sein de groupes de sociétés : reprise du régime de l'article L. 1224-1, rupture du contrat de travail puis nouvelle embauche, recours à la GPEC, etc.⁴⁶⁸. En raison des liens qui unissent les personnes morales dans ce type de structure, la mobilité du salarié qu'elle soit professionnelle et/ou géographique, est souvent facilitée. Cependant, la nature du contrat de travail et ses règles spécifiques ont pu faire douter de l'efficacité d'une telle opération (A). Plusieurs mécanismes de droit commun des contrats ont alors pu être envisagés pour encadrer cette pratique des transferts individuels des salariés, sans toutefois être parfaitement satisfaisants, ce qui met en évidence l'intérêt d'un régime *ad hoc* (B).

A : Les obstacles au transfert individuel du contrat de travail

156. **Nature des obstacles.** Le transfert individuel du contrat de travail d'un employeur à l'autre avant l'introduction de la cession du contrat faisait face à un certain nombre d'obstacles à sa mise en œuvre. Ces barrières étaient de nature à faire douter d'une véritable possibilité de correction du contrat de travail par sa cession entre deux employeurs. La première difficulté tient au refus d'une indétermination de la cession projetée, notamment en raison de la nature éminemment *intuitu personae* du contrat de travail (1). La seconde n'est apparue que plus tardivement, à la faveur d'une jurisprudence limitant les possibilités de résiliation amiable du contrat de travail (2).

⁴⁶⁸ F. Favennec – Héry, « Vers la reconnaissance d'un droit spécifique du transfert des salariés », *SSL* 2015, n° 1664, p. 8 et « Le transfert de salariés : une convention autonome », *SSL* 2016, n° 1739, p. 4.

1 : Le refus d'une indétermination contractuelle

157. **Définition.** Le transfert du contrat de travail du salarié peut intervenir de différentes manières. Le droit français a notamment organisé très tôt le régime juridique des transferts d'entreprises. En effet, à partir de la loi du 19 juillet 1928, le principe du maintien des contrats de travail en cours, et donc de leur transfert au nouvel employeur, a été posé au niveau national⁴⁶⁹. Dans cette hypothèse le transfert est collectif : il vise à maintenir la collectivité de travail. Cependant, le transfert du contrat de travail peut également intervenir au niveau individuel et notamment pour organiser la mobilité de certains salariés. Le transfert du contrat de travail est alors un mode informel de mobilité particulièrement utilisé dans les groupes de sociétés. Selon le Professeur Camerlynck un tel transfert est une « opération juridique par laquelle un travailleur sur invitation du premier employeur quitte son poste pour passer au service d'un nouvel employeur »⁴⁷⁰. Cette définition n'offre cependant pas de précisions sur le régime juridique applicable.
158. **L'impossible cession de la qualité de partie ?** Au contraire du transfert collectif, le transfert individuel du contrat de travail ne possédait donc pas de régime juridique distinct. Il ne relève notamment pas des régimes classiques de rupture du contrat de travail. Comme le souligne la Professeure Favennec-Héry, il s'agit là d'organiser « la continuité de la relation de travail »⁴⁷¹. Il ne relève pas non plus du régime de la mise à disposition ou du détachement de salariés, qui sont des mesures limitées dans le temps. Dès lors, la pratique a eu très souvent recours à la forme permettant le plus de flexibilité : la voie contractuelle. Cependant, un premier obstacle à un transfert du contrat de travail pouvait provenir de sa nature de contrat *intuitu personae*. Le contrat de travail est l'un des contrats où la considération de la personne du cocontractant est en principe essentielle. Comme le relève le Professeur Aynès dans ce type de contrat « changer la personne, c'est changer le contrat »⁴⁷². Or, selon son analyse toute cession de la qualité de partie devrait être, en

⁴⁶⁹ V. pour une étude plus approfondie de la capacité correctrice du transfert collectif des contrats de travail § n°417 et s.

⁴⁷⁰ G. -H. Camerlynck, *Traité de droit du travail - Le contrat de travail*, 1968, Dalloz, n°62, p. 113.

⁴⁷¹ F. Favennec – Héry, « Vers la reconnaissance d'un droit spécifique du transfert des salariés », *SSL* 2015, n° 1664, p. 8.

⁴⁷² L. Aynès, « Le caractère intuitu personae d'un contrat de maintenance informatique ne fait pas obstacle à sa cession dès lors que le client cédé y a consenti, même implicitement », *D.* 1992, p. 278.

principe, interdite pour ce type de contrat⁴⁷³. A l'inverse, le Professeur Camerlynck soulignait que le salarié était avant tout attaché à son activité, plutôt qu'à l'employeur⁴⁷⁴.

159. **L'échec des clauses de mobilités intra-groupe.** La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation n'a en tout cas pas complètement banni cette forme de mobilité individuelle. Mais elle est venue préciser à quelles conditions elle pouvait avoir lieu, au regard de la nature *intuitu personae* du contrat de travail. Les employeurs avaient tenté de sécuriser la mobilité de leurs salariés et d'organiser ses modalités au sein du groupe en amont, directement dans le contrat originel. Pour ce faire, la voie contractuelle a été envisagée par le biais d'une clause de mobilité dont le périmètre n'est pas géographique mais juridique, coïncidant avec la définition du groupe. Aussi, à la différence des clauses de mobilité géographiques classiques, la clause de mobilité intra-groupe suppose un changement d'employeur. Le salarié ne change pas uniquement d'établissement : il change de contractant. Or, d'une part, « jamais la contractualisation n'est anonyme »⁴⁷⁵. Natalie Mihman soulignait à cet égard que la possibilité d'accepter par avance une cession du contrat dont les modalités sont alors inconnues représente « une forme de dévoiement » du consentement⁴⁷⁶. Le grief de potestativité pourrait effectivement toucher la clause⁴⁷⁷. D'autre part, l'acceptation par avance à ce changement de contractant, alors inconnu puisqu'il peut s'agir de l'une ou l'autre des sociétés du groupe, ne peut de plus avoir lieu en raison de la nature *intuitu personae* du contrat de travail. La jurisprudence a ainsi précisé que de telles clauses de mobilité étaient nulles : le salarié « ne peut accepter par avance un changement d'employeur » et donc « la clause de mobilité par laquelle le salarié lié par contrat de travail à une société s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe ou à la même unité économique et sociale, est nulle »⁴⁷⁸.

⁴⁷³ « Toute cession est impossible, et l'acceptation du cédé n'y change rien : ces contrats sont par essence personnels » : L. Aynès, *ibid.*

⁴⁷⁴ G.-H. Camerlynck, « Identité d'entreprise ou identité d'emploi ? », *D.* 1978, p. 269.

⁴⁷⁵ Ch Jamin et M. Biliau, « Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé », *D.* 1998, p. 145.

⁴⁷⁶ N. Mihman, *La mobilité juridique des rapports de travail*, thèse, dir. A. Lyon-Caen, 2018, Université Paris Nanterre, n° 428, p. 400.

⁴⁷⁷ C. Lefér, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, thèse, dir. J.-M. Olivier, 2016, Université Panthéon-Assas, n°150, p. 140.

⁴⁷⁸ Cass. soc., 23 sept. 2009, *Renault* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 191 ; G. Auzero, « Les clauses de "mobilité" intragroupes condamnées », *RDT* 2009, p. 647 ; A. Chirez, « Le changement « volontaire » d'employeur : une novation exigeant l'acceptation expresse du salarié en cours de contrat », *Dr. ouvr.* 2010, n°738, p. 17.

160. **L'acceptation du salarié à l'occasion du transfert.** A la suite de ce rejet d'une pratique habituelle au sein de nombreux groupes de sociétés, la Cour de cassation a indiqué les conditions pour la bonne réalisation du transfert. L'obtention de l'accord du salarié à l'occasion du transfert, et non préalablement à ce dernier, est l'élément clé pour pouvoir y procéder. Dans un arrêt de 2004 notamment, la Cour de cassation a pu rapprocher ce transfert du régime consensuel de la modification du contrat de travail⁴⁷⁹. Au regard de cette jurisprudence, la pratique s'est alors tournée vers deux voies d'organisation de la mobilité du salarié. D'une part, elle peut être organisée par les entreprises à l'occasion de la négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, tout en retenant la nécessité d'un accord individuel du salarié. Des accords de groupe ont notamment pu formuler cette exigence d'un accord du salarié avant de procéder au transfert⁴⁸⁰. D'autre part, le transfert du contrat de travail du salarié peut être organisé non pas en amont, mais à l'occasion d'un accord *ad hoc* et tripartite entre l'employeur initial, le salarié et le futur employeur. Dans ce cadre, l'acte de transfert organisera les modalités par ses différentes clauses (maintien ancienneté, rémunération, etc.). Ces deux options préservent ainsi la liberté de choix du salarié.

2 : L'apparente exclusivité de la rupture d'un commun accord homologuée

161. **Accord de rupture.** L'autre difficulté principale pour la mise en œuvre de ce mécanisme de correction du contrat tient aux règles propres au droit du travail : la question du régime applicable à la rupture du contrat de travail a été soulevée. En effet, le transfert individuel d'un salarié vers une autre entité était souvent organisé pour des raisons de sécurité juridique en deux étapes concomitantes. Pour évincer toute responsabilité future vis-à-vis du salarié sur le départ, les entreprises prévoyaient généralement la rupture du contrat de travail initial et, concomitamment, la création d'un nouveau contrat presque identique avec

⁴⁷⁹ Cass. soc., 22 sept. 2016, n°14-24.358. V. égal. Cass. soc., 5 mai 2004 : *Bull. civ.* V, n° 120, p. 109 ; *Dr. soc.* 2004, p. 793, *RJS* 07/04, n°794.

⁴⁸⁰ Par ex., l'accord du groupe Safran sur la GPEC de 2015 précise à son article 4.4.2 que les mobilités « s'effectuent dans le cadre de la signature d'une convention de mutation concertée tripartite entre la société d'origine, la société d'accueil et le salarié ». L'accord d'anticipation et d'accompagnement social du groupe Carrefour de 2019 précise lui que « la mobilité au sein d'une société différente du Groupe sera formalisée par la signature d'un nouveau contrat de travail avec la société d'accueil aux conditions applicables dans cette dernière, notamment en matière de statut collectif ».

le nouvel employeur. Pour ce faire, les parties s'appuyaient sur une jurisprudence traditionnelle prévoyant que la résiliation du contrat de travail par accord des parties était possible en dehors du régime du licenciement ou de la démission⁴⁸¹. Cependant, la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail a introduit le mécanisme de la rupture conventionnelle homologuée, dont l'application est impérative⁴⁸². Ce nouveau mode de rupture a alors entraîné des doutes sur sa portée et la possibilité d'une éventuelle remise en cause de la jurisprudence précitée. La mise en œuvre d'une rupture amiable, sans aucunes indemnités versées en raison de la continuité de l'emploi avec une autre société, aurait alors été impossible, mettant en péril l'existence du dispositif au regard du coût supplémentaire désormais associé à sa mise en œuvre. En effet, s'il n'était pas possible de convenir entre les parties d'une résiliation du contrat de travail hors le régime de la rupture conventionnelle homologuée, les employeurs seraient tenus à l'obligation de verser une indemnité selon l'ancienneté du salarié. Cependant, malgré la formulation générale du dispositif de la rupture conventionnelle, certaines exceptions légales échappaient déjà à son champ d'influence. Il s'agit de dispositions qui prévoient explicitement des ruptures d'un commun accord n'impliquant pas le recours à la rupture conventionnelle. Les ruptures d'un commun accord du contrat à durée déterminée⁴⁸³ ou du contrat d'apprentissage⁴⁸⁴ entrent notamment dans cette catégorie. Les accords de rupture qui résultent des mécanismes de négociation collective comme la gestion prévisionnelle de l'emploi⁴⁸⁵ ou les plans de sauvegarde de l'emploi⁴⁸⁶ sont également exclus⁴⁸⁷. La possibilité d'une rupture par accord entre les parties quand cette rupture a pour seul objet de permettre la continuité de l'emploi du salarié avec un nouvel employeur pouvait donc être envisagée.

162. **Confirmation.** Un arrêt du 15 octobre 2014 a confirmé la généralité du régime de la rupture conventionnelle homologuée : il doit s'appliquer en principe à toute rupture d'un commun

⁴⁸¹ Cass. soc., 2 déc. 2003 : *Bull. civ.* V, n° 308 et 309 ; *D.* 2004, p. 106 ; *Dr. soc.* 2004, p. 279, étude F. Favennec-Héry ; *ibid.*, p. 318, obs. J. Savatier.

⁴⁸² C. trav. art. L. 1231-1 et s.

⁴⁸³ C. trav. art. L. 1243-1.

⁴⁸⁴ C. trav. art. L. 6222-18.

⁴⁸⁵ C. trav. art. L. 2242-15.

⁴⁸⁶ C. trav. art. L. 1233-61.

⁴⁸⁷ C. trav. art. L. 1237-16.

accord du contrat de travail⁴⁸⁸. La Cour de cassation a, à cette occasion, affirmé sa lecture stricte des dispositions du Code du travail, impliquant que la rupture d'un commun accord prévue à l'article L. 1231-1 du Code du travail s'exprime en réalité entièrement à travers le régime de la rupture conventionnelle homologuée prévue à l'article L. 1237-11 du Code du travail, sauf exception prévue par la loi. Cependant, comme le souligne le Professeur Favennec-Héry, la situation du transfert de salarié était différente des hypothèses désormais encadrées par la jurisprudence⁴⁸⁹. L'originalité du transfert individuel d'un salarié et notamment l'absence de véritable volonté de rupture du lien d'emploi permettait en effet de penser que l'arrêt rendu par la chambre sociale n'avait pas forcément à s'appliquer face à une situation qui « a pour objet et pour effet d'organiser la continuité de la relation de travail »⁴⁹⁰.

163. **Contournement des blocages jurisprudentiels.** L'organisation du transfert individuel du contrat de travail semblait *a priori* compromise, que ce soit par la mise en œuvre d'une clause de mobilité intra-groupe ou par le recours à une rupture par accord entre les parties. La Cour de cassation a effectivement refusé d'organiser une méconnaissance trop évidente de l'exigence de détermination des prestations et a confirmé l'exclusivité de la rupture conventionnelle homologuée des contrats de travail. La pratique a alors envisagé un certain nombre de mécanismes juridiques alternatifs, pour sécuriser le transfert individuel du contrat de travail du salarié.

B : Les solutions envisagées pour le transfert individuel du contrat de travail

164. **Mécanismes tripartites de droit civil.** Face aux obstacles posés par la jurisprudence, la pratique ou la doctrine ont tenté de se raccrocher à certains mécanismes de droit civil pour assurer la validité de l'opération de transfert. En particulier, le transfert impliquant trois personnes différentes, le choix de mécanismes juridiques tripartites semblait évident. Ceux retenus, s'ils permettent une correction du contrat de travail par modification de l'une des parties, ne se prêtent qu'imparfaitement à l'objectif du transfert individuel du contrat de

⁴⁸⁸ Cass. soc., 15 oct. 2014 : *Dr. soc.* 2015, p. 32, note G. Couturier, *SSL* 2015, n°1693, p. 16, note F. Favennec-Héry.

⁴⁸⁹ V. note n° 471.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

travail (1). D'autres mécanismes de correction consensuelle ont pu être envisagés, notamment pour tenter d'échapper à l'obligation de suivre le régime de la rupture conventionnelle homologuée, sans pour autant mieux correspondre à la réalité du transfert (2).

1 : Limites à l'application de certains mécanismes tripartites

165. **Novation.** Le recours au mécanisme de la novation pour mettre en œuvre les transferts individuels des salariés a pu être tenté. Il est d'ailleurs possible de retrouver au sein de certains accords de groupe la référence à ce mécanisme⁴⁹¹. Depuis la réforme du droit des contrats opérée en 2016⁴⁹², le régime antérieur de la novation a été maintenu mais simplifié dans sa présentation. Le Code civil propose désormais une définition du mécanisme : la novation consiste en une opération juridique par laquelle les parties décident de substituer une obligation nouvelle à une obligation préexistante, qui est corrélativement éteinte⁴⁹³, et peut être opérée par changement de débiteur ou de créancier⁴⁹⁴. Le mécanisme a donc une portée correctrice mais s'inscrivant dans un « schéma d'extinction de la relation contractuelle »⁴⁹⁵ tripartite. Il est possible de comprendre l'attrait des rédacteurs pour un mécanisme ayant de grandes similitudes avec la réalité du transfert individuel de salariés. Outre l'implication de trois parties différentes lorsqu'elle concerne une substitution de débiteur ou de créancier, la novation par l'extinction et la création simultanée qu'elle provoque, pouvait sembler convenir pour le transfert d'un salarié d'une entreprise à une autre. D'ailleurs, par un arrêt du 8 avril 2009 la Cour de cassation a semblé indiquer que le transfert du contrat de travail pouvait s'effectuer à l'aide du mécanisme prévu à l'article 1271 du Code civil⁴⁹⁶.

166. **Application au transfert individuel du contrat de travail**⁴⁹⁷. Au regard de sa définition, le choix de la novation peut être critiqué. La novation constitue une opération portant sur

⁴⁹¹ V. not. Accord Caisse des dépôts, 29 janv. 2010, art. 6.

⁴⁹² V. note n° 124.

⁴⁹³ C. civ. art. 1329.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ A. Martinon, « L'organisation de la mobilité dans les groupes », *JCP S* 2013, 1079.

⁴⁹⁶ Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 08-41.046 : *D.* 2009, p. 1282, obs. B. Ines ; *JCP S* 2009, 1339, note P. Morvan.

⁴⁹⁷ Concernant une éventuelle application de la novation aux transferts collectifs de l'article L. 1224-1 du Code du travail v. § n° 428 et pour les transferts collectifs conventionnels v. § n° 446.

une obligation et non sur le contrat lui-même⁴⁹⁸. Comme le relève le Professeur Couturier « dans le code civil, c'est de la novation de l'obligation qu'il est question ; le glissement de l'une à l'autre [des catégories] est problématique »⁴⁹⁹. Le mécanisme ne semble pas correspondre réellement à l'opération menant au transfert du contrat de travail. En effet et conformément à l'opinion exprimée par la Professeure Favennec-Héry, la novation par changement de débiteur n'entraîne effectivement pas de véritable transmission⁵⁰⁰. La novation éteint la première obligation pour la remplacer par une nouvelle obligation. Il n'y a donc pas de transfert des garanties ou des exceptions de la première obligation ou attachées à la partie substituée, contrairement à ce qui est attendu en cas de transfert individuel du contrat de travail. La problématique de la rupture du contrat initial est donc toujours présente et la Cour de cassation pourrait une fois de plus s'avérer réticente à accepter un mode de rupture du contrat d'un commun accord, hors la procédure de rupture conventionnelle.

167. **Délégation.** Une autre opération tripartite envisagée était celle de la délégation parfaite. Anciennement, elle ne disposait pas d'un régime spécifique au sein du Code civil, étant mêlée à celui de la novation. Depuis la réforme de 2016 du droit des contrats, le Code civil contient une section consacrée à la délégation. Il s'agit ainsi de l' « opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur »⁵⁰¹. Encore une fois, il s'agit d'un mécanisme au potentiel correcteur dont la nature est assimilable à un transfert individuel du contrat de travail. Une distinction est ainsi effectuée entre délégation parfaite et imparfaite⁵⁰². Dans le premier cas, la volonté du délégataire de décharger le délégant doit résulter expressément de l'acte de délégation, ce qui permet alors d'opérer une novation. Dans le second cas, en l'absence de décharge de la dette, la délégation va offrir au délégataire un second débiteur. Le transfert du contrat de travail pourrait ainsi intervenir par accord de délégation entre le salarié et les deux employeurs.

⁴⁹⁸ C. civ. art. 1329 : « La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée ».

⁴⁹⁹ V. note n° 466.

⁵⁰⁰ V. note n° 471.

⁵⁰¹ C. civ. art. 1336.

⁵⁰² C. civ. art. 1337 et 1338.

168. **Difficultés de la délégation imparfaite.** Cette opération pourrait être plus intéressante que celle de la novation en ce qu'elle prévoit expressément la possibilité de transfert au délégataire des exceptions tirées de la relation entre le délégué et le délégant. Cependant, le principe reste l'inopposabilité des exceptions : c'est uniquement en cas de stipulation expresse à ce sujet que pourront être transférées les exceptions de la première relation professionnelle. En outre, s'il semble peu probable que les employeurs acceptent de conclure une délégation imparfaite, la jurisprudence dans certains cas pourrait reconnaître le caractère imparfait de la délégation. Dans ce cas, le délégataire (le salarié) pourrait se tourner à la fois vers son employeur actuel (le délégué) pour exiger l'exécution de ses obligations ou les conséquences attachées à leur inexécution, mais aussi envers le délégant (employeur préalable). Le recours à ce mécanisme pourrait donc être source d'insécurité juridique pour les contractants employeurs. La novation comme la délégation ne semblent donc pas convenir parfaitement pour la réalisation du transfert du contrat de travail.

2 : Solutions alternatives à la rupture du contrat de travail

169. **Mécanismes de droit du travail.** La pratique a également cherché, au sein des règles propres au droit du travail, des mécanismes proches de celui du transfert individuel du contrat de travail. La transposition de leur régime permettrait ainsi d'encadrer l'opération juridique envisagée. Dès 1961 des auteurs ont suggéré l'idée d'appliquer volontairement le régime impératif prévu en cas de transfert d'entreprises⁵⁰³. L'article 1224-1 du Code du travail prévoit en effet que « les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». Le nouvel employeur est donc tenu, à l'égard des salariés, des mêmes obligations que l'ancien employeur. Du point de vue individuel, cela permettrait de garantir le transfert de la relation professionnelle dans son ensemble à un nouvel employeur. Cependant, la jurisprudence a rejeté cette solution rappelant que l'opération de transfert individuel au sein d'un groupe ne relève pas du champ d'application de L. 1224-1 du Code du travail. Il ne s'agit en effet pas d'une modification dans la situation juridique de l'employeur. En outre, la généralisation du transfert conventionnel entraînerait une obligation de garantie du passif qui obligerait le nouvel employeur à devoir prendre en charge toute inexécution des

⁵⁰³ H. Sinay, « Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise », *JCP* 1961, 1647.

obligations de l'ancien employeur. Cet effet semble fortement indésirable pour les parties au transfert.

170. **La personnalité morale du groupe.** Offrir la personnalité morale au groupe a pu sembler également une solution intéressante car elle permettrait d'éviter l'ensemble des problématiques liées au changement d'employeur et donc de partie contractante. Le Professeur Despax soulignait qu'en pratique « à la communauté de capitaux, à la communauté de directeurs que connaissent les entreprises faisant partie d'un même groupe vient le plus souvent s'ajouter une communauté de personnel : celui-ci est interchangeable et passe suivant les besoins du service et de l'avancement d'une société à une autre » précisant que la vision juridique classique qui tend à négliger les effets de l'appartenance d'une société à un groupe constituait « une vision juridique manifestement tronquée »⁵⁰⁴. Dans le cadre d'un groupe ayant la personnalité morale, les affectations du salarié aux différentes sociétés ne pourraient représenter une atteinte au contrat de travail car l'employeur du salarié serait le groupe dans son ensemble. Cette solution ferait notamment échec à la jurisprudence *Renault* de 2009⁵⁰⁵ interdisant les clauses de mobilité intra-groupe. Dès lors la mobilité du salarié serait uniquement appréciée au regard de sa justification et de sa proportionnalité selon la jurisprudence classique relative aux clauses de mobilité géographique⁵⁰⁶. Cependant une telle réforme semble peu probable ; elle se heurterait à de trop nombreuses difficultés. La notion de groupe est avant tout fluctuante : il est naturel de modifier son périmètre au cours du temps. Plus généralement, offrir la personnalité morale au groupe pourrait s'avérer un choix insatisfaisant à plusieurs égards. Si techniquement la reconnaissance de la personnalité morale au groupe pourrait être possible en vertu de la jurisprudence du 28 janvier 1954⁵⁰⁷, elle semble inopportune. Le Professeur Teyssié soulignait ainsi l'absence d'un élément clé du régime juridique de la personnalité morale

⁵⁰⁴ M. Despax, « Groupe de sociétés et contrat de travail », *Dr. soc.* 1961, p. 596.

⁵⁰⁵ V. note n° 478.

⁵⁰⁶ V. not. pour une clause de mobilité-résidence : Cass. soc., 12 janv. 1999, *Spileers* : *Bull. civ.* 1999, n° 7 ; *D.* 1999, p. 645, note J.-P. Maguénaud et J. Mouly ; *Dr. soc.* 1999, p. 287, obs. J.-E. Ray ; E. Garaud, *Rev. jur. personnes et famille* mai 1999, n° 3, p. 8 ; J. Hauser, *RTD civ.* 1999, p. 358 ; J. Mestre, *RTD civ.* 1999, p. 395 ; J. Richard de la Tour, *RJS* 2/1999, p. 94 ; R. Wintgen, *Cah. soc. barreau Paris*, n° 110, A. 25, p. 159.

⁵⁰⁷ Cass. 2e civ., 28 janv. 1954 : *D.* 1954, jurispr. p. 217, note G. Levasseur ; *JCP G* 1954, II, 7978, concl. Lemoine ; *Dr. soc.* 1954, p. 161, note P. Durand : « [...] la personnalité civile n'est pas une création de la loi [...] elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ».

qui est la volonté⁵⁰⁸. En effet, les sociétés appartenant au groupe ne choisissent en général pas d'entrer ou de sortir de l'entité, cette décision lui est imposée par la société mère. Surtout, reconnaître la personnalité morale au groupe reviendrait à remettre en question celle des différentes entités qui le composent.

171. **Construction d'un régime autonome.** Enfin, la construction d'un régime autonome de la cession conventionnelle du contrat de travail a été défendue⁵⁰⁹. Il serait notamment possible de s'inspirer du régime de la mise à disposition prévu à l'article L. 1231-5 du Code du travail. La création d'un régime original serait également envisageable pour permettre une information complète des parties au transfert et régler les conséquences du transfert : obligations transférées, sort des dettes de l'employeur initial, statut collectif applicable... En plus de ces clauses obligatoires, des clauses facultatives pourraient être ajoutées portant notamment sur une potentielle période probatoire ou encore sur le devenir du régime de prévoyance. Cette dernière possibilité semble confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 8 juin 2016, qui reconnaît la non-application du régime de la rupture conventionnelle homologuée dans les cas de transfert d'un salarié d'une société à une autre, éventuellement du même groupe. Madame Ducloz, Conseillère référendaire à la Cour de cassation, a d'ailleurs confirmé l'autonomie du régime du transfert individuel du salarié entre deux sociétés à la suite de la publication de cet arrêt, tout en rappelant que les règles de ce régime restent à préciser par la Cour de cassation : « la reprise d'ancienneté du salarié, le cas échéant, [...] totale ou [...] partielle, [...] une nouvelle période d'essai » sont « autant de questions auxquelles la chambre sociale sera éventuellement amenée à répondre »⁵¹⁰.
172. **Sécurisation progressive.** Le transfert individuel de salaires semblait donc, jusqu'à la réforme de 2016 du droit des contrats, une question encore en suspens. En dépit des nombreuses alternatives envisagées aucune ne semblait pleinement satisfaisante. Cependant, une première décision jurisprudentielle a pu redonner espoir en la sécurisation d'un mécanisme tripartite spécifique. Désormais, le mécanisme prévu aux articles 2016 et

⁵⁰⁸ B. Teysié, « Variations sur le groupe en droit du travail », *JCP S* 2013, 1076.

⁵⁰⁹ V. F. Favennec – Héry, « Vers la reconnaissance d'un droit spécifique du transfert des salariés », *SSL* 2015, n° 1664, p. 8 ; A. Casado, C. Jacquélet, P. Romatet, « Regards croisés sur les transferts conventionnels de contrats à l'aune de l'arrêt du 15 octobre 2014 », *SSL* 2015, n° 1667, p. 38.

⁵¹⁰ F. Ducloz, « Mutations intra-groupe : l'arrêt du 8 juin décrypté par Fanélie Ducloz, magistrat à la Cour de cassation », *Liaisons sociales Quotidien*, L'actualité, n° 17100, 13 juin 2016.

suyvants du Code civil devrait permettre aux contractants de mettre en œuvre la mobilité du salarié, au prix de quelques ajustements.

II : L'effective cession négociée du contrat de travail

173. **Une réponse aux besoins des entreprises.** Avec l'ordonnance du 10 février 2016 est enfin introduit un régime distinct pour la cession de contrat. Comme le souligne le rapport qui accompagne cette ordonnance les dispositions introduites dans le Code civil relatives à la cession de contrat ont vocation à répondre aux besoins de la pratique des entreprises. Le gouvernement a ainsi souhaité moderniser le droit civil et offrir un nouvel outil juridique aux acteurs économiques. Notamment, le transfert individuel du contrat de travail pourrait trouver un support juridique utile dans le mécanisme de cession de contrat introduit par la réforme de 2016 : ce dernier épouse presque parfaitement les contours de l'opération de transfert individuel des salariés⁵¹¹ (A). L'application d'un tel mécanisme de correction du contrat s'inscrirait alors dans la logique favorable à un maintien du lien contractuel par conciliation des intérêts entre employeurs et salariés. Cette logique est d'ailleurs capitale pour le succès du mécanisme puisque, comme le soulignait le Professeur Verkindt, le droit de la mobilité professionnelle doit tendre vers une mobilité de nature volontaire⁵¹² (B).

A : La correction par la cession de la qualité de partie

174. **Correction par la cession.** L'article 1216 du Code civil introduit un mécanisme au fort potentiel correcteur, qui repose sur la notion de cession de la qualité de partie (1). Le mécanisme ne constitue donc pas un simple cumul d'une cession de dettes et de créances, même si son régime a pu s'en inspirer fortement (2).

⁵¹¹ V. not. G. Loiseau, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP S* 2015, 1468.

⁵¹² P.-Y. Verkindt, « La sécurisation des parcours professionnels et mobilité dans l'entreprise », *SSL* 2008, n°1348, p. 35.

1 : La cession de position contractuelle

175. **Débats doctrinaux.** La solution désormais consacrée par la réforme du droit des contrats a été fortement débattue au sein de la doctrine⁵¹³. Préalablement à la réforme cependant, certains auteurs ont pu défendre une conception moniste de la cession conventionnelle du contrat. La cession de contrat ne se réduisait pas pour eux à une simple addition entre une cession de dette et une cession de créance mais constituait une opération juridique autonome⁵¹⁴. Selon la théorie développée par ces auteurs, il n'y avait pas de nécessité d'un accord du cédé sauf exception⁵¹⁵ car les éléments objectifs du contrat demeurent. Le Professeur Lachière en particulier a pu proposer l'existence d'une cession conventionnelle du contrat en tant qu'opération originale qui ne constitue pas la création d'un nouveau contrat⁵¹⁶. Cet auteur a défendu la possibilité de changer de partie au contrat sans que cela entraîne automatiquement création d'un nouveau contrat, sous la condition de la réalisation d'un accord tripartite. L'accord de volontés emporte création de la convention de cession et l'effet de cette convention est la translation des obligations du contrat objet de la convention. Cette analyse est désormais confirmée par la réforme du droit des contrats, puisque la définition du contrat prévue à l'article 1101 du Code civil cite expressément comme effet du contrat la transmission des obligations. A travers la notion de cession de la qualité de partie le Code civil reconnaît cette correction contractuelle négociée : en pratique sont en effet transmises les obligations de l'employeur initial à l'employeur final.

⁵¹³ Alors que certains auteurs s'opposaient à la cession de contrat en raison de la force obligatoire attachée à cet acte juridique (v. not. J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil - Les effets du contrat*, 1^{ère} éd. 1992, n° 1047 et s. ; C. Jamin, « Cession de contrat et consentement du cédé », *D.* 1995, Chron. p. 131 ; M. Billiau, « Cession de contrat ou "délégation" de contrat ? », *JCP* 1994, I, n° 3758 ; C. Jamin et M. Billiau, « Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé », *D.* 1998, Chron. p. 145 ; M. Billiau, « Le point sur la cession conventionnelle de contrat », *LPA*, 6 mai 1998, p. 46), d'autres ont pu l'envisager sous un angle dual, par la cession des rapports juridiques nés du contrat (une cession de dettes couplée d'une cession de créances) par le Professeur Lapp (v. notamment M. Lapp, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, th. Strasbourg, préf. J. Radouant, 1950).

⁵¹⁴ Le lien était notamment maintenu grâce à la notion de cause du contrat.

⁵¹⁵ Not. les contrats *intuitu personae*, ceux qui ont déjà produit leur effet principal ou ceux qui contiennent une clause d'incessibilité. Dans ces cas où le consentement du cédé est nécessaire ces auteurs s'accordent sur l'absence de cession et la naissance d'un nouveau contrat (Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, 9^e éd. 1998, Cujas, n° 778 s., spéc. 790 ; L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse, préf. Ph. Malaurie, 1984, Economica, n° 330 s. ; C. Larroumet, « La cession de contrat : une régression du droit français ? » in *Mélanges Michel Cabrillac*, 1999, Dalloz-Litec, p. 151 s. V. également, plus nuancé, mais regrettant l'exigence systématique d'un consentement du cédé, D. Mazeaud, note sous Cass. com., 6 mai 1997, *Defrénois* 1997, p. 977 s.).

⁵¹⁶ Ch. Lachière, « L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », *D.* 2000, p. 184.

176. **Consécration de la conception moniste.** La cession de contrat définie à l'article 1216 du Code civil reprend donc cette conception moniste, la loi se réfère désormais à la cession de « qualité de partie »⁵¹⁷. Il n'y a pas cumul d'une cession de dettes accompagnée d'une cession de créances, mais cession de la position contractuelle. Le positionnement même de la cession de contrat dans le Code civil est révélateur de cette volonté de l'éloigner du régime des obligations. En effet, la section sur la cession de contrat se trouve consacrée au sein du chapitre sur les effets du contrat et non, comme la novation par exemple, au sein du chapitre portant sur les opérations sur obligations. Ce positionnement est logique : l'opération a pour objectif le remplacement d'une partie par un tiers au contrat, et cela sans rompre le lien contractuel. L'objectif de l'opération est donc d'éviter l'extinction du contrat : elle doit permettre son maintien voire éviter le risque d'inexécution.
177. **Convention tripartite.** Est également consacrée la forme de la cession de contrat : il s'agit d'un contrat solennel entre un cédant, un cédé et un cessionnaire. Le recours aux conventions de cession de contrat tripartite est désormais confirmée comme la forme nécessaire de la cession. Suivant les dispositions légales, l'exigence d'un écrit est même une condition de validité de la cession. L'application de ce mécanisme au transfert individuel du contrat de travail devrait permettre d'éviter toute rupture du contrat et autoriser une substitution des parties employeurs, ce qui répond à la philosophie souhaitée par la pratique. L'écrit sera sûrement l'occasion, en ce qui concerne le droit du travail, de garantir une information complète du salarié sur les modalités de la cession. Il est probable que l'application du mécanisme au contrat de travail soit à la source d'un contentieux permettant de développer le régime de cette cession. La convention de cession devrait ainsi être l'occasion pour l'employeur de préciser clairement les conséquences de la cession sur la relation de travail : maintien de l'ancienneté, sort des modes de rémunération différés comme les stock-options ou les attributions gratuites d'action ou encore maintien du statut collectif. Cette nécessité avait d'ailleurs été rappelée par Madame Ducloz, magistrate à la Cour de cassation⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Et non pas la cession du contrat lui-même malgré l'intitulé du mécanisme !

⁵¹⁸ V. note n° 510.

2 : Les conséquences de la cession de la qualité de partie

178. **Opposabilité des exceptions.** La formulation retenue par l'article 1216 ne permet pas d'échapper aux problématiques liées aux transferts lorsqu'ils touchent aux obligations, et notamment le sort des exceptions. Dans le cas d'une cession de contrat de travail, le nouvel employeur pourrait être empêché de soulever certaines exceptions en raison de la distinction effectuée par l'article 1216-2 concernant leur transmission entre cédant et cessionnaire. Cet article 1216-2 vient préciser, sur le modèle de la cession de dettes, un régime d'opposabilité des exceptions qui distingue entre exception inhérente à la dette et exception personnelle. Concernant les exceptions inhérentes à la dette, le contentieux devrait être assez réduit puisque le cessionnaire peut en principe les opposer au cédé. Cependant, des auteurs ont pu souligner un défaut de précision de la part du législateur concernant le point de départ de l'opposabilité des exceptions⁵¹⁹. La cession de qualité de partie ne relève pas de la même logique que celle de la cession de créance ou de dette. Pour les opérations sur obligations, toutes les exceptions inhérentes à la dette sont opposables au cédé puisqu' « elles sont réputées comprises dans l'obligation transmise ». En revanche, pour la cession de la qualité de partie l'objet de la cession n'est pas la, ou les obligations du contrat, mais la partie elle-même. D'ailleurs, la cession de contrat ne produit d'effets que « pour l'avenir ». Il aurait pu être retenu un schéma où seules seraient opposables au débiteur les exceptions nées à partir de la cession, au moins pour les contrats à exécution successive. Le Professeur Larroumet exprimait ainsi qu' « en cas de transmission d'un contrat synallagmatique à exécution successive, [...] il convient de ne faire supporter au cessionnaire les obligations que dans la mesure où il profite des droits » et donc qu' « il faut distinguer entre les obligations antérieures à la cession et les obligations postérieures à la cession »⁵²⁰.
179. **Illustration des difficultés du régime.** Le texte liste certaines des exceptions qui peuvent être opposées par le cessionnaire au cédé, et notamment la résolution du contrat. Pour illustrer les difficultés posées par le régime retenu il est possible d'envisager une situation

⁵¹⁹ O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd. 2018, LexisNexis, p. 529.

⁵²⁰ C. Larroumet, « La cession de contrat : une régression du droit français ? » ; in *Mélanges Michel Cabrillac*, 1999, Dalloz-Litec, , p. 151 s.

où le cessionnaire, nouvel employeur, pourrait mettre en œuvre le licenciement du salarié pour des manquements commis par le salarié avant la cession, donc commis auprès de l'ancien employeur. Il paraît peu probable que la jurisprudence accepte une telle solution, notamment concernant un contrat portant sur des droits personnels⁵²¹. Elle refuse par exemple de l'appliquer dans le cadre d'une cession de contrat de bail liée à une vente du bien immobilier, ce refus pouvant notamment s'expliquer par le fait que le droit du locataire relève bien de la catégorie des droits personnels⁵²². Ainsi dans un arrêt de 2002⁵²³ qui réitère une solution classique⁵²⁴, la Cour de cassation a pu sanctionner la Cour d'appel d'avoir accueilli la demande de résiliation de bail du nouveau preneur contre le locataire en raison de manquements (défaut de paiement des loyers) commis auprès du bailleur précédent.

180. **Nouvelle illustration.** Autre difficulté concernant le régime des exceptions : la distinction entre le traitement des exceptions inhérentes à la dette et les exceptions personnelles. Le texte de loi prévoit que les exceptions personnelles, au contraire des exceptions inhérentes à la dette, ne sont pas opposables par le cessionnaire. Cependant, comme l'expose le Professeur Mekki⁵²⁵ à travers l'exemple de la nullité, d'éventuelles difficultés peuvent surgir dans la mise en œuvre de cette règle. La nullité est directement citée dans le texte de l'article comme une exception inhérente à la dette mais en présence d'un vice du consentement, il est possible de penser que le caractère personnel de l'exception devrait primer. Le dol du salarié sur ses compétences professionnelles, s'il n'est que rarement sanctionné⁵²⁶, a déjà pu être admis et la nullité du contrat de travail prononcée⁵²⁷. Or, en

⁵²¹ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations - L'acte juridique*, t. 1, 10e éd., 2002, Armand Colin, n° 440 et s.

⁵²² Le bail confère au locataire un droit personnel de jouissance : Cass. req., 6 mars 1861 : *DP* 1861, 1. 417 ; *S.* 1861, 1. 713 ; *GAJC*, n° 269.

⁵²³ Cass. 3e civ. 2 oct. 2002 : *Bull. civ.* III, n° 189, N. Damas, « Sanction des manquements au bail antérieurs à la vente du bien loué », *D.* 2003, p.731 ; Ph. Briand, « Les effets de la cession de bail résultant de la vente de l'immeuble loué », *AJDI* 2003, p.25.

⁵²⁴ Cass. 1^{er} civ., 20 déc. 1957 : *D.* 1958, 81, concl. R. Lindon ; *RTD civ.* 1958, 481, obs. J. Carbonnier. V. égal. Cass. 3^e civ., 13 févr. 1985 : *Bull. civ.* III, n°33.

⁵²⁵ M. Mekki, « L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016, p. 494.

⁵²⁶ Classiquement le dol doit être déterminant du consentement ce qui n'est pas le cas lors de l'embauche d'un militaire qui a menti sur son grade alors que cet élément n'entraîne pas en considération pour le poste proposé (Cass. soc., 23 avril 1960 : *JCP* 1960, IV, 81). Concernant les titres, diplômes ou documents nécessaires à l'emploi, l'employeur ayant l'obligation d'apprécier les compétences du salarié seule une vérification par l'employeur peut lui permettre de demander l'annulation pour dol (CA Versailles 22 févr. 2005 n° 04-1383, 15e ch., *Aoul c/ SA MDS Pharma*).

⁵²⁷ Cass. soc., 18 déc. 2001, n°99-46.255.

cas de cession de contrat, le cessionnaire ne pourra se prévaloir du dol réalisé lors de l'embauche initiale du salarié, exception de nature personnelle, pour demander la nullité du contrat en justice. Enfin, la solution selon laquelle « le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant » peut également être critiquée. En matière de contrat de travail cela reviendrait à laisser la possibilité au salarié d'opposer par exemple des manquements commis par l'employeur initial à son second employeur. Pour sécuriser la question, il ne pourra donc trop être conseillé aux parties d'être vigilantes lors de la rédaction de la convention de cession. La rédaction d'une clause indiquant que le cédé et le cessionnaire renoncent à se prévaloir des exceptions pour une cause née antérieurement à la cession pourrait notamment être une solution envisageable.

181. **Solidarité entre le cédant et le cessionnaire.** Concernant les effets de la cession vis-à-vis des obligations respectives du cédant et du cessionnaire, une distinction importante est effectuée au nouvel article 1216-1 du Code civil. La cession peut être libératoire pour le cédant : la distinction est effectuée en fonction de l'éventuelle présence de l'accord exprès du cédé. En cas d'accord exprès du cédé « la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir »⁵²⁸. Dans le cas contraire, le cédant comme le cessionnaire sont tenus solidairement de l'exécution des obligations du contrat à l'égard du cédé. Cependant, la portée de cette disposition est amoindrie par son caractère supplétif de volonté. Il suffira ainsi à l'employeur d'insérer une clause contraire dans la convention de cession pour échapper à l'obligation de solidarité. Par ailleurs le texte précise bien que la libération ne joue que dans le futur, solution qui concorde avec la philosophie du transfert individuel de salariés. Il paraît logique que le cédant, c'est-à-dire l'employeur initial, reste tenu de la bonne exécution de ses obligations antérieures à la cession. Dans le cas d'une différence de traitement discriminatoire par exemple, la découverte de la différence de traitement peut parfois intervenir après un certain délai lorsqu'elle intervient post-cession. Il apparaît alors logique que le salarié transféré puisse encore agir contre son ancien employeur, sous réserve que l'action ne soit pas déjà prescrite.
182. **Rôle des parties à la cession.** Le mécanisme de la cession de contrat prévu aux articles 1216 et suivants du Code civil paraît convenir pour une application en droit du travail pour

⁵²⁸ C. civ. art. 1216-1.

les transferts individuels de salariés. Il reviendra alors aux parties, lors de la rédaction de la convention de cession, d'être attentives à préciser la portée de la cession et notamment le régime des exceptions. Cependant, au regard de la spécificité du droit qui entoure le contrat de travail, le potentiel correcteur du mécanisme de la cession de contrat ne pourra s'exprimer pleinement que sous réserve de certaines adaptations.

B : Le potentiel correcteur du mécanisme de cession de contrat en droit du travail

183. **Besoin de sécurité.** Si les commentateurs de la réforme spécialistes de droit du travail ont unanimement salué l'arrivée du mécanisme de la cession de contrat c'est bien car ce mécanisme répond à un besoin de sécurisation d'une pratique déjà courante, notamment au sein des groupes de sociétés⁵²⁹ (1). Comme avait déjà pu le souligner le Professeur Supiot, le recours à des mécanismes de droit civil en droit du travail ne peut se faire en se « born[ant] à installer purement et simplement une disposition du droit civil dans l'appareillage du droit du travail, sans avoir préalablement vérifié que cette disposition répondait aux exigences propres de ce dernier »⁵³⁰. La solution retenue par le législateur, si elle repose sur un régime consensuel, pourrait ne pas répondre à une exigence de conciliation renforcée en droit du travail. Une transposition adaptée du mécanisme pourrait alors être envisagée (2).

1 : Un mécanisme correcteur vecteur de stabilité

184. **Nécessité d'un régime autonome.** En droit du travail, l'application d'un régime autonome de cession conventionnelle du contrat pourrait être particulièrement intéressante dans le cadre du transfert individuel de salariés. Cette création d'un régime autonome a pu notamment être défendue par la Professeure Favennec-Héry avant la réforme de 2016⁵³¹.

⁵²⁹ V. not. Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.* 2016, p.727 ; G. Loiseau, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2016, 602.

⁵³⁰ A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990, p. 485.

⁵³¹ V. F. Favennec – Héry, « Vers la reconnaissance d'un droit spécifique du transfert des salariés », *SSL* 2015, n° 1664, p. 8 où la Professeure développe plusieurs arguments en faveur de la reconnaissance d'un régime autonome du transfert individuel de contrat de travail : existence d'un précédent par l'article L. 1224-1 du Code du travail, objectif poursuivi par le transfert qui est le maintien du lien d'emploi, assouplissement du caractère *intuitu personae* pour certains salariés notamment dans des groupes de sociétés (v. ainsi Cass. soc., 5 mai 1986, n°84-43.665, *Berne c/ soc. Sovema* et Cass. soc., 28 juin 2001, n°99-43.364).

Une confirmation de l'applicabilité du régime de la cession de contrat du Code civil au transfert individuel du contrat de travail a d'ailleurs pu apparaître sous la plume de celui qui était alors Président de la chambre sociale de la Cour de cassation⁵³².

185. **Objectif de poursuite du contrat de travail.** Né de la pratique, le transfert individuel du contrat de travail mérite une place à part au sein des mécanismes correcteurs du contrat de travail. Cela a notamment été confirmé par un arrêt de 2016 précisant que « les dispositions de l'article L. 1237-11 du code du travail relatives à la rupture conventionnelle entre un salarié et son employeur ne sont pas applicables à une convention tripartite conclue entre un salarié et deux employeurs successifs ayant pour objet d'organiser, non pas la rupture, mais la poursuite du contrat de travail »⁵³³. Dès lors, l'application de l'article 1216 au contrat de travail devrait permettre de sécuriser une pratique assez courante. Cette autonomie peut être justifiée par l'objectif du maintien du contrat de travail comme rappelé par la Cour de cassation : une opération qui a pour but « la poursuite du contrat de travail »⁵³⁴. Comme en matière d'imprévision, c'est la faveur pour le maintien du lien contractuel qui permet de penser que ce mécanisme a de beaux jours devant lui en droit du travail. Cette notion de maintien du lien contractuel, *via* la mobilité du salarié, est en effet au cœur de la perception moderne du droit du travail. Le Professeur Martinon soulignait notamment que si la stabilité représente l'objet même de tout contrat, face au contrat de travail elle relevait d'un phénomène moderne, étant indissociable des mutations sociales et économiques⁵³⁵.

⁵³² J.-Y. Frouin (« Un an de jurisprudence vu par le Président de la chambre sociale », *JSL* 2017, n°443) expliquait ainsi que la jurisprudence de 2016 (v. note n° 533) qui refuse l'application de l'exclusivité de la rupture conventionnelle pour les cas de conventions tripartites qui organisent la continuité de la relation de travail constituait une « anticipation sur des évolutions législatives en cours en appliquant à des instances en cours des règles issues de dispositions législatives nouvelles, ce qui n'est pas une application rétroactive de la loi dès l'instant que le droit positif existant ne tranchait pas expressément la question de droit soumise au juge ». La référence à l'ordonnance du 10 février 2016 semble ainsi évidente.

⁵³³ Cass. soc., 8 juin 2016, *Société SGI ingénierie c/ Mme X. et Pôle emploi Rhône-Alpes* : *Bull. civ.* V, n° 129, p. 144 ; *D.* 2016, p. 1258, et 1588, chron. F. Ducloz ; *Dr. soc.* 2016, p. 650, étude S. Tournaux, et p. 779, obs. J. Mouly.

⁵³⁴ *Ibid.*

⁵³⁵ A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, thèse, préf. B. Teyssié, 2005, Dalloz, n°10, p. 16.

2 : Un mécanisme correcteur à préciser

186. **Disposition inapplicable.** Il semble cependant que pour garantir son applicabilité en droit du travail, une adaptation du mécanisme du Code civil soit nécessaire. En effet, le mécanisme de la cession de contrat prévoit comme condition de validité l'obtention de l'accord du cédé à la cession. L'exigence avait déjà été formulée par la Cour de cassation en matière commerciale⁵³⁶. Jusque-là, le mécanisme proposé à l'article 1216 du Code civil correspond aux exigences de la jurisprudence sociale. Cependant, le deuxième alinéa de l'article 1216 précise que cet accord du cédé peut être donné par avance « notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé ». Cette disposition est problématique au regard de la jurisprudence précitée concernant les clauses de mobilité intra-groupe⁵³⁷. Si, en dehors du droit du travail, les juges ont pu reconnaître que le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti⁵³⁸, la jurisprudence sociale réproouve une pratique qui force par avance le salarié à accepter un cocontractant inconnu. La révision contractuelle qui porte sur la cession de qualité de partie ne peut avoir lieu que sous réserve d'un accord contemporain à la cession par le cédé. Comme le souligne le Professeur Pagnerre⁵³⁹, la possibilité de donner un accord préalable à la cession risque de compromettre l'utilisation du régime de droit civil de la cession de contrat. *A priori* une telle clause de cessibilité du contrat devrait être écarté pour le transfert du contrat de travail.

187. **Solution intermédiaire.** Cependant, il pourrait être envisageable de considérer l'application de ce mécanisme comme l'occasion d'un assouplissement de la jurisprudence sur ce sujet. Si la portée de la correction mise en œuvre justifie une exigence conciliée, d'autres mécanismes existent pour contrôler la portée d'une telle clause de cessibilité et le sérieux de sa nature négociée. L'employeur devrait par exemple toujours veiller à ce que la mobilité du salarié ainsi organisée ne constitue pas une atteinte injustifiée et

⁵³⁶ Cass. com., 6 mai 1997 : *Bull. civ.* IV 1997, n° 117 p. 104 ; *RTD. civ.* 1997, p. 936, obs. J. Mestre ; *Deffrénois* 1997, art. 36633, note D. Mazeaud ; *D.* 1997, p. 58, note M. Billiau et C. Jamin ; *CCC* 1997, comm. 146, obs. L. Leveneur.

⁵³⁷ V. § n° 159.

⁵³⁸ Cass. 1e civ., 6 juin 2000 : *Bull. civ.* I, n° 173.

⁵³⁹ V. note n° 413.

disproportionnée à ses droits et libertés, et notamment son droit à la vie privée. Le Professeur Pagnerre comme le Professeur Tournaux proposent une solution intermédiaire : la clause de cession indéterminée devrait être considérée illicite car le choix du cocontractant est un élément déterminant du consentement. En revanche lorsque la clause détermine précisément les cessionnaires possibles elle devrait être valide⁵⁴⁰. L'employeur membre d'un groupe pourrait ainsi aménager le transfert de son salarié au sein d'une autre société connue du groupe. En cas de variation du périmètre du groupe, il serait nécessaire d'effectuer une révision de la clause du contrat de travail ou de conclure un avenant au contrat de travail au moment de la cession. Selon l'article 1216 du Code civil le salarié pourra en effet également donner son accord à la cession de son contrat postérieurement à sa conclusion, dans un avenant distinct. L'évolution du périmètre du groupe pourrait ainsi remettre en question l'accord du salarié quand cela entraînerait une modification substantielle des conditions de travail (par exemple lorsque le groupe français à l'origine devient un groupe international ce qui peut entraîner une mobilité à l'étranger). De plus, la réforme du droit des contrats a introduit une disposition permettant de contrôler le recours aux clauses abusives dans tout contrat d'adhésion⁵⁴¹. A cet égard, l'article R. 212-2 du Code de la consommation, qui servira sûrement de référentiel au vu de la rédaction très similaire de l'interdiction des clauses abusives en droit civil et en droit de la consommation, indique que la clause qui prévoit une cession sans l'accord du cocontractant est présumée abusive si elle est susceptible d'engendrer une diminution de ses droits. Sur un schéma similaire, pourraient alors être sanctionnées les clauses de cessibilité formulées de manière trop générale.

188. **Situation des salariés protégés.** Enfin se pose la question de l'applicabilité du mécanisme aux salariés protégés. Le rôle joué par ces salariés au sein de la communauté de travail justifie qu'une protection exorbitante du droit commun des relations professionnelles leur soit appliquée. Toute rupture du contrat de travail des salariés protégés doit être validée préalablement par l'administration. La question de savoir si cette autorisation sera également requise en cas de cession conventionnelle individuelle du contrat de travail est donc posée. En effet, un parallèle pourrait être effectué avec la procédure en matière de

⁵⁴⁰ Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.* 2016, p.727 et S. Tournaux, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », *Dr. soc.* 2017, p. 688.

⁵⁴¹ V. § n° 560 et s. concernant l'applicabilité d'un tel mécanisme au contrat de travail.

partiel d'entreprise ou d'établissement. Dans une telle situation, il est en effet exigé que l'inspecteur du travail autorise le transfert du contrat de travail du salarié protégé⁵⁴². Cette responsabilité revient à l'entreprise cédante. A l'inverse, sous l'angle d'une « simple » modification du contrat du salarié, une telle autorisation n'est pas requise et seul son accord sera nécessaire⁵⁴³. A cet égard, le guide de la Direction générale du travail précise explicitement que « le changement d'employeur, hors le cas particulier du transfert d'activité par application de l'article L 1224-1 du code du travail [...], constitue une novation du contrat de travail, non soumise à la procédure prévue par l'article L. 1222-6, qui ne peut résulter que d'une acceptation expresse du salarié »⁵⁴⁴. *A priori*, l'autorisation de l'inspection du travail ne serait donc pas requise. En l'absence de transfert de la communauté de travail liée au mandat du salarié, ce dernier ne devrait pas subsister.

189. **Conclusion du chapitre.** L'ordonnance du 10 février 2016⁵⁴⁵ a réformé en profondeur le droit commun des contrats, en introduisant notamment plusieurs mécanismes porteurs d'une correction contractuelle. Là où le législateur n'a pas déjà prévu une règle spéciale⁵⁴⁶, ce socle commun à tous les contrats peut régir les relations professionnelles. Déployant leurs effets au cœur du champ contractuel, certaines de ces innovations s'inscrivent dans le prolongement de la logique consensuelle de contournement de l'intangibilité du contrat portée par l'article 1193 du Code civil. Que ce soit pour la révision en cas d'imprévision ou la cession de contrat, leur effet correcteur coïncide avec une exigence de conciliation des intérêts en présence. En effet, la révision pour imprévision pourrait consacrer, plus qu'une révision judiciaire du contrat de travail, un droit à la renégociation pour la partie subissant l'imprévision⁵⁴⁷. De son côté, la cession de contrat, pourrait mettre un terme aux hésitations relatives à la mise en œuvre d'une forme de mobilité professionnelle individuelle. L'étude de leur éventuel champ d'application au sein des relations professionnelles souligne néanmoins l'autonomie du droit du contrat de travail. Le législateur et la jurisprudence encadrent en effet fortement la liberté de correction du

⁵⁴² C. trav. art. L. 2414-1.

⁵⁴³ Cass. soc., 23 sept. 1992, n° 90-45.106 : *Bull. civ.* V, n° 477, *RJS* 11/92 n° 1274 ; Cass. soc., 23 juin 1993, n° 91-45.223 : *RJS* 8-9/93, n° 890 ; Cass. soc. 5 mai 2010, n° 08-44.895 : *RJS* 7/10, n° 608.

⁵⁴⁴ Fiche 11.a, point 1.1.1., *Guide relatif aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés*, Bureau du statut protecteur, sept. 2019.

⁵⁴⁵ V. note n° 124.

⁵⁴⁶ C. civ. art. 1105.

⁵⁴⁷ V. O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd. 2018, LexisNexis, p. 459.

contrat par la voie consensuelle. La gestion de l'imprévision contractuelle des parties semble ainsi déjà fortement prise en charge par les règles qui régissent l'exécution du contrat de travail. A tel point qu'il est possible de se demander si, dans certaines hypothèses, les parties ne pourraient pas bénéficier d'une plus grande liberté pour mettre en œuvre cette correction.

191. **Conclusion du titre.** La correction du contrat de travail doit d'abord être envisagée comme le résultat d'une négociation entre les parties. L'article 1193 du Code civil rappelle en effet que l'intangibilité des contrats ne trouve, en principe, de limite que dans le consentement mutuel entre les parties. L'application de ce principe général au contrat de travail exprime la particularité des relations professionnelles par rapport à la philosophie contractuelle : la modification contractuelle repose sur un régime spécifique, créé de toute pièce par le juge du contrat de travail. L'étude de son fonctionnement souligne le rôle du contrat au sein des relations professionnelles : instrument de la subordination juridique, il est également l'outil d'un contrôle de l'unilatéralisme issu de l'employeur. En principe réaffirmée, l'exigence consensuelle en cas d'atteinte à l'intangibilité du contrat de travail, apparaît cependant quelque peu maltraitée par certaines évolutions législatives et jurisprudentielles. Des évolutions plus conformes au rôle instrumental du contrat de travail dans les relations professionnelles méritent d'être formulées. Deux mécanismes de correction issus du droit commun pourraient ainsi trouver application au sein des relations professionnelles. Que ce soit la révision judiciaire pour imprévision ou la cession de contrat, ces deux ajouts attendus de la réforme du 10 février 2016⁵⁴⁸, offrent un régime juridique de nature à limiter les conséquences de l'intangibilité du contrat de travail. Certaines difficultés prévisibles dans leur mise en œuvre soulignent cependant les limites d'une correction contractuelle de nature négociée pour le contrat de travail.

⁵⁴⁸ V. note n° 124.

Titre II : La correction contractuelle favorisée par des mécanismes concertés

192. Provoquée par le consentement mutuel, la correction contractuelle peut également résulter de voies plus indirectes. Il est ainsi possible d'évoquer des mécanismes concertés de correction du contrat de travail. Au titre de ces mécanismes il est possible de citer ceux qui ont notamment pour objectif d'inciter à la correction négociée du contrat. Les intérêts parfois divergents du salarié et de l'employeur sont en effet de nature à limiter une telle possibilité. Face à des situations où l'intangibilité contractuelle peut s'opposer à une adaptation de la relation professionnelle jugée nécessaire par le législateur, ce dernier a tenté de favoriser la conciliation des parties. Une telle conciliation est d'ailleurs au cœur de la logique de fonctionnement d'une branche du droit du travail en plein développement : le droit de la formation professionnelle (**Chapitre I**). Par ailleurs, en droit du travail la notion de négociation ne se limite pas aux parties. Cette branche du droit connaît en effet un régime d'articulation des normes original, en présence de la source de droit autonome que sont les accords collectifs. Dans le respect du principe d'intangibilité contractuelle, la jurisprudence a retenu qu'ils ne sont pas de nature à réellement modifier le contrat de travail. Pourtant, par ce biais le législateur a progressivement tenté de limiter la force obligatoire du contrat au nom de la compétitivité des entreprises. L'atteinte provoquée doit alors être critiquée, en l'absence d'un encadrement légal de nature à garantir leur mise en œuvre légitime (**Chapitre II**).

Chapitre I : Le développement des incitations à la correction négociée du contrat de travail

193. **Incitations et théorie microéconomique.** Les divergences d'intérêt qui peuvent exister entre les parties à un contrat peuvent être exacerbées dans le contexte des relations professionnelles. Alors que l'employeur souhaitera en principe obtenir la plus grande disponibilité de ses salariés, ces derniers pourraient souhaiter bénéficier d'une organisation du travail moins contraignante. Cette réalité peut entraîner une moindre capacité de correction du contrat de travail, par défaut de l'exigence consensuelle. Dans des situations où une adaptation de la relation professionnelle peut être souhaitable, le législateur est intervenu. Il existe ainsi un certain nombre de mécanismes qui peuvent être qualifiés d'incitatifs à une correction négociée du contrat. Le terme incitatif est emprunté du latin *incitatio*, « élan, impulsion »⁵⁴⁹. Il s'agit de l'action d'inciter, c'est-à-dire le fait de « pousser quelqu'un à faire telle chose, à adopter tel comportement, à éprouver tel sentiment »⁵⁵⁰. Le terme « incitation » ou « mécanisme incitatif » est avant tout utilisé dans le domaine des sciences économiques. Les incitations sont au cœur d'une théorie microéconomique centrée sur l'analyse des comportements individuels. Comme l'explique Paul Krugman dans son livre *Microéconomie* « le principe selon lequel les individus exploiteront les opportunités d'améliorer leur sort est à la base de toute prédiction faite par les économistes à propos des comportements individuels ». Dès lors, une modification dans les opportunités disponibles, notamment *via* la mise en place d'un système de récompenses, devrait permettre d'orienter les comportements des individus. Ces modifications constituent donc des incitations⁵⁵¹. Plus récemment, les travaux de certains économistes comme Richard Thaler ont permis de mettre en lumière l'intérêt d'utiliser les biais cognitifs des individus pour réussir à orienter la prise de décision individuelle en vue de l'atteinte d'un objectif plus général⁵⁵². Outre la théorie économique, l'analyse des incitations trouve également sa place au sein de la science juridique : elles peuvent être mises en place *via* l'édiction de règles juridiques. En droit du travail, une approche purement incitative des

⁵⁴⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd. 2020, PUF, p. 533.

⁵⁵⁰ *Dictionnaire de l'Académie française en ligne*, 9^e éd. (actuelle).

⁵⁵¹ P. Krugman, *Microéconomie*, 2009, De Boeck, p. 39.

⁵⁵² C. Sunstein, R. Thaler, *Nudge, comment inspirer la bonne décision*, 2012, Pocket.

comportements de ses acteurs reste controversée⁵⁵³, mais l'influence conciliatoire de certaines incitations légales apparaît conforme aux objectifs de la matière (**Section I**). Outre ces mécanismes incitatifs, les partenaires sociaux et le législateur ont, au cours des années récentes, accéléré le développement de toute une branche du droit du travail qui peut également jouer un rôle d'incitation à une correction négociée du contrat de travail : le droit de la formation professionnelle. Les mécanismes de formation professionnelle sont souvent présentés comme relevant d'un objectif de maintien dans l'emploi des salariés. En tant qu'incitations à une correction contractuelle, ils relèvent également d'une volonté de promouvoir socialement les individus (**Section II**).

Section I : Le recours aux incitations à la correction conciliée du contrat de travail

194. **Influence en droit du travail.** L'étude de la présence de mécanismes incitatifs en droit du travail conduit à considérer l'influence de la théorie économique en son sein. Son application dans cette matière fait en effet espérer aux acteurs concernés et notamment au législateur, une capacité de régulation du marché de l'emploi. Une lecture du droit du travail en des termes uniquement économiques doit cependant être mise de côté en raison des risques qu'elle comporte (**I**). Mais toute forme d'incitation ne doit pas pour autant être rejetée. Entendues dans un cadre plus limité, les incitations légales sont notamment de nature à favoriser la conciliation des parties en vue d'une correction des éléments de leur contrat de travail (**II**).

I : Risques d'une analyse purement centrée sur les incitations en droit du travail

195. **Opposition.** Théorie développée dans le domaine des sciences économiques, la théorie des incitations peut cependant également être étudiée par la lentille des autres sciences sociales. Une telle analyse, menée à l'aide d'outils conceptuels qui ne relèvent pas des mêmes codes, devrait d'ailleurs permettre d'interroger le bien-fondé des propositions formulées par les économistes. L'objectif poursuivi par les incitations en économie est d'obtenir un fonctionnement optimal d'un marché donné en proposant des mécanismes incitatifs aux

⁵⁵³ V. not. F. Eymard-Duvernay, « Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ? À propos d'un rapport du Conseil d'analyse économique sur les procédures de licenciement », *Dr. soc.* 2004, p.812.

acteurs économiques⁵⁵⁴. Qu'en est-il lorsque ces incitations sont appliquées dans le domaine juridique, et en particulier dans le domaine du droit du travail ? En effet, la notion de norme juridique semble à première vue s'opposer à celle d'incitation puisqu'il s'agit en principe d'une règle de conduite ayant un caractère général, mais surtout obligatoire⁵⁵⁵. Il est donc nécessaire de définir la portée des mécanismes incitatifs en droit du travail (A). A cet égard, il est d'ailleurs possible de constater qu'un certain nombre de propositions favorables à l'introduction ou au renforcement des incitations économiques en droit du travail ont trouvé leur voie jusqu'à la plume du législateur⁵⁵⁶. Il est possible de dégager une tendance du recours à ces incitations pour compléter, ou même remplacer les règles légales. Une telle transformation pour le droit du travail n'apparaît cependant pas souhaitable (B).

A : La portée des mécanismes incitatifs en droit du travail

196. **Difficultés d'interprétation.** Si le caractère obligatoire de la norme peut sembler l'opposer à la notion d'incitation, ce même caractère obligatoire pourrait amener à douter de la pertinence d'une distinction entre les règles incitatives et les autres. En effet, par la sanction qu'elles comportent, les règles juridiques peuvent être perçues comme portant de façon inhérente un caractère incitatif. Il apparaît donc nécessaire de bien isoler la notion de mécanisme incitatif (1), pour ensuite présenter les risques attachés à une analyse en des termes purement incitatifs pour le droit du travail (2).

1 : Critères de distinction des incitations légales

197. **Droit souple.** La notion d'incitation, lorsqu'elle est confrontée à celle d'obligation, apparaît relativement plus souple. *A priori* la notion d'incitation semble même opposée à la conception traditionnelle du droit. Dans la théorie kelsenienne la norme de droit est caractérisée par la sanction qui l'accompagne : le droit constitue un ordre de contrainte⁵⁵⁷. Le droit veut privilégier un comportement des individus ; en cas de comportement

⁵⁵⁴ S. Quiers-Valette, *Un nouveau concept de politique économique: l'incitation*, 1978, Hachette.

⁵⁵⁵ R. Cabrillac, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 11^e éd. 2020, LexisNexis.

⁵⁵⁶ Le système de bonus-malus sur les contrats à durée déterminée dans des secteurs économiques identifiés comme particulièrement consommateurs d'emplois de faible durée, introduit par les articles 50-2 et suivants du décret n° 2019-797 du 26 juillet 2019 relatif au régime d'assurance chômage, en est un exemple récent.

⁵⁵⁷ H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » *Droit et Société* 1992, p. 551.

contraire, le droit prévoit un acte de soumission, c'est-à-dire la sanction. Dès lors, l'incitation légale ne semble pas trouver sa place dans cette conception traditionnelle de l'ordre juridique⁵⁵⁸. En revanche, les mécanismes juridiques de nature incitative pourraient intégrer le développement d'une forme de « droit souple ». La notion de droit souple recouvre l'ensemble de normes qui n'imposent pas d'obligations précises⁵⁵⁹. Comme le montre le rapport du Conseil d'Etat de 2013 le droit souple, loin d'offrir un contournement systématique du « droit dur » est souvent construit en symbiose avec ce dernier. Une telle évolution des mécanismes juridiques relevant de la catégorie « droit souple », ainsi que leur influence croissante dans toutes les branches du droit, ont déjà à de nombreuses reprises été soulignées par la doctrine⁵⁶⁰. Leur origine est souvent retracée jusqu'au droit international où le recours à ces instruments permet de garantir une certaine portée aux principes juridiques concernés sans nécessairement exiger l'application directe d'obligations par toutes les parties⁵⁶¹. En droit interne, la croissance de règles de droit souple a accompagné le développement parallèle des autorités administratives indépendantes. Les décisions du 21 mars 2016 du Conseil d'Etat qui ont reconnu la possibilité de déférer au juge administratif des actes de droit souple concernaient ainsi une prise de position de l'Autorité de la concurrence et des communiqués publiés par l'Autorité des marchés financiers⁵⁶². Ces instruments juridiques ce sont répandus dans l'ensemble des

⁵⁵⁸ Certains auteurs se sont cependant attachés à proposer une conception incitative de la norme juridique (v. not. E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2008, Dalloz ; N. Mercurio et S. Medema, *Economics and the Law : From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, 1997). Le Professeur Icard a pu néanmoins souligner dans sa thèse les faiblesses à la fois intrinsèque et extrinsèque de cette analyse (J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, thèse, dir. G. Loiseau, 2012, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, n° 77 et s., p. 77).

⁵⁵⁹ Etude annuelle du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, 2013.

⁵⁶⁰ Pour une consécration récente de la valeur juridique des actes de droit souple v. les décisions du Conseil d'Etat du 21 mars 2016 : CE, ass., 21 mars 2016, req. n°368082, 368083, 368084, *Sté Fairvesta International* et CE, ass., 21 mars 2016, req. n°390023, *Sté Numéricâble : Lebon*, concl. S. von Coester ; *AJDA* 2016, p. 572 ; *ibid.*, p. 717, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *AJCA* 2016, p. 302, obs. S. Pelé ; *Rev. sociétés* 2016, p. 608, note O. Dexant - de Bailliencourt ; *RFDA* 2016, p. 497, concl. S. Von Coester ; *RTD civ.* 2016, p. 571, obs. P. Deumier ; *RTD com.* 2016, p. 298, obs. N. Rontchevsky ; *ibid.*, p. 711, obs. F. Lombard.

⁵⁶¹ En droit européen par exemple, le recours à des instruments de droit souple a pu servir comme méthode de contournement des situations de blocage : le Conseil d'Etat dans son étude annuelle dédiée au phénomène du droit souple indique notamment que le « Compromis de Ioannina » constitue une formalisation non contraignante d'un principe de recherche d'une large adhésion des Etats membres pour l'adoption des textes de l'Union. Le Compromis prévoyait en effet que même lorsque le seuil de la majorité qualifiée est atteint, le Conseil de l'Union devrait mettre en œuvre les moyens à sa disposition pour tenter d'obtenir l'adhésion de plus d'Etats membres.

⁵⁶² V. note n° 560.

autres branches du droit pour désormais faire partie intégrante du paysage juridique français⁵⁶³.

198. **Critère de la distinction.** Si les mécanismes de droit souple, tout comme les mécanismes incitatifs, remplissent un rôle de régulation des comportements des destinataires, les premiers sont caractérisés par leur absence de caractère contraignant. Le champ des mécanismes incitatifs et celui des mécanismes de droit souple ne se recoupent donc pas forcément. S'agissant de ce dernier domaine l'objectif est d'obtenir un standard de comportement auquel les acteurs intéressés se référeront pour déterminer leurs pratiques. En revanche les incitations peuvent reposer sur un mécanisme contraignant ou non selon les situations. La souplesse des incitations interviendra dans le résultat attendu : si sanction il y a, cette dernière ne doit pas entièrement prohiber le comportement inverse de celui souhaité. Dans le cadre de la protection des données personnelles par exemple, la Commission nationale de l'informatique et des libertés peut produire des actes de droit souple comme des lignes directrices qui permettent de formaliser son interprétation des textes et donc d'inciter les acteurs intéressés à suivre certaines procédures ou règles, sans qu'elles n'aient cependant de valeur contraignante. Son action repose cependant sur un ensemble de normes juridiques, contraignantes cette fois, dont certaines relèvent de la catégorie des incitations comme en matière de transfert des données personnelles en dehors d'un Etat membre de l'Union européenne. *Via* l'édition d'un principe de protection des données personnelles à un niveau « suffisant et approprié », principe dont le non-respect peut être sévèrement sanctionné⁵⁶⁴, le Règlement général sur la protection des données vise à inciter les responsables des traitements au sein de l'Union européenne à contrôler les mécanismes de traitement de données personnelles mis en œuvre par leurs partenaires hors Union européenne. En droit du travail par exemple, les entreprises qui auraient recours à un prestataire de service spécialisé dans la gestion des ressources humaines et/ou de la paye situé hors de l'Union européenne sont fortement incitées à vérifier la compatibilité des pratiques de leur partenaire, voire à insérer des clauses relatives à la protection des données personnelles de leurs salariés dans le contrat de prestation de service.

⁵⁶³ Etude annuelle du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, 2013.

⁵⁶⁴ Selon l'article 83 du Règlement général sur la protection des données les amendes administratives en matière de violation des règles gouvernant le transfert des données hors Union européenne peuvent s'élever jusqu'à vingt millions d'euros ou, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu.

199. **Critères de définition.** Les mécanismes incitatifs ont donc une vigueur juridique plus forte que de simples mécanismes de droit souple. Il est par ailleurs possible de les distinguer de la règle juridique traditionnelle par plusieurs critères. Si la règle juridique constitue une règle générale, abstraite et obligatoire, les incitations participent certainement de son champ d'application. En revanche il est possible d'effectuer une distinction entre les incitations et les autres règles juridiques par la réunion de trois critères, qui ont été mis en avant par Oliver Leclerc et Tatiana Sachs⁵⁶⁵ :

- La règle juridique de nature incitative doit répondre à une finalité bien déterminée,
- Pour atteindre cette finalité elle doit mettre en œuvre un système de récompense/sanction ou de facilitation,
- Et l'incitation présuppose qu'elle agisse sur une source d'intérêt pour la partie visée.

2 : Limites des incitations légales

200. **Problème de perception.** L'existence de mécanismes incitatifs au sein du domaine juridique ne doit cependant pas conduire à une analyse limitée au point de vue économique. Le premier risque d'une analyse purement centrée sur la notion d'incitation serait celui d'une forme d'occultation d'autres phénomènes du droit du travail. L'application des principes qui dirigent la science économique à ce domaine passe notamment par une assimilation du « travail à un bien marchand et le pouvoir à un rapport de marché »⁵⁶⁶. Cette analyse ne peut être que restrictive face à la considération juridique de la relation professionnelle, qui est porteuse d'une perception plus sociale des rapports professionnels. L'analyse se tourne vers une conception des relations professionnelles où le résultat optimum sera obtenu par la fluidité de ce marché. Des auteurs ont pu souligner qu'une perception des acteurs des relations professionnelles limitée aux incitations comportementales ne permettait pas de prendre en compte les conséquences de l'existence d'un lien de subordination entre le salarié et l'employeur⁵⁶⁷. La mise en place de mécanismes incitatifs présuppose en effet l'idée que les acteurs intéressés sont rationnels

⁵⁶⁵ O. Leclerc et T. Sachs, « Gouverner par les incitations. La diffusion d'une logique incitative dans le droit du travail », *Revue Française de Socio-Économie* 2015/2, Hors-série, p. 171.

⁵⁶⁶ G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, thèse, préf. A. Supiot, 2014, LGDJ, n° 190, p. 75.

⁵⁶⁷ V. note n° 565.

face aux choix proposés, cette rationalité étant entendue dans un cadre désincarné. Concernant le salarié, ce dernier est perçu comme indépendant de toute autre forme de pression ou contrainte comme celle inhérente au lien de subordination. Le point de vue microéconomique risque donc d'entraîner une occultation de certaines réalités de la relation de travail et notamment de la dimension personnelle du travail⁵⁶⁸. L'ancienneté du salarié constitue un bon exemple du problème avec la vision de l'efficacité économique. Souvent prise en compte par la jurisprudence sociale⁵⁶⁹, elle pourrait être limitée à une analyse en termes de coûts.

201. **Distorsions.** Il est en particulier possible de s'interroger sur la prise en compte de l'objectif de protection des salariés qui représente, si ce n'est le but du droit du travail⁵⁷⁰, au moins une de ses finalités⁵⁷¹. L'objectif de fluidité de l'offre et la demande sur le marché du travail entre nécessairement en concurrence avec un objectif de protection d'un des agents économiques puisqu'il s'exprime souvent par la création de règles restrictives de la libre concurrence. L'existence de règles qui tentent de concilier la vie privée des salariés avec le fonctionnement de l'entreprise en constituent un bon exemple. Le droit au passage à temps partiel dans le cadre de certains congés par exemple⁵⁷², ne peut qu'être imparfaitement perçu dans l'œil de celui qui mène une analyse en des termes purement incitatifs. Dans un tel regard l'objectif de protection de la vie personnelle et familiale du salarié ne peut être appréhendé. Autre exemple qui concerne l'employeur cette fois : ses décisions ne sont plus analysées qu'en termes d'efficacité économique. Il devient un pur gestionnaire de l'entreprise sans que soit forcément reconnue la sphère d'expression de son pouvoir de direction.

202. **Nécessaire circonspection.** Cette analyse invite donc à appréhender les mécanismes incitatifs avec circonspection : « leur efficacité – qui reste dans bien des cas à établir – a

⁵⁶⁸ G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, thèse, préf. A. Supiot, 2014, LGDJ, n° 281, p. 115.

⁵⁶⁹ Notamment dans le domaine disciplinaire, l'ancienneté du salarié peut permettre indirectement d'atténuer sa faute et donc la sanction prononcée à son encontre : v. par ex. Cass. soc., 15 mai 1991 : *Bull. civ.* V n° 236 ; *RJS* 7/91 n°841 concernant la prise en compte de l'ancienneté de certains salariés justifiant une sanction plus faible (mise à pied) que celle d'un autre salarié qui avait commis la même faute (licenciement).

⁵⁷⁰ V. note n° 530.

⁵⁷¹ V. not. J.-J. Dupeyroux, « La déstabilisation du droit du travail », *Dr. soc.* 1986, p. 823 ; A. Jeammaud, « Le droit du travail en changement - Essai de mesure », *Dr. soc.* 1998, p. 207 et la thèse de S. Riancho qui considère le principe de sécurité individuelle comme un principe directeur cadre du droit du travail : *Les principes directeurs du droit du travail*, dir. J.-F. Cesaro, 2019, Université Panthéon-Assas, n° 195 et s., p. 275 et s.

⁵⁷² V. § n°386 et s.

un coût : l'affaiblissement corrélatif de l'exigence d'encadrement de l'exercice d'un pouvoir privé »⁵⁷³. De nombreux biais de l'analyse économique doivent donc être pris en compte pour leur usage en droit du travail. Une approche limitée aux incitations économique semble en particulier devoir être écartée.

B : Le rejet des incitations économiques en droit du travail

203. **Remplacement.** Certains économistes ont envisagé la possibilité pour certains pans du droit du travail de remplacer les règles de droit par un système incitatif en termes financiers. Cette proposition repose notamment sur le développement d'un impératif de sécurité juridique pour les relations professionnelles (1). Si ce « serait céder à la facilité que d'y voir une hégémonie des finalités économiques, telles l'efficacité économique, sur les finalités sociales du droit du travail », une telle faveur aux mécanismes économiques comporte de nombreuses limites (2).

1 : Le projet du remplacement des règles de droit par des incitations purement économiques

204. **Théorie économique et théorie juridique.** Les liens entre théorie du droit et théorie économique se sont resserrés, en particulier dans le domaine du droit des affaires. Le droit par sa nature même a vocation à réguler les relations sociales dont une bonne partie relève du domaine économique. Aussi, le droit du travail entretient des liens étroits avec l'étude du marché du travail. Dans ce contexte, l'idée de transposer des dispositifs issus de la théorie économique en droit du travail a rapidement fait du chemin et a donné naissance à de nombreuses règles de « tarification comportementale ».

205. **La « tarification comportementale »**⁵⁷⁴. Le principe de la tarification comportementale repose sur la théorie économique selon laquelle l'envoi de certains signaux aux acteurs du marché doit permettre de moduler leur comportement. Ces signaux peuvent notamment reposer sur une information concernant les coûts majorés ou minorés selon le comportement en cause (aussi appelés signaux « prix »). La modulation des « prix » de

⁵⁷³ V. note n° 565.

⁵⁷⁴ D. Baugard, « Controverse : quels instruments juridiques pour limiter le recours aux contrats courts ? », *RDT* 2019, p.452.

certaines pratiques des employeurs en fonction de la réalisation de certains événements dans le but d'orienter leurs comportements, constitue un mécanisme dont le développement est croissant. Dans le domaine de la protection sociale par exemple, le système de tarification des taux des contributions des employeurs pour la branche accident du travail – maladie professionnelle repose, au moins partiellement, sur une volonté d'inciter les employeurs à plus de prévention⁵⁷⁵. Mis en place en 1995⁵⁷⁶, le principe d'une tarification à l'établissement visait ainsi à permettre une individualisation des contributions dues, individualisation devant ensuite conduire à inciter les employeurs à modifier l'organisation du travail dans leur entreprise dans un sens favorable à la sécurité. Plus récemment, la mise en place d'un système de bonus-malus sur les contributions patronales pour l'assurance chômage a été présenté comme un outil de responsabilisation des employeurs face à leur usage des contrats précaires⁵⁷⁷. Jusqu'alors l'idée d'une tarification comportementale pour réduire le recours aux contrats à durée déterminée n'avait pris de forme permanente qu'avec l'indemnité de fin de contrat de 10%, versée au salarié auquel n'a pas été proposé une nouvelle embauche en CDI⁵⁷⁸. Selon le nouveau système de l'article 50-3 du Règlement d'assurance chômage, les entreprises à partir de onze salariés dans certains secteurs d'activité où les taux de séparation moyen sont très élevés⁵⁷⁹ peuvent subir une décote ou une surcote de leurs cotisations patronales⁵⁸⁰. Cette hausse ou baisse des cotisations est calculée par comparaison entre le taux de séparation moyen de l'entreprise concernée et le taux de séparation médian du secteur d'activité. Le législateur a en revanche rétrogradé en matière de tarification comportementale pour le cas spécifique du CDD

⁵⁷⁵ D'après le Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale de la Cour des comptes de 2018 le processus de tarification des risques professionnels remplit notamment comme mission de « d'inciter ces derniers [les employeurs] à la prévention ».

⁵⁷⁶ Décret n°95-1109 du 16 octobre 1995 modifiant le code de la sécurité sociale et fixant les règles de tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles.

⁵⁷⁷ V. not. l'étude d'impact du projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel du 26 avril 2018, article 29, §2.2, p. 249 : « le présent article vise à permettre l'introduction de règles plus responsabilisantes pour les employeurs. La possibilité de moduler les contributions en fonction du taux de fins de contrats a en effet pour objectif d'inciter les employeurs à intégrer dans leurs décisions de recruter, de former et de se séparer de salariés, les conséquences que celles-ci induisent sur le coût financier et social du chômage ».

⁵⁷⁸ C. trav. art. L. 1243-8. Une « surtaxe » pour les CDD d'usage et de courte durée avait été mise en place en 2013 mais a été supprimée depuis le 1^{er} oct. 2017.

⁵⁷⁹ Initialement définis par l'arrêté du 27 novembre 2019 relatif aux secteurs d'activité et aux employeurs entrant dans le champ d'application du bonus-malus, la liste des 38 secteurs concernés est désormais intégrée au décret qui a rétabli le mécanisme. Cependant, seront exonérés pour la première période de mise en œuvre les secteurs les plus durement touchés par la crise COVID-19.

⁵⁸⁰ D'abord annulé par la décision du Conseil d'Etat du 25 novembre 2020 (n° 454920), le mécanisme a été rétabli par le décret n° 2021-346 du 30 mars 2021.

d'usage : la loi de finances pour 2020⁵⁸¹ avait prévu une taxation forfaitaire de dix euros par contrat, sauf certaines exclusions listées⁵⁸². Cependant la loi n° 2020-935 du 30 juillet 2020 de finances rectificative pour 2020 a supprimé l'obligation à compter du 1^{er} juillet 2020⁵⁸³.

206. **Taxe sur les licenciements.** Le droit du travail n'est donc pas exempt de mécanismes incitatifs économiques, en particulier par application de la tarification comportementale. L'idée d'un recours plus étendu à ce mécanisme, soutenue par le développement d'une exigence de sécurité juridique, a même pu être poussée à son paroxysme par certains économistes, qui ont proposé l'idée de mettre fin de l'obligation de justification du licenciement économique. Un rapport publié en 2003 pour le Conseil d'analyse économique⁵⁸⁴ avait proposé de retirer les règles de droit applicables en matière de licenciement économique, en ne laissant fonctionner qu'un mécanisme d'incitation fonctionnant sur le principe d'une taxe à payer pour chaque licenciement concerné. La proposition allait donc jusqu'au retrait complet de la régulation juridique pour ne mettre en place qu'une régulation économique : « si l'entreprise est prête à payer les taxes et indemnités de licenciement, nous ne voyons pas le rôle que le processus judiciaire a à jouer ». L'idée qui sous-tend l'analyse développée dans le rapport est évidemment de considérer que les employeurs, face au risque de devoir payer des sommes assez conséquentes en cas de licenciement de leurs salariés (la taxe sur les licenciements), préféreront à chaque fois que cela sera possible trouver une solution alternative.

⁵⁸¹ Art. 145 de la loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020.

⁵⁸² Étaient concernés le secteur du cinéma, les CDD d'insertion, les dockers et les entreprises relevant de certains secteurs d'activité où les partenaires sociaux ont prévu par convention ou accord collectif de travail étendu une durée minimale de ces contrats et les conditions dans lesquelles il est proposé au salarié concerné de conclure un contrat de travail à durée indéterminée au terme d'une durée cumulée de travail effectif (définis par arrêté ministériel pour l'instant limités au secteur du déménagement, de l'animation commerciale et de l'optimisation de linéaires selon l'arrêté du 27 janvier 2020 modifiant l'arrêté du 30 décembre 2019 relatif aux secteurs d'activité couverts par une convention ou un accord collectif étendu comportant des stipulations encadrant le recours aux contrats à durée déterminée d'usage).

⁵⁸³ Art 54, loi n° 2020-935 du 30 juillet 2020 de finances rectificative pour 2020.

⁵⁸⁴ O. Blanchard et J. Tirole, Rapport sur les procédures de licenciement économique, Conseil d'analyse économique, 2003.

2 : Doutes concernant l'efficacité d'incitations purement économiques

207. **Efficacité des incitations économiques.** Une première critique qu'il est possible de formuler concernant ces mécanismes incitatifs purement économiques repose sur leur efficacité. Concernant l'objectif de réduction de l'usage des contrats courts par exemple, des auteurs soulignent qu'il paraît difficile de croire que la mise en place d'un mécanisme de tarification comportementale suffise à régler un « phénomène [aux] nombreux déterminants »⁵⁸⁵. Celui-ci est en effet lié à des raisons variées, qui ne reposent pas toutes directement sur la question du coût. Par ailleurs, se pose la question de la lisibilité des signaux envoyés aux acteurs économiques. Par exemple concernant le système d'individualisation de la tarification des accidents du travail et maladies professionnelles, il a pu être souligné qu'en présence d'un décalage temporel entre l'évènement qui entraîne une hausse de la tarification et cette hausse de la tarification elle-même, l'incitation à la prévention pouvait perdre en lisibilité et donc en efficacité⁵⁸⁶. Les signaux envoyés par le législateur peuvent également parfois se contredire : dans le cadre de la tarification comportementale concernant les contrats courts, l'existence de mécanismes d'exonération des cotisations de sécurité sociale pour les bas revenus peut s'opposer de manière indirecte au système de bonus-malus ou à la taxe sur les CDD d'usage. Les contrats courts sont également ceux qui sont souvent rémunérés sur une base assez faible.
208. **Rationalité des acteurs.** La question de l'efficacité se pose également du point de vue des acteurs. Ainsi, une autre critique qui peut être formulée contre les incitations purement économiques consiste à simplement rappeler que les acteurs économiques ne sont jamais parfaitement rationnels. Surtout, leur rationalité ne s'étend pas à la prise en compte de l'utilité collective : l'employeur qui a le choix de licencier des salariés prendra en compte le rapport coûts / gains pour l'entreprise mais ne considérera pas, ou peu, les effets négatifs du chômage sur l'ensemble de la société. De même, il est possible d'envisager des acteurs « trop » rationnels. En reprenant l'exemple de la taxe sur les licenciements, dans le cas où un chef d'entreprise aurait un comportement opportuniste en distinguant son intérêt personnel et celui de la société : il pourrait être amené à réduire drastiquement les effectifs

⁵⁸⁵ B. Coquet, É. Heyer, « Controverse : quels instruments juridiques pour limiter le recours aux contrats courts ? », *RDT* 2019, p.452.

⁵⁸⁶ Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale, Cour des comptes, 2018

de la société pour réduire les coûts de production et donc améliorer théoriquement la rentabilité de la société. Sa prime sur objectifs personnelle pourrait ainsi être augmentée par une telle décision, sans cependant prendre en compte son coût pour la société. Pour de nombreux économistes, dont les Professeurs Blanchard et Tirole, l'intérêt des incitations économiques réside en grande partie dans le retrait de la décision judiciaire qui manque selon eux de rationalité. Le juge, au contraire de l'employeur, ne serait pas rationnel dans ses choix et ne serait donc pas apte à juger de la validité des choix de l'employeur. En raison de ces éléments, ils considèrent plus « sûr » de mettre en place des mécanismes incitatifs purement économiques sur un certain nombre de sujets et de procéder au retrait des règles de droit. Cependant, l'intérêt du débat contradictoire qui est le propre de la procédure judiciaire, réapparaît lorsqu'on considère la véritable « capacité de rationalité » des acteurs économiques. Pour des décisions complexes il est très difficile d'affirmer que les employeurs agiront toujours comme des acteurs rationnels. Plus le contexte de la prise de décision est complexe, plus le risque d'erreur est grand. Le débat en justice ou, au moins, le risque du débat, oblige les acteurs économiques à effectuer une analyse poussée des éléments décisionnels et donc à vérifier la justification de leur décision.

209. **Utilité sociale et incitations économiques.** La question de la prise en compte de l'utilité sociale mérite d'être évoquée, comme un obstacle à part entière. De nombreux auteurs⁵⁸⁷ ont évoqué les risques liés à la mise en place d'incitations purement économiques, relevant notamment l'absence d'assurance de la prise en compte de l'utilité sociale par les employeurs. La substitution totale des règles de droit par des mécanismes économiques d'incitation n'est pas envisageable : tout d'abord, de telles incitations peuvent engendrer un certain nombre d'effets pervers en ne prenant en compte que le caractère économique de la décision de l'employeur ou du salarié. Par exemple, en ce qui concerne la taxe sur les licenciements économiques, un employeur pourrait être tenté de ne licencier que les salariés les plus âgés, potentiellement moins aptes à s'adapter à de nouvelles évolutions techniques. Pourtant, d'un point de vue social la discrimination à l'emploi de certaines catégories de salariés constitue un coût certain. Ces salariés âgés risquent de rester plus longtemps au chômage car ils ne seront peut-être pas perçus comme « désirables » par les

⁵⁸⁷ v. not. F. Eymard-Duvernay, « Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ? À propos d'un rapport du Conseil d'analyse économique sur les procédures de licenciement », *Dr. soc.* 2004, p.812 et J. Gautié, « Les économistes contre la protection de l'emploi : de la dérégulation à la flexicurité », *Dr. soc.* 2005, p.3.

autres employeurs, engendrant un coût plus élevé pour la société. L'incitation purement économique peut donc engendrer de nouvelles distorsions sur le marché de l'emploi.

210. **Perte de légitimité.** La substitution n'est également pas possible en raison de la négation de la construction d'une légitimité sociale. Les conséquences sociales d'une décision d'un employeur en droit du travail sont ainsi restreintes à un problème de taxation efficace : quel est le bon niveau de taxation pour dissuader les employeurs de prendre une décision sans annihiler complètement leur liberté de choix ? Ce point de vue ignore cependant les notions de responsabilités et de partage de la charge sociale, qui sont pourtant au cœur de la construction de notre système social. Le Professeur Martinon soulignait ainsi que ce type de schéma pouvait placer « le droit du licenciement dans une pure logique assurantielle » qui « nie la réparation individuelle du licenciement » et se tourne vers une responsabilité purement collective⁵⁸⁸. Le rôle du droit et du système judiciaire qui l'accompagne est de proposer un équilibre des responsabilités qui apparaisse « juste » et non seulement économiquement viable. Ce rôle moralisateur du droit pour les acteurs économiques ne peut être mis de côté pour favoriser uniquement les incitations économiques. Le Professeur Amartya Sen a pu démontrer que l'activité économique n'était pas fondée que sur un ensemble de volontés individuelles, mais également sur des normes de « coopération » sociale⁵⁸⁹. Le droit entre alors en jeu car il permet l'articulation entre les différents mécanismes de coopération et les acteurs économiques individuels. Il permet la construction d'un système qui alloue à chaque acteur économique une place et un rôle dans le fonctionnement coopératif de la société. L'efficacité économique ne peut donc exister sans les normes de coopération affirmées par le droit : les incitations ne peuvent être appréhendées que sous un angle économique.

211. **Rôle moral et démocratique.** Enfin, il est possible pour justifier le rejet d'incitations purement économiques en droit du travail, d'évoquer le rôle moral des règles de droit. Selon Ripert « le droit [...] est dominé par la loi morale »⁵⁹⁰. Si une telle affirmation peut sembler excessive, notamment car le droit et la morale recouvre des domaines distincts, il est intéressant de rappeler les vues de l'auteur concernant les règles légales entourant le

⁵⁸⁸ A. Martinon, « Emploi et licenciements économiques », *Dr soc.* 2016, p. 324.

⁵⁸⁹ V. not. les travaux de l'économiste Amartya Sen : *Standard of Living*, 1985, Cambridge University Press ; *L'économie est une science morale*, La Découverte, 1999.

⁵⁹⁰ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, LGDJ.

contrat de travail : « [...] toute la réglementation légale du travail est sortie de cette idée que le travail humain ne peut être laissé à la liberté contractuelle ». Il y a donc un caractère moral associé aux règles de droit du travail qui ne peut être traduit au sein d'incitations purement économiques, qui ne représentent que le résultat d'un calcul économique. Concernant l'exemple de la proposition d'une taxe sur les licenciements : quel coût la décision de licencier va faire peser sur la société ? Une telle incitation ne permet pas de transcrire dans notre société la règle morale selon laquelle les abus liés à la puissance économique seront contrôlés et éventuellement sanctionnés. Des auteurs ont également pu souligner la fonction démocratique des règles de droit du travail⁵⁹¹. Dans le cas des règles qui encadrent la procédure de licenciement, en prévoyant un « débat contradictoire, aussi bien dans l'entreprise que dans l'arène judiciaire [elles] participent d'une exigence démocratique dans les rapports de travail »⁵⁹².

212. **Rejet.** Les incitations purement économiques sont porteuses d'une réduction des fonctions du droit du travail. Il n'apparaît pas souhaitable de voir se développer un remplacement des règles de droit du travail par ce type de mesures, le « changement de paradigme [...] ne laisse pas indemne l'armature axiologique du droit »⁵⁹³ des relations professionnelles. En revanche, les incitations légales à une conciliation entre employeurs et salariés, peuvent favoriser une correction contractuelle dans des cas où l'adaptation du contrat peut être souhaitable.

II : Impacts du développement des incitations légales en droit du travail

213. **Différence avec les incitations purement économiques.** L'étude des incitations en droit du travail permet de souligner la présence, outre les incitations purement économiques, d'incitations légales favorables à la mise en œuvre de certains comportements par les acteurs du contrat de travail. A ce titre il existe un certain nombre d'incitations à la

⁵⁹¹ V. not. F. Eymard-Duvernay, « Calculer ou débattre ? Application aux situations de recrutement et de licenciement », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, dir. A. Jeammaud, 2005, Dalloz, p. 87 et 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, Les éditions de l'Atelier, 1998, p. 265 et s.

⁵⁹² T. Sachs, *La raison économique en droit du travail – Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, thèse, préf. G. Borenfreund, post. O. Favereau, 2013, LGDJ, n° 591, p. 370.

⁵⁹³ *Ibid.*, n° 593, p. 371.

conciliation entre l'employeur et le salarié dans l'exécution de leurs rapports professionnels. Ces incitations légales, en ce qu'elles tendent à faciliter ou récompenser un certain comportement, peuvent permettre une limitation du recours à la rupture du contrat de travail. Face au cadre juridique posé par le contrat de travail et la distinction entre la sphère où l'employeur peut imposer le comportement souhaité à son salarié et celle où le salarié peut s'opposer à cette décision, les incitations légales à une correction négociée du contrat peuvent apparaître comme une source de fluidité pour les relations professionnelles. La voie conciliée sera ainsi recherchée pour favoriser le maintien du lien contractuel tant du côté de l'employeur (A), que du côté du salarié (B).

A : Les mécanismes incitatifs pour une correction conciliée dédiés aux employeurs

214. **Incitations indirectes à la correction du contrat de travail.** De nombreuses incitations légales, dirigées vers l'employeur, sont inhérentes à la philosophie du droit du travail actuel. Comme le souligne le Professeur Martinon, si l'impératif de stabilité contractuelle n'est pas de nature à s'opposer pleinement au droit de résiliation unilatérale du contrat de l'employeur, il permet à « la loi, relayée par la jurisprudence, [d']use[r] de mécanismes incitatifs »⁵⁹⁴. Si, en pratique, la décision de licenciement est très souvent prise en amont de la convocation à l'entretien préalable, l'encadrement juridique de la procédure (justification, indemnités, délais de procédure...) vise à inciter les employeurs à peser le pour et le contre d'un licenciement et éventuellement envisager une solution alternative. Les règles qui encadrent le licenciement peuvent donc être considérées comme une incitation à considérer l'adaptation de la relation professionnelle (éventuellement de nature à entraîner une correction contractuelle), avant toute rupture du contrat. Un autre exemple de la présence d'incitations légales à la correction contractuelle peut être donné à travers les incitations à la négociation d'accords collectifs. En effet, le Code du travail a progressivement inclus des obligations de négocier dans l'entreprise selon une périodicité variable (périodicité qui peut être fixée par accord collectif d'entreprise dans la limite d'une amplitude de quatre ans) sur certaines thématiques⁵⁹⁵, qui peuvent mener indirectement à

⁵⁹⁴ A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, thèse, préf. B. Teyssié, 2005, Dalloz, n°172, p. 155.

⁵⁹⁵ C. trav. art. L. 2242-1 et s.

une correction des éléments contractuels comme le salaire⁵⁹⁶. Or, ces obligations de négociation ne sont traditionnellement pas considérées comme des obligations de résultat car si elles imposent bien d'engager la négociation elles n'imposent en aucune façon aux parties de parvenir à un résultat. Ainsi, l'employeur qui n'a pas engagé la négociation obligatoire fait face au risque de sanctions pénales, administratives et civiles. En revanche en cas d'échec de la négociation la seule obligation imposée est celle de la rédaction d'un procès-verbal de désaccord entre les parties⁵⁹⁷.

215. **Incitations au changement d'organisation du travail.** Le développement des mécanismes incitatifs semble s'inscrire en particulier dans des domaines où il apparaît que les intérêts des parties peuvent s'opposer. Il existe ainsi des incitations directes à la correction négociée du contrat de travail, concernant l'organisation du travail. Un exemple très récent est relatif au nouveau régime juridique pour le télétravail⁵⁹⁸. L'article L. 1222-9 du Code du travail constitue une incitation légale et non une contrainte car il indique que « l'employeur qui refuse d'accorder le bénéfice du télétravail à un salarié qui occupe un poste éligible à un mode d'organisation en télétravail dans les conditions prévues par accord collectif ou, à défaut, par la charte, motive sa réponse ». L'incitation à la correction négociée du contrat en faveur du passage au mode de télétravail est formulée par l'obligation de justification qui pèse sur l'employeur en cas de refus. Dès lors que le poste est éligible à un mode d'organisation du télétravail⁵⁹⁹ l'employeur doit expliciter les raisons de son refus au passage au télétravail. Dans le cas contraire, il est seulement « invité à préciser les raisons de son refus d'accéder à la demande de télétravail émanant d'un

⁵⁹⁶ Il est possible de parler de correction « indirecte » puisque l'accord collectif ne s'incorpore pas au contrat de travail en principe.

⁵⁹⁷ C. trav. art. L. 2242-5. Il est vrai que, outre les propositions respectives des parties, doivent y être consignées les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement, c'est-à-dire en général les propositions qu'il avait formulé au cours des discussions du processus de négociation (B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives*, 11e éd. 2018, LexisNexis, n° 1895, p. 964). Cependant le manquement à cette exigence prévue à l'article L. 2242-4 du Code du travail n'est pas pénalement sanctionnée (T. corr. Versailles, 5 sept. 2005 : *JCP S* 2005, 1379).

⁵⁹⁸ L'organisation du travail en tout ou partie au domicile du salarié correspond à élément contractuel, sa modification relève donc d'une correction contractuelle (Cass. soc., 13 avril 2005, *G. c/ Sté SDP : Bull. civ. V*, n° 137 ; *RJS* 6/05, n° 600 et Cass. soc., 13 févr. 2013, n° 11-22.360, *Sté Les Jolies céramiques sans Kaolin c/ L.* : *RJS* 4/13, n° 263).

⁵⁹⁹ Selon l'Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail étendu par l'arrêt du 2 avril 2021, il s'agit des cas où « l'accès au télétravail est ouvert dans l'entreprise par un accord collectif de travail ou par une charte, et que le salarié demandeur occupe un poste télétravaillable en vertu d'une disposition de cet accord ou de cette charte, ou dès lors qu'il s'agit d'un salarié en situation de handicap ou aidant un proche » (art. 2.3.3.).

salarié »⁶⁰⁰. Une telle obligation peut donc pousser à la conciliation des parties sur cette question⁶⁰¹. D'autres incitations à la conciliation des intérêts des parties démontrent l'objectif de favoriser un changement d'organisation du travail souhaité par le salarié. L'incitation au passage au travail de jour pour les travailleurs de nuit ou pour le travail à temps complet pour les travailleurs à temps partiel cherche à favoriser un accord de l'employeur pour cette modification contractuelle. Dans le premier cas, le Code du travail⁶⁰² prévoit une priorité « pour l'attribution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent » en travail de jour. Dans le second cas, la formulation est identique pour la reprise d'un emploi à temps plein. En pratique, l'employeur est tenu de présenter aux salariés concernés une liste des emplois disponibles pour les aider vers ce retour à la norme en matière de temps de travail. L'absence de référence à un véritable droit de retour au temps plein/travail de jour, pourtant présente dans certains accords collectifs de branche⁶⁰³, démontre le côté purement incitatif de cette mesure. La conciliation serait recherchée pour garantir l'efficacité de la correction provoquée.

216. **Mobilité volontaire sécurisée.** Le législateur a mis en place les incitations les plus fortes pour ce qui touche à la mobilité professionnelle des salariés. Le législateur avec la loi de sécurisation de l'emploi de 2013⁶⁰⁴ a notamment introduit une section au sein du Code du travail dédiée à la mobilité volontaire sécurisée⁶⁰⁵. L'incitation à se montrer conciliant face à une telle mobilité pour l'employeur est particulièrement forte puisqu'en cas de deux refus successifs de sa part d'accéder à la demande du salarié, ce dernier bénéficiera automatiquement d'un droit à un congé lié à l'usage du compte personnel de formation

⁶⁰⁰ ANI du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail, art. 2.3.3.

⁶⁰¹ Cette incitation semble d'ailleurs bien fonctionner comme en témoigne le grand nombre d'accords sur le télétravail signés depuis l'entrée en vigueur du nouveau régime : dans plus de six cas sur dix en 2018 le thème du télétravail était abordé par les accords collectifs d'entreprise concernant les conditions de travail et négociés avec des délégués syndicaux selon l'édition 2019 du *Bilan sur la négociation collective en 2018* de la Commission nationale de la négociation collective.

⁶⁰² C. trav. art. L. 3122-13.

⁶⁰³ Droit souvent soumis à certains événements importants : par exemple la convention collective nationale des réseaux de transports publics urbains de voyageurs prévoit en son article 19 le droit au retour vers un temps plein en cas « d'événements familiaux graves (décès ou chômage du conjoint).

⁶⁰⁴ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, art. 6.

⁶⁰⁵ Le premier article de cette section rappelle ainsi que dans les entreprises ou groupes d'entreprises d'au moins trois cents salariés, le salarié qui dispose d'une ancienneté minimale de deux ans peut demander à bénéficier d'une période de suspension de son contrat de travail pour exercer une activité dans une autre entreprise.

dans le cadre d'un projet de transition professionnelle⁶⁰⁶. Il y a donc une véritable incitation pour l'employeur à considérer sérieusement la demande du salarié de réaliser cette mobilité volontaire sécurisée.

217. **Assouplissement.** Ces exemples illustrent donc l'intérêt que porte le législateur à inciter l'employeur à donner son accord pour des corrections du contrat de travail souhaitée par le salarié. Cette volonté d'assouplir les conséquences de l'intangibilité contractuelle se retrouve également côté salarié.

B : Les mécanismes incitatifs pour une correction conciliée dédiés aux salariés

218. **Incitations récompenses.** Le développement des incitations légales à la correction négociée du contrat de travail a surtout connu une croissance forte concernant les mécanismes dédiés aux salariés. En particulier, dans le domaine de la durée du travail, les réformes récentes n'ont cessé de pousser les salariés à accepter une plus grande flexibilité. Le législateur a alors choisi de proposer des incitations « récompense » par le biais financier. Par exemple, en matière de forfait jours, le Code du travail prévoit la possibilité pour le salarié de renoncer à certains jours de repos en contrepartie d'une majoration salariale⁶⁰⁷. Un mécanisme similaire est également prévu pour les heures complémentaires accomplies par un salarié à temps partiel⁶⁰⁸ ou en matière de travail le dimanche⁶⁰⁹. Concernant le travail à temps partiel, les limites dans lesquelles peuvent être accomplies des heures complémentaires doivent en effet être inscrites au contrat⁶¹⁰. Dès lors, même si la loi précise que le refus du salarié ne peut constituer une faute ou un motif de licenciement lorsque l'employeur demande aux salariés d'effectuer des heures complémentaires en dehors du cadre légal (hors des limites fixées par le contrat ou avec un délai de prévenance trop court)⁶¹¹, le gain salarial peut constituer une incitation à accepter ce supplément de

⁶⁰⁶ Alors que le « CPF transition » est en principe soumis à certaines conditions et modalités d'application comme la possibilité pour l'employeur de refuser le congé « lorsqu'il estime que l'absence de l'intéressé pourrait avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la marche de l'entreprise » (C. trav. art. R. 6323-10-1).

⁶⁰⁷ C. trav. art. L. 3121-59.

⁶⁰⁸ C. trav. art. L. 3123-8.

⁶⁰⁹ C. trav. art. L. 3132-25-3.

⁶¹⁰ C. trav. art. L. 3123-6.

⁶¹¹ C. trav. art. L. 3123-10.

travail. Le cadre législatif pour les dérogations au repos dominical par autorisation préfectorale prévoit de façon similaire une impossibilité de sanctionner ou de licencier le salarié qui refuse de travailler le dimanche (et même que cela ne constitue pas un motif pour refuser d'embaucher la personne ou pour imposer une mesure discriminatoire au salarié récalcitrant)⁶¹². Dans ce cas également le gain salarial peut constituer une incitation à l'accord du salarié pour la correction de son contrat de travail.

219. **Incitations sanctions.** Outre ces incitations « récompense » pour le salarié, il existe également des incitations « sanction ». Dans ce cadre, le facteur incitatif premier reste le risque représenté par la perte de son emploi pour le salarié. Dès lors, l'allègement de la procédure de licenciement dans certaines situations peut constituer un mécanisme incitatif à la correction de son contrat de travail pour le salarié. Les simplifications de la procédure de licenciement pour l'employeur, comme la création de motifs de licenciement *ad hoc* par la loi⁶¹³, devraient favoriser l'accord du salarié aux modifications souhaitées par l'employeur.
220. **Vecteur de flexibilité.** Il existe des mécanismes incitatifs dédiés à une correction négociée entre les parties au contrat de travail. La présence de ces mécanismes permet de démontrer que les divergences d'intérêt entre les parties au contrat de travail sont de nature à limiter les cas d'adaptation de la relation professionnelle. Les incitations permettent donc de favoriser le respect de l'exigence consensuelle en vue d'une correction du contrat. La logique d'un accord mutuel peut en effet permettre d'assurer la prise en compte des intérêts individuels des parties dans la mise en œuvre de la correction. Inciter les volontés à se rejoindre permet de favoriser l'adaptation de la relation professionnelle tout en garantissant un droit de refus pour la partie pour laquelle cette correction resterait, malgré l'incitation, inacceptable. Cette même logique incitative, a trouvé un terrain d'expression particulièrement propice dans un domaine spécifique du droit du travail : le droit de la formation professionnelle.

⁶¹² C. trav. art. L. 3132-25-4.

⁶¹³ V. § n°293 et s.

Section II : Le développement d'un droit incitatif à la correction conciliée : le droit de la formation professionnelle

221. **Origine du droit de la formation professionnelle.** La formation professionnelle est destinée à l'acquisition ou au perfectionnement d'une qualification professionnelle⁶¹⁴. Sa naissance dans son acception moderne peut être datée à la promulgation du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁶¹⁵. Dans cette période d'après-guerre, la formation professionnelle est mise en œuvre principalement dans l'objectif de répondre aux besoins de reconstruction, face à une pénurie de main d'œuvre qualifiée⁶¹⁶ pour les besoins industriels. Les décrets du 9 novembre 1946⁶¹⁷ et du 11 janvier 1949⁶¹⁸ mettent ainsi l'accent sur la formation professionnelle accélérée. En 1959⁶¹⁹ l'objectif de promotion sociale est affirmé pour la formation professionnelle avant que, en 1963⁶²⁰, le Fonds national de l'emploi voit le jour inaugurant une perception de la formation professionnelle qui perdure jusqu'à aujourd'hui comme vecteur d'une politique en faveur de l'emploi. En pratique, la formation professionnelle permet d'envisager une éventuelle évolution professionnelle du salarié *via* l'acquisition de nouvelles compétences et savoirs. Pour le salarié qui souhaite poursuivre son travail chez le même employeur, la correction du contrat de travail du salarié pourra alors éventuellement être envisagée par les deux parties. Le fonctionnement du système de formation professionnelle issu de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018⁶²¹ est d'ailleurs de nature à favoriser une conciliation des parties au premier niveau de la mise en œuvre de l'action de formation, qui paraît essentielle à une correction négociée du contrat par la suite (I). Des pistes d'évolution favorables à cette logique incitative à la correction négociée du contrat méritent d'être explorées (II).

⁶¹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd. 2020, PUF, p. 471.

⁶¹⁵ Article 13 du Préambule : « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. [...] »

⁶¹⁶ Selon le Rapport général du premier Plan de modernisation et d'équipement du 27 novembre 1946 pour mener à bien le Plan de modernisation et d'équipement un besoin de 980 000 ouvriers supplémentaires existait à l'époque.

⁶¹⁷ Décret n°46-2511 du 9 novembre 1946 relatif aux centres de formation professionnelle, qui met l'accent sur une formation rapide des travailleurs.

⁶¹⁸ Décret n° 49-39 du 11 janvier 1949 relatif à la formation professionnelle accélérée et réduisant le nombre des centres subventionnés par l'État.

⁶¹⁹ Loi n°59-960 du 31 juillet 1959 relative à diverses dispositions tendant à la promotion sociale.

⁶²⁰ Loi n°63-1240 du 18 décembre 1963 relative au fonds national de l'emploi (FNE).

⁶²¹ Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

I : La formation professionnelle, un régime incitatif à la correction en faveur du maintien du lien d'emploi

222. **Acquisition de connaissances.** Le terme formation désigne l'action de se former mais aussi, l'action de procurer ou d'acquérir une qualification professionnelle⁶²². Par cet objectif d'exercice d'une activité déterminée, les mécanismes de formation professionnelle constituent une porte vers la correction du contrat de travail. Ils permettent au salarié d'acquérir de nouveaux savoirs théoriques et pratiques ou de développer ses compétences pour éventuellement négocier une correction de certains éléments de son contrat de travail (A). La conciliation entre les parties est d'ailleurs favorisée dès la mise en œuvre de la formation : les mécanismes concertés de formation sont mis en avant par le législateur (B).

A : La correction du contrat de travail favorisée par l'évolution professionnelle du salarié

223. **Mécanisme correcteur.** Le suivi d'une action de formation professionnelle peut permettre au salarié d'évoluer professionnellement et éventuellement de corriger son contrat de travail. Il est ainsi possible d'envisager le cas d'une progression salariale ou d'une modification du poste du salarié, conformément à l'objectif de promotion sociale de la formation professionnelle (1). Les mécanismes de formation professionnelle tendent à garantir la mobilité professionnelle du salarié, mobilité conçue comme un facteur important de la correction du parcours professionnel du salarié (2).

1 : Les mécanismes de formation professionnelle dédiés à une correction contractuelle

224. **Evolution professionnelle et correction du contrat de travail.** Parce qu'elle permet de développer les compétences des salariés la formation professionnelle peut entraîner une correction du contrat de travail à l'aune de cette évolution professionnelle. L'acquisition d'un nouveau savoir pratique et/ou intellectuel, éventuellement sanctionné par la délivrance d'un diplôme, peut mener à une évolution ou un changement du poste de travail

⁶²² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13e éd. 2020, PUF, p. 475.

ou, plus simplement, à une augmentation salariale. Il s'agit de la traduction concrète de l'objectif de promotion sociale susvisé.

225. **Droit à la qualification professionnelle.** L'évolution de l'un des droits fondateurs du système de la formation professionnelle qu'est le droit à la qualification professionnelle souligne le maintien de cet objectif de promotion sociale. Ce droit permet à celui qui l'exerce de « suivre, à son initiative, une formation lui permettant, quel que soit son statut, de progresser au cours de sa vie professionnelle d'au moins un niveau en acquérant une qualification correspondant aux besoins de l'économie prévisibles à court ou moyen terme »⁶²³. Est ainsi consacré le droit de progresser de niveau professionnel, et donc, de potentiellement pouvoir prétendre à de nouvelles attributions. Ce droit a tout d'abord eu une portée purement théorique. Le Professeur Lyon-Caen indiquait ainsi qu'« aussi généreux soit-il, ce droit à la qualification a une teneur indéterminée »⁶²⁴. La formulation légale relevait plutôt d'une intention d'inscrire dans le Code du travail une traduction du droit à la formation retenu par le Préambule de 1946, plutôt que de créer une véritable obligation. Cependant, à partir de 2009⁶²⁵, le législateur s'est attaché à donner une portée concrète à ce droit, à travers différents mécanismes qui ont abouti à la naissance du compte personnel de formation. Ce dernier était en effet perçu comme l'outil d'une progression professionnelle : « le compte personnel de formation a pour objet de donner à chacun les moyens d'évoluer professionnellement et de sécuriser son parcours professionnel, notamment en progressant d'au moins un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle ou en obtenant une qualification dans le cadre d'une reconversion »⁶²⁶. Le salarié peut en principe initier la correction de son contrat de travail à travers la mise en œuvre de son droit à la qualification.

⁶²³ C. trav. art. L. 6314-1.

⁶²⁴ A. Lyon-Caen, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. soc.* 1992, p. 573

⁶²⁵ Loi n°2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie et loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

⁶²⁶ Accord national interprofessionnel du 14 décembre 2013 relatif à la formation professionnelle. Cet ANI représente une étape particulièrement importante de l'affirmation d'un droit à la qualification professionnelle puisque les partenaires sociaux se sont engagés à organiser la mise en œuvre de la reconnaissance des compétences et qualifications du salarié par l'entreprise (cf. art. 4 : « Les actions de développement des compétences des salariés [...], en particulier la formation suivie dans le cadre du compte personnel de formation avec l'accord de l'employeur, doivent participer à l'évolution de leur qualification et donner lieu à une reconnaissance par l'entreprise »).

226. **Conversion professionnelle.** En particulier la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel a mis en place une nouvelle modalité d'utilisation de ce compte sous la terminologie de « projet de transition professionnelle »⁶²⁷. Désormais le projet de transition professionnelle remplace de droit le congé individuel de formation, à travers la mobilisation du compte personnel de formation du salarié⁶²⁸. Son objet est *a priori* uniquement centré sur une volonté de conversion professionnelle. En effet, il ne peut concerner qu'une « action de formation certifiante, destinée à [permettre au salarié] de changer de métier ou de profession »⁶²⁹. Il ne s'agit donc pas uniquement d'adapter le salarié à son poste mais bien de le faire évoluer, de corriger son parcours professionnel à travers un projet de « transition professionnelle ». La procédure pour accéder à ce congé démontre cet objectif d'une véritable transition. Une évaluation préalable à l'action de formation est prévue, dont l'objectif est d'adapter au mieux la formation à suivre selon les compétences du salarié. Outre la condition d'ancienneté⁶³⁰, la loi a surtout prévu une condition qui tient à la pertinence du projet⁶³¹. Appréciée par une commission paritaire interprofessionnelle régionale agréée par l'autorité administrative, l'intérêt du projet pour le salarié conditionne la prise en charge financière. Par ailleurs, l'objectif de « fléchage » vers certains publics prioritaires est présent puisque,

⁶²⁷ C. trav. art. L. 6323-17-1 et s. Ce nouveau dispositif a vocation à remplacer le congé individuel de formation, tout en restreignant son champ d'application. Préalablement à l'entrée en vigueur de la loi précitée, le droit au congé de formation constituait l'outil principal pour l'initiative de formation de la part du salarié. Ce droit au congé permettait au salarié de bénéficier, sous réserve de ne pas porter atteinte au bon fonctionnement de l'entreprise (droit au congé sauf quand « cette absence pourrait avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la marche de l'entreprise » ancien art. L. 6322-6 du Code du travail), d'une période de suspension de son contrat de travail pour se former. La loi imposait également une ancienneté minimale en tant que salarié et dans l'entreprise (sauf pour les salariés qui ont changé d'emploi à la suite d'un licenciement économique). Hors ces conditions le salarié bénéficiait d'une liberté de choix très large puisque la seule condition imposée était celle que la formation relève bien du domaine de la formation professionnelle. Les objectifs de l'entreprise ou les enjeux liés au poste du salarié n'avaient ainsi pas forcément à être pris en compte par le salarié.

⁶²⁸ L'objet du congé individuel de formation n'incluait cependant pas uniquement une volonté de correction des parcours professionnels : ce congé lui permettait d'accéder à un niveau supérieur de qualification, de changer d'activité ou de profession ou de s'ouvrir plus largement à la culture, à la vie sociale et à l'exercice des responsabilités associatives bénévoles selon le texte de l'ancien article L. 6322-1 du Code du travail.

⁶²⁹ C. trav. art. L. 6323-17-1.

⁶³⁰ Sont cependant exclus de l'obligation de remplir la condition d'ancienneté les salariés bénéficiaires de l'obligation d'emploi des travailleurs en situation de handicap, mutilés de guerre et assimilés ainsi que les salariés qui ont changé d'emploi à la suite d'un licenciement pour motif économique ou pour inaptitude et qui n'ont pas suivi d'action de formation entre le licenciement et le nouvel emploi.

⁶³¹ D'après l'article R. 6323-14 du Code du travail, la commission est en charge de vérifier la pertinence du projet via trois critères cumulatifs : la cohérence du projet de transition professionnelle destiné à permettre de changer de métier ou de profession, la pertinence du parcours de formation et des modalités de financement envisagés à l'issue de l'action de positionnement préalable, les perspectives d'emploi à l'issue de l'action de formation, notamment dans la région.

lorsque les demandes de prise en charge « ne peuvent être toutes satisfaites simultanément », les commissions paritaires interprofessionnelles régionales sont admises à déterminer certaines catégories d'actions et de publics prioritaires⁶³².

227. **Procédure de reconnaissance de l'évolution des compétences.** Cet intérêt pour une reconnaissance de l'évolution des compétences du salarié, est d'ailleurs conforté par le législateur via la mise en œuvre d'une procédure de reconnaissance des qualifications du salarié, c'est-à-dire de ses aptitudes à occuper un emploi déterminé⁶³³. La procédure de certification, c'est-à-dire « le résultat formel d'un processus d'évaluation et de validation obtenu lorsqu'une autorité compétente établit qu'un individu possède au terme d'un processus d'évaluation, les acquis correspondant à une norme donnée »⁶³⁴, permet une reconnaissance officielle de l'acquisition des compétences techniques et théoriques professionnelles. Le lien entre certification des compétences et évolution professionnelle est reconnu au niveau de conventions collectives de branche. Pour pouvoir être étendues, ces conventions conclues au niveau national doivent notamment contenir des clauses qui portent sur :

- les éléments essentiels servant à la détermination des classifications professionnelles et des niveaux de qualification⁶³⁵,
- le salaire minimum national professionnel des salariés sans qualification et l'ensemble des éléments affectant le calcul du salaire applicable par catégories professionnelles, ainsi que les procédures et la périodicité prévues pour sa révision.

⁶³² D'après l'article R. 6323-14-2 du Code du travail, l'ordre de priorité est fixé au regard des spécificités du territoire dont dépend la commission. Il s'appuie *a minima* sur les analyses effectuées dans le cadre du contrat de plan régional de développement des formations et de l'orientation professionnelle et du référentiel de priorités établi par France compétences (établi sur la base des critères suivants : niveau de qualification, catégorie socioprofessionnelle, éventuelle inaptitude à l'emploi, taille des entreprises employeurs et objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes).

⁶³³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd. 2020, PUF, p. 830.

⁶³⁴ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, recommandation du 23 avril 2008 sur les certifications.

⁶³⁵ Même si ce lien a été réduit par la recodification de 2008 du Code du travail qui n'a pas repris l'obligation de la loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente de mentionner les « diplômes professionnels ou à leurs équivalences » pour l'extension des conventions de branche (P. Caillaud, N. Quintero, F. Séchaud, avec la collaboration de M. Ménabréaz et C. Floria, *Quelle reconnaissance conventionnelle des diplômes dans les relations formation emploi ? La place, le statut et le rôle des diplômes dans les conventions collectives* févr. 2013, Etudes commissions professionnelles consultatives).

Or, de très nombreuses conventions collectives de branche font référence aux diplômes obtenus pour déterminer les grilles de classification⁶³⁶. Ces grilles de classification servant ensuite de base pour la construction des grilles salariales, le lien entre l'évolution professionnelle et l'évolution salariale est conforté. Quant à l'évolution du poste, elle est très souvent à l'origine même de la décision de suivre une formation professionnelle. En cela l'objectif de promotion sociale de la formation professionnelle n'est pas démenti : elle reste souvent perçue comme une porte d'entrée vers l'obtention d'un poste plus élevé dans la hiérarchie d'une entreprise. Il faut cependant noter la jurisprudence fluctuante sur le sujet, dépendante de l'interprétation de la volonté des partenaires sociaux. Si, d'après les termes de la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, un moniteur-éducateur ayant obtenu le diplôme d'éducateur spécialisé est en droit de réclamer son reclassement au niveau correspondant à ce diplôme⁶³⁷, la convention collective nationale du personnel des organismes sociaux du 8 février 1957 n'impose aucune obligation à l'employeur de nommer un salarié au poste de rédacteur juridique ou attaché juridique en cas d'acquisition du diplôme nécessaire à ce poste selon ses propres termes⁶³⁸.

2 : Les mécanismes de formation professionnelle favorables à une correction contractuelle

228. **Obligations de formation professionnelle de l'employeur.** Si certains dispositifs de la formation professionnelle visent directement à la correction du contrat de travail, d'autres peuvent être indirectement porteurs d'un objectif de correction. Notamment, à partir de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, le législateur a inséré un deuxième pan à l'obligation d'adaptation de l'employeur⁶³⁹ : l'obligation de veiller au maintien de la capacité des salariés à occuper un emploi. Ce deuxième volet de l'obligation permet de prendre en compte des situations de véritable modification du contrat de travail du salarié. En effet, la notion d'emploi est plus

⁶³⁶ Presque 89% des conventions collectives de branches étudiées par le Céreq utilisaient une référence au diplôme pour construire leurs grilles de classification : *Bref du Céreq*, n°339, octobre 2015

⁶³⁷ Cass. soc., 16 janvier 2002, n° 00-44.788.

⁶³⁸ Cass. soc., 3 juin 1997, n° 94-45.535.

⁶³⁹ Cass. soc., 25 févr. 1992 : *Bull. civ.* V, n° 122 ; *D.* 1992, p. 390, note M. Défossez, *JCP* 1992, I, 3610, n°8, obs. D. Gatumel, *RTD civ.* 1992, p. 762, obs. J. Mestre. Presque huit ans plus tard le législateur a intégré cette obligation dans le Code du travail : loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, art. 17.

large de celle du poste de travail : le salarié peut changer de poste en conservant son emploi dans la même entreprise mais l'inverse n'est pas vrai. Aujourd'hui rappelée à l'article L. 6321-1 du Code du travail cette obligation est mise en œuvre *via* des actions de formation qui doivent donc être menées dans deux types de situations⁶⁴⁰ :

- le salarié change de poste,
- le poste du salarié évolue.

Une telle adaptation peut alors éventuellement aller jusqu'à la correction du contrat de travail du salarié par le changement de son poste de travail.

229. **Plan de développement des compétences.** L'employeur peut proposer aux salariés des formations qui participent au développement de leurs compétences⁶⁴¹. Ces actions, qui visent à développer les compétences des salariés, peuvent donc aider l'employeur à mettre en place une véritable politique de mobilité professionnelle au sein de son entreprise. En effet, les salariés ne peuvent en principe refuser d'effectuer les actions de formation proposées par l'employeur qui se déroulent sur le temps de travail, sauf motif légitime⁶⁴². A travers ce développement des compétences l'employeur peut éventuellement engager un processus de correction du contrat de travail des salariés concernés. Le plan de développement des compétences constitue alors l'outil régulièrement utilisé par les entreprises pour y parvenir⁶⁴³. L'élaboration du plan peut prendre en compte les besoins

⁶⁴⁰ Ph. Piccoli, *L'expansion de la formation professionnelle*, thèse, préf. B. Teyssié, 2017, LexisNexis, n° 146, p. 73.

⁶⁴¹ Formalisé le cas échéant à travers la rédaction d'un plan de développement des compétences : anciennement dénommé « plan de formation », il devait contenir deux types d'actions de formation, qui correspondent d'une part à l'obligation d'adaptation et de veille au maintien dans l'emploi et d'autre part à la possibilité de développer les compétences. Même si ce découpage a été officiellement supprimé par la loi relative au dialogue social et à l'emploi il est possible de penser que la typologie demeure. En effet l'actuel article L. 6321-1 commence par rappeler dans ses trois premiers alinéas les trois formes de l'initiative de formation de l'employeur en matière de formation professionnelle avant de préciser que « Les actions de formation mises en œuvre à ces fins sont prévues, le cas échéant, par le plan de développement des compétences ». Sont donc visés les deux volets de l'obligation d'adaptation ainsi que les possibles actions de développement des compétences. La nouvelle distinction mise en avant par la loi relative à la liberté de choisir son avenir professionnel repose, elle, sur le critère de nécessité pour l'exercice d'une activité ou d'une fonction en application de dispositions légales, réglementaires, conventionnelles. Cette distinction est cependant principalement utile pour déterminer le régime applicable aux heures de formation, et non le contenu même du plan.

⁶⁴² V. not. Cass. soc., 5 déc. 2007, n°06-42.905 et 06-42.904 *F-DM. c/ Sté Arvato services France* : *RJS* 3/08, n°314.

⁶⁴³ En 2004, trois quarts des entreprises d'au moins 20 salariés ont élaboré un plan de formation : v. T. Amosse, *Le dialogue social en entreprise : une intensification de l'activité institutionnelle, des salariés faiblement engagés*, Premières informations, premières synthèses, 2006, n° 39.1, 8 p., p. 4.

des salariés à travers les entretiens professionnels ou la consultation du comité social et économique mais l'employeur reste maître des arbitrages et ne seront en général retenues que les actions de formation qui correspondent aux objectifs de l'entreprise (développement technologique, économique, etc.)⁶⁴⁴.

230. **Objectif de mobilité professionnelle.** La formation professionnelle peut donc constituer une des voies d'accès à une correction du contrat de travail, dans un objectif de mobilité professionnelle des salariés. Cette possibilité de correction du contrat est confirmée par le développement des mécanismes de formation professionnelle de nature « concertée ».

B : Le développement des mécanismes « concertés » de la formation professionnelle

231. **Effectivité des mécanismes de formation professionnelle.** En matière de formation professionnelle les évolutions législatives récentes ont poussé dans le sens d'une plus grande marge de manœuvre aux salariés. Conformément à certaines analyses doctrinales⁶⁴⁵ et économiques⁶⁴⁶, les partenaires sociaux ont souhaité garantir l'effectivité de la formation professionnelle en rendant son utilisateur l'acteur principal de son parcours de formation. Cette mise en avant du rôle du salarié ne s'est pas accompagnée d'un développement de son autonomie totale. *Via* l'enjeu du financement de la formation, la conciliation des intérêts entre employeur et salarié est recherchée (1). Certains mécanismes sont d'ailleurs explicitement conçus sous l'angle d'une véritable conciliation entre les parties au contrat de travail (2).

1 : L'intérêt d'une mise en œuvre concertée de la « liberté du salarié de choisir son avenir professionnel »

232. **Le salarié acteur de sa formation.** « L'ambition affichée par la réforme est de rendre l'individu acteur de son parcours professionnel »⁶⁴⁷. Cet objectif est lié aux travaux

⁶⁴⁴ Elodie Brunner, *Contribution à l'étude juridique du droit de la mobilité professionnelle*, thèse, préf. J.-F. Cesaro, 2020, PUAM, n° 371, p. 322.

⁶⁴⁵ V. note n° 682.

⁶⁴⁶ V. note n° 648.

⁶⁴⁷ « Entretien avec Frédéric Guzy, Directeur général de l'association Entreprise et Personnel », *Liaisons Sociales Quotidien*, 22 oct. 2018, n°17677.

conduits par l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) au début des années 2000⁶⁴⁸, qui ont indiqué l'importance de placer l'individu au cœur des dispositifs de formation professionnelle. Le but est notamment d'inciter ces derniers à se former en les laissant libres de choisir leur formation, tout en les responsabilisant face au coût de telles formations⁶⁴⁹. Le choix du développement du compte personnel de formation instauré depuis la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013⁶⁵⁰ s'inscrit donc dans une logique similaire de mise en avant de l'individu : le droit à la formation est attaché à la personne et non à l'emploi, l'initiative de formation est en principe libre et la mise en œuvre du droit à la formation est, sous certaines conditions, opposable aux tiers (l'employeur notamment).

233. **Rôle central du financement.** Si le salarié est présenté comme libre de choisir son avenir professionnel, cette liberté a un coût. Une certaine autonomie du salarié est effectivement garantie par le mode de financement du compte personnel de formation : ce mécanisme s'inscrit dans la logique de capitalisation développée par le législateur⁶⁵¹, dans l'optique de donner aux salariés une plus grande marge de manœuvre sur la gestion de leurs parcours professionnels⁶⁵². Chaque compte personnel de formation est automatiquement abondé chaque année d'un certain montant⁶⁵³. L'autonomie du salarié trouve cependant une première limite dans la comparaison entre les montants déposés sur le compte personnel de formation et le coût de nombreuses formations qualifiantes. Il faudra au salarié attendre dix ans pour atteindre le plafond légal de cinq mille euros⁶⁵⁴, montant qui peut encore être insuffisant. La loi prévoit par ailleurs des possibilités d'abondements complémentaires

⁶⁴⁸ *L'apprentissage tout au long de la vie : aspects économiques et financiers*, décembre 2001, Etude OCDE.

⁶⁴⁹ L'étude de 2001 de l'OCDE donnait ainsi l'exemple anglais qui a mis en œuvre un compte individuel de formation (« Individual Learning Account ») dès le début des années 2000. Le dispositif a eu un succès assez conséquent avec près d'un million de comptes ouverts durant l'année 2001 (v. J. Gautié, C. Perez., « Les comptes individuels de formation : fondements et enseignements » in *Transformations et innovations économiques et sociales en Europe : quelles sorties de crise ?*, Vol. 1, 2010, Presses Universitaires de Louvain, pp.297-313, Cahiers du CIRTES n°4) mais a été suspendu en 2002 en raison de la fraude organisée par les prestataires de formation (v. Committee of Public Accounts, *Tenth report, Individual Learning Account*, 2003).

⁶⁵⁰ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

⁶⁵¹ Un des intérêts principaux du compte personnel de formation est de lier le droit à la formation à la personne et non simplement à son statut. Il représente la forme la plus aboutie de transférabilité des droits à la formation : son contenu ne varie pas avec les changements de situation professionnelle de son titulaire.

⁶⁵² Autre exemple de compte professionnel : le compte épargne temps prévu aux articles L. 3151-1 et suivants également intégré au compte personnel d'activité.

⁶⁵³ A l'origine le Code du travail prévoyait un abondement en heures de formation pour réduire les inégalités d'accès aux formations. Cependant les difficultés constatées sur la mise en œuvre du mécanisme ont poussé le législateur à opter pour une monétisation du compte cf. art. 1^{er} de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

⁶⁵⁴ C. trav. art. R. 6323-1.

pour dépasser le plafond légal. La liste des quatorze sources de financement complémentaires⁶⁵⁵ pourrait conduire à penser que les salariés n'ont que l'embarras du choix pour financer leurs formations, mais une lecture plus attentive permet de démontrer que ce n'est pas le cas. Au sein des nombreuses sources de financement possibles peu d'entre elles sont réellement en mesure de fournir des fonds au salarié⁶⁵⁶.

234. **Association de l'employeur *via* le financement complémentaire.** À ce titre l'employeur apparaît comme la source de financement complémentaire la plus probable pour le salarié. La possibilité de s'associer à la décision du salarié favorise une concertation de leurs intérêts. L'employeur peut notamment prévoir par accord d'entreprise « des modalités d'alimentation du compte plus favorables »⁶⁵⁷. Surtout, le cinquième alinéa de l'article L. 6323-11 du Code du travail prévoit la possibilité pour l'employeur de choisir des actions de formation éligibles par accord d'entreprise ou de groupe pour lesquelles il « s'engage à financer, dans les conditions définies par cet accord, les abondements » lorsque la formation dépasse les montants des droits inscrits sur le compte⁶⁵⁸. La loi prévoit donc une association de l'employeur au projet de formation du salarié par la voie de l'incitation financière. Des auteurs ont souligné l'importance de la voie concertée pour le fonctionnement du compte personnel de formation, dès lors que le plafond légal risque fortement de limiter l'accès à certaines formations coûteuses⁶⁵⁹.

235. **Exemple du financement du projet de transition professionnelle.** La loi prévoit expressément pour le projet de transition professionnelle une possibilité de financement

⁶⁵⁵ C. trav. art. L. 6323-4.

⁶⁵⁶ Il est ainsi possible de souligner que l'opérateur de compétences, n'ayant plus vocation à gérer les fonds de la formation professionnelle autres que l'alternance et les actions de formation pour le développement des compétences dans les entreprises de moins de cinquante salariés, apparaît une source de financement inefficace. En l'absence de précisions sur les modalités d'un éventuel financement complémentaire par l'Etat, les régions et les collectivités territoriales le même constat doit être formulé. Nombre des autres sources de financement citées ne pourront elles être actionnées que dans un contexte bien spécifique, comme les organismes chargés de la gestion de la branche accidents du travail et maladies professionnelles.

⁶⁵⁷ Dans ce cas il doit effectuer annuellement, pour chacun des salariés concernés, le calcul des droits et informer la Caisse des dépôts et consignations (qui reste l'organisme gestionnaire des fonds du compte personnel de formation) de cet abondement tout en effectuant le versement correspondant (C. trav. art. R. 6323-2).

⁶⁵⁸ En pratique, l'employeur peut prendre en charge l'ensemble des frais et obtenir le remboursement des sommes engagées auprès de la Caisse des dépôts et consignations équivalentes aux droits inscrits sur le compte personnel de formation du salarié concerné.

⁶⁵⁹ S. Pélicier-Loevenbruck et Ch. Dumel, « Financement : priorités et modalités », *Les Cahiers du DRH*, n° 262, 1er mars 2019.

complémentaire⁶⁶⁰. Sa mise en œuvre par conciliation avec l'employeur semble d'ailleurs renforcée par le fait qu'au sein des critères de sélection des candidatures, la commission paritaire s'appuiera sur la pertinence « des modalités de financement envisagées à l'issue de l'action de positionnement préalable ». Les actions de transition professionnelle étant des actions de formations longues et coûteuses pour la plupart, il semble cohérent d'affirmer que les salariés bénéficiant d'un soutien financier complémentaire de la part de leur entreprise auront plus de chances de voir leurs candidatures retenues. Le régime du financement des actions de formation professionnelle favorise donc la conciliation des parties, conciliation qui éventuellement permettra la correction du contrat de travail du salarié.

2 : Dispositifs concertés de formation professionnelle

236. **Formation professionnelle et contractualisation.** Outre le régime financier des actions de formation professionnelle qui favorise une concertation entre les parties au contrat de travail, certains mécanismes de formation professionnelle reposent directement sur une négociation plus ou moins développée entre l'employeur et le salarié. La formation professionnelle peut notamment être mise en œuvre par le biais de la voie contractuelle, exigeant alors un commun accord des parties pour sa validité. A ce titre la jurisprudence a pu confirmer la force des clauses de « dédit-formation ». Contrepartie à l'engagement pris par l'employeur de financer la formation du salarié, ces clauses lui permettent de stipuler qu'en cas de démission à la suite de la formation, le salarié sera tenu d'indemniser l'employeur pour les frais engagés. La validité de la clause est subordonnée à une expression formelle du consentement mutuel des parties par la signature d'une convention particulière avant l'envoi du salarié en formation⁶⁶¹. Même exigence pour la mise en œuvre des formations non obligatoires : elles reposent sur un régime consensuel puisque l'accord

⁶⁶⁰ C. trav. art. R. 6323-14-4.

⁶⁶¹ Cass. soc., 4 février 2004 : *Bull. civ.* V, n° 40 ; *RJS* 4/04, n°438. La jurisprudence a dégagé d'autres conditions pour sa validité : la formation doit avoir entraîné des frais réels qui excèdent les dépenses imposées par la loi ou la convention collective (par ex. l'employeur ne peut se prévaloir de dépenses couvertes par ailleurs par des subventions publiques : Cass. soc., 19 nov. 1997, n° 94-43.195 : *RJS* 1/98, n°79), le montant de l'indemnité de dédit doit être proportionné aux frais de la formation (Cass. soc., 21 mai 2002 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 169 ; *RJS* 2002, n° 1270 ; *Dr. soc.* 2002, p. 902, obs. J. Savatier ; *Cah. soc. barreau Paris* 2002, A. 39, n° 142, p. 323, obs. C. Charbonneau et Cass. soc., 5 juin 2002 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 196 ; *RJS* 2002, n° 101) et la clause ne doit pas priver le salarié de toute faculté de démissionner (Cass. soc., 17 juill. 1991 : *Bull. civ.* V, n° 373 ; *RJS* 10/91 n°1072).

du salarié doit être formalisé⁶⁶². Surtout, la loi indique que le refus du salarié de participer à ces actions de formation hors du temps de travail ne peut constituer une faute ou un motif de licenciement⁶⁶³. Il peut donc y avoir une véritable négociation concernant la mise en œuvre de ces actions de formation proposées par l'employeur⁶⁶⁴.

237. La correction concertée par l'alternance. Le contrat pourra même parfois être directement le support d'une correction contractuelle, comme par le biais du mécanisme de la « Pro A ». La reconversion ou promotion par l'alternance, aussi appelée « Pro A », constitue ainsi un mécanisme de correction du contrat de travail puisque le salarié est appelé, à la suite de cette action de formation, à « changer de métier, de profession, bénéficier d'une promotion sociale ou professionnelle »⁶⁶⁵. Le salarié verra donc logiquement ses fonctions et/ou son salaire évoluer à la suite de cette action de formation. Le mécanisme de Pro A est par ailleurs un mécanisme négocié puisque le contrat de travail du salarié doit faire l'objet d'un avenant⁶⁶⁶ : l'employeur et le salarié sont tenus de formaliser leur accord sur la correction contractuelle mise en œuvre par le biais de la formation⁶⁶⁷. Les limites du mécanisme doivent cependant être soulignées : si la loi prévoit que le mécanisme est applicable à tous les salariés en contrat à durée indéterminée et même à certains salariés bénéficiant d'un contrat à durée déterminée ou en raison d'une situation particulière⁶⁶⁸, la Pro A reste limitée aux salariés « n'ayant pas atteint un niveau de qualification sanctionné par une certification professionnelle enregistrée au répertoire national des certifications professionnelles et correspondant au grade de la licence »⁶⁶⁹. L'objectif du législateur est ainsi de privilégier les publics les moins qualifiés qui, il est

⁶⁶² C. trav. art. L. 6321-6. Le salarié dispose alors d'un délai de huit jours pour se rétracter (C. trav. art. R. 6321-4).

⁶⁶³ C. trav. art. L. 6321-7.

⁶⁶⁴ En revanche, le retrait de l'allocation de formation qui était prévue pour les formations de développement des compétences se déroulant en dehors du temps de travail n'est pas de nature à favoriser l'acceptation du salarié.

⁶⁶⁵ C. trav. art. L. 6324-1.

⁶⁶⁶ C. trav. art. L. 6324-6 : l'avenant précise la durée et l'objet de la reconversion ou promotion par alternance.

⁶⁶⁷ Par ailleurs, si en principe les actions de formation doivent se dérouler sur le temps de travail, la loi laisse la possibilité, à l'initiative du salarié ou par accord entre les parties, qu'elles se déroulent en dehors du temps de travail (dans des limites maximales fixées par accord collectif d'entreprise ou, à défaut, de branche et à défaut limites de trente heures par an et par salarié ou 2 % du forfait pour les salariés soumis à un forfait en jours).

⁶⁶⁸ C. trav. art. L. 6324-1 : sportifs ou entraîneurs professionnels, en contrat de travail à durée déterminée, les salariés bénéficiaires d'un contrat unique d'insertion et les salariés en activité partielle.

⁶⁶⁹ C. trav. art. D. 6324-1-1.

vrai, sont ceux qui ont le plus de difficultés d'accès aux mécanismes de formation professionnelle⁶⁷⁰. Des auteurs ont cependant pu souligner les inconvénients d'une telle restriction du champ d'application du mécanisme en rappelant que les actions de Pro A seraient particulièrement utiles dans un contexte d'évolution ou disparition d'un métier qui, dès lors, peut concerner toute une collectivité de salariés⁶⁷¹.

238. **Recherche d'une mise en œuvre concertée.** Pour d'autres mécanismes de formation professionnelle, leur nature concertée ne relève pas forcément d'une condition de validité mais transparait dans leurs modalités de mise en œuvre. L'employeur a par exemple une obligation de faire bénéficier le salarié d'un entretien professionnel tous les deux ans, entretien dont le caractère informatif constitue un premier pas vers une possible vocation de formation⁶⁷². L'employeur doit apporter des informations au salarié concernant la validation des acquis de l'expérience, l'activation du compte personnel de formation, les abondements du compte que l'employeur peut financer et sur le conseil en évolution professionnelle. Tous les six ans (c'est-à-dire à la troisième échéance de l'entretien) la rencontre doit être l'occasion de faire un bilan du parcours professionnel du salarié. Ce bilan représente une incitation particulière à la formation puisqu'il a notamment pour objectif de vérifier que le salarié a suivi au moins une action de formation au cours des six dernières années et a acquis des éléments de certification par la formation ou par une validation des acquis de son expérience. En outre il doit permettre de vérifier que le salarié a bien bénéficié d'une progression salariale ou professionnelle au cours de la période. Pour les entreprises d'au moins 50 salariés, la portée incitative des entretiens est renforcée par la présence d'une sanction financière importante « lorsque, au cours de ces six années, le salarié n'a pas bénéficié des entretiens prévus et d'au moins une formation autre » qu'une

⁶⁷⁰ Selon les données de l'Insee, parmi les personnes en emploi 66% des cadres ont bénéficié d'une formation en 2016 contre seulement 35% pour les ouvriers (Insee, rapport Formations et emploi, édition 2018).

⁶⁷¹ S. Pélicier-Loevenbruck et Ch. Dumel, « Financement : priorités et modalités », *Les Cahiers du DRH*, n°262, mars 2019.

⁶⁷² L'objectif est d'« informer le personnel des possibilités de formation, mais aussi de connaître les attentes des uns et des autres, voire de susciter des vocations » (Ph. Piccoli, *L'expansion de la formation professionnelle*, thèse, préf. B. Teyssié, 2017, LexisNexis, n° 164, p. 84). L'entretien doit en effet être consacré aux « perspectives d'évolution professionnelle, notamment en termes de qualifications et d'emploi » du salarié (C. trav. art. L. 6315-1 : la loi exclut explicitement la possibilité pour l'employeur d'utiliser cet entretien pour évoquer la qualité du travail du salarié).

formation obligatoire⁶⁷³. Un renvoi à la négociation collective pourrait cependant être source d'une réduction de la portée de l'entretien professionnel⁶⁷⁴.

239. **Evolutions possibles.** La conciliation de l'employeur et du salarié dans la mise en œuvre des actions de formation professionnelle est incitée : elle est au cœur du fonctionnement des dispositifs de formation professionnelle. Selon les mécanismes en cause, la correction contractuelle pourra alors être favorisée directement ou indirectement. Face à certaines difficultés qui sont de nature à limiter la concertation des parties, des pistes d'évolution peuvent être proposées.

II : Les possibilités de développement de la correction du contrat par la formation professionnelle

240. **Problématiques structurelles.** La question de la formation professionnelle est devenue, depuis environ un demi-siècle, centrale en droit du travail que ce soit au niveau international⁶⁷⁵ ou en droit interne. Outre l'existence d'un droit à la formation

⁶⁷³ Jusqu'à alors les employeurs pouvaient échapper à la pénalité en organisant l'envoi du salarié en formation obligatoire tout en lui attribuant une légère augmentation salariale. La nouvelle condition prévue permet d'assurer la mise en œuvre de formations autres que les formations obligatoires. L'employeur doit alors abonder le compte personnel de formation à hauteur de trois mille euros (C. trav. art. R. 6323-3).

⁶⁷⁴ La loi permet l'adaptation des mesures d'évaluation du parcours professionnel du salarié par accord collectif d'entreprise, ou à défaut, de branche. Une telle possibilité d'adopter des modalités d'évaluation distinctes est justifiée par l'absence de correspondance entre ces critères d'évaluation et les « réalités de certaines entreprises » ou les « besoins de certains salariés » (cf. Rapport de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, pour la liberté de choisir son avenir professionnel, n° 1019, 1^{er} juin 2018, p. 68). La possibilité de négocier est également prévue concernant la périodicité de l'entretien professionnel, ce qui pourrait éventuellement entraîner une périodicité non plus biennale mais sexennale.

⁶⁷⁵ L'Union européenne reconnaît le rôle majeur de la formation professionnelle à l'article 166 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (« [...] 2. L'action de l'Union vise : [...] à améliorer la formation professionnelle initiale et la formation continue afin de faciliter l'insertion et la réinsertion professionnelle sur le marché du travail [...] »). Outre la mise en place de deux institutions spécifiquement chargées de la formation (la Fondation européenne pour la formation et le Centre européen pour le développement de la formation professionnelle), le Fonds Social Européen constitue un outil très important pour le financement de la formation au niveau européen (par exemple en France, pour la période de programmation 2014-2020 un total de 1,16 milliards d'euros était dédié à accompagner vers l'emploi les demandeurs d'emploi et les inactifs, soutenir les mobilités professionnelles et développer l'entrepreneuriat et à anticiper les mutations économiques et sécuriser les parcours professionnels). Tant le niveau d'investissement économique que législatif démontre donc l'intérêt porté au rôle « flexi sécurisant » (la notion de flexisécurité est née aux Pays-Bas où la loi *Flexibiliteit en Zekerheid*, « Flexibilité et Sécurité » a été votée en 1995) de la formation professionnelle. Au niveau supra-européen le Préambule de la Constitution de l'OIT fait référence au droit à la formation professionnelle tandis qu'une convention de l'UNESCO est directement relative à « l'enseignement technique et professionnel » (Convention sur l'enseignement technique et professionnel de 1989). D'autres textes plus spécifiques y renvoient également (v. not. le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la

professionnelle au sein du bloc de constitutionnalité⁶⁷⁶, le Code du travail rappelle à la première phrase de son article L. 6111-1 que « la formation professionnelle tout au long de la vie constitue une obligation nationale ». L'importance des enjeux de cette branche du droit du travail est également visible à travers le rythme effréné des différentes réformes : depuis l'accord national interprofessionnel de 1970, préface à la loi n° 71-575 du 16 juillet 1971⁶⁷⁷, les lois sur le sujet n'ont cessé de se succéder. Le législateur s'est emparé du thème de la formation professionnelle pour tenter de mettre en œuvre des objectifs de politique publique : initialement pensé comme un système pour favoriser « la promotion sociale »⁶⁷⁸, le domaine de la formation professionnelle a ensuite été manipulé par le législateur comme un des outils phares de lutte contre le chômage. A la suite des chocs pétroliers des années 1970 et aux mutations socio-économiques de la période après-guerre qui ont engendré une augmentation du taux de demandeurs d'emploi sans précédent pour la société française⁶⁷⁹, la formation professionnelle fut, et continue d'être aujourd'hui, perçue par le législateur comme un instrument clé de la politique de l'emploi⁶⁸⁰. En pratique l'importance de la formation professionnelle se traduit dans les montants alloués pour le financement des actions de formation. L'ensemble des dépenses de formation en France correspond ainsi au chiffre de trente-deux milliards d'euros en 2016⁶⁸¹. Alors même que l'efficacité des actions de formation professionnelle, et donc leur éventuel rôle correcteur sur le contrat de travail, repose essentiellement sur une possibilité de conciliation entre employeurs et salariés, des problèmes structurels méritent d'être soulignés **(A)**. A partir de ce constat, certaines propositions de réforme peuvent être formulées **(B)**.

Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, art. 24 ou encore Convention relative aux droits des personnes handicapées, art. 27).

⁶⁷⁶ Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 indique en son article 13 que « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture ».

⁶⁷⁷ Loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle dans le cadre de l'éducation permanente.

⁶⁷⁸ Loi n°59-960 du 31 juillet 1959 relative à diverses dispositions tendant à la promotion sociale, qui met en place des centres de formation pour adultes avec des cours du soir.

⁶⁷⁹ En 1967 le taux de chômage était inférieur à 2% tandis qu'il a atteint 7,3% en 1981 : E. Malinvaud, « Les causes de la montée du chômage en France », *Revue française d'économie*, 1986, p. 50.

⁶⁸⁰ « Dans un monde où 50% des emplois seront profondément transformés dans les dix ans à venir, l'enjeu et la clé de l'inclusion, c'est d'établir un accès plus simple, plus rapide, plus vaste, et plus juste à l'atout majeur du XXI^e siècle : les compétences » Extrait du discours de Muriel Pénicaud, Ministre du travail, sur le projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel, 10 juillet 2018.

⁶⁸¹ Mais le chiffre d'affaires cumulé des entreprises de formation professionnelle en France est environ égal à six milliards et demi d'euros (FFP et Roland Berger, *Rapport Formation Professionnelle - Faire décoller l'investissement dans les compétences - Diagnostics et propositions*, octobre 2017).

A : Les barrières à la correction du contrat de travail par la formation professionnelle

241. **Mise en œuvre difficile du droit à la formation.** La formation professionnelle souffre d'un problème structurel d'accès aux actions de formation professionnelle. Si le droit des individus à la formation est textuellement garanti, en pratique de nombreuses difficultés surgissent quant à sa mise en œuvre (1). Par ailleurs, la nécessaire négociation individuelle sur la formation professionnelle est très peu encadrée légalement, voire connaît un retrait récent des règles en la matière (2).

1 : Le manque de capacité des individus

242. **La « sécurité active ».** Comme le soulignait le Professeur Supiot dans son rapport pour la Commission européenne de 1999⁶⁸², si la flexibilité constitue la « recherche d'une réponse collectivement efficiente à l'aléa économique » il faut assurer en contrepartie une « sécurité élargie face au problème crucial du développement de leurs capacités ». Dans ce cadre il est nécessaire de donner aux individus les moyens d'assurer cette sécurité. Il faut leur permettre de « se munir d'une sécurité active face aux aléas ». Comme en matière de droits fondamentaux, la question de l'effectivité est ici centrale. Michael O'Flaherty et Jacques Toubon, respectivement Directeur de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et ancien Défenseur des droits, ont ainsi rappelé qu'il est nécessaire de prendre des mesures pour garantir l'effectivité des droits⁶⁸³. Il ne suffit pas d'énoncer les droits en question, il faut aussi garantir l'effectivité de leur accès pour les individus. Cela sous-entend, en matière de droit à la formation professionnelle, d'assurer l'accès aux différents dispositifs prévus comme, par exemple, le compte personnel de formation.

243. **Les « capacités ».** Pour expliquer cet enjeu, il est utile de s'appuyer sur la théorie du Professeur Amartya Sen, qui a développé la notion de « capacités » des individus. L'intérêt de cette notion est de proposer une vision alternative à celle des utilitaristes qui prennent en compte le niveau de bien être des individus uniquement en termes de revenus. La notion de liberté d'un individu doit être au cœur de la mesure du progrès économique

⁶⁸² A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, 2^e éd. 2016, Flammarion.

⁶⁸³ M. O'Flaherty et J. Toubon, *Garantir l'effectivité des droits fondamentaux*, 6 octobre 2016.

et social. Pour l'évaluer, l'économiste et philosophe propose des critères qui permettent de vérifier l'effectivité de la liberté d'action d'un individu. Les capacités sont les différentes « combinaisons alternatives des choses qu'une personne peut faire ou être pendant sa vie »⁶⁸⁴. Ces choses qu'un individu peut réaliser ou incarner sont appelés les « fonctionnements ». Les fonctionnements sont très variables et peuvent aller d'un besoin basique comme être correctement nourri à réussir son intégration sociale. Pour le Professeur Sen l'analyse de la qualité de vie d'un individu repose sur une évaluation en termes de capacité à atteindre des fonctionnements profitables. Or, les individus ne sont pas égaux en ce qui concerne leurs capacités. En effet, la capacité d'une personne peut varier selon différents facteurs, qu'ils soient personnels ou liés aux structures sociales. Plutôt que de s'intéresser aux « moyens » de l'existence d'un individu il propose ainsi de « s'intéresser, avec ce nouveau concept, aux possibilités réelles de vivre »⁶⁸⁵. La notion de capacités est intéressante car elle permet de rechercher et d'exprimer les différences qui peuvent exister entre deux individus qui bénéficient légalement du même droit mais qui en ont une possibilité d'accès ou de mise en œuvre très différente en raison de leurs facteurs personnels.

244. **Difficultés d'accès à la formation.** En matière de droit à la formation professionnelle le recours à la notion de capacités est particulièrement bienvenu⁶⁸⁶. Il est effectivement possible de constater un écart dans l'accès à la formation entre les plus diplômés et les moins diplômés. Parmi les salariés en emploi, les cadres sont presque deux fois plus nombreux à avoir bénéficié d'une formation pendant l'année 2016 que les ouvriers⁶⁸⁷. Le Céreq a ainsi récemment souligné que les salariés les moins qualifiés étaient aussi les moins « préparés à engager une mobilité professionnelle lourde »⁶⁸⁸. Il y a donc un véritable problème d'accès à la formation professionnelle pour les salariés moins diplômés. Cette tendance est par ailleurs renforcée par le fait que les salariés ayant déjà bénéficié d'une formation sont plus à même d'avoir accès à une nouvelle formation que ceux qui

⁶⁸⁴ Sen, A. (1999). *Development as freedom*. Oxford: Oxford University Press.

⁶⁸⁵ L. Fontaine, « La justice sociale selon Amartya Sen », *Esprit* 2010/10, p. 145.

⁶⁸⁶ E. Brunner, *Contribution à l'étude juridique du droit de la mobilité professionnelle*, thèse, préf. J.-F. Cesaro, 2020, PUAM, n° 428 et s., p. 376 et s.

⁶⁸⁷ D'après l'Insee ils seraient 66% de cadres à avoir bénéficié d'une formation en 2016 contre 35% d'ouvriers (dossier de presse *Enquête formation des adultes 2016*, Insee, éd.2018).

⁶⁸⁸ Bref du Céreq n° 405, « Des reconversions aux transitions : un nouvel âge des mobilités professionnelles ? », 8 avril 2021.

n'en ont jamais bénéficié : 43% des salariés déjà formés en décembre 2013 ont suivi une nouvelle formation entre janvier 2014 et l'été 2015 tandis que seuls 26% de ceux qui n'ont suivi aucune formation antérieure y ont eu accès⁶⁸⁹. Si théoriquement les actifs ont tous le même accès à la formation professionnelle, leurs capacités diffèrent en la matière. Il est donc nécessaire de proposer des réformes œuvrant en faveur du développement des capacités des individus.

245. **Difficultés de mise en œuvre du compte personnel de formation.** Ainsi, malgré la volonté du législateur de favoriser certains publics prioritaires⁶⁹⁰, de nombreuses difficultés subsistent. Par exemple, l'instrument de la formation professionnelle que constitue le compte personnel de formation est en principe ouvert à toute personne « qu'elle soit salariée, à la recherche d'un emploi, travailleur indépendant, membre d'une profession libérale ou d'une profession non salariée ou conjoint collaborateur »⁶⁹¹, mais un tel outil a pu être critiqué pour ses difficultés pratiques d'accès pour certaines catégories de salariés⁶⁹². Le dispositif constitue l'aboutissement d'une politique de promotion de l'individu acteur de sa formation, mais il reste assez complexe à mettre en œuvre : la multiplication des financements complémentaires par exemple constitue un niveau de difficulté supplémentaire pour tous les bénéficiaires du compte mais particulièrement ceux qui n'ont pas accès à une source de conseil. Si une alimentation plus élevée du compte de formation est prévue pour les salariés les moins qualifiés, elle ne permet d'atteindre qu'au bout de plusieurs années un niveau satisfaisant pour financer une formation qualifiante de premier niveau, qui peut représenter un investissement de plusieurs milliers d'euros⁶⁹³. Si en théorie les actifs sont donc tous concernés par le droit d'accès à la formation professionnelle *via* le compte personnel de formation il est possible de considérer comme Michel Abhervé que ce dernier « est nettement plus adapté à un cadre, habitué à se former, à négocier, à se déplacer vers l'offre adéquate, à construire une stratégie, pratiquant quotidiennement le smartphone, etc., qu'à une aide à domicile aux horaires contraints en

⁶⁸⁹ Dossier de presse *Enquête formation des adultes 2016*, Insee, éd. 2018.

⁶⁹⁰ S. Pélicier-Loevenbruck et Ch. Dumel, « Financement : priorités et modalités », *Les Cahiers du DRH*, n° 262, 1er mars 2019.

⁶⁹¹ C. trav. art. L. 6323-2.

⁶⁹² M. Abhervé, « La réforme du compte personnel de formation, facteur de renforcement des inégalités d'accès à la formation », *RDT* 2018, p.567.

⁶⁹³ Le versement annuel passe de cinq cents à huit cents euros, avec un plafond à huit mille euros (C. trav. art. R. 6323-3-1).

raison d'employeurs multiples, accentués par une responsabilité familiale, habitant dans un village éloigné, n'ayant pas l'habitude de se former et peu à l'aise avec les outils numériques »⁶⁹⁴. Il est donc nécessaire de réfléchir à des solutions permettant de garantir l'accès aux dispositifs de formation pour tous les salariés. Mettre l'individu au centre de l'initiative de formation est possible, mais doit s'accompagner de la mise en place d'outils adaptés pour qu'il puisse réellement œuvrer à sa formation.

2 : L'absence d'un cadre juridique pour la négociation individuelle en matière de formation professionnelle

246. **Objectif partagé.** Une autre barrière à l'efficacité du régime des actions de formation professionnelle est liée à un cadre juridique qui n'offre pas les meilleures conditions pour une concertation entre employeurs et salariés. Comme cela a pu être démontré, une telle conciliation des intérêts, au vu du fonctionnement actuel du régime, est pourtant primordiale. Il s'agit après tout d'un objectif théoriquement partagé par les parties au contrat de travail : le salarié rationnel doit normalement souhaiter bénéficier d'une formation professionnelle pour garantir son employabilité tandis que l'employeur rationnel doit souhaiter développer les compétences de ce salarié, d'une part, pour lui faire jouer un rôle plus grand au sein de son organisation tout en bénéficiant de son expérience précédente et, d'autre part, pour éviter le risque économique lié à la procédure de licenciement qui interviendrait en cas d'obsolescence des compétences du salarié. En pratique, certains dispositifs ont pu être souhaités par les partenaires sociaux puis mis en œuvre dans la loi, mais ils ont été progressivement abrogés.

247. **Initiatives avortées.** La loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009⁶⁹⁵ a introduit dans le Code du travail un de ces mécanismes de prise en compte du développement des compétences du salarié. Il s'agit du bilan d'étape professionnel qui avait été envisagé par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008. A l'initiative du salarié⁶⁹⁶, l'intérêt du

⁶⁹⁴ M. Abhervé, « La réforme du compte personnel de formation, facteur de renforcement des inégalités d'accès à la formation », *RDT* 2018, p.567.

⁶⁹⁵ Loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie.

⁶⁹⁶ Ce bilan, qui avait vocation à ne pas se confondre avec les entretiens professionnels, avait pour objectif « à partir d'un diagnostic réalisé en commun par le salarié et son employeur, de permettre au salarié d'évaluer ses capacités professionnelles et ses compétences et à son employeur de déterminer les objectifs de formation du

dispositif résidait dans l'adaptation des projets de formation des salariés aux besoins de l'entreprise mais également dans la prise en compte parallèle de leurs ambitions⁶⁹⁷. Malheureusement la loi renvoyait la mise en œuvre du dispositif à un nouvel accord national interprofessionnel sur le financement de ce dispositif, accord qui n'a jamais été conclu et qui a mené à son abrogation en 2014⁶⁹⁸. D'autre part, la loi de 2009 avait mis en place le dispositif de passeport formation, dont « l'objet [...] permet[tait] une certaine maîtrise individuelle par chaque salarié de l'enjeu de sa propre formation à moyen et long terme »⁶⁹⁹. En permettant aux salariés d'effectuer un recensement de leurs acquis⁷⁰⁰, l'objectif était de provoquer une meilleure évaluation de leurs besoins en formation et donc favoriser l'engagement d'une discussion avec l'employeur sur leur parcours de formation. Cependant ce dispositif a lui aussi été rapidement abrogé par la loi de mars 2014. Ces dispositifs, pourtant utiles d'un point de vue de l'initiation d'une véritable négociation entre les parties, n'ont donc pas fait long feu.

248. **Reconnaissance du développement des compétences.** Plus récemment la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel a fait le choix de retirer du plan de formation la catégorisation des actions de formation selon leur objectif. En particulier, la suppression de la catégorie « formation de développement des compétences » met fin par ricochet à l'obligation qui pesait sur les employeurs de formuler un engagement pour la prise en compte des résultats de la formation suivie par le salarié. Préalablement le dispositif prévoyait la possibilité pour le salarié d'accepter ou de refuser les actions de formation en matière de développement des compétences proposées par son employeur, mais en incitant les salariés à les accepter. Cette incitation se traduisait par un engagement de la part de l'entreprise de prendre en compte les efforts fournis par le salarié et de proposer en priorité, dans un délai d'un an après sa formation, les fonctions qui sont disponibles et qui correspondent aux connaissances acquises par le salarié ainsi que

salarié ». Il devait être demandé par le salarié à partir de deux ans d'ancienneté dans la même entreprise, qui pouvait ensuite renouveler sa demande une fois tous les cinq ans.

⁶⁹⁷ Les travaux préparatoires de la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 invoquaient un bilan dédié à un diagnostic individuel des compétences des salariés mais non exclusivement dédié à la gestion prévisionnelle.

⁶⁹⁸ Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, art. 5.

⁶⁹⁹ M. Gourves, *La volonté du salarié dans le rapport de travail*, thèse, dir. G. Borenfreund, 2010, Université Lumière Lyon 2.

⁷⁰⁰ Par l'identification et la certification de leurs connaissances, compétences ainsi qu'aptitudes professionnelles déjà acquises.

l'attribution de la classification correspondante. S'il est vrai que le caractère contraignant du dispositif pouvait inquiéter certains employeurs⁷⁰¹, il n'en reste pas moins qu'il constituait le mécanisme le plus abouti pour inciter à une correction concertée du contrat de travail.

249. **Allocation pour le développement des compétences.** Par ailleurs, la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel a également supprimé l'allocation qui était versée aux salariés dans le cadre des formations ayant pour objet le développement des compétences. Lorsque les heures de formation se déroulaient en dehors du temps de travail, l'accord du salarié de suivre la formation lui permettait alors de bénéficier d'une allocation équivalente à 50% de sa rémunération nette de référence. Était également prévue la possibilité pour l'accord de branche de prévoir une majoration de cette allocation pour compenser les éventuels frais de garde d'enfant. Désormais, à travers la nouvelle typologie des actions de formation, les formations non obligatoires suivies hors du temps de travail ne pourront donner lieu au versement d'une allocation⁷⁰².
250. **Remèdes.** Ce constat des difficultés qui persistent face à une mise en œuvre négociée des dispositifs de formation professionnelle implique une réflexion sur les éventuels remèdes à cette situation. En répercussion, l'incitation à une correction négociée du contrat de travail conforme à la progression professionnelle du salarié en ressortirait renforcée.

B : Propositions pour développer l'influence correctrice de la formation professionnelle

251. **Pistes de réforme.** S'il est vrai qu'il existe souvent une dichotomie entre, d'une part, l'employabilité vue par l'employeur et, d'autre part, celle vue par le salarié, cela ne doit pas exclure toute tentative de convergence. Cet objectif était d'ailleurs présent à l'esprit des négociateurs des accords nationaux interprofessionnels relatifs à la formation. Ainsi, Jean Michelin, directeur de la formation de la Fédération française du bâtiment, indiquait

⁷⁰¹ Ph. Piccoli, *L'expansion de la formation professionnelle*, thèse, préf. B. Teyssié, 2017, LexisNexis, n° 249, p. 129.

⁷⁰² Les partenaires sociaux pourraient éventuellement faire un effort par la conclusion d'une stipulation en faveur d'une forme de rémunération sur le temps de formation, de nature financière ou même en repos. Même s'il est uniquement fait mention de la possibilité d'introduire dans l'accord qui encadre le déroulement des formations hors du temps de travail des contreparties pour la garde des enfants, il reste possible d'envisager des dispositions conventionnelles plus favorables.

dans le rapport « Formation professionnelle : le droit de savoir »⁷⁰³ que la philosophie ayant guidé la rédaction de l'accord national interprofessionnel de 2003 était celle de la construction d'un dialogue entre l'employeur et le salarié : l'offre de formation professionnelle devrait céder la place à une réponse aux besoins (de l'entreprise et du salarié). A partir du constat d'une effectivité des mesures de formation professionnelle conditionnée à un encadrement juridique favorable à des solutions concertées entre employeurs et salariés, certaines mesures peuvent être proposées. Il pourrait ainsi être envisageable de continuer à mettre l'accent sur le rôle directeur du salarié concernant sa formation professionnelle (1) et de permettre à l'employeur de mieux s'associer au projet du salarié (2).

1 : Développer la capacité d'accès à la formation professionnelle du salarié

252. **Faciliter l'accès au compte personnel de formation.** Concernant le positionnement du salarié acteur de sa formation il apparaît que si le compte personnel de formation n'est pas un mécanisme exempt de critiques, il constitue actuellement la forme la plus aboutie de la réflexion autour de la mise en œuvre de « droits de tirage sociaux »⁷⁰⁴. Cependant, il reste nécessaire de rendre son accès plus facile, en particulier pour les individus les plus « exclus » du système de formation. Il s'agit d'offrir les conditions propices aux salariés pour la mise en œuvre de leur droit à la formation. La première étape de cette construction viserait à délivrer en priorité aux publics les plus éloignés de l'offre de formation une information claire et précise sur l'accès à l'offre de formation professionnelle et en particulier sur l'utilité du compte personnel de formation. En 2018 plus de 23% des actifs déclaraient ne pas savoir ce que représentait le compte personnel de formation et 13% d'entre eux déclarent ne pas comprendre son intérêt⁷⁰⁵. Une brochure d'information spécifique pourrait par exemple être remise lors d'évènements comme l'entretien professionnel, où il est expressément prévu que l'employeur délivre une information

⁷⁰³ B. Seillier, *Formation professionnelle : le droit de savoir*, Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur le fonctionnement des dispositifs de formation professionnelle, 2007.

⁷⁰⁴ Notion développée par Alain Supiot dans son rapport de 1999 à la Commission européenne « Au-delà de l'emploi » (v. note n° 682).

⁷⁰⁵ L. Prud'homme et L. Taphanel, *Observatoire des trajectoires professionnelles - Quels accompagnements des trajectoires professionnelles en France ?* mai 2018.

relative « à l'activation par le salarié de son compte personnel de formation »⁷⁰⁶. Des précisions légales concernant les modes de financements complémentaires pourraient également être apportées : notamment concernant l'Etat, les régions et les collectivités territoriales, dans quelle mesure pourront-ils compléter le financement d'une formation ? Une simplification du mode d'accès aux financements complémentaires, en les regroupant selon la logique du guichet unique, pourrait également être envisagée.

253. **Logique inversée.** Il apparaît également utile de rappeler la proposition de Claude Thélot, Conseiller maître à la Cour des comptes et sociologue, d'organiser la création d'un droit différencié pour les publics les plus défavorisés en matière de formation initiale⁷⁰⁷. Outre les difficultés d'accès au niveau de l'information, le fait que la première source de financement complémentaire reste l'individu lui-même renforce les inégalités d'accès selon les profils des bénéficiaires⁷⁰⁸. La loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel a pris partiellement en compte cette proposition en prévoyant un plafond plus élevé de droits sur le compte personnel de formation pour les salariés en dessous d'un certain niveau de qualification ou en priorisant certains publics pour l'accès aux fonds, mais l'expérience devrait être poussée plus loin. Comme le préconise le Conseiller maître Thélot, les individus les moins qualifiés devraient bénéficier de « droits inversement proportionnels à la durée de leur formation initiale ». Le plafond du compte personnel de formation pourrait ainsi prévoir différents paliers selon la formation préalable du salarié.

⁷⁰⁶ C. trav. art. L. 6315-1, I.

⁷⁰⁷ B. Seillier, *Formation professionnelle : le droit de savoir*, Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur le fonctionnement des dispositifs de formation professionnelle, annexe au procès-verbal de la séance du 4 juillet 2007.

⁷⁰⁸ A titre d'exemple le bénéfice de la modalité d'exercice du compte personnel de formation intitulé projet de transition professionnelle, qui passe par une commission paritaire interprofessionnelle régionale pour l'appréciation de la pertinence et accorder le financement du projet, va en priorité à ceux qui disposent déjà les fonds nécessaires (si le texte prévoit bien que les commissions paritaires interprofessionnelles régionales pourront fixer un ordre de priorité pour les dossiers qui tient compte du niveau de qualification et de la catégorie socioprofessionnelle des demandeurs, au sein même des critères pour mener l'analyse de la pertinence des dossiers est indiqué l'existence des financements nécessaires :v § n°226.).

2 : Permettre à l'employeur de s'associer au projet de formation du salarié

254. **Développer les dispositifs d'accompagnement professionnel.** Selon le Professeur Petit, le droit à l'accompagnement professionnel pourrait représenter « la nouvelle traduction en droit positif de ce que représente le droit à l'emploi »⁷⁰⁹. Cette notion d'accompagnement professionnel est également fortement mise en avant par le Céreq dans ses propositions de leviers pour favoriser la transition professionnelle des salariés les moins qualifiés⁷¹⁰. Traduction concrète de ce droit en matière de formation professionnelle, le conseil en évolution professionnelle a été introduit par la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014⁷¹¹ avant d'être réformé en 2018⁷¹². Le rôle de ce conseil est « notamment d'accompagner la personne dans la formalisation et la mise en œuvre de ses projets d'évolution professionnelle ». Le conseil est cependant complètement autonome de l'entreprise : il est dispensé par des opérateurs indépendants et est notamment décorrélé des éventuelles demandes de congés pour formation⁷¹³. Pour mieux associer l'entreprise dès cette étape initiale de l'accompagnement professionnel, il pourrait donc être envisagé de réintroduire une version actualisée du bilan d'étape professionnel, inspirée des modalités décrites dans l'avenant du 3 mars 2009 aux accords nationaux interprofessionnels du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail et du 14 novembre 2008 sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. L'idée serait alors de combiner, à l'initiative du salarié, conseil en évolution professionnelle et bilan d'étape professionnel. Il pourrait ainsi être

⁷⁰⁹ F. Petit, « Le droit à l'accompagnement professionnel », *Dr. soc.* 2020, p.390.

⁷¹⁰ Bref du Céreq n° 405, « Des reconversions aux transitions : un nouvel âge des mobilités professionnelles ? », 8 avril 2021.

⁷¹¹ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

⁷¹² V. note n° 621.

⁷¹³ Dans le cadre de la mobilisation du compte personnel de formation pour une transition professionnelle, il est prévu que l'opérateur en conseil en évolution professionnelle puisse « informe[r], oriente[r] et aide[r] le salarié à formaliser son projet » ainsi que « propose[r] un plan de financement » (C. trav. art. L. 6323-17-2, II). Pourtant, la demande de congé dans le cadre d'un projet de transition professionnelle ne doit nullement indiquer les conclusions de ce conseil en évolution professionnelle (cf. C. trav. art. R. 6323-10 qui ne prévoit comme contenu à cette demande que « [...] la date du début de l'action de formation, la désignation et la durée de celle-ci ainsi que le nom de l'organisme qui en est responsable, l'intitulé et la date de l'examen concerné »).

envisageable d'ajouter l'article suivant dans la section relative au conseil en évolution professionnel (en renommant la section « Accompagnement professionnel ») :

« Section 3 : Accompagnement professionnel

Article L. 6111-6-2

Le salarié peut bénéficier à sa demande d'un bilan d'étape professionnel avec son employeur à la suite de la réalisation d'un conseil en évolution professionnelle.

Toujours à sa demande, ce bilan peut être renouvelé tous les cinq ans.

L'employeur fixe une date pour la réalisation du bilan qui permet au salarié de disposer du temps nécessaire pour le préparer. Après la réception de la demande du salarié, le bilan doit être réalisé dans un délai maximum défini par décret.

Le bilan d'étape professionnel a pour objet, à partir d'un diagnostic réalisé en commun par le salarié et son employeur, de permettre au salarié et à son employeur de préciser le projet d'évolution professionnelle du salarié et d'engager une discussion concernant les modalités de sa mise en œuvre.

Pour accompagner sa demande de réalisation du bilan d'étape professionnel, le salarié joint le document de synthèse de son conseil en évolution professionnelle. Ce document constitue le point de départ du diagnostic réalisé en commun entre le salarié et son employeur et de leurs discussions sur la stratégie envisagée pour la mise en œuvre du projet d'évolution professionnelle du salarié. »

255. **Incitation pour les formations hors du temps de travail.** Outre le renforcement de l'accompagnement professionnel du salarié, il apparaît possible de lui fournir des éléments incitatifs pour intégrer les besoins de son entreprise dans son choix de formation. La possibilité de bénéficier d'une allocation financière ou temporelle pour les formations hors temps de travail pourrait être envisagée. Cette possibilité pourrait être ajoutée à la négociation sur une éventuelle contrepartie pour les charges de garde d'enfants : de façon plus générale la négociation devrait porter sur toute forme de contrepartie financière pour le temps passé en formation hors de l'entreprise lorsque cette formation correspond à ses critères de sélection. Il faudrait donc modifier l'article L. 6321-6 du Code du travail de la façon suivante :

« Les actions de formation autres que celles mentionnées à l'article L. 6321-2 constituent également un temps de travail effectif et donnent lieu pendant leur déroulement au maintien par l'entreprise de la rémunération, à l'exception :

1° Des actions de formation déterminées par accord collectif d'entreprise ou, à défaut, de branche qui peuvent se dérouler, en tout ou partie, hors du temps de travail, selon le cas, soit dans une limite horaire par salarié, soit dans une limite correspondant à un pourcentage du forfait pour les salariés dont la durée de travail est fixée par une convention de forfait en jours ou en heures sur l'année, fixées par ledit accord. L'accord peut également prévoir des contreparties mises en œuvre par l'employeur pour les salariés qui suivent des formations se déroulant en dehors du temps de travail. Ces contreparties peuvent notamment prendre la forme d'une compensation financière ou temporelle et peuvent notamment avoir pour objet de compenser les charges induites par la garde d'enfant.

2° En l'absence d'accord collectif et avec l'accord du salarié, des actions de formation qui peuvent se dérouler, en tout ou partie, hors du temps de travail, dans la limite de trente heures par an et par salarié. Pour les salariés dont la durée de travail est fixée par une convention de forfait en jours ou en heures sur l'année, cette limite est fixée à 2 % du forfait.

L'accord du salarié est formalisé et peut être dénoncé.

Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'application du présent article. »

256. **Obligation d'abondements complémentaires.** En revanche, plutôt qu'une simple possibilité, une obligation d'abondement complémentaire par l'employeur lorsque les formations sélectionnées par les salariés correspondraient à une liste de formations éligibles préalablement définies par accord collectif pourrait être envisagée. Il pourrait ainsi être intéressant de modifier le cinquième alinéa de l'article L. 6323-11 du Code du travail de la façon suivante :

« [...]

Un accord d'entreprise ou de groupe définit les actions de formation éligibles au sens de l'article L. 6323-6 pour lesquelles l'employeur s'engage à financer, dans les conditions et limites définies par cet accord, les abondements prévus au 2° du II de l'article L. 6323-4, sans préjudice des dispositions de l'article L. 6323-2. Dans ce cas,

l'entreprise peut prendre en charge l'ensemble des frais et peut demander le remboursement à la Caisse des dépôts et consignations des sommes correspondantes dans la limite des droits inscrits sur le compte personnel de chaque salarié concerné.

[...] »

257. **Conclusion du chapitre.** Conformément au régime de droit commun de la correction contractuelle, qui exige un commun accord de l'employeur et du salarié, le droit du travail a développé des mécanismes incitatifs à cette exigence consensuelle. L'accord des volontés est ainsi recherché, là où les divergences d'intérêt des parties au contrat risquent de mettre en péril une possibilité d'adaptation des relations professionnelles. Le législateur œuvre de façon à favoriser le consentement mutuel des parties dans des domaines variés mais où la nécessité d'une prise en compte des intérêts individuels des parties prime. La préservation d'une possibilité de refus, et donc d'ajustement individuel de la portée de la correction contractuelle guide cette œuvre incitative. La correction contractuelle est favorisée mais doit rester acceptable pour l'employeur et le salarié concernés. Cette conciliation entre le salarié et l'employeur est au cœur du fonctionnement de tout un pan du droit du travail qui vise justement à garantir une forme d'adaptabilité des relations professionnelles. Le droit de la formation professionnelle favorise, notamment à travers son rôle de promotion sociale des individus, une correction négociée du contrat de travail. Si l'autonomie du salarié dans ce domaine a été mise en avant par les réformes les plus récentes, il est possible de constater que la mise en œuvre d'une action de formation suppose très souvent un accord entre l'employeur et le salarié. L'effectivité du droit de la formation professionnelle repose donc au moins partiellement sur la possibilité de provoquer cette convergence entre les parties au contrat de travail. Des réformes de nature à inciter à cette concertation méritent alors d'être détaillées.

Chapitre II : La portée du rôle correcteur de la négociation collective

258. **Naissance d'un régime de concurrence à la norme contractuelle.** La négociation collective constitue l'ensemble des discussions entre les représentants des employeurs ou des organisations professionnelles d'une part, et des syndicats représentatifs de salariés d'autre part, en vue de conclure une convention collective⁷¹⁴. A cet égard, l'article L. 2221-1 du Code du travail indique que les salariés ont un « droit [...] à la négociation collective » qui porte sur « l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales ». La négociation collective n'apparaît donc pas, à première vue, avoir beaucoup de lien avec le contrat de travail puisque son objet porte sur la détermination de « conditions » d'emploi, de formation professionnelle, de travail et sur les garanties sociales, ce qui semble faire référence au régime unilatéral du changement des conditions de travail plutôt qu'à la modification du contrat de travail⁷¹⁵. Pourtant, la question des rapports de la norme conventionnelle avec les éléments contractuels a été, historiquement, la première posée⁷¹⁶. La naissance des accords collectifs conclus dans un cadre professionnel au XIX^{ème} siècle peut être liée à la négociation autour des « tarifs »⁷¹⁷, qui visait à conclure les conflits collectifs entre les employeurs et les ouvriers sur le prix, ou « tarif », à appliquer pour chaque ouvrage du métier. Ces premiers accords collectifs obtenus par une négociation entre un employeur et des représentants des salariés ne bénéficiaient cependant pas, à l'époque, d'un cadre juridique de nature à légitimer leur existence et leur donner force contraignante. En l'absence de régime juridique défini par la loi, la pratique de la négociation collective s'est d'abord heurtée à une véritable réprobation des tribunaux. Était notamment invoquée leur contradiction avec la force obligatoire des contrats individuels⁷¹⁸. L'acte de naissance du régime juridique des accords et conventions collectives s'inscrit donc dans la recherche d'une régulation de ses

⁷¹⁴ *Lexique des termes juridiques 2018-2019*, Dalloz, 2018.

⁷¹⁵ V. § 50 et s.

⁷¹⁶ A tel point qu'un auteur a pu parler des « rapports entre les figures du contrat et de l'accord collectif » comme l'un des « thèmes les plus décatis par le labour doctrinal » (J. Morin, « La réglementation conventionnelle du contrat de travail – Première partie », *Dr. soc.* 2020, p. 936.

⁷¹⁷ Jacques Le Goff, *Du silence à la parole Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, 2004, p. 274.

⁷¹⁸ Par exemple par jugement du 29 juin 1876 le Tribunal civil de Saint Etienne refusa de sanctionner un accord de réglementation des tarifs des rubaniers de Saint Etienne en raison de l'atteinte à l'autonomie contractuelle mise en place par cet accord (cité par M. Despax, *Droit du travail - Négociations, conventions et accords collectifs*, 2^e éd. 1989, Dalloz).

rapports avec le contrat individuel. Dès 1919⁷¹⁹ le législateur a reconnu pour la première fois le caractère impératif des stipulations conventionnelles sur les stipulations contractuelles⁷²⁰. Le régime mis en place apparaissait cependant voué à résoudre principalement des situations particulières : en l'état de la loi il n'était pas possible d'atteindre une uniformisation plus globale des conditions de travail dans l'ensemble d'une branche professionnelle⁷²¹.

259. **Modification de l'équilibre.** Rejetées à l'origine pour le risque de concurrence avec la norme contractuelle, il apparaît donc logique de s'interroger sur la capacité correctrice des conventions collectives. En effet, si le premier mécanisme de correction du contrat de travail reste celui d'une modification par consentement mutuel tel que prévu par le Code civil, il s'agit d'une correction qui doit être négociée entre les parties au contrat elles-mêmes. La mécanique de la convention collective diffère puisque s'il s'agit d'un acte négocié, certes par des représentants, il n'emporte pas les effets associés au cadre légal des articles 1153 et suivants du Code civil. Traditionnellement présentée comme un acte de nature duale, mélange entre une nature réglementaire et contractuelle⁷²², la convention collective ne peut donc pas être assimilée à un simple avenant contractuel. Du fait de cette spécificité, le législateur a reconnu une influence correctrice très limitée de la convention collective sur le contrat de travail. Le régime actuel vise ainsi un équilibre entre prévalence de la norme conventionnelle et respect de la force obligatoire contractuelle, équilibre au sein duquel les possibilités de correction du contrat de travail sont parfois limitées à l'excès

⁷¹⁹ Loi du 25 mars 1919 sur les conventions collectives.

⁷²⁰ Selon la loi du 25 mars 1919 sur les conventions collectives les clauses contractuelles contraires à la convention collective sont réputées non écrites et celles de la convention collective s'y substituent automatiquement. Le régime laissait cependant la primauté aux règles de droit commun des contrats. Par exemple, la loi permettait aux signataires, en vertu du principe d'autonomie de la volonté, de démissionner par notification. Ce défaut était d'ailleurs déjà critiqué par les contemporains de la loi. Le directeur de l'Office du travail indiquait ainsi que « le droit pour chacun de se retirer [...] supprime la convention collective dans son principe même » (Association pour la protection légale des travailleurs, *Travaux*, Alcan, 1907, p. 80-81 cité par J. Le Goff, *Du silence à la parole Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, 2004).

⁷²¹ Ce n'est qu'après l'avènement du Front Populaire en 1936 qu'une nouvelle conception de la négociation collective émergea véritablement : Jacques Le Goff, s'appuyant sur des extraits du *Journal* de Simone Weil (S. Weil, *La condition ouvrière*, Gallimard, 1951, p.169-170), fait ainsi référence à une véritable « prise de parole » de la part des salariés et de leurs représentants. La conception de la négociation collective comme traditionnellement à visée améliorative pour les salariés et qui repose sur la notion d'adaptation du contrat de travail s'enrichit de d'une volonté d'uniformisation des conditions sociales, d'une régulation de la concurrence, qui prend forme avec la reconnaissance de la force obligatoire du contrat collectif hors de son périmètre de conclusion dès la loi du 24 juin 1936.

⁷²² V. not. P. Durand, « Le dualisme des conventions collectives », *RTD civ.* 1939, p. 353.

(**Section I**). Les évolutions récentes du régime d'articulation des normes contractuelles et conventionnelles ont néanmoins permis une atteinte à l'intangibilité contractuelle à travers le développement d'une négociation collective offrant une véritable capacité correctrice du contrat de travail (**Section II**).

Section I : L'influence correctrice en principe limitée de la convention collective sur le contrat de travail

260. **Une influence limitée.** La convention collective constitue une norme hybride, à cheval entre une nature contractuelle et réglementaire. Dans la mesure où elle ne constitue pas un avenant aux contrats de travail relevant de son champ d'application, elle ne peut logiquement les modifier. La jurisprudence précise que la convention collective ne s'incorpore pas au contrat de travail⁷²³. En réalité, l'influence de la convention collective sur le contrat de travail est doublement limitée. Dans un premier temps si les clauses conventionnelles « s'appliquent »⁷²⁴ au contrat de travail, elles ne s'y incorporent pas (**I**). Si cette solution est justifiée par la nécessité de respecter le principe d'intangibilité contractuelle, la position de la jurisprudence face à l'intégration de stipulations conventionnelles au sein du contrat de travail ne peut que surprendre. La réduction des possibilités de contractualisation de la norme collective au sein de la norme individuelle portée par la Cour de cassation semble cette fois entrer en contradiction avec le principe de force obligatoire de la volonté commune des parties (**II**).

I : Refus de l'incorporation de l'accord collectif au contrat de travail

261. **Articulation originale.** Les rapports entre convention collective et contrat de travail sont précisés par le législateur à l'article L. 2254-1 du Code du travail qui indique que la convention collective « s'applique » au contrat de travail. L'utilisation d'un tel terme renvoie à la nature réglementaire de la convention collective et interroge sur l'articulation des normes entre le collectif et l'individuel. L'objectif de prévalence de la norme collective

⁷²³ Cass. soc., 16 mars 1993 : *Bull. civ.* V, n°273 ; 27 juin 2000 : *Bull. civ.* V, n°247 ; *Dr. soc.* 2000, note Ph. Waquet, p. 1007 ; Cass. soc., 13 mars 2001 : *Bull. civ.* V, n°94 ; 6 juill. 2005, n°03-45.411.

⁷²⁴ C. trav. art. L. 2254-1.

dans le respect du principe de force obligatoire des contrats a conduit à une articulation originale. Pour certains auteurs, il est ainsi possible de parler d'une véritable combinaison des normes⁷²⁵, à différencier d'une stricte question de hiérarchie entre des normes de niveau différent (A). En particulier, le choix d'une nature purement temporaire de l'application de la convention collective permet d'empêcher une atteinte à l'intangibilité de la norme individuelle par la norme négociée à un niveau collectif (B).

A : Articulation de l'accord collectif avec le contrat de travail

262. **Différence avec les régimes anglo-saxons.** Alors qu'aux Etats-Unis ou au Canada le caractère impératif de l'accord collectif n'admet pas de dérogations, la deuxième partie de l'article L. 2254-1 du Code du travail rappelle que des stipulations plus favorables peuvent prendre le dessus. Cette différence de traitement du contrat de travail découle d'une différence de conception du droit à la négociation collective. En France, il s'agit d'un droit individuel, tandis qu'en Amérique du Nord il s'agit d'un droit collectif : le caractère impératif de l'accord collectif prévaut, pour répondre à l'objectif de protection du droit de la négociation collective et donc des syndicats. Les stipulations du contrat de travail individuel ne peuvent entrer en conflit avec l'effet attaché aux actes produits par les représentants légaux des salariés. En France, le législateur a fait le choix d'un jeu d'équilibriste, entre impérativité de la norme collective (1) et une mise en balance de celle-ci avec la norme individuelle par le principe d'application de la norme la plus favorable (2).

1 : Caractère impératif de l'accord collectif

263. **Supériorité de la convention collective.** Outre son rôle historique dans la naissance du droit à la négociation collective, la question de l'application des conventions collectives aux contrats de travail reste très débattue⁷²⁶. Quand on se tourne vers le Code du travail,

⁷²⁵ F. Géa et M.-F. Mazars, « Contrat de travail et normes collectives », *BICC*, 1^{er} oct. 2012.

⁷²⁶ Pour des illustrations récentes des débats qui peuvent s'inspirer de la question v. not. A. Jemmaud, « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », *RDT* 2016, p.228 ; P. Ancel, « L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat », *RDT* 2016, p. 240 ; R. Vatinet, « L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat de travail », *JCP S* 2016, n°1151 ; P. Rozec, « Indépendance, interaction ou imbrication de l'accord individuel, de l'accord collectif et de la loi ?

son article L. 2254-1 qui débute le chapitre intitulé « Rapports entre conventions et accords collectifs de travail et contrat de travail », indique que « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui [...] ». La loi semble retenir une forme de primauté de la norme collective sur celle individuelle. En doctrine, l'« application » de la convention collective au contrat de travail est traditionnellement présentée par le principe selon lequel la convention collective « régit » le contrat de travail⁷²⁷. Le Professeur Michel Despax parle également de « soumission du contrat individuel de travail à la convention collective »⁷²⁸. Le vocabulaire utilisé par la doctrine permet de faire un parallèle entre l'application de la convention collective au contrat de travail et celle de la loi au contrat de travail. A première vue, la convention collective a bien un effet correcteur sur les contrats qu'elle régit. Le Professeur Despax soulignait cette force correctrice de la convention collective, qu'il venait même placer avant la loi : « La convention s'impose [aux parties] avec plus de force qu'une loi car lorsqu'un contrat déroge à une loi, il est nul au moins dans la disposition dérogatoire et quelques fois en totalité, mais on n'a jamais soutenu qu'il soit rectifié automatiquement par la loi »⁷²⁹. La convention collective dispose donc d'une capacité correctrice puisqu'elle peut « rectifier » le contrat de travail.

264. **Effet automatique.** A côté de cet effet impératif, la convention collective est également porteuse d'un effet automatique. Depuis un arrêt de 1997⁷³⁰ la jurisprudence précise que les dispositions de la convention collective se substituent de plein droit aux clauses contraires du contrat de travail. La puissance de la convention collective repose sur un mécanisme qui souligne l'originalité du droit du travail : l'opération de substitution prend place entre deux normes de niveau hiérarchique différent. Contrairement aux mécanismes de droit commun que sont la nullité substitution⁷³¹ ou la caducité⁷³², la norme de niveau

Pour une contextualisation du contrat de travail », *JCP S* 2016, n°1152 ; P. Lokiec, « Accord collectif et contrat de travail », *Dr. Soc.* 2017, p. 1024 ; A. Fabre, « La supériorité du contrat de travail en question », *Dr. ouvr.* juin 2017, n°827.

⁷²⁷ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 2020, 34^e édition, n°1379, p. 1680.

⁷²⁸ M. Despax, *Traité de droit du travail – Négociations, conventions et accords collectifs – Tome 7*, 2^e éd. 1989, Dalloz, n°59, p. 104.

⁷²⁹ M. Despax, *Traité de droit du travail – Négociations, conventions et accords collectifs – Tome 7*, 2^e éd. 1989, Dalloz, n°60, p. 105.

⁷³⁰ Cass. soc., 19 nov. 1997 : *Bull. civ.* V, n°386.

⁷³¹ V. § n°556.

⁷³² La caducité intervient en principe lorsque l'un des éléments essentiels d'un contrat disparaît : dans ce cas la caducité « met fin au contrat » (C. civ. art. 1186 et 1187).

inférieure ne disparaît pas face à la règle édictée par la norme supérieure. Il y a véritablement un remplacement par la norme de niveau supérieure (la clause conventionnelle) de la norme de niveau inférieur (la clause contractuelle). Des auteurs ont cependant souligné que le terme de substitution n'était pas le terme le plus approprié. En effet, il s'agirait plutôt d'une forme d'inopposabilité *via* une privation des effets de la clause contractuelle⁷³³. La terminologie jurisprudentielle n'est pas toujours claire non plus : certaines jurisprudences ont pu retenir une véritable « nullité » de la clause contractuelle⁷³⁴. Il est d'ailleurs intéressant de relever que l'Organisation internationale du travail donne comme recommandation, concernant le régime des accords collectifs, de considérer les stipulations contraires d'un contrat de travail comme nulles et de les remplacer d'office par les stipulations conventionnelles⁷³⁵.

265. **Impossible refus de l'application de la convention collective.** La portée de la prééminence de la convention collective sur le contrat de travail est confirmée par la jurisprudence. La Cour de cassation refuse de reconnaître au salarié la possibilité de déroger aux droits prévus par la convention collective⁷³⁶ et ce, même dans le contexte d'un accord transactionnel⁷³⁷ qui peut pourtant faire l'objet dans le cadre de ces fameuses « concessions réciproques »⁷³⁸, d'une renonciation du salarié à d'autres droits comme celui d'agir en justice. La force de la convention collective sur le contrat de travail est encore reconnue par la jurisprudence lorsqu'elle admet que la convention collective puisse prévoir et imposer des obligations à la charge du salarié. Reste que l'effet immédiat de la convention collective est ici amoindri : le salarié doit en principe avoir été informé de cette obligation lors de son engagement pour que ces obligations lui soient opposables⁷³⁹.

⁷³³ V. F. Géa et M.-F. Mazars, « Contrat de travail et normes collectives », *BICC*, 1^{er} oct. 2012. Il s'agit d'ailleurs de la terminologie retenue dans certaines décisions : v. not. Cass. soc., 27 février 2002, n°99-46.066.

⁷³⁴ Ce fut notamment le cas concernant des stipulations conventionnelles et contractuelles qui étaient en concurrence en matière de période d'essai (Cass. soc., 30 mars 1995 : *Bull. civ. V*, n°117 ; *RJS* 1995, n°863 ; Cass. soc., 25 février 2009 : *Bull. civ. V*, n°50), ou de clause de non-concurrence (Cass. soc., 12 octobre 2011 : *Bull. civ. V*, n°233 ; *RJS* 12/11, n°1023).

⁷³⁵ OIT, *Recommandation sur les conventions collectives*, art. 3.

⁷³⁶ V. not. Cass. soc., 3 mars 1988 : *Bull. civ. V*, n°161 ; Cass. soc., 26 mai 1998 : *Bull. civ. V*, n°278 ; *TPS* 1998, comm. 283 ; Cass. soc., 13 nov. 2001 : *Bull. civ. V*, n°344, *RJS* 01/02, n°60 ; Cass. soc., 4 nov. 2015 : *Bull. civ. V*, n° 220 ; *RJS* 01/16, n°31.

⁷³⁷ Cass. soc., 5 avr. 2005 : *Bull. civ. V*, n° 124 ; *Dr. soc.* 2005, p. 701, obs. G. Couturier.

⁷³⁸ C. civ. art. 2044.

⁷³⁹ V. par ex. Cass. soc., 8 janv. 1997, n°93-44.009 : *Dr. soc.* 1997, p. 323, obs. G. Couturier ; 23 avr. 1997 : *Bull. civ. V*, n°143, 25 mars 1998, n°96-40.496. Dans le même sens, la jurisprudence retient que l'obligation conventionnelle postérieure à la conclusion du contrat de travail du salarié ne lui est pas opposable (v. not. Cass. soc., 17 oct. 2000 : *Bull. civ. V*, n°334, *D.* 2001, p. 2061, note J. Mouly).

266. **Incidence sur le socle contractuel.** À première vue, il semble possible de retenir un certain effet correcteur de la convention collective, grâce à sa nature impérative. Il est utile de rappeler que si la convention collective peut intervenir dans de nombreux domaines relevant très souvent des conditions de travail, elle peut également jouer un rôle concernant des éléments contractuels comme le salaire. Au niveau des conventions collectives de branche par exemple, est très souvent négocié un salaire minimum supérieur au salaire minimum légal, en fonction d'une classification des emplois. Ce salaire minimum s'impose face aux éléments salariaux réellement versés qui lui seraient inférieurs et l'employeur est dans ce cas tenu de majorer la rémunération du salarié⁷⁴⁰. Le principe de force obligatoire du contrat est cependant protégé par l'édiction d'un contrepoids à l'impérativité conventionnelle : le principe de faveur.

2 : Rôle du principe de faveur

267. **Nuances.** Il n'est pas possible de limiter l'articulation entre convention collective et contrat de travail individuel à une simple question de hiérarchie des normes. En effet, la deuxième partie de l'article L. 2254-1 du Code du travail concernant les relations entre convention collective et contrat de travail précise que les « clauses [de la convention collective] s'appliquent aux contrats de travail conclus avec [l'employeur], sauf stipulations plus favorables ». Pour la Professeure Canut, l'impérativité de la norme collective en droit français ne signifie en réalité pas que cette norme soit supérieure à la norme individuelle qu'est le contrat de travail⁷⁴¹. L'article L. 2254-1 offre plutôt la description d'un principe de combinaison⁷⁴² des normes que de véritable articulation des normes. Une interprétation limitée à la notion de hiérarchie des normes, au sens kelsenien, serait pour le Professeur Géa et la Conseillère-doyenne à la Cour de cassation Mazars, source de confusion et ne

⁷⁴⁰ En principe, le calcul comparatif s'effectue mois à mois ce qui implique un suivi régulier pour les salariés dont le salaire fixe est inférieur au salaire minimum conventionnel mais qui bénéficient du paiement de commissions (v. not. Cass. soc., 4 juin 2002, n° 00-41.140). Une exception est possible lorsque la convention collective institue un contrôle du respect de la rémunération minimale conventionnelle, une fois l'année écoulée, par comparaison entre le salaire minimum conventionnel mensuel et le douzième de la rémunération annuelle à intégrer dans l'assiette de comparaison (v. un exemple très récent pour la convention collective Syntec : Cass. soc., 20 novembre 2019, n° 18-11.811).

⁷⁴¹ F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, thèse, dir.F. Gaudu, 2007, LGDJ.

⁷⁴² Expression empruntée à P. Durand et A. Vitu dans leur *Traité de droit du travail - Tome III*, 1956, Dalloz.

permettrait pas d'appréhender « le paysage extrêmement nuancé et diversifié, en droit positif français, des rapports entre contrat de travail et norme collective »⁷⁴³. Tout éventuel effet correcteur des conventions collectives doit donc être nuancé par l'application du « principe de faveur ».

268. **Méthode de comparaison des normes.** La force de la norme collective pourra être amenée à varier selon le résultat de sa comparaison avec la norme individuelle. Selon les termes du Professeur Paul Durand et du Professeur André Vitu, la norme collective peut alterner entre norme d'ordre public et simple « règle dispositive »⁷⁴⁴. Le principe de faveur est l'étalon qui viendra dicter quelle norme, entre la norme collective ou la norme individuelle, doit s'appliquer : celle plus favorable au salarié. Cette autorisation d'un retour vers la norme de niveau inférieure en présence d'une comparaison à la faveur de cette dernière, est confirmée par la jurisprudence⁷⁴⁵. Par exemple, lorsque le contrat de travail prévoit un salaire plus favorable que le minimum conventionnel, c'est la norme contractuelle qui primera. Pour déterminer la norme plus favorable entre le contrat de travail et l'accord collectif il convient de se référer au point de vue individuel du salarié⁷⁴⁶. En pratique il s'agit de mener une analyse non pas globale, mais « avantage par avantage » pour déterminer lequel est le plus favorable au salarié.

269. **Difficultés d'interprétation.** Des difficultés peuvent surgir en ce qui concerne la superposition des stipulations contractuelles d'un côté, et conventionnelles de l'autre. Pour que se pose la question de la norme la plus favorable, il faut que le contrat de travail et la convention collective traitent d'avantages qui soient directement en concurrence l'un avec l'autre, c'est-à-dire ayant le même objet ou la même cause⁷⁴⁷. La jurisprudence effectue à cet égard une analyse restrictive de ce qui relève du même objet ou de la même cause pour

⁷⁴³ F. Géa et M.-F. Mazars, « Contrat de travail et normes collectives », *BICC*, 1^{er} oct. 2012. qui citent notamment une jurisprudence indiquant qu'une convention collective intervenue postérieurement à la conclusion d'une stipulation contractuelle ne peut avoir pour effet de couvrir sa nullité (Cass. soc., 28 sept. 2011 : *Bull. civ. V* 2011, n°196 ; *RJS* 2011, n°970).

⁷⁴⁴ P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail - Tome III*, 1956, Dalloz, n°208, p. 587.

⁷⁴⁵ Cass. soc., 19 nov. 1997 : *Bull. civ. V*, n°386 ; 25 févr. 1998 : *Bull. civ. V*, n°104 ; 3 juill. 2001 : *Bull. civ. V*, n°207.

⁷⁴⁶ Cass. soc., 12 oct. 2011 : *Bull. civ. V*, 2011, n° 233 ; Cass. soc., 4 févr. 2003 : *Bull. civ. V*, 2003, n°40 ; *RJS* 2003, n° 410 ; Cass. soc., 20 janvier 1999, n°96-44.677 : *RJS* 1999, n°469 ; Cass. soc., 3 mai 1989 : *Bull. civ. V*, 1989, n°327.

⁷⁴⁷ Ce qui est le cas par exemple pour une prime de déplacement annuelle prévue au sein du contrat de travail qui entre en concurrence avec une indemnité de trajet elle prévue au sein d'une convention collective : Cass. soc., 18 janv. 2012, n°10-14.307.

les avantages. Elle traite notamment de façon distincte certains avantages alors qu'ils peuvent apparaître très proches⁷⁴⁸. La question du renouvellement de la période d'essai permet d'illustrer cette vision restrictive. Antérieurement à la réforme introduite par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail⁷⁴⁹ un doute existait quant à une éventuelle distinction à opérer entre la période d'essai initiale et son renouvellement. Comment savoir quelle durée de période d'essai appliquer, en vertu du principe de comparaison des avantages, dans le cas où la convention collective prévoyait une durée maximale d'essai plus longue mais que le contrat de travail prévoyait lui une période d'essai plus courte mais renouvelable ? Deux options étaient envisageables : considérer uniquement la durée maximale d'essai (c'est-à-dire englobant la période initiale et le renouvellement) pour la comparaison ou distinguer la notion de période d'essai de son renouvellement. La Cour de cassation a tranché en 1995 en faveur d'une conception rigoureuse : la stipulation autorisant un renouvellement constitue une disposition moins favorable même si la durée totale n'excède pas celle prévue en l'absence de renouvellement⁷⁵⁰.

270. **Déplacement du centre de gravité.** Le principe de faveur en ce qui concerne les relations entre convention collective et contrat de travail constitue une première limite à la capacité correctrice de la norme conventionnelle sur la norme contractuelle. Il faut cependant souligner une tendance récente du droit de la négociation collective qui est de nature à entrer en concurrence avec le recours au principe de faveur. Le centre de gravité de la négociation collective s'est progressivement déplacé ces dernières années d'un niveau interentreprises au niveau de l'unité économique : la négociation de branche a reculé, tandis que la négociation d'entreprise occupe désormais le devant de la scène. Cette décentralisation de la négociation n'est pas que « géographique ». Elle a également, comme le souligne le Professeur Fabre⁷⁵¹, un impact sur les objectifs remplis par la négociation collective. Dans le cadre de la branche, la négociation collective peut s'attacher à

⁷⁴⁸ Par exemple, peuvent se cumuler deux avantages « treizième mois » si le premier constitue une simple modalité de règlement tandis que l'autre est un véritable élément de salaire qui a ses propres conditions d'ouverture et de règlement (Cass. soc., 13 juin 2012, n°10-27.395 : *RJS* 8-9/12, n°726).

⁷⁴⁹ Introduction de l'article L. 1221-21 du Code du travail qui précise que la période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit.

⁷⁵⁰ Cass. soc., 30 mars 1995 : *Bull. civ. V*, 1995, n°117 ; *RJS* 1995, n°863 confirmé par Cass. soc., 25 février 2009 : *Bull. civ. V*, 2009, n°50.

⁷⁵¹ A. Fabre, « La supériorité du contrat de travail en question », *Dr. ouvr.* juin 2017, n°827.

harmoniser les conditions de travail, les droits et obligations de toutes les entreprises de la branche. Au contraire, dans le cadre de l'entreprise c'est une individualisation qui pourra être recherchée, pour que la négociation collective devienne un outil de gestion de l'entreprise. Sans aller jusqu'à recourir à l'usage des accords de performance collective⁷⁵², l'employeur peut tenter d'user de la négociation collective comme un levier de compétitivité. Le législateur s'est engouffré dans cette voie, par exemple en généralisant le recours aux accords dérogatoires d'entreprise en ce qui concerne la durée du travail. Alors qu'elle reste en principe un élément contractuel (même si l'employeur conserve la possibilité d'exiger du salarié des heures de travail supplémentaires⁷⁵³), le législateur a reconnu la possibilité d'y déroger par voie d'accord collectif d'entreprise⁷⁵⁴.

271. **Rôle supplétif du contrat.** Par ailleurs, la nouvelle architecture du Code du travail qui résulte de la réforme de 2016 précise parfois directement le caractère purement supplétif du contrat individuel de travail. Ainsi, concernant la rémunération des temps de restauration et de pause et concernant les contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage, le contrat de travail redevient leur support mais uniquement en cas d'absence d'un accord collectif, prioritairement d'entreprise⁷⁵⁵. Le professeur Fabre y voit d'ailleurs l'origine d'une éventuelle évolution de la jurisprudence, dans la même logique que l'arrêt *Compagnie générale de géophysique*⁷⁵⁶, en faveur d'une analyse plus collective des avantages tirés de la convention collective face à ceux tirés du contrat de travail. Ce point de vue est confirmé par la Conseillère à la chambre sociale de la Cour de cassation Pécaut-Rivolier, qui souligne que le juge doit contrôler que « l'accord respecte bien un équilibre représentatif de l'intérêt collectif, et que les tractations que chacun mène en pensant à

⁷⁵² Accords dont le régime fait l'objet d'une étude distincte dans la seconde section de ce chapitre, v. § n°293 et s.

⁷⁵³ Cass. soc., 20 mars 1961 : *Dr. soc.* 1961, p. 424, note J. Savatier.

⁷⁵⁴ Par ex. l'article L. 3121-11 du Code du travail permet la mise en place d'un régime d'astreinte par accord collectif d'entreprise ou, à défaut de branche ou encore l'article L. 3121-33 du Code du travail permet à l'employeur de définir le régime des heures supplémentaires par ce même moyen.

⁷⁵⁵ C. trav. art. L. 3121-8.

⁷⁵⁶ Cass. soc., 19 févr. 1997, n° 94-45.286 : *D.* 1997. 75 ; *Dr. soc.* 1997. 432, obs. G. Couturier. Concernant une prime semestrielle calculée sur une moyenne des salaires, instituée par un accord collectif d'entreprise, puis supprimée par un nouvel accord qui mettait lui en place d'une part, une prime sur les résultats mais surtout un engagement de maintien des emplois, la chambre sociale a pu considérer que « la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de tel ou tel d'entre eux ». Dès lors les salariés ne pouvaient se prévaloir de l'ancien avantage qui avait été valablement remplacé par un régime plus favorable du point de vue « des intérêts de l'ensemble des salariés ». Confirmée par Cass. soc., 3 mars 1999 : *Dr. soc.* 1999, p. 1101, obs. Ph. Waquet.

certaines intérêts particuliers n'aboutissent pas au final à dénaturer le caractère collectif de l'accord et sa raison d'être »⁷⁵⁷. Cette lecture collective des avantages a d'ailleurs été confirmée très récemment en des termes plus explicites par la chambre sociale de la Cour de cassation, qui a validé la mise en œuvre d'une « comparaison [...] par ensemble d'avantages ayant le même objet ou la même cause »⁷⁵⁸. Il faut cependant souligner que cette méthodologie plus globale ne semble s'appliquer qu'en présence d'accords collectifs qui prévoient des engagements de maintien de l'emploi. Comme le soulignent certains auteurs⁷⁵⁹, cette analyse globale pourrait être limitée à ces accords bien spécifiques.

272. **Première limite.** L'article L. 2254-1 du Code du travail indique donc que la convention collective prime nécessairement sur le contrat de travail, mais uniquement là où, face à des stipulations contractuelles similaires, les stipulations conventionnelles sont plus favorables au salarié. Il s'agit de la première limite posée par le législateur à la reconnaissance d'une véritable capacité correctrice du produit de la négociation collective. La seconde limite repose sur la nature purement temporaire de la prévalence accordée à la convention collective face au contrat de travail.

B : Prévalence temporaire de l'accord collectif sur le contrat de travail

273. **Deuxième limite.** La loi met en œuvre une forme de supériorité de l'accord collectif sur le contrat de travail. L'équilibre proposé vise à éviter que la norme collective soit automatiquement mise à l'écart par les stipulations contractuelles. Pourtant, il n'est pas possible ici de parler de véritable mécanisme correcteur du contrat de travail en raison de la nature purement temporaire de cette prévalence (1). La jurisprudence puis le législateur ont cependant autorisé une exception à cette application limitée dans le temps de la norme conventionnelle. Jusqu'à très récemment dénommée « avantages individuels acquis »,

⁷⁵⁷ L. Pécaut-Rivolier, « Regards du juge judiciaire sur l'accord collectif », *Dr. soc.* 2020, p. 507.

⁷⁵⁸ Cass. soc., 8 janvier 2020, n°18-17.708 : arrêt rendu encore une fois dans un contexte où avaient prévalu l'accord collectif comportant des « engagements en ce qui concerne le niveau d'activité global de production en France et le maintien d'un certain niveau d'emploi ».

⁷⁵⁹ V. E. Dockès, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, J. Pélissier, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd. 2008, Dalloz, p. 829. V. égal. H. Cavat, « Les accords de performance collective - Enseignements d'une étude empirique », *RDT* 2020, p.165.

désormais connue sous le nom de « maintien de la rémunération perçue », elle rend possible une correction « définitive » du contrat de travail par la norme collective (2).

1 : Nature temporaire de la prévalence de l'accord collectif sur le contrat de travail

274. **Principe de non-incorporation.** Malgré le caractère impératif de la convention collective, et bien que le principe de faveur connaisse une restriction importante depuis plusieurs années, il n'est pas possible de considérer la convention collective comme ayant un véritable effet correcteur sur le contrat de travail. Si la convention collective corrige le contrat de travail, elle ne s'y incorpore pas. Pourtant, il aurait été possible de s'appuyer sur la théorie de la représentation pour admettre une telle incorporation. Le mécanisme en question est après tout celui de la représentation légale : les délégués syndicaux qui négocient les conventions collectives tirent leur pouvoir de représentation de la loi, voire d'un contrat⁷⁶⁰. Dès lors, en vertu de l'article 1154 du Code civil, l'acte négocié par le représentant pour les représentés devrait trouver application directe au représenté. Cette thèse a rapidement été rejetée par la jurisprudence⁷⁶¹. Cette absence d'incorporation peut être reliée à une autre solution jurisprudentielle : l'absence de modification du contrat de travail par la convention collective puisque « lorsqu'une convention collective ou un accord collectif cesse de s'appliquer dans une entreprise il n'en résulte aucune modification des contrats de travail en vigueur »⁷⁶².

275. **Nature réglementaire.** Ce rejet d'une incorporation des normes conventionnelles au contrat de travail résulte de la nature réglementaire de la convention collective. A travers son affirmation il est ainsi possible de comprendre la convention collective comme une source de droit pour les relations professionnelles à part entière. Si, selon l'analyse du Professeur Paul Durand, cette nature réglementaire de la convention collective apparaît dès sa formation à travers les organes désignés pour la conclure⁷⁶³, le caractère réglementaire

⁷⁶⁰ V. not. Ph. Langlois, « Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation », *Dr. soc.* 1975, p. 283 et G. Borenfreund, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 1006.

⁷⁶¹ Cass. soc., 10 févr. 1965 : *Dr. soc.* 1965, p. 446, obs. J. Savatier.

⁷⁶² Cass. soc., 17 mars 1993, n° 91-45.184 ; 15 févr. 1998 : *Bull. civ.* V, n° 104 ; 14 mars 1998 : *Bull. civ.* V, n°251 ; 13 nov. 2001 : *Bull. civ.* V, n°340 ; 27 juin 2002 : *Bull. civ.* V, n°222 ; 25 févr. 2003 : *Bull. civ.* V, n°64.

⁷⁶³ De façon similaire au domaine politique, le droit a ici recours à la notion de représentativité des organisations syndicales et patronales signataires. Ainsi, il s'agit de « l'introduction d'un procédé classique dans l'élaboration

de la convention collective est encore plus évident en observant le contenu de cette dernière. Si la convention collective est créatrice d'obligations, ce qui correspond bien à sa nature contractuelle, elle va plus loin que cela en ce qu'elle porte en son sein des règles générales et permanentes qui ont vocation à s'appliquer aux employeurs et salariés qui entrent dans son champ d'application. Ainsi, les dispositions de la convention collective s'appliquent, même si les parties au contrat de travail les ignoraient. L'effet automatique de l'application des dispositions conventionnelles n'exige donc pas une manifestation de volonté supplémentaire pour une application aux parties au contrat de travail. Une véritable incorporation des stipulations conventionnelles au sein du contrat de travail n'est pas possible.

276. **Effet temporaire.** Ce principe de non incorporation illustre la nature purement temporaire de l'effet de la convention collective. Selon le Professeur Despax, s'il n'est pas possible de prétendre que les stipulations conventionnelles sont parfaitement autonomes de celles contractuelles, il est possible de présenter la construction française de l'application des conventions collectives au contrat de travail en indiquant qu'il s'agit « d'une réception provisoire des dispositions de la convention collective dans le contrat individuel de travail »⁷⁶⁴. Il s'opère donc une forme de substitution des normes mais à vocation uniquement temporaire. En effet, une fois que la norme collective prend fin (fin du terme fixé ou dénonciation), le principe est que ses effets vis-à-vis du contrat de travail cessent. D'ailleurs la Cour de cassation rejette une fois de plus toute incorporation de la convention collective au contrat de travail, même lorsqu'il prévoit un avantage pour les salariés mais que la convention collective détermine les modalités pratiques de mise en œuvre de cet avantage. Dans le cas où les stipulations la convention collective sont modifiées de façon défavorable pour ces salariés, la Cour de cassation rejette la possibilité pour ces derniers de se prévaloir des anciennes modalités pratiques conventionnellement prévues⁷⁶⁵.

des lois, le droit pour l'organe représentatif (la majorité parlementaire pour les lois ordinaires) de poser une règle générale » : P. Durand, « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTD civ.* 1939, p. 365, n°7.

⁷⁶⁴ M. Despax, *Traité de droit du travail – Négociations, conventions et accords collectifs – Tome 7*, 2^e éd. 1989, Dalloz, n°61, p. 107.

⁷⁶⁵ Cass. soc., 25 mars 2009, n°07-42.318 : *RJS* 6/09, n°563 : modification des modes de calcul d'une prime famille.

2 : La question du maintien de la rémunération perçue en cas de non-remplacement de la norme collective

277. **Correction permise par la présence d'un intérêt individuel supérieur.** L'existence du principe de non-incorporation des normes conventionnelles au sein des normes contractuelles entraîne donc une incapacité de correction par la convention collective du contrat de travail. La nature purement temporaire de l'application de ces normes conventionnelles ne permet en effet pas de retenir un véritable effet correcteur, à l'inverse de la logique des pays anglo-saxons. Pourtant, la jurisprudence puis la loi ont fini par reconnaître une capacité correctrice à la convention collective dans des hypothèses où le « choc » de la perte des avantages serait trop important⁷⁶⁶. L'atteinte au principe de force obligatoire du contrat semblait donc justifiée dans cette hypothèse précise par la protection des intérêts individuels des salariés, par une « certaine conception du progrès social »⁷⁶⁷. Le rapport sur les propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail précise ainsi que l'ancienne notion d'avantages individuels acquis reposait théoriquement sur une garantie de stabilité pour les salariés⁷⁶⁸. L'atteinte à la force obligatoire du contrat de travail est autorisée par référence à un intérêt individuel supérieur. Dans un tel contexte, la nature temporaire de l'application des normes issues de la convention collective s'efface, pour laisser place à des éléments au caractère permanent.
278. **La notion initiale d'avantages individuels acquis.** Le législateur, avec la notion d'avantages individuels acquis, avait introduit une exception à la règle de non-incorporation⁷⁶⁹. Le Professeur Cesaro évoque dans son rapport une « transformation de la nature juridique des avantages préservés » qui sont alors « intégrés au contrat individuel de

⁷⁶⁶ Michel Despax soulignait le risque de « conflits » en cas de « suppression brutale des avantages jusqu'alors accordés aux salariés » : M. Despax, *Traité de droit du travail – Négociations, conventions et accords collectifs – Tome 7*, 2^e éd. 1989, Dalloz, n°61, p. 108.

⁷⁶⁷ A. Bugada, « Pour un retour aux avantages individuels acquis – Etude critique portant sur le bénéfice d'une garantie de rémunération en cas de dénonciation ou de mise en cause du statut collectif sans accord de substitution », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, 2019, LexisNexis, p. 51 et s.

⁷⁶⁸ J.-F. Cesaro, *Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail* : rapport 22 janv. 2016, n°75, p. 28.

⁷⁶⁹ C. trav. art. L. 2261-13 anc.

travail »⁷⁷⁰. Cette exception légale restait cependant déjà très limitée dans son champ d'application puisqu'elle se limitait au cas d'une dénonciation ou de la mise en cause d'un accord collectif sans nouvelle conclusion d'un accord de substitution. L'idée était qu'au-delà de la période de survie de l'accord collectif dénoncé ou mis en cause, les salariés de l'entreprise puissent continuer à bénéficier des avantages individuels acquis lors de l'application de l'ancien accord collectif⁷⁷¹. Il s'agissait bien d'une véritable incorporation de l'avantage au contrat de travail du salarié, puisque ce dernier pouvait bénéficier de son plein effet. La Cour de cassation fait d'ailleurs directement référence à cette notion d'incorporation : « cet avantage salarial, qui profitait individuellement à chacune des salariées demandresses à l'action, s'était incorporé à leur contrat de travail au jour où les dispositions de la convention collective avaient cessé de produire effet et devait être maintenu pour l'avenir »⁷⁷². Conséquence de cette incorporation, « son altération [était soumise] à l'accord de chaque salarié concerné en déposant vraisemblablement les partenaires sociaux, quel qu'en soit le niveau (branche ou entreprise), de toute modification ultérieure »⁷⁷³. Par exemple, concernant un temps de pause rémunéré, la Cour de cassation a pu retenir que des salariés antérieurement rémunérés « sur une base de trente-cinq heures pour trente-deux heures et trente minutes de travail effectif ainsi que deux heures et trente minutes de pause » grâce à l'application d'un accord collectif, puis rémunérés « sur une base de trente-cinq heures, mais pour trente-cinq heures de travail effectif » à la suite de la dénonciation de l'accord, même accompagnée d'une garantie d'un montant de rémunération global identique, avaient « été privés d'un élément de rémunération, soit la rémunération des temps de pause » qui constituait un avantage individuel acquis⁷⁷⁴. Cette

⁷⁷⁰ J.-F. Cesaro, *Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail* : rapport 22 janv. 2016, p. 28.

⁷⁷¹ Il était possible de parler de mécanisme de « cliquet anti-retour » (A. Bugada, « Pour un retour aux avantages individuels acquis – Etude critique portant sur le bénéfice d'une garantie de rémunération en cas de dénonciation ou de mise en cause du statut collectif sans accord de substitution », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, 2019, LexisNexis, p. 51 et s.).

⁷⁷² Cass. soc., 13 mars 2001 : *Bull. civ.* V, n°90 ; *Dr. ouvrier* 2001, p. 261, note E. Dockès.

⁷⁷³ A. Bugada, « Pour un retour aux avantages individuels acquis – Etude critique portant sur le bénéfice d'une garantie de rémunération en cas de dénonciation ou de mise en cause du statut collectif sans accord de substitution », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, 2019, LexisNexis, p. 51 et s.

⁷⁷⁴ Cass. soc., 16 sept. 2008, n° 07-43.580 : *RJS* 12/08, n° 1222 ; *SSL* 2008, n° 1374, p. 9. De même, des salariées d'un magasin qui demandaient le maintien d'un avantage conventionnel d'un jour de congé supplémentaire quand le jour de repos habituel coïncide avec un jour férié ont obtenu gain de cause puisque la Cour de cassation a condamné l'employeur au paiement de « diverses sommes à titre de rémunération correspondant à des journées de récupération pour jours fériés » (Cass. soc., 2 juill. 2003, n° 01-45.947). L'employeur aurait donc dû accorder à ses salariées non pas simplement un montant de rémunération incluant

notion était cependant source de nombreuses incertitudes : comment distinguer entre le caractère collectif et individuel des avantages prévus à l'accord⁷⁷⁵, comment apprécier la notion d'acquisition de l'avantage⁷⁷⁶ ? Le Professeur Teyssié a également pu dénoncer une solution « qui ne pouvait être ni économiquement ni socialement satisfaisant[e] »⁷⁷⁷. A la suite du rapport « Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail »⁷⁷⁸, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016⁷⁷⁹ a modifié l'article L. 2261-13 du Code du travail pour faire disparaître la notion d'avantages individuels acquis et la remplacer par la notion de « maintien de la rémunération perçue ».

279. **Une exception au principe de non-incorporation ?** L'exception au principe de non-incorporation a donc été limitée par le législateur à une « garantie de rémunération dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de travail, ne peut être inférieur à la rémunération versée, en application de la convention ou de l'accord dénoncé et du contrat de travail, lors des douze derniers mois »⁷⁸⁰. La notion de rémunération est conforme à la définition prévue à l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale : les revenus d'activité sur lesquels sont assises les cotisations de sécurité sociale. Si l'objectif affiché par le législateur était de simplifier la détermination des éléments du statut collectif qui doivent être maintenus, certains auteurs ont souligné les difficultés d'application qui risquent d'accompagner la mise en œuvre du texte⁷⁸¹. Il est à cet égard

le paiement du jour de congé supplémentaire, mais aurait dû leur accorder directement ce jour de congé payé supplémentaire.

⁷⁷⁵ Selon la Cour de cassation « un avantage individuel acquis [...] est celui qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel [...] ». V. not. Cass. soc., 23 mai 2006 : *Bull. civ.* V, n°183.

⁷⁷⁶ Les salariés dont le contrat de travail a été conclu postérieurement à la cessation des effets de la convention collective ne peuvent en bénéficier (Cass. soc., 12 mars 2003, n° 01-15.640 : *RJS* 05/03, n° 643) et la jurisprudence fait référence à un « droit déjà ouvert et non simplement éventuel » (v. not. Cass. soc., 15 mai 2001 : *Bull. civ.* V, n°170 ; 2 juill. 2003, n° 00-45.317 : *RJS* 10/03, n°1195).

⁷⁷⁷ B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives*, 11^e éd. 2018, LexisNexis, n° 2046, p. 1033.

⁷⁷⁸ J.-F. Cesaro, *Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail*, 22 janv. 2016, p. 39.

⁷⁷⁹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

⁷⁸⁰ C. trav. art. L. 2261-13 nouv.

⁷⁸¹ V. not. Y. Pagnerre, É. Jeansen, « Des avantages individuels acquis au maintien de la rémunération annuelle : une notion byzantine chasse l'autre », *JCP S* 2016, 1420 ; J. – F. Cesaro et A. Martinon, « Le maintien de la rémunération perçue - Observations et propositions », *JCP E* 2017, 1062 J. – F. Cesaro et A. Martinon, « La garantie de rémunération », *BJT* 2020, n° 4, p. 65 et pour une étude très complète A. Bugada, « Pour un retour aux avantages individuels acquis – Etude critique portant sur le bénéfice d'une garantie de rémunération en cas de dénonciation ou de mise en cause du statut collectif sans accord de substitution », *in Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, 2019, LexisNexis, p. 51 et s.

intéressant de relever que législateur a amendé le texte dès 2018⁷⁸². Au niveau de ses effets le mécanisme se distingue clairement de la notion d'avantages individuels acquis. En effet, le maintien de la rémunération versée joue en réalité le rôle d'un seuil de référence, calculé sur douze mois, auquel l'employeur doit se référer pour assurer la garantie de rémunération. Comme le souligne le Professeur Bugada, « il ne s'agit plus, concrètement, de maintenir la rémunération perçue précédemment mais d'imposer une garantie de rémunération dont les modalités vont se révéler approximatives, ou flexibles [...] ». *A priori* il n'y a plus de réelle incorporation au contrat, plus d'effet correcteur sur ce dernier⁷⁸³. Cette vision réductrice du législateur est confirmée par son ajout de 2018. La garantie peut être assurée par la mise en place d'une indemnité différentielle : si la rémunération du salarié augmente dans le temps elle sera amenée à baisser, voire à disparaître. Si les faits évoqués ci-dessus concernant la rémunération des temps de pause⁷⁸⁴ venaient à se reproduire, il serait ainsi très probable que les juges retiennent la solution inverse : l'employeur avait justement organisé le maintien d'un seuil global de rémunération pour ses salariés tout en retirant les temps de pause rémunérés. Il est vrai que la loi indique que le calcul du seuil de maintien de la rémunération doit s'effectuer par référence à « une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de travail ». Que ce soit par application de l'accord collectif ou simplement du contrat de travail, la base de travail était de 35 heures. Dans la première situation il s'agissait de trente-deux heures et trente minutes de travail effectif auxquelles s'ajoutait deux heures et trente minutes de temps de pause rémunéré considéré comme du

⁷⁸² Ce maintien peut être mis en place par le « versement d'une indemnité différentielle entre le montant de la rémunération qui était dû au salarié en vertu de la convention ou de l'accord dénoncé et de son contrat de travail et le montant de la rémunération du salarié résultant de la nouvelle convention ou du nouvel accord, s'il existe, et de son contrat de travail » (C. trav. art. L. 2261-13 modifié par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social).

⁷⁸³ Certains auteurs soulignent cependant la possibilité que la jurisprudence retienne une incorporation au contrat de travail. Pour eux, la question de savoir « si, postérieurement à la disparition de la convention collective dénoncée, la garantie de rémunération est contractualisée » pourrait « conduire la Cour de cassation à maintenir certaines solutions énoncées à propos du maintien des avantages individuels acquis » (G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, 34^e éd. 2020, n°1365, p. 1662). Un arrêt récent de la Cour d'appel de Rouen s'inscrit dans cette logique. Les juges retiennent ainsi par une formulation assez confuse que « dans l'hypothèse où la rémunération du salarié résulte en totalité d'un accord collectif, la dénonciation de cet accord, s'il n'est pas suivi d'un accord de substitution dans le délai de l'article L. 2261-13 du code du travail, entraîne le maintien du salaire antérieur, par intégration dans le contrat de l'avantage individuel acquis » (CA Rouen, 26 sept. 2019, n° 17/01779). Il est certain en tout cas que « [...] la loi oblige la jurisprudence à revisiter la solution de l'incorporation de l'avantage au contrat de travail, à la renouveler, à la supprimer ou à l'amender » (A. Bugada, « Pour un retour aux avantages individuels acquis – Etude critique portant sur le bénéfice d'une garantie de rémunération en cas de dénonciation ou de mise en cause du statut collectif sans accord de substitution », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, 2019, LexisNexis, p. 51 et s.).

⁷⁸⁴ V. note n° 774.

travail effectif : après dénonciation de l'accord les salariés effectuaient réellement trente-cinq heures de travail effectif hors temps de pause. Les juges pourraient considérer que, dès lors que le niveau de salaire avant dénonciation est maintenu et que la base horaire de travail est identique, l'obligation de maintien de la rémunération perçue est remplie. Cette notion pourrait donc relever, plutôt que d'une véritable correction du contrat de travail, d'un simple seuil à respecter.

280. **Différence fondamentale.** La jurisprudence portant sur le nouvel article L. 2261-13 du Code du travail, encore peu abondante, permet de souligner la différence fondamentale entre cette notion de rémunération versée maintenue et celle d'avantage individuel acquis. Concernant la dénonciation d'un accord de réduction et d'aménagement du temps de travail prévoyant la rémunération d'un temps de pause de vingt-cinq minutes par jour pour un « horaire de base ininterrompu de [six] heures au moins » les juges du fond ont reconnu l'obligation de payer au salarié une « garantie de rémunération, intégrant le paiement des temps de pause en application de l'accord dénoncé »⁷⁸⁵. Ils ont alors ordonné à l'employeur de payer un montant à titre de rappel salarial, arrêté au 31 décembre de l'année antérieure. Le salarié n'a donc pas droit au maintien du temps de pause. En effet, s'agissant d'un seuil calculé sur une période de douze mois, le respect de la rémunération versée à ce seuil se calculera assez logiquement à la fin de chaque nouvelle période de douze mois et c'est à cette occasion qu'éventuellement sera payé un complément de rémunération.
281. **Incorporation par une clause de maintien.** La nouvelle notion semble limiter inutilement la capacité de correction de l'accord collectif sur le contrat de travail. Un équilibre avait été trouvé avec la notion de maintien des avantages individuels acquis : l'intégration ne pouvait avoir lieu qu'en présence d'un intérêt individuel supérieur pour le salarié. La nouvelle notion de maintien de la rémunération, si elle apparaît plus en cohérence avec le principe de non-incorporation de la norme collective, ne permet pas d'assurer complètement cette prise en compte des intérêts individuels du salarié. Elle peut néanmoins directement résulter d'une clause au sein de l'accord collectif de substitution prévoyant le maintien de certains avantages. Préalablement à la création de l'obligation de maintien des

⁷⁸⁵ CA Rennes, 9e chambre prud'homale, 3 juill. 2019, n° 18/04306.

d'avantages individuels acquis par la loi n° 82-597 du 13 novembre 1982⁷⁸⁶, de nombreuses conventions collectives contenaient une clause qui visait au même effet⁷⁸⁷. Encore aujourd'hui, il s'agit d'une stipulation qui peut être négociée par les partenaires sociaux dans le but de maintenir les droits individuels acquis pour les salariés⁷⁸⁸. Il faut alors espérer, conformément aux *Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail*, que les partenaires sociaux fassent un effort d'anticipation des conséquences de la fin des accords collectifs *via* la conclusion de clauses de maintien des avantages individuels acquis⁷⁸⁹. Les parties sont alors libres de conférer une portée plus ou moins grande à cette clause de maintien⁷⁹⁰.

282. **Capacité correctrice limitée.** La capacité correctrice de la norme collective sur la norme individuelle est donc extrêmement limitée. L'existence d'un principe de faveur mais surtout la prévalence purement temporaire de la norme conventionnelle œuvrent en faveur du respect de la force obligatoire du contrat de travail. La seule exception, strictement délimitée par le législateur, consiste en une obligation de maintien de la rémunération perçue en cas de disparition de la norme conventionnelle sans conclusion d'un accord de substitution. Cette vision limitative de la capacité correctrice de la convention collective semble influencer l'analyse portée par les juridictions, qui font barrage à une contractualisation de la norme collective par référence au sein de la norme individuelle.

⁷⁸⁶ Loi n° 82-597 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail

⁷⁸⁷ Leur validité n'est cependant pas certaine au regard de la prohibition des engagements perpétuels (v. M. Despax, *Traité de droit du travail - T. 7 - Conventions collectives*, 1966, Dalloz).

⁷⁸⁸ Par exemple l'article 1.3 de la CCN du sport de 2005 rappelle que « La présente convention collective nationale ne peut, en aucun cas, porter atteinte aux avantages acquis à titre individuel ou par application d'un accord collectif conclu antérieurement à la signature de la présente convention.

Les avantages reconnus par la présente convention ne peuvent s'interpréter comme s'ajoutant aux avantages déjà accordés pour le même objet dans certaines entreprises ou aux avantages légaux connus postérieurement à sa signature. Dans ce cas, l'avantage le plus favorable aux salariés sera seul accordé. »

⁷⁸⁹ J.-F. Cesaro, *Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail* : rapport 22 janv. 2016, p. 42. V. égal. M. Morand, « Propositions pour une adaptation du droit de la négociation collective », *SSL* 2019, n° 1883 p. 6.

⁷⁹⁰ La jurisprudence a pu rendre des solutions similaires à celles rendues sur le fondement légal lorsque la volonté des partenaires sociaux n'était pas claire. Par ex., un arrêt de 1957 a retenu que la clause de maintien des avantages individuels acquis ne pouvait être invoquée que par les salariés en fonction à la date de l'extinction de la convention collective (Cass. soc., 21 juin 1957 : *Bull. civ.* V, n°750).

II : Limites à la contractualisation de l'accord collectif dans le contrat de travail

283. **Référence contractuelle à la norme conventionnelle.** En principe les éléments contractuels convenus entre les parties s'imposent à celles-ci. Malgré ce principe de droit commun des contrats, le juge en matière sociale considère que la référence à un élément de nature conventionnelle au sein du support écrit du contrat de travail ne doit pas, en principe, permettre de considérer que cet élément conventionnel a intégré le champ contractuel. La nature conventionnelle d'une norme semble donc exclure toute possibilité de correction sur le contrat, même par la voie indirecte d'une contractualisation. Il est dénié toute force à la norme conventionnelle même lorsque sa présence est confirmée au sein de l'*instrumentum* (A). Si une telle analyse peut s'avérer justifiée lorsque le contrat se contente de mentionner la convention collective applicable, à titre informatif, il apparaît possible de critiquer une telle solution, à l'aune du principe de force obligatoire des contrats justement, lorsqu'elle aboutit à écarter des stipulations plus détaillées (B).

A : Appréciation stricte de la contractualisation des normes collectives

284. **Solution critiquable.** En vertu du principe de force obligatoire, la stipulation contractuelle qui fait référence à la norme conventionnelle devrait s'appliquer entre les parties. Dès lors, en cas de modification de la situation entraînant normalement la fin de l'application des dispositions conventionnelles en question, ces dernières devraient être maintenues pour le salarié concerné. Cependant ce n'est pas cette solution qui est le plus souvent retenue par la jurisprudence (1). Lorsqu'est en cause un avantage contractualisé dont les modalités de calcul sont elles-mêmes prévues au contrat, l'atteinte au principe de force obligatoire apparaît d'autant moins justifiée (2).

1 : Refus d'une contractualisation de la norme conventionnelle

285. **Insertion d'éléments conventionnels.** Si, en principe, prévaut la règle de non-incorporation de la norme collective dans le contrat individuel, rien n'empêche les parties d'insérer au sein du contrat des éléments de cette convention collective. Dans ce cas, par

application du principe de force obligatoire les dispositions contractuelles devraient primer. L'absence d'application des dispositions conventionnelles contractualisées serait alors perçue comme une inexécution contractuelle et entraîner les sanctions prévues. De même, le retrait décidé unilatéralement par l'employeur des avantages contractualisés pourrait être considéré comme une véritable modification du contrat de travail, que le salarié pourrait donc refuser.

286. **Une contractualisation exceptionnelle de la norme conventionnelle.** En pratique, cette force obligatoire des dispositions conventionnelles contractualisées a été reconnue par la jurisprudence. La mention expresse au sein du contrat de travail de l'application d'une convention collective de branche implique l'obligation de maintenir son application pour le salarié concerné. Lorsque « le contrat individuel de travail [prévoit] que "tous les points qui ne figurent pas dans le présent engagement sont traités selon les dispositions et dans l'esprit de la convention collective des industries chimiques" » les juges doivent « par une interprétation nécessaire des termes du contrat de travail », considérer que la société s'était engagée à appliquer ladite convention collective, « indépendamment de son application générale [dans l'entreprise] en vertu d'un usage »⁷⁹¹. Une autre décision souligne que « le fait pour l'employeur de priver la salariée, en la changeant d'affectation, du bénéfice de la convention collective des banques prévu par son contrat de travail constituait une modification de ce contrat que la salariée était en droit de refuser »⁷⁹². Ces solutions restent cependant exceptionnelles et les juridictions, lorsqu'elles procèdent à une interprétation de la volonté des parties, ont tendance à pencher en faveur de la reconnaissance d'une simple mention informative⁷⁹³. La solution vaut même lorsque la référence à la convention collective fait l'objet d'un avenant spécifique⁷⁹⁴ ce qui aurait pourtant pu indiquer aux juges que la volonté des parties était bien de contractualiser les dispositions conventionnelles.

⁷⁹¹ Cass. soc., 3 février 1993, n°89-45.433 : l'entreprise appliquait volontairement la convention collective mais avait ensuite dénoncé cet usage. Le salarié était tout de même en droit de se prévaloir de l'indemnité conventionnelle de licenciement en raison de la contractualisation des dispositions de la convention collective dans son contrat de travail.

⁷⁹² Cass. soc. 2 déc. 1998, *SA Paluel* : *Bull. civ.* V, n° 529 ; *JSL* 1999, n° 30, , obs. M.-Ch. Haller.

⁷⁹³ Cass. soc., 6 juill. 2005, n°03-45.411.

⁷⁹⁴ Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-10.220, *Association Formation et métier c/ Pirian* : *RJS* 12/12, n° 963 : l'arrêt précisait ainsi que « par avenant du 1er juillet 1991 » la rémunération du salarié « a été basée sur la grille de salaire du personnel enseignant de l'Afpa telle que référencée par l'accord d'établissement du 14 avril 1970 portant avenant à la convention collective susvisée ».

2 : La distinction jurisprudentielle entre l'avantage et son mode de calcul

287. **Modalités de calcul conventionnelles.** Lorsque le contrat se contente de fixer un droit pour le salarié en renvoyant à la convention collective les modalités de calcul, la jurisprudence considère qu'il n'y a pas contractualisation de ces modalités de calcul et donc qu'en cas d'évolution défavorable de la convention collective les salariés ne sont pas fondés à se prévaloir des dispositions conventionnelles anciennes et plus avantageuses. La Cour de cassation rejette toute incorporation de la convention collective au contrat de travail lorsque le contrat de travail prévoit un avantage pour les salariés mais que la convention collective détermine les modalités pratiques de mise en œuvre de cet avantage. Dans le cas où les stipulations la convention collective sont modifiées de façon défavorable pour ces salariés la Cour de cassation rejette la possibilité pour ces derniers de se prévaloir des anciennes modalités pratiques conventionnellement prévues⁷⁹⁵. Elle va même plus loin puisqu'elle refuse de considérer que l'insertion, au sein du contrat de travail, d'une clause qui précise le mode de calcul d'un avantage salarial, prévu lui par convention collective, ne vaut pas contractualisation de l'avantage en question⁷⁹⁶.
288. **Absence de garantie.** Les solutions antérieures auraient pourtant pu orienter la jurisprudence dans une autre direction. Si la simple mention de l'avantage ne permet pas la contractualisation de son mode de calcul, avantage lui prévu par accord collectif, au contraire la mention du mode de calcul dans une clause contractuelle aurait pu emporter contractualisation de cette norme. Pourtant la Cour de cassation refuse cette fois aussi de considérer que le mode de calcul de l'avantage est intégré au champ contractuel. Dès lors, toute modification conventionnelle du mode de calcul devra s'appliquer au salarié qui semblait pourtant bénéficier d'une garantie écrite de la stabilité du montant de son avantage.

⁷⁹⁵ V. note n° 765.

⁷⁹⁶ Cass. soc., 6 mars 2019, n° 18-10.615, *G. c/ Sté Total Petrochemicals France* : M. Vericel, « Effet de la référence du contrat de travail aux dispositions d'un accord collectif d'intéressement », *Dr. soc.* 2019, p. 443 ; L. Bento de Carvalho, S. Tournaux, « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », *Dr. soc.* 2019, p. 856 ; S. Maillard-Pinon, « Le mode de calcul de la prime d'intéressement peut-il être contractualisé ? » *RDT* 2019, p. 249.

289. **Justifications.** Pour justifier cette position jurisprudentielle, des auteurs⁷⁹⁷ ont pu avancer l'idée selon laquelle la nature collective de l'accord d'intéressement ne permettait pas de retenir l'individualisation du mode de calcul automatiquement entraînée par la contractualisation. Il est vrai que la décision fait explicitement référence aux articles L. 3312-2 et L. 3313-2 du code du travail qui rappellent respectivement que la mise en place de l'accord d'intéressement se fait par la voie de la négociation collective et les éléments que doit contenir cet accord, dont « les modalités de calcul de l'intéressement [...] ». Pour d'autres auteurs⁷⁹⁸, il s'agit d'une application littérale de la jurisprudence sur les clauses informatives. En effet, en matière de lieu de travail la Cour de cassation exige plus qu'une simple mention du lieu, il faut « une clause claire et précise [indiquant] que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu »⁷⁹⁹. Dès lors, même si le contrat de travail du salarié avait retranscrit mot pour mot le mode de calcul de l'avantage en cause, il manquait une précision indiquant de façon claire et précise la volonté des parties de contractualiser ce mode de calcul. En l'absence de cette marque de volonté supplémentaire, seule pouvait être retenue la mention à valeur purement informative pour le salarié. Monsieur Nicolas Anciaux⁸⁰⁰ en particulier voit dans cet arrêt une nouvelle preuve de la méthodologie appliquée par la Cour de cassation pour faire entrer dans le champ contractuel un élément qui lui est « atypique ». En raison de cette nature atypique de l'élément mentionné au contrat, les juges ne peuvent retenir la volonté des parties de l'intégrer au champ contractuel que si cette volonté est particulièrement apparente, si la clause est formulée de manière particulièrement précise.

⁷⁹⁷ J. Icard, « Tout n'est pas contractuel dans le contrat : confirmation de la non-incorporation des dispositions conventionnelles en matière d'intéressement », *Bulletin Joly Travail* 2019, p. 9 ; V. Roche, « L'accord d'intéressement prime sur le contrat de travail », *JSL* 2019, n° 474.

⁷⁹⁸ S. Maillard-Pinon, « Le mode de calcul de la prime d'intéressement peut-il être contractualisé ? » *RDT* 2019, p.249 ; D. Ronet-Yague, « L'absence de contractualisation du mode de calcul d'une prime d'intéressement », *Gazette du Palais* 2019, p. 75.

⁷⁹⁹ Cass. soc., 3 juin 2003, n°01-43.573 et 01-40.376 : *Dr. soc.* 2003, p. 884, obs. J. Savatier ; 2 avr. 2014, n°13-11.922 ; 29 oct. 2014, n°13-21.192.

⁸⁰⁰ N. Anciaux, « La fausse entrée dans le champ contractuel des modalités de calcul d'une prime d'intéressement », *JCP S* 2019, 1123.

B : Plaidoyer en faveur d'une meilleure reconnaissance de la force obligatoire de l'avantage contractualisé

290. **Critique.** Cependant, aucune de ces propositions de justification de la jurisprudence ne convainc vraiment. Concernant tout d'abord la nature collective de l'intéressement, que ce soit au niveau de sa mise en place ou concernant l'objectif visé par un tel dispositif, si la loi oblige effectivement de passer par la voie de la négociation collective pour mettre en place le dispositif, nous relèverons, comme Nicolas Anciaux⁸⁰¹, qu'aucune règle n'empêche une individualisation par voie contractuelle de l'accord dans ses modalités d'application à la suite de sa mise en place par accord collectif. Concernant ensuite le critère tenant à la présence d'une mention suffisamment précise pour que soit reconnu le caractère contractuel au mode de calcul de l'avantage, la lecture de l'arrêt d'appel⁸⁰² souligne une rédaction qui peut sembler suffisamment précise pour traduire cette volonté de contractualisation. En effet, le salarié avait bénéficié d'un avenant individuel précisant les modalités d'application du protocole d'accord concernant le dispositif de dispense d'activité auquel il avait adhéré. Cet avenant de mars 2012 précisait ainsi que le salarié « avait en principe droit à une rémunération égale à [...] 77 % du temps de travail d'un salarié à temps plein mais aussi à un intéressement sur la base de cette rémunération » tandis que les termes de l'accord d'intéressement initialement signé en 2010 concernant les modalités de calcul du montant de l'intéressement précisait que le calcul de l'intéressement était effectué « sur la base de la prime de résultat égale à 1 % du montant de l'excédent brut d'exploitation plafonnée à 2,5 % de la masse salariale et d'une prime d'objectifs » et indiquait plus précisément que pour les salariés en dispense d'activité la prise en compte était au niveau de « 77% du temps passé en dispense d'activité ». La méthode de calcul de l'intéressement était donc rédigée de façon claire par cet avenant mais était surtout décrite de façon plus précise que dans l'accord d'intéressement lui-même ! L'accord ne faisait en effet que mention de « 77% du temps passé en dispense d'activité », ce qui constituait une formule peu explicite, alors que l'avenant contractuel précisait que l'intéressement devait être calculé sur la base de la rémunération versée au salarié correspondant à 77% d'un salarié à temps plein. Dès lors, il aurait pu sembler logique de

⁸⁰¹ *Ibid.*

⁸⁰² CA Rouen, 14 novembre 2017, n°15/00741.

considérer qu'il y avait bien eu une véritable volonté de contractualisation du mode de calcul de l'intéressement par les parties.

291. **Respect de la force obligatoire.** Dans une telle hypothèse la volonté jurisprudentielle de limiter l'intangibilité contractuelle n'est pas justifiée et il est souhaitable que la Cour de cassation fasse évoluer sa jurisprudence, trop restrictive. La voie de la « contractualisation » doit permettre à l'accord collectif, dans certaines situations spécifiques où la volonté des parties s'exprime clairement en ce sens, de lui donner un véritable pouvoir correcteur en intégrant le champ contractuel. Le rejet jurisprudentiel d'une capacité de correction pour les conventions collectives n'est plus justifié là où il est possible de reconnaître une volonté des parties « claire et précise » d'intégrer les stipulations conventionnelles au sein du périmètre contractuel. A cet égard, la proposition du Professeur Véricel paraît particulièrement intéressante. Une distinction pourrait être effectuée entre le simple renvoi à une source normative autre que le contrat de travail, en rappel de son application⁸⁰³, et la reprise précise des « modalités de bénéfice d'un avantage, salarial ou autre ». Dans ce dernier cas la clause vaudrait alors « engagement contractuel réciproque », empêchant sa modification ultérieure sans accord mutuel des parties, même en cas de modification ou disparition de l'accord collectif (arrivée du terme, dénonciation ou même caducité)⁸⁰⁴. Une telle modification de la jurisprudence serait d'une part justifiée par un objectif de meilleure sécurité juridique mais œuvrerait également pour plus de cohérence dans la distinction entre le régime contractuel et le respect de sa force obligatoire et le régime conventionnel dont la prévalence reste limitée, sauf justement à intégrer le champ contractuel.

292. **Deux exceptions.** La recherche d'un équilibre par le législateur et la jurisprudence entre la volonté de reconnaître une force certaine à la norme conventionnelle, tout en protégeant le principe de la force obligatoire de la norme individuelle, a donné lieu à un régime d'articulation, de combinaison des normes complexe. Par l'application du principe de faveur et de l'effet temporaire de la norme collective le législateur semble avoir tenté de ne pas porter une atteinte trop frontale au principe de force obligatoire du contrat de travail.

⁸⁰³ Par ex. une clause du type « Pour rappel, à la date de signature du présent contrat, la convention collective applicable à la société [...] est la convention collective nationale [...] ».

⁸⁰⁴ M. Véricel, « Effet de la référence du contrat de travail aux dispositions d'un accord collectif d'intéressement », *Dr. soc.* 2019, p. 443.

Dès lors, il n'apparaît en principe pas possible de retenir la négociation collective comme un mécanisme de correction du contrat de travail. Une telle solution doit être approuvée. Cependant il est possible de critiquer le rejet de toute limite à l'intangibilité contractuelle dans certaines hypothèses. La modification de la notion d'avantages individuels acquis en maintien de la rémunération perçue ne permet pas d'assurer une protection suffisante des intérêts des salariés et le rejet de toute contractualisation de la norme collective, même en cas de mention précise au contrat, apparaît excessif. Ces solutions apparaissent d'autant moins logiques que le législateur a fait le choix de créer une limite très conséquente à l'intangibilité contractuelle par la norme collective en présence des accords de performance collective. Dans un objectif d'accroissement de la compétitivité des entreprises françaises, pour permettre une véritable remise en question de la norme individuelle par la norme collective est désormais possible. Pour ces accords qui font l'objet d'un régime particulier il semble dès lors possible de parler d'une véritable correction du contrat de travail.

Section II : La croissance de la force correctrice des normes conventionnelles sur les normes contractuelles

293. **La négociation collective comme voie de correction contractuelle.** Si en principe la norme conventionnelle n'a pas, sauf exception, de véritable effet correcteur sur le contrat de travail le législateur lui a, dans certaines hypothèses, offert une place plus favorable dans son rapport au contrat de travail. Le Code du travail, au sein du chapitre détaillant les « rapports entre conventions et accords collectifs de travail et contrat de travail » est ainsi découpé en deux articles distincts. Le premier rappelle le principe général en matière d'articulation des normes conventionnelles et contractuelles, déjà présenté, tandis que le deuxième vient introduire un régime exorbitant du droit commun : les accords dits « de performance collective »⁸⁰⁵. Du point de vue des rapports entre contrat de travail et

⁸⁰⁵ La rédaction de l'article L. 2254-2 du Code du travail actuel résulte en effet de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective pour laquelle le gouvernement était autorisé à harmoniser et simplifier les conditions de recours et le contenu des accords collectifs dont le régime juridique devait permettre la rupture du contrat de travail reposant sur un motif spécifique en cas de refus par le salarié des modifications de son contrat résultant de l'accord collectif (loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social), et de sa loi de ratification des ordonnances du 29 mars 2018 (loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social).

convention collective, cette réforme n'a constitué que l'aboutissement d'un processus engagé depuis les années 1980 de recherche d'un régime de prévalence de la norme collective sur la norme individuelle. L'accord de performance collective est en effet « le petit dernier d'une lignée d'accords collectifs ayant tous eu en commun, tantôt sur le fondement de l'emploi, tantôt sur celui, parfois plus trouble, de la flexibilité, de réinterroger l'articulation du collectif et de l'individuel »⁸⁰⁶. Au sein de cet arbre généalogique, il apparaît également nécessaire d'évoquer le dispositif d'activité réduite pour le maintien en emploi qui, même s'il n'est pas inscrit dans le marbre⁸⁰⁷, participe de cette tendance à autoriser un contournement de la force obligatoire du contrat de travail par le biais de la négociation collective⁸⁰⁸ (I). Si, concernant l'activité réduite pour le maintien en emploi, la correction du contrat repose sur une forme de suspension partielle de ses principales obligations⁸⁰⁹, l'accord de performance collective permet un contournement de son intangibilité par la voie d'une substitution de plein droit. L'étude de la « [...] tension entre les deux dispositifs »⁸¹⁰ permet de souligner les lacunes du plus durable (II).

I : La prévalence progressive du produit de la négociation collective sur le contrat de travail

294. **Tentatives.** Historiquement il est possible d'inscrire la naissance des accords de performance collective et de l'activité réduite pour le maintien en emploi dans un processus de recherche de mécanismes de mise à l'écart de la force obligatoire du contrat de travail individuel par la négociation collective. Selon l'objet de l'accord (modification de la durée du travail, accord défensif sur l'emploi, accord offensif sur l'emploi) les négociateurs dans l'entreprise avaient à leur disposition, avant les réformes de 2017 et 2020, un arsenal de

⁸⁰⁶ G. François, « L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction », *BJT* 2021, n° 5, p. 42.

⁸⁰⁷ Le dispositif n'a pour l'instant vocation à s'appliquer qu'aux accords collectifs et documents unilatéraux transmis à l'administration jusqu'au 30 juin 2022 (Art. 53, IX, loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne).

⁸⁰⁸ A ce titre l'activité réduite pour le maintien en emploi est traitée dès ce chapitre puisque, conformément à l'analyse du Professeur Géa, l'activité réduite pour le maintien en emploi « opère une rupture par rapport aux mécanismes antérieurs d'activité partielle » car « dans la conception que campe la loi du 17 juin 2020, l'employeur ne peut recourir au dispositif d'activité réduite pour le maintien en emploi que s'il y est habilité par un accord collectif » (F. Géa, « L'activité réduite pour le maintien en emploi - Loi n° 2020-734 du 17 juin 2020, art. 53 », *RDT* 2020, p.471).

⁸⁰⁹ V. § 453 et s. pour une étude plus détaillée.

⁸¹⁰ F. Géa, « L'activité réduite pour le maintien en emploi - Loi n° 2020-734 du 17 juin 2020, art. 53 », *RDT* 2020, p.471.

mécanismes pour faire prévaloir le produit de leur négociation sur le contrat de travail des salariés concernés. Cependant, cet éparpillement et la complexité des différents régimes applicables ont été critiqués (A). A l'occasion des ordonnances de septembre 2017, le législateur a fait le choix de retenir un régime unifié et simplifié de prévalence de la norme collective sur la norme individuelle, qui pose la question de son articulation avec l'activité réduite pour le maintien en emploi (B).

A : Recherche par le législateur d'un mécanisme de prévalence unifié

295. **De l'emploi à la compétitivité.** L'importance prise par la thématique de l'emploi au sein du discours politique a eu des répercussions au niveau juridique. Ainsi, le droit du travail a pu être présenté comme un outil (ou plus récemment comme un obstacle) pour baisser le taux de chômage en France. Cette dynamique s'est notamment traduite dans le domaine de la négociation collective avec la mise en place d'accords aux régimes spécifiques qui devaient inciter les employeurs à prendre des engagements sur l'emploi. Progressivement il a cependant été possible d'observer une bascule vers un enjeu moins focalisé sur les engagements pour l'emploi mais plutôt pour la compétitivité de l'entreprise⁸¹¹, laissant une plus grande marge de manœuvre aux employeurs (1). Pour mettre en œuvre ces objectifs, le législateur s'est efforcé de mettre en place des régimes de prévalence de la convention collective sur l'accord individuel de travail (2).

1 : L'enjeu de la compétitivité : la mise en avant de l'intérêt collectif ?

296. **Contrats de solidarité.** Le Professeur Lyon-Caen, à la fin du XX^{ème} siècle soulignait la place grandissante au sein de la mécanique de la négociation collective du thème de l'emploi⁸¹². En effet, du fait des crises économiques qui ont entraîné la croissance du chômage au sein de la population française, l'idée d'une protection de l'emploi des salariés par la voie négociée a vu le jour. Le législateur a donc mis en place des régimes favorables

⁸¹¹ Pour l'accord de performance collective Gwennaél François souligne ainsi « l'hypocrisie » de la dénomination de ces accords quand le « but recherché par les employeurs qui s'engagent dans la conclusion de tels accords, à savoir la recherche d'un gain de productivité, d'une meilleure performance ou compétitivité » (« L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction », *BJT* 2021, n° 5, p. 42).

⁸¹² A. Lyon-Caen, « L'emploi comme objet de la négociation collective », *Dr. soc.* 1998, p.316.

à une telle négociation. Dès 1980, le législateur a permis la négociation de contrats de solidarité, contrats qui incluaient des engagements de l'employeur concernant l'emploi. Les ordonnances de janvier 1982 incitaient ainsi à une réduction de la durée du travail au sein de l'entreprise en échange d'une réduction des cotisations de sécurité sociale⁸¹³. Cette réduction était directement liée à l'augmentation du nombre d'embauches : pour une baisse entre deux et trois heures du temps de travail par semaine chaque embauche ouvrait droit la première année à une réduction de 75% des cotisations et en cas de baisse d'au moins trois heures de travail, à une réduction de 100% pour la première année⁸¹⁴. En outre, dès la fin de l'année 1982 le gouvernement était intervenu par décret pour que les entreprises qui s'engageaient à maintenir l'emploi puissent également bénéficier du dispositif⁸¹⁵.

297. **La question de l'emploi.** Les engagements sur l'emploi sont surtout devenus un élément clé de la négociation collective avec la mise en œuvre du volet défensif de la loi n°96-502 du 11 juin 1996 tendant à favoriser l'emploi par l'aménagement et la réduction conventionnels du temps de travail. Ce texte était d'ailleurs présenté publiquement comme un outil de lutte contre le chômage⁸¹⁶. Était permise la négociation d'accords collectifs mettant en place une réduction collective de l'horaire de salariés de l'entreprise contre certaines compensations. Au titre de ces compensations figurait notamment l'obligation de préciser dans l'accord le nombre de licenciements évités et le nombre d'emplois maintenus. En réalité les engagements de l'employeur en matière de maintien de l'emploi constituaient, dans l'esprit du législateur, le cœur du dispositif : cela est notamment visible par le fait que ce sont bien des engagements de maintien de l'emploi dont dépendaient les allègements de cotisations sociales. Comme le soulignait la Professeure Favennec-Héry, cette loi constituait une « ébauche de régulation collective [du] phénomène » de distorsion du marché de l'emploi⁸¹⁷. Même mécanisme pour la loi Aubry II⁸¹⁸ : « les entreprises qui appliquent un accord collectif fixant la durée collective du travail au plus soit à trente-cinq

⁸¹³ Ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés et ordonnance n°82-109 du 30 janvier 1982 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail en agriculture.

⁸¹⁴ Ph. Barbézieux, « Le bilan des contrats de solidarité "réduction de la durée du travail" conclus en 1982, *Travail et Emploi*, n°17, 07/1983.

⁸¹⁵ Décret n°82-1055 du 16 décembre 1982 instituant une aide à la réduction concertée de la durée du travail en vue de l'amélioration de l'emploi.

⁸¹⁶ F. Guiomard, « Temps de travail et emploi, un objet conventionnel problématique », *Dr. soc.* 1997, p.1052.

⁸¹⁷ F. Favennec-Héry, « Loi Robien : création d'emplois, alternative au licenciement ou opportunité ? », *Dr. soc.* 1996, p. 999.

⁸¹⁸ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, art. 19.

heures hebdomadaires, soit à 1 600 heures sur l'année et s'engagent dans ce cadre à créer ou à préserver des emplois bénéficient d'un allègement de cotisations sociales ».

298. **La compétitivité des entreprises.** Si le thème de l'emploi reste très visible au sein du domaine de la négociation collective, aujourd'hui il semble pourtant plus juste de parler d'un enjeu de compétitivité. L'emploi repasse au second plan, il n'est qu'une des compensations exigées des entreprises à la plus grande flexibilité organisationnelle qui leur est permise. L'emploi n'est plus un objectif en soi mais plutôt considéré comme une contrepartie dans le cadre d'accords dits « donnant-donnant ». La négociation nationale interprofessionnelle a été symptomatique de ce changement progressif de perspective : elle porte en 2012 sur les accords de compétitivité-emploi pour finalement voir son résultat intitulé « Accord national interprofessionnel sur la compétitivité et la sécurisation de l'emploi ». Même son de cloche à la lecture du rapport Combexelle : « La conviction sur laquelle repose le présent rapport est que la négociation collective est un instrument sans pareil pour concilier les exigences de l'économie, dont dépendent l'emploi et les impératifs du progrès social »⁸¹⁹. A la suite de la publication de ce rapport, la mise en place d'accords « offensifs » par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016⁸²⁰ confirme ce souhait du législateur de permettre en priorité aux entreprises de répondre aux exigences de compétitivité par rapport à l'incitation à prendre des engagements sur l'emploi, que ce soit sous la forme d'une limitation du pouvoir de licencier ou sous la forme d'un maintien en volume des emplois. Ce type d'accord permet en effet en amont de toute difficulté, donc en principe en amont de l'apparition du sujet « emploi », de permettre une plus grande souplesse organisationnelle.

299. **Ecarter les intérêts individuels.** En parallèle de cette mise en avant de la compétitivité comme objet de la négociation collective il est possible d'observer des tentatives de renforcer les mécanismes de prévalence de l'accord collectif sur le contrat de travail. Sous l'angle de la compétitivité le facteur clé est celui de la flexibilité, et notamment celle de la main d'œuvre. Dans cette optique le contrat de travail du salarié ne peut représenter qu'un obstacle en raison de la rigidité de sa procédure de modification. Pour tout ce qui relève de son périmètre l'employeur devrait en principe obtenir l'accord individuel de chacun de ses

⁸¹⁹ Rapport sur la négociation collective, le travail et l'emploi, 2015, p. 111

⁸²⁰ V. note n° 779.

salariés avant de pouvoir mettre en œuvre sa décision. La question de l'articulation des accords en faveur de l'emploi avec le contrat de travail du salarié a pu être posée par la doctrine⁸²¹, qui a souligné que si devait s'appliquer le compromis détaillé à l'actuel article L. 2254-1 du Code du travail, les engagements en matière d'emploi devraient jouer un rôle non négligeable dans l'analyse comparative retenue. Le Professeur Antonmattei soulignait qu'« au nom d'une solidarité qu'expriment ces accords créateurs d'emploi [leur contenu] devrait primer sur les intérêts individuels »⁸²². En 1998, le Professeur Ray s'interrogeait lui si pour les « accords [...] véritablement donnant-donnant [...], ne faudrait-il pas permettre à l'accord sur l'emploi de remodeler les contrats individuels ? »⁸²³. Le législateur s'est attaché à proposer une telle prévalence de la norme négociée à un niveau collectif dès la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012⁸²⁴.

2 : Les anciens régimes de prévalence retenus

300. **Accords de modulation.** Avec la loi de 2012⁸²⁵ le législateur a introduit une possibilité de contournement du régime de la modification du contrat de travail, et donc de la force obligatoire du contrat de travail, grâce à la mise en place des accords de modulation. Alors que la Cour de cassation jugeait jusqu'à présent que « l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié »⁸²⁶, le législateur a retenu une solution différente : « la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail »⁸²⁷. Cette mise à l'écart de la force obligatoire du contrat de travail en présence d'un accord de

⁸²¹ Pour la loi Robien : G. Bélier, « Quelques questions autour de la loi Robien », *Dr. soc.* 1996, p. 1008 ; F. Guiomard, « Temps de travail et emploi, un objet conventionnel problématique (loi du 11 juin 1966 dite Robien) », *Dr. soc.* 1998, p. 1052. Pour la loi Aubry : P.-H. Antonmattei, « « L'incidence des accords "Aubry" sur les contrats individuels de travail, *Petites affiches* 1998, n°105, p. 33.

⁸²² P.-H. Antonmattei, « « L'incidence des accords "Aubry" sur les contrats individuels de travail, *Petites affiches* 1998, n°105, p. 33.

⁸²³ J.-E. Ray, « Du collectif à l'individuel. Les oppositions possibles », *Dr. soc.* 1998, p. 347.

⁸²⁴ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

⁸²⁵ *Ibid.*

⁸²⁶ Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 08-43.161 : *D.* 2011, p. 219, obs. C. Dechristé, note S. Frossard ; *ibid.* p. 1246, obs. G. Borenfreund, E. Dockès, O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, T. Pasquier, I. Odoul Asorey et M. Sweeney ; *Dr. soc.* 2011, p. 151, note J. Barthélémy ; *RDT* 2010, p. 725, obs. F. Canut ; *JCP S* 2010, 1466, note M. Morand.

⁸²⁷ C. trav. art. L. 3122-6 anc.

modulation s'oppose au principe consensuel en plein cœur d'un domaine pourtant jugé contractuel par la Cour de cassation. En cas de refus du salarié d'accepter la nouvelle modulation de son temps de travail, il s'expose à une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement. En effet, faute de pouvoir se prévaloir d'une modification de son contrat de travail, le salarié se retrouve dans une situation où l'unilatéralisme de l'employeur peut s'exprimer dans les limites de ce qu'autorise l'accord. Son refus de la modification pouvait notamment être traité sur le terrain disciplinaire. Cette solution législative a pu être critiquée par la doctrine en raison de son caractère inapproprié⁸²⁸. La norme conventionnelle vient en quelque sorte « chasser » la norme contractuelle sur le périmètre de la modulation du temps de travail.

301. **Le thermomètre de la négociation.** A la suite de cette première initiative de contournement de la force obligatoire du contrat de travail, la loi n°2013-594 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a mis en place de nouveaux types d'accords qui avaient pour objectif de « favoriser l'anticipation négociée des mutations économiques, [...] développer les compétences, maintenir l'emploi et encadrer les licenciements économiques »⁸²⁹. Pour atteindre cet objectif le législateur a porté la création de nouveaux régimes juridiques propres à certains accords collectifs pour qu'ils puissent « primer sur le contrat de travail »⁸³⁰. Une gestion négociée dans l'entreprise de l'organisation du travail en deux volets était mise en avant : d'une part la négociation « à froid »⁸³¹ avec les accords de mobilité interne et d'autre part la négociation « à chaud »⁸³² avec les accords de maintien de l'emploi.
302. **Mobilité interne.** Concernant l'accord de mobilité interne, l'idée était de permettre aux partenaires sociaux de l'entreprise de négocier en amont de toute difficulté⁸³³ sur le thème de la mobilité professionnelle et géographique des salariés dans le cadre de l'entreprise.

⁸²⁸ P.-H. Antonmattei, « Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère ! », *Dr. soc.* 2012, p.672 : l'auteur considère que le refus du salarié n'avait pas nécessairement à être traité sur le terrain disciplinaire, ni qu'une solution limitée aux accords de modulation soit suffisante.

⁸²⁹ Exposé des motifs du projet de loi relative à la sécurisation de l'emploi.

⁸³⁰ P.-H. Antonmattei, « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », *Dr.soc.* 2013, p.794.

⁸³¹ C'est-à-dire en dehors de tout projet de licenciement selon l'exposé des motifs du projet de loi.

⁸³² C'est-à-dire lorsque l'entreprise se trouve dans une conjoncture difficile selon l'exposé des motifs du projet de loi.

⁸³³ C. trav. art. L. 2242-21 anc. : « [...] dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs ».

Outre une liste de garde-fous⁸³⁴, l'accord négocié ne pouvait « avoir pour effet d'entraîner une diminution du niveau de la rémunération ou de la classification personnelle du salarié et d[evai]t garantir le maintien ou l'amélioration de sa qualification professionnelle »⁸³⁵. La correction proposée du contrat de travail était ainsi limitée dans ses effets. En revanche, l'accord permettait bien de contourner la force obligatoire du contrat de travail car en cas de refus du salarié le licenciement reposait désormais sur un motif économique *sui generis* et suivait la procédure du licenciement prévue aux articles L. 1233-8 et suivants du Code du travail. Comme l'a souligné le Professeur Antonmattei⁸³⁶, un tel régime prévu était intéressant pour les entreprises soucieuses de mettre en œuvre des projets de mobilité. L'accord avait bien vocation à être négocié « à froid ». Dès lors, la validité du motif économique de la modification du contrat de travail semble difficile à caractériser en présence « de simples mesures de réorganisation sans réduction des effectifs ». L'alternative constituée par la mise en œuvre d'une clause de mobilité, supposait que les parties aient été assez prévoyantes pour insérer cette clause au sein du contrat. De plus, sa mise en œuvre pouvait être incertaine pour l'employeur désireux de mettre en œuvre une politique de mobilité efficace car contrebalancée par la notion de vie personnelle du salarié⁸³⁷.

303. **Maintien de l'emploi.** Au contraire, les accords de maintien de l'emploi étaient eux prévus pour les cas de « graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise »⁸³⁸. Ce type d'accord, en échange d'un engagement de maintien des emplois⁸³⁹ pendant la durée de validité de l'accord⁸⁴⁰, pouvait aménager la durée du travail, l'organisation et la répartition du travail et la rémunération des salariés. La mise à l'écart de la norme contractuelle par la norme conventionnelle était donc plus évidente dans ce type d'accord. Tout n'était cependant pas aménageable : ce qui relevait de l'ordre public comme par exemple en matière de temps de travail la durée légale du travail ou les durées maximales

⁸³⁴ Liste non exhaustive incluant : limites de la mobilité lorsqu'elle se déroule hors de la zone géographique d'emploi du salarié, mesures pour concilier la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés ainsi que les mesures pour prendre en compte les contraintes liées au handicap et à la santé en général et enfin mesure d'accompagnement à la mobilité (actions de formation, aides à la mobilité géographique...).

⁸³⁵ C. trav. art. L. 2242-22 anc.

⁸³⁶ P.-H. Antonmattei, « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », *Dr. soc.* 2013, p.794.

⁸³⁷ V. § n° 92 et s.

⁸³⁸ C. trav. art. L. 5125-1 anc.

⁸³⁹ L'employeur ne peut procéder à aucune rupture d'un contrat de travail fondée sur un motif économique.

⁸⁴⁰ Durée maximale de deux ans.

de travail était protégé. Par ailleurs, en matière de salaire la loi prévoyait un seuil de 120% du salaire minimum interprofessionnel de croissance : l'accord ne pouvait avoir pour effet de diminuer la rémunération des salariés en dessous de ce seuil et ne pouvait diminuer la rémunération des salariés qui étaient déjà au niveau ou en dessous de ce seuil. Il s'agissait d'accords « donnant – donnant » comme le souligne la Professeure Favennec-Héry : les dérogations à la loi que l'accord pouvait imposer aux salariés (temps de travail, rémunération...) étaient contrebalancées par les engagements en matière d'emploi que l'employeur était tenu de prendre⁸⁴¹.

304. **Préservation et développement de l'emploi.** Les accords de préservation et de développement de l'emploi ont été introduits par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, le législateur ayant souhaité offrir la possibilité aux partenaires sociaux de négocier des accords dits « offensifs » sur l'emploi⁸⁴². Ces accords constituaient donc le pendant des accords de maintien de l'emploi qui œuvraient sur le volet défensif. Ils représentaient cependant plus que cela dans la mesure où leur régime franchissait une étape supplémentaire dans la souplesse d'organisation de son entreprise offerte à l'employeur. Contrairement aux accords de maintien de l'emploi pour lesquels l'employeur doit prendre des engagements sur ce thème justement, l'accord de préservation et de développement de l'emploi peut se contenter de prévoir des objectifs. La terminologie n'est pas innocente : le terme « engagement » suppose un dispositif plus contraignant que de simples objectifs. Alors que dans le cadre de l'accord de maintien de l'emploi une clause pénale est prévue, ainsi que la possibilité de suspendre l'accord en cas de non-respect par l'employeur de ses engagements, l'accord de préservation et de développement de l'emploi n'implique qu'un bilan annuel concernant l'application de l'accord. En outre, en accord avec le rapport Combrexelle de 2015 qui envisageait la primauté d'un accord collectif sur le contrat de travail sous réserve d'être conclu en vue de protéger, maintenir, préserver ou développer l'emploi, la naissance des accords de préservation et de développement de l'emploi offrent une prévalence encore jamais connue à la norme collective sur la norme individuelle. Selon la formulation de l'ancien article L. 2254-2 du Code du travail les « stipulations se

⁸⁴¹ F. Favennec-Héry, « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S* 2014, 1186.

⁸⁴² L'accord peut s'inscrire dans la logique d'une démarche anticipatrice sur les modifications à venir pour l'activité de l'entreprise : son caractère offensif se caractérise cette fois par le fait que l'accord peut être négocié en dehors de toute difficulté d'ordre économique. L'objectif offensif de l'accord est d'autant plus clair que la formulation « préservation ou développement de l'emploi » peut recouvrir un grand nombre de situations.

substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail ». La formulation retenue semble indiquer une véritable modification de la norme contractuelle par la norme conventionnelle⁸⁴³, favorisant ainsi la correction du contrat de travail par l'accord collectif.

305. **Echec.** En pratique cependant, malgré le possible contournement de la force du contrat de travail, les différents dispositifs légaux précités ont été peu utilisés par les partenaires sociaux. En particulier, très peu d'accords de maintien de l'emploi ont été conclus pendant la durée de vie du régime légal. D'après un bilan sur les effets de la loi de sécurisation de l'emploi seuls dix accords de maintien de l'emploi avaient été signés au 15 mars 2015⁸⁴⁴ tandis que rien que pour l'année 2013, neuf cent cinquante plans de sauvegarde de l'emploi ont été élaborés dont une proportion d'environ 75% par la voie négociée⁸⁴⁵. En parallèle certaines entreprises ont préféré s'écarter du dispositif légal pour conclure leur propre accord « sur le nouveau contrat social »⁸⁴⁶, « pour une nouvelle dynamique de croissance et de développement social »⁸⁴⁷ ou dénommé « pacte social pour la compétitivité »⁸⁴⁸. Alors que le cadre légal offre *a priori* plus de flexibilité pour modifier les éléments du contrat de travail, le choix de ces entreprises peut paraître étonnant. Il faut reconnaître qu'au sein des entreprises concernées, les partenaires sociaux ont convenu d'atteintes au socle contractuel assez conséquentes : augmentation de la durée de travail et gel des rémunérations pour l'un⁸⁴⁹, modération des salaires⁸⁵⁰ pour l'autre par exemple. Le succès de telles négociations dépendait cependant de sa réception par la jurisprudence, qui a accepté d'offrir à ces accords pourtant conclus hors du cadre légal, le bénéfice d'une primauté⁸⁵¹. Pour justifier le recours au droit commun de la négociation collective plutôt qu'aux régimes offerts par le Code du travail, les partenaires sociaux ont pu invoquer

⁸⁴³ V. § n° 315 et s. pour une étude de cet effet substitutif.

⁸⁴⁴ Recensement opéré par les services du ministère du travail, révélé à l'occasion du bilan de la loi relative à la sécurisation de l'emploi établi le 3 avr. 2015.

⁸⁴⁵ F. Favennec-Héry, « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S* 2014, 1186.

⁸⁴⁶ Accord sur le nouveau contrat social chez PSA Peugeot Citroën, oct. 2013.

⁸⁴⁷ Contrat pour une nouvelle dynamique de croissance et de développement social de Renault en France, 13 mars 2013.

⁸⁴⁸ Pacte social pour la compétitivité, 31 janvier 2014, STX France.

⁸⁴⁹ Contrat pour une nouvelle dynamique de croissance et de développement social de Renault en France, 13 mars 2013.

⁸⁵⁰ Accord sur le nouveau contrat social chez PSA Peugeot Citroën, oct. 2013.

⁸⁵¹ Cass. soc., 19 févr. 1997, n° 94-45.286 : *D.* 1997, p. 75 ; *Dr. soc.* 1997, p. 432, obs. G. Couturier ; Cass. soc., 3 mars 1999 : *Dr. soc.* 1999, p. 1101, obs. Ph. Waquet et Cass. soc., 8 janvier 2020, n°18-17.708.

plusieurs raisons⁸⁵². D'abord le risque de non signature de l'accord en raison de l'exigence majoritaire qui n'était pas encore étendue. Ensuite, le cadre trop rigide proposé par le législateur, notamment concernant les accords de maintien de l'emploi.

306. **Unification.** A la suite de nombreuses tentatives de définir un régime de prévalence de l'accord collectif sur le contrat de travail individuel dans un objectif de garantir la compétitivité des entreprises françaises, le législateur a finalement fait le choix de l'unité. A succédé aux différents régimes mis en place un régime unifié, au « cadre harmonisé et peu contraignant »⁸⁵³, sous la dénomination d'accord de performance collective.

B : Contrastes des négociations pour la « performance collective » et pour « le maintien en emploi »

307. **Un régime de synthèse.** L'accord de performance collective constitue une synthèse de quatre précédents régimes : l'accord de réduction du temps de travail, l'accord de maintien de l'emploi, l'accord de mobilité interne, et l'accord de préservation ou de développement de l'emploi. Cette unification s'est également accompagnée d'une véritable simplification tant du contenu de l'accord que de sa négociation (1). A l'inverse le dispositif d'activité réduite pour le maintien en emploi repose sur un régime plus exigeant. Même si ce mécanisme n'a qu'une vocation temporaire, son éventuel chevauchement avec le domaine de l'accord de performance collective souligne les lacunes de ce dernier (2).

1 : La souplesse du régime de l'accord de performance collective

308. **Aboutissement.** Les difficultés rencontrées par les dispositifs précédemment mis en place ont poussé le législateur à intervenir une nouvelle fois avec la création d'un régime unifié sous la dénomination d'accord de « performance collective »⁸⁵⁴. Le régime de l'accord

⁸⁵² E. Filippetto, « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi - Article 11, Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actif-ve-s », *RDT* 2016, p. 415.

⁸⁵³ K. Pagani, Y. Pagnerre, *Le vademecum des ordonnances « Macron »*, 2018, Gualino, p. 234.

⁸⁵⁴ Intitulé retenu depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

constitue une synthèse des possibilités déjà prévues en matière d'accords de maintien de l'emploi, d'accords de mobilité interne, et d'accords de préservation et de développement de l'emploi tout en ayant un champ d'application plus étendu. Le nouveau régime mis en place offre en particulier aux partenaires sociaux de l'entreprise la possibilité de modifier la rémunération des salariés. Les seules limites qui sont imposées par la loi concernent le respect du montant des salaires minima hiérarchiques. En matière de mobilité, l'accord peut « déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise ». Le temps de travail peut également être aménagé dans le respect des dispositions d'ordre public. À la suite de la loi de ratification de l'ordonnance, il est même permis de prévoir la mise en place ou la modification d'un régime de forfait annuel en jours. Il est alors nécessaire de distinguer le rôle que joue l'accord de performance collective en cas de mise en place de celui qu'il joue en cas de modification. Ainsi, dans le cas de la mise en place la loi renvoie à l'application de l'ensemble des dispositions légales sur les forfaits annuels. L'obligation légale de signer une convention individuelle avec chaque salarié concerné est donc maintenue⁸⁵⁵. En revanche, en cas de simple modification d'un régime déjà en vigueur dans l'entreprise, l'employeur sera dispensé de la signature d'un avenant à la convention individuelle déjà signée. L'acceptation du salarié à l'accord de performance collective entraîne alors « de plein droit l'application des stipulations de l'accord relatives au dispositif de forfait annuel »⁸⁵⁶.

309. **Souplesse des contreparties.** Concernant les contreparties aux efforts demandés aux salariés, là encore l'accord de performance collective constitue la synthèse « améliorée » (dans un objectif d'une plus grande compétitivité) de ses prédécesseurs. Ainsi, l'accord ne doit définir que des « objectifs » comme pour les accords de préservation et de développement de l'emploi. En revanche le nouvel article L. 2254-2 du Code du travail n'exige plus un certain nombre de garanties pour les salariés : il ne fait que lister des facultés ouvertes aux partenaires sociaux là où les dispositions relatives aux accords de développement et de maintien de l'emploi imposaient un contenu obligatoire. Ces derniers ont la possibilité de préciser les modalités d'information des salariés sur l'application et le suivi de l'accord, le cas échéant l'examen de la situation des salariés à la fin de l'accord,

⁸⁵⁵ C. trav. art. L. 3121-55.

⁸⁵⁶ C. trav. art. L. 2254-2, II.

les conditions dans lesquelles les dirigeants salariés et autres mandataires sociaux et actionnaires peuvent fournir des efforts proportionnés à ceux des salariés, les modalités de conciliation de la vie professionnelle et personnelle et familiale, les modalités d'accompagnement des salariés, l'abondement du compte personnel de formation au-delà du montant minimal prévu pour les salariés licenciés à la suite de leur refus de se voir appliquer l'accord.

310. **Souplesse de négociation.** Au final l'accord de performance collective semble donc bien répondre au souhait du législateur d'introduire un régime très flexible de modification des contrats de travail des salariés⁸⁵⁷. Par ailleurs, l'exigence majoritaire qui était originellement attachée à la négociation des accords de compétitivité antérieurs et semblait finalement la seule caractéristique de ce régime reflétant la prise en compte par le législateur de la portée potentielle de ce type d'accord sur les salariés a perdu de sa portée depuis la mise en œuvre des nouvelles modalités de négociation collective. En effet, cette exigence majoritaire semblait initialement sous-entendre que la négociation de ce type d'accord ne serait possible que dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux. Certains auteurs avaient même regretté qu'une telle négociation ne soit pas accessible aux petites et moyennes entreprises⁸⁵⁸. Le Conseil constitutionnel dans sa décision concernant la loi de ratification des ordonnances de 2017, semblait retenir cette exigence majoritaire comme un élément essentiel pour contrer les accusations relative aux atteintes par les accords de performance collective à la liberté contractuelle et au droit à l'emploi, en retenant qu'« en vertu de l'article L. 2232-12 du code du travail, l'accord, pour être adopté, doit soit être signé par des organisations syndicales représentatives majoritaires, soit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés s'il n'a été signé que par des organisations syndicales représentatives minoritaires ayant recueilli plus de 30% des voix au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité social et économique »⁸⁵⁹. Le Professeur Pagnerre souligne que cette interprétation de la loi comme retenant une impossibilité de conclure des accords de performance collective en l'absence

⁸⁵⁷ V. not. G. François, « L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction », *BJT* 2021, n° 5, p. 42 et G. Duchange, « Accord de performance collective : conséquences sur le contrat de travail », *BJT* 2021, n° 5, p. 61.

⁸⁵⁸ V. not. B. Gauriau, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (À propos de l'article L. 2254-2 du code du travail) », *Dr. soc.* 2018, p.504.

⁸⁵⁹ Cons. const., décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, n°27.

de délégué syndical serait particulièrement « restrictive » et même « *contra legem* »⁸⁶⁰. La pratique a logiquement tranché en faveur de l'analyse moins restrictive concernant les conditions de mise en œuvre de ces accords. En effet, la taille de l'entreprise et la présence ou non de délégués syndicaux n'ont pas empêché les partenaires sociaux dans les entreprises de se saisir du régime des accords de performance collective⁸⁶¹.

2 : Les exigences supérieures de l'activité réduite pour le maintien en emploi

311. **Succès.** En juin 2020, le rapport intermédiaire du comité d'évaluation des ordonnances dénombre trois cent soixante et onze accords de performance collective signés au sein des entreprises françaises⁸⁶². Il s'agit donc d'un véritable succès quantitatif pour le nouveau régime promu par les ordonnances de septembre 2017. Par comparaison, seuls dix accords de maintien de l'emploi avaient été signés au 15 mars 2015⁸⁶³, soit presque deux ans après l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi. Par ailleurs ces accords sont conclus dans des entreprises relevant de secteurs et de tailles variés⁸⁶⁴. Les modes de négociation de ces accords sont logiquement également variés. Ainsi le rapport indique que sur l'échantillon de trois cent soixante-dix accords, environ 58,4 % des accords ont été négociés par des délégués syndicaux, dont 64 % de ces accords qui sont signés à l'unanimité en présence d'une pluralité d'organisations syndicales, environ 33 % ont été conclus par négociation avec le CSE et environ 8,7 % par référendum dans les très petites entreprises⁸⁶⁵.
312. **Similitudes entre les régimes.** Le succès de tels accords n'a pas été démenti par l'arrivée de la crise économique⁸⁶⁶. Cependant, se pose la question de leur éventuelle concurrence

⁸⁶⁰ Y. Pagnerre, « Les accords de performance collective », *Dr. soc.* 2018, p. 694.

⁸⁶¹ V. § suivant.

⁸⁶² France Stratégie, *Rapport intermédiaire du comité d'évaluation - Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail*, juill. 2020, p. 73.

⁸⁶³ Recensement opéré par les services du ministère du travail, révélé à l'occasion du bilan de la loi relative à la sécurisation de l'emploi établi le 3 avr. 2015.

⁸⁶⁴ France Stratégie, *Rapport intermédiaire du comité d'évaluation - Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail*, juill. 2020, p. 73 et 74. Les secteurs de bureaux d'études, de la plasturgie et de la métallurgie sont les plus actifs et les petites et moyennes entreprises concentrent la majorité des accords de performance collective.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, p. 75.

⁸⁶⁶ Même si les entreprises préfèrent recourir au licenciement économique, le nombre d'accords de performance collective « pourrait croître dans les prochains mois, un certain nombre [d'entreprises] ayant engagé des négociations ou s'appêtant à le faire à la rentrée de septembre » (P. Lokiec, « L'accord de performance

avec un autre mécanisme de correction contractuelle : l'activité réduite pour le maintien en emploi. Son objectif est en effet d'« assurer le maintien dans l'emploi dans les entreprises confrontées à une réduction d'activité durable qui n'est pas de nature à compromettre leur pérennité »⁸⁶⁷, formule plus précise mais similaire à l'objectif des accords de performance collective. Selon le Professeur Lokiec, la formulation « peut couvrir tout autant les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise que la sauvegarde de l'emploi »⁸⁶⁸. Les deux mécanismes ont d'ailleurs été présentés conjointement comme « bouclier anti-licenciement »⁸⁶⁹. Le dispositif offre, tout comme l'accord de performance collective, la possibilité de moduler dans certaines limites la durée du travail et la rémunération des salariés. Il est cependant cantonné à ces deux éléments du socle contractuel : cette capacité correctrice du contrat associée au versement d'une indemnité étatique a d'ailleurs conduit à son rapprochement avec l'activité partielle, reprenant la dénomination de l'ancien dispositif « d'activité partielle de longue durée »⁸⁷⁰. Surtout, les deux dispositifs ne permettent ce contournement de l'intangibilité contractuelle que sous réserve de recourir à la voie de la négociation collective⁸⁷¹.

313. **Mécanisme centré sur le maintien des emplois.** En revanche, l'activité réduite pour le maintien en emploi prévoit un système de contreparties bien plus élaboré que l'accord de performance collective. Le cœur du dispositif repose en effet sur les engagements pour l'emploi : ils représentent la véritable finalité de la mise en œuvre de la correction contractuelle. Le mécanisme prévoit un régime qui vise à l'effectivité avec une obligation

collective ou le champ infini des possibles », *SSL* 2020, n° 1918). Les services du Ministère du Travail ont d'ailleurs publié un questions/réponses à la fin du mois de juillet 2020 sur cette thématique (Ministère du Travail, *Questions-Réponses L'accord de performance collective*, 23 juill. 2020).

⁸⁶⁷ Loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, art. 53, I.

⁸⁶⁸ P. Lokiec, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *SSL* 2020, n° 1918, p. 3.

⁸⁶⁹ Discours de E. Borne devant les membres de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, 8 sept. 2020.

⁸⁷⁰ V. not. le dossier Epidémie de Covid-19, « L'activité partielle de longue durée, c'est parti ! » *FRS* 16/20, p. 7, spéc. n° 1.

⁸⁷¹ Concernant l'activité réduite la négociation ne se déroule pas nécessairement au niveau de l'établissement, de l'entreprise ou du groupe, puisque les branches peuvent se saisir de la question et définir un cadre général (l'accord doit alors définir « la durée d'application de l'accord, les activités et les salariés concernés par l'activité partielle spécifique, les réductions de l'horaire de travail pouvant donner lieu à indemnisation à ce titre et les engagements spécifiquement souscrits en contrepartie, notamment pour le maintien de l'emploi » - loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, art. 53, I) à une mise en œuvre unilatérale par l'employeur (après consultation du comité social et économique s'il existe dans l'entreprise).

de définition des engagements, leur contrôle et l'éventuelle sanction en cas de non-respect. L'accord, de branche ou d'entreprise, doit en effet prévoir des « engagements en matière d'emploi et de formation professionnelle »⁸⁷². En principe les engagements portent sur l'ensemble des emplois de l'établissement ou de l'entreprise concernée⁸⁷³. De plus, en présence d'un accord de branche, une individualisation de ces engagements est attendue au niveau de l'entreprise⁸⁷⁴. Il est par ailleurs instauré un suivi de ces engagements : l'employeur doit adresser un bilan sur le respect des engagements à l'administration, « accompagné d'un diagnostic actualisé de la situation économique et des perspectives d'activité de l'établissement, de l'entreprise ou du groupe » et, éventuellement, du procès-verbal de la dernière réunion du comité social et économique a été informé sur la mise en œuvre de l'activité partielle spécifique⁸⁷⁵. Enfin, le non-respect des engagements pris peut mener à une sanction⁸⁷⁶. Au contraire des accords de performance collective, qui « donne[nt] naturellement l'impression que seuls les intérêts économiques de l'entreprise sont ici pris en compte »⁸⁷⁷, il est possible de considérer que le législateur, avec l'activité réduite pour le maintien en emploi, a fait le choix d'un régime entièrement articulé autour de l'objectif de maintien des emplois.

314. **Contournement possible.** Les régimes des accords de performance collective et, dans une moindre mesure puisque le dispositif n'a qu'une vocation temporaire, de l'activité réduite pour le maintien en emploi s'inscrivent donc dans un mouvement qui tend à faire de la négociation collective un outil de transition pour les entreprises. Malgré certaines similarités, des différences importantes de régime doivent être notées. En particulier, concernant l'accord de performance collective la souplesse qui lui est reconnue n'est pas contrebalancée par un régime de contreparties effectives. Il est alors possible de s'interroger sur la licéité de ce dernier mécanisme.

⁸⁷² Décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable, art. 1, I, 4°.

⁸⁷³ Sauf stipulation contraire de l'accord collectif d'établissement, d'entreprise ou de groupe validé par l'autorité administrative ou de l'accord collectif de branche étendu (décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable, art. 1, IV).

⁸⁷⁴ Décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable, art. 1, III.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, art. 2.

⁸⁷⁶ Remboursement des sommes perçues par l'employeur, sauf « s'il est incompatible avec la situation économique et financière de l'établissement, de l'entreprise ou du groupe » (*ibid.*).

⁸⁷⁷ G. François, « L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction », *BJT* 2021, n° 5, p. 42.

II : La prévalence dévoyée de la norme collective sur le contrat de travail

315. **Une substitution de plein droit.** La capacité de correction du nouveau régime de l'article L. 2254-2 du Code du travail face au contrat de travail individuel repose sur la substitution « de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail ». Le législateur a d'ailleurs pris soin de souligner que la substitution opère « y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise ». C'est ici que réside la véritable capacité correctrice de ce type d'accord collectif sur les contrats de travail individuels. En effet, outre la mise à l'écart du principe de faveur déjà observée dans les anciens régimes, l'accord de performance collective peut, dans certaines conditions, opérer une véritable incorporation de la norme collective au sein de la norme individuelle (A). L'activité réduite pour le maintien en emploi prévoit également une forme de correction contractuelle, même si elle n'a vocation qu'à rester temporaire. Par comparaison avec le régime de l'activité partielle de droit commun, son régime est explicitement tourné vers une suspension seulement partielle des obligations professionnelles en cause⁸⁷⁸, ce qui permet de l'intégrer dans le champ des mécanismes correcteurs du contrat de travail⁸⁷⁹. Notamment à l'aune de ce régime de prévalence de la norme collective sur la norme individuelle plus complet, il est possible de souligner les manquements de l'accord de performance collective (B).

A : La flexibilité du contrat de travail assurée par la substitution des normes

316. **Rejet du principe de combinaison classique de la norme collective et individuelle.**

Selon l'administration l'accord de performance collective se distingue « des autres accords

⁸⁷⁸ La réduction de l'horaire de travail ne peut être supérieure à 40 % de la durée légale sauf cas exceptionnels où elle peut éventuellement aller jusqu'à 50% (décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable, art. 4). Le taux horaire de l'allocation versée à l'employeur est lui égal pour chaque salarié placé dans le dispositif à « 60 % de la rémunération horaire brute » pour les accords ou documents transmis avant le 1^{er} octobre 2020 et à 56% pour ceux transmis après le 1^{er} octobre 2020 (décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable, art. 7). Quant au salarié il perçoit une indemnité égale à 70 % de sa rémunération brute servant d'assiette de l'indemnité de congés payés (décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable, art. 8).

⁸⁷⁹ V. § n° 453 et s.

collectifs par son impact sur le contrat de travail »⁸⁸⁰. L'article L. 2254-2 du Code du travail indique que « les stipulations de [l'accord de performance collective] se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise ». La technique employée pour faire prévaloir les stipulations conventionnelles sur les stipulations contractuelles est donc celle de la « substitution », ce qui éloigne l'accord de performance collective du schéma classique d'articulation entre accord collectif et contrat de travail (1). Une réelle correction du contrat de travail est permise par la norme collective, en l'absence de respect du principe de faveur associé à une application purement temporaire (2).

1 : La force du mécanisme de substitution

317. **Un critère de temporalité.** Le terme de substitution renvoie à l'idée de « remplacement d'une chose par une autre »⁸⁸¹. D'après la rédaction de l'article L. 2254-2 du Code du travail il s'agirait donc bien de remplacer la norme individuelle par la norme collective, sous réserve qu'elle lui soit « contraire [ou] incompatible ». C'est ce qui peut pousser à considérer qu'il s'agit d'un « instrument de destruction contractuelle »⁸⁸². Dans le schéma classique des rapports entre contrat de travail et convention collective, les auteurs font référence à « l'inopposabilité » de la norme individuelle⁸⁸³, parlent de norme conventionnelle qui « régit » la norme individuelle⁸⁸⁴, citent une norme individuelle « écartée, suspendue, neutralisée »⁸⁸⁵. L'idée de suspension, qui désigne une « mesure temporaire qui fait provisoirement obstacle à l'exercice d'une fonction ou d'un droit, à l'exécution d'une convention ou d'une décision, au déroulement d'une opération ou d'une instance »⁸⁸⁶, permet effectivement de caractériser la nature purement temporaire de l'application de la norme collective. A l'inverse, la notion de substitution ne renferme pas

⁸⁸⁰ Ministère du Travail, *Questions-réponses sur l'accord de performance collective*, question n° 1.

⁸⁸¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd. 2020, PUF, p. 987.

⁸⁸² M. Morand, « L'APC, un accord né sous X », *SSL* 2020, n°1933, p. 8.

⁸⁸³ Inopposabilité qui consiste « en une privation d'effets et, partant, une suspension de l'application de la clause contractuelle » : F. Géa et M.-F. Mazars, « Contrat de travail et normes collectives », *BICC*, 1^{er} oct. 2012.

⁸⁸⁴ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 34^e édition, 2020, n°1379, p. 1680.

⁸⁸⁵ P. Lokiec, *Droit du travail - Relations collectives*, t. II, 2011, PUF, n° 270.

⁸⁸⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd. 2020, PUF, p. 1008.

nécessairement cette nature temporaire. Dès lors, les accords de performance collective peuvent permettre une véritable incorporation au sein du contrat de travail ; ils autorisent à « revenir sur des éléments essentiels du contrat de travail de manière irrévocable »⁸⁸⁷, ils constituent « une hypothèse légale particulière permettant la modification du contrat de travail »⁸⁸⁸. Des auteurs ont souligné, qu'à la différence du régime classique d'articulation entre convention collective et accord collectif, la substitution opère « un remplacement, mais d'une façon qui se veut durable, et non simplement provisoire »⁸⁸⁹ et que « l'objet principal de cet outil est de modifier le contrat de travail des salariés »⁸⁹⁰.

318. **Suspension puis substitution.** Cette notion de substitution des normes constitue en effet l'aboutissement de la réflexion législative engagée dès la mise en place des accords issus de la loi de sécurisation de l'emploi. La recherche d'une méthode forte de prévalence de l'accord collectif a été mise en œuvre avant la naissance des accords de performance collective mais la technique utilisée pour la correction du contrat de travail variait selon le type d'accord. Le législateur a tenté des atteintes de plus en plus osées à la force obligatoire du contrat de travail au fur et à mesure des réformes. L'accord de mobilité interne et l'accord de maintien de l'emploi répondaient à des objectifs différents mais la méthode utilisée pour faire prévaloir leurs stipulations sur celles du contrat était la même ; à savoir la suspension des clauses du contrat de travail contraires à l'accord⁸⁹¹. Ce n'est que par la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 que le législateur a innové et a introduit une correction *via* la méthode de la substitution pour les accords de préservation ou de développement de l'emploi. Ces accords répondaient par ailleurs à un nouvel objectif dit « offensif », par opposition aux accords de maintien de l'emploi qui eux ne pouvaient être actionnés que dans le cas où de graves difficultés économiques frappent déjà l'entreprise. Or, justement, c'est l'échec des accords défensifs de maintien de l'emploi ainsi que la proposition du rapport Combrexelle de faire primer les accords collectifs, qui visent à « protéger, [...]

⁸⁸⁷ Recours n° 2018-761 DC devant le Conseil constitutionnel sur les ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

⁸⁸⁸ G. François, « L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction », *BJT* 2021, n° 5, p. 42.

⁸⁸⁹ F. Canut, F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.* 2017, p. 47.

⁸⁹⁰ G. Duchange, « Accord de performance collective : conséquences sur le contrat de travail », *BJT* 2021, n° 5, p. 61.

⁸⁹¹ C. trav. art. L. 2242-23 anc. pour l'accord de mobilité interne et art. L. 5125-2 anc. pour l'accord de maintien de l'emploi.

maintenir, [...] préserver et [...] développer » l'emploi, sur le contrat de travail qui ont œuvré en faveur de la création de ce nouveau type d'accord.

319. **Temporalité des accords de performance collective.** La mécanique de la substitution, mise en œuvre dès les accords de préservation et de développement de l'emploi, paraît donc à l'époque inédite en ce qu'elle se rapproche d'une incorporation des clauses de l'accord collectif au contrat individuel. Autre évolution progressive qui œuvre en faveur d'une reconnaissance du véritable pouvoir correcteur attaché à la notion de substitution : la durée de conclusion des accords. Pour les accords de mobilité interne la loi ne prévoyait pas de durée spécifique. Cependant pour les entreprises soumises à l'obligation de négocier sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences la négociation de l'accord doit intervenir à intervalle régulier, tous les trois ans⁸⁹². Le plus logique pour ces entreprises semblait alors de conclure un accord à durée déterminée de trois ans ou, à tout le moins, de prévoir une clause de revoyure tous les trois ans⁸⁹³. Les accords de maintien de l'emploi devaient eux être conclus pour une durée de deux ans tandis que les accords de préservation ou de développement de l'emploi devaient être conclus pour une durée déterminée, même si aucune limite maximale n'était fixée par la loi. Désormais, les accords de performance collective peuvent être conclus pour une durée indéterminée. La substitution des clauses conventionnelles aux clauses contractuelles peut donc s'inscrire dans une logique de long terme. Il ne semble donc pas possible d'affirmer que « la substitution prévue a pour seul objet de faire échec, de manière temporaire, à l'application combinée de la force obligatoire du contrat de travail et du principe de faveur »⁸⁹⁴. D'autant plus que même pour les accords à durée déterminée une forme de correction contractuelle est envisageable. Comme le souligne le Professeur Lokiec, pour ces accords la question de la « réactivation ou non des clauses contractuelles une fois l'APC arrivé à terme » n'est pas tranchée⁸⁹⁵. Il est vrai que le gouvernement, dans ses observations à la suite de la saisine du Conseil constitutionnel, a indiqué que « la substitution en cause n'est pas irrévocable, les clauses du contrat de

⁸⁹² La sous-section intitulée « Mobilité interne » du Code du travail s'insérait en effet dans une section concernant la « Négociation triennale ».

⁸⁹³ S. Pélicier-Loevenbruck, G. Frèrejacques, « Comment rédiger et appliquer l'accord de mobilité interne ? », *Les Cahiers du DRH*, n° 210, 1^{er} juin 2014.

⁸⁹⁴ L. Aluome, « L'accord de performance collective et le consentement du salarié », *JCP S* 2019, 1138. Dans le même sens v. égal. M. Morand, « L'APC, un accord né sous X », *SSL* 2020, n°1933, p. 8 et J.-L. Borie, « Accord de performance collective et contrat de travail », *BJT* 2021, n° 5, p. 57.

⁸⁹⁵ P. Lokiec, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *SSL* 2020, n° 1918, p. 3.

travail n'étant que suspendues pendant la durée d'application, déterminée ou indéterminée selon les cas, de l'accord conclu sur le fondement des dispositions contestées »⁸⁹⁶. Cependant, la réalité de l'application d'un accord de performance collective sur le long terme permet de douter de cette analyse⁸⁹⁷. La Direction générale du travail elle-même a indiqué que dans le cas des accords conclus pour une durée indéterminée, les clauses du contrat de travail étaient « modifiées de manière permanente »⁸⁹⁸.

320. **Modification du socle contractuel.** Surtout, l'atteinte à la force obligatoire du contrat de travail prend une portée particulière si l'on s'intéresse à son champ d'application. Désormais la substitution n'opère pas uniquement pour les clauses moins favorables : ici toutes les « clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise » sont concernées. Le cadre contractuel est donc purement et simplement mis à l'écart par l'accord collectif. D'ailleurs le texte de loi prend bien le soin de détailler les éléments du « socle contractuel » : la portée de cette précision est soulignée par la comparaison qui peut être effectuée avec les accords de mobilité interne et de maintien de l'emploi. Pour ces derniers « les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues » pendant leur durée d'application. Il n'était pas (encore) question ici d'une véritable modification des stipulations contractuelles. Les partenaires sociaux eux-mêmes semblent bien comprendre les accords de performance collective comme un mécanisme de correction du contrat de travail. Chez Schneider Electric les directeurs des relations sociales et des ressources humaines indiquent viser, via la conclusion d'accords de performance collective « à traiter des problématiques de long terme relatives au positionnement des usines » et à « négoci[er] des éléments de structure »⁸⁹⁹. La correction ainsi opérée est d'ailleurs confirmée par la rédaction même du texte qui indique, concernant la possibilité de refus du salarié, que ce dernier « peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord »⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶ Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 - Observations du Gouvernement, enregistrées le 12 mars 2018.

⁸⁹⁷ V. not. E. Guénot, « La négociation de l'accord de performance collective », *BJT* 2021, n° 5, p. 47.

⁸⁹⁸ M. Morand et G. François, « La modification du contrat de travail – L'accord de performance collective », *Liaisons sociales Les Thématiques*, n°58, avril 2018, p. 101.

⁸⁹⁹ Entretien avec Frédéric Blaisot, Directeur des relations sociales, Global Supply chain Europe chez Schneider Electric et Michaël Fossat, Directeur Ressources Humaines – Global Supply chain Europe chez Schneider Electric, « Les accords de performance collective chez Schneider Electric - Répondre aux défis d'aujourd'hui et de demain », *SSL* 2019, n° 1876, p. 11 : les six accords concernés sont conclus pour une durée indéterminée.

⁹⁰⁰ C. trav. art. L. 2254-2.

321. **Un outil confirmé de correction contractuelle.** L'étude pratique des conditions de négociation des accords permet de constater que leur usage premier reste bien celui d'une correction des éléments contractuels. En effet, dans le rapport intermédiaire de 2020 il est souligné qu'en réponse à l'objectif d'harmonisation du statut collectif sont mis en œuvre l'« aménagement du temps de travail avec la définition d'une période de référence commune, harmonisation de la rémunération en réintégrant les primes dans le salaire de base ». Particulièrement en matière de recherche de compétitivité ou pour les nécessités au bon fonctionnement de l'entreprise le rapport souligne l'impact sur le contrat de travail : l'accord « permet alors d'agir ponctuellement ou non sur des éléments substantiels du contrat de travail » et « le recours à ce dispositif évite la modification individuelle des contrats de travail ». Ce sont donc en priorité des éléments contractuels qui sont modifiés par ce type d'accord. Les organisations syndicales elles-mêmes soulignent cette véritable possibilité de correction du contrat de travail puisque la CFE-CGC s'interroge directement dans la note d'étape de 2018⁹⁰¹ sur une éventuelle incorporation de l'accord au contrat de travail. Force Ouvrière pour sa part affirme son rejet des accords de performance collective puisque « ces accords permettent de faire primer les dispositions d'un accord collectif sur les contrats de travail » et considère que « le dispositif ne garantit pas un retour en arrière possible puisque les dispositions de l'accord collectif se substituent à celles du contrat de travail ». Autre constat important : un grand nombre de ces accords sont conclus avec un objectif de maintien pour une durée indéfinie. Selon le rapport intermédiaire de 2020 environ 75% d'entre eux étaient conclus pour une durée indéterminée et sans prévoir de « clause de revoyure ou de procédures de suivi, ni une clause de retour à meilleure fortune ».

2 : La portée excessive de la correction pour la performance collective

322. **Licenciement sur un motif *ad hoc*.** La force du mécanisme de la substitution des clauses contractuelles par les clauses conventionnelles tient également aux conséquences qui sont attachées au refus de son application. Si dès la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à

⁹⁰¹ France Stratégie, *Note d'étape sur les travaux du comité d'évaluation- Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail*, déc. 2018.

la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, le législateur avait introduit une limitation du droit au refus du salarié, la mécanique est parachevée pour les accords de performance collective. Il est en effet indiqué que si le salarié a la possibilité de refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord, un tel refus entraînerait pour le salarié une procédure de licenciement fondé sur un motif *ad hoc*⁹⁰². Un tel régime fait apparaître « le spectre des licenciements en cascade » puisque l'accord permet de « préconstituer la cause du licenciement du salarié qui refuse d'en appliquer les stipulations »⁹⁰³. Si la voie du licenciement reste théoriquement une simple option, puisque l'employeur peut également choisir de conserver le salarié récalcitrant, il paraît logique qu'elle soit privilégiée par l'employeur dès lors qu'outre le bénéfice d'une justification de principe, « le principe d'égalité de traitement [...] impose [à l'employeur] de s'appuyer sur des critères de distinction objectifs et pertinents »⁹⁰⁴.

323. **Défaut de garanties.** Un tel régime apparaît doublement excessif : outre qu'il participe d'une « "petite mort" programmée de la cause réelle et sérieuse »⁹⁰⁵, les garanties procédurales sont particulièrement faibles. Il s'agit d'un licenciement hybride, soumis à un régime mêlant celui du licenciement pour motif personnel et de nouvelles règles spécifiques. Le salarié refusant l'application de l'accord ne peut donc bénéficier des garanties procédurales du licenciement économique, alors même que son périmètre d'application recouvrira le plus souvent celui des modifications pour motif économique. Par comparaison, la mise en œuvre de l'activité réduite pour le maintien en emploi pourrait s'avérer plus favorable pour les salariés. Si le régime du refus du salarié dans une telle hypothèse n'est pas défini avec précision à l'heure actuelle, et pourrait donc s'appuyer sur la solution jurisprudentielle critiquable en matière d'activité partielle du rejet de toute possibilité de refus par le salarié⁹⁰⁶, des arguments permettent de penser qu'il s'agirait d'un

⁹⁰² Sauf à ce que l'accord n'emporte pas une « modification » du contrat de travail mais un simple changement des conditions de travail. Dans ce cas, le régime spécifique n'est plus applicable et l'« éventuelle résistance [du salarié] ne peut donner lieu qu'à un licenciement pour motif personnel de "droit commun" » (P. Lopes, « L'accord de performance collective aux prises avec le refus du salarié », *JCP S* 2020, 3051).

⁹⁰³ P. Lokiec, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *SSL* 2020, n° 1918, p. 3.

⁹⁰⁴ P. Lopes, « L'accord de performance collective aux prises avec le refus du salarié », *JCP S* 2020, 3051.

⁹⁰⁵ J.-M. Olivier, « Requiem pour la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 "modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée". Chronique d'une "petite mort" programmée de la cause réelle et sérieuse de licenciement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teysse*, 2019, LexisNexis, p. 291.

⁹⁰⁶ V. § n° 460 et s.

licenciement individuel pour motif économique. D'une part, le droit au refus pourrait être consacré comme un des engagements pris par l'employeur. D'autre part, « l'identité des accords de maintien de l'emploi et des futurs accords relatifs à l'ARME permet de penser que le refus du salarié engendrerait un licenciement individuel pour motif économique »⁹⁰⁷.

324. **Possibilité de recours.** Si certaines contreparties procédurales existent dans le cadre des accords de performance collective, leur portée reste limitée. Le Conseil constitutionnel, pour rejeter l'argument d'une modification irrévocable des clauses du contrat de travail par la mise en œuvre d'un accord de performance collective, soulignait un encadrement légal du dispositif : caractère nécessairement majoritaire de l'accord ainsi que le possible recours au juge pour en demander l'annulation. Ce caractère majoritaire n'est pourtant pas assuré : d'après le rapport intermédiaire relatif à la mise en œuvre des ordonnances de septembre 2017, plus de 8,5% des accords de performance collective ont été conclus dans des très petites entreprises par la voie du référendum. Le manque d'équité d'une telle négociation avait déjà pu être souligné par la doctrine⁹⁰⁸. En effet, dans ces entreprises l'employeur élabore de façon unilatérale le projet d'accord avant de le soumettre au vote des salariés de l'entreprise. Il y a donc un risque d'illégalité du contenu de l'accord en l'absence de tout contrôle du contenu par *a minima* des représentants d'organisations syndicales⁹⁰⁹. Le Professeur Gauriau, même s'il a pu souligner que le Conseil constitutionnel « ayant dit une chose et son contraire, [...] a ouvert aux salariés un espace de contestation judiciaire », a rappelé que le recours au juge reste enfermé dans le court délai de deux mois⁹¹⁰. Cet encadrement apparaît donc insuffisant. Surtout, le régime juridique actuel de l'accord de performance collective autorise d'y recourir en tant que « [...] parfait instrument de transfert du risque économique sur les salariés »⁹¹¹.

⁹⁰⁷ N. Dauxerre, « Avec l'ARME, l'entrée en résistance de l'emploi », *JCP S* 2020, 2067.

⁹⁰⁸ V. not. P. Adam, « La négociation (collective) sans la négociation - À propos de l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 », *SSL supplément* 2017, n° 1790, p. 52.

⁹⁰⁹ Contribution du syndicat Force Ouvrière à la note d'étape de France Stratégie concernant la mise en œuvre des ordonnances de septembre 2017 – décembre 2018.

⁹¹⁰ B. Gauriau, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (À propos de l'article L. 2254-2 du code du travail) », *Dr. soc.* 2018, p.504.

⁹¹¹ Y. Tarasewicz, H. Cavat, « Controverse : L'accord de performance collective : un instrument adéquat pour gérer une crise conjoncturelle ? », *RDT* 2020, p. 584.

B : L'atteinte démesurée à l'intangibilité contractuelle par l'accord de performance collective

325. **Critiques.** Le régime mis en place pour les accords de performance collective est donc de nature à porter atteinte à l'intangibilité contractuelle en permettant la correction du contrat de travail, au nom d'un impératif de compétitivité. Le peu de contraintes du mécanisme a déjà permis la négociation d'un grand nombre de ces accords. Notamment par le biais d'une comparaison avec le régime de l'activité réduite pour le maintien en emploi, il est nécessaire de souligner que la simplification provoquée est démesurée (1). En particulier, certains risques d'annihilation complète des intérêts individuels des salariés doivent être soulignés (2).

1 : Une simplification extrême du régime de prévalence de la norme conventionnelle sur les normes contractuelles

326. **Affranchissement.** L'accord de performance collective est « conçu comme un outil de réorganisation de l'entreprise »⁹¹². Il participe du développement de la préservation de l'activité, « qui permet *in fine* de préserver l'emploi »⁹¹³. Mais la simplification voulue de son régime par rapport aux précédentes tentatives pose la question de sa légitimité. En pratique en effet, l'accord de performance collective peut être détourné de ses objectifs initiaux, notamment en raison de l'absence de garde-fous. Madame Yasmine Tarasewicz a dénoncé un « usage [...] dévoyé » par les partenaires sociaux⁹¹⁴, qui tend à faire l'accord de performance collective l'outil d'une redéfinition à la baisse du statut social dans l'entreprise, une forme de convention collective d'entreprise⁹¹⁵. A tel point que le Ministère du Travail a cru bon de publier à l'été 2020 un Questions/Réponses centré sur l'accord de performance collective soulignant les possibilités et limites du recours à ces accords⁹¹⁶.

⁹¹² P. Lopes, « L'accord de performance collective aux prises avec le refus du salarié », *JCP S* 2020, 3051.

⁹¹³ E. Filipetto, « Les politiques de l'emploi face à la crise sanitaire », *RDT* 2020, p.615.

⁹¹⁴ V. les propos de Y. Tarasewicz dans son article coécrit avec H. Cavat, « Controverse : L'accord de performance collective : un instrument adéquat pour gérer une crise conjoncturelle ? », *RDT* 2020, p. 584.

⁹¹⁵ V. not. les conclusions du rapport intermédiaire du comité d'évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 (France Stratégie, *Rapport intermédiaire du comité d'évaluation - Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail*, juill. 2020, p. 79-80).

⁹¹⁶ Ministère du Travail, *Questions-Réponses L'accord de performance collective*, 23 juill. 2020.

327. **Contrôle du recours légitime.** Cette réalité de l'usage de l'accord de performance collective peut conduire à remettre en cause la légitimité de la prévalence de la norme collective sur la norme individuelle. Si la mise à l'écart des intérêts individuels est justifiée par la sauvegarde de l'intérêt collectif compris comme celui de la communauté des salariés, alors le régime juridique devrait tendre vers cette garantie. A cet égard, la simplification excessive du régime de l'accord de performance collective semble cependant dévier la compréhension de l'intérêt collectif vers « une nouvelle déclinaison de l'intérêt de l'entreprise, étendard de l'intérêt des dirigeants ou actionnaires »⁹¹⁷, alors que « l'utilisation de la norme négociée ne peut seulement servir à améliorer la productivité ou les performances de l'entreprise car tout dispositif suppose de parvenir à concilier l'économique et le social (et non de prendre en compte seulement les intérêts de l'entreprise) »⁹¹⁸. L'éventuel⁹¹⁹ contrôle du juge serait limité à la mise en œuvre des moyens pour atteindre la préservation ou le développement de l'emploi, ou formule encore plus floue, les nécessités de fonctionnement de l'entreprise. La portée de son contrôle à ce titre demeure encore obscure⁹²⁰. Ce contrôle ne devrait cependant pas permettre de combler les lacunes du mécanisme correcteur. L'exigence de légitimer le recours à l'accord de performance collective apparaît essentiellement « théorique tant les motifs sont formulés de façon large »⁹²¹. Par ailleurs la fenêtre de contestation apparaît particulièrement étroite face au délai de deux mois pour l'action en nullité⁹²².
328. **Défaut de légitimité.** La doctrine s'était déjà interrogée sur la légitimité des ancêtres des accords de performance collective, les accords de préservation et de développement de l'emploi. Pour le Professeur Géa et la Professeure Canut le motif en question « on l'aura

⁹¹⁷ Y. Tarasewicz, H. Cavat, « Controverse : L'accord de performance collective : un instrument adéquat pour gérer une crise conjoncturelle ? », *RDT* 2020, p. 584.

⁹¹⁸ G. François, « L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction », *BJT* 2021, n° 5, p. 42.

⁹¹⁹ En effet, selon le Professeur Lokiec « le contrôle du contenu de l'APC devrait se jouer essentiellement sur le terrain de ses motifs, à supposer que le juge accepte de s'en mêler » (P. Lokiec, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *SSL* 2020, n° 1918, p. 3).

⁹²⁰ G. François, « L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction », *BJT* 2021, n° 5, p. 42 qui souligne cependant que pour Franck Morel il s'agirait d'un contrôle restreint « qui pourrait emprunter à trois considérations (discrimination, détournement de pouvoir, erreur manifeste d'appréciation) » (« Licenciement à la suite d'un accord de performance collective », *SSL* 2020, n° 1933, p. 13). V. égal. I. Meftah, « Le contrôle de la justification du licenciement consécutif au refus d'application d'un accord de mobilité interne », *RDT* 2021, p. 104.

⁹²¹ P. Lokiec, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *SSL* 2020, n° 1918, p. 3.

⁹²² V. § 324.

compris, s'identifie à l'emploi »⁹²³. Cependant, comme le soulignent les deux auteurs, le régime des accords de préservation et de développement de l'emploi ne prévoyait aucune obligation de garantir cet « emploi » justement. Le même défaut d'encadrement des motifs avancés peut être reproché aux accords de performance collective. Ces derniers ne doivent que contenir des « objectifs » définis dans le préambule de l'accord et le législateur n'invoque qu'une possibilité pour les partenaires sociaux de prévoir des « contreparties »⁹²⁴ à la correction apportée à leur contrat de travail. Madame Emmanuelle Filipetto a pu souligner la différence de portée reflétée par le changement de terminologie. Elle précisait que là où il est fait référence à un véritable engagement il est possible d'y lire une obligation de résultat tandis que la référence à un simple objectif fait plutôt penser à une obligation de moyens⁹²⁵. Cette lecture est confirmée par la pratique : selon Madame Hélène Cavat seuls 3% des accords prévoient des efforts de la part des dirigeants ou actionnaires et 8% des modalités de conciliation de la vie professionnelle et personnelle. 10% d'entre eux prévoient comme cela est souvent pratiqué en matière de licenciement économique un recours à un cabinet d'outplacement et/ou des indemnités spécifiques pour les salariés refusant l'accord. Surtout seulement 10% des accords contiennent des contreparties chiffrées, en termes d'investissements ou de maintien de l'emploi⁹²⁶.

329. **Paradoxe.** Ce défaut de garanties d'une mise en œuvre légitime de l'accord de performance collective transparaît de façon encore plus criante à la suite de la publication de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne. Le mécanisme de l'activité réduite pour le maintien en emploi, même s'il n'a qu'une vocation temporaire, s'appuie sur un régime organisant un contrôle de son motif de recours. Il est vrai que le recours aux fonds publics pour financer la correction contractuelle mise en

⁹²³ F. Canut, F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie), À propos de la « loi travail » du 8 août 2016 », *Dr. soc.* 2017, p.47.

⁹²⁴ Contreparties qui peuvent inclure les modalités d'information des salariés et, le cas échéant, l'examen de la situation des salariés au terme de l'accord, les efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés pendant toute sa durée pour les dirigeants salariés et/ou les mandataires sociaux et les actionnaires, les modalités de conciliation de la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés, et les modalités d'accompagnement des salariés ainsi que l'abondement du compte personnel de formation.

⁹²⁵ E. Filipetto, « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi - Article 11, Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actif-ve-s », *RDT* 2016, p.415.

⁹²⁶ H. Cavat, « Les accords de performance collective - Enseignements d'une étude empirique », *RDT* 2020, p. 165.

œuvre a pu motiver la mise en place d'un encadrement beaucoup plus exigeant pour l'activité réduite pour le maintien en emploi. Cependant, cela ne justifie pas pour autant l'absence criante d'un tel encadrement pour les accords de performance collective. Ce choix législatif met d'autant plus en exergue les lacunes du régime de l'accord de performance collective que l'activité réduite pour le maintien en emploi trouverait son origine au sein d'une proposition des partenaires sociaux eux-mêmes⁹²⁷. Alors que le législateur avait présenté la grande flexibilité du régime des accords de performance collective comme un gage de son attractivité pour les partenaires sociaux, ces mêmes partenaires ont *a priori* été à l'initiative de la création d'un régime qui s'articule entièrement autour des garanties pour les salariés⁹²⁸. La « tension » entre les deux mécanismes de correction contractuelle est d'ailleurs telle que certains auteurs se sont interrogés sur la possibilité d'invoquer une fraude en cas de recours à l'accord de performance collective dans un contexte où le régime plus protecteur de l'activité réduite pour le maintien en emploi pourrait également s'appliquer⁹²⁹. Pour certains auteurs le régime de l'accord de performance collective mériterait ainsi certaines adaptations de nature à rapprocher son encadrement de celui de l'activité réduite pour le maintien en emploi⁹³⁰.

⁹²⁷ V. le communiqué de presse du 30 juillet 2020 qui indique que « dans le cadre de leur Manifeste du 18 mai 2020, les signataires s'étaient engagés à mettre en œuvre tous les moyens utiles pour affronter la crise économique et ses conséquences sociales et réduire le risque de destruction d'emploi, notamment en initiant un nouveau dispositif d'activité partielle, dénommé "activité réduite pour le maintien en emploi" ».

⁹²⁸ Même s'il faut évidemment souligner que l'accord de performance collective s'adresse aux partenaires sociaux de l'entreprise tandis que l'initiative de l'activité réduite pour le maintien en emploi relève des partenaires au niveau de la branche.

⁹²⁹ V. not. P. Lokiec, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *SSL* 2020, n° 1918, p. 3 et F. Géa, « L'activité réduite pour le maintien en emploi - Loi n° 2020-734 du 17 juin 2020, art. 53 », *RDT* 2020, p.471.

⁹³⁰ Selon le Professeur Lokiec, « trois clauses devraient systématiquement, [...] être insérées dans un APC : une clause de retour à meilleure fortune (si l'entreprise va mieux une fois la crise passée, on revient à la situation antérieure à la conclusion de l'accord), un engagement de maintien de l'emploi pour une durée fixée dans l'accord ; une clause obligeant à des efforts proportionnés des dirigeants et des actionnaires par rapport à ceux imposés aux salariés » (P. Lokiec, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *SSL* 2020, n° 1918, p. 3). Madame Yasmine Tarasewicz quant à elle, s'interroge sur la possibilité d'exiger « la présence de contreparties de la part de l'employeur clairement explicitées dans l'accord, une durée déterminée correspondant à celles des difficultés en raison desquelles l'accord est conclu et mettre en place un contrôle administratif comme c'est le cas pour les PSE ou les accords concernant les ruptures conventionnelles collectives » (Y. Tarasewicz, H. Cavat, « Controverse : L'accord de performance collective : un instrument adéquat pour gérer une crise conjoncturelle ? », *RDT* 2020, p. 584.).

2 : Une remise en cause du principe d'une correction négociée au niveau individuel du contrat de travail

330. **Forfait en jours.** Outre l'absence de garanties d'un usage légitime des accords de performance collective, une atteinte spécifique au principe d'intangibilité contractuelle mérite d'être évoquée. Ainsi, un des risques principaux portés par le régime de l'accord de performance collective relève de la possibilité introduite par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018⁹³¹ de mettre en place ou modifier un régime de forfait jours dans l'entreprise. Concernant la simple modification du régime, la signature de conventions individuelle de forfait en jours n'est pas exigée. Dès lors, si les modifications envisagées sont porteuses d'une réduction des garanties ou protections accordées aux salariés rien ne permet à ce dernier de s'y opposer. Le régime retenu a donc pour effet de mettre complètement de côté la protection que le salarié tire de la force obligatoire de son contrat. Tout porte à croire que le législateur considère que l'accord individuel du salarié, déjà donné une première fois n'est plus nécessaire : il a en quelque sorte déjà accepté le principe d'un passage à une convention de forfait en jours et donc les modifications ultérieures n'ont pas la même importance. La justification qui reposerait sur l'idée d'un accord individuel *via* l'acceptation de l'accord de performance collective n'est pas non plus convaincante. Les modifications apportées sont susceptibles d'avoir des conséquences importantes pour le salarié, notamment en cas de modification du nombre de jours de travail visé par la convention.

331. **Conclusion du chapitre.** La reconnaissance par le droit du travail d'une source autonome en la présence des accords collectifs pose la question d'une correction de la norme contractuelle par cette voie négociée. Conformément au principe de force obligatoire du contrat, le législateur et la jurisprudence ont organisé un régime d'articulation des normes de droit commun qui laisse intact le contrat. Dans certaines situations bien délimitées, la prévalence de la norme collective pourrait cependant être retenue. D'une part lorsque les parties ont clairement exprimé leur volonté de contractualiser la norme collective, cette volonté devrait être respectée. D'autre part, dans un objectif de protection des acquis

⁹³¹ Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

sociaux pour les salariés, le régime nouveau du maintien de la rémunération perçue apparaît insuffisant. A l'inverse, l'atteinte à l'intangibilité contractuelle portée par les accords de performance collective n'apparaît pas justifiée. L'objectif de ces accords est effectivement de « faire plier le contrat de travail, malgré le principe d'intangibilité contractuelle et le principe de faveur »⁹³². Notamment, la comparaison avec le nouveau régime de correction contractuelle par la voie de la négociation collective de l'activité réduite pour le maintien en emploi, même s'il n'a qu'une vocation temporaire, souligne ses lacunes. Comme le souligne le Professeur Pélissier, il est nécessaire de ne « pas perdre de vue que le collectif s'est développé, en droit français, pour assurer une meilleure protection des droits individuels des salariés. Son rôle est protecteur. Il ne doit pas changer de nature et devenir un moyen d'étouffer les droits individuels »⁹³³. En l'absence de tout encadrement de ce que représente, et de la mise en œuvre, de l'objectif de compétitivité des entreprises, le risque d'un recours dévoyé du mécanisme de prévalence de la norme collective sur l'individuelle est réel.

⁹³² P.-H. Antonmattei et al., « Réforme du Code du travail : analyse des nouvelles règles sur la rupture du contrat de travail », *RJS* 02/18, n° 31, p. 99.

⁹³³ J. Pélissier et F. Favennec-Héry, « L'interaction entre l'individuel et le collectif », *SSL* 2011, n° 1508, p. 81.

333. **Conclusion du titre.** Les mécanismes d'une correction contractuelle peuvent être directement négociés entre les parties, conformément à l'exigence de l'article 1193 du Code civil, mais ils peuvent également l'être par une voie plus indirecte. A ce titre, les divergences d'intérêt des parties au contrat de travail sont prises en compte par le législateur, qui peut œuvrer de façon à favoriser une conciliation entre employeur et salarié. Ces incitations existent notamment dans des domaines où le législateur souhaite favoriser une limitation de l'intangibilité contractuelle : en particulier lorsqu'elle s'oppose à une flexibilité de l'organisation du travail dans l'entreprise. La formation professionnelle des salariés, notamment au titre d'une éventuelle correction contractuelle porteuse d'une promotion sociale représente un pan du droit du travail en plein développement dont l'efficacité repose presque entièrement sur cette tentative de conciliation des parties au contrat de travail. La correction serait également indirecte mais négociée concernant la portée des accords collectifs sur le contrat de travail. Conformément à l'exigence consensuelle entre les parties, le législateur ne permet en principe pas une véritable correction du contrat par la norme conventionnelle. Cet équilibre est cependant mis en question par le régime des accords de performance collective. Les oublis volontaires du législateur en la matière sont de nature à interroger la légitimité de la correction provoquée.

335. **Conclusion de la première partie.** L'étude des limites à l'intangibilité du contrat de travail nécessite de se pencher en premier lieu sur les mécanismes porteurs d'une correction négociée de ce contrat. En effet, conformément à l'article 1193 du Code civil, le régime de droit commun d'une telle révision du contrat de travail repose sur une exigence consensuelle. Voie de principe pour limiter l'intangibilité contractuelle en droit commun, elle trouve également application au sein des relations professionnelles. La reconnaissance d'un unilatéralisme en leur sein a cependant conduit la jurisprudence à proposer un régime spécifique, qui nécessite de distinguer entre le champ contractuel et celui des conditions de travail. L'étude de la jurisprudence en la matière souligne certaines incohérences de nature à remettre en question le rôle instrumental du contrat de travail dans la délimitation de la subordination juridique du salarié vis-à-vis de l'employeur. Par ailleurs, l'étude d'une éventuelle application au contrat de travail de nouveaux régimes issus du droit commun et porteurs d'une correction souligne également une forme de rejet de l'objet contractuel par les règles de droit du travail. Outre cette mise en œuvre d'une correction contractuelle dépendante de la volonté des parties, des mécanismes spécifiques indirectement porteurs d'une correction négociée du contrat existent en droit du travail. La correction par la voie négociée peut notamment être favorisée dans un objectif de flexibilité de l'organisation du travail, là où la figure contractuelle représente un *statu quo* qui peut desservir alternativement les intérêts personnels de l'employeur ou du salarié. Surtout, la correction négociée du contrat de travail est au cœur de la mise en œuvre de la mobilité professionnelle du salarié. En particulier concernant le domaine de la formation professionnelle, les choix législatifs récents sont de nature à lier indirectement ou plus directement l'effectivité de la correction contractuelle et concertation entre les parties. Enfin, il faut souligner une vision du contrat comme un obstacle à la compétitivité des entreprises : la création des accords de performance collective relève d'une volonté de contourner par la négociation collective l'intangibilité du contrat de travail individuel pour « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi »⁹³⁴. Le constat est donc celui d'une autorisation de mise à l'écart de l'individuel par le collectif pour servir l'objectif de « compétitivité » de l'entreprise. La correction du contrat n'est cependant pas toujours liée à une négociation. Elle peut également et souvent être imposée aux parties.

⁹³⁴ C. trav. art. L. 2254-2, I.

SECONDE PARTIE : LA CORRECTION IMPOSEE

336. **Exception au contrôle de l'intangibilité.** L'intangibilité contractuelle est en principe limitée par l'expression du commun accord des parties. Mais l'article 1193 du Code civil reconnaît, par exception, une autre voie de réduction de la force obligatoire des stipulations contractuelles : « les causes que la loi autorise ». La correction contractuelle est cette fois organisée sans *mutuus consensus*, elle est imposée par la loi aux parties. Présenté par le Code civil comme une exception, ce moyen de limiter l'intangibilité du contrat est particulièrement développé au sein des relations professionnelles. La spécificité du contrat de travail, à la fois instrument de subordination et support d'un emploi, a favorisé le développement d'obligations à la correction. Il est alors possible de les distinguer selon l'effet recherché par la correction. En effet, « la Loi [...] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse [...] »⁹³⁵. Cette formule est généralement présentée comme l'expression du principe d'égalité devant la loi⁹³⁶ mais elle confirme également une distinction entre ses effets, sans qu'ils soient nécessairement exclusifs l'un de l'autre : la loi peut offrir une protection mais aussi condamner à une sanction⁹³⁷. Sous l'édiction de limites à l'intangibilité du contrat de travail, il est en effet possible de déceler une volonté de protection d'intérêts de nature individuelle comme collective (**Titre I**). D'autres moyens de correction ont plutôt vocation à intervenir en aval, pour sanctionner des comportements jugés néfastes au sein des relations professionnelles (**Titre II**).

⁹³⁵ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 6.

⁹³⁶ P. Gaïa, R. Ghevontian; F. Mélin-Soucramanien; É. Oliva; A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^e éd. 2018, Dalloz, n° 47, p. 679 ; S. Hennette-Vauchez, D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 4^e éd. 2020, Dalloz, n° 871, p. 630.

⁹³⁷ Les deux notions sont cependant éminemment liées : par exemple les peines prévues dans le Code pénal pour le délit de vol visent en même temps à sanctionner un comportement répréhensible mais aussi à assurer la protection du droit de propriété des individus.

Titre I : Les mécanismes correcteurs à visée protectrice

338. La protection est l'action qui consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité ou son intégrité⁹³⁸. L'intangibilité contractuelle peut, dans certaines situations, représenter une source de risque pour les parties. L'introduction en droit commun des contrats d'une possibilité de révision pour imprévision⁹³⁹ démontre l'intérêt du législateur à protéger les parties contre le manque de flexibilité de leurs prévisions. Concernant le droit des relations professionnelles, l'intangibilité du contrat peut être perçue comme un risque pour le salarié. En contrepartie de sa nécessaire subordination, législateur et jurisprudence ont dessiné les contours d'une prise en compte obligatoire pour l'employeur des intérêts du salarié (**Chapitre I**). D'autres mécanismes de correction existent cependant pour protéger un intérêt de nature plus collective. Construits pour protéger les emplois des salariés, assurer le maintien de l'emploi dans les entreprises, ces mécanismes visent à assurer l'adaptation de la relation professionnelle au plus proche de la réalité économique des entreprises (**Chapitre II**).

⁹³⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd. 2020, PUF, p. 817.

⁹³⁹ C. civ. art. 1195.

Chapitre I : Les mécanismes de correction protecteurs de l'intérêt individuel

340. **Contreparties.** Contrat de travail et lien de subordination ne font qu'un⁹⁴⁰, l'inégalité du rapport professionnel est donc inhérente au contrat de travail. Par le biais de cette subordination l'employeur est habilité à donner des ordres et directives à ses salariés, contrôler leur travail et éventuellement sanctionner leur comportement. Il est communément admis que l'employeur dispose d'un « triple pouvoir », d'origine contractuelle, sur son salarié⁹⁴¹. Renversée, cette relation de subordination est aussi la source d'un réseau d'obligations qui vont de l'employeur vers le salarié. Les rapports professionnels se distinguent en effet par les liens presque inextricables qui lient les parties au contrat de travail : aux pouvoirs accordés à l'employeur répondent des garanties pour le salarié, qui vont au-delà de l'obligation contractuelle de verser le salaire. Nombre de ces obligations imposées à l'employeur sont le fruit d'une volonté de garantir la protection des intérêts individuels des salariés, face aux choix parfois divergents de l'employeur. Un exemple peut être trouvé dans le développement jurisprudentiel du régime de l'obligation de sécurité de l'employeur vers une obligation de résultat⁹⁴². Soumis aux ordres de l'employeur, le salarié doit bénéficier d'une garantie forte de protection de sa santé et de sa sécurité, entendues au sens large, dans l'exécution de son travail. Monsieur Simon Riancho fait référence dans sa thèse à un principe directeur cadre de « sécurité individuelle » qui découle du compromis social selon lequel si « l'entreprise peut s'appuyer sur le travail salarié pour se développer [...] », en contrepartie et « dans la mesure où cela ne porte pas excessivement atteinte à son développement économique, elle ne doit pas être source d'insécurité pour les salariés »⁹⁴³. Le droit du travail organise donc, à travers un

⁹⁴⁰ V. Cass. civ., 6 juill. 1931, *Préfet de la Haute-Garonne c. Bardou* : DP 1931, n°1, p. 131, note P. Pic : « [...] la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie ».

⁹⁴¹ V. Cass. soc., 13 nov. 1996, *Société Générale c. URSSAF de Haute-Garonne* : Bull. civ. V, n°386, Dr. soc. 1996, n°1067, note J.-J. Dupeyroux, JCP E 1997, II, 911, note J. Barthélémy, RJS 12/96, n°1320.

⁹⁴² Même si depuis la décision *Air France* du 25 novembre 2015 (Cass. soc., 25 nov. 2015, n°14-24.444 : D. 2016, p. 147, note E. Wurtz, Dr. soc. 2016, p. 457, étude P.-H. Antonmattéi, JCP E 2016, 1146, note A. Bugada) la Cour de cassation a rétrogradé la force de cette obligation : v. not. les arrêts Cass. soc., 17 févr. 2016, n°15-40.042 ; Cass. soc., 6 déc. 2017, n°16-10.885 à 16-10.891 et l'analyse de J.-Y. Frouin alors président de la chambre sociale dans l'article de *Liaisons sociales Quotidien*, n° 17423, 11 octobre 2017. Il faut cependant souligner que cette obligation est toujours de résultat dans le domaine de la sécurité sociale, v. not. Cass. 2^e civ., 4 mai 2016, n°15-18.376.

⁹⁴³ S. Riancho, *Les principes directeurs du droit du travail*, thèse, dir. J.-F. Cesaro, 2019, Université Panthéon-Assas, n° 195, p. 275.

certain nombre de règles, une véritable protection des intérêts individuels des salariés. Parfois issues de règles jurisprudentielles, le législateur a également pu inscrire dans le Code du travail un certain nombre de ces obligations à visée protectrice.

341. **Reclassement et aménagement.** Parmi ces règles protectrices, les mécanismes de correction du contrat de travail occupent une place importante. L'intangibilité contractuelle pourra être limitée par le législateur dans certaines situations où son application risquerait de porter une atteinte démesurée à un intérêt individuel considéré comme supérieur. L'adaptation des règles contractuelles, lorsqu'elle garantit au salarié un respect de ses intérêts conforme à la conception française du lien de subordination juridique, est permise par la loi. Le mécanisme correcteur permettant une protection des intérêts individuels du salarié le plus développé est ainsi l'obligation de reclassement (**Section I**). Initiée en jurisprudence avant d'être inscrite dans le Code du travail, l'obligation de reclassement permet dans certaines situations où le salarié ne peut plus occuper son emploi d'origine de forcer l'employeur à lui chercher un nouveau poste, dit poste de reclassement. En parallèle de cette obligation de reclassement au champ d'application encore actuellement assez réduit, il est possible de s'interroger sur l'opportunité d'une évolution des obligations d'aménagement du travail (**Section II**).

Section I : La correction imposée par l'obligation de reclassement

342. **Définition.** Le reclassement constitue l'action d'affecter quelqu'un, qui se trouve dans l'incapacité d'exercer son emploi, dans une nouvelle activité ou dans un nouveau poste, généralement en assurant sa reconversion⁹⁴⁴. Le reclassement constitue donc une obligation qui repose sur les épaules de l'employeur au bénéfice du salarié. Son champ d'application actuel est limité à certaines situations où le salarié ne peut exercer son emploi : il s'agit du licenciement économique et de l'inaptitude physique. Plus précisément, concernant le licenciement économique, il apparaît utile de préciser qu'est ici seulement évoquée l'obligation de reclassement *interne*, qu'il faut distinguer, comme le rappelle la Professeure Favennec-Héry, de l'obligation de reclassement *externe* prévue en cas de « grand » licenciement collectif pour motif économique et qui doit être mise en œuvre *via* les mesures

⁹⁴⁴ *Trésor de la langue française informatisé.*

prévues au plan de sauvegarde de l'emploi⁹⁴⁵. L'obligation de reclassement externe ne relève donc pas d'un mécanisme de correction du contrat de travail puisqu'elle s'applique aux situations où la rupture du lien contractuel initial est nécessaire.

343. **Découverte jurisprudentielle.** Cette obligation de reclassement est née en jurisprudence avant d'être inscrite dans la loi. Les juges ont ainsi été à la source de la « découverte » de cette obligation imposée à l'employeur. Un tel historique pouvait ainsi faire penser à un « forçage » du contrat de travail similaire à celui observé en matière d'obligation de sécurité des transporteurs⁹⁴⁶. A la différence de l'obligation de sécurité cependant, le périmètre d'application de l'obligation de reclassement a lui été restreint à certaines situations de perte d'emploi spécifiques (I). Peuvent pourtant être évoqués un certain nombre d'arguments qui militent en faveur d'une généralisation de l'obligation de reclassement (II).

I : Un mécanisme correcteur du contrat de travail au périmètre réduit

344. **Lien d'emploi.** L'obligation de reclassement constitue un mécanisme correcteur du contrat de travail par l'évolution du poste de travail qu'elle permet. L'objectif même du reclassement est de permettre une adaptation du poste de travail du salarié, donc le plus souvent une adaptation de ses fonctions, sa rémunération et éventuellement son temps de travail. Ce mécanisme de correction édicté au bénéfice du salarié permet alors de répondre à une préoccupation de maintien du lien d'emploi, éventuellement associé à une protection de la personne du salarié. Il est alors possible d'évoquer, comme le Professeur Pélissier⁹⁴⁷, la force du lien d'emploi à l'aune de l'adaptation de la relation professionnelle permise (A). Cette finalité de l'obligation de reclassement est confirmée par son évolution récente. Si elle a, à l'origine, connu le développement de deux régimes distincts, elle a subi ces dernières années des tentatives d'harmonisation de la part du législateur. L'unification mise

⁹⁴⁵ Fr. Favennec-Héry, « Le reclassement : une mutation en cours », *Dr. soc.* 2011, p.402.

⁹⁴⁶ Cass. civ., 21 nov. 1911, *Compagnie générale transatlantique* : DP 1913, p. 249, note L. Sarrut ; S. 1912, p. 73, note Lyon-Caen.

⁹⁴⁷ J. Pélissier, « Le lien d'emploi » in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra. Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 337.

en œuvre jusqu'à présent est bienvenue mais il est possible de s'interroger sur les conséquences pour le lien d'emploi des simplifications opérées à cette occasion (**B**).

A : La consécration progressive d'un mécanisme correcteur protecteur du lien d'emploi

345. **Unité de la correction par le reclassement.** Malgré une construction historiquement parallèle, il est possible de lier les deux régimes légaux de l'obligation de reclassement à un fondement contractuel commun (**1**). Mécanisme juridique d'adaptation du contrat de travail imposé à l'employeur en faveur du salarié, l'obligation de recherche d'un reclassement constitue une source de correction du contrat de travail (**2**).

1 : Les fondements d'une obligation de reclassement protéiforme

346. **Une création à la fois prétorienne et législative.** En droit du travail la première obligation de reclassement interne est apparue en matière de licenciement pour motif économique, pour les salariés protégés⁹⁴⁸. Ce n'est qu'en 1992 que le juge a décidé d'étendre cette obligation de reclassement à tous les cas de licenciement pour motif économique⁹⁴⁹. Cette obligation a été reprise et développée l'année suivante⁹⁵⁰ par le législateur à l'article portant désormais le numéro L. 1233-4. Surtout, elle a été consacrée par le juge constitutionnel qui lie cette obligation avec le droit à l'emploi consacré au sein du Préambule de 1946 : « [...] le droit de chacun d'obtenir un emploi, dont le droit au reclassement de salariés licenciés découle directement »⁹⁵¹. En parallèle de cette obligation de reclassement prévue pour les cas de licenciement économique, le législateur est également intervenu concernant l'inaptitude physique du salarié. L'obligation dans ce domaine a d'abord été prévue par la loi n°81-3 du 7 janvier 1981⁹⁵². Pensée à l'époque comme le troisième volet d'une politique de protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie

⁹⁴⁸ CE, 18 février 1977, *Abellan* : *Lebon* 1977, p. 97 ; *Dr. soc.* 1977, p. 172, conclusions du commissaire du Gouvernement P. Dondoux.

⁹⁴⁹ Cass. soc., 1^{er} avril 1992 : *Bull. civ.* V, n° 228, *RJS* 5/92, n°598 ; Cass. soc., 8 avril 1992, *Jardin c/ Fatexlor* : *Bull. civ.* V, n° 258, *RJS* 5/92, n°598.

⁹⁵⁰ Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social.

⁹⁵¹ Cons. const. 13 janv. 2005, n°2004-509 DC : *AJDA* 2005, p. 905, not V. Champeil-Desplats, *D.* 2006, p. 826, obs. V. Ogier Bernaud et C. Severino, *Dr. soc.* 2005, p. 371, étude X. Prétot, *ibid.* p. 403, étude G. Couturier, *RFDA* 2005, p. 289, note R. Hostiou

⁹⁵² Loi n°81-3 du 7 janvier 1981 relative à la protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

professionnelle⁹⁵³, elle devait permettre une généralisation à toutes les branches professionnelles d'une obligation parfois déjà prévue au sein de certaines conventions collectives⁹⁵⁴. L'obligation a ensuite été étendue par la jurisprudence, sur le fondement de l'ancien article L. 241-10-1 du Code du travail⁹⁵⁵, à l'ensemble des salariés malades ou accidentés⁹⁵⁶. Quelques années plus tard le législateur a fait le choix d'inscrire cette jurisprudence dans le marbre, en consacrant l'obligation de reclassement pour les salariés inaptes hors accident du travail ou maladie professionnelle⁹⁵⁷.

347. **Obligation de nature contractuelle.** La naissance des deux obligations de reclassement a donc pris place dans une dynamique parallèle, sans que puisse être dressé un lien direct entre elles. Les motivations des décisions de la Cour de cassation concernant l'extension du champ d'application de l'obligation de reclassement restent, dans les deux hypothèses, bien distinctes⁹⁵⁸. Il est cependant possible de considérer qu'elles reposent toutes deux sur un fondement commun, de l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat⁹⁵⁹. Si le Professeur Héas s'interrogeait sur la pertinence de retenir un fondement contractuel à l'obligation de reclassement alors que le législateur et la jurisprudence imposent à l'employeur quelque chose qui n'était pas, à l'origine, prévu au contrat, le Professeur Lyon-Caen a souligné que le reclassement participe des « obligations implicites » au contrat de travail. Or, toutes ces obligations dites implicites reposent sur un même fondement contractuel issu du droit commun, qui est l'exigence de bonne foi⁹⁶⁰. Par ailleurs, dans son arrêt du 8 avril 1992 concernant l'extension de l'obligation de reclassement en matière de licenciement économique, la Cour de cassation fait expressément référence à l'article 1134

⁹⁵³ Après le volet « réparation » et celui de la « prévention » : P. Sallenave, *Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Sociales sur le projet de loi relatif à la protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou une maladie professionnelle*, 23 oct. 1980, p.8.

⁹⁵⁴ V. par ex. la Convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950.

⁹⁵⁵ L'article prévoyait que le médecin pouvait proposer des mesures individuelles pour l'adaptation du poste du salarié et que l'employeur est tenu de prendre en compte ces propositions.

⁹⁵⁶ Cass. soc., 7 avr. 1987 : *Bull. civ.* V, n° 187, *Jurispr. soc.* UIMM 1987, p. 482 ; Cass. soc., 25 juin 1987, n° 84-44.686 ; *Jurispr. soc.* UIMM 1987, p. 483, Cass. soc., 24 mars 1988, *Bull. civ.* V, n°206.

⁹⁵⁷ C. trav. art. L. 122-24-4 anc. issu de la loi du 31 décembre 1992.

⁹⁵⁸ Ainsi, en matière de reclassement dans le cadre de l'inaptitude la Cour de cassation s'appuie sur un texte de loi exigeant de l'employeur le suivi des mesures préconisées par le médecin du travail, tandis qu'en matière de licenciement économique la Cour de cassation ne faisait initialement aucune référence à un texte de loi et se contentait d'indiquer que « le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir, en cas de suppression d'emploi, que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise n'est pas possible » (Cass. soc., 1^{er} avril 1992 : *Bull. civ.* V, n° 228, *RJS* 5/92, n°598).

⁹⁵⁹ V. not. Ch. Vigneau, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 2004, p.706.

⁹⁶⁰ G. Lyon-Caen, « L'obligation implicite », *Arch. phil. dr.* 2000, n°44, p. 109-113.

ancien du Code civil qui précisait le principe de force obligatoire des conventions et l'obligation de respect des exigences de la bonne foi⁹⁶¹. Comme le soulignent des auteurs, cette obligation de reclassement s'est développée dans des hypothèses où la rupture du contrat de travail du salarié repose sur un motif non inhérent à sa personne. L'employeur devant exécuter loyalement les obligations du contrat de travail, est tenu de mettre en œuvre les moyens à sa disposition pour assurer la poursuite du contrat de travail⁹⁶².

348. **Bonne foi dans le rapport professionnel.** Il s'agit cependant d'une expression de la bonne foi sous une forme particulière, spécifique au contrat de travail. A tel point que certains auteurs ont pu souligner le caractère « peu convaincant » du lien entre bonne foi et obligation de reclassement⁹⁶³. Il est cependant possible de considérer qu'il s'agit du recours à cette notion mais sous l'angle spécifique de la stabilité du lien contractuel ou dans le cadre appelé « lien d'emploi ». La décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2005 confirme d'ailleurs cette position pour ce qui concerne l'obligation de reclassement en cas de licenciement économique⁹⁶⁴. Ce lien d'emploi était décrit par le Professeur Pélissier comme un « mouvement de fond, qui s'inscrit dans le long terme, [et] favorise [...] la stabilité de l'emploi du salarié dans l'entreprise ». En effet, « plus qu'un échange synallagmatique », le contrat de travail est « le support juridique d'un emploi »⁹⁶⁵. Pour le Professeur Martinon, l'obligation de reclassement « répond à l'exigence de stabilité qui caractérise le contrat de travail »⁹⁶⁶ et « entre dans la logique du 'licenciement ultime remède' »⁹⁶⁷. Le reclassement, malgré des régimes distincts, peut donc être considéré comme un seul et unique mécanisme légal reposant sur la même obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail.

⁹⁶¹ V. note n°949.

⁹⁶² G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, 34^e éd. 2020 Dalloz, n°500, p. 633.

⁹⁶³ S. Frossard, « Les contextes de l'obligation de reclassement », *JSL* 2009, n° 261.

⁹⁶⁴ Cons. const. 13 janv. 2005, n°2004-509 DC : *AJDA* 2005, p. 905, note V. Champeil-Desplats, *D.* 2006, p. 826, obs. V. Ogier Bernaud et C. Severino, *Dr. soc.* 2005, p. 371, étude X. Prétot, *ibid.* p. 403, étude G. Couturier, *RFDA* 2005, p. 289, note R. Hostiou : « [...] le droit de chacun d'obtenir un emploi, dont le droit au reclassement de salariés licenciés découle directement ».

⁹⁶⁵ V. note n° 960.

⁹⁶⁶ A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, thèse, préf. B. Teyssié, 2005, Dalloz, n° 132, p. 119.

⁹⁶⁷ A. Martinon, « Emploi et licenciements économiques », *Dr soc.* 2016, p. 324.

2 : Un mécanisme correcteur imposé à l'employeur

349. **Obligation implicite du contrat de travail.** L'obligation de reclassement est un mécanisme qui permet d'affecter quelqu'un dans un nouveau poste⁹⁶⁸. Dès lors le reclassement peut constituer une véritable correction du contrat de travail du salarié, puisque l'objectif est bien le maintien de ce contrat mais sous des modalités différentes. Le Professeur Martinon parlait ainsi d'une « révision imposée à l'employeur »⁹⁶⁹. Cette correction repose sur les épaules de l'employeur : il se voit imposer la recherche de reclassement et la proposition d'un nouveau poste, donc une obligation de proposer une correction du contrat de travail quand elle est possible. Il serait alors possible de parler de « forçage » du contrat de travail⁹⁷⁰ puisque selon les termes du Professeur Pélissier « En signant un contrat de travail à durée indéterminée, l'employeur ne s'engage plus seulement à verser une rémunération pour une prestation de travail bien définie ; il s'engage aussi [...] à rechercher et proposer un emploi différent de l'emploi initial lorsque cet emploi ne peut plus être tenu par le salarié ». Il s'agit d'une « obligation d'emploi qui va au-delà de l'obligation expressément souscrite par l'employeur dans le contrat de travail »⁹⁷¹. Serait-il alors possible de considérer la découverte de cette obligation au sein du contrat de travail comme une correction contractuelle ? Selon le Professeur Lyon-Caen, le contrat de travail est un « exemple d'un bouillon de culture où prolifèrent les obligations implicites ou latentes »⁹⁷² : il considère que l'obligation de reclassement découverte par la jurisprudence constitue l'une de ces obligations implicites qui s'imposent à l'employeur. Etant sous-entendue dans le rapport professionnel, il ne semble donc pas possible de considérer que cette obligation recouvre une véritable correction du contrat de travail. En revanche il y a

⁹⁶⁸ *Trésor de la langue française informatisé*.

⁹⁶⁹ A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, thèse, préf. B. Teyssié, 2005, Dalloz, A, p. 117.

⁹⁷⁰ Expression initialement employée par L. Josserand dans sa chronique « Le contrat dirigé » (*DH* 1933, chron., p. 89), reprise par la doctrine civiliste (L. Leveneur, « Le forçage de contrat », *Dr. et patr.* 1998, n° 58, p. 69 s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 10e éd. 2018, Defrénois, n° 13, spéc. n° 774). Concernant l'obligation de reclassement elle a pu être utilisée par F. Héas dans son article « Les obligations de reclassement en droit du travail » (*Dr. soc.* 1999, p.504).

⁹⁷¹ J. Pélissier, « Le lien d'emploi » in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra. Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, 2006, Dalloz, p. 337.

⁹⁷² G. Lyon-Caen, « L'obligation implicite », *Arch. phil. dr.* 2000, n°44, p. 109-113.

bien correction du contrat de travail lors de la mise en œuvre de cette obligation de reclassement.

350. **Portée de la correction pour le licenciement économique.** Que ce soit en matière d'inaptitude ou de licenciement économique cet effet du reclassement sur le contrat de travail du salarié est le même. En matière de licenciement économique le texte législatif précise que « le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure ». L'employeur peut donc proposer une correction du contrat de travail qui concerne la modification des fonctions du salarié et, éventuellement, de rémunération. A ce titre la jurisprudence précise que l'employeur est en droit de proposer des possibilités de reclassement « fût-ce par voie de modification des contrats de travail » et « en assurant au besoin l'adaptation de ces salariés à une évolution de leur emploi »⁹⁷³. En revanche la correction du contrat de travail doit être graduée : celle qui menerait à une réduction de rémunération ou de périmètre des responsabilités ne doit être proposée qu'en dernier recours. En effet, « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, ne doit proposer au salarié, dont le licenciement économique est envisagé, un emploi de catégorie inférieure qu'à défaut de possibilités de reclassement dans un emploi de même catégorie correspondant à sa qualification »⁹⁷⁴.

351. **Portée de la correction en matière d'inaptitude.** En matière d'inaptitude le texte paraît plus souple puisqu'il précise que l'employeur « propose un autre emploi approprié à ses capacités » en prenant en compte « les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur les capacités du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise ». Ce qui inclut également les éventuelles « indications sur la capacité du salarié à bénéficier d'une formation le préparant à occuper un poste adapté »⁹⁷⁵. Cette fois également la possibilité de corriger le contrat de travail est clairement indiquée même si doit être privilégiée la proposition la plus proche que possible de l'ancien poste du salarié. Les textes en matière d'inaptitude expliquent qu'au besoin l'employeur peut avoir recours

⁹⁷³ Cass. soc. 6 juill. 1999 : *Bull. civ.* V, n° 333, *D.* 1999, p. 204, *RJS* 7-8/99, p. 767, n°1237.

⁹⁷⁴ Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-44.714 : *RJS* 2006, p. 778, n°1045 ; CE 7 mai 2014, n°368530.

⁹⁷⁵ C. trav. art. L. 1226-2 et L. 1226-10.

à des « mesures telles que mutations, aménagements, adaptations ou transformations de postes existants ou aménagement du temps de travail ». L'employeur doit cependant tenter de proposer un emploi « aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé ». Il est donc prévu par la loi d'imposer à l'employeur la recherche d'une correction du contrat de travail du salarié permettant son maintien dans l'emploi.

352. **Droit au refus.** L'importance de cette correction peut d'ailleurs être telle que la jurisprudence a pris soin de prévoir une possibilité de refuser le reclassement pour le salarié⁹⁷⁶. L'obligation de proposer une correction du contrat de travail ne pèse bien que sur l'employeur ; le salarié lui est toujours en droit de refuser un poste qui ne lui convient pas⁹⁷⁷. Comme pour tout droit, la jurisprudence peut cependant sanctionner son abus, mais il ne sera pas caractérisé lorsque le reclassement dans le cadre d'un licenciement économique entraîne une modification du contrat de travail⁹⁷⁸. En matière d'inaptitude la jurisprudence apparaît plus flexible puisque l'abus pourra concerner tout emploi proposé dès lors qu'il est « approprié à ses capacités et comparable à l'emploi précédemment occupé »⁹⁷⁹. Ce caractère plus strict en matière d'inaptitude physique est confirmé par la loi qui prévoit expressément en matière d'inaptitude professionnelle que le salarié peut se voir refuser le droit à l'indemnité spéciale de licenciement et l'indemnité compensatrice de préavis en cas de refus abusif du poste de reclassement⁹⁸⁰.

353. **Incapacité d'exercer leur emploi normal.** Le reclassement est donc un mécanisme de correction dédié aux salariés qui sont dans l'incapacité d'exercer leur emploi normal : l'obligation de reclassement impose à l'employeur de rechercher une adaptation du poste de travail du salarié. Si le Code du travail actuel prévoit deux régimes légaux distincts, ils ont tous deux un fondement contractuel commun au cœur de l'obligation de bonne foi contractuelle. Ce fondement identique a favorisé le rapprochement des deux régimes de l'obligation de reclassement par le législateur.

⁹⁷⁶ En matière de licenciement économique v. not. Cass. soc., 29 janv. 2003, *Sté Total raffinage distribution* : RJS 4/03, n°436 et en matière d'inaptitude v. not. Cass. soc., 9 avril 2002, *Angee* : RJS 7/02, n°807.

⁹⁷⁷ En vertu du principe de liberté du travail cf. J. Pélissier, « Le lien d'emploi » in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra. Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, 2006, Dalloz, p. 337.

⁹⁷⁸ Cass. soc., 14 juin 2000 : *Bull. civ. V*, n° 228, *Dr. soc.* 2000, p. 1026, obs. J. Savatier.

⁹⁷⁹ Cass. soc., 7 mai 1996 : *Bull. civ. V*, n°330, RJS 6/96, n°668.

⁹⁸⁰ C. trav. art. L. 1226-14.

B : L'unité de la notion de reclassement, prétexte à une simplification démesurée ?

354. **Trois étapes.** Outre un fondement commun, les deux régimes de l'obligation de reclassement présentent des similitudes importantes au cours des trois phases de mise en œuvre de l'obligation qui sont la prospection d'un poste de reclassement, la proposition du poste de reclassement et le droit au refus du salarié. Le législateur a d'ailleurs engagé depuis déjà quelques années des réformes permettant de rapprocher le traitement de ces trois étapes au sein des deux régimes (1). L'harmonisation est possible au vu du fondement commun des deux régimes mais il faut cependant souligner l'excès de simplification mise en œuvre au cours de la procédure de reclassement (2).

1 : Unité de la notion de reclassement à travers ses différents régimes

355. **Recherche active.** Outre leur fondation commune, il est possible d'observer une véritable unité qui se dégage des différents régimes associés aux obligations de reclassement dispersées au sein du Code du travail. La notion de reclassement recouvre en effet dans tous les cas une notion positive : la recherche active d'un reclassement par l'employeur. La loi impose une recherche sérieuse et loyale de la part de l'employeur⁹⁸¹. A ce titre, il doit effectivement réaliser une véritable enquête pour tenter de trouver ces postes de reclassement. Son caractère sérieux et loyal implique tout d'abord d'effectuer des recherches personnalisées à la situation du salarié : une prise en compte de la qualification, l'expérience professionnelle et le niveau de formation du salarié sont notamment nécessaires⁹⁸². En matière d'inaptitude cette personnalisation de la recherche est particulièrement importante puisque l'employeur doit suivre l'ensemble des préconisations et remarques du médecin du travail⁹⁸³. *A contrario*, en matière de licenciement économique la jurisprudence autorise une plus grande souplesse puisqu'elle considère que les recherches de reclassement au sein du groupe « n'ont pas à être assorties du profil

⁹⁸¹ En matière d'inaptitude v. not. Cass. soc., 26 janv. 2006, n°03-40.332 : *D.* 2005, p.522 ; *Dr. soc.* 2005, p. 381, note Lacoste-Mary et en matière de licenciement économique v. not. Cass. soc., 7 avr. 2004, n°01-44.191 : *D.* 2004, p. 1352 ; *Dr. soc.* 2004, p. 670, obs. Couturier.

⁹⁸² En matière d'inaptitude physique : Cass. soc., 21 mars 2012, n°10-25.796 : *RJS* 6/2012, n°540 et en matière de licenciement économique : Cass. soc., 28 janvier 2015, n°13-23.602.

⁹⁸³ V. par ex. Cass. soc. 28 oct. 1998 : *Bull. civ.* V, n° 464.

personnalisé des salariés concernés par le reclassement »⁹⁸⁴. De plus, que ce soit en matière d'inaptitude ou de licenciement économique, la jurisprudence effectue une analyse *in concreto* de la réalisation de ces recherches par l'employeur⁹⁸⁵. Ensuite, les recherches menées par l'employeur doivent être exhaustives⁹⁸⁶ : l'employeur doit rechercher toutes les possibilités de reclassement⁹⁸⁷ pour que le licenciement du salarié concerné n'intervienne qu'en dernier recours. Les recherches doivent à la fois être préalables⁹⁸⁸ et continues⁹⁸⁹.

356. Obligation de moyens. L'employeur doit pouvoir prouver qu'il s'est loyalement acquitté de la recherche d'un reclassement pour le salarié inapte⁹⁹⁰ ou licencié pour motif économique⁹⁹¹. A cet égard il est intéressant de noter que, que ce soit en matière d'inaptitude ou de licenciement économique, l'obligation de reclassement constitue une obligation de moyens. L'employeur n'est pas tenu de reclasser le salarié à tout prix mais il doit mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour effectuer la recherche de ce reclassement⁹⁹². A cet égard les juges sont attentifs aux moyens dont dispose l'entreprise :

⁹⁸⁴ Les lettres de demandes de recherche de postes de reclassement sont ainsi suffisamment précises quand elles listent « uniquement l'intitulé et la classification de l'ensemble des postes supprimés sans apporter aucune indication concrète relative aux salariés occupant les postes supprimés notamment quant à leur âge, formation, expérience, qualification, ancienneté » (Cass. soc., 17 mars 2021, 19-11.114. V. déjà Cass. soc., 28 oct. 2015, n° 14-17.712).

⁹⁸⁵ En matière d'inaptitude : Cass. soc., 7 juillet 1988 : *Bull. civ.*, V, n° 424, p. 273. En matière de licenciement économique : Cass. soc., 31 mars 2009 : *Bull. civ.* V 2009, n° 95.

⁹⁸⁶ Cass. soc., 9 novembre 2017, n° 16-22.297.

⁹⁸⁷ Cass. soc., 24 juin 2008, n° 06-45.870 : *RDT* 2008, p.598, obs. J.-Y Frouin, *Dr. soc.* 2009, p.116, obs. G. Couturier ; Cass. soc., 4 mars 2009, n° 07-42.381 : *D.* 2009, p.815, obs. S. Maillard, *RDT* 2009, p.306, obs. J.-Y. Frouin.

⁹⁸⁸ C'est-à-dire engagées avant le début de toute procédure de licenciement (inaptitude physique : Cass. soc., 5 décembre 1995, n° 92-45.043 : *CSBP*, 1996, n° 77, p. 49 et licenciement économique : Cass. soc., 30 mars 1999 : *Bull. civ.* V, n° 146, *Dr. soc.* 1999, p. 635, obs. G. Couturier ; Cass. soc. 16 janvier 2007, n° 05-43.443).

⁹⁸⁹ En matière d'inaptitude la jurisprudence considère que lorsque malgré un premier reclassement accepté par le salarié la situation médicale du salarié évolue, le rendant inapte à effectuer son travail sur le poste de reclassement, l'employeur doit à nouveau effectuer une recherche loyale et sérieuse de reclassement : Cass. soc., 5 décembre 1995, n° 92-45.043 : *CSBP* 1996, n° 77, p. 49. Même solution en matière de licenciement économique : CA Versailles, 6^e chambre, 31 octobre 2006, RG n° 06/00968.

⁹⁹⁰ V. not. Cass. soc., 2 mars 1989 : *Bull. civ.* V, n° 171, p. 102.

⁹⁹¹ V. not. Cass. soc., 27 janv. 1993 n° 92-40.343, *Sté Serpico Moretti c/ M.* ; Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-44.429, *A. c/ Sté 360* : *RJS* 10/09 n° 775 ; Cass. soc., 10 juin 1997 n° 94-42.939, *Sté Reynolds c/ B.* : *Bull. civ.* V n° 211 ; Cass. soc. 24 juin 1998, n° 96-42.301, *Sté Lamy gérance varoise (LGV) c/ R.* ; Cass. soc. 15 déc. 2010 n° 09-41.025, *Sté Mecelec c/ B.* : *RJS* 3/11 n° 218 ; Cass. soc. 5 juill. 2011, n° 10-14.625, *Fondation SEF c/ B.* : *RJS* 10/11 n° 767.

⁹⁹² En matière de licenciement économique : Cass. soc., 2 juill. 2014, *Sté Pharma 3 c/ O.* : *Bull. civ.* V n° 165 ; *Sté Lallot Picardie c/ M.* : *Bull. civ.* V n° 164, *RJS* 10/14 n° 672 ; Cass. soc., 14 juin 2017, n° 16-16.001, *Sté Centre vertes collines c/ Z.* : *RJS* 10/17 n° 665. En matière d'inaptitude : v. par ex. CA Toulouse, 13 déc. 2002, 4^e ch. soc., n° 02-1822, *L. c/ SA Guima* : l'obligation de reclassement en tant qu'obligation de moyens

la taille de l'entreprise est prise en compte pour la recherche du poste de reclassement⁹⁹³. La diversité des activités de l'entreprise peut également être prise en compte⁹⁹⁴, la structure des emplois de l'entreprise⁹⁹⁵ ou la polyvalence du salarié concerné⁹⁹⁶. Le fait que certains services de l'entreprise soient délocalisés, ce qui entraînait comme conséquence que « les seuls postes de reclassement qui pouvaient être proposés aux salariés, étaient ceux qui avaient été libérés par les départs volontaires » est également pris en compte pour la vérification de la bonne mise en œuvre de l'obligation de reclassement par l'employeur⁹⁹⁷.

357. La question de l'unité du périmètre de reclassement. Cette analyse *in concreto* de la situation de l'employeur se retrouve dans le périmètre de l'obligation de reclassement retenu. En effet, ce périmètre n'est pas limité à la seule personne morale employeur. En matière de licenciement économique comme en matière d'inaptitude, a progressivement été mise en avant la notion de « groupe de permutation ». Concernant le licenciement économique, initialement la jurisprudence retenait une notion plus vague de « groupe auquel appartient l'entreprise »⁹⁹⁸. Ce n'est que quelques années plus tard que la notion de permutation du personnel a vu le jour : « la recherche des possibilités de reclassement du salarié doivent s'apprécier à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel »⁹⁹⁹. Le groupe de permutation repose sur une « approche fonctionnelle – voire empirique – fondée sur l'existence de possibilités de permutation d'emplois entre des employeurs différents »¹⁰⁰⁰. En pratique il s'agit donc d'une définition du périmètre potentiellement plus large que le groupe entendu au sens des

« n'impose pas à l'employeur la création d'un poste ou la formation d'un salarié déclaré inapte à des tâches n'ayant aucune finalité économique pour l'entreprise ».

⁹⁹³ Pour un cas de licenciement pour inaptitude : Cass. soc., 7 juillet 1988 : *Bull. civ.*, V, n° 424, p. 273 (les juges du fond avaient « relevé que l'entreprise comptait 180 salariés » et donc « que des permutations étaient possibles qui eussent permis de reclasser le salarié dans des conditions satisfaisantes ») ; pour un cas de licenciement économique : Cass. soc., 11 oct. 2006, n°05-43.020 (la Cour d'appel de Versailles avait fait « ressortir l'insuffisance des recherches de reclassement au sein d'une entreprise de taille très importante »).

⁹⁹⁴ Cass. soc., 29 nov. 1989, n°87-40.129.

⁹⁹⁵ Cass. soc., 16 déc. 2008, n°07-45.704.

⁹⁹⁶ Cass. soc., 10 mai 1995, n°91-43.748.

⁹⁹⁷ Cass. soc., 12 févr. 2014, n°12-25.049.

⁹⁹⁸ V. not. Cass. soc., 20 févr. 1991, n° 89-45.251, *Daunas c/ Sarl Phocédis* : D. 1991, p. 82, *Bull. civ.* V 1991, n° 86, p. 53.

⁹⁹⁹ Cass. soc., 25 juin 1992 : *Bull. civ.* V, n°420, D. 1992, p. 209, *Dr. soc.* 1992, p. 826, concl. R Kessous, *Dr. soc.* 1993, p. 272 note Q. Urban, *Dr. ouvr.* 1993, p. 169.

¹⁰⁰⁰ P. Bailly, « Les deux visages du groupe », *Gazette du Palais*, n°20, p. 62.

liens capitalistiques entre les sociétés¹⁰⁰¹. Ce choix jurisprudentiel d'une définition flexible du périmètre de l'obligation de reclassement se comprend face à la réalité des constructions économiques modernes : l'unité économique dépasse souvent le simple cadre de la personne morale¹⁰⁰². Le développement de la pratique des conventions tripartites de transfert de salariés au sein d'un même groupe de sociétés illustre parfaitement cet état de fait. Une telle définition peut alors entraîner pour certaines entreprises des conséquences importantes avec la multiplication des entités de recherche du reclassement : par exemple l'ensemble du réseau de franchisés *Intermarché* a pu être reconnu comme un groupe de reclassement¹⁰⁰³ (en 2018 ce réseau ne comptait pas moins de 1838 points de vente en France et plus de 2300 en Europe¹⁰⁰⁴).

358. **Prévalence de la notion commerciale du groupe.** La jurisprudence a progressivement été suivie dans cette analyse factuelle par le législateur. En matière de licenciement économique la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002¹⁰⁰⁵ et la loi n° 2015-990 du 6 août 2015¹⁰⁰⁶ ont intégré au sein du Code du travail l'idée de groupe pour le périmètre de l'obligation de reclassement. Il s'agissait ainsi du groupe « auquel appartient » ou « fait partie » l'entreprise, sans plus de précision sur la notion de permutation. Cependant la jurisprudence a rapidement confirmé le maintien du critère de permutabilité¹⁰⁰⁷. Finalement, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail a intégré au sein de l'article L. 1233-4 du Code du travail la notion de groupe de permutation¹⁰⁰⁸. Le législateur a à l'occasion de l'ordonnance

¹⁰⁰¹ Tels que définis par le Code de commerce, par référence à la détention de capital, de droits de vote, du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance ou du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires (C. com. art. L. 233-1, I, L. 233-3, II et L. 233-16).

¹⁰⁰² V. par ex. Cass. soc., 24 juin 2009, n°07-45.656 : *RDT* 2009, p. 581 ; *JCP S* 2009, 1440 : rendu en matière d'incapacité l'arrêt énonce que « les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ».

¹⁰⁰³ Cass. soc., 19 févr. 2014, n°12-22.709 : *Dr. ouvrier* 2014, p. 578, note F. Héas.

¹⁰⁰⁴ Information disponible sur <https://www.lesechosdelafranchise.com/franchise-intermarche/>, consulté le 10 août 2018.

¹⁰⁰⁵ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, art. 108.

¹⁰⁰⁶ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 290.

¹⁰⁰⁷ V. not. Cass. soc., 19 mai 2016, n°15-11.047 : *LSQ* n°138, 1^{er} août 2016, F. Aknin, « L'autonomie du PDV en matière de reclassement interne, Analyse et critiques des arrêts du 19 mai 2016 », *SSL* 2016, n°1737, p. 4.

¹⁰⁰⁸ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, art. 16.

« balai » de décembre 2017¹⁰⁰⁹, réduit le périmètre de la permutation par référence aux liens capitalistiques entre sociétés : qu'elles que soient les possibilités de permutation entre deux sociétés, le reclassement ne sera possible que pour autant qu'elles fassent partie du même groupe au sens du Code de commerce¹⁰¹⁰. Désormais il s'agit donc bien du groupe au sens du droit commercial : une entreprise dominante et les filiales qu'elle contrôle. Un cheminement similaire a été suivi pour le reclassement en cas d'inaptitude puisqu'après l'unification des procédures de reclassement mis en œuvre par la loi de 2016¹⁰¹¹, l'ordonnance du 22 septembre 2017 a également retenu le groupe de permutation comme périmètre de l'obligation de reclassement¹⁰¹², codifiant ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁰¹³. Finalement avec l'ordonnance « balai » du 20 décembre 2017 le législateur a terminé l'alignement du régime du reclassement pour inaptitude sur celui du licenciement économique avec la référence aux nécessaires liens capitalistiques entre les sociétés¹⁰¹⁴.

359. **Unité du périmètre géographique du reclassement.** Une unité entre les régimes du reclassement économique ou pour inaptitude se dégage également concernant leurs périmètres géographiques. Que ce soit en matière de licenciement économique ou en matière d'inaptitude, la jurisprudence avait fait le choix de rester dans une approche purement fonctionnelle du groupe de reclassement, et donc de ne pas exclure d'office les possibilités de reclassement à l'étranger¹⁰¹⁵. En pratique cela a amené les employeurs à formuler des propositions jugées indécentes pour des emplois situés à l'étranger au niveau de rémunération très faible. Le Ministère du Travail a tout d'abord, en matière de licenciement économique, publié une instruction relative à l'appréciation de propositions de reclassement à l'étranger indiquant que l'employeur doit « envisager des propositions

¹⁰⁰⁹ Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, art. 1.

¹⁰¹⁰ V. note n° 1001.

¹⁰¹¹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 102.

¹⁰¹² Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, art. 7.

¹⁰¹³ Cass. soc., 19 mai 1998 : *Bull. civ.* V, n°264 ; Cass. soc., 10 juill. 2002, n°00-40.209 ; Cass. soc., 10 mars 2004 : *Bull. civ.* V, n°84 ; Cass. soc., 9 juill. 2008 : *Bull. civ.* V, n°151.

¹⁰¹⁴ Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, art. 1.

¹⁰¹⁵ En matière de licenciement économique v. not. Cass. soc., 7 oct. 1998 : *Bull. civ.* V, n°407, *D.* 1999, p. 310, note J.-K. Adom, *D.* 1999, p. 177, obs. B. Reynes, *D.* 1998, p. 233. En matière d'inaptitude v. not. Cass. soc., 14 décembre 2011, n°10-24.049.

qui soient en adéquation avec les attentes légitimes du salarié » en vertu du principe de bonne foi contractuelle¹⁰¹⁶. Puis en 2010¹⁰¹⁷ le législateur est directement intervenu pour prévoir une procédure spécifique au reclassement à l'étranger reposant sur un questionnaire à destination du salarié¹⁰¹⁸. Par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 le législateur a inversé la procédure, puisqu'il était alors exigé que ce soit le salarié qui demande à recevoir des offres situées à l'étranger¹⁰¹⁹. Pour l'inaptitude la jurisprudence est intervenue en 2016 pour préciser que l'employeur doit tenir compte des restrictions formulées par le salarié, notamment en termes géographiques¹⁰²⁰. Une jurisprudence récente semblait également avoir admis la mise en œuvre d'un questionnaire préalable de la part de l'employeur, méthode similaire à celle retenue par la loi de 2010 en matière de licenciement économique, pour prendre connaissance des prérequis du salarié¹⁰²¹. Finalement l'unification a été complétée par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 qui indique désormais, que ce soit pour le licenciement économique ou pour inaptitude, que le reclassement ne peut s'effectuer que sur le territoire national¹⁰²².

360. **Propositions de reclassement.** Une fois la recherche de possibilités de reclassement effectuée, l'employeur est tenu, que ce soit dans le cadre de l'inaptitude ou du licenciement économique, de présenter au salarié toutes les offres de reclassement possibles et de façon suffisamment précise¹⁰²³ pour que le salarié puisse en apprécier la pertinence. Ces offres doivent être fermes : elles ne peuvent être soumises à une validation ultérieure de la

¹⁰¹⁶ Instruction DGEFP n°2006-01 du 23 janvier 2006 relative à l'appréciation de propositions de reclassement à l'étranger qui indique plus spécifiquement qu'*a priori* seuls les cadres supérieurs sont concernés par une proposition de reclassement à l'étranger en raison du nécessaire « lien entre la capacité du salarié à prendre un poste à l'étranger et son niveau hiérarchique » et que toute proposition « dans des unités de production à l'étranger, pour des salaires très inférieures au SMIC, ne peut être considérée comme sérieuse ».

¹⁰¹⁷ Loi n° 2010-499 du 18 mai 2010 visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement, art. unique.

¹⁰¹⁸ L'employeur devait demander au salarié s'il acceptait de recevoir des offres de reclassement situées hors du territoire national et sous quelles restrictions éventuelles en matière de localisation et rémunération notamment. Le salarié devait alors indiquer sa réponse dans un délai de six jours, l'absence de réponse équivalait à un refus (C. trav. art. L. 1233-4-1 anc.).

¹⁰¹⁹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 290.

¹⁰²⁰ Cass. soc., 23 nov. 2016, n°14-26.398 et n° 15-18.092, *G. et H. c/ Sté Lidl* : *RJS* 1/17, n° 10.

¹⁰²¹ Cass. soc., 22 mars 2018, n°16-24.482, *Sté CSF France c/ B.* : *RJS* 6/18, n° 402.

¹⁰²² Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, art. 7 et 16.

¹⁰²³ En matière d'inaptitude : Cass. soc., 6 févr. 2001, *SA Autocars Martinken c/ B.* : *Bull. civ.* V n° 40, *RJS* 4/01 n°433. En matière de licenciement économique l'article D. 1233-2-1 du Code du travail précise directement que les offres doivent contenir au moins l'intitulé du poste et son descriptif, le nom de l'employeur, la nature du contrat de travail, la localisation du poste, le niveau de rémunération et la classification du poste.

hiérarchie du salarié¹⁰²⁴. Elles doivent également être personnalisées au regard de la situation du salarié en cause¹⁰²⁵. En revanche, les régimes de l'inaptitude et du licenciement économique s'éloignent face à la question du formalisme de l'offre. Si le Code du travail impose un formalisme écrit des offres de reclassement en matière de licenciement économique¹⁰²⁶, ce n'est pas le cas pour l'inaptitude¹⁰²⁷. En pratique les offres de reclassement en matière d'inaptitude sont cependant le plus souvent écrites également, pour des questions de preuve de la bonne exécution de son obligation par l'employeur¹⁰²⁸. De plus, ce dernier est tenu de consulter les membres du comité social et économique sur les propositions de reclassement (ou l'absence de toute possibilité de reclassement) qu'il compte présenter au salarié. Une tendance à la simplification de ce formalisme en matière de licenciement économique est également perceptible : l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017¹⁰²⁹ a ouvert la possibilité en cas de licenciement économique de soit adresser des offres personnalisées à chaque salarié, soit diffuser « par tout moyen permettant de conférer date certaine »¹⁰³⁰, « une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés »¹⁰³¹. Une telle pratique était jusqu'à l'ordonnance censurée par les juges de la Cour de cassation¹⁰³². Dans les deux cas l'employeur est en droit d'imposer un délai de réponse au salarié mais ce délai doit alors être raisonnable pour laisser le temps au salarié d'apprécier la portée de l'offre de reclassement qui lui est faite¹⁰³³.

¹⁰²⁴ En matière d'inaptitude v. not. Cour d'appel de Rouen, 12 mai 2015, n° 14/01488. En matière de licenciement économique v. not. Cass. soc., 28 janv. 2015, n°13-23.440 : *RTD civ.* 2015, p. 864, obs. H. Barbier.

¹⁰²⁵ En matière de licenciement économique la jurisprudence retient ainsi qu'il est possible de proposer le même poste de reclassement à plusieurs salariés tant que ce poste est adapté à la situation de chacun : Cass. soc. 19 janv. 2011 n° 09-42.736, *Sté Haworth c/ P.* : *RJS* 4/11 n° 307. En matière d'inaptitude la proposition d'un poste de travail spécifiquement créé pour le salarié avec offre d'une formation personnalisée caractérise la bonne exécution par l'employeur de son obligation de reclassement : Cass. soc., 10 mai 2012, n°11-11.199.

¹⁰²⁶ C. trav. art. D. 1233-2-1 : les offres doivent être écrites.

¹⁰²⁷ Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-28.314, *Sté de distribution de Salouël c/ G.* : *RJS* 6/16, n° 405.

¹⁰²⁸ Certains auteurs s'étonnent ainsi que le législateur n'ait pas renvoyé le formalisme des offres en matière d'inaptitude à la publication d'un décret, à l'occasion de la réforme récente portée par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 (K. Pagani, Y. Pagnerre, *Le vademecum des ordonnances « Macron »*, 2018, Gualino, p. 29).

¹⁰²⁹ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

¹⁰³⁰ C. trav. art. D. 1233-2-1.

¹⁰³¹ C. trav. art. L. 1233-4.

¹⁰³² Cass. soc., 26 sept. 2006 : *Bull. civ.* V, n°288, *Dr. soc.* 2006, p. 1193, obs. J. Savatier.

¹⁰³³ En matière de licenciement économique l'exigence une réponse immédiate ne met pas « en mesure d'exercer son choix d'une façon libre et éclairée » : CA Dijon 22 mars 1994 n° 93-1825, *SA Toupargel c/ G.* : *RJS* 11/94, n°1254. De plus, dans le cas de la publication d'une liste de postes disponibles le délai de réponse ne peut pas être inférieur à quinze jours francs ou quatre jours francs en cas de redressement ou liquidation judiciaire (C. trav. art. D. 1233-2-1, III). En matière d'inaptitude le fait de proposer des postes de reclassement

361. **Droit au refus.** Enfin, dans les deux procédures, le salarié dispose d'un droit de refus du reclassement. En matière d'inaptitude ce droit au refus est indiqué de manière explicite par la loi : « l'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie [...] du refus par le salarié de l'emploi proposé »¹⁰³⁴. En matière de licenciement économique la jurisprudence est venue affirmer ce droit au refus¹⁰³⁵, avant que le législateur ne prévoie également cette possibilité en cas d'absence de candidature du salarié dans le délai imparti à la suite de la publication de la liste des postes disponibles¹⁰³⁶. Si cette reconnaissance d'un droit du salarié à refuser le poste de reclassement proposé paraît logique face au cas d'une proposition entraînant une modification du contrat de travail, elle peut surprendre dans le cas où il n'y aurait qu'un simple changement des conditions de travail. Pourtant, il s'agit bien de la solution retenue par la Cour de cassation¹⁰³⁷. Le Professeur Petit a pu souligner qu'il ne semblait pas envisageable de priver les salariés de leur liberté de refuser le reclassement dans une situation où la privation de leur poste ne résulte pas de leur fait mais plutôt du risque d'entreprise¹⁰³⁸. En revanche, en matière de reclassement pour inaptitude la jurisprudence reconnaît la possibilité d'un refus abusif. Reste que les conséquences de ce potentiel abus sont limitées puisque seul le cas d'une inaptitude non professionnelle pourrait entraîner la privation des indemnités de rupture pour le salarié¹⁰³⁹. Dans le cas d'une inaptitude d'origine professionnelle la loi prévoit seulement la privation des indemnités spécifiques de rupture¹⁰⁴⁰. La conséquence principale de ce refus du salarié de son poste de reclassement, lorsque l'ensemble des obligations patronales qui encadrent la mise en œuvre du reclassement ont par ailleurs été respectées, est logiquement que le licenciement du salarié peut être prononcé pour une cause réelle et sérieuse¹⁰⁴¹.

avec formulation d'un certain délai de réponse mais au final de ne pas respecter ce délai (avant même l'expiration de ce délai l'employeur avait précisé à la salariée qu'un des postes était déjà pourvu) constitue un manquement à l'obligation de reclassement : Cass. soc., 30 nov. 2010, n°09-41.918.

¹⁰³⁴ Pour l'inaptitude d'origine non-professionnelle v. C. trav. art. L. 1226-2-1 et pour l'inaptitude d'origine professionnelle v. C. trav. art. L. 1226-12.

¹⁰³⁵ Cass. soc., 25 octobre 1995, n°94-41.742.

¹⁰³⁶ C. trav. art. D. 1233-2-1.

¹⁰³⁷ Cass. soc., 29 janv. 2003, n°00-46.322 : *Bull. civ.* V, n°28, *SSL*, n°1109, p. 12.

¹⁰³⁸ Fr. Petit, « Le devoir de travailler », *Dr. soc.* 2019, p. 103.

¹⁰³⁹ Cas du licenciement pour faute grave, à notre connaissance encore jamais reconnu par la Cour de cassation.

¹⁰⁴⁰ C. trav. art. L. 1226-14.

¹⁰⁴¹ En matière d'inaptitude v. not. Cass. soc., 17 juillet 1996 : *Bull. civ.* V, n° 285, p. 200. En matière de licenciement économique : Cass. soc., 6 février 1997 : *Cahiers prud'homaux*, mai 1997, jurisprudence, p. 84.

2 : Réduction du périmètre et simplification procédurale

362. **Raisons d'être.** Si les obligations de reclassement, que ce soit en matière de licenciement économique ou d'inaptitude reposent sur le fondement commun de l'obligation contractuelle de bonne foi, il ne s'agit pas de leur seule raison d'être. En matière de reclassement pour inaptitude il est possible de souligner que l'obligation de reclassement participe d'un droit plus général de l'inaptitude qui repose à la fois sur « un objectif de maintien dans l'emploi et, en corollaire, de protection du salarié dont l'état de santé s'était détérioré »¹⁰⁴². Il y a donc en filigrane de l'obligation de l'employeur de reclasser son salarié la fameuse obligation de protection de la sécurité et de la santé des salariés ainsi que cet objectif de maintien dans l'emploi des salariés qui font face à un risque de perte de cet emploi. Pour le licenciement économique c'est également cet objectif de maintien dans l'emploi qui s'exprime comme le rappelle la décision du Conseil constitutionnel de 2005 : le droit au reclassement « découle directement » du droit de chacun d'obtenir un emploi¹⁰⁴³.
363. **Critiques.** La flexibilité de la définition jurisprudentielle de l'obligation de reclassement a fait l'objet de nombreuses critiques, la plupart pointant du doigt l'incertitude juridique liée à cette notion¹⁰⁴⁴. L'œuvre de simplification mise en œuvre par la jurisprudence mais surtout par le législateur peut donc être célébrée sous certaines réserves. Au regard des objectifs précités, plusieurs critiques peuvent être formulées concernant les évolutions récentes. Premièrement, le reclassement constitue un droit en faveur du salarié, dont la mise en œuvre incombe à l'employeur. Que ce soit en vertu du droit à l'emploi ou en vertu de la protection nécessaire de sa santé, l'employeur doit rester le seul responsable de la mise en œuvre de l'obligation de reclassement. Or, les récentes évolution du droit du reclassement ont sans conteste favorisé une mise en avant du rôle du salarié dans la procédure de reclassement. Pour la procédure de reclassement pour inaptitude la jurisprudence reconnaît à l'employeur la possibilité d'interroger le salarié préalablement à la recherche de postes de reclassement. Ce dernier peut donc devenir acteur de son reclassement et donc entraîner une dilution de la responsabilité de l'employeur. Pour la procédure de reclassement pour

¹⁰⁴² S. Fantoni, Fr. Héas, P.-Y. Verkindt, « La santé au travail après la loi du 8 août 2016 », *Dr. soc.* 2016, p. 921.

¹⁰⁴³ Cons. const., décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005.

¹⁰⁴⁴ V. par ex. J.-E. Ray, « Devoirs d'adaptation et obligations de reclassement », *Dr. soc.* 2008, 949.

licenciement économique, la mise en œuvre d'une publication des offres de reclassement par l'employeur, laissant au salarié le soin de consulter cette liste et de candidater dans un certain délai est également de nature à réduire la responsabilité de l'employeur.

364. **Rejet d'une définition du périmètre par référence aux liens capitalistiques.** Une autre critique qui peut être formulée est en lien avec l'objectif de maintien dans l'emploi du salarié. Le choix jurisprudentiel, consacré par le législateur en 2017, de retenir comme périmètre de reclassement le groupe de permutation peut être approuvé. Il s'agit en effet par définition de permettre une recherche du reclassement la plus exhaustive possible. En revanche, limiter ce groupe de permutation au groupe tel que défini par le Code de commerce ne paraît pas cohérent. S'il est certain que les deux définitions du groupe peuvent coïncider ce n'est pas toujours le cas. A cet égard il est possible de rappeler la décision de la Cour de cassation de 2009 ayant retenu un groupe de permutation entre « sept maisons de retraite [...] constituées sous la forme de sociétés indépendantes » mais « toutes situées dans la même région et regroupées sous un même sigle, [faisant] état dans leur propre documentation de la notion de groupe et [ayant] développé des outils de communication communs » ce qui permettait de démontrer l'existence d'« une organisation et des relations de partenariat permettant la permutation du personnel »¹⁰⁴⁵. Avec la nouvelle référence capitaliste, cette solution n'a plus lieu d'être en raison de l'indépendance entre chaque maison de retraite. Si la référence au groupe du Code de commerce peut être perçue comme une volonté d'harmoniser avec la jurisprudence récente¹⁰⁴⁶, elle apparaît cependant éminemment restrictive¹⁰⁴⁷. Certes, la notion de permutation est maintenue et insérée dans la loi mais sera forcément limitée à ce cadre du groupe de domination économique. Logiquement la prise en compte de la permutation du personnel n'entrera en compte que dans un second temps, après avoir déterminé le groupe de contrôle. Dans la même logique il est permis de s'interroger sur la limite géographique du territoire national pour le reclassement. S'il est évident que peu de profils pourraient

¹⁰⁴⁵ V. arrêt déjà cité Cass. soc., 24 juin 2009, n°07-45.656 : *RDT* 2009, p. 581 ; *JCP S* 2009, 1440.

¹⁰⁴⁶ L'appréciation des « moyens dont disposent l'entreprise et le groupe dont elle fait partie pour maintenir les emplois ou faciliter le reclassement » en matière de plan de sauvegarde de l'emploi doit s'effectuer dans le cadre « de l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du code du travail [...] » : Cass. soc., 21 sept. 2017, n°16-23.233 : P. Morvan, « Plan de sauvegarde de l'emploi (groupe de sociétés) : notion de contrôle effectif », *D.* 2017, p. 1922.

¹⁰⁴⁷ G. Couturier, « Le droit du licenciement économique », *Dr. soc.* 2018, p. 17.

correspondre à un reclassement à l'étranger,¹⁰⁴⁸ ce dernier ne devrait pas toutefois être exclu d'office.

365. **Abus du refus du reclassement.** Enfin, concernant la mise en œuvre du droit au refus du poste de reclassement du salarié c'est plus particulièrement le régime en vigueur en cas d'inaptitude qui doit être critiqué. L'inaptitude physique du salarié, même lorsqu'elle n'est pas due à un accident du travail ou à une maladie professionnelle ne peut être considérée hors le cas de la fraude autrement que comme indépendante de la volonté du salarié concerné. La possibilité de reconnaître un refus « abusif », aux conséquences lourdes pour le salarié, en matière d'inaptitude entre ainsi en contradiction avec la notion de droit au reclassement pour le salarié. Ce dernier doit bénéficier de la possibilité de pouvoir dire non à une proposition de reclassement sans risquer en contrepartie une pénalité importante.
366. **Unité et généralisation du reclassement.** La recherche de cohérence pour le mécanisme de correction constitué par le reclassement est de plus en plus évidente au fur et à mesure des réformes. A tel point que le législateur a parfois procédé à une trop grande simplification du régime. En revanche, l'unité dégagée permet de reconsidérer le champ d'application du régime. Il apparaît dès lors possible de plaider en faveur d'une véritable généralisation de l'obligation de reclassement.

II : Plaidoyer pour une généralisation de l'obligation de reclassement

367. **Propositions.** La généralisation de l'obligation de reclassement devrait permettre d'améliorer sa cohérence avec une présentation plus harmonieuse du régime et étendue à de nouvelles situations qui répondent aux critères unifiés du reclassement (A). Dès lors, il apparaît possible de proposer une nouvelle rédaction du régime de l'obligation de reclassement, tout en détaillant certaines spécificités propres à chaque situation (B).

¹⁰⁴⁸ Comme le soulignait l'instruction DGEFP n°2006-01 du 23 janvier 2006 relative à l'appréciation de propositions de reclassement à l'étranger : seuls les cadres supérieurs sont concernés par une proposition de reclassement à l'étranger en raison du nécessaire « lien entre la capacité du salarié à prendre un poste à l'étranger et son niveau hiérarchique ».

A : Objectifs d'une généralisation de ce mécanisme correcteur

368. **Meilleure cohérence.** La généralisation de l'obligation de reclassement a pour objectif de permettre d'une part de finaliser l'harmonisation des règles du reclassement, processus déjà engagé par le législateur (1). D'autre part, elle devrait autoriser une extension du champ d'application de l'obligation de reclassement favorable à une plus grande cohérence de ce mécanisme correcteur (2).

1 : Compléter l'uniformisation des procédures de reclassement

369. **Similarités importantes.** La présentation actuelle de l'obligation de reclassement au sein du Code du travail manque de clarté. Invoquée à l'article L. 1233-4 du Code du travail au sein d'une section dédiée aux dispositions communes aux différentes procédures de licenciement économique, elle est également détaillée dans les dispositions applicables en matière d'inaptitude. Cette première séparation se double d'une autre séparation puisqu'en matière d'inaptitude l'obligation de reclassement se retrouve à la fois parmi les dispositions concernant l'inaptitude d'origine professionnelle et celles concernant l'inaptitude d'origine non professionnelle. Si une telle distinction résulte de la construction historique de l'obligation de reclassement avec un développement en parallèle des deux régimes, elle apparaît aujourd'hui de moins en moins cohérente avec le fonctionnement de l'obligation de reclassement. L'uniformisation du régime du reclassement initié par le législateur depuis quelques années confirme en effet les liens très forts qui existent entre les différents régimes. Leurs similarités dépassant désormais leurs différences, une généralisation de l'obligation de reclassement dans sa forme actuelle peut être envisagée et devrait, par ailleurs, tendre à compléter la procédure d'uniformisation déjà bien avancée. A cet égard le législateur soulignait déjà dans son rapport accompagnant la publication de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 que « les obligations non protectrices et sources de contentieux sont supprimées » et que son action tendait à voir « les processus de reclassement [...] simplifiés »¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

370. **Objectif d'accessibilité et d'intelligibilité.** Cette uniformisation serait bénéfique à ce mécanisme de correction du contrat de travail que constitue l'obligation de reclassement : en améliorant sa lisibilité elle devrait permettre une meilleure mise en œuvre. Le double objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi relève en effet de la catégorie des objectifs à valeur constitutionnelle¹⁰⁵⁰, et vise à permettre les « conditions objectives d'effectivité des droits et libertés constitutionnels »¹⁰⁵¹. Pour garantir sa bonne mise en œuvre, le Conseil constitutionnel a pu reconnaître au législateur un sous objectif de simplification du droit¹⁰⁵². Cette simplification peut alors s'effectuer par le biais d'une uniformisation, d'une construction plus cohérente des normes. Cependant, l'uniformisation ne devrait pas empêcher la prise en compte de certaines spécificités du reclassement selon les situations. Notamment, en matière d'inaptitude et à la différence du licenciement économique, le rôle du médecin du travail est primordial et la consultation des membres du comité social et économique participe de leur rôle de « gardiens » de la santé et de la sécurité des salariés.

371. **Mesures d'harmonisation.** Il semble donc que l'obligation de reclassement puisse gagner à voir poursuivis les efforts d'uniformisation déjà engagés. Mécanisme de correction du contrat de travail qui vise notamment au maintien du lien d'emploi et à la protection de la santé du salarié, le régime du reclassement doit permettre une mise en œuvre la plus efficace possible. Il paraît dès lors possible de proposer plusieurs mesures d'harmonisation entre les régimes. Tout d'abord, concernant le régime de la recherche des offres de reclassement, une généralisation de la solution jurisprudentielle permettant à l'employeur d'interroger préalablement le salarié sur ses souhaits concernant son reclassement en matière d'inaptitude pourrait être envisagée. Une telle mesure permet en effet à l'employeur de préciser sa recherche d'un poste de reclassement. Notamment, si le groupe de reclassement dispose de plusieurs entités sur le territoire français où la permutation du personnel est possible alors que le salarié n'est pas prêt à déménager hors de sa région actuelle il peut s'avérer utile de préciser dès l'origine cette limitation du périmètre de

¹⁰⁵⁰ Not. affirmé à l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 (n°2006-540 DC).

¹⁰⁵¹ P. de Montalivet, « La «juridicisation» de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in *La confection de la loi*, dir. Roland Drago, *Cahiers des sciences morales et politiques* janvier 2005, PUF.

¹⁰⁵² Cons. const., 26 juin 2003, n°2003-473 DC : en effet, le « programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification » constitue une « double finalité [qui] répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ».

reclassement. Les restrictions éventuelles en termes de salaires ou fonctions peuvent également permettre de préciser le reclassement du salarié, tout en laissant ce dernier libre de ne donner aucune indication. Concernant les offres de reclassement ensuite, le régime du reclassement en cas de licenciement économique, et notamment le formalisme inscrit dans le Code du travail mériterait d'être étendu au reclassement pour inaptitude en tant que mesure protectrice du salarié. L'obligation de présenter des offres écrites ne modifierait de toute façon pas les bonnes pratiques en la matière, puisque l'écrit constitue le meilleur mode de preuve de l'accomplissement de son obligation pour l'employeur. Enfin, un autre élément qui mériterait d'être uniformisé relève du droit au refus de l'offre de reclassement pour le salarié. Les conséquences lorsque ce refus est considéré abusif varient en effet fortement entre l'obligation de reclassement pour licenciement économique et l'obligation de reclassement dans le cadre de l'inaptitude alors même que leur fondement est similaire.

2 : Assurer la cohérence de l'obligation de reclassement

372. **Responsabilité contractuelle de l'employeur** Outre cette harmonisation des règles encadrant le régime de l'obligation de reclassement, il pourrait également être envisagé de généraliser l'obligation à d'autres situations. Sous la forme d'une responsabilité contractuelle élargie de l'employeur, plusieurs cas de figure peuvent être envisagés. Une première proposition, déjà présentée par le Professeur Pélissier, serait d'étendre l'obligation de reclassement à l'insuffisance professionnelle non-fautive. Il insiste notamment sur les similitudes entre « l'inaptitude à tenir un emploi » et l'insuffisance professionnelle qui ne résulte pas de la faute du salarié puisque cette dernière « révèle par elle-même que le salarié n'occupe pas un emploi adapté à ses capacités »¹⁰⁵³. Cette proposition a été reprise et élargie par le Professeur Radé dans l'objectif de « renforcer l'attractivité du contrat de travail à durée indéterminée ». Ce dernier proposait ainsi de formuler une obligation de reclassement pour tous les cas de licenciement pour un motif non-disciplinaire¹⁰⁵⁴. Seule la faute du salarié serait donc de nature à exonérer l'employeur

¹⁰⁵³ J. Pélissier, « Le lien d'emploi » in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra. Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, 2006, Dalloz, p. 337.

¹⁰⁵⁴ Ch. Radé, « Renforcer l'attractivité du contrat de travail à durée indéterminée », *Dr. soc.* 2016, p.496 : il propose ainsi de distinguer entre une obligation de reclassement de résultat interne à l'entreprise et seulement de moyens pour le reclassement dans le groupe de permutation tout en limitant la sanction prévue en cas de non-respect.

de son obligation. Cependant cette analyse se heurte à plusieurs considérations. Si réellement l'obligation de reclassement reposait sur une telle compréhension de la responsabilité contractuelle de l'employeur, pour quelle raison ce dernier serait-il tenu de reclasser le salarié inapte en raison d'un accident ou d'une maladie non professionnelle ? Il pourrait en effet être opposé que l'inaptitude qui résulte d'une maladie ou d'un accident sans lien avec l'emploi du salarié est parfaitement externe au contrat de travail et donc aux obligations contractuelles de l'employeur. Dès lors, l'extension du reclassement à l'insuffisance professionnelle non-fautive ne paraît pas souhaitable pour conserver un fondement cohérent à l'obligation de reclassement.

373. **Emploi menacé sans lien avec la personne du salarié.** En observant les développements de l'obligation de reclassement il est possible de constater qu'elle a été mise en place pour des situations où le salarié est menacé de perdre son emploi pour une raison extérieure à sa personne. A cet égard, le licenciement pour insuffisance professionnelle non-fautive constitue un cas où la personne du salarié est bien prise en compte par le biais de ses compétences professionnelles. Une telle situation ne devrait donc pas intégrer le périmètre d'application de l'obligation de reclassement. L'obligation de reclassement constitue plutôt une expression de la responsabilité contractuelle de l'employeur qui tend vers une forme de responsabilité sociale : l'emploi n'est pas seulement un bien sur un marché mais constitue un droit pour les individus, droit qui est reconnu comme ayant une valeur constitutionnelle¹⁰⁵⁵. Cependant le licenciement pour inaptitude et le licenciement économique ne sont pas les deux seuls domaines du droit du travail où l'emploi du salarié se trouve menacé pour une raison extérieure à sa personne. Il est dès lors possible d'envisager la construction d'une obligation de reclassement au caractère plus général pour l'ensemble des situations où l'emploi du salarié serait menacé par une décision de l'employeur non-afférente à la personne du salarié.
374. **Autonomie de l'obligation.** En revanche, la généralisation de l'obligation de reclassement ne doit pas conduire à la mélanger avec l'obligation d'adaptation au poste de travail. Contrairement à ce que certains auteurs ont pu affirmer¹⁰⁵⁶, il apparaît utile de promouvoir

¹⁰⁵⁵ Cons. Const., décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983.

¹⁰⁵⁶ Ph. Waquet, « Le droit du travail et l'économie à la Cour de cassation », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, dir. A. Jeammaud, 2005, Dalloz, p. 115.

l'autonomie de l'obligation de reclassement et celle de l'obligation d'adaptation du salarié. Elles doivent évoluer distinctement car même si l'obligation d'adaptation intègre également un droit de l'évolution professionnelle¹⁰⁵⁷, elle relève d'un processus continu tandis que le reclassement n'intervient que lorsque l'emploi du salarié est directement menacé par une décision de l'employeur. La Professeure Favennec-Héry présentait ainsi la cohérence de la distinction : « La temporalité des deux concepts n'est pas la même. Confondre adaptation, maintien de la capacité du salarié et reclassement, c'est réduire les deux premières obligations à un processus trop tardif. Le reclassement n'est qu'une queue de comète attachée au risque de licenciement. À l'inverse, l'adaptation, le maintien de la capacité à occuper un emploi et l'évolution des compétences doivent être respectés à part entière [...] »¹⁰⁵⁸.

375. **Possibilité de réécriture.** Mécanisme de correction du contrat de travail original, l'obligation de reclassement mérite de voir son efficacité garantie dans toutes les situations où l'emploi du salarié est menacé sans lien avec sa personne. Dès lors, une réécriture du Code du travail pourrait être envisagée : une présentation générale de l'obligation pourrait être possible, avant d'éventuellement préciser les éléments de régime spécifiques à chaque situation de reclassement au sein des parties du Code dédiées.

B : Possibilités de mise en œuvre de la généralisation du reclassement

376. **Domaines de l'extension.** Cette obligation de reclassement doit donc constituer une forme d'ultime tentative de l'employeur de réduire l'impact de sa mesure sur son personnel. Dans une telle optique de développement de la responsabilité sociale de l'employeur il apparaît alors utile de généraliser l'obligation de reclassement à d'autres processus de droit du travail : dans le cadre du transfert des contrats de travail prévu à l'article L. 1224-1 du Code du travail et dans le cadre des accords de performance collective (article L. 2254-2 du Code du travail).
377. **Intérêts.** Pour l'article L. 1224-1 du Code du travail la possibilité de prévoir une recherche de reclassement interviendrait dans le cadre d'un refus du salarié de voir son contrat de

¹⁰⁵⁷ Fr. Favennec-Héry, « Le reclassement : une mutation en cours », *Dr. soc.* 2011, p.402.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

travail transféré au nouvel employeur. L'intégration d'une recherche de reclassement permettrait ainsi une prise en compte partielle des critiques adressées au mécanisme de transfert français qui ne permet pas réellement aux salariés de refuser le transfert de leurs contrats de travail¹⁰⁵⁹ (hors l'hypothèse du refus qui intervient quand le transfert s'accompagne d'une modification du contrat de travail¹⁰⁶⁰. En matière d'accords de performance collective il est intéressant de souligner que jusqu'à la réforme du code du travail par les ordonnances de septembre 2017, certains types d'accords¹⁰⁶¹ qui ont fusionné à cette occasion prévoyaient eux la mise en œuvre d'une procédure de licenciement économique individuelle (donc incluant l'obligation de reclassement du salarié). Si l'objectif d'une telle suppression est évidemment de rendre le nouveau mécanisme plus attractif pour les employeurs pour en assurer son utilisation, cela ne devrait pas intervenir au détriment du maintien d'une obligation de reclassement. Face à la mise à l'écart de la volonté du salarié permise par les accords de performance collective, ce dernier devrait *a minima* bénéficier, en cas de refus d'application de l'accord, d'une recherche de reclassement. D'autant plus que rien n'interdit que l'accord de performance collective prévoie des mesures centrées sur certaines catégories de salariés. Comme le souligne Monsieur Pierre Lopes, plusieurs logiques peuvent être suivies pour déterminer le périmètre de l'accord : ajustement de la négociation au plus près des difficultés ou logique de solidarité et dilution des efforts prévus par l'accord¹⁰⁶². Dans la première hypothèse, les catégories de salariés visées par l'accord pourraient être incitées à changer de poste dans le cadre de leur reclassement plutôt que de subir une modification imposée de leur contrat de travail.

378. **Rédaction.** Il pourrait ainsi être inséré au sein du Code du travail un nouvel article général sur l'obligation de reclassement. Cet article pourrait être rédigé ainsi :

« Dans les situations prévues par la loi où l'emploi du salarié est menacé pour un motif non inhérent à sa personne, la rupture de son contrat de travail ne peut intervenir que

¹⁰⁵⁹ V. not. sur la question : A. Supiot, « Les salariés ne sont pas à vendre : en finir avec l'envers de l'art. L. 122-12 al. 2 », *Dr. soc.* 2006, p. 264.

¹⁰⁶⁰ V. § n° 431 et s.

¹⁰⁶¹ Accords de mobilité interne, de maintien de l'emploi ou de préservation et de développement de l'emploi.

¹⁰⁶² P. P. Lopes, *L'adaptation de la relation de travail pour motif économique*, thèse, préf. B. Teyssié et E. Jeansen, 2018, LexisNexis, n° 100, p. 114.

lorsque le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation permettent d'assurer la permutation de tout ou partie du personnel.

Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure.

L'employeur adresse de manière personnalisée les offres de reclassement à chaque salarié ou, dans le cas où le reclassement concerne plusieurs salariés, diffuse par tout moyen une liste des postes disponibles, dans des conditions précisées par décret.

Les offres de reclassement proposées doivent être écrites et précises. »

379. « **Méthode Badinter** ». A la suite du rapport Badinter en charge de définir les principes essentiels du droit du travail de 2016, l'avant-projet de loi « travail » incluait un chapitre préliminaire qui reprenait peu ou prou l'ensemble des principes dégagés par les membres du comité Badinter. Malgré son abandon par le législateur, il apparaît que la méthode soit bonne pour présenter une application générale de l'article. Outre cet article introductif il pourrait aussi être rappelé pour chaque mécanisme concerné (licenciement économique, accord de performance collective, transfert automatique du contrat de travail, inaptitude) que cette obligation de reclassement trouve à s'appliquer à la situation en cause par référence au numéro de l'article introductif. Dans chaque domaine particulier pourrait être précisées les étapes spécifiques de la procédure de reclassement. Ainsi, en matière de reclassement pour inaptitude, outre la référence à l'article général, les articles pourraient rappeler le rôle du comité social et économique et celui du médecin du travail. En matière de reclassement dans le cadre du transfert collectif et automatique des contrats de travail il devrait être précisé que cette obligation n'est mise en œuvre qu'en cas de refus du salarié de voir son contrat transféré et qu'en l'absence de possibilité de reclassement le refus vaut alors démission, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁰⁶³.

¹⁰⁶³ V. § n° 432.

380. **Potentiels du reclassement et autres aménagements du contrat de travail.** L'obligation de reclassement actuellement prévue au sein du Code du travail en matière d'inaptitude physique et de licenciement économique relève des mécanismes correcteurs du contrat de travail. Il s'agit en effet de permettre le reclassement sur un nouveau poste de travail. Mécanisme protecteur du lien d'emploi, il permet d'obliger l'employeur à adapter le contrat de travail du salarié pour le maintenir dans l'emploi et/ou protéger sa santé. Les rapprochements entre les différents régimes légaux n'ont fait que souligner les potentiels d'une généralisation de l'obligation de reclassement. Il s'agirait ainsi de prévoir le reclassement du salarié pour tous les cas où la rupture de son contrat de travail ne serait pas liée à sa personne. Outre le reclassement, le contrat de travail connaît d'autres mécanismes correcteurs protecteurs des intérêts individuels. En particulier, plusieurs mécanismes prévoient une adaptation du contrat de travail.

Section II : La correction imposée par l'obligation d'aménagement du travail

381. **Réduction du temps de travail et aménagement du travail.** La protection des intérêts personnels des salariés peut également être assurée par des mécanismes de correction du contrat de travail qui portent sur l'aménagement des éléments du contrat de travail. Le temps de travail notamment, peut être adapté au bénéfice du salarié. Doté d'un régime juridique dès 1973¹⁰⁶⁴, le passage à temps partiel a été mis en avant par le législateur au sein de différents dispositifs de partage des temps de vie professionnelle et personnelle du salarié **(I)**. Imposée à l'employeur à une date beaucoup plus récente, l'obligation d'aménagement raisonnable est applicable pour les salariés en situation de handicap. Elle oblige l'employeur à mettre en place les aménagements nécessaires pour que le poste de travail soit adapté au handicap, aménagements qui peuvent éventuellement relever d'une correction du contrat de travail **(II)**.

I : La correction par la réduction du temps de travail

382. **Définition.** Le travail à temps partiel est défini dans le Code du travail comme tout travail réalisé par un salarié dont la durée du travail est inférieure à la durée légale du travail (ou

¹⁰⁶⁴ Loi n° 73-1195 du 27 décembre 1973 relative à l'amélioration des conditions de travail.

conventionnelle si cette dernière est inférieure)¹⁰⁶⁵. En pratique, cette modalité de travail concerne une part non négligeable et croissante des travailleurs en France¹⁰⁶⁶. Face à ce constat le législateur est progressivement intervenu pour donner un cadre juridique à cette pratique, alternant entre mesures d'assouplissement pour son recours et tentatives d'accroître la protection du travailleur à temps partiel¹⁰⁶⁷. Outre un encadrement du régime du temps partiel, le législateur a également multiplié les hypothèses où le salarié peut requérir de son employeur un passage à temps partiel (A). Cette croissance du recours au temps partiel s'est cependant accompagnée d'un véritable éparpillement des règles applicables aux différentes situations de passage à temps partiel (B).

A : Possibilités d'imposer le passage à temps partiel à l'employeur

383. **Outil de partage des temps de vie.** Les situations où le passage à temps partiel est imposé à l'employeur constituent autant d'hypothèses de correction imposée du contrat de travail (1). Le temps partiel, lorsqu'il est choisi par le salarié, peut représenter un outil de partage des temps de la vie du salarié. A cet égard, il permet une véritable protection des intérêts personnels du salarié (2).

1 : La correction du contrat de travail par le « passage à temps partiel »

384. **Passage à temps partiel et correction du contrat de travail.** Le travail à temps partiel peut être décidé dès l'origine de la relation professionnelle mais il peut aussi être mis en place *a posteriori*. Dans ce cas il est possible de parler de « passage à temps partiel »¹⁰⁶⁸, qui peut constituer une correction du contrat de travail. La mise en place du temps partiel relève en principe, d'une modification contractuelle qui nécessite le commun accord du salarié et de l'employeur¹⁰⁶⁹. La correction du contrat de travail produite par ce passage à temps partiel est d'ailleurs confirmée par la nécessité légale de rédiger un avenant au

¹⁰⁶⁵ C. trav. art. L. 3123-1.

¹⁰⁶⁶ Alors qu'en 1982 il représentait 9,4% des actifs, cette part est estimée à 18,1% en 2019 selon l'étude Insee *Une photographie du marché du travail en 2019*.

¹⁰⁶⁷ V. not. G. Auzero, E. Dockès et D. Baugard, *Droit du travail*, 34e édition 2020, Dalloz, n°265, p. 353.

¹⁰⁶⁸ Selon les termes du §2 de la section du Code du travail dédiée aux règles qui encadrent le travail à temps partiel.

¹⁰⁶⁹ V. note n° 209. De nombreuses jurisprudences sanctionnent la décision unilatérale de l'employeur de passage du temps partiel à du temps plein : v. par ex. Cass. soc., 15 oct. 2014, n° 13-13.665.

contrat de travail du salarié concerné. La loi impose ainsi un formalisme assez strict, avec un nombre de mentions obligatoires assez important¹⁰⁷⁰.

385. **Temps de travail et rémunération.** A travers la réduction de la durée du travail c'est également la rémunération du salarié qui est impactée. La possibilité laissée à l'employeur d'augmenter la durée du travail *via* l'imposition d'heures supplémentaires¹⁰⁷¹ a également un effet sur la rémunération du salarié, mais il s'agit d'un effet positif sur cette dernière. La jurisprudence a d'ailleurs pu reconnaître, en dehors du cas d'une réduction d'horaires prévue par accord de performance collective, que même une réduction minimale de la durée du travail, à partir du moment où elle est liée à une réduction de la rémunération, est une modification du contrat de travail qui requiert l'accord du salarié¹⁰⁷². Lorsque la demande de passage à temps partiel émane de l'employeur ce dernier peut même proposer une correction du contrat qui ne se limite pas à la durée du travail. La loi prévoit la possibilité de « proposer au salarié à temps complet un emploi à temps partiel ne ressortissant pas à sa catégorie professionnelle ou un emploi à temps partiel non équivalent »¹⁰⁷³. Reste que ces modalités relèvent du temps partiel négocié puisque le salarié comme l'employeur peuvent refuser toute demande en ce sens¹⁰⁷⁴.

2 : Objectifs du temps partiel imposé

386. **Conciliation du temps professionnel et autres temps personnels.** Il existe cependant des cas où le passage à temps partiel est de droit pour le salarié. Il est alors possible de parler d'une véritable correction du contrat de travail imposée à l'employeur. Dans plusieurs cas de figure le législateur est intervenu pour permettre une conciliation entre les temps de vie professionnels et personnels du salarié. Dans le cadre de congés « spéciaux », le législateur permet de réduire la prégnance du temps professionnel dans la vie du salarié. L'option privilégiée est donc, comme son nom l'indique, le recours à un congé, c'est-à-dire une période de suspension du contrat de travail. Cependant, le législateur a également permis

¹⁰⁷⁰ C. trav. art. L. 3123-6.

¹⁰⁷¹ V. not. Cass. soc., 20 mars 1961 : *Bull. civ. V*, n° 377, *Dr. soc.* 1961, p. 424, note J. Savatier.

¹⁰⁷² Cass. soc., 23 janvier 2001 : *Bull. civ. V*, n° 19.

¹⁰⁷³ C. trav. art. L. 3123-18.

¹⁰⁷⁴ Pour le salarié le Code du travail s'attache à préciser que son refus ne constitue ni une faute ni un motif de licenciement (C. trav. art. L. 3123-4).

dans ce cadre un recours au temps partiel pour les salariés désireux de ne pas cesser complètement leur activité professionnelle. La plupart de ces congés ne sont pas rémunérés ; dans ce cas le passage à temps partiel permet au salarié de conserver un salaire même si celui-ci est réduit. Le passage à temps partiel dans le cadre de ces congés est alors vu, non pas comme une fin en soi, mais plutôt comme un outil pour aider cette conciliation des temps de la vie du salarié. Le Code du travail contient d'ailleurs une section entière intitulée « Congés d'articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale »¹⁰⁷⁵.

387. **Différents congés ou passages à temps partiel.** Là où le législateur a été le plus libéral concernant la possibilité de bénéficier d'un temps partiel est indéniablement en matière de conciliation entre la vie professionnelle et la vie familiale du salarié. Il existe un certain nombre de congés qui ont tous pour objectif de permettre au salarié de bénéficier d'un temps plus important pour s'occuper de ses proches : congé parental d'éducation, congé de présence parentale, congé de proche aidant et congé de solidarité familiale. Le congé parental d'éducation concerne tout salarié qui justifie de l'arrivée au foyer d'un enfant, par naissance, adoption ou simple accueil, n'ayant pas atteint l'âge de fin d'obligation scolaire. Le salarié a la possibilité de bénéficier d'un passage à temps partiel¹⁰⁷⁶. Le passage à temps partiel dans le cadre du congé de présence parentale n'est lui possible qu'avec l'accord de l'employeur pour des salariés « dont l'enfant à charge [...] est atteint d'une maladie, d'un handicap ou victime d'un accident d'une particulière gravité rendant indispensables une présence soutenue et des soins contraignants »¹⁰⁷⁷. Le congé de solidarité familiale et le temps partiel lié sont prévus pour les salariés dont les proches¹⁰⁷⁸ souffrent « d'une pathologie mettant en jeu le pronostic vital » ou « en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable ». Le dernier dispositif concerne les salariés dont les proches¹⁰⁷⁹ présentent un handicap ou une perte d'autonomie d'une particulière gravité.

¹⁰⁷⁵ Même si l'ensemble des congés d'articulation entre vie privée et vie professionnelle ne s'y trouvent pas tous.

¹⁰⁷⁶ C. trav. art. L. 1225-47 et s.

¹⁰⁷⁷ C. trav. art. L. 1225-62 et s.

¹⁰⁷⁸ Définis comme les ascendants, descendants, frères, sœurs ou les personnes qui partagent le même domicile (C. trav. art. L. 3142-6).

¹⁰⁷⁹ Définis comme les conjoints, concubins, partenaires liés par un pacte civil de solidarité, ascendants, descendants, enfants dont le salarié assume la charge, collatéraux jusqu'au 4e degré, ascendants, descendants ou collatéraux jusqu'au 4e degré du conjoint, concubin ou partenaire de pacte civil de solidarité, personnes âgées ou handicapées avec lesquelles le salarié réside ou entretient des liens étroits et stables, auxquelles il

Enfin, dans un autre registre que les obligations familiales le législateur a également entendu favoriser la conciliation des temps de vie du salarié. Il s'agit du congé pour création ou reprise d'entreprise. La loi n°84-4 du 3 janvier 1984¹⁰⁸⁰ a entendu offrir aux salariés la possibilité de tenter une autre activité économique, tout en conservant la possibilité de récupérer leur emploi ou un emploi équivalent. Le congé est encore une fois limité à son objet : l'utilisation du congé à d'autres fins que celle de la création ou reprise d'entreprise peut mener au licenciement du salarié¹⁰⁸¹.

388. **Droit au passage à temps partiel.** Il est cependant nécessaire de souligner que sur l'ensemble de ces congés d'articulation des temps de vie du salarié, seuls deux à l'heure actuelle relèvent d'un véritable droit au passage à temps partiel : le congé parental d'éducation et le congé pour création ou reprise d'entreprise. Pour deux autres congés, le congé de proche aidant et de solidarité familiale, l'accord de l'employeur est en principe nécessaire. La procédure de contestation prévue permet cependant de considérer que ce droit au refus de l'employeur reste limité. Enfin, pour le dernier congé considéré, l'accord de l'employeur semble primer. Il s'agit du congé de présence parentale qui a vu son régime complété par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020¹⁰⁸².
389. **Force des différents régimes.** Les passages à temps partiel sont donc imposés à l'employeur avec plus ou moins de force selon le régime concerné. Pour le congé parental d'éducation le salarié « a le droit »¹⁰⁸³ à ce passage à temps partiel, il doit simplement « informe[r] son employeur du point de départ et de la durée de la période pendant laquelle il entend bénéficier [...] d'une réduction de sa durée du travail »¹⁰⁸⁴. Si le congé est également de droit pour le congé proche aidant¹⁰⁸⁵ et pour le congé de solidarité familiale¹⁰⁸⁶, la possibilité de passer à temps partiel n'est pas aussi clairement affirmée pour le salarié. En effet, pour ces deux dispositifs le passage à temps partiel est possible

vient en aide de manière régulière et fréquente à titre non professionnel, pour accomplir tout ou partie des actes ou des activités de la vie quotidienne (C. trav. art. L. 3142-16).

¹⁰⁸⁰ Loi n°84-4 du 3 janvier 1984 instituant pour les salariés un congé pour la création d'entreprises et un congé sabbatique.

¹⁰⁸¹ Cass. soc., 19 février 1997, n°95-45.040 : *Bull. civ.* V, n°231 ; *RJS* 4/97, p. 4.

¹⁰⁸² C. trav. art. L. 1225-62.

¹⁰⁸³ C. trav. art. L. 1225-47.

¹⁰⁸⁴ C. trav. art. L. 1225-50.

¹⁰⁸⁵ C. trav. art. L. 3142-16.

¹⁰⁸⁶ C. trav. art. L. 3142-6.

« avec l'accord de l'employeur »¹⁰⁸⁷. Ce refus devra cependant être justifié par des considérations sérieuses puisque le salarié bénéficie de la possibilité de contester le refus de l'employeur par la procédure accélérée au fond devant le conseil de prud'hommes compétent¹⁰⁸⁸. Le passage à temps partiel dans le cadre du congé de présence parentale est lui nécessairement soumis à l'accord de l'employeur¹⁰⁸⁹. Enfin, dans le cadre du congé pour la création ou reprise d'entreprise, le passage à temps partiel ne peut être imposé à l'employeur que dans certaines conditions et dans certaines entreprises. D'une part, l'employeur bénéficie du droit automatique de décaler le congé d'au maximum six mois¹⁰⁹⁰. D'autre part, dans les entreprises de moins de trois cents salariés, l'employeur a le droit de refuser le passage à temps partiel s'il estime que des « conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise » sont prévisibles ou si le salarié a déjà bénéficié d'une telle mesure dans les trois dernières années¹⁰⁹¹. Dans les entreprises avec un effectif d'au moins trois cents salariés en revanche, l'employeur a seulement la possibilité de différer le passage à temps partiel en cas d'« effectif de salariés employés simultanément à temps partiel au titre de la présente section à un niveau excessif au regard de l'effectif total de l'entreprise »¹⁰⁹².

390. **Différences importantes.** Dans le cadre de différents dispositifs permettant au salarié de protéger l'impact du temps de vie professionnelle sur d'autres « temps de vie », le législateur est intervenu pour laisser la possibilité au salarié de faire le choix d'une réduction de son temps de travail plutôt que d'un congé pur et simple. Malgré cet objectif commun de protection des intérêts du salarié, il est possible d'observer des différences importantes entre les différents régimes de passage à temps partiel.

B : Eparpillement des procédures de passage à temps partiel

391. **Manque de cohérence.** L'atteinte à l'intangibilité contractuelle permise par ces différents mécanismes est justifiée par un objectif de protection du salarié, en accord avec le principe

¹⁰⁸⁷ C. trav. art. L. 3142-8 et 3142-20.

¹⁰⁸⁸ C. trav. art. L. 3142-25 et 3142-13.

¹⁰⁸⁹ C. trav. art. L. 1225-62.

¹⁰⁹⁰ C. trav. art. L. 3142-107.

¹⁰⁹¹ C. trav. art. L. 3142-113.

¹⁰⁹² C. trav. art. L. 3142-115, ce niveau excessif étant fixé par les dispositions réglementaires à 2% de l'effectif total.

de sécurité individuelle. Les différences observées entre les différents régimes de passage à temps partiel apparaissent cependant ne pas permettre d'assurer la cohérence d'un régime de protection des temps de vie du salarié. L'éparpillement des règles observées est ainsi de nature à réduire la portée de la protection, à limiter le droit au passage à temps partiel pourtant affirmé par la plupart des textes (1). Dès lors, il apparaît possible de proposer un régime unificateur pour l'ensemble des régimes correcteurs du contrat de travail listés (2).

1 : Une mise en cause du droit au passage à temps partiel

392. **Mise en œuvre du droit au temps partiel non garantie.** Alors même que les différents régimes de passage à temps partiel imposés à l'employeur reposent sur un fondement commun, qui correspond à la protection des intérêts du salarié en permettant une meilleure conciliation des temps de vie du salarié avec son temps professionnel, le législateur a construit des régimes variés. Malgré des similitudes évidentes entre ces différents régimes, les procédures qui encadrent les différents passages à temps partiel sont toutes distinctes les unes des autres. Parfois particulièrement complexes, elles peuvent être source de confusion pour leurs utilisateurs. La primauté à la protection des intérêts du salarié en matière de conciliation des temps de vie du salarié par le biais d'une réduction de son temps de travail est pourtant évidente, comme le montre les évolutions législatives récentes. Notamment, dans le cadre de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020¹⁰⁹³, le législateur a souhaité développer le recours aux congés de proche aidant et de présence parentale. Outre la création d'une allocation journalière pour le proche aidant¹⁰⁹⁴, il a souhaité inscrire la possibilité du passage à temps partiel pour le congé de présence parentale¹⁰⁹⁵. Même si plusieurs régimes font référence à un véritable droit au congé ou au passage à temps partiel, dans sa mise en œuvre, ce droit n'est pas garanti. Il apparaît dès lors nécessaire de souligner les règles qui pourraient évoluer de façon à véritablement garantir un droit à la correction du contrat de travail en vue de la conciliation des temps de la vie du salarié.

¹⁰⁹³ Loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2019 de financement de la sécurité sociale pour 2020.

¹⁰⁹⁴ Nouveau chapitre VIII bis du Code de la sécurité sociale relatif à l'allocation journalière du proche aidant.

¹⁰⁹⁵ C. trav. art. L. 1225-62.

393. **Première réforme.** La première évolution envisageable concernerait les trois congés de conciliation avec la vie familiale autres que le congé parental d'éducation. Pour ce dernier, le passage à temps partiel est de droit et représente une véritable option face au choix du congé. Pour les trois autres congés il doit être obtenu avec l'accord de l'employeur. Même si la procédure de contestation prévue¹⁰⁹⁶ pour le congé de proche aidant et de solidarité familiale devrait permettre d'assurer que le refus de l'employeur est justifié par des considérations sérieuses, elle ne garantit pas un véritable droit à la correction du contrat par le passage à temps partiel. Cette différence de traitement pour des congés qui ont tous la même finalité de permettre une conciliation des exigences de la vie privée sous son angle familial et la vie professionnelle du salarié apparaît encore moins cohérente face au droit au congé dont bénéficie le salarié qui veut créer ou reprendre une entreprise. Même si ce droit est limité aux entreprises avec un effectif d'au moins trois cents salariés son lien avec le principe de sécurité individuelle apparaît plus distendu que le droit de prendre soin de ses proches dans le besoin. Il s'agit d'ailleurs plutôt d'une conciliation de deux vies professionnelles du salarié que d'une conciliation entre vie privée et vie professionnelle. L'étude des objectifs des passages à temps partiel en matière familiale conduit à également s'interroger sur la cohérence de cette différence de traitement. Le salarié qui souhaite éduquer ses enfants est-il celui qui a le plus besoin d'un passage à temps partiel ? Le besoin de bénéficier d'une réduction partielle de son temps de travail apparaît aussi important pour celui qui doit prendre en charge un proche avec une maladie très grave ou avec une perte d'autonomie importante.

394. **Réformes de procédure.** De nombreux autres différences du régime de régime entre ces congés n'apparaissent pas plus pertinentes face à l'objectif de garantir un droit à la conciliation des temps de vie du salarié. Tout d'abord, d'un point de vue formel, les différences observées ne semblent pas justifiées s'agissant de la procédure de demande ou d'information de passage à temps partiel. Alors que pour certains congés il est évoqué un délai de prévenance de quinze jours avant le début du congé¹⁰⁹⁷, pour d'autres ce délai est d'un ou deux mois¹⁰⁹⁸. La même remarque peut être faite concernant la procédure encadrant les demandes de modification ou de renouvellement des congés. Concernant la reprise de

¹⁰⁹⁶ Procédure accélérée au fond devant le conseil de prud'hommes.

¹⁰⁹⁷ V. par ex. pour le congé de solidarité familiale : C. trav. art. D. 3142-5.

¹⁰⁹⁸ V. par ex. pour le congé d'éducation parentale : C. trav. art. L. 1225-50.

l'activité à la fin de la période de temps partiel, alors même que tous les différents congés font référence à la reprise « du précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente »¹⁰⁹⁹, seuls trois congés font référence à une reprise anticipée de l'activité initiale avec l'accord de l'employeur en cas de diminution des ressources¹¹⁰⁰ alors qu'il s'agit d'une situation qui peut se retrouver commune à l'ensemble des congés concernés. Pour le cas du congé pour création ou reprise d'entreprise la loi indique expressément que le salarié ne bénéficie d'« aucun droit à être réemployé à temps plein avant le terme [...] »¹¹⁰¹. Cependant une telle limite au retour anticipé du salarié à un travail à temps plein ne semble pas logique. La diminution des ressources du foyer est également une situation qui peut amener le salarié à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise à reconsidérer son projet. Par ailleurs, cette formulation similaire à celle retenue pour le congé sabbatique dont la création a été actée au sein de la même loi que le congé pour création ou reprise d'entreprise¹¹⁰², n'empêcherait pas de prévoir un cas de retour anticipé à temps plein sous réserve de l'accord de l'employeur.

395. **Droits du salarié.** Enfin, des différences subsistent concernant le traitement des droits du salarié pendant et après le congé. D'une part, concernant les droits tirés de l'ancienneté, alors que le congé de solidarité familiale, le congé de présence parentale et le congé proche aidant prévoient que la durée du congé est prise en compte entièrement pour les droits tirés de l'ancienneté¹¹⁰³, le congé parental d'éducation ne prévoit une prise en compte qu'à 50%¹¹⁰⁴ et le congé pour création ou reprise d'entreprise n'en fait même pas mention. S'il est vrai que le congé parental d'éducation peut potentiellement couvrir une période très longue¹¹⁰⁵, sa durée initiale est fixée à un an ce qui correspond à la durée maximale du congé proche aidant, congé qui permet au salarié une reprise totale de son ancienneté. Le

¹⁰⁹⁹ Congé parental d'éducation : C. trav. art. L. 1225-55, congé de solidarité familiale : C. trav. art. L. 3142-10, congé de proche aidant : C. trav. art. L. 3142-22, congé de présence parentale : C. trav. art. L. 1225-64 et congé pour création ou reprise d'entreprise : C. trav. art. L. 3142-108.

¹¹⁰⁰ Il s'agit du congé parental d'éducation et du congé de proche aidant (respectivement C. trav. art. L. 1225-52 et L. 3142-19).

¹¹⁰¹ C. trav. art. L. 3142-112.

¹¹⁰² Loi n°84-4 du 3 janvier 1984 instituant pour les salariés un congé pour la création d'entreprise et un congé sabbatique.

¹¹⁰³ Pour le congé de solidarité familiale : C. trav. art. L. 3142-12, pour le congé de présence parentale : C. trav. art. L. 1225-65 et pour le congé de proche aidant : C. trav. art. L. 3142-21.

¹¹⁰⁴ C. trav. art. L. 1225-54.

¹¹⁰⁵ En cas de naissances ou adoptions d'au moins trois enfants le congé parental d'éducation peut être renouvelé cinq fois, soit une durée maximale de six ans.

congé pour création ou reprise d'entreprise a également une durée initiale d'un an, renouvelable une fois. Il pourrait donc être envisagé de prévoir une reprise totale d'ancienneté pour tous les congés, limités à un an, puis une reprise d'ancienneté à 50% pour toute durée excédant un an. Surtout, chaque congé dispose d'un régime différent en matière de droits à la formation professionnelle. Alors même que la formation professionnelle constitue un « formidable[...] levier[...] d'accès aux compétences »¹¹⁰⁶ et de maintien dans l'emploi, il apparaîtrait logique de consacrer des droits uniformes en la matière aux personnes qui ont bénéficié d'une période de suspension ou de réduction de leur activité professionnelle et s'appêtent à travailler à nouveau, que ce soit à temps partiel ou dans le cas d'un retour vers la durée du travail initiale. Le congé le plus développé en la matière est le congé parental d'éducation, qui précise que le salarié a droit à un bilan de compétences¹¹⁰⁷, à un entretien relatif à son orientation professionnelle¹¹⁰⁸ et à une action de formation à son retour, notamment en cas de changement de techniques ou de méthodes de travail dans l'entreprise¹¹⁰⁹. Pour les autres congés familiaux, la loi prévoit uniquement l'obligation d'organiser l'entretien professionnel¹¹¹⁰. Pour le congé pour création ou reprise d'entreprise il est seulement mentionné la possibilité d'une « réadaptation professionnelle »¹¹¹¹. Il apparaît dès lors plus intéressant d'aligner les différents régimes en incluant, pour tous, la possibilité d'organiser l'entretien professionnel, le bilan de compétences et la possibilité de suivre une action professionnelle au retour (sous réserve d'une durée du congé/passage à temps partiel suffisante).

2 : Propositions d'unification

396. **Proposition d'harmonisation.** En tant que mécanisme de correction protecteur des intérêts du salarié, par la conciliation qu'il permet entre la vie professionnelle du salarié avec d'autres temps de vie du salarié, le passage à temps partiel imposé à l'employeur doit

¹¹⁰⁶ Discours de Muriel Pénicaud sur le projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel présenté au Sénat le 10 juillet 2018.

¹¹⁰⁷ C. trav. art. L. 1225-58.

¹¹⁰⁸ C. trav. art. L. 1225-57.

¹¹⁰⁹ C. trav. art. L. 1225-59.

¹¹¹⁰ C. trav. art. L. 3142-11 et art. L. 3142-23.

¹¹¹¹ Même si l'idée semble très proche de celle d'action de formation professionnelle, elle mériterait d'être adaptée. L'action de formation professionnelle constitue en effet, depuis la réforme portée par la loi du 5 septembre 2018 dite « Avenir professionnel », la terminologie retenue pour tout « parcours pédagogique permettant d'atteindre un objectif professionnel » (C. trav. art. L. 6313-2).

bénéficier d'un régime qui lui permette une pleine efficacité. Les périodes de passages à temps partiel peuvent en effet constituer un outil au service d'une meilleure harmonie entre les impératifs professionnels et les impératifs familiaux/personnels du salarié. Dès lors, il paraît utile de proposer une harmonisation des régimes des différents congés évoqués plus haut.

397. **Rédaction proposée.** Ainsi, les congés d'éducation parentale et de présence parentale pourraient être relocalisés au sein de la section du Code du travail intitulée « Congés d'articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale ». Le régime des trois congés familiaux pourrait alors être évoqué au sein d'une même sous-section intitulée « Congés de nécessité familiale », elle-même découpée en quatre paragraphes dont le premier serait consacré aux règles communes à ces trois congés et les trois suivants aux règles spécifiques à chaque congé (avec un découpage en sous-paragraphes selon le triptyque ordre public, négociation collective et dispositions supplétives). Le paragraphe dédié aux règles communes aux trois congés pourrait alors inclure les règles détaillées ci-après :

« Sous-section 1 : Congés de nécessité familiale

Paragraphe 1 : Dispositions communes

Article L. 3142-1 du Code du travail

Sous réserve de remplir les conditions détaillées ci-après pour chacun des congés concernés, tout salarié a le droit :

1° Soit au bénéfice d'un congé durant lequel son contrat de travail est suspendu ;

2° Soit à la réduction de sa durée du travail, sans que cette activité à temps partiel puisse être inférieure à seize heures hebdomadaires.

Article L. 3142-2 du Code du travail

Le salarié ne peut exercer aucune autre activité professionnelle pendant la durée du congé.

Toutefois, dans le cadre du congé parental d'éducation il peut exercer les activités d'assistance maternelle définies par le titre II du livre IV du même code.

Dans le cadre du congé de proche aidant, il peut être employé par la personne aidée dans les conditions prévues au deuxième alinéa des articles L. 232-7 ou L. 245-12 du Code de l'action sociale et des familles.

Article L. 3142-3 du Code du travail

Le salarié informe son employeur par tout moyen conférant date certaine du point de départ et de la durée de la période pendant laquelle il entend bénéficier soit d'un congé, soit d'une réduction de sa durée du travail.

Le salarié adresse une demande motivée à l'employeur un mois au moins avant la date à laquelle il entend bénéficier du congé ou de la période d'activité à temps partiel.

Article L. 3142-4 du Code du travail

Lorsque le salarié entend prolonger ou modifier son congé ou sa période d'activité à temps partiel, il en avertit l'employeur au moins un mois avant le terme initialement prévu et l'informe de son intention soit de transformer le congé en activité à temps partiel, soit de transformer l'activité à temps partiel en congé.

Toutefois, pendant la période d'activité à temps partiel ou à l'occasion des prolongations de celle-ci, le salarié ne peut pas modifier la durée du travail initialement choisie sauf accord de l'employeur ou lorsqu'une convention ou un accord collectif de travail le prévoit expressément.

Article L. 3142-5 du Code du travail

En cas de diminution importante des ressources du foyer, le salarié a le droit :

1° S'il bénéficie d'un congé, soit de reprendre son activité initiale, soit d'exercer son activité à temps partiel dans la limite prévue à l'article L. 3142-1 du Code du travail.

2° S'il travaille à temps partiel, de reprendre son activité initiale et, avec l'accord de l'employeur, d'en modifier la durée.

Le salarié adresse une demande motivée à l'employeur un mois au moins avant la date à laquelle il entend bénéficier de ces dispositions.

Article L. 3142-6 du Code du travail

La durée du congé ne peut être imputée sur celle du congé payé annuel.

La durée du congé est prise en compte totalement pour la détermination des droits que le salarié tient de son ancienneté, dans la limite d'une année. Au-delà, elle est prise en compte pour moitié.

Le salarié conserve le bénéfice de tous les avantages qu'il avait acquis avant le début du congé.

Article L. 3142-7 du Code du travail

A l'issue du congé ou de la période de travail à temps partiel, ou dans le mois qui suit la demande motivée de reprise de l'activité prévue à l'article L. 3142-5, le salarié retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente.

Article L. 3142-8 du Code du travail

Au cours du congé ou de la période d'activité à temps partiel, le salarié a le droit de suivre, à son initiative, un bilan de compétences.

Pendant cette période il n'est pas rémunéré.

Il bénéficie de la législation de sécurité sociale relative à la protection en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles prévue à l'article L. 6342-5 pour les stagiaires de la formation professionnelle.

Le salarié qui reprend son activité initiale à l'issue du congé ou de la période d'activité à temps partiel a le droit à l'entretien professionnel mentionné à l'article L. 6315-1.

Au cours de cet entretien, le salarié et l'employeur organisent le retour à l'emploi du salarié ; ils déterminent les besoins de formation du salarié et examinent les conséquences éventuelles du congé sur sa rémunération et l'évolution de sa carrière.

A la demande du salarié, l'entretien peut avoir lieu avant la fin du congé ou de la période d'activité à temps partiel.

Le salarié reprenant son activité initiale ou transformant son congé en activité à temps partiel, après une période de congé ou d'activité à temps partiel d'au moins trois mois, bénéficie d'un droit à une action de formation professionnelle, notamment en cas de changement de techniques ou de méthodes de travail.

Si le salarié souhaite bénéficier de ce droit avant l'expiration de la période pendant laquelle il entendait bénéficier d'un congé ou d'une période d'activité à temps partiel, il est mis fin au congé ou à la période d'activité à temps partiel dès le début de l'action de formation.

Article L. 3142-9 du Code du travail

Un salarié peut, sur sa demande et en accord avec son employeur, renoncer anonymement et sans contrepartie à tout ou partie de ses jours de repos non pris, qu'ils aient été ou non affectés sur un compte épargne-temps, au bénéfice d'un autre salarié de l'entreprise qui souhaite bénéficier d'un des congés prévus à la présente sous-section.

Le congé annuel ne peut être cédé que pour sa durée excédant vingt-quatre jours ouvrables.

Le salarié bénéficiant d'un ou de plusieurs jours cédés en application du premier alinéa du présent article bénéficie du maintien de sa rémunération pendant sa période d'absence. Cette période d'absence est assimilée à une période de travail effectif pour la détermination des droits que le salarié tient de son ancienneté. Le salarié conserve

le bénéfice de tous les avantages qu'il avait acquis avant le début de sa période d'absence. »

Le congé pour création ou reprise d'entreprise serait maintenu au sein du chapitre dédié aux « Autres congés » mais ses dispositions pourraient être adaptées pour correspondre aux règles rédigées ci-dessus.

398. **Affirmation du droit du passage à temps partiel.** La durée du travail relève des éléments contractuels de référence¹¹¹². Le passage à temps partiel en tant que mécanisme de réduction du temps de travail du salarié relève donc d'un mécanisme de correction du contrat de travail. Il est notamment prévu dans des hypothèses où il permet de protéger les temps de vie du salarié de l'influence de sa vie professionnelle. Dans ce cadre, le passage à temps partiel est de droit pour le salarié : il est imposé à l'employeur pour permettre de protéger les intérêts personnels du salarié. Pour répondre à cet objectif une harmonisation des différents régimes de ce mécanisme correcteur devrait être envisagée. Autre mécanisme correcteur permettant une adaptation du contrat de travail dans un objectif de protection des intérêts individuels du salarié, l'obligation d'aménagement raisonnable en matière de handicap doit également être évoquée.

II : La correction par l'obligation d'aménagement raisonnable

399. **La correction par l'aménagement.** L'obligation d'aménagement raisonnable participe des mécanismes de correction du contrat de travail imposés à l'employeur. La définition particulièrement large de l'aménagement permet en effet d'inclure de possibles modifications des éléments contractuels. La charge de cette obligation repose sur les épaules de l'employeur : il ne peut s'en défaire que sous réserve que le « coût » de mise en œuvre de l'obligation excède ce qui est « raisonnable ». Issue d'une directive « égalité de traitement »¹¹¹³, l'objectif poursuivi par la mise en place de cette obligation est de protéger les intérêts des travailleurs en situation de handicap. Il s'agit donc bien d'un mécanisme de protection des intérêts individuels de ces salariés. Cette obligation d'aménagement

¹¹¹² V. § 65.

¹¹¹³ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

raisonnable, aux implications potentiellement importantes, reste actuellement limitée en France dans son champ d'application matériel au cas du handicap (A). Il pourrait être envisagé d'étendre ce champ d'action en lien avec l'exigence de bonne foi dans les relations professionnelles. Notamment, l'étude du régime de cette obligation au sein des régimes juridiques anglo-saxons est une piste de réflexion permettant de saisir les enjeux sous-jacents à une telle extension (B).

A : L'obligation d'aménagement raisonnable limitée aux travailleurs en situation de handicap

400. **Définition volontairement large.** L'aménagement raisonnable constitue une notion volontairement peu définie par le législateur français, puisque spécifique à chaque situation individuelle. Dès lors, l'aménagement peut concerner toute forme de changement ou modification du poste de travail, incluant notamment les modifications des éléments contractuels comme le temps de travail ou les fonctions (1). La seule limite à cette obligation d'aménagement porte sur sa nature raisonnable pour l'employeur. Encore une fois il s'agira d'une appréciation au cas par cas de la situation de chaque entreprise face aux aménagements requis (2).

1 : L'aménagement du travail, possible voie d'une correction du contrat de travail

401. **Sources internationales.** Les aménagements raisonnables sont définis par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées comme les « modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales »¹¹¹⁴. Cette convention lie directement discrimination et refus d'aménagements raisonnables, indiquant implicitement l'existence d'une obligation des Etats signataires de prendre les mesures nécessaires pour garantir ces aménagements raisonnables pour les personnes handicapées. L'obligation d'aménagement raisonnable concerne plus particulièrement le domaine du droit du travail

¹¹¹⁴ Art. 2 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.

où ces aménagements sont souvent nécessaires pour garantir l'accès et le maintien dans l'emploi et la formation professionnelle pour ces personnes. L'obligation a été d'abord explicitement prévue au niveau européen avant d'être traduite dans la législation française. Ainsi, la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, prévoyait en son article 5 une obligation pour l'employeur de prendre « les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée ». Inscrite dans la législation française à l'article L. 5213-6 du Code du travail, l'obligation d'aménagement raisonnable est conçue comme un outil pour garantir l'égalité de traitement entre les travailleurs en situation de handicap et les autres travailleurs. Elle est formulée sous la forme d'un principe avant que soit précisée sa limite. En effet, elle consiste pour l'employeur à prendre des « mesures appropriées » pour garantir aux travailleurs en situation de handicap un emploi ou une formation professionnelle, tout en limitant ces mesures à celles qui ne représentent pas une charge disproportionnée pour l'employeur¹¹¹⁵.

402. **Nature des mesures appropriées.** La notion de « mesures appropriées » a été définie par la directive de 2000 comme les « mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap, par exemple en procédant à un aménagement des locaux ou à une adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyens de formation ou d'encadrement ». Lors de la transposition le législateur français n'a pas repris cette définition. Cependant, à l'occasion de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, le législateur est venu préciser que ces aménagements raisonnables portaient *a minima* sur la mise en place du télétravail pour le salarié en situation de handicap¹¹¹⁶. Cet alinéa a été introduit dans le texte de loi par un amendement déposé en cours de procédure par des membres du parti socialiste dans le but justement de préciser cette obligation d'aménagement raisonnable, de lui donner « un caractère plus

¹¹¹⁵ Le calcul du poids des charges doit prendre en compte le bénéfice de l'aide financière du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des en situation de handicap prévue à l'article L. 5213-10 du Code du travail.

¹¹¹⁶ Art. 56 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels : le législateur a précisé que l'obligation devait au moins porter sur l'adaptation des logiciels de travail du travailleur handicapé et la mise en place du télétravail pour ce dernier.

univoque »¹¹¹⁷. La notion de charge disproportionnée n'est quant à elle pas définie par les textes. Que ce soit la directive ou l'article L. 5213-6 du Code du travail, ils font cependant référence à une prise en compte des aides financières accordées aux employeurs. Ces charges doivent être appréciées *in concreto*, en tenant compte de la taille, des moyens financiers ou l'organisation opérationnelle de l'entreprise.

403. **Périmètre de l'obligation d'aménagement raisonnable.** L'obligation d'aménagement raisonnable du poste de travail des personnes handicapées est applicable sur l'ensemble des étapes de la vie professionnelle. Ainsi, l'égalité de traitement permise par les aménagements raisonnables doit être prévue pour l'accès à un emploi correspondant à la qualification du travailleur, le maintien dans cet emploi, l'exercice ou la progression dans cet emploi ou dans les cas de dispensation d'une formation adaptée aux besoins des travailleurs en situation de handicap¹¹¹⁸.

404. **Exemples de mesures.** L'obligation d'aménagement raisonnable applicable pour les travailleurs en situation de handicap peut donc constituer un mécanisme de correction du contrat de travail *via* l'adaptation du poste de travail qui peut être réalisée. Le Guide de l'emploi des personnes en situation de handicap et aménagement raisonnable publié par le Défenseur des droits liste un certain nombre d'exemples de mesures d'aménagement raisonnable regroupées en trois catégories : mesures techniques, mesures organisationnelles et mesures impactant le collectif de travail¹¹¹⁹. Si les mesures techniques relèvent plutôt de l'aménagement des conditions de travail, d'autres mesures relèvent véritablement d'une correction du contrat. En particulier, au sein des mesures organisationnelles, le guide rappelle qu'il est possible de prévoir un aménagement des éléments du socle contractuel : réduction du temps de travail, affectation géographique spécifique proche du domicile ou du lieu de soin par exemple. Dans les mesures qui ont une influence sur le collectif, la possibilité d'aménager les tâches professionnelles du salarié handicapé peuvent conduire à provoquer une modification de ses fonctions. Dès lors

¹¹¹⁷ Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 1^{er} juin 2016.

¹¹¹⁸ C. trav. art. L. 5213-6.

¹¹¹⁹ Guide « Emploi des personnes en situation de handicap et aménagement raisonnable », Défenseur des droits, décembre 2017, point 5.2, p. 57.

que l'aménagement raisonnable va au-delà d'une adaptation des conditions de travail, il s'agit d'un véritable mécanisme correcteur du contrat de travail imposé à l'employeur.

2 : Limites à la correction du contrat de travail par l'aménagement raisonnable

405. **Notion de charge disproportionnée.** Le caractère impératif de l'obligation d'aménagement raisonnable du poste de travail du salarié en situation de handicap n'est pas sans limite. La notion de charges disproportionnées intervient pour limiter le champ d'application de l'obligation aux situations qui représentent un coût financier et organisationnel raisonnable pour l'entreprise. L'employeur doit donc mener une véritable « étude de faisabilité »¹¹²⁰. A suivre l'analyse du Défenseur du droit, toute mesure d'aménagement entraînant une véritable dénaturation du poste de travail originel devrait logiquement constituer une charge déraisonnable pour l'entreprise. L'urgence de pourvoir le poste pourrait également constituer un élément de preuve de la non-faisabilité d'aménagements qui exigent une mise en œuvre avec un certain délai. Evidemment toute mesure d'aménagement dont le coût financier serait excessif est également à proscrire. A cet égard, les employeurs doivent être vigilants à inclure dans leurs calculs l'ensemble des aides financières possibles pour l'aménagement. Il est intéressant de noter que l'aide financière du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés peut par exemple aller jusqu'à 80% du coût de l'adaptation ou de l'aménagement envisagé¹¹²¹. Devrait logiquement être également prise en compte la contribution due au titre de l'obligation d'emploi des travailleurs en situation de handicap puisque les aménagements mis en place par l'entreprise pourraient être pris en compte pour réduire cette contribution au titre des « dépenses supportées directement par l'entreprise et destinées à favoriser l'accueil, l'insertion ou le maintien dans l'emploi des travailleurs en situation de handicap » prévues à l'article L. 5212-11 du Code du travail.
406. **Appréciation au cas par cas.** La situation de l'entreprise en elle-même peut également peser dans la balance. Il apparaît évident qu'une grande entreprise en bonne santé financière dispose de plus grands moyens pour proposer un aménagement du poste de

¹¹²⁰ Guide « Emploi des personnes en situation de handicap et aménagement raisonnable », Défenseur des droits, décembre 2017, point 5.3, p. 58.

¹¹²¹ C. trav. art. R. 5213-34.

travail du salarié handicapé que le petit commerçant avec un ou deux salariés. Il est également plus facile pour une entreprise avec de nombreux salariés qui occupent des fonctions assez similaires de répartir certaines tâches d'un poste aménagé pour un travailleur handicapé, que pour une entreprise avec peu de salariés. Surtout, l'employeur pourra invoquer l'effet des mesures d'aménagement envisagées sur les tiers pour justifier qu'il n'a pas à mettre en place ces aménagements. Ainsi, si les aménagements peuvent conduire à répartir certaines tâches sur d'autres salariés, ils ne doivent pas conduire à modifier le contrat de travail des autres salariés, par exemple par le biais d'une augmentation de leur temps de travail. Autre exemple : les aménagements envisagés ne doivent pas être une source de risque pour la santé ou la sécurité des autres travailleurs.

407. Mécanisme de protection pour les seuls travailleurs en situation de handicap.

L'obligation d'aménagement raisonnable constitue un mécanisme de correction du contrat de travail dont la charge repose sur les épaules de l'employeur. Il s'agit d'un mécanisme ayant comme objectif la protection des intérêts des salariés en situation de handicap face au risque d'inégalité de traitement. La correction, et donc la protection permise par ce mécanisme, est cependant limitée à ce qui relève du raisonnable pour l'employeur, mais surtout est limitée dans son champ d'application aux seuls salariés en situation de handicap. Il pourrait pourtant être envisagé d'étendre l'obligation d'aménagement raisonnable à d'autres situations.

B : Potentiels d'une extension de l'obligation d'aménagement raisonnable

408. Notion internationale. La notion d'aménagement raisonnable est également présente dans le monde anglo-saxon, sous des formes qui présentent certaines similarités avec la version française. Son application est parfois plus extensive qu'en droit français, ou fait l'objet de débats qui permettent de comprendre l'intérêt d'une extension en droit interne (1). Les évolutions récentes du droit de l'Union européenne semblent inviter à un tel changement (2).

1 : Vision anglo-saxonne de l'obligation d'aménagement raisonnable

409. **Définition stricte en droit interne du handicap.** Actuellement l'obligation d'aménagement raisonnable en droit français a une portée limitée puisqu'elle concerne uniquement les travailleurs en situation de handicap. Le droit français est même plus strict que la directive de 2000 puisqu'il retient une liste exhaustive des travailleurs considérés en situation de handicap qui peuvent bénéficier du mécanisme correcteur¹¹²². La reconnaissance du travailleur handicapé est ainsi liée, en droit français, à l'obtention d'une reconnaissance administrative de l'invalidité ou du handicap. La directive elle ne prévoyait aucune restriction quant à la qualité de travailleur handicapé, ce qui a conduit la Cour de justice de l'Union européenne à préciser une définition plus large du handicap comme « visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs »¹¹²³. Cette limitation doit en outre être durable¹¹²⁴. Par ailleurs, l'obligation d'aménagement raisonnable constitue un mécanisme correcteur imposé uniquement aux employeurs. Des auteurs ont pu souligner que sont exclus du champ d'application les établissements de formation professionnelle, alors même que cette formation est nécessaire pour l'accès à l'emploi¹¹²⁵.
410. **Notions nord-américaines.** Ce caractère restrictif de l'obligation d'aménagement raisonnable pourrait cependant être amené à évoluer pour se rapprocher de la notion nord-américaine de *reasonable accommodation*, « accommodement raisonnable » ou *reasonable adjustment*, « ajustements raisonnables ». Aux Etats-Unis par exemple l'obligation d'aménagement raisonnable existe à la fois en matière de travailleurs en

¹¹²² Il s'agit ainsi des travailleurs reconnus en situation de handicap par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées, des victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ayant entraîné une incapacité permanente au moins égale à 10 % et titulaires d'une rente, des titulaires d'une pension d'invalidité ou rente d'invalidité pour les sapeurs-pompiers, des bénéficiaires des emplois réservés au titre des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, des titulaires de la carte « mobilité inclusion » portant la mention « invalidité » et des titulaires de l'allocation aux adultes en situation de handicap.

¹¹²³ CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11, *Ring* et C-337/11, *HK Danmark*, pt 38 : D. 2013, p. 1388, note A. Boujeka ; *RDT* 2013, p. 657, obs. C. Boutayeb ; *RDSS* 2013, p. 843, note H. Rihal et J. Charruau ; *RTD eur.* 2015, p. 175, obs. F. Benoît-Rohmer ; *Rev. UE* 2016, p. 37, étude O. Andreea Macovei.

¹¹²⁴ *Ibid.* pt. 39.

¹¹²⁵ D. Martin et M. Mercat-Bruns, « Approche comparative du droit de la non-discrimination deuxième partie », *RDT* 2009, p.58.

situation de handicap, mais également dans le domaine de la religion. La législation fédérale sur le sujet prévoit que l'employeur doit, en vertu du principe de non-discrimination, mettre en place des aménagements raisonnables (*reasonable accommodation*) sous réserve que ces derniers ne représentent pas une charge disproportionnée (*undue hardship*) que ce soit vis-à-vis du handicap du salarié¹¹²⁶ ou vis-à-vis de ses pratiques religieuses¹¹²⁷. L'approche des juridictions américaines est cependant très souple quant à la compréhension de ce qui représente une contrainte excessive pour les employeurs, réduisant ainsi le potentiel de l'obligation d'aménagement raisonnable¹¹²⁸. Au Canada l'obligation d'« accommodements raisonnables »¹¹²⁹ a une portée encore plus grande puisqu'elle concerne l'ensemble des motifs prohibés de discrimination prévus à l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés¹¹³⁰. Cette obligation n'est pas légalement prévue mais a été progressivement précisée par la jurisprudence et notamment l'arrêt *O'Malley* de 1985 de la Cour Suprême¹¹³¹. Encore une fois l'employeur peut échapper à l'obligation d'accommodements raisonnables dès lors qu'ils représentent pour lui une « contrainte excessive ». Cependant l'analyse des décisions des juges canadiens démontre une exigence plus forte vis-à-vis de la preuve de cette contrainte excessive que pour les juges américains. Outre le handicap ou l'invalidité, cette obligation d'accommodement raisonnable a pu être retenue par la Cour Suprême du Canada en matière religieuse¹¹³².

411. ***Reasonable adjustments duty* et fait religieux.** Au Royaume-Uni également existe un *reasonable adjustments duty* prévu par certains textes¹¹³³. Cependant ce devoir d'aménagement n'est prévu qu'en matière de handicap, de façon similaire au droit français. Le débat sur l'extension du *reasonable adjustments duty* à la religion est cependant très

¹¹²⁶ 42 U.S. Code, 12112, (b) (5).

¹¹²⁷ 42 U.S. Code, 2000, (j).

¹¹²⁸ A par exemple pu être retenu l'argument relatif à des plaintes de la part d'autres travailleurs pour considérer qu'il y avait bien une contrainte excessive reposant sur l'employeur (Vickers L (2008) *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*. Oxford: Hart Publishing Ltd.).

¹¹²⁹ V. not. l'article de P. Verge et D. Roux, « Personnes handicapées : l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien », *Dr. soc.* 2010, p. 965.

¹¹³⁰ La liste est non exhaustive mais précise que sont not. interdites les « discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ».

¹¹³¹ Cour Suprême du Canada, *Commission québécoise des droits de la personne c/ Simpson Sears*, [1985] 2 RCS 236.

¹¹³² V. par ex. l'arrêt *Multani c/ Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 RCS 256.

¹¹³³ Initialement prévu par le *Disability Discrimination Act* de 1995, il a été précisé par le *Equality Act* de 2010, sections 20-22.

actif avec de nombreux auteurs favorables à une telle extension¹¹³⁴. Ces auteurs justifient la transcription de l'obligation d'aménagements raisonnables dans le domaine religieux, notamment par le fait que le droit de la non-discrimination au Royaume-Uni est actuellement insuffisant pour régler un problème aussi complexe que la gestion du fait religieux dans l'entreprise. Pour obtenir une réelle égalité au travail l'existence d'une obligation d'aménagement raisonnable apparaît ainsi la meilleure solution grâce à l'approche plus « individuelle et nuancée »¹¹³⁵ qu'elle permet. L'introduction de cette obligation en matière religieuse est vue comme permettant une « meilleure mise en balance des intérêts individuels et des facteurs concurrentiels »¹¹³⁶. L'ensemble de ces arguments peuvent également s'appliquer à la situation française.

2 : Extension en droit français de l'obligation d'aménagement raisonnable

412. **Bonne foi et rôle de la jurisprudence européenne.** Cette possibilité d'évolution de la législation française pourrait s'ancrer dans une conception de l'exigence de bonne foi de de l'employeur proche de celle développée par certains auteurs lorsqu'ils évoquent un « maintien du lien d'emploi »¹¹³⁷ ou des « obligations implicites »¹¹³⁸ du contrat de travail. Une telle évolution pourrait par ailleurs être introduite par le droit européen. En effet, une décision récente de la Cour de justice de l'Union européenne a semblé faire une « timide »¹¹³⁹ ouverture vers une forme d'obligation d'aménagement raisonnable en matière religieuse. La Cour indique en effet que la juridiction de renvoi se doit de vérifier dans l'entreprise où s'applique une clause de neutralité « si, tout en tenant compte des

¹¹³⁴ V. not. Gibson, M. (2013) 'The God "dilution"? Religion, discrimination and the case for reasonable accommodation', *Cambridge Law Journal*, 72, 3: 578-616 ; Foblets, M-C., Alidadi, K., Nielsen, J.S. and Yanasmayan, Z. (2014) 'Introduction', in M-C. Foblets, Alidadi, K., Nielsen, J.S. and Yanasmayan, Z. (eds.), *Belief, Law and Politics: What Future a Secular Europe?* Farnham: Ashgate, 157-66 ; Griffiths, E. (2016) 'The "reasonable accommodation" of religion: is this a better way of advancing equality in case of religious discrimination?', *International Journal of Discrimination and the Law*, 11, 2-3: 161-76 ; Vickers, L. (2016) *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Oxford: Hart. Pour un avis contraire v. not. Pitt, G. (2013) 'Taking religion seriously', *Industrial Law Journal*, 42, 4: 398-408, Equality and Human Rights Commission Report, *Religion or belief: is the law working?*, Dec. 2016.

¹¹³⁵ Griffiths, E. (2016) 'The "reasonable accommodation" of religion: is this a better way of advancing equality in case of religious discrimination?', *International Journal of Discrimination and the Law*, 11, 2-3: 161-76.

¹¹³⁶ Gibson, M. (2013) 'The God "dilution"? Religion, discrimination and the case for reasonable accommodation', *Cambridge Law Journal*, 72, 3: 578-616.

¹¹³⁷ J. Pélissier, « Le lien d'emploi » in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra. Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, 2006, Dalloz, p. 337.

¹¹³⁸ G. Lyon-Caen, « L'obligation implicite », *Arch. phil. dr.* 2000, n°44, p. 109-113.

¹¹³⁹ S. Laulom, « Interdiction des discriminations et égalité de traitement », *SSL* 2017, n° 1796, p. 31.

contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire » il aurait été possible à l'employeur face au refus de la salariée de renoncer au port du foulard islamique dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès de clients « de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement »¹¹⁴⁰. Il y a donc, sous une forme de reclassement, une possibilité de reconnaître un aménagement du poste du travail du salarié. Le caractère raisonnable de l'aménagement est d'ailleurs présent sous une forme exacerbée, puisqu'il est nécessaire de tenir compte des contraintes de l'entreprise et qu'aucune charge supplémentaire ne soit liée à l'aménagement. L'impact de la correction du contrat de travail envisagée doit donc, sous l'angle religieux, être nul pour l'employeur. A la différence de l'aménagement raisonnable en matière de handicap, cette condition limite fortement le potentiel champ d'application de l'aménagement raisonnable en matière religieuse.

413. **Implémentation en droit interne.** La formulation européenne a été reprise telle quelle dans l'arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 2017¹¹⁴¹ mais a cependant disparue de son arrêt du 8 juillet 2020¹¹⁴². Cependant, le Professeur Adam souligne qu'il est probable qu'il ne s'agisse pas d'un abandon de cette obligation de réaffectation, mais d'une lecture jurisprudentielle stricte de la solution européenne. D'une part, la mobilisation de cette forme d'obligation d'aménagement raisonnable n'a pas lieu d'être dans le cas d'un licenciement effectivement reconnu discriminatoire¹¹⁴³. D'autre part, elle ne s'appliquerait pas dans un cas de discrimination directe, c'est-à-dire en l'absence d'une clause de neutralité au sein du règlement intérieur¹¹⁴⁴. Il pourrait cependant être envisagé une traduction jurisprudentielle plus large de la solution européenne, qui ne serait pas exclue du champ de la discrimination directe. Comme le souligne le Professeur Adam, il est

¹¹⁴⁰ CJUE, 14 mars 2017, aff. C-157/15, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre G4S Secure Solutions NV*, considérant 43.

¹¹⁴¹ Cass. soc., 22 novembre 2017, n°13-19.855 : J. Mouly, « Le voile dans l'entreprise et les clauses de neutralité : les enseignements de la CJUE « traduits » en droit interne par la Cour de cassation », *D.* 2018, p. 218, M. Miné, « Liberté de religion dans le travail : garanties et limites », *RDT* 2017, p.797.

¹¹⁴² Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 18-23.743.

¹¹⁴³ Cependant pour Denis Martin, « l'adoption d'aménagements raisonnables constitue une manière pour un employeur d'éviter qu'une mesure d'apparence neutre puisse être jugée discriminatoire » (D. Martin, « Approche comparative du droit de la non-discrimination - deuxième partie », *RDT* 2009, p. 58). Dans cette conception la mise en œuvre de la réaffectation devrait justement permettre de justifier une mesure autrement discriminatoire.

¹¹⁴⁴ P. Adam, « Du voile à la barbe », *SSL* 2020, n° 1921, p. 7.

difficile de comprendre « que les efforts demandés à l'employeur, pour préserver l'emploi du salarié et offrir au respect de ses croyances la protection (relative) qu'elles méritent, varient selon qu'il lui est fait reproche d'une discrimination directe ou indirecte »¹¹⁴⁵. A ce titre, pourrait être étendu le champ d'application de cette forme d'aménagement raisonnable en matière religieuse hors des seules entreprises qui prévoient une clause de neutralité dans leur réglementation interne. D'autre part, pourrait être mis en avant une limite plus proche de la notion de coût raisonnable que l'exigence de totale neutralité économique de l'aménagement (« sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire »).

414. **Conclusion du chapitre.** L'impératif de protection est inhérent au droit du travail et a irrigué sa construction au cours du temps¹¹⁴⁶. Il n'est cependant pas absolu et doit s'articuler avec le développement économique de l'entreprise¹¹⁴⁷. Cet impératif peut se comprendre comme la contrepartie de la subordination du salarié. Le contrat de travail, représentant à la fois la source et l'instrument de cette subordination, doit correspondre à cette exigence de protection. Notamment, lorsque l'intangibilité des stipulations contractuelles ne permet pas d'assurer une prise en compte suffisante des intérêts du salarié, le législateur et la jurisprudence sont intervenus pour permettre une correction du contrat. Une plus grande effectivité de ces mécanismes de correction pourrait cependant être envisagée. Entre l'impératif de protection et de celui de développement économique de l'entreprise, la balance semble encore pencher du côté de ce dernier. Des mesures pour rétablir l'équilibre peuvent alors être proposées.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*

¹¹⁴⁶ A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.*, 1990, p. 485.

¹¹⁴⁷ S. Riancho, *Les principes directeurs du droit du travail*, thèse, dir. J.-F. Cesaro, 2019, Université Panthéon-Assas, n° 195, p. 276.

Chapitre II : Les mécanismes de correction protecteurs de l'intérêt collectif

415. **Pérennité du lien d'emploi.** Le contrat de travail ne se limite pas à encadrer le lien de subordination entre un employeur et son salarié. Il représente aussi, d'un point de vue économique, la formalisation juridique d'un emploi sur le marché du travail. Sa correction peut ainsi être recherchée pour des motifs de politique économique variés, notamment en vue d'assurer à la fois la conservation d'une main d'œuvre compétente pour les entreprises mais surtout le maintien des emplois. Ce but poursuivi par les politiques de régulation du marché du travail est d'ailleurs de plus en plus mis en avant par le législateur¹¹⁴⁸. Encore une fois il est donc possible de déceler une volonté protectrice, mais tournée cette fois-ci vers un intérêt de nature collective. Conformément à cet objectif socio-économique « [...] le législateur, largement aidé par la jurisprudence, [peut] force[r] la volonté afin de pérenniser la relation contractuelle : le maintien des contrats est réalisé par autorité de la loi »¹¹⁴⁹. Les mécanismes de correction correspondants doivent alors être évalués dans leur capacité à mettre en œuvre cette « pérennisation » du lien d'emploi dans le respect des principes de droit du travail.
416. **Mécanismes anciens.** Certains existent depuis très longtemps en droit français, démontrant que la prise en compte d'un intérêt collectif a accompagné la naissance du droit du travail moderne. Ainsi, la création du procédé de transfert prévu aux articles L. 1224-1 et suivants du Code du travail remonte à presque cent ans¹¹⁵⁰. Correction imposée à l'origine pour faciliter les opérations d'acquisition de grands groupes industriels¹¹⁵¹, elle permet également d'assurer une certaine sécurité aux salariés vis-à-vis de leur emploi. Par une substitution d'employeurs, le législateur a cherché à permettre un maintien des emplois autrement mis en cause par une situation de transfert d'entreprise. Cette forme de cession entre deux employeurs successifs a été rendue obligatoire par la loi et a inspiré les

¹¹⁴⁸ La terminologie employée est ainsi révélatrice de cette volonté : la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à « sécurisation de l'emploi », la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative à « [...] à l'emploi », la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative à « [...] à la sécurisation des parcours professionnels » en 2016 et plus récemment l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à « [...] la sécurisation des relations de travail » en 2017.

¹¹⁴⁹ A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, thèse, préf. B. Teyssié, 2005, Dalloz, n°161, p. 147.

¹¹⁵⁰ Loi du 19 juillet 1928 modifiant l'article 23 du Livre 1 du Code du travail.

¹¹⁵¹ F. Gaudu, R. Vatinet, F. Canut, *Droit du travail*, 6e éd. 2018, Dalloz, n° 232, p. 195.

partenaires sociaux de certaines branches (**Section I**). Un autre mécanisme correcteur visant à la protection des emplois, moins ancien mais qui a fait couler beaucoup d'encre récemment¹¹⁵², est l'activité partielle. Les évolutions récentes de l'activité partielle et notamment la création du dispositif d'activité réduite pour le maintien en emploi, favorisent une correction contractuelle protectrice d'un intérêt de nature collective (**Section II**).

Section I : La correction par transfert collectif des contrats de travail

417. **Cession tripartite.** Âgé de plus de quatre-vingt-dix ans, le mécanisme du transfert collectif des contrats de travail a connu de nombreuses évolutions tant législatives que jurisprudentielles. En particulier, la transposition de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements¹¹⁵³ a mené à des amendements conséquents du droit interne. La Cour de cassation a notamment dû modifier certaines de ses interprétations pour se conformer aux exigences européennes. Le fonctionnement du transfert est cependant resté sensiblement identique : le contrat de travail subit une correction par la mise en œuvre d'une cession du contrat de travail entre l'employeur cédant, le salarié et l'employeur cessionnaire (**I**). L'intérêt pour la correction produite par l'article L. 1224-1 du Code du travail est d'ailleurs tel que ce dernier a fait des émules auprès des partenaires sociaux de certaines industries. Un certain nombre de mécanismes de transfert collectif des contrats de travail ont pu être négociés au niveau de la branche pour prendre le relais dans certaines situations où le mécanisme légal ne joue pas (**II**).

¹¹⁵² L'épidémie de coronavirus qui sévit encore aujourd'hui a conduit le gouvernement français à adopter en urgence un dispositif exceptionnel d'activité partielle, au régime dérogatoire à celui de droit commun et un régime distinct d'activité réduite pour le maintien de l'emploi.

¹¹⁵³ Désormais remplacée par la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (modifiée par la directive (UE) 2015/1794 du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 2015).

I : Le mécanisme correcteur issu de l'article L. 1224-1 du Code du travail

418. **Distorsion contractuelle.** Le contrat de travail est « irréductible à un simple échange »¹¹⁵⁴. L'existence de mécanismes de correction du contrat de travail, comme celui prévu par les articles L. 1224-1 et suivants du Code du travail, en est une preuve. L'étude de ce dispositif témoigne de la nature plus subtile du contrat de travail. La comparaison entre l'interdiction de recourir à des clauses de mobilité intra-groupe¹¹⁵⁵ pour l'indétermination qu'elles provoquent, alors que le mécanisme de l'article L. 1224-1 du Code du travail impose ce changement d'employeur, illustre bien cette réalité. La distorsion des principes contractuels est alors justifiée par l'objectif de protection d'un intérêt de niveau collectif : la protection des emplois des salariés impactés par la modification de la situation juridique de leur employeur. Cet objectif a ainsi guidé la construction du régime juridique du mécanisme légal de transfert collectif des contrats de travail (A). Il justifie également le rejet d'une application orthodoxe du régime de la modification du contrat de travail (B).

A : Mise en œuvre du mécanisme correcteur de transfert

419. **Mécanisme d'ordre public.** L'article L. 1224-1 du Code du travail constitue un mécanisme de correction au caractère impératif. Le cédant et le cessionnaire¹¹⁵⁶, ainsi que les salariés¹¹⁵⁷, sont dans l'obligation de respecter la cession des droits et obligations contractuels qui résultent du transfert¹¹⁵⁸. Le caractère d'ordre public de la norme répond à l'objectif poursuivi par le législateur depuis la création du mécanisme en 1928 : la

¹¹⁵⁴ J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, n° 60-62, Dalloz, 4^e éd., 2008, p. 310.

¹¹⁵⁵ V. not. A. Chirez, « Le changement « volontaire » d'employeur : une novation exigeant l'acceptation expresse du salarié en cours de contrat », *Dr. ouvr.* 2010, n°738, p. 17.

¹¹⁵⁶ Cédant et cessionnaire ne peuvent par exemple s'accorder pour exclure l'application de l'article : Cass. soc., 3 mars 1982 : *Bull. civ. V*, n°134.

¹¹⁵⁷ Cass. soc., 16 janv. 1990 : *Bull. civ. V*, n°11, *D.* 1990, IR 29, 14 déc. 2004 : *Bull. civ. V*, n°331.

¹¹⁵⁸ Sauf certaines exceptions : clause du contrat de travail qui prévoit la rupture du contrat de travail, rupture imputable à l'employeur, en cas de fusion-absorption (Cass. soc., 26 janv. 2011, n°09-71.271 : *RDT* 2011, p. 175, obs. J. Pélissier), accord entre les trois parties pour que le salarié continue de travailler pour le cédant (Cass. soc., 26 mai 1998, n°96-40.536), cédant qui s'engage à reprendre les salariés qui refusent de travailler pour le cessionnaire (Cass. soc., 16 janv. 1990 : *Bull. civ. V*, n°11 ; 26 mai 1998 : *Bull. civ. V*, n°275) et depuis peu extension de la possibilité de licencier dans le cadre d'un PSE avec reprise d'une ou plusieurs entités économiques (C. trav. art. L. 1233-61, v. K. Pagani, Y. Pagnerre, *Le vademecum des ordonnances « Macron »*, 2018, Gualino, p. 32).

protection des liens d'emploi affectés par le transfert d'entreprise (1). La jurisprudence assure le respect de cet objectif (2).

1 : L'objectif de maintien des emplois

420. **Exception au droit commun.** Depuis la loi du 19 juillet 1928, les situations de transfert d'entreprise ne donnent plus lieu à la rupture des contrats de travail par disparition de l'employeur d'origine. Cette loi, directement inspirée du modèle allemand et du régime juridique en place dans les départements recouverts après la Première Guerre Mondiale¹¹⁵⁹, constitue l'une des plus claires exceptions au régime contractuel de droit commun. D'une part, « l'article L. [1224-1], du Code du travail déroge à l'effet relatif des contrats »¹¹⁶⁰ : le contrat de travail, ses droits et obligations, s'imposent à une partie initialement tiers au contrat. D'autre part, l'article L. 1224-1 du Code du travail est porteur d'une exception à la force obligatoire du contrat : il impose un changement de partie. Dès 1928, l'importance de la création de cette règle légale pour la reconnaissance de l'autonomie du droit du travail a été soulignée : la règle imposée en cas de transfert d'entreprise « marque fortement le divorce entre le droit civil et le droit du travail » en ce qu'elle permet « la stabilité du louage de service »¹¹⁶¹. Pour le Professeur Martinon, « la stabilité [est] un facteur de correction des règles contractuelles »¹¹⁶² : la poursuite de l'objectif de maintien dans l'emploi des salariés concernés par une situation de transfert d'entreprise permet d'écarter le régime contractuel de droit commun.

421. **Objectif européen de maintien des emplois.** La protection de l'intérêt collectif par la protection de l'emploi des salariés n'est pas un objectif uniquement national. La Communauté européenne a fait le choix d'unifier le droit des Etats membres sur le transfert d'entreprise en consacrant la règle de maintien des contrats par la directive de 1977¹¹⁶³. Adoptée dans le contexte économique difficile des années 1970, ce texte est une tentative d'assurer un niveau minimum de protection aux travailleurs : selon l'interprétation donnée

¹¹⁵⁹ F. Gaudu, R. Vatinet, F. Canut, *Droit du travail*, 6^e éd. 2018, Dalloz, n° 231 et 232, p. 194-195.

¹¹⁶⁰ Cass. soc., 13 juin 1990, n°86-45.216 : *D.* 1990, p. 184.

¹¹⁶¹ M. Juncker, « Théorie nouvelle de la rupture du contrat de travail », *Dr. ouvr.* 1928, n°10, p. 320.

¹¹⁶² A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, thèse, préf. B. Teyssié, 2005, Dalloz, n° 164 et s., p. 148-149.

¹¹⁶³ Directive 77/187/CEE du 14 février 1977 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise.

par la jurisprudence européenne, « [...] assurer aux travailleurs concernés par un transfert d'entreprise le maintien de leurs droits résultant du contrat ou de la relation de travail »¹¹⁶⁴. Cette visée protectrice est rappelé dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée en 1989¹¹⁶⁵ et au sein de la directive 98/50/CE¹¹⁶⁶ qui modifie la directive de 1977.

422. **Evolutions jurisprudentielles favorables à l'objectif de maintien dans l'emploi.** La jurisprudence de la Cour de cassation, en accord avec la jurisprudence européenne interprétant de la directive, a souvent évolué, parfois par allers-retours, pour tendre vers une protection accrue des liens d'emploi. La compréhension de la notion de « transfert » permet de se rendre compte d'une telle progression. En 1934, par un arrêt de principe, la Cour de cassation a retenu une approche très extensive de la notion de transfert, refusant de lier l'acte de transfert à un quelconque lien de droit¹¹⁶⁷. Elle souligne à cette occasion l'objectif du législateur qui est d' « assurer aux salariés des emplois plus stables [...] ». Cette solution a été abandonnée en 1986 pour limiter son champ d'application aux seuls transferts qui s'accompagnent d'un lien de droit entre les deux employeurs successifs¹¹⁶⁸. Deux ans plus tard la jurisprudence européenne fait, elle, marche arrière : le lien de droit n'est pas exigé pour reconnaître une situation de transfert¹¹⁶⁹. La Cour de cassation a donc suivi cette interprétation et confirmé une conception extensive de la notion de transfert, de nature à favoriser le maintien dans l'emploi des salariés¹¹⁷⁰. En parallèle, les débats doctrinaux se sont tournés vers la notion de continuité de l'entreprise. Or, là encore, l'évolution jurisprudentielle a été favorable à la stabilité de l'emploi des salariés. Décidant initialement que le démembrement de l'entreprise ne permettait pas de considérer qu'il y

¹¹⁶⁴ CJCE 10 févr. 1988, n° C - 324/86, *Tellerup* : *Dr. soc.* 1988, p. 455, concl. M. Darmon.

¹¹⁶⁵ En son point 18 la Charte insiste sur une protection de ces derniers dans le cadre d'opérations de « restructurations ou de fusions d'entreprises affectant l'emploi des travailleurs ».

¹¹⁶⁶ Directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements. La directive de 2001 actuellement en vigueur ne constitue qu'une codification à droit constant (directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements).

¹¹⁶⁷ Cass. 27 février 1934 : *Bull. civ.* V, n° 101 ; *D. H.* 1934, p. 252 ; J. Pelissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, n° 60-62, Dalloz, 4^e éd., 2008.

¹¹⁶⁸ Cass. soc., 12 juin 1986 : *Bull. civ.* V, n° 299 ; *Dr. soc.* 1986, p. 605, obs. G. Picca.

¹¹⁶⁹ CJCE 10 févr. 1988, n° C - 324/86, *Tellerup* : *Dr. soc.* 1988, p. 455, concl. M. Darmon.

¹¹⁷⁰ Cass. AP, 16 mars 1990 : *Bull. civ.* V, n° 4 ; *Dr. soc.* 1990, p. 399, concl. H. Dontenwille, obs. G. Couturier et X. Prétot.

avait continuité de l'identité de l'entreprise¹¹⁷¹, la chambre sociale a modifié sa position. Désormais la continuité de l'identité de l'entreprise est entendue plus largement : les changements apportés aux techniques de fabrication et la modification conséquente des emplois ne suffisent plus à établir l'absence de continuité de l'entité économique¹¹⁷². La jurisprudence européenne, réaffirmant l'objectif d'« assurer une protection effective des droits des travailleurs dans une situation de transfert », a également souligné que la notion d'identité de l'entité économique transférée ne pouvait se limiter au « facteur relatif à l'autonomie organisationnelle »¹¹⁷³ mais reposait plutôt sur le maintien d'un lien fonctionnel entre les divers facteurs transférés¹¹⁷⁴. Le champ d'application de la règle de maintien des contrats en cas de transfert a encore été élargi par le traitement jurisprudentiel des cas de transferts entre personnes morales de droit public et de droit privé. Initialement rejeté par la jurisprudence interne¹¹⁷⁵, la solution européenne a permis une évolution : le maintien est applicable dans un cas de transfert du secteur public vers le privé et inversement¹¹⁷⁶. Le transfert est même désormais légalement obligatoire en droit interne¹¹⁷⁷.

2 : Le contrôle du but poursuivi lors de la mise en œuvre du transfert

423. **Externalisations et transfert des contrats de travail.** La jurisprudence est également attentive à ce que l'objectif de maintien de l'emploi ne soit pas dénaturé. Le changement d'employeur ne doit pas servir de prétexte pour mener à bien une opération de réduction des charges sociales. A cet égard, la question de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail à des situations d'externalisation d'un service de l'entreprise, c'est-à-dire d'opérations menées dans le but de restreindre les activités de l'entreprise à celles directement liées à son objet social¹¹⁷⁸, est récurrente. Les arrêts *Perrier Vittel France*¹¹⁷⁹

¹¹⁷¹ Cass. soc., 5 juill. 1983 : *Bull. civ.* V, n° 391; *Dr. soc.* 1984, p. 99.

¹¹⁷² Cass. soc., 12 mai 1998 : *Bull. civ.* V 1998, n°240.

¹¹⁷³ CJCE, 12 févr. 2009, *Klarenberg*, aff. C-466/07, §43 : *RJS* 6/09, n°593, obs. J.-Ph. Lhernould.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, §47 et §48.

¹¹⁷⁵ V. not. Cass. soc., 7 févr. 1980 : *Bull. civ.* V, n°115.

¹¹⁷⁶ CJCE, 26 sept. 2000, *Mayeur* : *RJS* 1/01, n°138.

¹¹⁷⁷ V. C. trav. art. L. 1224-3 et 1224-3-1 issus des lois n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique et n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique.

¹¹⁷⁸ Ph. Waquet, « Libres propos sur l'externalisation », *SSL* 2000, n°999, p. 7.

¹¹⁷⁹ Cass. soc., 18 janv. 2000, *Sté Perrier Vittel France* : *Bull. civ.* 2000 V, n° 285, *RJS* 11/00, n°1063, G. Couturier, « L'article L. 122-12 du Code du travail et les pratiques d'« externalisation » », *Dr. soc.* 2000, p.845.

ont été l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler qu'en vertu du critère d'autonomie de l'entité transférée, toute mesure d'externalisation ne coïncidait pas forcément avec le périmètre d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Ce qui ne veut pas dire que les externalisations sont par principe incompatibles avec ce dernier : dès lors qu'une véritable autonomie est constatée, il peut y avoir transfert au titre de l'article L. 1224-1 du Code du travail¹¹⁸⁰.

424. **Critère d'autonomie.** L'autonomie sera étudiée par les juges à la fois du côté du cédant et du cessionnaire. Ils vérifieront si « le secteur d'activité cédé constitue dans l'entreprise cédante une entité autonome » et s'il « sera susceptible de conserver cette autonomie dans l'entreprise d'accueil »¹¹⁸¹. Les arrêts *Perrier Vittel France* précités illustrent le manque d'autonomie au sein de l'entité cédée : absence de moyens propres matériels et humains, pas de finalité économique propre, etc. Le manque d'autonomie peut également être constaté auprès du repreneur directement. Ce fut le cas dans l'affaire *Alcatel*¹¹⁸². La Cour d'appel de Paris a considéré que l'entité cédée était restée sous le contrôle de la société cédante, et en conséquence que, sans l'accord des salariés, la filiale cessionnaire ne pouvait être devenue employeur des salariés transférés. La société Alcatel avait, malgré une cession d'actifs réelle, gardé la main sur « l'ensemble du domaine commercial » ce qui incluait notamment l'établissement des factures, le contrôle sur la formation et les compétences du personnel du sous-traitant, l'absence de transfert de clientèle et conservait « un contrôle sur les salariés transférés ». L'ensemble de ces éléments démontrait l'absence d'autonomie de la part de l'entité cédée.

425. **Utilisation frauduleuse.** Les situations qui démontrent une utilisation frauduleuse des règles applicables en matière de transfert d'entreprises, dans le but d'échapper à l'application d'autres règles de droit du travail, sont également sanctionnées par les juges. Aussi, la mise en place de la cession d'une entité sans « garanties suffisantes [...] assurant l'accès aux facteurs de production d'un tiers », ce qui empêchait l'entité cédée de

¹¹⁸⁰ Notamment quand l'entité dispose de moyens propres tant matériels qu'humains et qu'elle suit une finalité propre, avec des résultats qui lui sont spécifiques (Cass. soc., 23 janv. 2002, n° 99-46.245, *Christofle* : *RJS* 5/02, n°533).

¹¹⁸¹ M. Henry, « Aux limites de l'article L. 122-12 », *Dr. soc.* 2006, p. 274.

¹¹⁸² CA Paris, 28 juin 2005, *Nextiraone France contre A. et a.* : *Dr. ouvr.* janv. 2007, note A. de S., p. 50 et s., P. Morvan, « Les non-dits de l'article L. 122-12 : nullité et fraude », *RJS* 2006, p. 647.

fonctionner de façon stable et autonome et la mettait entièrement à la merci des « choix économiques effectués par [ce tiers] de manière unilatérale » relève d'une utilisation frauduleuse des règles du transfert¹¹⁸³. Même solution pour une entreprise ayant cédé son activité de maintenance et de réparation, alors qu'avant même la réalisation de la vente, elle avait eu connaissance du fait que le maintien des relations contractuelles avec l'entreprise cliente déterminante pour l'activité, était compromis¹¹⁸⁴.

426. **Respect du maintien des liens d'emploi.** Mécanisme conçu pour garantir le maintien des emplois concernés par un changement dans la situation juridique de l'entreprise employeur, l'article L. 1224-1 du Code du travail a fait, et continue de faire, l'objet de nombreux contentieux qui permettent d'affiner son régime juridique. L'attention prêtée par la jurisprudence au respect de cet objectif de protection de l'emploi doit être saluée. La correction contractuelle imposée aux parties par le mécanisme n'est en effet pas négligeable puisqu'elle consiste en une complète cession des droits et obligations attachés au contrat de travail. Dès lors, c'est le régime de la modification du contrat de travail, et donc toute possibilité de refus du salarié qui est rejeté.

B : Le rejet du régime de la modification du contrat de travail

427. **Cession impérative du contrat.** Pour permettre de respecter l'objectif de maintien des liens d'emploi, l'article L. 1224-1 du Code du travail met en place une correction contractuelle qui consiste en une substitution d'employeurs. Si ce mécanisme emprunte beaucoup à la cession de contrat, la différence majeure réside en sa nature impérative : il ne s'agit pas d'un accord tripartite (1). La jurisprudence est cependant intervenue pour préciser que toute autre modification que le changement d'employeur relève bien du régime de la modification du contrat de travail et nécessite alors l'accord du salarié. Il faut saluer une évolution de cette jurisprudence, qui s'accorde avec l'objectif de protection de l'emploi rempli par le mécanisme, affirmant que lorsque le transfert a entraîné par lui-même une

¹¹⁸³ CJUE, 13 juin 2019, aff. C-664/17, *Ellinika Nafpigeia AE c/ Panagiotis Anagnostopoulos* : *RJS* 11/19 n° 665.

¹¹⁸⁴ Cass. soc., 19 mai 2016, n°15-13.603 : *RJS* 8-9 2016, n°552.

modification du contrat de travail, le licenciement provoqué par le refus du salarié de la modification sera justifié (2).

1 : La correction par changement d'une des parties au contrat de travail

428. **Une cession de droit commun ?** La correction qui intervient dans le cadre des articles L. 1224-1 et suivants du Code du travail repose sur une forme de cession de contrat. La loi énonce que les contrats « subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». L'arrêt *Voisin* de 2003 a été l'occasion pour la Cour de cassation de préciser la portée de la cession : « le transfert d'une entité économique autonome entraîne de plein droit le maintien avec le nouvel employeur, des contrats de travail qui y sont attachés [...] » ; il s'agit d'un « changement d'employeur »¹¹⁸⁵. Le même contrat est maintenu : la novation des droits et obligations du contrat initial est exclue sauf accord du salarié¹¹⁸⁶. Le contrat doit être transféré tel quel à la date du transfert et s'entend du contrat de travail initial, complété de tout éventuel avenant conclu postérieurement. Le repreneur est ainsi tenu au paiement d'une prime de rupture spécifique de trois cents mille francs (environ soixante mille euros) prévue par avenant au contrat de travail du salarié, avenant pourtant signé avec l'ancien employeur¹¹⁸⁷.

429. **Cession de la qualité de partie.** Si la nature de l'opération se rapproche le plus d'une cession de contrat c'est par l'effet qu'elle produit. La cession de contrat est réalisée lorsqu'un contractant cède « sa qualité de partie au contrat à un tiers »¹¹⁸⁸. La jurisprudence fait également référence à la « transmission [qui] s'impose au salarié comme à l'employeur ». Or, dans le cadre de l'article L. 1224-1 du Code du travail le maintien du contrat de travail implique en réalité un changement de partie au contrat : le cessionnaire reprend la qualité d'employeur du cédant. D'ailleurs la jurisprudence énonce qu'il ne peut, une fois le transfert réalisé, « prétendre être un tiers aux contrats conclus par le précédent

¹¹⁸⁵ Cass. soc., 11 mars 2003, *Voisin* : *Bull. civ* V 2003, n°86 ; *Dr. soc.* 2003, p. 474, rapp. P. Bailly.

¹¹⁸⁶ Cass. soc., 17 sept. 2003 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 232 : « Si, en vertu de l'article [L. 1224-1] du Code du travail, le contrat de travail en cours au jour de la modification dans la situation juridique de l'employeur subsiste avec le nouvel employeur, ce texte ne fait pas obstacle à ce que, sous réserve de fraude, celui-ci convienne avec le salarié de novier le contrat en cours ».

¹¹⁸⁷ Cass. soc., 13 juin 2006 : *RJS* 06/06, n°924.

¹¹⁸⁸ C. civ. art. 1216.

employeur »¹¹⁸⁹. Il s'agit cependant d'une forme particulière de cession de contrat. En effet le mécanisme de cession prévu aux articles 1216 et suivants du Code civil spécifie un certain nombre de règles qui ne trouvent pas application aux hypothèses encadrées par L. 1224-1 du Code du travail. La différence principale repose sur la nature impérative du mécanisme : l'article 1216 du Code civil prévoit un accord tripartite. N'est pas non plus exigé un accord du salarié cédé pour libérer l'employeur cédant de ses obligations¹¹⁹⁰. Une fois le transfert réalisé, seul le cessionnaire est en charge de la bonne exécution du contrat de travail¹¹⁹¹. Enfin, aucun formalisme particulier n'est nécessaire¹¹⁹².

430. **Application stricte du changement de partie.** Une fois les conditions légales réunies, le changement d'employeur est définitif. Cela est confirmé par les solutions retenues en matière de rupture contractuelle pré-transfert : la cession fait obstacle au licenciement prononcé en violation de la règle portée par L. 1224-1 du Code du travail. Le licenciement est alors considéré comme sans effet¹¹⁹³. L'application de la règle est stricte : si le cessionnaire informe le salarié qui a été préalablement licencié par le cédant de sa volonté de se conformer aux règles légales et de poursuivre le contrat de travail sans modification, le salarié sera considéré comme démissionnaire s'il ne reprend pas le travail¹¹⁹⁴. A l'inverse, le cessionnaire qui ne reprend pas le salarié licencié injustement malgré sa demande pourra être condamné *in solidum* avec le cédant au paiement des dommages et intérêts¹¹⁹⁵. Logiquement, le transfert ne pourra s'appliquer qu'aux contrats qui sont toujours en cours au moment du transfert. Le salarié déjà licencié au moment du transfert pourra effectuer son préavis chez le cessionnaire mais ne pourra prétendre à la continuation de son contrat de travail¹¹⁹⁶. Plus intéressant encore, l'article L. 1224-1 du Code du travail peut même faire obstacle au droit des entreprises en difficultés. En dehors du cas où le

¹¹⁸⁹ Cass. soc., 13 juin 1990, n°86-45.216 : *D.* 1990, p. 184.

¹¹⁹⁰ Au contraire de l'article 1216-1 du Code civil.

¹¹⁹¹ Cass. soc., 14 déc. 1999 : *Bull. civ.* V, n° 484 ; *Dr. soc.* 1999, p. 211, *RJS* 2000, p. 174, n°253 versus l'article 1216-1 du Code civil.

¹¹⁹² Le dernier alinéa de l'article 1216 du Code civil prévoit que la cession doit être constatée par écrit sous peine de nullité. A l'inverse l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail n'exige même pas une notification de l'employeur cédant à ses salariés pour les informer du transfert : Cass. soc., 23 oct. 1968 : *Bull. civ.* V, n° 451 ; *D.* 1969, p. 166 ; *JCP* 1969, II, p. 475, obs. Savatier.

¹¹⁹³ Cass. soc., 20 janvier 1998, *Guermontez* : *Bull. civ.* V, n° 16, p. 13, *Dr. soc.* 1998, p. 1019 ; 13 juin 1990 : *Bull. civ.* 1990 V, n°274 ; 30 juin 1992 : *Bull. civ.* 1992 V, n°427.

¹¹⁹⁴ Cass. soc., 29 mai 1985 : *Bull. civ.* V 1985, n°307.

¹¹⁹⁵ Cass. soc., 12 avril 2005, n° 03-41.399 : *RJS* 6/05, n°603.

¹¹⁹⁶ Cass. soc., 6 nov. 1991 : *Bull. civ.* V, n° 475 ; *RJS* 1991, n°1296.

licenciement a été autorisé par le juge-commissaire pendant la période d'observation¹¹⁹⁷ ou par le tribunal de commerce dans le cadre d'un plan de cession ou de continuation de l'entreprise¹¹⁹⁸, la cession du contrat de travail doit recevoir application¹¹⁹⁹.

2 : Conséquence du refus d'une modification des contrats de travail transférés

431. **Droit de refus du salarié.** Si le régime prévu en cas de transfert d'entreprise relève bien d'une correction imposée du contrat de travail, son effet impératif n'est pas absolu pour le salarié. Seul le changement d'employeur lui est imposé. Toute autre forme de modification contractuelle est en principe exclue. Les hypothèses sont cependant assez nombreuses où le transfert s'accompagne d'une proposition de modification du contrat de travail des salariés transférés. Dans ce cas, c'est en principe le régime de la modification du contrat de travail qui s'applique avec un droit de refus de la part du salarié. « [L]orsque l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail entraîne une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, [le salarié] est en droit de s'y opposer »¹²⁰⁰. En pratique, le cessionnaire est alors dans l'obligation de soit « formuler de nouvelles propositions, soit de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement »¹²⁰¹.

432. **Refus et licenciement économique.** Lorsque le refus est limité à la modification du contrat¹²⁰² doit alors être appliqué le droit du licenciement économique puisque la modification du contrat est liée à un motif non inhérent à la personne du salarié, mais à une décision de gestion prise par le cessionnaire. C'est ce que confirme un arrêt du 17 avril

¹¹⁹⁷ Cass. soc., 27 nov. 2001, n°99-43.380 : *RJS* 2002, p.237, n°290.

¹¹⁹⁸ C. com. art. L. 642-5.

¹¹⁹⁹ L'état d'insolvabilité de l'entreprise ne fait donc pas obstacle à la cession : v. not. Cass. soc., 11 mars 2003 : *Bull. civ.* V 2003, n°86 ; *Dr. soc.* 2003, p. 474, rapp. P. Bailly ; *ibid.* p. 482, chron. A. Mazeaud ; *Grands arrêts*, Dalloz, 4e éd., 2008, n°64.

¹²⁰⁰ V. not. Cass. soc., 30 mars 2010, n°08-44.227 : *Dr. soc.* 2010, p. 856, obs. A. Mazeaud ; *JCP S* 2010, p. 1297, note P. Morvan ; *RJS* 6/10, n°489.

¹²⁰¹ *Ibid.* V. également Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n°14-21.143 : *D. actu.* 17 juin 2016, obs. Roussel ; *D.* 2016, p. 1259 ; *Dr. soc.* 2016, p. 775, obs. Mouly ; *RJS* 8-9/2016, n°553 ; *SSL* 2016, n°1728, p. 9, obs. Bailly ; *Dr. ouvr.* 2016, n°820, p. 867, obs. Baugard - 17 avril 2019, n°17-17.880, 17-17.881, 17-17.882, 17-17.884, 17-17.885, 17-17.886 : *Bull. civ.* V 2019, n°655 ; *D. actu.* 10 mai 2019, obs. Ilieva ; *D.* 2019, p. 1565, obs. Prache ; *RDT* 2019, p. 483, note Ranc ; *Dr. soc.* 2019, p. 657, note Mouly ; *RJS* 7/2019, n°414 ; *Dr. ouvrier* 2019, p. 759, obs. Gallon ; *JSL* 2019, n°478-5, obs. Lhernould ; *JCP S* 2019, p. 1179, obs. Morvan.

¹²⁰² Et non de refus du transfert qui s'analyserait alors en démission : v. not. Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-40.325 - Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-18.442.

2019 précisant que « lorsque l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail entraîne une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, le salarié est en droit de s'y opposer et, d'autre part, que la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, proposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement pour motif économique »¹²⁰³. Les règles associées à ce licenciement doivent alors trouver application et notamment l'obligation de justifier d'un motif économique tel que défini par la loi. Pourtant, la Cour de cassation a considéré que lorsque le transfert « a entraîné par lui-même une modification [du] contrat de travail », le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse¹²⁰⁴. La doctrine avait alors vu dans cette décision un « permis de licencier »¹²⁰⁵, la reconnaissance d'une « cause autonome de licenciement permettant au repreneur de rompre le contrat sans avoir à invoquer un motif économique »¹²⁰⁶. Cette automatisation de la justification du licenciement était déjà pratiquée en matière de transferts mais dans des hypothèses bien spécifiques : la cession partielle¹²⁰⁷ et la reprise par une entité publique d'un service public autrefois exploité par une personne morale de droit privé¹²⁰⁸. Si le recours au licenciement *sui generis* ne constituait pas une originalité dans le cadre des transferts d'entreprise, la doctrine a pu

¹²⁰³ Cass. soc., 17 avril 2019, n°17-17.880, 17-17.881, 17-17.882, 17-17.884, 17-17.885, 17-17.886 : *Bull. civ.* V 2019, n°655 ; *D. actu.* 10 mai 2019, obs. Ilieva ; *D.* 2019, p. 1565, obs. Prache ; *RDT* 2019, p. 483, note Ranc ; *Dr. soc.* 2019, p. 657, note Mouly ; *RJS* 7/2019, n°414 ; *Dr. ouvrier* 2019, p. 759, obs. Gallon ; *JSL* 2019, n°478-5, obs. Lhernould ; *JCP S* 2019, p. 1179, obs. Morvan.

¹²⁰⁴ Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n°14-21.143 : *Bull. civ.* 2016 V, n°122, p. 131 ; *D.* 2016, p. 1259 ; *Dr. soc.* 2016, p. 775, obs. J. Mouly ; *Dr. ouvrier* 2016, p. 667, note D. Baugard, adde P. Bailly, « L'esprit du transfert d'entreprise serait-il oublié ? », *SSL* 2016, n° 1728, p. 9.

¹²⁰⁵ P. Morvan, « Refus d'une modification du contrat : attention à la motivation de la lettre de licenciement ! », *JCP S* 2019, 1179.

¹²⁰⁶ J. Mouly, « La modification du contrat de travail consécutive au transfert d'entreprise : quelle cause de licenciement en cas de refus du salarié ? », *Dr. soc.* 2016, p. 775.

¹²⁰⁷ Dans ce cas le contrat de travail du salarié est divisé entre les deux entités et le cessionnaire doit « soit [...] formuler de nouvelles propositions, soit [...] tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement » (Cass. soc., 30 mars 2010, n°08-44.227 : *Bull. civ.* V, n°79 ; *D.* 2010, p. 968 ; *Dr. soc.* 2010, p. 856, obs. A. Mazeaud ; *JCP S* 2010, p. 1297, note P. Morvan ; *JS Lamy* 2010, n°278-6, note Tourneil). V. également Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n°14-21.143 : *Bull. civ.* V, n° 122 ; *D.* 2016, p. 1259 ; *Dr. soc.* 2016, p. 775, obs. J. Mouly. Solution d'ailleurs renforcée depuis l'arrêt du 30 sept. 2020 selon S. Tournaux (« La scission du contrat de travail en cas de transfert partiel d'activité », *Dr. soc.* 2021, p. 28).

¹²⁰⁸ Dans ce cas de transfert le salarié doit obligatoirement être soumis à un statut de droit public. En cas de refus de ce statut la jurisprudence a admis qu'il puisse constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 2 déc. 2009, n° 07-45.304 : *Bull. civ.* V, n° 270 ; *AJDA* 2009, p. 2322 ; *D.* 2010, p. 23 ; *JA* 2010, n° 412, p. 10 ; *JCP S* 2010, p. 1028, note B. Bossu).

souligner les incohérences de l'application d'un tel régime à une hypothèse de transfert « classique »¹²⁰⁹.

433. **Positions jurisprudentielles complémentaires.** La décision de 2019 précitée a semblé rassurer une partie de la doctrine¹²¹⁰ car en reconnaissant la nature économique du licenciement en cause, elle a également considéré que le licenciement qui avait été prononcé pour un motif personnel constituait un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Certains ont vu dans cette décision un véritable revirement de jurisprudence¹²¹¹, l'arrêt de 2016 apparaissant « finalement comme une erreur de parcours, un arrêt dissident »¹²¹². Il est cependant permis de s'interroger si ces deux décisions ne sont pas plutôt complémentaires que réellement opposées. D'autres auteurs ont ainsi pu souligner que la décision de 2019 ne remettait pas en cause une possibilité de licenciement *sui generis* dans le cas spécifique où le transfert et la modification du contrat de travail sont intrinsèquement liés. Il s'agirait dans ce cas de deux hypothèses distinctes : une distinction entre la modification initiée par l'employeur dans le cadre du transfert et une situation beaucoup plus exceptionnelle où le transfert en lui-même entraîne la modification du contrat de travail¹²¹³. Le Professeur Lhernould cite par exemple le cas où le transfert pourrait s'accompagner d'une fermeture de site par décision administrative¹²¹⁴. La distinction serait effectuée entre l'expression d'une véritable volonté de l'employeur de modifier le contrat de travail et l'hypothèse où la modification « constitue un effet inévitable, une conséquence irrémédiable [du transfert], sur laquelle la volonté de l'employeur [...] n'exerce pas d'influence déterminante »¹²¹⁵.

¹²⁰⁹ V. not. J. Mouly, « La modification du contrat de travail consécutive au transfert d'entreprise : quelle cause de licenciement en cas de refus du salarié ? », *Dr. soc.* 2016, p. 775 et P. Bailly, « L'esprit du transfert d'entreprise serait-il oublié ? », *SSL* 2016, n° 1728, p. 9.

¹²¹⁰ Plusieurs auteurs parlent d'un retour à l'orthodoxie : J. Mouly, « Le licenciement consécutif au refus du salarié d'accepter une modification de son lieu de travail lié à un transfert d'entreprise : retour à l'orthodoxie juridique », *Dr. soc.* 2019, p.657 et S. Ranc, « Transfert d'entreprise : retour à une application orthodoxe du droit de la modification du contrat de travail », *RDT* 2019, p.483.

¹²¹¹ P. Morvan, « Refus d'une modification du contrat : attention à la motivation de la lettre de licenciement ! », *JCP S* 2019, p. 1179.

¹²¹² V. note J. Mouly n° 1210.

¹²¹³ V. not. M. Morand, « Transfert du contrat : un nouveau motif de licenciement économique ? », *SSL* 2019, n° 1866, p. 12.

¹²¹⁴ J.-Ph. Lhernould, « Nature du licenciement consécutif à un transfert d'entreprise », *JSL* 2019, n°478-5.

¹²¹⁵ F. Géa, « Accord de performance collective et accord de substitution (en cas de transfert d'entreprise) », *RJS* 05/20.

434. **Lecture conforme à l'esprit de la loi.** Une telle lecture articulée des jurisprudences de 2016 et 2019, si elle est certainement critiquable en raison des incertitudes qui peuvent naître face à une distinction probablement difficile à réaliser entre la modification résultant de la volonté de l'employeur et celle intrinsèquement liée au transfert, doit cependant être approuvée au regard de « l'esprit » de la règle portée par L. 1224-1 du Code du travail¹²¹⁶. Mécanisme correcteur imposé par la loi, la règle de transmission automatique des contrats de travail dans le cadre d'un transfert d'entreprise a avant tout pour objectif de garantir le maintien des emplois. Il faut donc pouvoir assurer la pleine efficacité de la correction réalisée par changement d'employeur : le cessionnaire a l'obligation de justifier le licenciement par un motif économique valable lorsque la modification résulte de son choix de gestion. En revanche, dans le cas où la modification est inextricablement liée au transfert d'entreprise et ne résulte aucunement d'un choix du gestionnaire (ce qui concernerait uniquement des hypothèses très limitées) il est nécessaire d'autoriser le cessionnaire, lorsqu'il fait face à un refus du salarié d'accepter la modification, à prononcer un licenciement dont la cause réelle et sérieuse est présumée¹²¹⁷.
435. **Respect de la philosophie de l'article L. 1224-1 du Code du travail.** La construction du régime de l'article L. 1224-1 s'est développée autour de l'idée ayant présidé à sa création : celle de maintien des liens d'emploi des salariés concernés par une situation de transfert d'entreprise. Il faut à cet égard approuver particulièrement certains édifices jurisprudentiels qui garantissent que l'usage du mécanisme reste fidèle à la philosophie de la protection des liens d'emploi. La mise à l'écart du principe de force obligatoire du contrat instituée par le mécanisme légal n'est en effet justifiée que sous réserve qu'il tende à atteindre cet intérêt de nature collective. Il est alors possible de s'interroger si les mécanismes de transferts collectifs de nature conventionnelle ne devraient pas eux aussi bénéficier de cette impérativité.

¹²¹⁶ V. P. Bailly, « L'esprit du transfert d'entreprise serait-il oublié ? », *SSL* 2016, n° 1728, p. 9.

¹²¹⁷ Similaire au régime des accords de performance collective sur le fond, il serait cependant souhaitable que la procédure applicable soit celle du licenciement économique pour offrir certaines garanties au salarié.

II : Portée des mécanismes de transferts collectifs conventionnels des contrats de travail

436. **Accords collectifs et transfert des contrats de travail.** Dans les situations où l'article L. 1224-1 du Code du travail n'est pas applicable, par exemple en l'absence de transfert d'une entité réellement autonome, il reste possible de prévoir son application par le jeu des volontés des parties contractantes : il s'agit de ce que la doctrine appelle « l'application volontaire de l'article L. 1224-1 du Code du travail »¹²¹⁸. Une autre possibilité a été mise en œuvre dans certaines branches où les partenaires sociaux ont fait le choix, en s'inspirant de L. 1224-1 du Code du travail, de mettre en place une obligation de transfert des salariés dans les cas de changement de prestataire sur un marché : il s'agit des transferts conventionnels. Directement inspirés du mécanisme légal¹²¹⁹, les accords collectifs relatifs au transfert des contrats de travail ont cependant un effet correcteur de moindre ampleur (A). La jurisprudence n'autorise pas les partenaires sociaux à porter une atteinte à la force obligatoire du contrat de travail similaire à celle découlant de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Une telle solution doit être approuvée au regard de l'objectif poursuivi par les mécanismes de transfert conventionnels : l'impératif de protection ne guide que partiellement l'action des partenaires sociaux (B).

A : Une correction des contrats de travail au caractère moins absolu que le régime légal

437. **Développement continu des transferts conventionnels.** Les accords collectifs de transfert des contrats de travail sont pour la plupart nés après la jurisprudence de 1985¹²²⁰ qui a restreint le champ d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. La lecture plus libérale des juridictions n'a, paradoxalement, pas séduit les entreprises. L'intérêt pour un régime de transfert conventionnel n'est cependant pas uniquement lié à un mécanisme légal au périmètre réduit puisque, malgré le retour à une compréhension plus souple des transferts d'entreprise par la Cour de cassation, d'autres industries ont signé des accords similaires *a posteriori*. Par exemple, les entreprises de l'industrie « ports et manutention »

¹²¹⁸ V. par ex. G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, 34e éd. 2020, Dalloz, §5, p. 439.

¹²¹⁹ A la suite d'un reflux jurisprudentiel dans l'application de l'ancien article L. 122-12 du Code du travail, les partenaires sociaux ont souhaité « stabiliser la situation » (A. Mazières, « Aspects individuels du transfert conventionnel de contrats de travail lors d'un changement de prestataire de services », *Dr. ouvr.* 2011, p. 544).

¹²²⁰ Cass. AP, 15 nov. 1985 : Bull. A.P., n° 7 ; *JCP G* 1986, II, 20705, note G. Flécheux et M. Bazex. G. Picca, obs. G. Couturier.

n'ont soumis leurs membres à l'obligation de négocier localement des accords avant tout transfert d'activité qu'à partir de 2016¹²²¹. Cette même année, le législateur a d'ailleurs favorisé une « sécurisation » des régimes des transferts conventionnels en lien avec les différences de traitement entre les salariés « d'origine » du nouveau prestataire et ceux dont le contrat s'est poursuivi avec ce nouveau prestataire¹²²². Similaires au mécanisme légal par leur effet correcteur, la substitution d'employeurs (1), les mécanismes conventionnels de transfert des contrats de travail ont cependant un périmètre bien plus réduit que ce dernier (2).

1 : Un effet correcteur similaire au régime légal : la substitution d'employeurs

438. **Effet translatif.** L'ensemble des régimes de transfert, que ce soit le régime légal ou les régimes conventionnels, visent au même effet translatif : les contrats de travail signés avec un premier employeur initial sont transmis vers un second nouvel employeur. Si les modalités pratiques de cet effet translatif ne sont pas identiques entre le régime légal et les conventionnels (ou même entre les régimes conventionnels eux-mêmes, qui fixent leurs propres modalités de mise en œuvre), la substitution de partie au contrat reste l'élément commun. D'ailleurs, la jurisprudence précise, comme en matière de transfert légal, que les transferts conventionnels impliquent un transfert de l'ensemble des droits et des obligations du contrat de travail¹²²³. Dès lors, régime légal comme régimes conventionnels ont un effet correcteur du contrat de travail qui porte sur le changement de partie au contrat et plus spécifiquement le changement d'employeur.

439. **Respect des conditions suspensives.** La substitution d'employeur n'opère cependant pas aussi automatiquement qu'en matière de transfert légal. Par exemple, l'absence de respect des obligations prévues à la charge de l'entrant (obligation d'information notamment) est sanctionnée par l'absence de réalisation du transfert, sauf à ce que les clauses de l'accord

¹²²¹ Accord du 3 novembre 2016 sur la continuité des contrats de travail, dans le champ de la Convention collective nationale unifiée « ports et manutention ».

¹²²² C. trav. art. L. 1224-3-2 créé par la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, et modifié récemment par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 (v. K. Pagani, Y. Pagnerre, *Le vademecum des ordonnances « Macron »*, 2018, Gualino, p. 33).

¹²²³ L'ancienneté des salariés est maintenue (Cass. soc., 21 juin 2005 : *Bull. civ.* V, n° 211 ; *RJS* 2005, n° 958).

règlent autrement cette question¹²²⁴. La jurisprudence semble donc effectuer une lecture particulièrement rigide de certaines des exigences inscrites dans les accords collectifs, voyant dans ces obligations à la charge de l'entrant des conditions suspensives qui subordonnent la réalisation du transfert à l'accomplissement de certaines formalités. L'effet translatif ne joue son plein effet qu'une fois que l'ensemble des conditions conventionnelles à la charge de l'entrant sont remplies. Du côté du prestataire évincé, le transfert ne sera également pas réalisé mais uniquement si son manquement est de nature à empêcher la mise en place effective de la reprise du marché¹²²⁵.

440. **Garantie d'emploi.** Le Professeur Mazeaud rappelle que la lecture jurisprudentielle plus stricte en ce qui concerne les défaillances de l'entrant est de nature à « prive[r] les salariés de leur droit à la transférabilité de leur contrat »¹²²⁶. La différence de traitement entre entrant et sortant semble dès lors peu justifiée. La notion de garantie d'emploi devrait jouer en priorité et favoriser l'exécution du transfert dans l'un ou l'autre cas d'inexécution conventionnelle, sauf à ce que le manquement rende directement impossible ledit transfert. Cette garantie d'emploi semble d'ailleurs mise en avant dans le cas où le nouveau prestataire tenterait de renoncer *a posteriori* à ses nouvelles obligations. Dans une situation où est intervenue une renonciation postérieurement à l'adjudication d'un marché au nouveau prestataire, elle ne peut faire perdre aux salariés le bénéfice de la garantie d'emploi prévue au sein de la convention collective¹²²⁷. Même lorsque le nouveau prestataire renonce finalement au marché, l'intérêt collectif des salariés prime et le transfert est considéré comme réalisé.

2 : Divergence avec le mécanisme légal : un périmètre d'application réduit

441. **Construction historique.** Malgré cet effet correcteur similaire au mécanisme légal dans son principe, il est nécessaire de souligner que les accords collectifs de transfert n'ont pas la même portée. S'il est vrai que les premiers accords collectifs portant sur les transferts

¹²²⁴ V. par ex. Cass. soc., 20 mars 2007, n°05-44.962 : *RJS* 6/07, n°707. V. également Cass. soc., 2 déc. 2009, n°08-43.722 : *RJS* 2/10, n°157 ; *Dr. soc.* 2010, p. 350, obs. A. Mazeaud ; *RDT* 2010, p. 166, note A. Fabre ; *JCP S* 2010, p. 1112, note A. Martinon.

¹²²⁵ Cass. soc., 28 nov. 2007, n°06-42.379 : *Bull. civ.* V, n°200 ; *Dr. soc.* 2008, p. 391, obs. A. Mazeaud ; *RJS* 2/08, n°144.

¹²²⁶ V. ses observations sous l'arrêt dans *Dr. soc.* 2008, p. 391.

¹²²⁷ Cass. soc., 5 avr. 2005, n°03-47.012 : *RJS* 6/05, n°604.

conventionnels sont nés à la suite de la jurisprudence de l'assemblée plénière de 1985¹²²⁸ qui a exclu du champ d'application du régime légal de l'article L. 122-12 alinéa 2 (article L. 1224-1 actuel) du Code du travail les cas de perte d'un marché¹²²⁹, ils n'ont pas pour objectif de venir parfaitement compenser le retrait de l'application du mécanisme légal aux cas de cession de marchés. Ils diffèrent sensiblement dans leur périmètre d'application : par exemple, la plupart de ces accords ne prévoient le transfert que d'une partie du personnel affecté au marché. Des exclusions sont effectuées au titre du statut du personnel¹²³⁰, de son ancienneté¹²³¹ et du type de contrat signé¹²³². Le temps passé par le salarié sur le marché en cause est souvent également un critère déterminant¹²³³.

442. **Liberté contractuelle.** La correction provoquée par les mécanismes de transfert conventionnels n'a ainsi pas le caractère absolu de celle du mécanisme légal. Les partenaires sociaux se sont sans aucun doute inspirés du régime légal mais l'ont adapté aux exigences de leur industrie. Le fait que seuls soient transférés les salariés les moins qualifiés est ainsi symptomatique de la différence de philosophie entre les deux systèmes. Par ailleurs, certaines catégories de salariés sont par principe exclues par certains accords comme les salariés inaptes¹²³⁴ et les salariés titulaires d'un contrat de formation¹²³⁵. Les accords organisent chacun leur propre méthodologie du transfert, c'est la liberté

¹²²⁸ Cass. AP, 15 nov. 1985 : Bull. A.P., n° 7 ; *JCP G* 1986, II, 20705, note G. Flécheux et M. Bazex.

¹²²⁹ Dès 1986 plusieurs industries se sont dotées d'un régime conventionnel de cession des contrats de travail : les entreprises de la manutention ferroviaire (avenant du 24 février 1986 à la Convention collective nationale du personnel des entreprises de manutention ferroviaire du 6 janvier 1970), les entreprises de la propreté (accord du 4 avril 1986 relatif à la situation du personnel en cas de changement de prestataire - Convention collective des entreprises de nettoyage de locaux du 17 décembre 1981) et les entreprises de restauration de collectivités (avenant n° 3 du 26 février 1986 à la Convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983) par exemple.

¹²³⁰ Par ex. l'article 3 de l'avenant n° 3 du 26 février 1986 relatif au changement de prestataires de services de la convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983 prévoit que sont exclus de la reprise de personnel les cadres et agents de maîtrise « sauf si un accord écrit entre le salarié, le cédant et le successeur prévoit la poursuite du contrat de travail chez le successeur ».

¹²³¹ L'article 2 de l'avenant n° 53 du 15 juin 2015 relatif aux conditions de transfert des contrats de travail en cas de changement de titulaire d'un marché public de la convention collective nationale des activités du déchet du 11 mai 2000 prévoit une ancienneté minimale de neuf mois.

¹²³² Les contrats à durée déterminée sont souvent exclus de la reprise de personnel sauf s'ils sont conclus pour remplacer un salarié en contrat à durée indéterminée absent. V. par ex. art. 7.2 de la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011.

¹²³³ L'article 15 ter de la convention collective nationale du personnel des entreprises de manutention ferroviaire et travaux connexes du 6 janvier 1970 prévoit que les salariés doivent être « affectés à ladite activité depuis au moins 6 mois ».

¹²³⁴ V. par ex. art. 2.2 de l'avenant du 28 janvier 2011 à l'accord du 5 mars 2002 relatif à la reprise du personnel de la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985.

¹²³⁵ *Ibid.*

contractuelle qui prévaut en la matière. Les juges se bornent alors à contrôler le respect des stipulations conventionnelles à l'aune des principes de droit commun des contrats. Cela a conduit la Cour de cassation à approuver une cour d'appel d'avoir sanctionné un entrant pour manquement à l'obligation de bonne foi¹²³⁶.

443. **Conséquence.** Inspirés du mécanisme légal les mécanismes de transfert conventionnels provoquent une correction contractuelle similaire par la substitution de partie au contrat entre l'employeur cédant et l'employeur cessionnaire. En revanche, les mécanismes de transfert conventionnels ont un périmètre d'action réduit, spécifique à chaque branche professionnelle où ils ont été négociés. Cette différence méthodologique souligne la différence de philosophie entre le régime légal et les régimes conventionnels. Dès lors, il paraît logique que la jurisprudence refuse de reconnaître la même portée correctrice que celle de l'article L. 1224-1 du Code du travail aux mécanismes qui découlent d'accords collectifs.

B : Une correction nécessairement plus limitée que le régime légal

444. **Remise en question du droit de refus.** La question de la possibilité pour le salarié de refuser le transfert de son contrat de travail, alors même que le champ d'application du mécanisme de transfert défini par accord collectif inclut ce contrat a agité la doctrine. Alors que la jurisprudence admet ce droit (1), l'importance de reconnaître aux mécanismes de transfert conventionnels le même effet impératif que le mécanisme légal a pu être mise en avant. Cependant, la construction des mécanismes conventionnels démontre qu'ils ne s'inscrivent que partiellement dans l'impératif de protection de l'intérêt collectif des salariés. Dès lors, une telle atteinte à la force obligatoire du contrat de travail n'apparaîtrait pas justifiée (2).

¹²³⁶ Sanction face à la non reprise d'un salarié du sortant pour des raisons étrangères à ses qualités professionnelles, alors même que l'entrant avait repris deux autres salariés du sortant qui n'entraient pourtant pas dans le périmètre de l'accord (Cass. soc., 25 avr. 2007, n°05-43.399 : *RJS* 7/07, n°817).

1 : Une correction uniquement imposée à l'employeur

445. **Traitement du refus par les accords collectifs.** La différence de philosophie entre les deux types de transfert ne se limite pas au périmètre d'application réduit : la différence de régime fondamentale avec le mécanisme légal repose sur le fait qu'au niveau conventionnel seuls les employeurs se voient imposer le transfert du contrat. Un accord du salarié doit en principe être recherché pour que le transfert d'origine conventionnel lui soit opposable. Si certains accords prévoient ce droit de refus du salarié¹²³⁷, de nombreux accords collectifs sont cependant rédigés de façon à éluder cette question du consentement des salariés. Par exemple, la convention collective de la propriété prévoit en son article 7.2 que « le transfert des contrats de travail s'effectue de plein droit par l'effet du présent dispositif et s'impose donc au salarié dans les conditions prévues ci-dessous »¹²³⁸. Par ailleurs, la commission nationale d'interprétation de la convention collective a indiqué dans un avis que le mécanisme conventionnel ne requiert pas l'accord du salarié sauf dans le cas d'un salarié protégé¹²³⁹.
446. **Novation.** La jurisprudence refuse quant à elle clairement de reconnaître un caractère impératif aux transferts mis en place par voie conventionnelle. Elle a eu l'occasion de trancher en ce sens que ce soit concernant les salariés protégés¹²⁴⁰ ou concernant les salariés non protégés¹²⁴¹. L'accord des salariés concernés doit être recueilli et un certain formalisme est par ailleurs exigé, puisque la jurisprudence retient que la modification en question ne relève pas du régime prévu en matière de modification pour motif économique. La jurisprudence utilise le terme de « novation » du contrat de travail¹²⁴² et souligne par-là la

¹²³⁷ V. par ex. l'article 4 de l'accord du 5 juillet 2013 relatif à l'annexe VI « Transfert de personnel entre entreprises d'assistance en escale » de la convention collective nationale du personnel au sol des entreprises de transport aérien du 22 mai 1959 qui précise que le salarié « dispose d'un délai de réflexion de 7 jours calendaires, à compter de la remise en main propre ou de la première présentation de la lettre recommandée, pour accepter sans réserve cette proposition [de transfert] ou de la refuser. A défaut, il demeure salarié de l'entreprise sortante ».

¹²³⁸ De façon similaire la convention collective des activités du déchet prévoit dans un avenant du 19 février 2008 qu'en cas de changement de titulaire d'un marché public et concernant les personnels non cadres « ce transfert s'impose aux personnels concernés, qui deviennent salariés du nouveau titulaire du marché ».

¹²³⁹ Avis interprétatif du 19 septembre 2006 relatif au transfert de contrat : « La convention collective nationale ne prévoit pas de droit d'option pour le salarié à rester au sein de l'entreprise sortante ».

¹²⁴⁰ Cass. soc., 3 mars 2010, n°08-41.600 et n° 08-40.895, *RDT* 2010, p. 204 ; *RJS* 5/2010, n°404.

¹²⁴¹ Cass. soc., 9 nov. 2005, n°03-47.732, *Securitas: Dr. soc.* 2006, p. 518, note A. Mazeaud, *JCP S* 2006, n°1947, note P. Morvan.

¹²⁴² V. note 1240.

nécessité de recueillir un accord exprès du salarié concerné¹²⁴³ : pour le régime de la modification pour motif économique, le simple silence du salarié dans le délai d'un mois permet de prouver son accord¹²⁴⁴.

2 : Un choix justifié par l'objectif des mécanismes de transfert conventionnel

447. **Arguments.** Un auteur a pu formuler un certain nombre de critiques à l'encontre de cette différence de régime avec le régime légal¹²⁴⁵. Le Professeur Morvan a ainsi pu souligner les difficultés, tant juridiques¹²⁴⁶ qu'économiques¹²⁴⁷, qui entourent la mise en œuvre du régime conventionnel face au droit de refus du transfert par le salarié. Si les arguments avancés ne manquent pas de pertinence, il apparaît nécessaire de les mettre en balance avec un certain nombre de remarques en faveur du maintien d'un droit de refus du salarié dans le cadre des mécanismes conventionnels¹²⁴⁸. Il est indéniable qu'une volonté de protection des salariés peut être constatée dans la mise en œuvre de ces mécanismes. La jurisprudence parle ainsi de « garantie d'emploi »¹²⁴⁹. Un avis interprétatif concernant l'accord de transfert dans le secteur de la propreté rappelle également que « le but de [l'accord] est de protéger le salarié, son emploi et sa rémunération »¹²⁵⁰. Certaines conventions collectives soulignent directement l'objectif d'« éviter les risques de bouleversements sociaux et de précarisation de l'emploi résultant de la rupture systématique des contrats de travail en cas de changement de prestataires de services »¹²⁵¹. Les accords conventionnels permettent de compléter le mécanisme légal, dans des situations où la jurisprudence est frileuse pour reconnaître la cession d'une véritable entité autonome. La cession d'un marché sans « aucun moyen d'exploitation nécessaire à [son] exécution »¹²⁵² n'entraîne pas application

¹²⁴³ Conformément à l'article 1330 du Code civil.

¹²⁴⁴ C. trav. art. L. 1222-6.

¹²⁴⁵ P. Morvan, « Application conventionnelle de l'article L. 122-12 et accord du salarié : plaider pour un revirement », *JCP S* 2006, n°1964.

¹²⁴⁶ Face à un reclassement difficile à mettre en œuvre, la solution du licenciement apparaît également complexe en l'absence de véritable motif économique.

¹²⁴⁷ Le droit au refus du salarié serait notamment source de pratiques de dumping social.

¹²⁴⁸ V. les arguments présentés par Y. Chagny dans son article intitulé « La continuité des contrats de travail du personnel d'un marché de prestation de services », *RDT* 2007, p. 78.

¹²⁴⁹ Cass. soc., 30 nov. 2017, n°16-20.532 : *D.* 2017, p. 2483 ; *RDT* 2018, p. 56, obs. A. Fabre.

¹²⁵⁰ Avis interprétatif du 19 septembre 2006 relatif au transfert de contrat.

¹²⁵¹ Avenant n° 3 du 26 février 1986 à la Convention collective nationale des entreprises de restauration de collectivités.

¹²⁵² Cass. soc., 31 mai 2005, n°03-42.095 : *JCP S* 2005, n°1068, note J.-F. Cesaro.

de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Il s'agit d'ailleurs de la raison principale pour laquelle ce type d'accord se retrouve principalement dans des industries où les changements de prestataires sur les marchés sont courants.

448. **Objectifs parallèles.** Cependant certains auteurs soulignent aussi la volonté des employeurs de chaque secteur de se prémunir contre le risque de pénurie de main d'œuvre¹²⁵³ dans des secteurs où cette dernière vient souvent à manquer. Ces accords offrent une garantie supplémentaire à la fois aux salariés et à l'entreprise sortante. Les premiers risqueraient de se voir licenciés par l'entreprise tandis que cette dernière risquerait un licenciement injustifié en cas de modification du contrat de travail. Par ailleurs de tels mécanismes ont pu être souhaités par les entreprises des branches pour garantir le maintien d'un personnel compétent sur le marché repris : ces accords sont souvent présents dans des industries employant des salariés peu qualifiés où le risque de pénurie peut être élevé. Les partenaires sociaux eux-mêmes reconnaissent que les employeurs du secteur n'ont pas seulement en tête la protection de l'emploi des salariés concernant le recours aux mécanismes conventionnels de transfert¹²⁵⁴. D'ailleurs, ces mécanismes prévoient le plus souvent la seule reprise du personnel ouvrier ou font référence à un niveau limite de la classification conventionnelle pour séparer les salariés objet du transfert et ceux qui restent au service du cédant. Sont ainsi la plupart du temps exclus les salariés qui occupent des fonctions de management et des fonctions support. Dès lors, il apparaît difficile de justifier une impérativité générale pour ces mécanismes conventionnels.
449. **Nécessité d'une correction limitée.** Il n'apparaît pas non plus possible de permettre une lecture au cas par cas des accords et de laisser subsister un droit de refus du transfert dans les seuls textes conventionnels qui ne l'excluent pas expressément¹²⁵⁵. En tant que mécanisme d'une correction imposée du contrat de travail, le mécanisme du transfert d'entreprise doit rester limité à un champ d'application restreint, défini par le législateur.

¹²⁵³ P. Morvan, « Actualité du transfert conventionnel d'entreprise », *Cah. soc.* sept. 2017, n° 299, p. 431 ; A. Mazeaud, « Transferts d'entreprise : aspects individuels », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, actualisé mars 2020.

¹²⁵⁴ L'avis interprétatif du 19 septembre 2006 relatif au transfert de contrat dans le secteur de la propreté énonce ainsi que l'accord concernant le transfert des contrats de travail « est l'un des vecteurs stabilisateurs du marché de la propreté ».

¹²⁵⁵ Ou ceux qui rappellent explicitement le droit au refus du salarié : v. par ex. l'article 4 de l'accord du 5 juillet 2013 relatif à l'annexe VI « Transfert de personnel entre entreprises d'assistance en escale » de la convention collective nationale du personnel au sol des entreprises de transport aérien du 22 mai 1959.

Les partenaires sociaux ne peuvent se voir reconnaître un pouvoir similaire à celui du législateur de mettre en place des exceptions aux principes cardinaux de droit des contrats, sauf à ce que le législateur lui-même leur en laisse explicitement la possibilité. Dès lors, le principe de force obligatoire du contrat de travail doit prévaloir en dehors de l'hypothèse d'ordre public prévue par l'article L. 1224-1 du Code du travail.

450. **Rapport entre le caractère impératif et la protection de l'emploi.** Les mécanismes de transfert collectif des contrats de travail constituent donc des mécanismes où la correction contractuelle est imposée. Cette nature impérative de la correction, en violation du régime de la modification du contrat de travail, est justifiée par la protection d'un intérêt de niveau collectif voire général qui consiste en la protection de l'emploi. Il est d'ailleurs possible d'observer que la force de la correction, son impérativité, dépendra de la force du lien entre le mécanisme et cet objectif de protection de l'emploi. Si le régime légal impose le transfert à toutes les parties prenantes, employeur cédant, salarié cédé et employeur cessionnaire, les régimes conventionnels qui servent également d'autres objectifs ne se voient reconnaître qu'une impérativité partielle, limitée à la personne de l'employeur. Capacité correctrice et objectif de protection de l'emploi semblent donc indéfectiblement liés en droit du travail. Cela peut être confirmé par le régime d'un autre mécanisme correcteur imposé : l'activité partielle.

Section II : La correction par l'interruption temporaire des obligations professionnelles

451. **Définition.** L'activité partielle est définie par le Code du travail comme le fait pour les salariés de bénéficier d'une indemnité dans le cas où, après autorisation de l'autorité administrative, ils « subissent une perte de rémunération imputable soit à la fermeture temporaire de leur établissement ou partie d'établissement, soit à la réduction de l'horaire de travail pratiqué dans l'établissement ou partie d'établissement en deçà de la durée légale de travail »¹²⁵⁶. Ce régime de droit commun évolue dans un contexte particulier depuis la crise économique et sociale liée à l'épidémie de coronavirus. D'une part, son régime a subi des altérations qui nécessitent de distinguer celles au caractère permanent et celles au

¹²⁵⁶ C. trav. art. L. 5122-1.

caractère purement temporaire. D'autre part, un régime similaire mais distinct d'activité réduite pour le maintien en emploi ou souvent dénommé « activité partielle de longue durée » a été mis en place dans une optique de moyen terme. Ses effets pourraient en effet porter jusqu'au 30 juin 2025¹²⁵⁷. Ce dernier mécanisme, déjà décrit par comparaison avec le régime de l'accord de performance collective¹²⁵⁸, pourra cependant être à nouveau évoqué pour illustrer certaines évolutions du droit de l'activité partielle. La correction imposée par l'activité partielle porte sur deux éléments du socle contractuel qui sont intimement liés : la durée du travail et le salaire (I). Mécanisme particulièrement mis en avant dans des situations où l'emploi est menacé, comme très récemment à l'occasion de la crise COVID-19, sa nature impérative se justifie par son objectif de protection. L'unilatéralisme de la correction pose cependant la question d'un recalibrage du mécanisme, notamment au regard de ses évolutions récentes (II).

I : L'unilatéralisme de la correction portée par le mécanisme de l'activité partielle

452. **L'intérêt collectif de protection des emplois.** La correction du contrat de travail provoquée par l'activité partielle porte sur les obligations principales du contrat de travail : du côté de l'employeur l'obligation de fournir du travail et de payer le salaire correspondant, et du côté du salarié, l'obligation de travailler conformément aux directives de l'employeur (A). Alors qu'une telle correction devrait en principe relever du régime de la modification contractuelle, une solution inverse a été retenue par la jurisprudence (B).

A : La correction par la réduction de la durée du travail et de la rémunération

453. **Nature correctrice.** Lié à la notion de « suspension » par le Code du travail¹²⁵⁹, le régime de l'activité partielle semble plutôt correspondre à une forme de correction contractuelle, sauf à procéder à une distorsion du régime de la suspension du contrat de travail. L'activité

¹²⁵⁷ L'accord doit être transmis au plus tard le 30 juin 2022 (loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, art. 53, IX) mais ses effets peuvent potentiellement s'étaler sur une durée de trente-six mois (décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable, art. 3).

¹²⁵⁸ V. § n° 293 et s.

¹²⁵⁹ C. trav. art. L. 5122-1, II.

partielle désigne en effet à la fois des situations où les principales obligations professionnelles des parties sont totalement interrompues, et celles où elles ne sont que partiellement interrompues (1). Cette nature correctrice du mécanisme est d'ailleurs confirmée par le régime jurisprudentiel : la Cour de cassation refuse désormais le bénéfice du régime de la modification du contrat de travail au salarié récalcitrant, entraînant une bascule vers le régime disciplinaire (2).

1 : Portée de la correction provoquée par le régime d'activité partielle

454. **Construction du régime de l'activité partielle.** La naissance d'une première possibilité d'indemnisation en cas d'activité partielle (ou de chômage partiel comme le mécanisme était intitulé avant la réforme de loi n° 2013-504 du 14 juin 2013¹²⁶⁰) date de l'entre-deux-guerres¹²⁶¹. Sa mise en place à un niveau national est ultérieure et peut être datée au décret du 12 mars 1951¹²⁶², qui précise les situations dans lesquelles les entreprises peuvent être considérées en « chômage partiel ». Son régime a été défini plus clairement en 1968, à l'occasion de l'accord national interprofessionnel du 21 février. Antérieurement l'activité partielle avait été envisagée par des accords de branche¹²⁶³, sous l'impulsion de l'accord interprofessionnel relatif à l'assurance chômage signé dix ans plus tôt, qui prévoyait l'examen de cette question par les partenaires sociaux¹²⁶⁴. A la suite de ces évolutions, le législateur et les partenaires sociaux se sont relayés pour amender le régime de l'activité partielle, donnant lieu à un patchwork de sources qui n'a été profondément remanié qu'en 2013¹²⁶⁵. Le régime de l'activité partielle tel qu'il existe aujourd'hui résulte donc de la fusion du « chômage partiel » et de l'ex-« l'activité partielle de longue durée »¹²⁶⁶ dont le régime avait été mis en place en 2009¹²⁶⁷. L'activité partielle relève des mécanismes mis

¹²⁶⁰ V. loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

¹²⁶¹ Cour des comptes, « Le système français d'indemnisation du chômage partiel : un outil insuffisamment utilisé », *Rapport public annuel de 2011*, février 2011, p. 157.

¹²⁶² Décret 51-319 du 12 mars 1951 fixant les conditions d'attribution des allocations de chômage.

¹²⁶³ V. accord 28 févr. 1963 dans l'industrie des textiles naturels, accord du 30 juin 1967 dans l'industrie des textiles artificiels et accord du 20 décembre 1967 dans la branche des cuirs et peaux.

¹²⁶⁴ Convention collective nationale interprofessionnelle du 31 décembre 1958 portant création du régime d'allocations spéciales aux travailleurs privés d'emploi, art. 8.

¹²⁶⁵ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 et loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

¹²⁶⁶ L'actuelle activité réduite pour le maintien en emploi est régulièrement dénommée activité partielle de longue durée.

¹²⁶⁷ Décret n° 2009-478 du 29 avril 2009 relatif à l'activité partielle de longue durée.

en place comme des alternatives au licenciement économique : dans une situation de difficultés économiques passagères¹²⁶⁸, les entreprises sont autorisées à suspendre partiellement leurs obligations de fournir du travail au salarié et de le payer. L'Etat prend alors le relai de l'entreprise en faisant bénéficier les salariés concernés d'une indemnité représentant un certain pourcentage de leur salaire. L'intérêt est ici d'organiser le maintien du lien contractuel, par le biais d'une correction des éléments contractuels.

455. **Une suspension du contrat ?** Le contrat de travail du salarié en activité partielle est en général considéré comme suspendu pour les périodes où il n'y a pas d'activité¹²⁶⁹. Cependant, il s'agit d'une suspension particulière, puisqu'elle est limitée aux « périodes où [les salariés] ne sont pas en activité ». Pour le régime de droit commun, le Code du travail fait référence à la fermeture temporaire de l'établissement ou à la réduction de l'horaire de travail. Il y a donc deux situations possibles dans le cadre de l'activité partielle : la réduction complète de la durée du travail ou la réduction seulement partielle du temps de travail du salarié. Le Professeur Lokiec fait ainsi la différence entre « la suspension du contrat de travail ou la réduction de la durée du travail décidées par l'employeur en raison du chômage partiel »¹²⁷⁰. Cette distinction est confirmée par les évolutions récentes du régime de l'activité partielle. Si, dans le régime de droit commun le contrat de travail est « suspendu »¹²⁷¹, l'activité réduite pour le maintien en emploi ne fait plus que référence à une « réduction de l'horaire de travail »¹²⁷². Cette distinction permet d'affirmer la différence de nature entre la suspension contractuelle prévue en matière d'activité partielle et les autres hypothèses de suspension du contrat de travail. En effet, s'il n'existe pas de définition légale ou jurisprudentielle de la suspension du contrat de travail, la doctrine la présente comme la situation dans laquelle « l'exécution des obligations principales qui [...] résultent [du contrat de travail] est momentanément interrompue »¹²⁷³ : il est ici question de l'obligation de paiement du salaire et de l'obligation de travailler. Le Doyen honoraire

¹²⁶⁸ Au contraire de l'activité réduite pour le maintien en emploi qui vise à « assurer le maintien dans l'emploi dans les entreprises confrontées à une réduction d'activité durable qui n'est pas de nature à compromettre leur pérennité ».

¹²⁶⁹ C. trav. art. L. 5122-2.

¹²⁷⁰ P. Lokiec, « Le chômage partiel : pour une autre approche », *Dr. soc.* 2009, p. 393.

¹²⁷¹ C. trav. art. L. 5122-1, II.

¹²⁷² Décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable, art. 4.

¹²⁷³ V. not. la définition du Professeur Couturier dans son ouvrage *Droit du travail, les relations individuelles de travail*, PUF 1990, n°203 p. 367.

de la Cour de cassation, Monsieur Jean-Marc Béraud, avait également proposé une définition stimulante de la suspension du contrat de travail comme un droit des parties au contrat de travail d'invoquer le bénéfice d'une disparition du lien de subordination¹²⁷⁴. Le cas de l'activité partielle n'entre donc pas dans le cadre de telles définitions puisqu'il est possible, comme son nom l'indique, de ne prévoir qu'une suspension partielle des obligations professionnelles. Dans le cadre d'une cessation seulement partielle de l'activité du salarié, l'employeur sera donc tenu de remplir ses obligations et notamment de verser le salaire correspondant aux périodes travaillées. La notion de disparition du lien de subordination, si elle peut être temporaire, apparaît difficilement concevable comme partielle. Le salarié est ou n'est pas subordonné à son employeur, il ne paraît pas possible de concevoir qu'il le soit « à demi ». Il ne s'agit pas d'une suspension de même nature que celle engendrée par la maladie ou un congé spécifique : il apparaît possible d'envisager l'activité partielle, lorsqu'elle ne concerne pas la totalité du temps de travail, plutôt comme une correction du contrat de travail par la réduction du temps de travail et du salaire.

456. **Déduction des heures travaillées pour le calcul de l'allocation.** En pratique, l'employeur peut soit réduire partiellement la durée du travail des salariés et suspendre en conséquence le paiement du salaire correspondant, soit suspendre « entièrement » le contrat de travail des salariés. S'il se place dans la première option, la correction du contrat de travail ne jouera que pour une certaine proportion et il restera dans ce cas tenu par ses obligations professionnelles pour les heures travaillées. Notamment, il sera tenu au paiement du salaire pour les heures effectivement travaillées par les salariés. Le Code du travail précise à cet égard que le calcul de l'allocation d'activité partielle s'effectue par référence « à la différence entre la durée légale du travail sur la période considérée ou, lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail ou la durée stipulée au contrat, et le nombre d'heures travaillées sur ladite période »¹²⁷⁵. Le cas échéant, les heures effectivement travaillées par le salarié doivent donc être déduites des trente-cinq heures légales ou de toute durée inférieure applicable et doivent donner lieu au maintien de la rémunération correspondante du salarié.

¹²⁷⁴ J.-M. Béraud, *La suspension du contrat de travail*, Sirey, 1980.

¹²⁷⁵ C. trav. art. R. 5122-19.

2 : Une mise à l'écart du régime de la modification du contrat de travail

457. **Revirement.** La réduction de la durée du travail et du salaire provoquée par la mise en activité partielle devrait logiquement être soumise au régime de la modification du contrat de travail. Il s'agit en effet de la modification à la baisse de deux éléments qui correspondent au socle contractuel¹²⁷⁶. Le principe d'intangibilité contractuelle dicte le respect de l'exigence consensuelle : que ce soit pour la réduction de son temps de travail ou concernant une réduction salariale, l'accord du salarié doit être obtenu. La jurisprudence a longtemps retenu cette solution : le passage en activité partielle et la réduction horaire et salariale entraînée constituait, selon les juges de la chambre sociale, une modification contractuelle requérant l'accord du salarié¹²⁷⁷. Ce choix mettait en avant la nature correctrice du mécanisme d'activité partielle et non purement suspensive des obligations professionnelles comme cela a déjà pu être expliqué. Cependant, en 1996, les juges ont effectué un revirement de jurisprudence et ont fait le choix d'écarter le régime de la modification du contrat de travail¹²⁷⁸. Si en principe, face à une réduction de sa durée du travail et de son salaire l'accord du salarié doit être obtenu¹²⁷⁹, cet accord n'est désormais plus exigé dans le cadre de l'activité partielle. La jurisprudence précise ainsi que « la fixation des nouveaux horaires de travail réduits rel[ève] du pouvoir de direction du chef d'entreprise »¹²⁸⁰.

458. **Régime disciplinaire.** Conséquence de ce nouveau régime : le refus du salarié de son placement en activité partielle peut constituer une faute, éventuellement grave¹²⁸¹. Selon la jurisprudence : « il est de principe que la mise au chômage partiel de salariés [...] ne constitue pas une modification du contrat de travail, et qu'en conséquence le refus par un salarié constitue une faute »¹²⁸². Jusqu'alors le salarié pouvait se prévaloir d'un droit de refus de la modification proposée. L'employeur devait le licencier pour motif économique

¹²⁷⁶ Cass. Soc., 23 janvier 2001 : *Bull. civ. V*, n°19.

¹²⁷⁷ Cass. soc., 23 oct. 1991: *Bull. civ. V*, n°437 ; *Dr. soc.* 1991, p. 961.

¹²⁷⁸ Cass. soc., 18 juin 1996, *Gury et autres c/ SA Litwin* : *Bull. civ. V*, n° 248 ; *Dr. soc.* 1996, p. 978, obs. H. Blaise ; *RJS* 8-9/96, n° 963.

¹²⁷⁹ V. note n° 209.

¹²⁸⁰ Cass. soc., 2 févr. 1999, n° 96-42.831, *Fettaka c/ Hakim* : *Bull. civ. V*, n° 47 ; *RJS* 3/99, n° 407.

¹²⁸¹ *Ibid.*

¹²⁸² CA Versailles, 14 févr. 2006, n° 05-2451, 6e ch., *Lincks-Diot c/ Sté Euro Conseil Edition*.

mais le licenciement était alors justifié par le refus du salarié d'une mise en œuvre de l'activité partielle conforme aux critères légaux¹²⁸³.

459. **Réduction des éléments contractuels.** L'activité partielle relève donc bien des mécanismes porteurs d'une correction imposée du contrat de travail. L'organisation du maintien du lien contractuel passe par une interruption temporaire des principales obligations du contrat de travail. A l'instar du mécanisme de transfert collectif des contrats de travail, la loi permet d'écarter le régime de la modification du contrat de travail alors même que sont impactés des éléments du socle contractuel. Sauf qu'est cette fois en cause une réduction des éléments contractuels, et notamment du salaire, tandis que dans le cadre de l'article L. 1224-1 du Code du travail les obligations contractuelles sont en principe maintenues telles quelles. Le rejet d'un droit de refus du salarié semble dès lors inapproprié.

B : L'impossible résistance du salarié

460. **Objectif d'effectivité.** Le rejet du régime de la modification du contrat de travail semble injustifié alors que le salarié subit une réduction de sa rémunération, unilatéralement décidée par l'employeur. La solution jurisprudentielle a probablement été dictée par une volonté de garantir l'effectivité du mécanisme : en cas de refus massifs de l'activité partielle, l'objectif de conserver les compétences au sein de l'entreprise pour une reprise ultérieure pourrait être mis à mal. Elle ne paraît cependant pas équilibrée, en particulier avec le nombre croissant de salariés susceptibles d'être concernés par la réduction salariale¹²⁸⁴. Selon le Professeur Lokiec, un tel revirement jurisprudentiel est « profondément discutable »¹²⁸⁵, et d'autres auteurs soulignent que l'exception faite au principe consensuel en présence d'une réduction salariale est « juridiquement difficilement justifiable »¹²⁸⁶. Cette mise à l'écart de la volonté du salarié revient *in fine* à faire reposer au moins partiellement le risque d'entreprise sur ses épaules.

¹²⁸³ Cass. soc. 5 juillet 1989 : *Bull. civ.* V, n°505 ; *RJS* 10/89, n° 785.

¹²⁸⁴ Plus de six millions et demi de salariés à la fin de l'été 2020 (Dares, Tableau de bord - Situation sur le marché du travail durant la crise sanitaire au 10 novembre 2020, 12 nov. 2020).

¹²⁸⁵ P. Lokiec, « Le chômage partiel : pour une autre approche », *Dr. soc.* 2009, p. 393.

¹²⁸⁶ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, 34^e éd. 2020, Dalloz, n° 372, p. 473.

461. **Absence de régime protecteur.** En effet, les conséquences pratiques de l'ancienne et de l'actuelle solutions jurisprudentielles diffèrent sensiblement. La reconnaissance d'un droit au refus pour le salarié implique qu'il peut bénéficier du régime protecteur du licenciement économique et notamment de la possibilité d'un reclassement, « ce qui n'exclut pas [...] que le licenciement consécutif au refus du salarié repose sur une cause réelle et sérieuse »¹²⁸⁷. En effet, si les difficultés rencontrées par l'entreprise sont de nature à permettre le recours à l'activité partielle, elles devraient également légitimer la décision de l'employeur de rompre le contrat de travail du salarié. A l'inverse, avec la solution actuelle ce dernier peut être privé des indemnités de rupture du contrat puisque le licenciement disciplinaire peut constituer une faute grave¹²⁸⁸, sauf si l'employeur n'a pas respecté le cadre juridique ou la durée de l'activité partielle¹²⁸⁹.
462. **Conséquences disproportionnées.** La correction provoquée par l'activité partielle relève d'une interruption momentanée, éventuellement partielle, des obligations principales du contrat de travail tout en maintenant le lien contractuel. Pour garantir l'efficacité de cette correction la jurisprudence a fait le choix d'écarter le régime de la modification du contrat de travail. Cette solution peut cependant être critiquée, en raison de ses lourdes conséquences pour le salarié. Les évolutions récentes du régime de l'activité partielle peuvent également être discutées. Depuis la loi n°75-5 du 3 janvier 1975¹²⁹⁰, l'objectif affirmé de l'activité partielle est de constituer une alternative aux licenciements économiques. Pourtant le mécanisme semble désormais tendre à une protection plus centrée « autour des entreprises et de leurs besoins »¹²⁹¹ qu'à l'égard des salariés.

II : L'objectif de protection de l'emploi

463. **Fil directeur.** Dans sa conception moderne, le mécanisme de l'activité partielle a été mis en place dans le but d'offrir une alternative aux employeurs qui, du fait d'une situation exceptionnelle nécessitant une baisse de leur activité, envisagent de procéder à des licenciements économiques (A). L'objectif de protection de l'emploi est donc évident et

¹²⁸⁷ P. Lokiec, « Le chômage partiel : pour une autre approche », *Dr. soc.* 2009, p. 393.

¹²⁸⁸ Cass. soc., 2 févr. 1999 : *Bull. civ.* V, n° 47.

¹²⁸⁹ Cass. soc., 27 nov. 1991 : *Bull. civ.* V, n° 536.

¹²⁹⁰ Loi n° 75-5 du 3 janvier 1975 relative aux licenciements pour cause économique.

¹²⁹¹ R. Dalmaso, « Les trois âges de l'activité partielle », *Dr. soc.* 2020, p.612.

devrait donc constituer le fil directeur de la construction de ce régime exorbitant de droit commun. Si les évolutions relativement récentes du mécanisme qui tendent à faciliter son usage répondent à cet objectif de protéger l'emploi, de tels développements devraient s'accompagner d'un contrôle accru de la part de l'administration. L'activité partielle n'est en effet pas un mécanisme correcteur anodin puisqu'il implique la mobilisation de fonds publics **(B)**.

A : Une alternative aux licenciements économiques

464. **Recours aux fonds publics.** L'objectif de protection de l'emploi est lisible dans le fonctionnement même du mécanisme d'activité partielle. Si l'employeur est à l'initiative de la correction, il doit justifier de son recours auprès de l'administration qui dispose d'un droit de regard préalable **(1)**. L'employeur peut également être tenu, pour pouvoir bénéficier des fonds publics liés au passage en activité partielle, de prendre des engagements qui visent directement ou indirectement à la sauvegarde des emplois **(2)**.

1 : La nécessaire justification du recours à l'activité partielle

465. **Alternative aux licenciements économiques.** L'activité partielle s'analyse comme une alternative aux licenciements économiques. Dès 1975 cette finalité de l'activité partielle est affirmée au sein du Code du travail¹²⁹². Elle est réaffirmée par la suite, notamment à l'occasion de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. Il est ainsi possible de lire dans le rapport accompagnant le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi qu'un des principaux objectifs du texte est de « mettre résolument fin à la préférence française pour le licenciement au profit de toutes les solutions qui permettent de les éviter », ce qui inclut notamment « une refonte du dispositif de chômage partiel qui est rendu plus efficace et plus facilement et rapidement mobilisable par les entreprises confrontées à des aléas conjoncturels ». L'activité partielle constitue ainsi dans le regard du législateur un « des outils de la politique de l'emploi en matière de prévention des

¹²⁹² C. trav. anc. art. L. 322-11 : « en vue d'éviter des licenciements pour cause économique [...], des actions de prévention peuvent être engagées [et] peuvent comporter notamment la prise en charge partielle par l'Etat, [...] des indemnités complémentaires dues aux travailleurs victimes d'une réduction d'activité au-dessous de la durée légale du travail ».

licenciements »¹²⁹³. Cette réalité est apparue encore plus évidente à l'occasion de la crise économique liée à l'épidémie de coronavirus. Les Ministres du Travail se sont succédés pour vanter les mérites de l'activité partielle, félicitant les employeurs pour leur choix de recourir au « chômage partiel, dans un premier temps, pour sauver l'emploi »¹²⁹⁴, avant de souligner qu'un tel régime représente « un bouclier massif [...], pour protéger les emplois »¹²⁹⁵. D'ailleurs, le législateur a fait le choix de recourir à une terminologie évocatrice pour l'introduction du mécanisme d'activité partielle « spécifique » ou « de longue durée » par la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne : l'activité réduite pour le maintien en emploi.

466. **Intérêts pratiques du mécanisme.** Le choix de miser sur une extension de l'activité partielle lors de la crise COVID-19 a été directement influencé par les constats de la crise financière de 2008. La comparaison entre la situation de l'emploi dans les différents pays européens pendant et après la crise a été l'occasion de démontrer l'importance du mécanisme pour la protection de l'emploi. Alors qu'au niveau de l'Union européenne une très importante contraction de l'emploi a pu être observée, elle a été relativement contenue dans trois pays. Le premier, la Pologne, constitue une exception à la crise elle-même puisque l'activité économique est restée en hausse. En revanche, les deux autres pays, la Belgique et l'Allemagne, ont connu une baisse de leur activité économique qui ne s'est pas traduite par une baisse du taux d'emploi. Une des explications avancées a pu être le recours massif de leurs entreprises au mécanisme du chômage partiel¹²⁹⁶. Les salariés des entreprises allemandes et belges ont en effet bénéficié dans une proportion bien plus élevée que celle des salariés français d'un mécanisme organisant le maintien de leur contrat de

¹²⁹³ Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, M. Jean-Marc Germain, 27 mars 2013.

¹²⁹⁴ Interview de Muriel Pénicaud, Ministre du Travail, à RTL le 20 avril 2020, sur les conséquences de l'épidémie covid-19, le chômage partiel, les contrôles sanitaires dans les entreprises en activité et la reprise du travail après la période de confinement.

¹²⁹⁵ Interview de Mme Élisabeth Borne, ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion, à Public Sénat le 16 octobre 2020, sur le couvre-feu mis en place, les mesures pour protéger les entreprises des « destructions d'emplois » et le protocole sanitaire dans les entreprises.

¹²⁹⁶ V. not. D. Clerc, « Le chômage partiel au secours de l'emploi », *Alternatives Internationales*, n°10, janvier 2012, T. Koch et J. Massol, « Le chômage partiel en Allemagne : le « remède miracle » dans la crise ? », *Dans Allemagne d'aujourd'hui*, 2014/4, n° 210, pages 67 à 85, P. Fréhaut, « Chômage partiel, activité partielle, Kurzarbeit : quelles différences entre les dispositifs publics français et allemand ? », *Lettre Trésor-Eco* n°107, nov. 2012, OCDE, *Perspectives de l'emploi de l'OCDE 2010 : Sortir de la crise de l'emploi*, Éditions OCDE, 2010, Paris.

travail en échange du paiement d'une indemnité étatique à la place de leur salaire. Du côté des entreprises, l'intérêt de recourir à l'activité partielle se comprend face à des difficultés économiques *a priori* limitées dans le temps : la possibilité de conserver une main d'œuvre déjà formée, opérationnelle dès la reprise de l'activité.

467. **Principe d'une autorisation et consultation préalable**¹²⁹⁷. Le Professeur Lokiec a pu considérer que l'activité partielle correspondait à un exercice de conciliation pour l'employeur entre liberté d'entreprendre et droit à l'emploi¹²⁹⁸. En effet, l'objectif de protection de l'emploi se retrouve au cœur du fonctionnement du mécanisme, par le contrôle administratif qui conditionne sa mise en œuvre¹²⁹⁹. Cet objectif justifie que les employeurs puissent recourir aux fonds publics : en échange de l'allocation d'activité partielle versée aux employeurs, l'administration dispose d'un droit de regard en principe préalable¹³⁰⁰. Les cas de recours à l'activité partielle sont logiquement limitativement énumérés. L'article R. 5122-1 du Code du travail précise qu'il peut s'agir des situations où la conjoncture économique, les difficultés d'approvisionnement en matières premières ou en énergie, un sinistre ou des intempéries de caractère exceptionnel, la transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise ou toute autre circonstance de caractère exceptionnel entraînent une obligation pour l'entreprise de réduire ou suspendre temporairement son activité. De façon similaire l'employeur d'au moins cinquante salariés a en principe l'obligation de consulter son comité social et économique avant de placer ses salariés en activité partielle¹³⁰¹.

¹²⁹⁷ Sous le régime de l'activité réduite pour le maintien en emploi, en raison de la mise en œuvre conventionnelle de l'activité partielle, cette autorisation prend une forme particulière. Similairement à ce qui est prévu en matière de plan de sauvegarde de l'emploi, l'autorisation est formulée par validation ou homologation de l'administration (décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable, art. 5).

¹²⁹⁸ P. Lokiec, « Le chômage partiel : pour une autre approche », *Dr. soc.* 2009, p.393.

¹²⁹⁹ Selon l'article L. 5122-1 du Code du travail : « les salariés sont placés en position d'activité partielle, après autorisation expresse ou implicite de l'autorité administrative [...] ». Sans cette autorisation l'employeur doit continuer à exécuter le contrat de travail normalement, et donc le cas échéant verser un complément de salaire (Cass. soc., 26 nov. 1987 : *Bull. civ.* V, n° 694 ; *D.* 1988, somm. 311, obs. A. Lyon-Caen).

¹³⁰⁰ Deux exceptions permettent à l'entreprise de bénéficier des fonds public avant l'examen de sa situation : en cas de suspension d'activité due à un sinistre ou à des intempéries et en cas de circonstance de caractère exceptionnel (C. trav. art. R. 5122-3).

¹³⁰¹ C. trav. art. R. 5122-2.

2 : L'obligation de prendre des « engagements »

468. « **Engagements** » de l'employeur ayant déjà eu recours au mécanisme. L'objectif de protection de l'emploi de l'activité partielle se retrouve également dans l'obligation qui est faite à certains employeurs de souscrire des engagements en faveur de l'emploi. Le Code du travail énonce en effet que pour les employeurs ayant déjà eu recours à l'activité partielle au cours des derniers trente-six mois avant le dépôt de leur nouvelle demande, cette dernière doit contenir les engagements de l'employeur¹³⁰². Cette obligation existait déjà avant la réforme de 2013, mais était limitée au cadre de l'activité partielle de longue durée¹³⁰³. Le choix du terme « engagements » n'est peut-être pas le plus heureux. En effet, dans cette situation également l'employeur n'est plus maître de sa décision de placement en activité partielle puisque c'est l'administration qui détermine les engagements à souscrire¹³⁰⁴. L'employeur peut bien évidemment formuler des propositions et l'administration devra en tenir compte, mais elle reste la décisionnaire en la matière. Elle doit d'ailleurs également tenir compte de la situation de l'entreprise, du contenu de l'accord collectif éventuellement signé sur le sujet de l'activité partielle et de la récurrence du recours à l'activité partielle pour cette entreprise. Elle est tenue de contrôler le respect des engagements et, en cas de non-respect pour un motif illégitime, elle doit sanctionner l'employeur. Ce dernier peut alors être condamné au remboursement du montant de l'allocation d'activité partielle¹³⁰⁵.

469. **Expressions directes et indirectes de l'objectif de protection de l'emploi.** La rédaction actuelle du Code du travail présente une liste indicative des engagements patronaux¹³⁰⁶.

¹³⁰² C. trav. art. R. 5122-9.

¹³⁰³ Il s'agissait d'engagements de maintien dans l'emploi pour une durée égale au double de la durée de la convention d'activité partielle ainsi que de mise en œuvre d'entretiens individuels pour évoquer les actions de formation envisageables pendant l'activité partielle.

¹³⁰⁴ A l'inverse le terme d'engagements semble mieux correspondre dans le cadre de l'activité réduite pour le maintien en emploi, où ils sont précisés par les partenaires sociaux dans l'accord collectif d'entreprise (décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable, art. 1, I) ou par les partenaires sociaux au niveau de la branche (loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, art. 53, I) mais déclinés au niveau de l'entreprise dans le document unilatéral de l'employeur (loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, art. 53, II).

¹³⁰⁵ C. trav. art. R. 5122-10 : sauf si le remboursement « est incompatible avec la situation économique et financière de l'entreprise ».

¹³⁰⁶ C. trav. art. R. 5122-9.

Parmi les différentes options envisagées par le législateur, l'objectif de protection de l'emploi s'exprime sous différents angles. Assez logiquement le législateur a fait le choix d'inscrire un engagement de maintien de l'emploi. Plus indirectement, il fait également référence à la mise en place d'actions de formation, de gestion prévisionnelle des emplois ou des compétences. Enfin, est évoquée la mise en place d'actions qui visent à rétablir la situation économique de l'entreprise. La réforme menée par la loi n°2013-594 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a donc placé sur un même plan des engagements directs de maintien de l'emploi, la question de l'employabilité des salariés et le rétablissement de la situation économique de l'entreprise. L'administration confirme le lien entre employabilité et protection en précisant que les engagements doivent viser à « renforcer les compétences et l'employabilité des salariés, dans l'objectif de préserver l'emploi [...] »¹³⁰⁷. Ainsi, le recours aux actions de formation professionnelle pendant la période d'activité partielle a été facilité, notamment par le biais d'une incitation financière pour les salariés à suivre ces actions¹³⁰⁸.

470. **Limites à renforcer.** Le régime construit par le législateur pour l'activité partielle est tourné vers le maintien d'emplois menacés : le mécanisme, par la correction apportée au contrat de travail, constitue ainsi une alternative au licenciement économique. Le réel intérêt du mécanisme ne doit cependant pas occulter le besoin de formuler des limites à son utilisation. La correction produite qui repose notamment sur une réduction du salaire du salarié et donc de son moyen de subsistance, doit faire l'objet d'un encadrement strict. D'autant plus que la mise en œuvre de l'activité partielle permet aux employeurs de bénéficier de la solidarité nationale.

B : Une remise en question de la philosophie de l'activité partielle ?

471. **Réformes envisageables.** L'intérêt du mécanisme d'activité partielle a pu être démontré très récemment par son usage massif par les employeurs, poussés par les recommandations

¹³⁰⁷ Documentation technique DGEFP août 2013, fiche n° 1.3, B.

¹³⁰⁸ L'indemnisation en cas de formation suivie pendant l'activité partielle peut monter à 100% de la rémunération nette du salarié (C. trav. art. R. 5122-18). A titre de mesure temporaire pendant la crise économique liée à l'épidémie de COVID-19 le législateur a en particulier favorisé le recours à la validation des acquis de l'expérience en permettant une prise en charge forfaitaire dans la limite de trois mille euros les parcours des candidats (ordonnance n° 2020-387 du 1er avril 2020 portant mesures d'urgence en matière de formation professionnelle, art. 2).

du gouvernement, lors de la crise sanitaire de 2020¹³⁰⁹. Cette crise a d'ailleurs été la dernière occasion en date pour le législateur de faciliter le recours au mécanisme, notamment en ouvrant le bénéfice de l'activité partielle à un périmètre beaucoup plus large de travailleurs¹³¹⁰. Ces incitations à recourir à l'activité partielle pour les employeurs n'ont cependant pas été accompagnées par un contrôle plus poussé des cas de recours à l'activité partielle. Pour assurer la cohérence du mécanisme avec son objectif de protection de l'emploi une telle évolution aurait pourtant semblé souhaitable (1). Plus particulièrement, la récurrence de licenciements dans la continuité ou même accompagnés du mécanisme de l'activité partielle remet en question la philosophie du mécanisme correcteur (2).

1 : Pour une redéfinition des critères

472. **Facilitation du recours au mécanisme.** L'étude des différentes réformes du mécanisme d'activité partielle permet d'observer une véritable incitation à son recours par les entreprises. Il est vrai que la complexité du mécanisme français avait été soulignée comme l'un des facteurs de sa faible utilisation lors de la crise économique de 2008 par rapport à d'autres pays européens¹³¹¹. La durée d'activité partielle n'a ainsi cessé d'augmenter pour passer de quatre à six semaines en 2009¹³¹², puis de six mois en 2013¹³¹³, et enfin à douze mois en 2020¹³¹⁴. De façon similaire le contingent d'heures indemnisables a crû pour passer avant la réforme de 2009 de 800 heures¹³¹⁵ à 1000 heures¹³¹⁶ et de façon exceptionnelle à 1 607 heures pour l'année 2020 en raison de la crise liée à l'épidémie de coronavirus¹³¹⁷.

¹³⁰⁹ Entre le 1^{er} mars 2020 et le 2 juin 2020, un million cinquante mille entreprises avaient déposé une demande préalable d'activité partielle selon les données du Ministère du travail (v. Tableau de bord hebdomadaire du 2 juin 2020 dans l'étude *Le marché du travail pendant le Covid-19*, Dares).

¹³¹⁰ Sont notamment inclus sous certaines conditions les salariés portés, les cadres dirigeants, les salariés de droit privé de certains employeurs publics. Pour une étude plus approfondie v. P. Lopes, « Le dispositif exceptionnel d'activité partielle – Les dernières évolutions », *JCP S* 2020, 2003.

¹³¹¹ V. not. P. Fréhaud, « Chômage partiel, activité partielle, Kurzarbeit : quelles différences entre les dispositifs publics français et allemand ? », *Lettre Trésor-Eco* n°107, nov. 2012.

¹³¹² Décret n° 2008-1436 du 22 décembre 2008 relatif aux conditions d'attribution de l'allocation spécifique de chômage partiel en cas de fermeture temporaire d'un établissement, art. 1.

¹³¹³ Décret n° 2013-551 du 26 juin 2013 relatif à l'activité partielle, art. 11.

¹³¹⁴ C. trav. art. R. 5122-9.

¹³¹⁵ Sauf pour les industries du textile, de l'habillement et du cuir et l'industrie automobile pour lesquelles le contingent était déjà fixé à 1 000 heures.

¹³¹⁶ Arrêté du 2 septembre 2009 fixant le contingent annuel d'heures indemnisables prévu par l'article R. 5122-6 du Code du travail reconduit chaque année jusqu'à l'arrêté du 26 août 2013 fixant les contingents annuels d'heures indemnisables prévus par les articles R. 5122-6 et R. 5122-7 du code du travail.

¹³¹⁷ Arrêté du 31 mars 2020 modifiant le contingent annuel d'heures indemnisables au titre de l'activité partielle pour l'année 2020.

Surtout, le législateur a mis en place « un système de compensation intégrale entre l'indemnité réglementaire et l'allocation d'activité partielle [se substituant] au système de compensation partielle qui jusqu'alors prévalait »¹³¹⁸. Un tel mécanisme apparaît particulièrement incitatif pour les employeurs puisque leur compensation pourra être proportionnelle à leurs dépenses et non plus forfaitaire, impliquant un reste à charge moins élevé.

473. **Droit de tirage ?** Outre une plus grande facilité de recours à l'indemnisation, le législateur a également fait œuvre de simplification au niveau de la procédure. Disposant initialement d'un délai de vingt jours pour traiter la demande d'activité partielle¹³¹⁹, l'administration a vu son délai de traitement réduit à quinze jours en 2012¹³²⁰. Dans le cadre spécifique de la crise de 2020 ce délai a même été réduit à deux jours¹³²¹. Associé aux exceptions au caractère préalable de la demande d'autorisation¹³²², ce délai pousse à s'interroger sur la réalité du contrôle de l'administration : existe-t-il désormais un droit (inconditionnel) à l'activité partielle¹³²³ ? Le Professeur Tournaux a ainsi pu rappeler le risque de fraude associé à de telles mesures de report¹³²⁴. Au niveau du contrôle réalisé, le Professeur Géa rappelle que ce premier contrôle est « restreint ayant pour objet d'établir une absence de contre-indications manifestes au bénéfice de ce dispositif » mais qu'il ne faut pas « y voir une sorte de blanc-seing » de l'administration. Cette dernière a récemment annoncé le déploiement d'un « plan de contrôle » qui concerne les entreprises bénéficiant déjà du dispositif¹³²⁵. Ce contrôle *a posteriori* ne pourra cependant s'exercer que dans certaines entreprises. Il reste en effet dépendant des moyens de l'inspection du travail, qui ont connu ces dernières années une diminution importante de leurs effectifs affectés aux missions de

¹³¹⁸ F. Géa, « L'activité partielle, face à la crise », *RDT 2020*, p. 250. Une réserve doit cependant être formulée puisque la compensation est uniquement calculée sur la part de la rémunération qui ne dépasse pas 4,5 SMIC.

¹³¹⁹ C. trav. anc. art. R. 5122-5.

¹³²⁰ Décret n° 2012-1271 du 19 novembre 2012 relatif aux conditions d'attribution de l'allocation spécifique de chômage partiel.

¹³²¹ Décret n° 2020-325 du 25 mars 2020 relatif à l'activité partielle art. 2, III. En l'absence de réponse dans le délai la demande est considérée comme tacitement acceptée.

¹³²² L'employeur dispose alors d'un délai de trente jours pour adresser sa demande (C. trav. art. R. 5122-3) : v note n° 1300.

¹³²³ F. Géa, « L'activité partielle, face à la crise », *RDT 2020*, p. 250.

¹³²⁴ S. Tournaux, « Activité partielle en période de crise sanitaire : rupture ou continuité ? », *RDSS 2020*, p. 954.

¹³²⁵ Dares, Communiqué de presse « Activité partielle : déploiement d'un plan de contrôle », 13 mai 2020.

contrôle¹³²⁶. Ce qui pourrait remettre en question l'analyse selon laquelle « l'éligibilité à l'activité partielle n'a rien [...] d'un droit de tirage »¹³²⁷. Il est à cet égard intéressant de souligner qu'une réforme¹³²⁸, depuis abrogée, avait déjà tenté de supprimer le contrôle préalable de la demande d'activité partielle. Un rapport avait justement souligné le risque de voir les employeurs assimiler le recours à l'activité partielle « à un simple droit de tirage à guichet ouvert »¹³²⁹.

474. **Contrôle à renforcer.** Cette tendance à renforcer l'attractivité de l'activité partielle n'a en parallèle pas fait l'objet d'un contrôle plus affirmé de son bon usage par les entreprises. La question de l'articulation entre le contrôle administratif et le pouvoir décisionnel de l'employeur reste défini sous l'angle de la liberté d'entreprendre. A tel point que la jurisprudence a refusé de reconnaître la possibilité pour l'administration de subordonner le mécanisme « à la condition que l'employeur ait mis en œuvre ou tenté de mettre en œuvre, préalablement au recours au mécanisme du chômage partiel, des solutions de gestion alternative »¹³³⁰. Si, dans le contexte de l'épidémie de coronavirus il est permis de penser que l'activité partielle « est, *a priori*, subsidiaire, [...] par rapport aux mesures de nature à poursuivre l'activité, à l'instar du télétravail ou de l'instauration de mesures préservant la santé des salariés [...] »¹³³¹, dans quelle mesure l'administration s'arrogera-t-elle le pouvoir de déterminer si d'autres mesures auraient pu être mises en place par l'entreprise ? Cette analyse fait écho à la décision du Conseil constitutionnel selon laquelle le juge non plus ne peut substituer son appréciation des solutions possibles qui s'ouvrent à l'employeur en cas de difficultés économiques à celle de l'employeur¹³³². Cependant, il pourrait être possible d'envisager une autre voie. Comme le souligne le Professeur Lokiec « l'attractivité

¹³²⁶ Cette diminution des effectifs est qualifiée de « regrettable », « préoccupante pour de nombreux territoires », « déconnectée d'une véritable définition des besoins » par la Cour des comptes (Cour des comptes, « Le bilan de la transformation de l'inspection du travail », avril 2020, p. 79 et s.).

¹³²⁷ F. Géa, « L'activité partielle, face à la crise », *RDT* 2020, p. 250.

¹³²⁸ Décret n° 2012-341 du 9 mars 2012 portant modification des dispositions du code du travail relatives aux conditions d'attribution de l'allocation spécifique de chômage partiel.

¹³²⁹ A. Karvar et F. Schechter, *Évaluation du système français d'activité partielle dans la perspective d'une simplification de son circuit administratif et financier*, rapport IGAS, 2012, p. 27 et s. cité par R. Dalmasso, « Les trois âges de l'activité partielle », *Dr. soc.* 2020, p.612.

¹³³⁰ CE, 23 juill. 2003, n° 241874 : *Dr. soc.* 2004, p. 225, obs. Ch. Willmann.

¹³³¹ F. Géa, « L'activité partielle, face à la crise », *RDT* 2020, p. 250.

¹³³² Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC : *JO*, 18 janv., p. 1053 : la solution a été retenue en matière de licenciement économique.

du chômage partiel pour les entreprises, rend[...] d'autant plus nécessaire un contrôle approfondi de la décision de mise en chômage partiel »¹³³³.

475. **Extension du contrôle de l'activité partielle.** Il existe en effet un risque de voir « le chômage partiel devenir une mesure de gestion normale de l'entreprise, et non un outil exceptionnel de gestion des crises »¹³³⁴. L'activité partielle reste un mécanisme qui a pour but principal de protéger l'emploi, et non les employeurs¹³³⁵. En cela, il apparaît que la portée de la correction ne doit pas dépasser ce qui est impliqué par l'objectif de protection de l'emploi. L'appel au mécanisme de solidarité nationale semble pouvoir justifier un droit de regard plus développé qu'il ne l'est actuellement. D'autant plus qu'un nouveau dispositif d'activité partielle, certes à vocation purement temporaire et de plus long terme que le régime de droit commun, est lui construit sur une logique de contrôle beaucoup plus développée¹³³⁶. Il pourrait alors être envisagé de redéfinir avec plus de précisions les contours du contrôle de l'activité partielle. Le Professeur Lokiec proposait également de réserver le bénéfice du chômage partiel aux entreprises socialement responsables et notamment à celles « ayant adopté une politique de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences »¹³³⁷. Sans nécessairement requérir la mise en place préalable d'un tel outil, la mise en œuvre du chômage partiel pourrait être subordonnée à la nécessité de prendre des engagements pour toutes les entreprises.

2 : La question de la transition vers le licenciement économique

476. **Une passerelle vers le licenciement ?** Monsieur Raphaël Dalmasso a pu faire remarquer la « facilité » avec laquelle le mécanisme de l'activité partielle pouvait mener au licenciement, évoquant notamment l'image d'une « passerelle » vers le licenciement¹³³⁸. Il est certain que le contexte de difficultés économiques qui préside à la mise en œuvre de l'activité partielle est de nature à potentiellement entraîner à terme une solution plus définitive pour les salariés. Il est ainsi de jurisprudence constante qu'une fois la durée

¹³³³ P. Lokiec, « Le chômage partiel : pour une autre approche », *Dr. soc.* 2009, p. 393.

¹³³⁴ *Ibid.*

¹³³⁵ R. Dalmasso, « Les trois âges de l'activité partielle », *Dr. soc.* 2020, p.612.

¹³³⁶ V. § n° 313.

¹³³⁷ *Ibid.*

¹³³⁸ R. Dalmasso, « Le chômage partiel entre la sauvegarde de l'emploi et le licenciement économique », *BS* 11/10.

maximale de l'activité partielle atteinte, la poursuite de la situation d'activité partielle par l'employeur sans redonner du travail au salarié équivaut à un licenciement¹³³⁹. La possibilité de cumuler activité partielle et accord de performance collective¹³⁴⁰ pourrait cependant conduire à faciliter grandement le recours aux licenciements par l'employeur, sans offrir les garanties associées au licenciement pour motif économique. De tels accords permettent après tout de « [...] préconstituer la cause du licenciement du salarié qui refuse d'en appliquer les stipulations »¹³⁴¹ et les garanties procédurales associées sont limitées¹³⁴².

477. **Plan de sauvegarde de l'emploi et activité partielle.** Une autre facilité du mécanisme de l'activité partielle qui mérite d'être relevée concerne sa combinaison avec la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Actuellement le mécanisme d'activité partielle et la correction contractuelle qu'il permet est principalement sollicité en cas de difficultés économiques. L'administration a, à cet égard, une position souple puisqu'elle reconnaît la possibilité de recourir à l'activité partielle « dans le cadre de la préparation ou de la mise en œuvre d'une restructuration donnant lieu à mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi » et même lorsque la décision de procéder à des licenciements est prise¹³⁴³. Une solution identique est prévue pour les entreprises en procédure de redressement ou de liquidation judiciaire¹³⁴⁴. La philosophie qui a guidé la mise en place du mécanisme étant précisément d'éviter les licenciements économiques, il paraît contradictoire que l'administration reconnaisse la possibilité d'y recourir dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi incluant des licenciements d'ores et déjà décidés. En sortant du cadre d'une protection pure de l'emploi, le mécanisme risque d'y perdre sa raison d'être.

478. **Conclusion du chapitre.** En raison de la nature particulière du contrat de travail, qui est porteur à la fois de l'encadrement des relations professionnelles mais également de l'échange économique dénommé emploi, le droit du travail ne s'est pas limité à intervenir

¹³³⁹ Cass. soc., 27 novembre 1991 : *Bull. civ.* V, n° 536, p. 334 - 2 mai 2000, n°97-44.128 - 29 juin 2005, n°03-42.608.

¹³⁴⁰ Les textes ne s'opposent *a priori* pas à un tel cumul, qui était d'ailleurs explicitement prévu en matière d'accords de maintien de l'emploi (C. trav. anc. art. L. 5125-7).

¹³⁴¹ P. Lokiec, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *SSL* 2020, n° 1918, p. 3.

¹³⁴² C. trav. art. L. 2254-2, V: « ce licenciement est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles [...] ».

¹³⁴³ Documentation technique DGEFP août 2013, fiche n° 2, point 2.4, p. 7.

¹³⁴⁴ *Ibid.*

pour protéger les intérêts individuels du salarié. Depuis déjà longtemps, le législateur appuyé par les partenaires sociaux est intervenu pour offrir une protection d'un intérêt compris comme collectif : la protection des emplois. L'intangibilité contractuelle peut effectivement représenter un obstacle au maintien des liens d'emploi dans des situations variées. L'article L. 1224-1 du Code du travail impose un changement de partie au contrat, tandis que l'activité partielle offre la possibilité à l'employeur de réduire durée du travail et rémunération dans un objectif annoncé de protection des emplois. Intérêt de nature collective, le maintien des emplois ne peut cependant justifier un retrait total de l'intérêt individuel du salarié. A cet égard, certaines évolutions des mécanismes de correction apparaissent de nature à les éloigner de cet équilibre. Il est dès lors possible de formuler certaines propositions pour le rétablir.

479. **Conclusion du titre.** L'étude des mécanismes de correction imposés aux parties confirme l'existence d'un « impératif de protection »¹³⁴⁵ en droit du travail. Cette protection s'articule, comme le soulignait le Professeur Supiot, en plusieurs temps : « à partir de l'idée de sécurité physique de la personne (la sécurité dans le travail), s'étend à sa sécurité économique (la sécurité par le travail) puis au respect de son identité, d'abord son identité par le travail, puis son identité dans le travail »¹³⁴⁶. Face à l'intangibilité du contrat de travail, le législateur a en effet pu prévoir des mécanismes de correction de nature à garantir au salarié une prise en compte de ses intérêts, en tant qu'individu, dans l'exécution de son travail. En parallèle, il existe d'autres mécanismes correcteurs qui visent plutôt à protéger un intérêt de nature collective : le maintien des emplois. Dans l'une ou l'autre des hypothèses, l'impératif de protection, individuel ou collectif, est confronté à d'autres contraintes propres aux relations professionnelles. La recherche d'un équilibre entre ces exigences doit donc être privilégiée. En lien avec cet objectif, pourraient être envisagées une série d'évolutions des mécanismes de correction contractuelle. Conformément au constat formulé par certains auteurs d'un retrait de l'impératif de protection au niveau individuel¹³⁴⁷, du passage « d'un système protecteur et progressif à un système régressif »¹³⁴⁸, ces améliorations tendraient à favoriser une prise en compte plus individuelle des intérêts du salarié. D'autres mécanismes de correction peuvent alors être évoqués. La correction du contrat de travail peut en effet également être imposée aux parties sous forme de sanction.

¹³⁴⁵ P. Lokiec, « Vers un nouveau droit du travail ? », *D.* 2017, p. 2109.

¹³⁴⁶ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, 2011, PUF, p. 67.

¹³⁴⁷ V. not. A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.*, 1990, p. 485 ; P. Lokiec, « Vers un nouveau droit du travail ? », *D.* 2017, p. 2109 ; J. Porta, « Le droit du travail en changement - Essai d'interprétations », *Travail et emploi* 2019, n° 158, p. 95-132.

¹³⁴⁸ J. Pélissier, « Le droit français du travail est-il toujours un droit de protection des salariés ? », in *Autonomie collective et droit du travail. Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Verge*, D. Roux (dir.), 2014, Presses de l'Université de Laval, Canada, p. 361.

Titre II : La croissance des sanctions à visée corrective

480. **Sanction et contrat.** La sanction, entendue au sens large, recouvre « toute mesure – même réparatrice- justifiée par la violation d’une obligation »¹³⁴⁹. Le terme sanction dérive en effet du latin *sanctio*, du verbe *sancire* qui signifie « consacrer, rendre irrévocable »¹³⁵⁰. Dans le cadre contractuel, la notion de sanction est le plus souvent employée en ce qui concerne les conséquences de l’inexécution contractuelle¹³⁵¹, et depuis, la réforme du 10 février 2016, concernant la violation d’une règle de formation du contrat¹³⁵². Face à la figure contractuelle la sanction peut effectivement prendre différentes formes, et notamment celle d’une correction du contrat. Comme l’a souligné le Professeur Borghetti, en matière d’inexécution contractuelle est admise la « correction de la mauvaise exécution »¹³⁵³, notamment par la réduction du prix en cas d’exécution imparfaite de la prestation¹³⁵⁴. Le contrat de travail entretient des liens étroits avec la notion de sanction. En effet, la définition même du lien de subordination, qui caractérise ce contrat, implique la reconnaissance d’une capacité de châtiment de l’employeur sur le salarié : « le lien de subordination est caractérisé par l’exécution d’un travail sous l’autorité d’un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d’en contrôler l’exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »¹³⁵⁵. Outre la sanction disciplinaire, le contrat de travail connaît également des sanctions de nature correctrice. La violation d’une obligation dans le cadre des rapports professionnels peut parfois justifier la mise en œuvre d’une atteinte à l’intangibilité contractuelle.

481. **Sanction pour l’évolution du lien contractuel.** De telles mesures sont alors réservées aux situations qui appellent une évolution du lien contractuel, tout en garantissant son maintien. Notamment, les mesures de correction ont pu être privilégiées dans le cadre de la lutte contre les discriminations. L’étude des mécanismes existants fait alors ressortir leur côté parfois incomplet, soulignant la nécessité de renforcer ces dispositifs (**Chapitre I**). Un

¹³⁴⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd. 2020, PUF, p. 935.

¹³⁵⁰ F. Gaffiot, *Dictionnaire Latin – Français*, 2000, Hachette.

¹³⁵¹ V. par ex. Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l’inexécution du contrat », *RDC* 2016, Hors-série, p. 39.

¹³⁵² C. civ. art. 1178 à 1187.

¹³⁵³ J.-S. Borghetti « À la recherche d’une sanction méconnue de l’inexécution contractuelle : la correction de la mauvaise exécution », in *Mélanges en l’honneur de François Collart Dutilleul*, 2017, Dalloz, pp. 131-145.

¹³⁵⁴ C. civ. art. 1223.

¹³⁵⁵ Arrêt *Société Générale*, v. note n° 54.

certain nombre de sanctions sont également attachées au respect de l'économie générale du contrat de travail. Les clauses du contrat de travail font ainsi l'objet d'un contrôle poussé, qui pourrait d'ailleurs sortir renforcé de la réforme du droit commun des contrats. Surtout, le droit du travail connaît une sanction originale de correction du contrat : la sanction de requalification (**Chapitre II**).

Chapitre I : La correction imposée du contrat de travail pour lutter contre les discriminations

482. **Lutte contre les discriminations.** Les mécanismes de correction contractuelle peuvent être imposés aux parties, non plus dans un objectif de protection de certains intérêts, mais aussi à titre de sanction de certains comportements ou pratiques interdits. En droit du travail, le domaine de la lutte contre les discriminations connaît ainsi plusieurs mécanismes où la sanction appelle une correction contractuelle. La notion de discrimination, définie par la loi du 27 mai 2008¹³⁵⁶, est reconnue dans toute situation où peut être constatée, entre individus placés dans une situation comparable, une différence de traitement fondée sur l'un des motifs discriminatoires prévus par la loi¹³⁵⁷. Cette différence de traitement peut résulter d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs de discrimination, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes (discrimination indirecte) ou résulter directement d'un traitement défavorable (discrimination directe). Sous l'influence internationale¹³⁵⁸ et en particulier européenne¹³⁵⁹, le principe de non-discrimination s'est progressivement implanté dans différentes branches du droit et notamment dans le cadre des relations professionnelles. Les discriminations y sont prohibées et si les pratiques négociées sont très mises en avant par le législateur¹³⁶⁰, les enjeux attachés aux situations

¹³⁵⁶ Art. 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

¹³⁵⁷ Les motifs sont les suivants : origine, sexe, situation de famille, grossesse, apparence physique, particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue, patronyme, lieu de résidence ou domiciliation bancaire, état de santé, perte d'autonomie, handicap, caractéristiques génétiques, mœurs, orientation sexuelle, identité de genre, âge, opinions politiques, activités syndicales, capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

¹³⁵⁸ L'interdiction des discriminations est notamment prévue au sein de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, du Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques et du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966 ou encore au sein de plusieurs conventions OIT comme la Convention n° 111 de l'OIT concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession.

¹³⁵⁹ Les deux directives « égalité » constituent le cadre de référence au sein de l'Union européenne (directive n°2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et directive n°2000/78/CE du Conseil, porte création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

¹³⁶⁰ Par ex. dans les entreprises où est constituée au moins une section syndicale l'engagement d'une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération est obligatoire au moins tous les quatre ans (C. trav. art. L. 2242-1).

discriminatoires ont évidemment favorisé le développement de différents mécanismes de sanction.

483. **Sanction logique.** Ainsi, depuis l'insertion dans le Code pénal des premières dispositions anti-discrimination par la loi du 1^{er} juillet 1972, le législateur n'a cessé de développer les moyens de lutte contre les discriminations. Outre l'interdiction classique de toute mesure discriminatoire¹³⁶¹ et les sanctions associées, l'ampleur du phénomène¹³⁶² a rendu le législateur plus inventif. Si les mesures de correction du contrat de travail ne sont évidemment pas les seules sanctions envisageables, leur utilité paraît indéniable. La discrimination subie par des salariés est très souvent le produit de mesures défavorables à leur carrière, ce qui se traduit en pratique par des promotions réduites et/ou un niveau de salaire plus faible. La correction contractuelle imposée à l'employeur peut donc se présenter comme une sanction appropriée de la discrimination : elle constitue un remède à la différence de traitement fondée sur un motif discriminatoire. Il existe donc des mécanismes qui intègrent la correction contractuelle comme une sanction logique de la discrimination (**Section I**). Par ailleurs, l'introduction d'une voie d'action en justice dédiée à la lutte contre les discriminations pourrait favoriser le développement de mesures d'action positive reposant sur une correction contractuelle (**Section II**).

Section I : La correction contractuelle pour lutter contre les inégalités professionnelles

484. **Approche quantitative favorable à la correction contractuelle.** Face au constat de situations de discrimination qui touchent particulièrement certaines catégories de salariés, le législateur est intervenu en tentant de proposer des mesures de lutte plus ciblées. Outre certains mécanismes négociés, peuvent être cités des dispositifs incluant des mesures de correction contractuelle. Pour ces mécanismes qui intègrent une correction du contrat de travail imposée aux parties, l'approche quantitative des phénomènes discriminatoires domine. La mesure des conséquences de pratiques discriminatoires reste la méthode la plus objective pour les faire apparaître. Le premier élément de nature contractuelle où les

¹³⁶¹ C. trav. art. L. 1132-1 et s.

¹³⁶² Pour un rappel de l'importance de ces discriminations dans le milieu professionnel v. not. le rapport annuel d'activité du Défenseur des droits 2020 : selon ce rapport la discrimination dans l'emploi représente 45,9% des sollicitations reçues.

discriminations sont mises en évidence est donc logiquement le salaire. Certains mécanismes de lutte contre les discriminations s'appuient ainsi sur une correction salariale au niveau individuel (I). Si cette correction s'inscrit bien en réponse à une situation de non-conformité, la fonction de sanction du mécanisme se mêle à une fonction de prévention des discriminations. Plus récemment, le législateur a également introduit un mécanisme de lutte contre les discriminations à un niveau collectif. Si l'approche quantitative prévaut toujours, l'attention n'est cette fois pas uniquement portée sur le niveau de salaire des populations discriminées face aux autres salariés placés dans une situation comparable. En conséquence, la sanction prévue en cas de non-conformité est également plus ouverte et peut intégrer toutes les « mesures adéquates et pertinentes de correction »¹³⁶³. La correction du contrat de travail reste *a priori* une simple option parmi les autres voies ouvertes pour faire cesser le phénomène discriminatoire. Il apparaît cependant évident qu'une telle correction reste une réponse attendue, notamment au regard des critères de conformité mis en avant par le législateur (II).

I : La correction individuelle par la garantie de rattrapage salarial

485. **Correction du niveau de rémunération.** Premier des mécanismes de correction envisagés, la garantie de rattrapage salarial concerne deux populations de salariés souvent discriminés : les femmes et les représentants des salariés. Concernant la question des inégalités de traitement non justifiées entre les sexes, leur constat est assez ancien¹³⁶⁴. La lutte contre les discriminations sexuelles fait ainsi l'objet d'une législation assez développée comparativement à d'autres motifs de discriminations. Les représentants des salariés bénéficient également en la matière d'un encadrement juridique poussé, notamment en raison des liens entre lutte contre les discriminations et protection du principe de liberté syndicale. La garantie de rattrapage salarial, mécanisme de correction du salaire, participe de la lutte contre les discriminations à l'encontre de ces deux populations. Plus précisément, le dispositif vise à empêcher les discriminations pour les salariés en congés de maternité ou d'adoption¹³⁶⁵ et les représentants des salariés ayant un

¹³⁶³ C. trav. art. L. 1142-9.

¹³⁶⁴ La Convention OIT n°100 sur l'égalité de rémunération date de 1951.

¹³⁶⁵ Même si peuvent désormais en bénéficier les hommes ayant pris un congé d'adoption, les femmes restent majoritairement concernées par le dispositif.

mandat « lourd » (A). La correction concerne le niveau de salaire : la rémunération des salariés est automatiquement relevée si les conditions légales sont remplies (B).

A : Un mécanisme pour les statuts nécessitant une protection particulière

486. **Extension du périmètre d'application du mécanisme.** Initialement pensé pour lutter contre les discriminations salariales en rapport avec les absences pour maternité des femmes (1), le mécanisme a été étendu aux représentants du personnel par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi au titre de ses mesures relatives à la valorisation des parcours professionnels des élus et des titulaires d'un mandat syndical (2).

1 : Pour les salariés en congé de maternité ou d'adoption

487. **Droit individuel à l'augmentation salariale.** Selon une étude de l'Insee datant de février 2019, les inégalités salariales constatées entre les hommes et les femmes « s'amplifie[nt] à la naissance des enfants, en particulier à celle du deuxième enfant »¹³⁶⁶. L'écart de rémunération se creuse d'ailleurs plus entre hommes et femmes parents, qu'entre hommes et femmes non parents : si, chez les femmes, il peut être constaté que la naissance d'un enfant entraîne une perte de rémunération, l'inverse se produit pour les pères¹³⁶⁷. Le contexte de l'arrivée au foyer d'un enfant est donc une source de discrimination au travail, en particulier pour les femmes. Le législateur a analysé l'absence liée au congé de maternité ou d'adoption comme l'un des plus importants facteurs dans la différence de traitement constatée. Selon le rapport fait sur le projet de loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes au nom de la délégation aux droits des femmes : « le congé de maternité se traduit par un point de rupture dans le déroulement de la carrière des femmes en termes d'évolution professionnelle, notamment en ce qui concerne les conditions de travail, la promotion, l'accès à la formation et les augmentations salariales »¹³⁶⁸. Face au

¹³⁶⁶ *Entreprises, enfants : quels rôles dans les inégalités salariales entre femmes et hommes ?* Insee analyses, février 2019.

¹³⁶⁷ L. Wilner, "Worker-firm matching and the parenthood pay gap: Evidence from linked employer-employee data", *Journal of Population Economics*, 2016, n°29(4), pp. 991-1023.

¹³⁶⁸ Rapport d'information n° 429 de Mme Gisèle Gautier, fait au nom de la délégation aux droits des femmes, déposé le 28 juin 2005, p. 27.

constat d'un impact négatif des congés de maternité, et par extension d'adoption, sur la carrière des femmes le choix a ainsi été fait d'introduire une règle instaurant un droit individuel à l'augmentation de salaire, au sein de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. L'actuel article L. 1225-26 au sein du Code du travail met en place une garantie « d'évolution de la rémunération » pour les salariés de retour d'un congé de maternité ou d'adoption.

488. **Inspiration tirée du dialogue social.** Avant le constat de cette inégalité de traitement injustifiée par la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006¹³⁶⁹, le législateur avait déjà requis la mise en place d'une « égalité négociée » au sein des entreprises disposant d'au moins une section syndicale d'organisations représentatives¹³⁷⁰. S'inspirant des travaux réalisés par les partenaires sociaux de grandes entreprises¹³⁷¹, le législateur a opté pour la mise en place d'un mécanisme de garantie d'évolution salariale. La loi de 2001 comportait en effet un « impératif de quantification »¹³⁷² pour les négociateurs : les stratégies retenues devaient s'appuyer sur des indicateurs chiffrés et les résultats ainsi obtenus ont conforté le constat d'un différentiel d'évolution salariale entre les hommes et les femmes en lien avec le congé de maternité ou d'adoption. Conformément à certains mécanismes négociés¹³⁷³, le législateur a souhaité en 2006 résorber le différentiel de rémunération lié au défaut d'augmentations salariales pour le salarié absent en raison de l'arrivée au foyer d'un enfant.
489. **Correction du salaire.** Le mécanisme mis en place est donc imposé aux employeurs, sous l'angle d'une correction contractuelle du contrat de travail des salariés, majoritairement

¹³⁶⁹ Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

¹³⁷⁰ Loi n°2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

¹³⁷¹ V. not. l'accord sur le développement de l'emploi féminin et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de PSA Peugeot Citroën, 4 novembre 2003 et l'accord portant sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes au sein de la Société Schneider Electric Industries SAS, 17 décembre 2004.

¹³⁷² L'égalité professionnelle est-elle négociable ? Enquête sur la qualité et la mise en œuvre d'accords et de plans égalité femmes-hommes élaborés en 2014-2015, Rapport Dares, avril 2019.

¹³⁷³ Au sein de l'accord de 2004 du groupe Thales France était prévu une mesure de révision salariale reposant sur « une augmentation générale égale à la moyenne de sa catégorie pour une personne en congé maternité, et une part variable en fonction de la performance » (Accord cadre relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans le groupe Thales France, 13 janvier 2004). Autre exemple, l'accord BRED de 2005 prévoit une majoration de salaire « égale à la moyenne des augmentations individuelles [que les femmes en congé de maternité] auront perçues au cours des trois années qui ont précédé le départ en congé » (Accord égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la conciliation entre la vie professionnelle et familiale, BRED Banque populaire, 31 janvier 2005).

des femmes, au retour de leur congé de maternité ou d'adoption. Le dispositif rend possible une correction à la hausse du salaire des salariés concernés *via* une augmentation automatique. La correction porte d'ailleurs bien sur le niveau salarial des intéressés et ne peut être remplacée par une prime ponctuelle¹³⁷⁴. L'augmentation salariale doit être dédiée à la lutte contre les discriminations : l'employeur doit clairement indiquer qu'elle relève du mécanisme de la garantie, sous peine de se voir imposer un nouveau rattrapage salarial¹³⁷⁵. L'effectivité du mécanisme est garantie par la sanction qui accompagne son non-respect : en l'absence d'application de la garantie, une situation discriminatoire pourra être reconnue par les tribunaux. La jurisprudence a ainsi pu rappeler récemment que l'absence de mise en œuvre de la garantie de rattrapage salarial constituait une discrimination pouvant justifier la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur¹³⁷⁶.

490. **Une correction subsidiaire.** Cependant la correction n'est pas prioritaire, elle n'intervient que dans un second temps en l'absence « d'accord collectif de branche ou d'entreprise déterminant des garanties d'évolution de la rémunération des salariées pendant le congé de maternité et à la suite de ce congé au moins aussi favorables que celles mentionnées dans [l']article » L. 1225-26 du Code du travail. L'effet impératif du mécanisme est donc subordonné à une double condition : l'absence d'un accord collectif portant sur le même sujet et l'absence de dispositions au sein de cet accord au moins aussi favorables que celle du texte de loi. La négociation collective est privilégiée mais sous réserve qu'elle offre des garanties similaires aux légales. L'objectif final est donc de garantir un contrôle du niveau de rémunération post-congés de maternité ou d'adoption mis en place par l'entreprise. De préférence, les modalités de ce contrôle doivent être définies en concertation entre les partenaires sociaux de l'entreprise. Cela devrait notamment permettre une meilleure prise en compte des spécificités de la situation de l'entreprise lors de la construction du mécanisme. Mais en l'absence d'un accord sur le sujet, la loi prend le relais et impose les modalités du contrôle. L'intérêt d'un tel mécanisme de correction et contrôle du salaire peut alors être vu sous un double angle : d'une part garantir à certaines catégories de salariés un traitement équitable et d'autre part forcer les entreprises à prendre conscience

¹³⁷⁴ CA Versailles, 20 juin 2019, n° 18/01884, *M. c/ Sté Neopost France* : FRS 17/19, 26 juillet 2019, p. 3 : arrêt rendu sur renvoi de Cass. soc., 14 févr. 2018, n° 16-25.323 (FRS 6/18, inf. 4 p. 7).

¹³⁷⁵ V. not. CA Rouen, 11 janvier 2011, n° 10/01606, *Sté Thorn Europhane c/ K.* ; CA Paris 5 juin 2019, n°17/02426.

¹³⁷⁶ *Ibid.*

et à s'atteler au traitement d'une différence de traitement injustifiée qui relève d'un enjeu sociétal pour le législateur. L'offre aux partenaires sociaux de conserver la main sur les modalités de la garantie d'évolution salariale devrait ainsi les inciter à effectuer un état des lieux de la problématique du traitement des salariés, et notamment des femmes, à la suite de leur congé de maternité ou d'adoption et prendre conscience de l'iniquité de certaines politiques internes (primes associées à la présence, etc.).

2 : Pour les représentants du personnel

491. **Discriminations salariales chez les représentants du personnel.** L'introduction d'un mécanisme de garantie d'évolution salariale pour les représentants du personnel a été réalisée près de dix ans après la création du mécanisme correcteur pour les congés de maternité ou d'adoption. Pourtant les discriminations salariales à leur encontre étaient connues : depuis l'action engagée par la CGT contre Peugeot du milieu à la fin des années 1990 et la publication des directives « égalité » en 2000¹³⁷⁷, de nombreuses entreprises ont été condamnées pour leur traitement discriminatoire des représentants du personnel¹³⁷⁸. L'absence d'études quantitatives centrées sur les discriminations salariales des représentants du personnel jusqu'à une date récente a probablement contribué à ce délai dans la mise en œuvre du mécanisme pour cette catégorie de salariés. Ainsi, l'article de Thomas Breda cité dans l'étude d'impact du projet de loi transposant la garantie d'évolution salariale aux représentants du personnel¹³⁷⁹ a été un des premiers publiés en France traitant du sujet des discriminations salariales¹³⁸⁰. Or, les résultats tirés à partir des données de la Dares en 2004 « font apparaître l'existence d'un écart de rémunération de l'ordre de 10 % entre les délégués syndicaux et leurs collègues, une fois prises en compte

¹³⁷⁷ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

¹³⁷⁸ V. not. les numéros 1190 du 15 nov. 2004 et 1191 du 22 nov. 2004 de la revue *Semaine sociale Lamy*.

¹³⁷⁹ Projet de loi relative au dialogue social et à l'emploi.

¹³⁸⁰ T. Breda, « Les délégués syndicaux sont-ils discriminés ? », *Revue économique*, Presses de Sciences Po, 2014, 65 (2014/6), pp. 841-880.

leurs caractéristiques observables, telles que le sexe, l'âge, le niveau de diplôme, etc. », taux qui reste identique face aux données de 2010¹³⁸¹.

492. **Mécanisme similaire.** Le mécanisme a donc été pensé, comme pour les congés de maternité ou d'adoption, comme un moyen de lutte directe contre ces discriminations. Le législateur a fait le choix de présenter ce mécanisme dans le cadre des mesures pour mieux valoriser le parcours de la majeure partie des salariés titulaires d'un mandat ou élus¹³⁸². En pratique, le dispositif est directement inspiré de celui prévu en matière de congé de maternité ou d'adoption même si lors de la discussion autour du projet de loi une première version de l'article envisageait le calcul de la garantie comme fondé sur « l'évolution moyenne des rémunérations perçues pendant cette période par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle et dont l'ancienneté est comparable ou, à défaut de tels salariés, à l'évolution moyenne des rémunérations perçues dans l'entreprise »¹³⁸³. Cette absence initiale de prise en compte des augmentations générales et individuelles répondait à une vision des rapports professionnels protectrice de la sphère de pouvoir de l'employeur, puisque les augmentations sont « le reflet du pouvoir de direction de l'employeur pour récompenser les résultats obtenus par chaque salarié »¹³⁸⁴. Cependant, a finalement prévalu une vision plus protectrice des salariés qui, sans renier la sphère d'application du pouvoir de l'employeur, a retenu que les augmentations étaient « octroyées en priorité aux salariés présents sur leur poste de travail [...] il est nécessaire d'en faire bénéficier également les salariés qui prennent des responsabilités de représentation ou syndicales à l'image de ce qui se passe pour les femmes en congé maternité ».

¹³⁸¹ J. Bourdieu, T. Breda, « Des délégués syndicaux sous-payés : une situation de discrimination stratégique ? Une analyse économétrique à partir de l'enquête REPONSE de 2010 », *Travail et emploi* 2016/1 (n° 145), pp. 31 à 58.

¹³⁸² L' article L. 2141-5-1 du Code du travail liste les bénéficiaires de la garantie d'évolution salariale : délégué syndical (incluant ceux institués par voie conventionnelle) ; membre élu à la délégation du personnel du comité social et économique (incluant ceux institués par voie conventionnelle) ; représentant syndical au comité social et économique ; représentant de proximité (incluant ceux institués par voie conventionnelle) ; membre de la délégation du personnel du comité social et économique interentreprises ; membre du groupe spécial de négociation et membre du comité d'entreprise européen ; membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société européenne et représentant de section syndicale.

¹³⁸³ Projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 avril 2015.

¹³⁸⁴ Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif au dialogue social et à l'emploi, Par Mme Catherine Procaccia, enregistré à la Présidence du Sénat le 10 juin 2015.

493. **Nature subsidiaire de la correction.** Le mécanisme finalement retenu représente donc également un mécanisme de correction du contrat de travail, par la possibilité d'une augmentation salariale dédiée aux salariés protégés et imposée à l'employeur. Tout comme pour les salariés en congé de maternité ou d'adoption, la priorité reste aux partenaires sociaux sous réserve qu'ils négocient des garanties « au moins aussi favorables » que celles prévues au sein de la loi. L'incitation à négocier sur le sujet reste donc présente, toujours dans une optique de prendre en compte les spécificités en la matière de chaque entreprise. Comme en matière de congé de maternité ou d'adoption, l'effectivité du mécanisme devrait être garantie par la reconnaissance d'une discrimination directe en lien avec l'absence de rattrapage salarial.
494. **Approche quantitative.** Que ce soit pour les femmes absentes en raison d'un congé maternité ou d'adoption ou pour les représentants du personnel réalisant de nombreuses heures de délégation, le constat d'une discrimination professionnelle a amené le législateur à rechercher le moyen d'imposer une correction automatique de la situation. La mise en place d'une garantie d'évolution salariale, mécanisme de correction contractuelle, a ainsi été pensée comme une sanction de la non-conformité au principe de non-discrimination. Le fonctionnement de cette garantie repose sur une approche quantitative des discriminations. Or, face à une telle formulation du principe de non-discrimination, potentiellement réductrice, une attention particulière doit être prêtée au fonctionnement du mécanisme de correction contractuelle au risque de cacher les discriminations plutôt que de les résorber.

B : Une garantie d'évolution de la rémunération

495. **Méthodologie.** La garantie d'évolution salariale a comme intérêt de proposer une méthode de traitement des inégalités salariales précise, grâce à son approche mathématique de la question. Le mode de calcul actuel de cette garantie est similaire pour les deux populations concernées (1). La méthodologie retenue connaît cependant des limites de nature à pénaliser sa capacité de sanction-réparation des discriminations. Dès lors, des pistes d'amélioration méritent d'être explorées (2).

1 : Mode de calcul de la garantie

496. **Une mise en œuvre similaire.** Les deux mécanismes de garantie d'évolution de la rémunération sont extrêmement similaires. Leur mise en œuvre suppose ainsi, en condition préalable, l'absence d'accord collectif d'entreprise ou de branche apportant des garanties d'évolution de la rémunération « au moins aussi favorables ». Si cette condition est remplie, l'objectif des deux mécanismes légaux est alors le même : garantir le cas échéant une évolution positive de la rémunération des salariés concernés à la fin de leur période d'absence ou de mandat. Le périmètre du calcul de la garantie est également similaire puisque dans les deux cas il s'agit en principe des augmentations générales et de « la moyenne des augmentations individuelles » perçues pendant la durée du congé ou du mandat pour des salariés de même catégorie professionnelle. A défaut de comparaison possible avec des salariés similaires, la loi indique qu'il faut prendre en compte les augmentations générales et la moyenne de toutes les augmentations individuelles dans l'entreprise. La base de calcul du montant de la rémunération à prendre en considération est alors défini, pour les femmes en congé maternité comme pour les représentants du personnel, par référence à l'article L. 3221- 3 du Code du travail. Cet article, prévu au sein du titre dédié à l'égalité professionnelle¹³⁸⁵, définit la rémunération comme l'addition entre le salaire de base ou minimum et « tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier »¹³⁸⁶.

497. **Quelques différences notables.** Plusieurs différences entre les deux mécanismes correcteurs méritent cependant d'être notées. La garantie d'évolution salariale prévue pour les représentants du personnel a un périmètre plus réduit que celle prévue pour les femmes en congé de maternité puisqu'elle est limitée aux salariés qui ont un « nombre d'heures de délégation [...] sur l'année dépass[ant] 30 % de la durée de travail fixée dans leur contrat

¹³⁸⁵ Article conforme au §2 de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹³⁸⁶ Malgré l'absence de force juridique contraignante de tels instruments, il est à noter que la circulaire du 19 avril 2007 concernant l'application de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes précise que devraient être exclues du calcul les primes liées à une promotion entraînant un changement de catégorie professionnelle, liées à une sujétion particulière qui ne concerne pas le salarié et liées à la personne du salarié. Outre la question de son application à la situation des représentants du personnel en raison des similarités très fortes entre les deux mécanismes, la question des éléments à inclure ou à exclure de la rémunération reste posée.

de travail ou, à défaut, de la durée applicable dans l'établissement ». Seuls sont concernés par la garantie d'évolution salariale les représentants du personnel qui ont un mandat « lourd » ou qui cumulent plusieurs mandats¹³⁸⁷ : ce seuil de 30% correspond également au seuil retenu dans la loi de 2015 pour la mise en place du recensement de compétences et de l'étude de leurs modalités de valorisation¹³⁸⁸ lors de l'entretien professionnel prévu au terme du mandat¹³⁸⁹. De plus, certaines exclusions subsistent néanmoins comme celle des conseillers du salarié ou des conseillers prud'hommes, les permanents syndicaux ou détachés au sein de leurs organisations ou encore les membres du groupe spécial de négociation et représentant au comité des sociétés coopératives européennes ou des sociétés issues d'une fusion transfrontalière¹³⁹⁰. Le mécanisme correcteur le plus récent fait également preuve d'une précision supplémentaire en précisant que les augmentations individuelles à prendre en compte sont celles des salariés de même catégorie professionnelle et qui ont une ancienneté comparable.

498. **Méthodologie de calcul.** Concernant la méthodologie à appliquer il semble pertinent de retenir celle préconisée par l'administration dans sa circulaire de 2007¹³⁹¹. Il est d'abord nécessaire de décomposer la rémunération des salariés de la catégorie professionnelle concernée (avec un niveau d'ancienneté similaire pour les représentants du personnel)¹³⁹², y compris la rémunération de l'intéressé(e). L'entreprise doit ensuite identifier les augmentations individuelles et/ou collectives appliquées à chacun des éléments de la rémunération retenus pour calculer la moyenne de ces augmentations pour chacun des éléments retenus, et finalement appliquer chaque taux moyen aux éléments correspondants de la rémunération du salarié concerné.

¹³⁸⁷ M. Bourgault, J. Cadot, « La garantie de rémunération des représentants du personnel et des représentants syndicaux », *Les Cahiers Lamy du CSE*, n° 183, 1er juillet 2018.

¹³⁸⁸ Depuis l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 le seuil ne s'applique plus que pour les entreprises dont l'effectif est inférieur à 2000 salariés.

¹³⁸⁹ C. trav. art. L. 2141-5.

¹³⁹⁰ V. note n° 1387.

¹³⁹¹ Circulaire du 19 avril 2007 concernant l'application de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

¹³⁹² Concernant cette notion de « salariés de même catégorie », la circulaire précise qu'il faut tenter en premier lieu de retenir « les salariés relevant du même coefficient dans la classification applicable à l'entreprise pour le même type d'emploi (une subdivision supplémentaire par métiers est possible lorsque les coefficients comprennent des emplois au contenu différent) ». En l'absence d'au moins deux salariés qui correspondent à ces critères de similitude, il est alors possible d'envisager « de prendre en compte les salariés relevant du même niveau dans la classification ». Toujours en l'absence de deux salariés répondant à ces critères il faut prendre en compte des salariés de même catégorie socio-professionnelle et seulement en l'absence d'éléments de comparaison à ce niveau, se référer à la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise.

2 : Limites au rattrapage salarial et pistes d'amélioration

499. **Des périmètres à revoir.** Le mécanisme de rattrapage salarial tel qu'il est conçu aujourd'hui ne répond que partiellement à son objectif de lutte contre les discriminations subies par ces deux catégories sensibles de salariés. En ce qui concerne le calcul de la garantie, le périmètre retenu pour sa mise en œuvre n'apparaît pas le plus logique. Il s'agit en effet de l'entreprise¹³⁹³ dans son ensemble, quand un découpage au plus près de l'unité économique en cause aurait pu sembler plus pertinent. Le Professeur Césaró souligne ainsi justement qu'il « pourrait donc arriver qu'un salarié de retour d'un congé perçoive une augmentation supérieure à la moyenne de celles accordées dans son établissement » en présence de différences d'augmentations salariales entre les différents établissements de l'entreprise¹³⁹⁴. Par ailleurs, l'exclusion par la circulaire du 19 avril 2007 des augmentations liées à une promotion entraînant un changement de catégorie apparaît discutable. Il s'agit exactement d'un cas où le congé de maternité pourrait constituer un frein à la carrière de la salariée et une telle promotion devrait donc être incluse dans le calcul. D'autant plus que la circulaire de 2007 précise bien que doivent être pris en compte dans le calcul de la moyenne des augmentations les salariés de la même catégorie qui n'ont eux pas bénéficié d'augmentation¹³⁹⁵.
500. **Un mécanisme moins abouti pour les représentants des salariés.** Plus particulièrement en ce qui concerne les représentants du personnel, le mécanisme n'apparaît pas aussi abouti que concernant les maternités ou l'adoption. Première différence regrettable : le périmètre d'application du mécanisme correcteur pour les représentants du personnel n'est pas aussi étendu que celui prévu en matière de maternité. D'une part, certains salariés qui bénéficient pourtant de la protection des représentants du personnel sont exclus du dispositif. Il est notamment possible de citer au titre de cette exclusion les statuts de conseillers prud'hommes et de conseillers du salarié¹³⁹⁶. D'autre part, seuls sont inclus les

¹³⁹³ La circulaire du 19 avril 2007 précisant qu'il ne peut s'agir du groupe ou de l'unité économique et sociale.

¹³⁹⁴ J.-F. Cesaro, « Le Code du travail est pavé de bonnes intentions - Loi n° 2006-340, 30 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes », *JCP S* 2006, 1273.

¹³⁹⁵ Circulaire du 19 avril 2007 concernant l'application de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

¹³⁹⁶ V. § n° 497.

représentants qui ont un mandat « lourd » ou qui cumulent plusieurs mandats¹³⁹⁷. Si le choix de limiter la garantie de rattrapage salarial à ces seuls représentants est en lui-même critiquable, puisque les discriminations ne se limitent pas à ceux qui disposent de nombreuses heures de délégation, le critère de sélection pourrait également être revu. Des auteurs ont souligné que n'étaient pas prises en compte dans le calcul du seuil de 30% les heures de réunion, qui peuvent pourtant être particulièrement élevées¹³⁹⁸. D'autant plus que, la fusion des anciennes institutions représentatives du personnel en comité social et économique a entraîné une réduction du nombre de mandats disponibles et donc une réduction des cas de cumul d'heures de délégation au titre des différents mandats.

501. **Périodicité de l'application de la garantie.** Autre axe d'amélioration : la question de la date de mise en œuvre de la garantie. Actuellement le texte indique que le calcul de la garantie doit s'effectuer « sur l'ensemble de la durée de leur mandat ». A première vue la garantie ne pourrait donc jouer qu'à la fin du mandat du salarié, c'est-à-dire en général de quatre ans, voire beaucoup plus si le mandat est considéré comme toujours en cours en cas de nouvelle élection ou désignation. Pour le salarié, cela peut constituer un manque à gagner important en l'absence d'obligation légale de prévoir un rattrapage rétroactif. Le mécanisme n'est donc pas satisfaisant ni pour les salariés concernés, ni pour l'employeur, puisque l'éventuelle discrimination salariale que la correction provoquée par le mécanisme vise à faire cesser pourrait toujours être invoquée sur la période d'exercice du mandat. S'il reste possible aux partenaires sociaux de convenir d'une mise en œuvre plus régulière dans le cadre d'une négociation, la loi devrait prévoir un délai minimum de mise en œuvre du mécanisme, par exemple sur un rythme bisannuel.

502. **De l'individuel au collectif.** La garantie de rattrapage salarial constitue donc un mécanisme de correction du contrat de travail à la portée individuelle. La mise en œuvre de la correction, en cas de non-conformité avec le standard fixé par la loi, constitue une forme de sanction des pratiques discriminatoires des employeurs. Fondé sur une mesure quantitative des discriminations par le biais d'une comparaison des évolutions salariales, le mécanisme permet une approche objective des discriminations. Ce transfert quantitatif des discriminations a été retenu récemment par le législateur, une nouvelle fois en matière

¹³⁹⁷ Le crédit d'heures de délégation du salarié doit *a minima* atteindre 30% de sa durée du travail.

¹³⁹⁸ V. note n° 1387.

d'égalité des sexes. L'index de l'égalité, a cette fois une portée collective et non pas seulement individuelle.

II : Les mesures collectives de correction pour l'égalité salariale

503. **Persistance d'une inégalité entre les sexes dans le monde professionnel.** En 2020, l'Insee confirmait une différence de rémunération annuelle nette moyenne entre les femmes et les hommes d'environ 25%¹³⁹⁹. Si une bonne partie des disparités est liée aux différences de volume horaires pour les femmes, les écarts salariaux restent importants en équivalent temps plein. L'étude d'impact du projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel liste deux facteurs de nature à expliquer les disparités salariales entre les sexes : recours au travail à temps partiel exacerbé pour les femmes et ségrégation professionnelle, qu'elle soit verticale¹⁴⁰⁰ ou horizontale¹⁴⁰¹. La part résiduelle, estimée à environ 10,5%, « reflète pour partie la discrimination salariale dont sont victimes les femmes dans certains métiers »¹⁴⁰². Ce constat persistant d'une inégalité de rémunération entre les femmes et les hommes, malgré un certain nombre de mesures déjà en place, a conduit le législateur à faire le choix de l'introduction d'un « fondement légal d'une obligation de résultat »¹⁴⁰³ en la matière. Sous la forme d'un index de l'égalité, applicable à toutes les entreprises à partir de cinquante salariés, les employeurs sont désormais tenus de vérifier leur conformité aux objectifs fixés pour l'égalité des sexes dans le milieu professionnel et, en cas de non-conformité, sanctionnés par l'obligation de prendre les mesures de correction nécessaires, notamment contractuelles (A). Le fonctionnement actuel du mécanisme est cependant de nature à faire douter de la force de l'obligation imposée aux employeurs. Quelques pistes d'amélioration pourraient être proposées pour garantir l'existence d'une véritable obligation de résultat (B).

¹³⁹⁹ Insee, Tableaux de l'économie française 2020.

¹⁴⁰⁰ Pour une même famille professionnelle, les femmes sont plus souvent celles avec les plus faibles salaires.

¹⁴⁰¹ Les femmes occupent un plus faible nombre de métiers qui sont moins bien rémunérés.

¹⁴⁰² Etude d'impact du projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel, 26 avril 2018.

¹⁴⁰³ *Ibid.*

A : Les mesures de correction comme sanction du non-respect du seuil d'égalité

504. **Mécanisme en deux étapes.** Pour atteindre son objectif de résultat en matière d'égalité entre les sexes, le législateur a construit l'index de l'égalité comme un mécanisme de lutte contre les discriminations en deux étapes distinctes. D'abord, une obligation de transparence sur la situation de l'égalité des sexes au sein de l'entreprise. Pour sa mise en œuvre l'entreprise doit donc en premier lieu faire un effort d'analyse interne, pour éventuellement en tirer le constat d'inégalités de traitement non justifiées (1). Ensuite, et seulement en cas de non-conformité aux seuils d'égalité fixés par la loi, est prévue éventuellement une sanction sous la forme de « mesures adéquates et pertinentes de correction » contractuelles (2).

1 : Vers une obligation de résultat en matière d'égalité salariale entre les sexes

505. **Une obligation jusqu'alors de moyens.** L'obligation de parvenir à une égalité de rémunération entre les hommes et les femmes a été introduite en droit français par la loi de 1972 éponyme¹⁴⁰⁴. Diverses législations traitant du même problème ont suivi¹⁴⁰⁵, ce qui démontre pour certains auteurs « l'importance donnée par le législateur à la question, mais aussi [...] la difficulté de la lutte juridique menée contre ce phénomène social persistant qu'est le sexisme »¹⁴⁰⁶. La dernière évolution des règles en la matière a été introduite par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018¹⁴⁰⁷. Le corpus législatif est regroupé dans un chapitre dédié du Code du travail, qui annonce notamment que tout employeur est tenu d'assurer « [...] pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes »¹⁴⁰⁸. Pour être reconnus de valeurs égales les travaux en question doivent reposer sur des connaissances professionnelles, des capacités liées à l'expérience, des responsabilités et une charge physique et/ou nerveuse

¹⁴⁰⁴ Loi n°72-1143 du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.

¹⁴⁰⁵ Loi n°83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

¹⁴⁰⁶ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, 34^e éd. 2020, Dalloz, n°738, p. 915.

¹⁴⁰⁷ V. note n° 621.

¹⁴⁰⁸ C. trav. art. L. 3221-2.

« [...] comparable[s] »¹⁴⁰⁹. Dépassant l'énonciation d'un principe général, l'égalité de rémunération entre les sexes est un domaine où le législateur a introduit des obligations d'actions positives pour assurer cette égalité au sein des entreprises à partir de cinquante salariés. L'obligation de négocier sur le sujet¹⁴¹⁰ a été introduite en 2010, en lien avec l'obligation de mettre en œuvre un plan d'action annuel comportant des mesures en faveur de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes¹⁴¹¹. Le respect de ces règles n'imposait jusqu'alors à l'employeur que la prise de mesures de nature qualitative. Certains auteurs parlaient aussi de simples obligations de moyens¹⁴¹². Avec la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018¹⁴¹³ et le récent décret n° 2021-265 du 10 mars 2021¹⁴¹⁴, c'est désormais une approche quantitative qui prévaut pour les entreprises d'au moins cinquante salariés. Elles doivent respecter une obligation de transparence par la publication d'un index de l'égalité femmes-hommes qui repose sur une série d'indicateurs des disparités entre les deux sexes au sein de l'entreprise, et une obligation de prendre des mesures « de correction »¹⁴¹⁵, en cas de non-respect associé à un seuil d'inégalité.

506. **Indicateurs de l'égalité.** Si la capacité correctrice du mécanisme repose principalement sur la deuxième partie de l'obligation précitée, elle reste intrinsèquement liée à l'obligation de transparence. Ce n'est en effet que si le score de l'entreprise relatif aux indicateurs d'égalité est inférieur à soixante-quinze points (sur un total de cent) que les mesures correctrices doivent être mises en œuvre. Le décret n° 2019-15 du 8 janvier 2019 a instauré une liste de cinq indicateurs, un certain nombre de points étant attribué à chacun, qui trouvent application ou non selon l'effectif de l'entreprise en question : calcul des écarts entre les deux sexes de rémunération, des écarts de taux d'augmentation individuelle de salaire, des écarts de taux de promotion, calcul du nombre de salariées qui ont bénéficié d'une augmentation à la suite de leur retour de congé de maternité et du nombre de salariés du sexe sous-représenté parmi les dix plus hautes rémunérations de l'entreprise. S'il était déjà possible de douter du caractère complet du contrôle de l'égalité entre les sexes, à partir

¹⁴⁰⁹ C. trav. art. L. 3221-4.

¹⁴¹⁰ Que ce soit dans l'entreprise (C. trav. art. L. 2242-1) ou dans la branche (C. trav. art. L. 2241-1).

¹⁴¹¹ C. trav. art. L. 2242-3.

¹⁴¹² V. par ex. G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, 34^e éd. 2020, Dalloz, n°740, p. 916.

¹⁴¹³ V. note n° 621

¹⁴¹⁴ Décret n° 2021-265 du 10 mars 2021 relatif aux mesures visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et portant application de l'article 244 de la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021.

¹⁴¹⁵ Selon les termes de l'article L. 1142-9 du Code du travail.

de seulement cinq indicateurs, la qualification d'obligation de résultat semble encore moins appropriée pour les entreprises de moins de deux cent cinquante salariés. Seules les entreprises au-dessus de ce seuil sont tenues de calculer leur score pour l'ensemble des indicateurs¹⁴¹⁶. Les entreprises en dessous n'ont pas à inclure l'écart entre les taux de promotion entre les deux sexes¹⁴¹⁷. Deux annexes très détaillées placées à la fin du chapitre du Code du travail comportant les mesures réglementaires « visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise » précisent la méthodologie de calcul à retenir.

507. **Poids des différents indicateurs.** Avec l'index de l'égalité, le législateur a cherché à mettre en avant une vision de l'égalité protectrice de la sphère de pouvoir de l'employeur. Par le nombre de points attribué à chacun des indicateurs, il est possible de lire l'importance de chaque thématique dans l'atteinte à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes. La rémunération est évidemment scrutée : les écarts de rémunération constituent l'élément phare de contrôle des inégalités salariales entre les sexes. Monsieur Pierre Romain, Directeur du travail rappelait ainsi que l'index « cible l'égalité salariale avec une obligation de résultat »¹⁴¹⁸. Pour toutes les entreprises concernées l'indicateur représente un total de quarante points mais, au niveau individuel, l'employeur retrouve une certaine marge de manœuvre¹⁴¹⁹. De façon assez surprenante, alors qu'il s'agit de la simple application de la règle légale déjà détaillée¹⁴²⁰ concernant l'obligation de rattrapage salarial pour les femmes de retour de congé de maternité, le législateur a fait le choix de ne lui attribuer qu'un poids de quinze points pour le quatrième indicateur, à égalité avec l'indicateur relatif aux taux de promotions applicable seulement aux entreprises de plus de deux cent cinquante salariés¹⁴²¹. D'autant plus que Monsieur Pierre Romain, Directeur du travail, concède que cet indicateur fonctionne « moins bien », soulignant que l'obligation est inconnue de

¹⁴¹⁶ C. trav. art. D. 1142-2.

¹⁴¹⁷ C. trav. art. D. 1142-3.

¹⁴¹⁸ Entretien avec P. Romain, S. Cours et M. Outters Pehinec, « Les entreprises qui n'auront pas obtenu la note de 75 sur trois ans seront sanctionnées », *SSL* 2021, n° 1946, p. 5.

¹⁴¹⁹ Si pour les entreprises entre cinquante et deux cent cinquante salariés l'indicateur relatif aux taux d'augmentations individuelles prend presque la même importance avec un total de trente-cinq points, il est proportionnellement moins important pour celles de plus de deux cent cinquante salariés puisqu'il lui est attribué « seulement » vingt points.

¹⁴²⁰ V. §487 et s.

¹⁴²¹ La promotion relevant du passage à un niveau ou coefficient hiérarchique supérieur tandis que l'augmentation individuelle ne concerne que le salaire.

nombreuses entreprises et que certains freins sont également visibles, sa mise en œuvre étant rejetée par certains managers¹⁴²². Enfin, la parité au sein des dix plus hautes rémunérations constitue le plus petit indicateur, avec un total de dix points.

2 : L'obligation de prendre des mesures « adéquates et pertinentes de correction »

508. **Mise en avant de mesures de correction contractuelles.** Si les entreprises concernées échouent à atteindre le seuil minimal de soixante-quinze points sur cent la loi a prévu une obligation, dans le cadre de la négociation sur l'égalité professionnelle, de discuter en outre des « mesures adéquates et pertinentes de correction et, le cas échéant, sur la programmation, annuelle ou pluriannuelle, de mesures financières de rattrapage salarial »¹⁴²³. En l'absence d'accord, l'employeur a l'obligation de prendre une décision concernant ces mesures, après consultation le cas échéant du comité social et économique¹⁴²⁴. Deux remarques méritent d'être formulées. D'abord, la négociation collective est favorisée pour définir les mesures correctrices : le mécanisme n'est imposé qu'en l'absence d'accord collectif sur le sujet. Par ailleurs, le législateur souhaite inciter les partenaires sociaux, ou à défaut l'employeur, à favoriser des mesures de rattrapage salarial, comme l'obligation prévue pour les femmes de retour d'un congé de maternité et les représentants du personnel. Un mécanisme de rattrapage salarial reste la mesure la plus évidente et la plus directe pour les entreprises pour lutter contre les inégalités professionnelles.

509. **Mise en cause de la nature d'obligation de résultat.** Construit en deux étapes, l'index de l'égalité doit permettre aux entreprises d'effectuer un bilan de leur situation en matière d'égalité entre les sexes, avant d'envisager les éventuelles mesures correctrices nécessaires. En cela, le mécanisme invite les entreprises à engager une réflexion sur leurs pratiques potentiellement discriminatoires sous la menace d'une sanction. L'intérêt d'une telle construction repose sur sa capacité à lutter contre les discriminations entre les sexes :

¹⁴²² Entretien avec P. Romain, S. Cours et M. Outters Pehinec, « Les entreprises qui n'auront pas obtenu la note de 75 sur trois ans seront sanctionnées », *SSL* 2021, n° 1946, p. 5.

¹⁴²³ C. trav. art. L. 1142-9.

¹⁴²⁴ Le délai pour mettre en œuvre ces mesures est de trois ans pour permettre aux entreprises de prendre les mesures de nature à remonter leur score. Ce délai peut même être rallongé d'un an sur décision de l'autorité administrative (C. trav. art. L. 1142-10 et D. 1142-11).

il s'agit en principe d'une obligation de résultat. Pourtant la construction de l'index de l'égalité connaît des défauts qui pourraient réduire sa capacité à traiter les inégalités de traitement entre les sexes.

B : Difficultés associées à la mise en œuvre de l'index de l'égalité

510. **Critiques et pistes d'amélioration.** En principe porteur d'une obligation de résultat, l'index de l'égalité souffre pourtant de certains défauts qui pourraient remettre en cause sa capacité de correction des discriminations. La partie analyse de la situation de l'entreprise présente tout d'abord un défaut de transparence, qui a été partiellement corrigé à l'occasion de la publication du décret n° 2021-265 du 10 mars 2021 relatif aux mesures visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et portant application de l'article 244 de la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021 (1). Par ailleurs la construction des scores de l'index peut sembler déséquilibrée et pourrait permettre à certaines entreprises d'échapper à la sanction prévue en cas de non-conformité. Or, la possibilité d'éluder l'application des mesures de correction risque d'entraîner le maintien des pratiques discriminatoires dans les entreprises (2).

1 : Un mécanisme vraiment transparent ?

511. **Intérêt d'une publication du détail des scores.** L'index représente avant tout une obligation de transparence pour les entreprises concernées : par la publication de leur score elles informent sur la situation de l'égalité entre les sexes en leur sein. Plusieurs pistes d'amélioration du mécanisme pourraient être envisagées pour renforcer cette transparence. Le législateur s'est déjà saisi de la question puisque si seule la note globale avait auparavant vocation à être publiée chaque année sur le site Internet ou, en l'absence d'un tel site, diffusé par tout moyen aux salariés, à compter du 1^{er} juin 2021 c'est également le cas pour chacun des indicateurs de l'index. Cela permet désormais l'accès à une information du détail du calcul et notamment des indicateurs où une amélioration est possible, information

qui peut être utile aux salariés de l'entreprise, surtout pour les entreprises qui n'ont pas mis en place de CSE¹⁴²⁵.

512. **Contrôles par l'inspection du travail.** Par ailleurs, Monsieur Santoro a pu souligner que la réussite du dispositif reposerait sur l'efficacité des contrôles menés par l'administration sur la thématique de l'égalité¹⁴²⁶. L'administration avait ainsi annoncé une augmentation des contrôles très importante¹⁴²⁷ mais, en raison du contexte sanitaire en 2020, cet objectif a été revu à la baisse¹⁴²⁸. Il faut cependant remarquer que la date limite du 1^{er} mars 2021 pour la publication de la note globale de l'index a été maintenue malgré d'autres nombreux reports d'échéances administratives décidés dans d'autres domaines pour aider les entreprises à faire face à la crise COVID-19¹⁴²⁹. Quoiqu'il en soit, face à la réduction des effectifs de contrôle de l'inspection du travail depuis de nombreuses années¹⁴³⁰ il est cependant permis de s'interroger sur les modalités de réalisation de ce contrôle renforcé. La Cour des comptes a notamment pu souligner les « tensions extrêmes » auxquelles sont soumises les Direccte concernant la gestion de leurs effectifs et le caractère préoccupant pour de nombreux territoires de cette baisse¹⁴³¹.

2 : Un fonctionnement à optimiser ?

513. **Barème trop progressif.** Une critique générale du fonctionnement de l'index de l'égalité peut être formulée face à l'association d'un seuil à atteindre relativement bas (soixante-quinze points sur cent) avec un barème très progressif pour le calcul des points. Une telle situation devrait permettre à certaines entreprises d'arriver au seuil requis sans forcément respecter au moins *a minima* tous les indicateurs¹⁴³². Il pourrait dès lors être envisagé

¹⁴²⁵ Dans le cas contraire en effet le résultat global et le détail des calculs doit être mis à disposition *via* la BDES.

¹⁴²⁶ G. Santoro, « La loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel : de nouvelles exigences pour l'égalité salariale entre les femmes et les hommes », *RDT* 2019, p. 190.

¹⁴²⁷ Communiqué de presse du premier ministre sur la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle et la lutte contre la violence sexuelle et sexiste au travail, 7 mars 2018.

¹⁴²⁸ Entretien avec P. Romain, S. Cours et M. Outters Pehinec, « Les entreprises qui n'auront pas obtenu la note de 75 sur trois ans seront sanctionnées », *SSL* 2021, n° 1946, p. 5.

¹⁴²⁹ C. Terrenoire, « Index d'égalité des rémunérations femmes-hommes, quels particularités et enjeux en 2021 ? », *JCP S* 2021, 106.

¹⁴³⁰ V. not. le Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur l'inspection du travail, Par M. Emmanuel Capus et Mme Sophie Taillé-Polian, 25 septembre 2019.

¹⁴³¹ Cour des comptes, Le bilan de la transformation de l'inspection du travail, avril 2020, p. 79 et s.

¹⁴³² V. à ce sujet S. Binet, « Un premier pas vers l'égalité », *SSL* 2018, n° 1839, p. 6.

d'ajouter au seuil global de soixante-quinze points, des seuils à atteindre pour chaque catégorie de l'index. Le cas de l'application du mécanisme de rattrapage salarial en cas de congé de maternité permet d'illustrer cette nécessité. Alors même que cette règle constitue en elle-même une obligation légale¹⁴³³, le constat est qu'elle est rarement appliquée¹⁴³⁴. La maternité constituant l'un des principaux facteurs d'inégalité salariale entre les hommes et les femmes¹⁴³⁵, il apparaissait certainement intéressant de rappeler cette obligation via l'index de l'égalité¹⁴³⁶, mais l'attribution d'un coefficient relativement faible (quinze points) à cet indicateur ne permet pas de garantir une fois pour toute la bonne mise en œuvre de l'obligation, pourtant d'origine légale.

514. **Ajouts à envisager.** Conformément aux préconisations de l'étude *L'index de l'égalité professionnelle : occasion manquée ou outil prometteur ?*¹⁴³⁷ un nouvel indicateur pourrait être ajouté à l'index de l'égalité. Cet indicateur serait centré sur la question de la sur-représentation des femmes dans les plus bas revenus des entreprises. Selon l'auteure de cette étude, les indicateurs actuellement retenus favorisent la lutte contre le « plafond de verre ». Les mesures de nature à augmenter le score d'une entreprise sont ainsi tournées vers « une individualisation de la gestion des ressources humaines, mettant l'accent sur la progression des carrières des femmes par rapport à celle des hommes et allant dans le sens de l'évaluation des compétences individuelles des talents » mais elle rappelle que pour de nombreux métiers très féminisés « les perspectives de carrières [ne] vont dans le sens de l'évolution et de la promotion » ce qui démontre que ces situations ne sont pas prises en compte par la construction de l'index actuel. Dès lors, le calcul de la part de la population féminine dans les deux premiers déciles de la distribution salariale de l'entreprise, avec un score gradué proportionnellement, apparaît une piste d'amélioration intéressante à mettre en place pour un prochain cycle de contrôle¹⁴³⁸. Par ailleurs, pour lutter contre la

¹⁴³³ C. trav. art. L. 1225-26.

¹⁴³⁴ G. Santoro, « La loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel : de nouvelles exigences pour l'égalité salariale entre les femmes et les hommes », *RDT* 2019, p.190.

¹⁴³⁵ V. §487.

¹⁴³⁶ Pour un avis contraire v. l'étude publiée par le think tank Terra Nova : K. Tarhi, *L'index de l'égalité professionnelle : occasion manquée ou outil prometteur ?*, 21 janv. 2021.

¹⁴³⁷ *Ibid.*

¹⁴³⁸ La modification des règles de calcul de l'index doit s'effectuer à l'échéance d'un cycle pluriannuel pour permettre de garantir l'effectivité de la sanction associée (Entretien avec P. Romain, S. Cours et M. Outters Pehinec, « Les entreprises qui n'auront pas obtenu la note de 75 sur trois ans seront sanctionnées », *SSL* 2021, n° 1946, p. 5.).

disproportion des femmes dans les emplois à temps partiel l'étude propose également d'ajouter un bonus de dix points pour les entreprises dont la moyenne de la population féminine dans l'emploi à temps partiel serait significativement inférieure à celle de son secteur d'activité ou qui engagerait des actions pour permettre un plus grand nombre de passage au temps partiel pour les hommes. La mise en œuvre de cette proposition pourrait alors s'inspirer de la méthode de calcul retenue pour le mécanisme de modulation du taux de contribution des employeurs à l'assurance chômage, dit « bonus-malus »¹⁴³⁹.

515. **Périodicité à revoir.** Concernant les mesures à prendre en cas de non-respect du seuil de soixante-quinze points la loi renvoie vers la négociation collective dans l'entreprise en matière d'égalité professionnelle pour prendre les « mesures adéquates et pertinentes de correction ». L'idée est ainsi de permettre une prise en compte du contexte spécifique de l'entreprise et donc que les partenaires sociaux visent en priorité les thématiques où le score de l'entreprise est bas. En raison de la périodicité de la négociation sur l'égalité professionnelle la cohérence du mécanisme ne semble pas assurée. En effet, si les mesures de correction doivent en principe être prises suite au constat d'un score trop faible à l'index de l'égalité qui est calculé sur une périodicité de douze mois, la négociation sur l'égalité professionnelle n'intervient en principe qu'une fois tous les quatre ans. Les mesures pour améliorer la situation d'égalité entre les hommes et les femmes pourraient donc prendre plusieurs années avant d'être mises en place. D'autant plus que le délai laissé aux entreprises pour se mettre en conformité avant l'application d'une pénalité financière est, lui aussi, particulièrement long : il est de trois années auxquelles le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi peut décider de rajouter une année supplémentaire¹⁴⁴⁰.

516. **Nécessité de traiter les discriminations à un niveau collectif.** Mécanismes où la correction du contrat de travail interviendra en l'absence de conformité avec des seuils définis par le législateur, la garantie d'évolution salariale et l'index de l'égalité s'inscrivent tous deux dans une approche quantitative des discriminations. Pour ces deux mécanismes le législateur a choisi de définir un seuil de « non-discrimination », par référence à certains indicateurs chiffrés. En cas de non-conformité avec ces seuils la sanction envisagée intègre

¹⁴³⁹ V. § n° 205.

¹⁴⁴⁰ V. note n° 1424.

alors une fonction correctrice : la correction contractuelle est alors soit directement prévue par la loi, soit sous-entendue. Les deux dispositifs n'ont cependant pas la même portée : le plus ancien, la garantie d'évolution salariale, a été conçu comme un mécanisme de portée individuelle tandis que l'index de l'égalité a une portée collective. Cette prise de conscience du législateur de la nécessité de traiter les phénomènes discriminatoires à un niveau collectif et non plus simplement individuel est confirmée par l'introduction récente d'un autre mécanisme de lutte contre les discriminations à visée correctrice : l'action de groupe.

Section II : L'action de groupe pour sanctionner les inégalités professionnelles

517. **Introduction récente.** L'action de groupe, qui existe officiellement en droit américain depuis 1842¹⁴⁴¹, a fait une entrée beaucoup plus tardive en droit français. Longtemps discutée tant en doctrine¹⁴⁴² qu'au niveau législatif¹⁴⁴³, l'action de groupe doit son introduction en droit français à l'influence européenne. En effet, à la suite de la publication par la Commission européenne d'une recommandation favorable à l'introduction d'actions collectives dans chaque Etat membre en 2013¹⁴⁴⁴, la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation a, un an plus tard, introduit une première version de l'action de groupe en droit interne¹⁴⁴⁵. L'action de groupe était alors limitée à la réparation des préjudices des consommateurs. En 2016, deux lois de « modernisation », la loi de modernisation de notre système de santé¹⁴⁴⁶ et la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle¹⁴⁴⁷, ont étendu son champ d'application à de nouveaux domaines : santé,

¹⁴⁴¹ Depuis la promulgation par la Cour Suprême des Etats Unis de la Equity Rule 48 (Cornell Law School, Legal Information Institute, *Wex dictionary*, « Class action », consulté le 1^{er} juillet 2020, disponible sur https://www.law.cornell.edu/wex/class_action).

¹⁴⁴² V. not. F. Caballero, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.* 1985, p. 247 ainsi que les travaux de la fin des années 1980 concernant la refonte du droit de la consommation : *Propositions pour un nouveau droit de la consommation. Rapport final de la commission de refonte du droit de la consommation*, dir. J. Calais-Auloy, avr. 1985, La Documentation française, p. 131 et J. Calais-Auloy, *Propositions pour un Code de la consommation. Rapport de la commission de codification du droit de la consommation*, 1990, La Documentation française, p. 21, p. 110 s.

¹⁴⁴³ Une proposition de loi avait été déposée à l'Assemblée nationale sous la présidence de François Mitterrand sans toutefois aboutir. Le sujet de l'action de groupe a connu un renouveau sous la présidence de Jacques Chirac, directement évoqué par le Président lors de ses vœux du 4 janvier 2005. Des propositions de loi favorables à l'introduction d'une action de groupe voient le jour en 2006, 2007, 2009 mais échouent toutes.

¹⁴⁴⁴ V. Recommandation de la Commission européenne relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, 2013, art. 2.

¹⁴⁴⁵ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

¹⁴⁴⁶ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

¹⁴⁴⁷ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

environnement, protection des données à caractère personnel et discrimination. Le Code du travail a donc été modifié pour y inclure cette nouvelle possibilité d'action collective : une section spécifique à l'action de groupe a été rajoutée au sein du titre dédié aux discriminations.

518. **Premières actions de groupe.** Il n'a pas fallu attendre longtemps pour que les acteurs syndicaux se saisissent de l'opportunité représentée par le mécanisme : la direction de la société Safran Aircraft Engines a reçu un petit peu plus de six mois après l'ajout des dispositions sur la discrimination, une mise en demeure de procéder aux ajustements nécessaires pour faire cesser la situation de discrimination collective alléguée¹⁴⁴⁸. Depuis, trois autres procédures ont été lancées : par la CGT contre la Caisse d'Epargne Ile de France et contre la ville de Lyon en matière d'inégalité entre les hommes et les femmes et par le syndicat SUD Rail contre la SNCF concernant les travailleurs en situation de handicap. Cependant, alors que la mise en avant de la nature collective de certaines discriminations devrait constituer un attrait certain pour les demandeurs à l'action que ce soit les syndicats ou les associations de lutte contre les discriminations, le dispositif n'a que peu de succès et pas seulement dans le domaine de la discrimination professionnelle¹⁴⁴⁹. Cette action de groupe contre les discriminations a comme particularité d'être centrée plutôt sur une logique de prévention que de réparation (I). Le rôle du juge est en effet avant tout d'ordonner la cessation du manquement discriminatoire, permettant logiquement la mise en place de mesures de correction du contrat de travail des victimes (II).

¹⁴⁴⁸ Selon les dernières informations disponibles, si le jugement du Tribunal judiciaire de Paris du 15 décembre 2020 a débouté la CGT de l'ensemble de ses demandes pour inapplicabilité de la loi du 18 novembre 2016, elle compte faire appel (F. Champeaux, « La loi sur l'action de groupe n'est pas applicable à la première action de groupe en discrimination syndicale », *SSL* 2020, n° 1934-1935, p. 19).

¹⁴⁴⁹ A tel point que le 15 septembre 2020 une proposition de réforme du régime général de l'action de groupe a été déposée devant l'Assemblée nationale (Proposition de loi pour un nouveau régime de l'action de groupe, n° 3329, déposée le mardi 15 septembre 2020). L'exposé des motifs de la proposition de loi rappelle notamment le bilan dressé du relatif échec de l'action de groupe dressé par les conclusions de juin 2020 de la mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe : « seules 21 actions de groupe ont été intentées depuis 2014, dont 14 dans le domaine de la consommation, et aucune entreprise n'a encore vu sa responsabilité engagée ».

I : L'action de groupe comme incitation à la correction des inégalités professionnelles

519. **Visées différentes.** L'introduction de l'action de groupe en droit français a été très discutée avant d'être actée, notamment en raison de la potentielle atteinte portée aux principes juridiques « nul ne plaide par procureur » et de l'autorité relative de la chose jugée, sans parler de la question de l'intérêt à agir¹⁴⁵⁰. Selon l'étude d'impact du projet de loi relatif à la consommation qui a introduit le principe d'une action de groupe en droit français, l'un des premiers objectifs du mécanisme est de « de permettre la réparation de préjudices économiques subis individuellement par plusieurs consommateurs ayant contracté avec un même professionnel pour la vente d'un produit ou la fourniture d'un service »¹⁴⁵¹. Cependant le législateur a formulé un autre dessein lors de l'adaptation de l'action de groupe aux domaines de l'environnement, de la santé et de la discrimination « dans ces domaines, les actions en justice font déjà l'objet d'actions individuelles en raison de la nature des préjudices subis et de leur montant important ». L'objectif affiché n'est donc plus de permettre, par le contentieux de masse, une réparation mais bien de « faciliter l'administration de la preuve et rationaliser ce contentieux en permettant son unification par le biais d'une action collective »¹⁴⁵². Il est ainsi possible de voir l'action de groupe dans le domaine de la discrimination au travail comme un mécanisme de correction des discriminations, centré sur la fonction préventive (**A**). L'action de groupe en matière de discriminations est ainsi particulièrement axée sur sa phase précontentieuse. En cela, le dispositif pourrait relever des mécanismes de correction négociée : l'objectif de cette étape préalable au procès est d'obtenir un accord entre l'employeur et le représentant des victimes sur la cessation des pratiques discriminatoires (**B**).

¹⁴⁵⁰ Il est cependant possible de considérer qu'il n'y a pas réellement d'atteinte à ces principes puisque les membres du groupe ne sont pas tenus de suivre les conséquences du jugement dans le système d'*opt-in* retenu (v. not. J. Calais-Auloy, discours prononcé à l'occasion du colloque Pour mieux réparer les préjudices collectifs, « une « class action » à la française ? », *Gaz. Pal.* 2001, n° 271-272, 28-29 septembre 2001, p. 13 et D. Mainguy, « A propos de l'introduction de la class action en droit français », *D.* 2005, p.1282).

¹⁴⁵¹ Etude d'impact du projet de loi relatif à la consommation, 30 avril 2013, p. 7.

¹⁴⁵² Etude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, 31 juillet 2015, p. 153.

A : Un mécanisme correcteur avec une logique de « sanction – prévention »

520. **Egalité et discriminations.** Le législateur a pu souligner dans l'étude d'impact accompagnant le projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^{ème} siècle que l'égalité « est le principe le plus profondément ancré dans notre République »¹⁴⁵³, rappelant par la même occasion le lien entre la lutte contre les discriminations et le respect d'un principe à valeur constitutionnelle. Pour garantir cette égalité le législateur a donc fait le choix d'inscrire au sein du Code du travail des dispositions spécifiques à l'action de groupe en matière de discriminations. S'il existait déjà d'autres voies d'action pour lutter contre les discriminations au travail, la portée collective du mécanisme doit permettre un meilleur traitement des discriminations collectives et notamment systémiques. Cette nature collective devrait également permettre à l'action de groupe de jouer pleinement son rôle préventif en matière de discriminations (1). Présentée comme le dernier outil de lutte contre toutes formes de discriminations collectives, l'approche statistique du mécanisme devrait pourtant conduire à limiter son rôle aux discriminations les plus visibles (2).

1 : Rôle préventif de l'action de groupe

521. **Existence d'autres voies d'action contre les discriminations.** Introduite en droit du travail plus tardivement qu'en droit de la consommation, l'action de groupe dans ce domaine est limitée aux cas de discrimination. Si, à première vue, le choix de circonscrire le champ d'application de l'action de groupe en droit du travail peut surprendre, notamment en comparaison avec la portée de l'action de groupe ouverte aux consommateurs, il peut se justifier au regard de l'existence d'autres voies d'actions ouvertes aux salariés et aux syndicats pour des litiges de portée collective. L'introduction de demandes individuelles multiples devant le Conseil de prud'hommes est régulièrement pratiquée¹⁴⁵⁴ ; les syndicats disposent notamment de l'action de substitution pour agir comme « "procureurs d'intérêts

¹⁴⁵³ Etude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^{ème} siècle, 31 juillet 2015, analyse des article 44 et 45.

¹⁴⁵⁴ V. par ex. les actions des 848 Chibanis engagées contre la SNCF (CA Paris, 31 janvier 2018, n° 15/11747) ou les actions des 25 travailleurs sans papiers maliens engagées contre MT BAT Immeubles (CPH Paris, 17 déc. 2019, n° 17/10051).

individuels" [...] en considération, soit de la faiblesse particulière des salariés concernés, soit de la dimension collective des dispositions ou mesures en cause à travers le litige individuel »¹⁴⁵⁵. A tel point que l'existence de ces autres voies a d'ailleurs pu faire douter certains auteurs de la nécessité d'introduire l'action de groupe en droit du travail¹⁴⁵⁶. Est notamment reproché au législateur le manque de cohérence du mécanisme mis en place qui se limite « à proposer pour l'essentiel un renforcement des actions collectives sans présenter les outils nécessaires à une véritable action de groupe »¹⁴⁵⁷.

522. **Discriminations systémiques.** Reste que, conformément à l'analyse du rapport Pécaut-Rivolier, en matière de discrimination spécifiquement, il était nécessaire d'introduire une nouvelle voie d'action « qui permettrait de saisir une juridiction pour faire constater un phénomène de discrimination collective et qu'aucune solution interne n'est mise en œuvre, et ordonner des mesures de cessation de cette situation illicite »¹⁴⁵⁸. Le rapport insiste notamment sur le lien entre la notion de discrimination systémique et les discriminations collectives. Ces dernières sont en effet pour la plupart le résultat « d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donne lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie de personnes et une autre »¹⁴⁵⁹. Cette notion de discrimination systémique trouve d'ailleurs écho dans celle de discrimination indirecte retenue par le droit européen et, *a fortiori*, français. Le Professeur Moizard rappelle ainsi que, même si discriminations systémiques et indirectes ne se recoupent pas complètement¹⁴⁶⁰, « la méthode d'analyse des discriminations indirectes

¹⁴⁵⁵ E. Dockès, J. Péliissier, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2008, 4e édition, p. 184.

¹⁴⁵⁶ V. not. J.-M. Chonnier & M.-N. Rouspide-Katchadourian, « L'action de groupe dans les relations de travail : un dispositif novateur à l'efficacité incertaine », *RJS* 01/17, p. 3 ; P. Adam, « L'action de groupe discrimination : sur la prudente audace d'une réforme majeure », *Dr. soc.*2017, p. 638 ; E. Clément, « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *JCP S*, 2017, p. 27 ; F. Guiomard, « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXIe siècle : un texte d'anesthésie ? », *RDT* 2016, pp. 52-56.

¹⁴⁵⁷ F. Guiomard, « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXIe siècle : un texte d'anesthésie ? », *RDT* 2016, pp. 52-56.

¹⁴⁵⁸ L. Pécaut-Rivolier, Rapport Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif, 17 décembre 2013, point 6.3, p. 98.

¹⁴⁵⁹ Selon la définition donnée par le rapport Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif (Laurence Pécaut-Rivolier, Rapport Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif, 17 décembre 2013, point 2.3, p. 27).

¹⁴⁶⁰ Deux exemples récents peuvent illustrer la nature à la fois directe et indirecte des discriminations systémiques : 1/ CPH Paris, 17 déc. 2019, n° 17/10051 (qui retient la qualification de discriminations directes systémiques) ; N. Ferré, « Vers la reconnaissance de la discrimination systémique », *RDT* 2020, p.178 ; « Le CPH de Paris condamne une entreprise pour discrimination raciale et systémique », *JCP S* 2020, act. 24 ; « La discrimination systémique reconnue par le conseil de prud'hommes de Paris », *SSL* 2019, n° 1888-1889, p. 13

permet de révéler des discriminations systémiques et inversement »¹⁴⁶¹. La réflexion par groupes de comparaisons constituera certainement la base des travaux de mise en évidence des discriminations pour les demandeurs à l'action de groupe.

523. **Logique de prévention.** L'intérêt de l'introduction de l'action de groupe en droit du travail s'appuie sur cette nature collective de l'action. L'action de groupe est pertinente car il s'agit d'une « action collective qui permet[...] aux organisations syndicales d'obliger une entreprise à mettre en place les mécanismes de vigilance et de traitement qui s'imposent face à une situation de discrimination collective »¹⁴⁶². Les remèdes individuels sont souvent inefficaces face aux situations de discrimination collective et notamment systémiques. Les préjugés conscients ou inconscients peuvent conduire l'entreprise à mettre en place des mesures inoffensives au premier regard mais qui mènent à une situation discriminatoire pour certaines catégories de salariés. L'action de groupe constitue dès lors une nouvelle pierre apportée à l'édification d'un droit de la non-discrimination au sein du droit du travail¹⁴⁶³. Autour du principe de non-discrimination, qui constitue l'expression du principe d'égalité sous son angle d'unité entre les individus, s'est en effet développé un régime juridique centré d'une part sur la réparation à apporter aux individus lésés mais également sur la prévention du risque discriminatoire¹⁴⁶⁴. Le mécanisme de l'action de groupe inclut ces deux voies de lutte contre les discriminations : une protection offerte par la réparation du dommage causé par la situation de discrimination doublé d'une logique de prévention. L'employeur peut être condamné à des montants conséquents en raison de la nature collective de l'action ce qui devrait l'inciter à faire des efforts en matière de non-

et 2/ les observations du Défenseur des droits dans le cadre de l'action de groupe contre Safran Aircraft Engines rendues publiques le 13 mai 2019 (qui retient la qualification de discriminations systémiques directes et indirectes) : « Le Défenseur des droits au soutien de l'action de groupe contre la discrimination syndicale chez Safran », *Liaisons sociales Quotidien*, 12 juin 2019, L'actualité, n° 17833.

¹⁴⁶¹ N. Moizard, « Les discriminations indirectes : la mission complexe des partenaires sociaux dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2020, p.320.

¹⁴⁶² L. Pécaut-Rivolier, *Rapport Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, 17 décembre 2013, point 7.2, p. 102.

¹⁴⁶³ V. not. J. Voldoire, « Émergence, articulation et usages des critères de discrimination à l'aune de leur multiplication : compte rendu du colloque 'Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives' » (18 et 19 janvier 2018) organisé par le Défenseur des droits et la mission de recherche droit et justice, *Les cahiers de la LCD*, vol. 9, no. 1, 2019, pp. 103-117 et les travaux de M. Mercat-Bruns, notamment son article « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ? », *D.* 2017, p.224.

¹⁴⁶⁴ Comme le soulignent les intitulés des guides contre la discrimination publiés par le Défenseur des droits : *Guide prévenir les discriminations et garantir l'égalité dans les collectivités territoriales 2013*, *Guide pour les PME, les TPE et l'artisanat : prévention des discriminations dans l'emploi 2013* par exemple.

discrimination de ses candidats ou salariés¹⁴⁶⁵. L'action de groupe peut ainsi constituer un « outil de dissuasion massive, à la condition que les recours collectifs, en tant que mécanismes de "redressement" de comportements, constituent une menace crédible de sanction »¹⁴⁶⁶. A cet égard, si le jugement du Tribunal judiciaire de Paris concernant l'action de groupe portée par la CGT contre l'entreprise Safran Aircraft Engines¹⁴⁶⁷ venait à être confirmé, « l'effet potentiellement dissuasif et préventif que l'on avait cru pouvoir attacher à l'introduction même d'une nouvelle voie d'action judiciaire »¹⁴⁶⁸ serait certainement réduit.

2 : Difficultés associées à la démarche statistique

524. **Groupe de victimes.** Selon l'article L. 1134-7 du Code du travail, ceux qui peuvent bénéficier de l'action de groupe en droit du travail sont à la fois les salariés mais également les candidats¹⁴⁶⁹, ce qui est similaire à la définition du principe de non-discrimination prévu à l'article L. 1132-1 du Code du travail. Ce même article est d'ailleurs directement cité pour ce qui concerne les critères de discrimination : sont donc potentiellement concernés les salariés ou candidats visés par l'un des vingt-cinq critères de discrimination prévus par la loi. A la différence du principe de non-discrimination cependant, l'action de groupe ne sera ouverte que dans le cas d'une pluralité de victimes. Nécessairement, le mécanisme exige comme étape préalable la construction d'un groupe de candidats et/ou salariés victimes de discrimination directe ou indirecte fondée sur le même motif discriminatoire. D'après la rédaction du texte, un tel groupe peut en principe être reconnu à partir de deux personnes¹⁴⁷⁰. Cependant il apparaît évident que pour que l'action de groupe puisse produire son plein effet, il importe que le groupe de discriminés soit le plus large possible.

¹⁴⁶⁵ Des auteurs ont pu souligner la logique de sanction-prévention qui anime l'action de groupe v. not. D. Mainguy et M. Depincé, « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JCP E* 2014, 1144 qui citent les propos de S. Amrani-Mekki dans son article « Inciter les actions en dommages-intérêts en droit de la concurrence: le point de vue d'un processualiste », *Concurrences*, n° 2290, n° 4/2008.

¹⁴⁶⁶ M. J. Azar-Baud, « Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *Dr. soc.* 2020, p.353.

¹⁴⁶⁷ TJ Paris, 15 déc. 2020, n° 18/04058.

¹⁴⁶⁸ A. Leuchter, « Action de groupe – discrimination : crash test dans la quatrième dimension », *BJT* 2021, n° 2, p. 30.

¹⁴⁶⁹ Candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise.

¹⁴⁷⁰ L'article L. 1134-7 du Code du travail fait ainsi référence à « plusieurs » candidats ou salariés.

525. **Motifs discriminatoires de nature subjective.** Des difficultés peuvent alors surgir car, si en théorie les actions de groupe peuvent être menées pour de très nombreux motifs de discrimination, la nature certainement très subjective de certains de ces motifs pourrait constituer un obstacle à la reconnaissance d'une situation de discrimination collective. Des auteurs soulignent par exemple que si « les motifs liés à l'état de santé, au handicap, au sexe, à l'âge, à la grossesse, à l'activité syndicale ou aux convictions religieuses sont propices à un repérage statistique des salariés et de leur répartition dans l'entreprise, tel n'est pas le cas des motifs liés aux mœurs, à l'orientation ou l'identité sexuelle, à l'apparence physique ou au nom de famille »¹⁴⁷¹. Les actions de groupe intentées jusqu'alors semblent confirmer cette analyse : sont en cause des discriminations syndicales¹⁴⁷², liées au sexe¹⁴⁷³ ou au handicap¹⁴⁷⁴ pour lesquelles la construction de panels de comparaison est relativement facile. A l'inverse, il est possible d'imaginer les difficultés de preuve associées à une discrimination collective en relation avec l'apparence physique (surpoids, malformation physique, style vestimentaire ou capillaire, tatouages, etc.). Pour le surpoids par exemple, comment définir la catégorie de discriminés autrement que par référence à un certain niveau d'indice de masse corporelle ? La norme de référence retenue pourrait alors être attaquée pour sa subjectivité. Un autre risque est de faire face à un manque de témoignages à la fois en raison des préjugés intégrés par les victimes elles-mêmes et en raison de leur pudeur sur le sujet. Ces difficultés sont déjà attestées par la situation actuelle : alors que la discrimination en lien avec l'apparence physique constitue la première forme de discrimination la plus perçue dans le milieu professionnel, elle reste très peu sanctionnée¹⁴⁷⁵. La difficulté de produire les preuves d'une telle discrimination au niveau individuel ne devrait malheureusement pas inciter les syndicats ou associations à se mobiliser pour les victimes au niveau collectif.
526. **Difficultés pour les demandeurs à l'action.** Dans le prolongement de ce constat se pose également la question de la capacité des organisations syndicales et associations à relayer

¹⁴⁷¹ J.-M. Chonnier, M.-N. Rouspide-Katchadourian, « L'action de groupe dans les relations de travail : un dispositif novateur à l'efficacité incertaine », *RJS* 01/17, p. 3.

¹⁴⁷² Affaire CGT contre Safran Aircraft Engines.

¹⁴⁷³ Affaires CGT contre Crédit d'Epargne Ile de France et CGT contre la ville de Lyon.

¹⁴⁷⁴ Affaire Sud Rail contre SNCF.

¹⁴⁷⁵ Première ex-aequo avec la discrimination en raison du sexe : Défenseur des droits, 13^e baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi, déc. 2020.

la diversité des formes de discrimination¹⁴⁷⁶. A l'heure actuelle les différentes actions engagées ont porté soit sur la discrimination syndicale, soit sur la discrimination en raison du sexe. Le Défenseur des droits soulignait ainsi dans son avis du 5 février 2020 l'absence de mobilisation syndicale autour des cas de discriminations des travailleurs migrants ainsi que celles qui révèlent des pratiques de harcèlement sexuel. L'action de groupe participe donc de la logique de prévention qui accompagne la construction d'un droit de la non-discrimination. La nature collective du mécanisme devrait permettre d'inciter les employeurs à engager une réflexion sur leurs pratiques internes ayant potentiellement un effet discriminatoire. Il faut cependant noter que les questions de preuve associées à la mise en œuvre de l'action de groupe devraient fermer cette voie judiciaire à certaines discriminations. D'autant plus que la phase précontentieuse est largement mise en avant par le législateur.

B : Un mécanisme correcteur avec une logique binaire

527. **Etape préalable de négociation.** La première étape du mécanisme de l'action de groupe repose donc sur une logique de négociation entre le demandeur et l'employeur mis en cause. Cette étape préalable devrait donc théoriquement permettre aux parties de convenir des « mesures permettant de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée »¹⁴⁷⁷. Au titre de ces mesures sont évidemment attendues des mesures de correction contractuelle, notamment au niveau du salaire et de l'avancement professionnel (1). L'efficacité de cette phase précontentieuse reste cependant sujette à caution : la question de la dénaturation de l'action de groupe avec la mise en avant d'une voie de résolution négociée de la situation discriminatoire a pu être dénoncée par certains auteurs (2).

1 : Rôle incitatif à la correction de la phase précontentieuse

528. **Objectif d'une résolution amiable.** Le mécanisme de l'action de groupe en droit du travail est construit en deux phases : une première phase centrée autour de la négociation entre les

¹⁴⁷⁶ V. not. l'avis du Défenseur des droits n°20-01 du 5 février 2020.

¹⁴⁷⁷ C. trav. art. L. 1134-9.

représentants des potentielles victimes de discrimination et l'employeur, et une seconde phase devant le juge. L'objectif est ainsi de tenter une résolution amiable de la situation de discrimination plutôt que de directement chercher à obtenir une sanction du comportement reproché. La loi encadre cette procédure qui doit pouvoir mener à une conciliation. Les représentants des discriminés dans le cadre de l'action de groupe¹⁴⁷⁸ sont tout d'abord tenus d'une obligation d'information vis-à-vis de l'employeur en cause : ils doivent formuler une demande de cessation de la situation de discrimination observée¹⁴⁷⁹. L'employeur dispose alors d'un délai d'un mois pour informer son comité social et économique et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise de la demande formulée. Ce sont ces entités qui devront, d'après la loi, exiger de l'employeur l'engagement d'une discussion sur les mesures de nature à faire cesser la situation de discrimination alléguée. Pour éviter un recours au juge précipité, le législateur a alors prévu un délai de six mois avant de pouvoir véritablement engager l'action de groupe. A première lecture du texte cela semble indiquer que si les discussions n'ont pas abouti au bout de ce délai, les représentants des discriminés pourront tout de même saisir la juridiction civile. Cependant il est possible d'imaginer qu'en vertu du principe de bonne foi qui dirige les pourparlers¹⁴⁸⁰, cette saisine ne devrait prendre place qu'en cas de comportement dilatoire de l'employeur. A titre d'exemple, l'action de groupe engagée par la CGT contre Safran ne l'a été que plus de dix mois après l'envoi de la demande initiale. Cependant si l'employeur manifeste son refus de la demande avant le délai de six mois, l'action de groupe pourra être engagée à ce moment. Ce fut par exemple le cas dans le cadre de l'action de groupe engagée par la CGT et l'UGICT-CGT contre la ville de Lyon, la ville ayant formulé son refus de la demande environ quatre mois après son envoi.

529. **Incitation à la correction du contrat de travail des victimes.** Cette phase précontentieuse constitue une « étape [qui] vise ainsi à créer une opportunité pour corriger la situation »¹⁴⁸¹. Il apparaît alors évident que d'un point de vue stratégique les demandeurs auront tout

¹⁴⁷⁸ Selon l'article L. 1134-7 du Code du travail il s'agit des organisations syndicales de salariés représentatives aux différents niveaux (l'établissement, l'entreprise, la branche ou au niveau national et interprofessionnel) et des associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap.

¹⁴⁷⁹ Demande qui peut être formulée par tout moyen conférant date certaine : la CGT adresse ses demandes par voie d'huissier.

¹⁴⁸⁰ Conformément à l'article 1112 al. 1^{er} du Code civil.

¹⁴⁸¹ M. J. Azar-Baud, « Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *Dr. soc.* 2020, p.353.

intérêt à présenter à l'employeur des éléments suffisamment nombreux et construits pour susciter une réelle inquiétude à l'idée d'une saisine du juge. A ce stade, le Code du travail évoque uniquement une demande tendant à la cessation de la situation de discrimination, sans évoquer de possible réparation. Cette rédaction souligne que le but initial de l'action de groupe est bien d'offrir une correction de la situation de discrimination. Il paraît alors évident que des mesures de corrections contractuelles négociées soient mises en avant, le plus souvent des augmentations salariales ou une évolution des fonctions. Dans l'ensemble des actions de groupe engagées à ce jour est en effet en cause une demande d'augmentation salariale. La CGT souhaitait ainsi « faire cesser la discrimination relative au régime indemnitaire dont sont victimes les éducatrices de jeunes enfants »¹⁴⁸² par rapport à leurs collègues masculins au sein de la ville de Lyon. Que ce soit pour l'action de groupe contre Safran, contre la SNCF ou contre la Caisse d'Epargne Ile de France les demandeurs s'appuient sur des statistiques des écarts salariaux en place dans l'entreprise concernée¹⁴⁸³.

2 : L'efficacité de la phase précontentieuse en question

530. **Recherche d'un équilibre.** Alors même que cette phase préalable a été pensée par le législateur de façon à permettre une correction négociée des situations de discrimination¹⁴⁸⁴, il est permis de douter de son efficacité. Certains auteurs ont ainsi pu mettre en doute la logique du mécanisme de l'action de groupe tel qu'il a été pensé en droit du travail. Le Professeur Guiomard considère ainsi le dispositif issu de la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle comme « congénitalement atteint de deux maux qui nuisent à [s]a conception même [...] »¹⁴⁸⁵. Le premier concerne la mauvaise articulation de l'action de groupe avec les autres actions ouvertes en droit du travail¹⁴⁸⁶. L'incohérence dans la construction en deux étapes du mécanisme constitue le second de ces « maux ». Est en particulier reproché au mécanisme ses freins pour l'accès au juge alors

¹⁴⁸² <https://www.cgtvilledelyon.fr/action-de-groupe-des-eje/>

¹⁴⁸³ La CGT invoque pour Safran une différence de salaire de 6 à 18% et pour la SNCF Sud Rail invoque une différence de salaire de 12%.

¹⁴⁸⁴ Le rapport Pécaut-Rivolier indiquait qu'il était absolument nécessaire que « l'organisation syndicale [doive], avant d'agir en justice, avoir mis l'employeur vainement en demeure de corriger la situation » (L. Pécaut-Rivolier, Rapport Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif, 17 décembre 2013, point 7.2, p. 104).

¹⁴⁸⁵ F. Guiomard, « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *RDT* 2016, p. 52.

¹⁴⁸⁶ V. §521.

même que le cœur de la réforme est centré sur la promotion d'une nouvelle voie d'action. En somme, un mécanisme auquel on ne donne pas réellement les moyens d'une mise en œuvre performante. La présence de dispositifs négociés au cœur de l'action de groupe en discrimination ne doit cependant pas occulter la réelle possibilité d'accès au juge, comme l'ont démontré les actions menées par la CGT. La question du caractère équilibré du mécanisme, entre un effort pour promouvoir un règlement amiable de la situation conflictuelle et l'accès à l'autorité juridictionnelle et à son pouvoir de sanction, devrait finalement reposer sur les épaules du juge judiciaire. Comme le souligne le Professeur Moizard, beaucoup dépendra de la façon dont le juge civil se saisit des questions de discrimination et en particulier des règles de preuve en la matière¹⁴⁸⁷. S'il fait le choix de suivre la jurisprudence de la chambre sociale en matière d'obtention des preuves nécessaires à la constitution des panels de comparaison¹⁴⁸⁸, réduisant ainsi l'asymétrie d'information entre les parties, il pourrait garantir une certaine efficacité à la phase précontentieuse¹⁴⁸⁹.

531. **Précisions nécessaires.** Il est en revanche certain que les modalités de la phase précontentieuse mériteraient d'être précisées. Comme Monsieur Clément l'a souligné, la première conséquence de la mise en œuvre d'une phase préalable est de ralentir l'ensemble du processus¹⁴⁹⁰. Il apparaît que le délai de six mois pour la « discussion » portant sur la cessation de la situation de discrimination peut paraître long, notamment face à un employeur qui sans rejeter la demande ne conduit pas sérieusement les négociations¹⁴⁹¹. Le flou de la terminologie employée laisse également dubitatif. Le Code du travail fait ainsi référence à l'engagement d'une « discussion sur les mesures permettant de faire cesser la

¹⁴⁸⁷ N. Moizard, « Les discriminations indirectes : la mission complexe des partenaires sociaux dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2020 p.320.

¹⁴⁸⁸ V. not. Cass. soc., 19 déc. 2012, n° 10-20.526, *Radio France c/ Prutner* : *Bull. civ.* V, n° 341 ; *D.* 2013, p. 92 ; *ibid.*, p. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.*, p. 2802, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon.

¹⁴⁸⁹ A cet égard le jugement du Tribunal judiciaire de Paris du 15 décembre 2020 n'éclaire nullement ce point, puisqu'il met en avant le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle alors que les règles de la charge de la preuve en matière de discrimination sont fixées depuis 2008 (A. Leuchter, « Action de groupe – discrimination : crash test dans la quatrième dimension », *BJT* 2021, n° 2, p. 30).

¹⁴⁹⁰ E. Clément, « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *JCP S* 2017, 1296.

¹⁴⁹¹ Des auteurs donnent comme exemple le cas d'un employeur qui se limiterait « à aborder vaguement le sujet au cours d'une réunion des institutions représentatives du personnel, voire à nier l'existence de la discrimination, sans pour autant notifier expressément le rejet de la demande » (J.-M. Chonnier, M.-N. Rouspide-Katchadourian, « L'action de groupe dans les relations de travail : un dispositif novateur à l'efficacité incertaine », *RJS* 01/17, p. 3).

situation de discrimination collective alléguée » sans plus de précisions. Le champ des possibles est vaste : qui sont les interlocuteurs de l'employeur pour négocier ces mesures ? Est-ce le syndicat ou l'association qui porte l'action ou bien le syndicat ou le comité social et économique qui a fait la demande d'engager une discussion ? Ou encore les deux à la fois ? Si le comité social et économique participe à la discussion, est-ce que cette dernière doit prendre la forme d'une procédure d'information-consultation ? Enfin, quel format devra prendre l'accord éventuellement trouvé sur les mesures ? Sauf à entrer dans les conditions posées aux articles L. 2232-11 et suivants du Code du travail il s'agira d'un accord atypique. Se pose dès lors la question de sa force obligatoire et de son articulation avec les autres sources de droit.

532. **Mécanisme binaire préventif.** L'action de groupe en matière de discrimination a une vocation préventive : elle s'appuie sur une possibilité de correction contractuelle à grande échelle pour inciter les employeurs à réfléchir à leurs pratiques au potentiel discriminatoire. En effet, il existe déjà en droit du travail des voies d'action efficaces pour les victimes de discrimination. L'enjeu de l'action de groupe dans le domaine du droit du travail se décale donc vers une logique de prévention. Le mécanisme est d'ailleurs construit en deux temps : une première phase négociée qui, en cas d'échec, mène à la véritable action en justice. Le juge pourra alors imposer à l'employeur de cesser le manquement, entraînant en conséquence une correction contractuelle de niveau collectif.

II : La sanction par la correction : l'obligation de cesser le manquement

533. **Correction imposée par le juge.** Si sa phase précontentieuse pourrait faire tendre l'action de groupe vers un mécanisme de correction négociée du contrat de travail, son véritable intérêt repose sur la possibilité d'intervention du pouvoir judiciaire. Une correction contractuelle pourra prendre place dans le cadre des mesures mises en œuvre pour faire cesser le manquement discriminatoire (A). Les victimes salariées pourront probablement, grâce à l'action de groupe, bénéficier d'une augmentation salariale ou d'une modification de leur statut professionnel. La réparation intégrale de leur préjudice ne sera en revanche pas possible par le seul biais de l'action de groupe. Le législateur a en effet fait le choix de ne permettre qu'une indemnisation partielle du préjudice, avec comme point de départ pour

le calcul du préjudice la date de la demande de cessation du manquement discriminatoire (B).

A : La correction mise en œuvre pour mettre fin au manquement

534. **Modalités de cessation du manquement.** Lorsque la phase précontentieuse n'a pas suffi pour inciter l'employeur à prendre les mesures de correction jugées suffisantes, l'action de groupe peut entrer dans sa phase judiciaire. Comme l'indique le Code du travail, en droit du travail elle a d'abord comme objectif « la cessation du manquement ». Le législateur ne reconnaît pas au juge¹⁴⁹² la possibilité de décider des mesures appropriées pour faire cesser le manquement : il « enjoint au défendeur de cesser ou de faire cesser ledit manquement et de prendre, dans un délai qu'il fixe, toutes les mesures utiles à cette fin »¹⁴⁹³. La capacité du juge à identifier avec précision le ou les manquements constatés, leur origine et leurs conséquences sera donc déterminante pour « passer à l'identification des correctifs à mettre en place »¹⁴⁹⁴. Le défendeur reste donc le décideur concernant les mesures à prendre, le juge peut simplement, s'il le considère approprié, désigner un tiers pour aider à mettre en œuvre ces mesures. Se pose alors la question de savoir si le tiers en question pourrait être le demandeur à l'action alors même que jusqu'alors la voie de la négociation était fermée. Pourrait également être envisagée la nomination d'une autorité indépendante, voire du comité social et économique de l'entreprise en cause. Enfin, le juge peut prononcer une astreinte pour inciter l'employeur à s'exécuter rapidement.

535. **Correction contractuelle attendue.** La nature des mesures pour faire cesser la discrimination dépendra certainement des victimes en cause. En ce qui concerne les candidats, logiquement toute mesure de correction contractuelle sera exclue. En revanche, pourront être mises en œuvre des mesures de formation du personnel en charge des recrutements¹⁴⁹⁵ ou de suivi statistique des futures embauches selon les critères de discrimination en cause. Les mesures de correction contractuelle seront certainement

¹⁴⁹² Le Code du travail indique que la compétence matérielle revient au tribunal judiciaire.

¹⁴⁹³ Art. 65 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁴⁹⁴ Avis du Défenseur des droits n°20-01 du 5 février 2020.

¹⁴⁹⁵ Complémentaires à ce qui est déjà prévu pour les entreprises employant au moins trois cents salariés et celles spécialisées dans le recrutement : leurs employés chargés des missions de recrutement doivent suivre une formation à la non-discrimination à l'embauche au moins une fois tous les cinq ans (C. trav. art. L. 1131-2).

beaucoup plus nombreuses en ce qui concerne les salariés victimes de discrimination. En effet, la démarche statistique imposée par les règles de preuve devrait œuvrer favorablement pour des mesures de correction salariale ou de reclassement professionnel. L'entreprise pourrait en revanche se limiter à certains changements, sans forcément traiter le mal à la racine. En particulier pour le cas des discriminations systémiques un véritable travail d'analyse sera probablement nécessaire associé à la mise en place d'outils pour contrer ce qui résulte d'une conjugaison de facteurs.

536. **Vers des mesures d'action positive ?** Conformément aux souhaits du Professeur Moizard¹⁴⁹⁶, il est alors possible d'envisager la mise en œuvre de mesures de correction plus poussées comme les mesures d'action positive. Ces mesures ont en effet pour objectif de « prévenir ou compenser des désavantages » en relation avec une situation de discrimination¹⁴⁹⁷ et donc entraînent en principe un conflit avec le principe de non-discrimination. Ces mesures d'actions positives restent cependant admises tant par le droit européen qu'en droit interne, sous certaines conditions. Au niveau européen, les directives « égalité » de 2000¹⁴⁹⁸ ouvrent largement cette possibilité tandis que le droit français admet explicitement certaines situations où la « discrimination positive » peut être réalisée : pour l'égalité professionnelle¹⁴⁹⁹ ou pour les salariés placés dans une situation difficile¹⁵⁰⁰. Sur le modèle de ce qui se pratique en matière d'égalité professionnelle avec l'index de l'égalité les entreprises pourraient mettre en œuvre des mesures de correction, notamment contractuelles, reposant sur une analyse préalable des différents biais discriminatoires.

537. **Articulation avec la procédure de référés.** Il faut cependant souligner que le mécanisme de l'action de groupe, en ce qui concerne cet objectif de cessation du manquement, n'est sûrement pas assez abouti. C'est en effet sur ce point que l'incohérence du régime de l'action de groupe est le plus criant. L'action, pour sa partie cessation du manquement, est

¹⁴⁹⁶ N. Moizard, « Les discriminations indirectes : la mission complexe des partenaires sociaux dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2020, p.320.

¹⁴⁹⁷ Directive n°2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

¹⁴⁹⁸ Articles 5 de la directive n°2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et 7, § 1, de la directive cadre n°2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

¹⁴⁹⁹ C. trav. art. L. 1142-4.

¹⁵⁰⁰ C. trav. art. L. 1133-4 et s.

finalement très similaire aux actions collectives qui existent déjà en droit du travail. La procédure en référé notamment, conserve un attrait indéniable pour les syndicats, notamment pour sa célérité. Par ailleurs, si le Professeur Guiomard souligne que l'éventuel apport de l'action de groupe pourrait résider dans la possibilité « de mener au fond des procédures jusqu'ici engagées en référés afin de faire cesser un trouble manifestement illicite »¹⁵⁰¹, il rappelle que la séparation des pouvoirs du juge dans le cadre de l'action de groupe pourrait rendre la procédure de référé plus intéressante. Dans ce dernier cas le juge dispose en effet à la fois du pouvoir d'ordonner la cessation du trouble mais également du pouvoir d'ordonner des réparations. *A contrario* dans le cadre de l'action de groupe les réparations ne prendront place que dans un second temps puisque la loi prévoit une procédure individuelle de réparation des préjudices faisant suite au jugement sur la responsabilité.

538. **Sécurité juridique.** Dans sa phase judiciaire l'action de groupe permet avant tout aux victimes d'obtenir la cessation du manquement discriminatoire. Des mesures de correction du contrat de travail sont certainement attendues : la cessation de la situation de discrimination implique de replacer les victimes dans la situation où ils se seraient trouvés en l'absence de discrimination. Concernant les réparations, le législateur a fait le choix d'une plus grande sécurité juridique pour les entreprises. Ces dernières ne peuvent en effet être condamnées qu'à réparer la partie du préjudice subi après l'ouverture de l'action, en cas de reconnaissance de leur responsabilité. D'autres voies d'indemnisation restent ouvertes aux victimes ; mais il paraît probable qu'elles soient peu nombreuses à saisir de nouveau le juge pour obtenir un complément d'indemnisation.

B : Le refus d'une correction rétroactive : limites au droit à réparation

539. **Nature subsidiaire du mécanisme de réparation.** A la lecture du Code du travail, la voie de réparation ne serait qu'une voie subsidiaire en ce qu'elle n'accompagnerait l'action en cessation des manquements que « le cas échéant ». Cette formulation peut sembler étrange,

¹⁵⁰¹ F. Guiomard, « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *RDT* 2016, p. 52.

voire interloquer¹⁵⁰², alors qu'il apparaît évident qu'en présence d'un manquement discriminatoire établi depuis un certain temps, un préjudice devrait normalement en découler pour les victimes. Il apparaît ainsi peu probable de voir les représentants des candidats ou salariés introduire leur action de groupe en cessation du manquement sans également exiger une réparation pour les éventuelles victimes. Finalement la nature subsidiaire de la voie de la réparation repose plutôt sur les limites imposées à la mise en œuvre de cette réparation. D'une part, le préjudice indemnisable est particulièrement limité. Pour les candidats la loi admet une réparation du préjudice intégrale mais il paraît logique que leurs préjudices soient moins importants que ceux de salariés qui ont pu vivre la discrimination pendant des années. Ces derniers ne peuvent eux bénéficier que d'une réparation limitée aux « préjudices nés après la réception de la demande » de cessation du manquement¹⁵⁰³. La philosophie des actions de groupe repose pourtant, comme l'a souligné le Professeur Guiomard, sur les « pouvoirs [des juridictions] pour ordonner la réparation des préjudices individuels nés d'un acte à portée collective »¹⁵⁰⁴. La capacité répressive de l'action de groupe risque d'être fortement réduite alors que le législateur a organisé un droit à réparation similaire au fonctionnement « d'intérêts moratoires »¹⁵⁰⁵. D'autant plus que, comme le souligne le Défenseur des droits dans son avis du 5 février 2020, il peut apparaître plus « rentable » pour un employeur de faire face à quelques recours individuels, voie préférée par les victimes dans l'espoir d'une meilleure indemnisation, que de prendre des mesures correctives¹⁵⁰⁶. La question de la nature des préjudices indemnisables pourrait également conduire à réduire mécaniquement l'impact de l'action de groupe. Il n'est en effet pas certain que le juge reconnaisse la possibilité d'indemniser le préjudice moral résultant de la discrimination : si la loi semble laisser la voie ouverte à la reconnaissance

¹⁵⁰² P. Adam, « L'action de groupe discrimination - Sur la prudente audace d'une réforme majeure », *Dr. soc.* 2017, p.638.

¹⁵⁰³ C. trav. art. L. 1134-8.

¹⁵⁰⁴ F. Guiomard, « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *RDT* 2016, p. 52.

¹⁵⁰⁵ S. Amrani-Mekki, « Action de groupe - L'action de groupe du XXI^e siècle, Un modèle réduit et réducteur ? », *JCP* 2015, p. 1196.

¹⁵⁰⁶ Défenseur des droits, avis n° 2020-01 du 5 février 2020.

de préjudices de différentes natures¹⁵⁰⁷, Maria José Azar-Baud souligne que la précision explicite dans la loi de l'inclusion du préjudice moral pourrait être une réforme positive¹⁵⁰⁸.

540. **Logique d'*opt-in***. Le principe de réparation intégrale en matière d'action de groupe ne peut jouer que sous réserve d'une nouvelle saisine, du juge prud'homal cette fois. La possibilité de saisir le conseil de prud'hommes individuellement reste ouverte pour les salariés et ils pourront effectuer une demande pour obtenir le complément de réparation résultant de la situation de discrimination ; c'est-à-dire une réparation pour le préjudice antérieur à la mise en demeure de cesser le manquement. Cette unique voie d'obtention d'une réparation intégrale fragilise donc fortement le mécanisme de l'action de groupe : l'intérêt d'une prise en charge de l'action, avec les aléas temporels et financiers associés à la procédure judiciaire, par un tiers spécialiste de la question est fortement réduit face à cette nécessité de multiplier les saisines. D'autant plus que le système de l'action de groupe en discrimination repose sur une logique dite d'*opt-in* : le juge statue sur la responsabilité et il sera exigé des victimes de se manifester dans un second temps pour obtenir leur indemnisation. En cas de désaccord sur la réparation fournie dans le cadre de la procédure individuelle de réparation des préjudices, chaque salarié aura déjà dû saisir à nouveau le juge judiciaire ayant rendu le jugement en responsabilité pour tenter d'obtenir une indemnisation de leur préjudice depuis la dénonciation du manquement. De façon assez étrange la loi exclut la possibilité d'une procédure de liquidation collective des préjudices¹⁵⁰⁹. Dans le cas où le juge retient la responsabilité de l'employeur défendeur il doit alors définir les critères permettant de rattacher les potentielles victimes au groupe bénéficiaire d'une indemnisation. Enfin, il doit lister les préjudices qui sont susceptibles d'être réparés, éventuellement selon les catégories de victimes du groupe bénéficiaire de la réparation. Malgré l'obligation de prévoir des mesures de publicité de la décision une fois

¹⁵⁰⁷ La nature des préjudices indemnifiables n'est pas précisée par le Code du travail alors que le projet de loi initial excluait explicitement les préjudices moraux du périmètre de l'action de groupe dans le domaine des discriminations professionnelles.

¹⁵⁰⁸ M. J. Azar-Baud, « Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *Dr. soc.* 2020, p.353.

¹⁵⁰⁹ V. C. trav. art. L. 1134-10. L'étude d'impact de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle justifiait ce choix par le fait que « s'agissant d'un domaine où chaque cas est spécifique, seule l'action en réparation individuelle sera possible » (Étude d'impact du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, p. 184).

la responsabilité retenue¹⁵¹⁰, il est clair que le choix d'un système *opt-in* plutôt qu'*opt-out*¹⁵¹¹ permet de réduire le risque financier pour l'entreprise

541. **Conclusion du chapitre.** La lutte contre les discriminations constitue un domaine où les mesures de correction contractuelle à titre de sanction sont très présentes. Cela est dû à l'expression des discriminations : en matière de relations professionnelles, l'impact le plus concret des discriminations reste encore une carrière et une rémunération dégradées. La question de la preuve des discriminations favorise en effet une démonstration des préjudices quantifiables. Dès lors, la correction de cet état de fait par une progression de carrière et ou salariale peut représenter la sanction la plus adéquate. De plus, les discriminations, par l'atteinte aux droits et libertés fondamentales des individus qu'elles provoquent, justifient une intervention forcée au cœur de l'instrument des parties qu'est le contrat. Preuve de la difficulté à lutter contre la logique discriminatoire, le législateur a multiplié les voies d'intervention sur le contrat en favorisant d'une part la transparence de l'information, et d'autre part, en ouvrant les voies d'action aux victimes de discrimination. Si ces réformes récentes représentent des innovations importantes en matière de lutte contre les discriminations, force est de constater les difficultés associées à l'atteinte d'une véritable obligation de résultat dans ce domaine. Certaines améliorations du régime juridique de ces mécanismes semblent pouvoir être proposées. Outre le domaine de la lutte contre les discriminations, les sanctions correctrices sont également utilisées pour protéger l'opération économique portée par le contrat de travail, son économie.

¹⁵¹⁰ Mesures de publicité qui risquent de toute façon d'être mises en œuvre tardivement puisque selon l'art. 67 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle la publicité n'interviendra qu'une fois toutes les voies de recours internes épuisées.

¹⁵¹¹ Mécanisme où les potentielles victimes sont automatiquement intégrées au groupe bénéficiaire de l'indemnisation, tout en leur laissant la possibilité de se retirer sur demande.

Chapitre II : La correction imposée pour garantir l'économie du contrat de travail

542. **Economie du contrat : définition.** L'économie du contrat, entendue comme l'« ordre interne, structure, organisation d'ensemble »¹⁵¹² de ce dernier, est devenu un sujet de discussion pour les juristes de la fin du XXe siècle et du début du XXIe siècle¹⁵¹³ en lien avec un recours croissant de cette notion par les juridictions¹⁵¹⁴. La notion d'économie du contrat traduit une conception de l'acte juridique contractuel comme représentant une opération économique globale, qui doit être appréciée comme telle. Elle peut être définie comme « l'opération économique que veulent concrètement réaliser les parties »¹⁵¹⁵. Si la volonté des parties permet de définir l'économie du contrat, elle peut néanmoins être encadrée par le législateur. Par ailleurs, le Professeur Pimont a relevé la parenté entre cette notion et les « conceptions s'érigeant contre le 'mythe' de l'autonomie de la volonté »¹⁵¹⁶. L'économie du contrat participe ainsi des « atteintes nombreuses dont [elle] a été l'objet en droit moderne »¹⁵¹⁷. Il est ainsi possible de la rapprocher de la notion d'équilibre ou d'équivalent en matière contractuelle.

543. **Economie du contrat et intervention judiciaire.** Les auteurs ont pu souligner le caractère éminemment subjectif de la notion¹⁵¹⁸, critiquant par la même occasion une intervention croissante du juge dans le contrat en son nom. Il est certain qu'une lecture stricte du principe d'intangibilité du contrat énoncé à l'article 1193 du Code civil réprouve l'intervention judiciaire en son sein. Le contrat est la chose des parties et, jusqu'à l'ordonnance de 2016¹⁵¹⁹, le juge n'avait en principe pas le pouvoir d'altérer les prévisions des parties¹⁵²⁰. Ce principe connaît cependant de nombreuses atténuations dans les cas où

¹⁵¹² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13e éd. 2020, PUF, p. 380.

¹⁵¹³ V. not. J. Mestre, « L'économie du contrat », RTD civ 1996, p. 901 ; J. Moury, Une embarrassante notion : l'économie du contrat, *D.* 2000, p. 382 ; S. Pimont, *L'économie du contrat*, thèse, préf. J. Beauchard, 2004, PUAM. V. également P. Lokiec, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 324.

¹⁵¹⁴ V. not. E. Houssard, « L'économie du contrat », *Revue Juridique de l'Ouest* 2002, n° 1, pp. 7-65.

¹⁵¹⁵ S. Pimont, *L'économie du contrat*, thèse, préf. J. Beauchard, 2004, PUAM, n° 14, p. 23.

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, n° 13, p. 21.

¹⁵¹⁷ S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil – T. 3 Les obligations Le contrat*, 9e éd. 2018, Economica, n°87, p. 69.

¹⁵¹⁸ J. Mestre, « L'économie du contrat », RTD civ 1996, p. 901 ; J. Moury, Une embarrassante notion : l'économie du contrat, *D.* 2000.

¹⁵¹⁹ V. note n° 124.

¹⁵²⁰ L'ordonnance de 2016 a introduit l'article 1195 du Code civil qui offre au juge une faculté de réviser en cas d'imprévision le contrat.

la loi permet une telle immixtion. Comme le souligne Madame Rouspide-Katchadourian, « l'interprétation et l'application de la loi permettent au juge de s'immiscer dans le contrat »¹⁵²¹. Il ne s'agit pas du pouvoir d'interprétation du contrat dont dispose le juge, mais d'une véritable « relecture »¹⁵²², permise par la loi. Or, cette relecture peut s'effectuer par le biais d'une correction contractuelle, notamment au nom du respect de l'économie du contrat. L'opération économique particulière que représente le contrat de travail s'accompagne d'un encadrement législatif conséquent, qui laisse au juge une marge de manœuvre considérable pour imposer une correction du contrat comme sanction du non-respect de son économie. Si la nullité partielle du contrat a une place prépondérante dans la jurisprudence sociale contractuelle, l'introduction d'un nouveau mécanisme de contrôle des clauses abusives pourrait favoriser le développement de la sanction du « réputé non écrit » en cas de violation de l'économie contractuelle (**Section I**). Un autre mécanisme de correction, non sans liens avec les dispositifs d'anéantissement partiel du contrat, doit également être évoqué. Les parties au contrat de travail peuvent en effet subir un autre type de correction judiciaire dont l'enjeu est le respect de l'économie du contrat de travail de référence, par le biais du mécanisme de la requalification (**Section II**).

Section I : La correction partielle conforme à l'économie du contrat de travail

544. **Essor de la correction partielle du contrat de travail.** La correction partielle du contrat de travail repose sur un contrôle par le juge des stipulations contractuelles. Le législateur a progressivement confié au juge un rôle de plus en plus important dans ce domaine avec notamment l'introduction en 1992¹⁵²³ d'un article dédié au rappel de l'obligation de respecter les droits et libertés fondamentaux du salarié¹⁵²⁴. Que ce soit en application de l'article L. 1121-1 du Code du travail ou d'autres dispositions d'ordre public le juge pourra être amené à prononcer la disparition de certaines stipulations à titre de sanction. Nullité partielle et « réputé non écrit » sont deux techniques de correction contractuelle qui

¹⁵²¹ M.-N. Rouspide-Katchadourian, *Le juge et le contrat de travail – Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, thèse, préf. B. Teyssié, 2014, LGDJ, n°14, p. 8.

¹⁵²² Selon les termes utilisés par M.-N. Rouspide-Katchadourian dans sa thèse.

¹⁵²³ Loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage.

¹⁵²⁴ Même si leur entrée dans les relations professionnelles date en réalité de l'arrêt du Conseil d'Etat *Peintures Corona* (CE, 1^{er} févr. 1980, n°06361, *Peintures Corona : Lebon* 59).

connaissent un essor certain en droit du travail pour garantir le respect de son économie (I). L'introduction au sein du Code civil d'un mécanisme de contrôle des clauses abusives pour le droit commun des contrats pourrait également favoriser cette méthode de correction conforme à l'économie contractuelle par anéantissement des clauses du contrat de travail. Sa définition restrictive devrait cependant limiter son impact à certaines clauses spécifiques du contrat (II).

I : La correction contractuelle par la disparition de la clause

545. **Maintien du contrat.** Que ce soit avec la nullité partielle ou avec les clauses réputées non écrites, la limitation de la correction à une ou plusieurs clauses du contrat de travail est une sanction particulièrement intéressante pour les relations professionnelles (A). L'étude de l'application de ces mécanismes au contrat de travail, si elle laisse apparaître certaines incohérences, souligne le rôle de garantes de l'économie contractuelle de telles sanction (B).

A : L'intérêt de l'anéantissement partiel du contrat de travail

546. **Similarité des mécanismes.** La nullité partielle comme la sanction du « réputé non écrit » constituent deux mécanismes très similaires dans leurs effets correcteurs sur le contrat de travail (1). Malgré des différences de régime, la correction partielle qu'ils provoquent constitue une sanction particulièrement adéquate pour le respect de l'économie du contrat de travail (2).

1 : Deux mécanismes à la portée correctrice

547. **La différence entre nullité de la clause et clause réputée non écrite.** Antérieurement à la réforme de 2016, le Code civil ne distinguait pas clairement entre les voies ouvertes au juge pour constater l'inexistence d'une ou plusieurs clauses du contrat, sans que cela n'entache la totalité de l'acte. La nullité du contrat était la sanction d'un défaut au niveau des conditions de validité du contrat, tandis que seul l'article 900 prévoyait la sanction de

la clause réputée non écrite pour les conditions impossibles ou illicites des libéralités¹⁵²⁵. Désormais, l'article 1184 du Code civil confirme l'existence de deux méthodes de correction contractuelle distinctes : la nullité partielle du contrat et la clause réputée non écrite. Cette distinction avait déjà été pressentie et mise en avant par la doctrine¹⁵²⁶, en raison de l'intérêt juridique d'un régime distinct de la nullité pour la clause réputée non écrite. L'article décrit tout d'abord la possibilité d'une nullité qui n'affecte « qu'une ou plusieurs clauses du contrat ». Puis le texte présente la clause réputée non écrite comme celle qui ne pourra, même si elle constitue un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles, entraîner la disparition de l'ensemble de l'acte porteur. Le mécanisme de la nullité partielle, pour déterminer son étendue, favorise une interprétation de la volonté des parties tandis que le « réputé non écrit » ne pourra jamais toucher que la ou les clauses visées par la sanction. S'il s'agit de la seule distinction actée par les textes, se pose la question d'autres différences de régime. En l'état le Code civil ne précise pas si les deux mécanismes sont gouvernés par des règles similaires. La présentation faite par le texte du « réputé non écrit » comme simple dérogation au fonctionnement de la nullité partielle pourrait indiquer que les deux mécanismes doivent recevoir une application similaire. Pourtant, la jurisprudence a déjà pu retenir des solutions différentes entre la nullité et le « réputé non écrit » et notamment concernant la prescription. L'absence de délai de prescription pour la demande de constat de « réputé non écrit »¹⁵²⁷ constitue une différence fondamentale avec la nullité pour laquelle la prescription applicable est de cinq ans.

548. **Effet similaire.** Si leur séparation est désormais confirmée, les deux mécanismes représentent bien une voie similaire de correction du contrat pour le juge. Comme le souligne le Professeur Couturier, il ne s'agit pas d'anéantir le contrat dans son ensemble : « ce qu'il faut obtenir, c'est sa mise en conformité »¹⁵²⁸. L'effet principal de la nullité

¹⁵²⁵ Le Professeur Simler ajoutait néanmoins l'article 1172 du Code civil comme se rapportant « directement à ce problème » de nullité partielle, en raison de son interprétation par la jurisprudence qui considérait qu'il n'y avait pas lieu d'annuler l'ensemble de la convention mais uniquement la clause litigieuse quand la convention ne dépendait pas, selon la conception des parties, de cette clause (Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, préf. A. Weill, 1969, LGDJ, n° 5, p. 5).

¹⁵²⁶ V. not. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Th. 2006, Economica.

¹⁵²⁷ Cass. 3e civ., 9 mars 1988 : *Bull. civ.* III, n°54 ; *D.* 1989, p. 143, note Ch. Atias ; *JCP G* 1989 II, 21248, note G. Viney.

¹⁵²⁸ G. Couturier, *La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, in *Le contrat au début du XXIe siècle – Etudes offertes à J. Ghestin*, p. 277.

partielle comme de la clause réputée non écrite est le même : la disparition d'un élément contractuel tout en conservant le reste de l'acte. Le contrat continue donc d'exister, il sera maintenu mais « amputé de la clause nulle »¹⁵²⁹. La clause réputée non écrite est, elle, « censée n'avoir jamais été rédigée »¹⁵³⁰. La portée correctrice des mécanismes sur le contrat est réelle : le Doyen Carbonnier emploie d'ailleurs un champ lexical proche lorsqu'il parle de « gommage ou de caviardage de clause »¹⁵³¹. En pratique, la correction provoquée par les deux mécanismes a une portée rétroactive. En matière de nullité la solution est connue : son prononcé entraîne des restitutions¹⁵³². La solution est identique en ce qui concerne les clauses réputées non écrites¹⁵³³.

2 : La correction partielle, une sanction adéquate du contrat de travail

549. **Dissuasion.** La possibilité qu'a le juge de corriger le contrat *via* la nullité partielle ou la méthode du « réputé non écrit » relève d'une intention de dissuader les contractants d'adopter certaines clauses contraires à l'économie du contrat de travail. En effet, le contrat de travail est fortement encadré par le législateur. Le Professeur Simler, dans sa thèse sur la nullité partielle des actes juridiques, parlait ainsi de « contrats 'dirigés', réglementés de façon autoritaire par le législateur ». Pour cet auteur ce type de contrat, dont fait partie le contrat de travail, pouvait faire l'objet de la sanction de nullité partielle en cas de contravention par certaines clauses de façon directe ou indirecte à la réglementation d'ordre public qui dirige l'économie du contrat¹⁵³⁴. L'effet est alors dissuasif : « le maintien du contrat au détriment des intérêts d'une partie a pour objet de déjouer ses prévisions qui ne sont pas conformes à la loi » et « il est arrivé que la jurisprudence n'admette qu'une nullité partielle dans le même but dissuasif »¹⁵³⁵. Le risque est en effet que « la nullité totale du contrat se retourne[...], contre celui que la loi entendait protéger »¹⁵³⁶. Appliqué en droit

¹⁵²⁹ S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil – T. 3 Les obligations Le contrat*, 9^e éd. 2018, Economica, n°548, p. 525.

¹⁵³⁰ Cass. 3^e civ., 2 déc. 1987, *Bull. civ.* III, n°198, *D.* 1987, *IR.* 255, *JCP* 1988, IV. 52.

¹⁵³¹ J. Carbonnier, *Droit civil Les biens Les obligations*, T. 2, PUF, 2017, n°1019, p. 2096.

¹⁵³² C. civ. art. 1178.

¹⁵³³ V. not. Cass. 3^e civ., 29 nov. 2018, n°17-23.058 : *D.* 2019, p. 1361, obs. Corbel ; *AJDI* 2019, p. 531, obs. Blatter ; *JCP E* 2019, n°1011 ; *RJDA* 2019, n°76.

¹⁵³⁴ Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, préf. A. Weill, 1969, LGDJ, n° 95, p. 114.

¹⁵³⁵ S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil – T. 3 Les obligations Le contrat*, 9^e éd. 2018, Economica, n°548, p. 525.

¹⁵³⁶ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Fr. Chénéde, *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, 12^e édition, 2019, n°573, p. 646.

du travail, cet effet dissuasif du mécanisme prend un relief particulier. L'opération économique portée par le contrat de travail est en effet caractérisée par le lien de subordination entre l'employeur et son salarié. A l'aune de la relation contractuelle par nature déséquilibrée qui se noue à travers le contrat de travail, la possibilité de prononcer la nullité partielle ou de réputer non écrites certaines clauses permet une protection accrue des intérêts du salarié. Les clauses litigieuses ont en effet beaucoup plus de chance d'être imposées par l'employeur au salarié que l'inverse. Dès lors, la possibilité de sauvegarder le contrat de travail, et donc l'emploi qu'il porte, tout en anéantissant les clauses problématiques peut représenter une sanction particulièrement attractive pour le juge.

550. **Sauvetage du contrat.** Outre le caractère dissuasif du mécanisme, la sanction de nullité partielle ou de clause réputée non écrite constituent toutes deux un mode de « sauvetage du contrat »¹⁵³⁷. Le Professeur Gaudemet souligne qu'au titre de priorités socio-économiques, le maintien du contrat est devenu un objectif à part entière du droit français. Dès lors, son anéantissement en raison de l'illégalité d'un seul ou de quelques-uns de ses éléments est de plus en plus rejeté¹⁵³⁸. Les solutions alternatives sont privilégiées et sont au cœur d'une « politique de maintien du contrat »¹⁵³⁹. Encore une fois, en ce qui concerne le contrat de travail, cette politique trouve un écho particulier. Concernant le contrat de travail « la nullité est une sanction souvent peu appropriée : [...] surtout, le salarié a un intérêt au maintien de son contrat de travail »¹⁵⁴⁰. Le contrat de travail ne représente pas uniquement un acte juridique mais également un lien d'emploi pour les salariés. Le maintien du contrat de travail, son sauvetage, permet dès lors d'organiser un maintien dans l'emploi du salarié. Il s'agit d'ailleurs de la raison d'être de nombreux mécanismes de correction déjà évoqués.

551. **Maintien du contrat.** Les mécanismes de correction partielle du contrat de travail présentent un intérêt particulier dans le domaine des relations professionnelles car, outre leur effet d'assurer l'efficacité de la sanction prise en violation de la loi et de jouer un rôle

¹⁵³⁷ V. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Th. 2006, *Economica*, Titre I, Partie I.

¹⁵³⁸ *Ibid.* n°31, p 20.

¹⁵³⁹ *Ibid.* n°48, p 29.

¹⁵⁴⁰ J.-Y. Frouin, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », Contribution orale à l'occasion des Rencontres de la chambre sociale 2017, retranscrite dans le *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n°867, 15 sept. 2017, p. 9.

préventif¹⁵⁴¹, ils permettent le maintien du contrat. D'ailleurs, la correction qui provoque en principe un anéantissement des clauses du contrat de travail, peut éventuellement s'accompagner d'une substitution ou d'une réduction.

B : Portée de l'anéantissement des clauses du contrat de travail

552. **Faveur à la nullité.** L'application jurisprudentielle des mécanismes de correction des clauses du contrat de travail que sont la nullité partielle et le « réputé non écrit » apparaît favoriser fortement le mécanisme de nullité (1). Le mécanisme est d'ailleurs largement appliqué dans ses formes particulières que sont la nullité-substitution et la nullité-réduction (2).

1 : Confusions dans l'application de la nullité partielle et du « réputé non écrit » au contrat de travail

553. **Nullité relative.** Le développement des sanctions de nullité partielle et du « réputé non écrit » participe d'un interventionnisme législatif : c'est en particulier le cas pour « non seulement satisfaire l'ordre public de protection, mais encore au nom de l'ordre public de direction »¹⁵⁴². La nullité ou le « réputé non écrit » sont en effet les sanctions de l'illicite. En raison de la qualité des parties au contrat de travail, l'ordre public qui imprègne le droit du travail tend plutôt à être un ordre public de protection. Sont par exemple concernées les clauses dites « couperet » ou « guillotines », qui prévoyaient une rupture « automatique » du contrat de travail lorsque le salarié atteignait un certain âge ou pouvait bénéficier d'une pension de retraite. Après des hésitations¹⁵⁴³, un arrêt de l'assemblée plénière de 1998 a souligné que l'employeur ne pouvait se prévaloir de la nullité édictée par l'ancien article L. 122-14-12 du Code du travail (nullité des clauses prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail d'un salarié en raison de son âge ou du fait qu'il serait en droit de

¹⁵⁴¹ Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, préf. A. Weill, 1969, LGDJ, n° 331, pp. 402 – 403.

¹⁵⁴² S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil – T. 3 Les obligations Le contrat*, 9^e éd. 2018, Economica, n°548, p. 524.

¹⁵⁴³ Cass. soc., 1^{er} févr. 1995 : *Bull. civ.* V, n° 48 ; D. 1995, Somm. p. 62, obs. Bouilloux, *RJS* 3/1995, n° 226, *CSB* 1995, p. 83, A. 17, G. Couturier, « Les clauses « couperet », encore... », *Dr. soc.* 1995, p. 231. Confirmé par Cass. soc., 15 mars 1995, n° 91-40.404 : *RJS* 4/95, n° 370.

bénéficiaire d'une pension de vieillesse), ses dispositions n'ayant « été édictées que dans un souci de protection du salarié »¹⁵⁴⁴. Toujours dans le cadre de la nullité partielle, la Cour de cassation a pu indiquer que l'interdiction des clauses d'engagement perpétuel relevait également d'une nullité qui « ne peut être invoquée que par le salarié »¹⁵⁴⁵. Logiquement encore, c'est un ordre public de protection qui guide l'interdiction des clauses de renonciation pas le salarié à ses droits¹⁵⁴⁶.

554. **Nullité absolue.** A l'inverse relèvent d'une nullité absolue les clauses d'indexation des salaires¹⁵⁴⁷, les clauses qui transfèrent sur le salarié la part patronale des cotisations de sécurité sociale¹⁵⁴⁸ ou encore les clauses attributives de juridiction¹⁵⁴⁹. Relèvent en principe également de la nullité absolue les clauses qui portent atteinte aux droits et libertés du salarié¹⁵⁵⁰. Les clauses de célibat sont interdites depuis longtemps par la jurisprudence comme « contraire[s] à l'ordre public et attentatoire[s] à la morale et aux bonnes mœurs »¹⁵⁵¹. La clause d'exclusivité peut également relever d'une nullité absolue comme portant atteinte à la liberté du travail¹⁵⁵². La jurisprudence n'est pourtant pas toujours la plus cohérente et peut retenir des nullités relatives en raison d'une certaine « confusion entre l'intérêt général et l'intérêt individuel ou privé de chacun »¹⁵⁵³. Concernant les clauses d'engagement perpétuel précitées par exemple, le choix d'une nullité relative pourrait être contestable au regard de la portée de l'interdiction des engagements perpétuels qui est contenue au sein de l'article 1210 du Code civil. Il s'agirait plutôt d'un ordre public de direction, protecteur de l'intérêt général, et donc d'une nullité absolue pour laquelle toutes les personnes intéressées peuvent demander la nullité¹⁵⁵⁴.

¹⁵⁴⁴ Cass. AP, 6 nov. 1998 : *Bull. civ.* V, n°3 ; *RJS* 12/1998, n°1475 ; *Dr. soc.* 1999, p. 94, obs. J. Savatier ; *JCP G* 1999, II, n°10004, note D. Corrigan-Carsin.

¹⁵⁴⁵ Cass. soc., 5 nov. 1984, n°82-10.511 : *JCP G* 1985, II, n°20510.

¹⁵⁴⁶ Cass. soc., 23 janv. 2019, n°17-21.867 : publié au *Bulletin* ; *JSL* 2019, n° 473, note N. Gssime.

¹⁵⁴⁷ Cass. soc., 2 mars 1977 : *Bull. civ.* V, n°159 ; *Dr. soc.* 1977, p. 485, note J. Savatier.

¹⁵⁴⁸ Cass. soc., 17 oct. 2000 : *Bull. civ.* V, n°329.

¹⁵⁴⁹ Cass. soc., 2 févr. 1961 : *Bull. civ.* 1961, n° 163.

¹⁵⁵⁰ J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, thèse Limoges, 2001, n° 339, p. 299.

¹⁵⁵¹ Cass. soc., 7 févr. 1968, n° 65-40.622.

¹⁵⁵² En ce qui concerne le travail à temps partiel : Cass. soc., 11 juill. 2000 : *Bull. civ.* V n° 276 ; n° 98-43.240, *C. c/ Sté Larousse diffusion IDF* : *Bull. civ.* V n° 277 ; n° 98-43.945 *Sté Delatour c/ B.* ; n° 98-41.486, *Sté Rhône Chimie Industrie c/ V.* : *RJS* 11/00, n° 1155.

¹⁵⁵³ J. Mouly, « Contrat de travail. Clause de non-concurrence. Absence de contrepartie financière. Nullité relative. Interdiction pour l'employeur de se prévaloir de la nullité de la clause », *Dr. soc.* 2006, p. 463.

¹⁵⁵⁴ Cependant, des auteurs ont pu souligner les difficultés à lier automatiquement les notions d'ordre public de protection ou de direction avec celles de nullité relative ou absolue (v. not. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 10^e éd. 2018, LGDJ, n°704, p. 380).

555. **Manque de rigueur.** La jurisprudence de la Cour de cassation peut également sembler manquer de rigueur dans son application des différentes sanctions de disparition des clauses illicites. La distinction effectuée dans le traitement des clauses de renonciation aux avantages conventionnels ou statutaires et celles de renonciation aux avantages d'origine jurisprudentielle ne paraît pas logique. Si la clause qui viole « l'interdiction pour un salarié de renoncer, tant que son contrat de travail est en cours, aux avantages qu'il tire d'une convention collective ou de dispositions statutaires d'ordre public » est sanctionnée de nullité¹⁵⁵⁵, la clause contraire à « la règle selon laquelle les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur » est réputée non écrite¹⁵⁵⁶. La même remarque peut être formulée du côté de la distinction entre nullité et inopposabilité, qui sont pourtant deux mécanismes distincts par leurs « causes et surtout [leurs] effets »¹⁵⁵⁷ (même si « la différence entre nullité et inopposabilité ne doit pas être exagérée »¹⁵⁵⁸). Alors que la clause attributive de juridiction est sanctionnée par une nullité, la clause compromissaire insérée au contrat de travail est « inopposable au salarié »¹⁵⁵⁹. Il semble donc que la Cour de cassation se prononce de façon relativement indifférente entre nullité partielle, sanction du « réputé non écrit » et inopposabilité, provoquant dans toutes ces situations la correction du contrat de travail par une forme d'anéantissement de la stipulation.

2 : L'intérêt de la nullité substitution et de la nullité réduction en droit du travail

556. **Substitution et réduction.** La technique de la nullité substitution constitue une modalité particulière de la nullité partielle. Elle permet de substituer à la clause illicite une clause licite et ainsi garantir le maintien d'une certaine économie contractuelle, choisie par le

¹⁵⁵⁵ Cass. soc., 23 janv. 2019, n°17-21.867 : *D.* 2019, Actu. 204 ; *RJS* 4/19, n°262 ; *JSL* 2019, n°473-6, obs. Gssime.

¹⁵⁵⁶ Cass. soc., 25 mars 2010 : *Bull. civ.* V, n°76, *D.* 2010, p. 968.

¹⁵⁵⁷ Nullité et inopposabilité sont similaires puisqu'elles constituent des sanctions d'une « imperfection contemporaine de la formation du contrat » (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd. 2019, Dalloz) mais elles diffèrent dans leur portée puisque l'inopposabilité est une « inefficience limitée [...] qui prive un acte juridique frauduleux d'effet mais seulement à l'égard de certaines personnes » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd. 2020, PUF). L'inopposabilité, dans ses effets, est finalement plus proche de la nullité relative : comme elle, elle ne peut être invoquée que par certaines personnes mais son effet abolitif est aussi limité à ces mêmes personnes.

¹⁵⁵⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 10^e éd. 2018, LGDJ, n°669, p. 371.

¹⁵⁵⁹ Cass. soc. 30 nov. 2011 n° 11-12.905, *Sté Deloitte conseil c/ N.* : *Bull. civ.* V n° 277, *RJS* 2/12 n°181.

législateur ou par référence à un standard juridique. Il est par exemple possible de substituer à la clause de taux d'intérêt d'un prêt d'argent qui ne contiendrait pas la mention de taux effectif global, le taux d'intérêt légal¹⁵⁶⁰. La loi prévoit un mécanisme similaire en matière de durée du bail rural : à toutes les clauses stipulant une durée inférieure à neuf années, leur est substituée la durée légale de neuf ans¹⁵⁶¹. La nullité réduction est elle une méthode qui permet, non pas d'anéantir une clause pour la remplacer par une autre, mais de directement réduire la portée de la clause. En pratique, la nullité-réduction « est préférable à la nullité [simple] chaque fois que l'illicéité tient à un excès »¹⁵⁶². Toujours dans le domaine des prêts d'argent, le législateur a pu faire usage de cette sanction : le taux d'intérêt qui est usuraire doit être réduit au taux légal¹⁵⁶³.

557. Application au contrat de travail de la nullité substitution. En droit du travail la technique de la nullité substitution et celle de la nullité réduction sont particulièrement pratiquées. Comme le souligne le Professeur Lagarde « lorsque c'est le contenu du contrat qui est contesté, la tendance est à la réfection du contrat, par l'effet de ce que l'on désigne comme des nullités-réduction ou des nullités-substitution »¹⁵⁶⁴. La correction alors provoquée franchit un pas supplémentaire par rapport au « simple » anéantissement de la stipulation controversée, puisqu'elle sera directement remplacée ou réduite. Le Professeur Simler remarquait ainsi qu'il s'agissait d'une « particularité très importante, tout à fait exorbitante de droit commun »¹⁵⁶⁵. Le développement d'un tel mécanisme en droit du travail peut notamment être lié à un encadrement législatif particulièrement développé de ce que représente l'économie du contrat de travail. Par exemple, en ce qui concerne la rémunération, le Code du travail prévoit spécifiquement le mécanisme de la nullité-substitution en présence d'une disposition qui « comporte, pour un ou des salariés de l'un des deux sexes, une rémunération inférieure à celle de salariés de l'autre sexe pour un même travail ou un travail de valeur égale »¹⁵⁶⁶. L'économie du contrat de travail est aussi celle précisée par le législateur : en cas de non-respect, une correction par substitution des

¹⁵⁶⁰ Cass. 1^{er} civ., 24 juin 1981 : *D.* 1982, jurispr. p. 397, note M. Boizard ; *JCP G* 1982, II, 19713, note Vasseur ; *RTD com.* 1981, p. 809, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

¹⁵⁶¹ C. rur. art. L. 411-5.

¹⁵⁶² Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 10^e éd. 2018, LGDJ, n°720, p. 389.

¹⁵⁶³ V. loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité, art. 5 et art. C. conso. art. L. 314-6.

¹⁵⁶⁴ X. Lagarde, « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », *RTD Civ.* 2002, p.435.

¹⁵⁶⁵ Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, préf. A. Weill, 1969, LGDJ, n° 96, p. 118.

¹⁵⁶⁶ C. trav. art. L. 3221-7.

clauses du contrat peut être mise en œuvre. Au cas d'espèce, l'impératif de la non-discrimination dans les relations professionnelles guide la correction provoquée. Concernant la rémunération variable plus précisément, la clause d'objectifs non réalistes et réalisables peut mener le juge à lui-même « déterminer le montant de la rémunération en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes et, à défaut, des données de la cause »¹⁵⁶⁷. L'application de la nullité-substitution en matière de rémunération constitue d'ailleurs pour le Professeur Lagarde une des exceptions les plus remarquables aux principes qui gouvernent la nullité en droit commun : s'agissant d'une nullité pour « indétermination du salaire, contractuellement prévue » qui touche donc un « élément déterminant de l'engagement des parties » elle devrait dès lors justifier l'annulation entière de l'acte en application de la règle de l'article 1184 du Code civil. En pratique cependant, c'est la nullité-substitution qui sera retenue et « la nullité d'une telle clause [...] autorise [le juge], et même l'oblige, à fixer lui-même le salaire contractuel »¹⁵⁶⁸.

558. **Application au contrat de travail de la nullité-réduction.** En matière de nullité-réduction l'exemple des clauses de non-concurrence est le plus souvent cité. La jurisprudence retient notamment la possibilité de réputer non écrite la seule prévision contractuelle selon laquelle la contrepartie financière de la clause de non-concurrence en cas de licenciement pour faute sera minorée¹⁵⁶⁹. Le choix jurisprudentiel de la méthode du « réputé non écrit » plutôt que de la nullité démontre d'ailleurs la volonté du juge de simplement réduire la clause plutôt que de prononcer un anéantissement, perçu comme touchant l'ensemble de la clause. Pourtant les juges retiennent traditionnellement que la nécessité d'un montant suffisant pour la contrepartie financière constitue une condition de validité de la clause de non-concurrence, sanctionnée par la nullité¹⁵⁷⁰. La nullité-réduction est également admise lorsque la clause ne respecte pas certaines limites fixées conventionnellement¹⁵⁷¹ ou lorsque la clause « ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle »¹⁵⁷².

¹⁵⁶⁷ V. not. Cass. soc., 13 janvier 2009, n°06-46.208 : *Bull. civ.* V 2009, n° 12.

¹⁵⁶⁸ X. Lagarde, « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », *RTD Civ.* 2002, p.435.

¹⁵⁶⁹ Cass. soc., 8 avril 2010 : *Bull. civ.* V, n° 92 ; *RDC* 2010, p. 1199, obs. Th. Genicon.

¹⁵⁷⁰ V. not. Cass. soc., 15 nov. 2006, *Sté Comasud c/ Dittmar* : *Bull. civ.* V, n° 341 ; *RJS* 1/07, n° 50.

¹⁵⁷¹ Cass. soc., 15 févr. 1995, n° 93-44.168, *Genay c/ Caisse régionale de crédit agricole des Vosges* : durée contractuellement fixée à cinq ans et ramenée à deux ans en application des dispositions conventionnelles.

¹⁵⁷² Cass. soc., 18 sept. 2002, *SA Gan-vie c/ Suire* : *Bull. civ.* V, n° 272 ; *RJS* 11/02, n° 1231 ; *D.* 2002, p. 329, n. Y. Serra : le juge peut alors « restreindre l'application [de la clause de non-concurrence] en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités ».

559. **Nouvel essor du « réputé non écrit ».** Lorsque la correction contractuelle prend la forme d'une sanction, elle repose nécessairement sur une lecture individuelle des clauses du contrat. A ce titre, la correction est dite partielle. Le recours aux mécanismes de droit commun que sont la nullité et la sanction du « réputé non écrit » offre ainsi aux juges une possibilité de « toiletter » le contrat, conformément aux exigences de son économie générale. Ce dernier sera maintenu, privé de ses éléments illicites. La jurisprudence sociale n'hésite ainsi pas à faire usage de ces d'anéantissement des stipulations contractuelles, en marquant cependant une nette préférence pour la nullité sous ses différentes formes. La sanction du « réputé non écrit » pourrait cependant connaître un nouvel essor grâce à l'introduction d'un autre mécanisme de contrôle de l'économie du contrat : la transcription des clauses abusives en droit commun des contrats. Le contrôle du déséquilibre significatif pourrait trouver à s'appliquer au contrat de travail, sous réserve que ce dernier soit reconnu comme contrat d'adhésion.

II : La correction des clauses abusives du contrat de travail

560. **Nouvelle grille de lecture.** Le contrat de travail, comme de nombreux contrats de consommation, comporte souvent « un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties »¹⁵⁷³. Dès lors, une nouvelle grille de lecture de la validité des clauses du contrat de travail pourrait être utilisée. La notion de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties constitue ainsi le fil conducteur de cette analyse jurisprudentielle des clauses du contrat de travail. L'intérêt de ce contrôle supplémentaire serait cependant probablement limité par ses points de similitudes avec celui effectué au titre de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Sous réserve de sa reconnaissance en tant que véritable contrat d'adhésion (A), la sanction du « réputé non écrit » pourrait être amenée à se développer au sein du contrat de travail (B).

¹⁵⁷³ C. civ. art. 1110 dans sa rédaction issue de la loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018 en son article 2.

A : Le contrat de travail possible contrat d'adhésion

561. **Reconnaissance au cas par cas.** Même si la nature déséquilibrée des relations professionnelles pourrait constituer un indice de la conclusion d'un contrat d'adhésion, cela ne devrait pas automatiquement être le cas. Les conditions légales instaurées par l'article 1110 du Code civil supposent en effet un défaut de négociabilité des stipulations essentielles du contrat (1). Selon les parties en cause, cela ne sera pas toujours le cas pour le contrat de travail (2).

1 : Conditions pour la reconnaissance du contrat de travail comme contrat d'adhésion

562. **Classification des contrats.** Dès son origine le Code civil prévoyait certaines catégories générales permettant de regrouper les contrats. Ses anciens articles 1102 à 1106 présentaient ainsi une classification construite par opposition bilatérale, et ayant trait soit aux effets du contrat, soit à leur réglementation, ou encore à la formation du contrat. En parallèle d'une évolution des pratiques contractuelles depuis 1804, l'analyse doctrinale a progressivement proposé des adaptations de l'encadrement légal au paysage moderne. De nombreux travaux doctrinaux se sont axés sur un renouvellement des catégories contractuelles¹⁵⁷⁴. Certains de ces travaux ont eu une portée concrète : le législateur a par exemple introduit de nouvelles dispositions au sein du Code civil en matière de contrat électronique¹⁵⁷⁵ par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000¹⁵⁷⁶ et la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004¹⁵⁷⁷. De nombreuses autres distinctions proposées en doctrine¹⁵⁷⁸ ou retenues en

¹⁵⁷⁴ V. not. dès le début du XXe siècle M. Planiol, « Classification synthétique des contrats », *Rev. crit. législ. et jur.* 1904, p. 470.

¹⁵⁷⁵ V. not. les travaux regroupés dans l'ouvrage *Le contrat électronique*, 2000, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journée nationales, t. V, LGDJ.

¹⁵⁷⁶ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique introduisant notamment l'article 1316-1 du Code civil relatif à la preuve de « l'écrit sous forme électronique ».

¹⁵⁷⁷ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique introduisant notamment l'article 1108-1 du Code civil relatif à la forme de l'écrit qui peut désormais être « établi et conservé sous forme électronique ».

¹⁵⁷⁸ V. par ex. concernant le contrat aléatoire R. Kahn, *La notion de l'aléa dans les contrats*, thèse, Paris, 1925, J.-L. Mouralis, *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, thèse, Grenoble, 1968, A. Morin, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, 1998, PU Auvergne et concernant le contrat-cadre CREDA, *Le contrat-cadre*, dir. A. Sayag, Litec, 1er vol. Exploration comparative, 1994 ; 2ème vol. La distribution, 1995, F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.* 1996, p. 180 à 210, J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, thèse 1996, dir. M. Béhar-Touchais, LGDJ.

jurisprudence¹⁵⁷⁹ ont pu être consacrées à l'occasion de la réforme de 2016¹⁵⁸⁰. A cette occasion, une des classifications qui a fait couler le plus d'encre est celle qui distingue entre les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré¹⁵⁸¹. L'opposition, qui trouve son origine dans les travaux de Raymond Saleilles¹⁵⁸², avait déjà une traduction en droit positif par le biais de l'approche *ad hoc* de ce type de contrats retenue par le législateur. Avaient été progressivement construits des régimes propres à certains contrats spécifiques relevant de la catégorie plus générale des contrats d'adhésion¹⁵⁸³.

563. **Définition imprécise.** Le contrat d'adhésion est désormais défini par opposition avec le contrat de gré à gré à l'article 1110 du Code civil. Il s'agit ainsi des contrats qui « comporte[nt] un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Plusieurs remarques doivent être formulées face à cette définition. Tout d'abord, comme l'ont souligné de nombreux auteurs, cette définition apparaît relativement imprécise¹⁵⁸⁴. En particulier le premier élément de la définition interroge : est-ce qu'un ensemble de clauses relève d'une analyse quantitative du contrat ou plutôt d'une analyse qualitative ? Autrement dit, est-ce que l'ensemble de clauses constitue un simple bloc de clauses non négociables ou est-ce que doit être perçue « l'imposition de tout un contrat, de son infrastructure juridique »¹⁵⁸⁵ ? Il est en tout cas nécessaire que l'ensemble de clauses soit « prépondérant dans l'acte par rapport aux clauses négociables »¹⁵⁸⁶. Cet ensemble de clauses doit par ailleurs être « non négociable ». La nature négociable ou pas des clauses, et non la simple absence de négociation lors de la conclusion du contrat, doit être évaluée pour déterminer si un contrat relève de la catégorie des contrats d'adhésion.

¹⁵⁷⁹ Comme c'est le cas pour les contrats réels.

¹⁵⁸⁰ V. note n° 124.

¹⁵⁸¹ V. not. J. Dollat, *Les contrats d'adhésion*, thèse, Paris, éd. Larose et Tenin, 1905, V. Pichon, *Des contrats d'adhésion, Leur interprétation et leur nature*, thèse, Lyon, 1909, M. Domergue, *Étude d'ensemble sur le contrat d'adhésion*, thèse, Bordeaux, 1935, A. Rieg, *Contrat type et contrat d'adhésion*, in *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris*, 1970, G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, dir. B. Goldman, thèse, Paris, LGDJ, 1973.

¹⁵⁸² R. Saleilles, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901, n°89 s., p. 229 s.

¹⁵⁸³ Une branche entière du droit civil relative aux relations de consommation s'est notamment développée, sans utiliser le terme de « contrat d'adhésion » cependant.

¹⁵⁸⁴ V. not. L. Andreu, « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ contrat* 2018, p. 262, A. Cayol, « Le contrat d'adhésion : un contrat spécial ? », *Revue Lamy Droit civil*, n° 160, 1er juin 2018 ou encore N. Blanc, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC* 2018, numéro hors-série Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018, p. 20.

¹⁵⁸⁵ O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018, 2^e éd., p. 85.

¹⁵⁸⁶ L. Andreu, « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ contrat* 2018, p. 262.

564. **Détermination unilatérale.** Ce même ensemble de clauses non négociables doit par ailleurs avoir été déterminé à l'avance. Comme certains auteurs ont pu le souligner cette condition apparaît quelque peu redondante avec le caractère non-négociable de l'ensemble de clauses. La prédétermination pourrait en effet constituer « l'indice le plus courant de la non-négociabilité »¹⁵⁸⁷. Cette prévision dans la rédaction du contrat doit en outre relever d'une seule partie. Le critère d'unilatéralisme est d'ailleurs en lien avec les autres conditions puisque la situation où des clauses sont prédéterminées et/ou non-négociables dans un contrat relève le plus souvent de l'initiative d'une des parties au contrat. La présence d'un tiers rédacteur ne permet d'ailleurs pas d'exclure l'unilatéralisme du contrat : la condition indique plutôt une volonté d'imposer unilatéralement l'essentiel du contrat à l'autre ou aux autres contractants.

2 : Articulation du droit commun des contrats avec le droit du contrat de travail

565. **Adhésion du salarié au contrat proposé par l'employeur.** Face à cette définition du contrat d'adhésion et au caractère exclusif de la distinction opérée avec le contrat de gré à gré, se pose la question de connaître la catégorie dont relève le contrat de travail. A première vue, il serait tentant d'intégrer de principe le contrat de travail au sein des contrats d'adhésion, puisque comme le relèvent les Professeurs Deshayes, Genicon et Laithier « la négociabilité étant le critère de distinction des contrats de gré à gré et d'adhésion, il est certain que l'équilibre ou le déséquilibre du rapport de force entre les parties lors de la conclusion du contrat est l'un des soubassements de la catégorisation »¹⁵⁸⁸. Le contrat de travail est souvent présenté comme caractéristique de la seconde des deux catégories de la *summa divisio* moderne entre les contrats structurellement équilibrés et les contrats structurellement déséquilibrés¹⁵⁸⁹. La définition du contrat d'adhésion devrait dès lors correspondre le plus souvent aux contrats de travail¹⁵⁹⁰. Le contrat de travail est en effet

¹⁵⁸⁷ O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018, 2^e éd., p. 89.

¹⁵⁸⁸ O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018, 2^e éd., p. 80.

¹⁵⁸⁹ F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil Contrats : Théorie générale – Quasi-contrats*, 2014, PUF, p. 36.

¹⁵⁹⁰ En ce sens, v. not. Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.* 2016, p.727 ; S. Tournaux, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », *Dr.*

généralement présenté au salarié déjà rédigé ; l'employeur a élaboré seul les stipulations contractuelles et le futur salarié n'a que le choix d'y adhérer ou non. Les conditions générales du contrat de travail sont déterminées à l'avance par l'employeur : modalité de rémunération, temps de travail, lieu de travail, tâche à effectuer, etc. Cependant certains éléments de la définition du contrat d'adhésion pourraient changer la donne.

566. **Impact de la négociabilité du salaire.** La délimitation du périmètre de non-négociabilité du contrat permettant de le faire entrer dans la catégorie des contrats d'adhésion pourrait notamment jouer un rôle. Est-ce que le fait que le salarié puisse négocier son salaire suffit à faire entrer le contrat dans la catégorie des contrats de gré à gré ? Le salaire est très souvent la seule clause réellement négociable ou négociée dans les contrats de travail. Il semble possible de soutenir que si la négociabilité du contrat de travail se limite au salaire, hors certains cas spécifiques¹⁵⁹¹, et que le reste du contrat n'est pas négociable (clause de non-concurrence, clause d'exclusivité, clause de durée du travail, clause de mobilité, etc.) le contrat de travail pourrait tout de même relever de la catégorie des contrats d'adhésion. Il est après tout nécessaire que « l'essentiel des stipulations – et non les stipulations essentielles » du contrat soient non négociables¹⁵⁹². Le salaire a beau être une clause essentielle du contrat de travail, il ne constitue pas à lui seul « les stipulations essentielles ». Autrement dit, la règle selon laquelle « il y a contrat d'adhésion lorsqu'est imposé une sorte de règlement privé (non négociable) de l'opération économique (qui peut l'être) »¹⁵⁹³ devrait permettre d'intégrer de nombreux contrats de travail au sein de la nouvelle catégorie légale.

567. **Prévalence des règles d'ordre public.** La question de l'importance de la place des règles d'ordre public en droit du travail ne devrait pas non plus jouer en défaveur d'une intégration

soc. 2017, p.688 ; Ch. Radé, « Entre espoir et désespoir », *Dr. soc.* 2019, p.475 ; G. Loiseau, « Droit civil et droit du travail : une relation instable », *Dr. soc.* 2019, p.477.

¹⁵⁹¹ Notamment en ce qui concerne les contrats associés à certains postes à hautes responsabilités ou de commerciaux où la définition du calcul de la rémunération est fortement liée aux résultats et donc aux missions du poste peut amener à une part beaucoup plus importante de clauses considérées comme « négociables » au sein du contrat de travail.

¹⁵⁹² F. Pillet, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 24 janvier 2018.

¹⁵⁹³ O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd. 2018, LexisNexis, p. 87.

au sein de la catégorie des contrats d'adhésion. Si de nombreuses règles prévoient un seuil minimal de protection pour le salarié, comme le salaire minimum de croissance, elles n'interdisent aucunement une négociation (à la hausse) entre les parties. En revanche peut se poser la question des contrats aidés dont les clauses sont souvent prédéfinies par le pouvoir réglementaire¹⁵⁹⁴. Le contrat comporte alors clairement un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par un tiers mais un tiers particulier puisqu'il s'agit du pouvoir réglementaire. Difficile alors de retenir que ce tiers rédacteur a déterminé ou pas l'ensemble des clauses non-négociables dans l'intérêt d'une partie plutôt qu'une autre. Ces clauses peuvent très bien exister à la fois dans un objectif de protection du salarié du contrat aidé mais également pour protéger l'employeur contre les demandes de requalification.

568. **Vers une application de la sanction des clauses abusives.** Le contrat de travail peut relever de la catégorie des contrats d'adhésion. A chaque fois que les stipulations essentielles du contrat seront dictées par l'employeur, même si le salaire est négociable, la notion de contrat d'adhésion devrait trouver à s'appliquer. Logiquement, l'article 1171 du Code civil dont le périmètre d'application est défini par référence aux contrats d'adhésion, pourrait être invoqué par les salariés pour obtenir une correction partielle de leur contrat de travail.

B : La flexibilité du contenu contractuel : la disparition de l'élément « vicié »

569. **Nouvel outil de correction.** Le contrôle opéré au titre de l'article 1171 du Code civil est très proche de celui porté par l'article L. 212-1 du Code de la consommation. Les critères d'appréciation sont similaires à ceux prévus en matière de droit de la consommation tels qu'ils résultent de la transposition de la directive de 1993¹⁵⁹⁵. L'article 1171 du Code civil constitue ainsi un nouvel outil de correction du contrat, dédié en particulier aux « cas flagrants d'injustice contractuelle qu'il entend corriger »¹⁵⁹⁶. Appliqué au contrat de travail il doit permettre de provoquer une correction partielle, *via* la sanction du «réputé non

¹⁵⁹⁴ Le contrat de professionnalisation par exemple fait l'objet d'un formulaire Cerfa 12434-02 EJ20.

¹⁵⁹⁵ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

¹⁵⁹⁶ O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd. 2018, LexisNexis, p. 341.

écrit» (1). Seraient en particulier concernées certaines clauses du contrat de travail favorables à l'employeur (2).

1 : Une correction partielle du contrat de travail

570. **Nécessité de la qualification de contrat d'adhésion.** La qualification de contrat d'adhésion pour un contrat de travail constitue un enjeu primordial puisque c'est cette qualification qui ouvrira la porte à une potentielle sanction correctrice du contrat. La catégorie des contrats d'adhésion constitue en effet « le fondement et le périmètre du pouvoir supplémentaire nouvellement reconnu au juge de contrôler le contenu du contrat et d'en expurger certaines stipulations »¹⁵⁹⁷. Il s'agit de l'apport de l'article 1171 du Code civil qui transpose en droit commun des contrats un mécanisme déjà présent en droit de la consommation. La clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties peut désormais être réputée non écrite. La question de l'application prioritaire du droit spécial ne devrait pas se poser en ce qui concerne le contrat de travail puisque d'une part, l'article L. 442-6 du Code de commerce ne s'applique qu'entre « partenaires commerciaux » et d'autre part, l'article L. 212-1 du Code de la consommation ne s'applique qu'entre « professionnels et consommateurs ou professionnels et non-professionnels ».

571. **Double exigence.** La correction portée par l'article 1171 du Code civil relève donc d'une correction partielle du contrat, s'appuyant sur le mécanisme du « réputé non écrit ». Comme présenté plus haut¹⁵⁹⁸, le contrat pourra être amputé de la ou les clauses problématiques. La correction proposée a cependant une portée particulièrement réduite, du fait de la définition légale retenue pour son périmètre d'application. La clause ne pourra en effet être réputée non écrite que s'il s'agit d'une « clause non négociable déterminée à l'avance par l'une des parties ». Il y a donc une double condition liée au caractère non négociable. La première au niveau du contrat en général : il doit comporter un ensemble de clauses non négociables. La seconde au niveau des stipulations contractuelles : seules les stipulations qui justement sont non négociables pourront faire l'objet du contrôle proposé

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 78.

¹⁵⁹⁸ V. § n°548.

par l'article 1171. Si certains auteurs¹⁵⁹⁹ ont regretté une telle réduction¹⁶⁰⁰ du périmètre d'application du mécanisme correcteur, il apparaît logique de penser que ce seront le plus souvent ces clauses non négociables qui mériteront un examen judiciaire¹⁶⁰¹. Une seconde limite est exprimée par le texte de loi : l'analyse jurisprudentielle ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation. Dès lors il convient d'exclure du contrôle « l'adéquation de la rémunération promise à la prestation de travail offerte »¹⁶⁰².

572. **Déséquilibre significatif.** Une fois vérifié que la clause mise en cause relève bien du périmètre d'application du mécanisme des clauses abusives, le juge devra effectuer un contrôle de proportionnalité pour retenir ou pas la sanction. La clause ne sera réputée non écrite que si elle traduit un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, c'est-à-dire non plus un équilibre purement quantitatif mais également qualitatif¹⁶⁰³. Si la notion de déséquilibre est la clé du dispositif, celle du significatif donne tout son sens à la définition. Le mécanisme reste en effet issu du droit commun des contrats et à cet égard doit faire l'objet d'une appréciation *in concreto*. Il ne « repose pas sur une sorte de présomption irréfragable d'infériorité et un objectif de protection institutionnelle attachée mécaniquement à un statut personnel »¹⁶⁰⁴. Dès lors, ce n'est pas le simple déséquilibre entre les parties qui entraînera la sanction, mais bien son caractère significatif analysé à l'aune des caractéristiques spécifiques à chaque contractant. Le mécanisme, s'il trouve application à un contrat de travail, n'entraînera donc pas automatiquement la sanction de toutes les clauses favorables à l'employeur. L'appréciation du déséquilibre sera donc logiquement globale et non clause à clause : pour être réputées non écrites il faudra

¹⁵⁹⁹ M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900 ; B. Saintourens, « Les aspects de droit des sociétés de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats », *BJS* juin 2018, p. 373 ; Ch. De Cabarrus, Ch. Jamin, S. Pimont, « Le nouveau droit des contrats - Entre pouvoir du juge, efficacité économique et justice contractuelle... », *Cahiers de droit de l'entreprise* mai 2018, n° 3, entretien 3. *Contra* : L. Andreu, « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ contrat* 2018, p. 262 ; A. Tadros, « La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : quelques incidences sur la pratique des affaires », *D.* 2018, p. 1162.

¹⁶⁰⁰ La précision a été ajoutée par la loi de ratification de 2018 ; Th. Revet, « L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général », *RDC* 2018, n° hors série, p. 4.

¹⁶⁰¹ V. not. D. Mazeaud, « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 912.

¹⁶⁰² S. Tournaux, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », *Dr. soc.* 2017, p.688.

¹⁶⁰³ S. Bros, Ch. Larroumet, *Traité de droit civil – T. 3 Les obligations Le contrat*, 9^e éd. 2018, Economica, n°417, p. 384.

¹⁶⁰⁴ O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd. 2018, LexisNexis, p. 351.

que la ou les clauses visées rompent significativement l'équilibre contractuel général entre l'employeur et le salarié. Il est également utile de souligner que si le droit du travail connaît déjà un mécanisme de contrôle de proportionnalité des clauses du contrat de travail avec l'article L. 1121 du Code du travail, les deux mécanismes ne sont pas exclusifs l'un de l'autre¹⁶⁰⁵.

2 : Potentiel correcteur du mécanisme des clauses abusives en droit du travail

573. **Clauses de variation.** Lorsque le contrat de travail relève de la catégorie des contrats d'adhésion l'article 1171 du Code civil devrait pouvoir lui être appliqué, ouvrant la voie à un nouveau mode de contrôle de l'économie contractuelle par les juridictions sociales¹⁶⁰⁶. Ainsi, la jurisprudence établie sur les clauses de variation pourrait trouver un nouveau fondement textuel en l'article 1171 du Code du travail. Le Professeur Loiseau souligne en effet que « ces clauses ont la morphologie de clauses abusives » puisqu'elles permettent une modification unilatérale du contrat et qu'elles portent sur « les droits que le salarié tient du contrat originel ». L'équilibre initial du contrat est ainsi significativement malmené par les clauses de variation. La Cour de cassation sanctionnait jusqu'alors ces clauses de nullité au visa de l'article 1134 du Code civil : dans son arrêt du 27 février 2001, les juges avaient ainsi indiqué que « la clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou en partie, le contrat de travail, est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi »¹⁶⁰⁷. La référence aux principes qui gouvernent la modification du contrat, désormais prévue à l'article 1193 du Code civil, n'apparaît en effet pas la plus opportune puisqu'aucune sanction spécifique n'y est attachée. L'intérêt de recourir à l'article 1171 du Code civil permettra une intervention judiciaire plus cohérente, grâce à la sanction attachée du « réputé non écrit ».

¹⁶⁰⁵ V. not. S. Tournaux, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », *Dr. soc.* 2017, p.688 qui considère que les deux contrôles n'opèrent pas nécessairement sur le même plan. *Contra* Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.* 2016, p.727.

¹⁶⁰⁶ B. Attias, « Le contrôle renouvelé des clauses du contrat de travail par le droit commun », *JCP S* 2018, 1413.

¹⁶⁰⁷ Cass. soc., 27 février 2001 : *Bull. civ.*, V, n°60. V. pour un ex. plus récent au visa de l'ancien art. 1134 du Code civil et de l'article L. 1221-1 du Code du travail Cass. soc., 14 nov. 2018 : publié au *Bulletin* ; *D.* 2018, p. 2239 ; *JA* 2019, n°592, p. 40, étude M. Julien et J.-F. Paulin ; *JCP S* 2018, 1417, note M. Caressa.

574. **Clauses de non-concurrence.** Le contrôle des clauses abusives du droit commun pourrait également trouver application en matière de clauses de non-concurrence. Ces dernières doivent, pour être valides, comporter une contrepartie financière. Face à une telle exigence les employeurs souhaitent parfois renoncer à l'application de la clause initialement prévue. Une telle renonciation unilatérale est en principe interdite car la clause est « stipulée dans l'intérêt de chacune des parties au contrat de travail »¹⁶⁰⁸. Est en revanche actuellement admise la faculté de renonciation unilatérale lorsqu'elle est prévue contractuellement ou conventionnellement¹⁶⁰⁹, sous réserve qu'elle ne soit limitée temporellement¹⁶¹⁰. Certains auteurs¹⁶¹¹ ont souligné le rôle que pourrait avoir à jouer l'article 1171 du Code civil face à ces stipulations : l'employeur se réserve un avantage considérable en prévoyant sa renonciation unilatérale future. A l'inverse, le salarié se trouve placé dans l'incertitude alors que la clause de non-concurrence porte directement atteinte à sa liberté du travail. Il y a donc une véritable source de déséquilibre entre les droits et obligations des parties, reste à démontrer sa nature significative. Pour le Professeur Pagnerre, ce caractère significatif pourrait notamment être reconnu en présence d'un délai d'application trop long¹⁶¹². Toujours selon lui, pourrait également être utilisé l'article 1171 du Code civil pour corriger le contrat de travail en présence d'une stipulation prévoyant une pénalité en cas d'inexécution de l'obligation de non-concurrence, dès lors qu'elle ne serait formulée, qu'à la charge d'une des parties. Il s'agit d'une rédaction courante, qui ne concerne que le salarié, traduisant un véritable déséquilibre entre les droits et obligations de ce dernier et de l'employeur. Il pourrait ainsi obtenir que la pénalité ne s'applique pas, ou que l'ensemble de la clause de non-concurrence soit réputée non écrite.

575. **Clauses de mobilité.** Enfin, les auteurs s'accordent pour considérer que le contrôle portant sur les clauses abusives pourrait jouer en matière de clauses de mobilité¹⁶¹³. La clause de

¹⁶⁰⁸ Cass. soc., 11 mars 2015 : *Bull. civ.* V, n° 44.

¹⁶⁰⁹ Cass. soc., 17 févr. 1993, n° 89-43.658 : *D.* 1993, p. 347, note Y. Serra ; 28 nov. 2001, n° 99-46.032 : *RJS* 2/02, n° 175 ; 22 févr. 2006, n° 04-45.406 : *RJS* 7/06, n° 835.

¹⁶¹⁰ Cass. soc., 2 déc. 2015, n° 14-19.029 : *Bull. civ.* V, n° 841.

¹⁶¹¹ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, 34e éd. 2020, Dalloz, note de bas de page n°3, p. 244 ; Ch. Radé, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », *La lettre juridique* février 2016, éd. n°645 ; G. Loiseau, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP S* 2015, 1468.

¹⁶¹² V. note n° 413.

¹⁶¹³ V. not. *ibid.* ; S. Tournaux, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », *Dr. soc.* 2017, p.688. *Contra* L. Bento de Carvalho, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou statu quo ? », *RDT* 2016, p.258.

mobilité peut être sanctionnée, dans son exécution, par le biais de l'article L. 1121-1 du Code du travail¹⁶¹⁴. En revanche la jurisprudence a déjà reconnu « qu'une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile »¹⁶¹⁵. Reste alors envisageable un contrôle à l'aune de l'article 1171 du Code civil. La clause de mobilité constitue « une atteinte à l'exigence d'un objet déterminé ou déterminable de la prestation de travail, justifiée par des considérations économiques »¹⁶¹⁶. Elle constitue dès lors une source de déséquilibre entre les droits et obligations des parties au contrat de travail, d'autant plus qu'une telle clause est valide sans contrepartie financière. Le Professeur Radé souligne cependant que la simple absence de contrepartie financière ne doit pas mener à considérer de façon automatique la présence d'un déséquilibre significatif¹⁶¹⁷. Le calcul de proportionnalité devra s'effectuer en prenant en compte la nature des fonctions du salarié.

576. **Sanction concurrente.** Le contrôle des clauses à l'aune de l'économie du contrat permet de provoquer sa correction partielle. Les techniques utilisées, la nullité partielle et le « réputé non écrit », sont d'ailleurs en plein essor, grâce à un législateur de plus en plus soucieux d'assurer un contrôle de proportionnalité au sein du contrat. Le droit du travail connaît par ailleurs une sanction originale, non sans similitudes avec le mécanisme de nullité. Comme le soulignait le Professeur Couturier : « en droit du travail, toutefois, la sanction qui apparaît de la façon la plus significative comme concurrente de la nullité est sans doute la sanction de requalification »¹⁶¹⁸. Pour garantir le respect de l'économie du contrat de travail, le juge peut requalifier des contrats atypiques pour les faire correspondre à la norme de référence en matière de relations professionnelles. La requalification constitue à ce titre une sanction correctrice du contrat du contrat de travail.

¹⁶¹⁴ V. § n°92.

¹⁶¹⁵ Cass. soc., 28 mars 2006 : *Bull. civ.* V, n° 126 ; *D.* 2006, p. 1063 ; *RDT* 2006, p. 116, obs. O. Leclerc.

¹⁶¹⁶ V. note n° 413.

¹⁶¹⁷ Ch. Radé, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », *La lettre juridique* février 2016, éd. n°645.

¹⁶¹⁸ G. Couturier, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *Le contrat au début du XXIe siècle – Etudes offertes à J. Ghestin*, 2015, LGDJ/Lextenso éditions, p. 278.

Section II : L'effet correcteur de la requalification

577. **Deux types de requalifications.** Le terme requalification est généralement utilisé de façon indifférente que ce soit en ce qui concerne la sanction des contrats atypiques qui ne respectent pas les règles attachées à leur utilisation (requalification-sanction) mais aussi en ce qui concerne la détermination de la vraie nature contractuelle de certains contrats de prestation de service (requalification-détermination). Pourtant, les deux mécanismes ont une nature différente. La « requalification » des contrats de prestation de services en contrat de travail relève en réalité de l'application de l'article 12 du Code de procédure civile qui indique que le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Un arrêt du 23 avril 1997 avait ainsi clairement énoncé, au visa de l'article 12 du Code de procédure civile, que la détermination par le juge de la nature du contrat en cause relevait bien de son pouvoir de restituer l'exacte qualification des faits et actes litigieux¹⁶¹⁹. L'intérêt de la distinction n'est pas que théorique puisqu'en cas de requalification-sanction seul le salarié peut agir en justice tandis que pour la requalification-détermination, l'action est ouverte à toute personne qui y a intérêt. C'est donc bien la sanction de requalification qui constitue le véritable mécanisme de correction du contrat : le juge sanctionne le non-respect des règles de recours à un contrat atypique par le retour vers le modèle contractuel de référence. La sanction de requalification permet ainsi le respect de l'économie générale du contrat de travail. Sous cette appellation générale, la sanction de requalification recouvre une variété de corrections différentes (I). A tel point qu'il est possible dans certains cas de douter de la parfaite efficacité du mécanisme au regard de son objectif de garantie de l'économie du contrat (II).

I : Pluralité des corrections imposées par la requalification

578. **Contrats atypiques et requalification.** Le mécanisme de sanction par la requalification concerne les contrats atypiques de travail, par opposition au contrat de référence que constitue le contrat de travail à durée indéterminée à temps plein. Le législateur, soucieux de limiter le recours à ces contrats hors des cas spécifiques prévus par la loi, a mis en place

¹⁶¹⁹ Cass. soc., 23 avril 1997 : *Bull. civ.* V, n° 142, p. 103.

une possibilité de les « réputer » à durée indéterminée¹⁶²⁰. Cette procédure, initialement mise en place pour les contrats à durée déterminée, a été étendue aux différents contrats atypiques au fur et à mesure de l'extension des possibilités de contournement du contrat de référence par le législateur. La sanction de requalification constitue donc une sorte de rempart commun contre le recours abusif aux exceptions au contrat à durée indéterminée à temps plein. Une certaine unicité se dégage donc des différentes applications de ce mécanisme de correction (A). La jurisprudence est en revanche venue distinguer des corrections de natures différentes selon le type de contrat en cause (B).

A : L'unicité de la logique de correction provoquée par la requalification

579. **Visée protectrice.** L'unicité de la sanction de requalification est visible à plusieurs égards. D'une part, le mécanisme a vocation à offrir une protection aux salariés qui ne bénéficient pas de la norme en matière de contrat de travail (1). Pour favoriser cette protection du salarié le législateur a, à partir de la loi du 12 juillet 1990¹⁶²¹, instauré une procédure spécifique devant les conseils de prud'hommes (2).

1 : L'objectif de protection du salarié

580. **Attrait pour les contrats atypiques.** La requalification en droit du travail constitue un mécanisme original, dont l'enjeu est non pas de « restituer au contrat son exacte qualification, mais [...] de sanctionner la violation d'une règle »¹⁶²². S'il est possible de parler de sanction pour la correction provoquée par la requalification en droit du travail c'est bien car dans cette hypothèse il s'agit de « priver l'employeur des 'avantages' qu'il croyait pouvoir tirer de la conclusion du contrat »¹⁶²³. Ce qui est perçu comme constituant une source de précarité pour le salarié (la durée déterminée de son engagement ou sa durée de travail réduite), peut à l'inverse représenter un avantage pour l'employeur. En particulier

¹⁶²⁰ Selon les termes de l'ancien art. L. 122-3-14 de l'ordonnance n°82-130 du 5 févr. 1982 modifiant les dispositions du Code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi que certaines dispositions du Code civil.

¹⁶²¹ Loi n°90-613 du 12 juillet 1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires.

¹⁶²² D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, préf. G. Couturier, thèse 2011, IRJS Editions, n°3, p. 3.

¹⁶²³ *Ibid.*, n°745, p. 503.

en ce qui concerne les contrats à durée déterminée, leur attrait indéniable pour de nombreuses entreprises repose sur un risque financier réduit en association à une rupture faisant l'objet de la prévision des parties. Le recours au temps partiel peut également s'inscrire dans une logique de réduction des charges financières associées aux ressources humaines, même si la réalité de la situation doit être plus nuancée¹⁶²⁴.

581. **Recours accru aux contrats atypiques.** Cette association d'une forme de précarité pour les salariés avec la conclusion de contrats de travail atypiques est confirmée par les chiffres de l'emploi : si le contrat à durée indéterminée reste la norme¹⁶²⁵, le recours aux contrats à durée déterminée ne cesse de se développer. Depuis le début des années 1980, l'emploi à durée limitée a progressé de 7% pour atteindre la part de 11,5% dans l'emploi total au sens du BIT¹⁶²⁶ au milieu des années 2010. De plus, les nouvelles embauches se concentrent aussi sur les contrats à durée déterminée pour atteindre 87% en 2017¹⁶²⁷, démontrant la fameuse segmentation du marché du travail entre les bénéficiaires d'une certaine sécurité, par la conclusion du contrat à durée indéterminée, et les autres se contentant d'emplois d'une durée limitée¹⁶²⁸. Cette précarité de l'emploi associée aux contrats à durée déterminée est renforcée, depuis la décennie des années 2000, par le recours accru aux contrats d'une durée très courte (moins d'un mois)¹⁶²⁹. En matière de contrat aidés, qui sont le plus souvent des contrats à durée déterminée, le rapport public annuel de la Cour des comptes de 2018 souligne le caractère « peu efficace en termes d'insertion professionnelle » des dispositifs existants¹⁶³⁰. En particulier, seuls les emplois du secteur marchand dépassent le seuil de 50% de réinsertion professionnelle¹⁶³¹. Enfin, concernant l'emploi à temps partiel, une grande partie des personnes qui y ont recours cumulent les

¹⁶²⁴ V. par ex. C. Bourreau-Dubois, O. Guillot et É. Jankeliowitch-Laval, « Le travail à temps partiel féminin et ses déterminants », *Economie et statistique* 2001, n°349-350, pp. 41 à 61.

¹⁶²⁵ En 2015 encore 90,2 % des salariés du secteur privé en équivalent temps plein travaillaient sous contrat à durée indéterminée (O. Bonnet, S. Georges-Kot et P. Pora, « Les contrats à durée limitée : trappes à précarité ou tremplins pour une carrière ? », *Insee Références*, éd. 2019).

¹⁶²⁶ O. Bonnet, S. Georges-Kot et P. Pora, Les contrats à durée limitée : trappes à précarité ou tremplins pour une carrière ? *Insee Références*, éd. 2019.

¹⁶²⁷ K. Milin, « CDD, CDI : comment évoluent les embauches et les ruptures depuis 25 ans ? », *DARES Analyses*, juin 2018, n°26.

¹⁶²⁸ F. Fontaine, F. Malherbet, *CDD vs CDI Les effets d'un dualisme contractuel*, Presses de Sciences Po, 2016.

¹⁶²⁹ A. Bornstein, W. Perdrizet, « Le développement des contrats de très courte durée en France », *Lettre Trésor-Eco*, n°238, avril 2019.

¹⁶³⁰ Rapport public annuel de la Cour des comptes, La mise en œuvre des contrats aidés : un recentrage nécessaire sur l'objectif d'insertion professionnelle, 2018.

¹⁶³¹ Salariés bénéficiaires d'un emploi stable six mois après leur sortie du contrat aidé en cause (L. Mourlot, « Les contrats aidés en 2018 Poursuite de la baisse des recrutements », *DARES Résultats*, nov. 2019, n°54).

facteurs de précarité comme une durée du temps de travail faible, éventuellement associée à un contrat à durée déterminée¹⁶³².

582. **Procédure protectrice.** La sanction de requalification est donc entièrement dirigée contre l'employeur. La jurisprudence a pu préciser que « les dispositions [...] du Code du travail, relatives au contrat de travail à durée déterminée [ont] été édictées dans un souci de protection du salarié »¹⁶³³. La requalification est donc une sanction ayant pour objectif d'offrir au salarié une protection contre les situations de précarité induites par la signature des contrats atypiques. Ce souci de protection des seuls intérêts des salariés est d'ailleurs confirmé par plusieurs éléments du régime de l'action en requalification. Premièrement, la loi offre au salarié une procédure devant les conseils de prud'hommes spécifique avec notamment une exécution provisoire de droit¹⁶³⁴. Deuxièmement, l'action n'est ouverte qu'à la seule partie protégée¹⁶³⁵. Enfin, la loi prévoit une sanction financière pour l'employeur : il doit être condamné en cas de requalification au paiement d'une indemnité spécifique ne pouvant être inférieure à un mois de salaire¹⁶³⁶.

2 : Une procédure unique de requalification

583. **Droit d'action limité.** Le Code du travail prévoit une procédure dédiée à la requalification à l'article L. 1245-2 du Code du travail. La procédure est accélérée : pas d'audience devant le bureau de conciliation¹⁶³⁷ et le délai de jugement est en principe réduit avec un bureau de jugement qui doit statuer « au fond dans un délai d'un mois suivant sa saisine ». Par ailleurs, la jurisprudence réserve le droit d'action au seul salarié¹⁶³⁸. Cette restriction concernant la qualité à agir paraît très semblable à ce qui existe en matière de nullité¹⁶³⁹. Intégrée au Code civil depuis la réforme de 2016, la théorie dite moderne des nullités fait

¹⁶³² 30% selon l'article de L. Murlot et H. Yildiz, « Quelles sont les conditions d'emploi des salariés à temps partiel ? », *DARES Analyses*, août 2020, n°25.

¹⁶³³ Cl. Roy-Loustaunau, « Cass. soc. 30 octobre 2002, *Gay c/ Sté Cotra et autres* : Contrat de travail à durée déterminée : requalification-sanction et qualification », *Dr. soc.* 2003, p.465.

¹⁶³⁴ C. trav. art. R. 1245-1.

¹⁶³⁵ Ainsi qu'aux syndicats représentatifs dans l'entreprise par le biais de l'action de substitution (C. trav. art. L. 1247-1).

¹⁶³⁶ Le juge doit d'office prononcer la sanction financière : v. not. Cass. soc., 19 janvier 1999 : *Bull. civ.* 1999 V, n°27, p. 19.

¹⁶³⁷ Sans conciliation préalable, l'affaire doit être « directement portée devant le bureau de jugement ».

¹⁶³⁸ Cass. soc., 16 juill. 1987 : *Bull. civ.* V, n°481 ; *Grands arrêts*, 4^e éd., n°35.

¹⁶³⁹ C. civ. art. 1179 et s.

en effet reposer le régime applicable sur le critère de l'intérêt protégé par la sanction civile. Si cet intérêt est général, la nullité sera alors absolue et pourra être demandée par toute personne qui a un intérêt. Mais si l'intérêt n'est que privé, seule la « partie que la loi entend protéger »¹⁶⁴⁰ bénéficie de la possibilité d'agir sur ce fondement. La requalification est donc perçue par le juge social comme relevant des règles d'ordre public de protection. L'employeur pourrait pourtant avoir parfois intérêt à demander cette requalification : notamment, les sanctions financières qui accompagnent la rupture anticipée du contrat à durée déterminée pourraient faire pencher l'employeur en faveur d'un licenciement classique. En tant que sanction pour la lutte contre la précarité de l'emploi, la requalification constitue un instrument ne s'adressant qu'à une population bien définie : les salariés. L'AGS, organisme pour lequel il aurait été possible de considérer une extension de la protection accordée possible, en raison de son utilité pour les salariés, n'est pas autorisée à agir en requalification du contrat¹⁶⁴¹. Surtout, le juge lui-même ne peut d'office requalifier le contrat¹⁶⁴².

584. **Protection contre la rupture.** Autre élément procédural vecteur d'unité de la requalification : la possibilité d'intervention des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. En matière de requalification le législateur a prévu la possibilité d'une action de substitution¹⁶⁴³. L'intérêt est ici de faciliter l'accès à la requalification pour le salarié, notamment en raison du risque que représente une telle demande pour son maintien dans l'emploi¹⁶⁴⁴. La rupture anticipée du contrat par l'employeur à la suite de la saisine des conseils de prud'hommes pour requalification est malheureusement courante : à tel point que la jurisprudence a retenu une charge de la preuve spécifique pour cette situation. L'employeur est tenu de prouver que sa décision de rompre le contrat « était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par les salariés, de leur droit d'agir en justice »¹⁶⁴⁵. Dans le cadre de l'action de substitution le syndicat est tenu de

¹⁶⁴⁰ C. civ. art. 1181.

¹⁶⁴¹ L'AGS notamment ne peut demander cette requalification, sauf fraude (Cass. soc., 4 déc. 2002, n°00-43.750 : *Bull. civ.* V, n°367 ; *Dr. soc.* 2003, p. 297 et p. 293. Il s'agit d'un revirement de jurisprudence, la solution inverse s'appliquant jusqu'alors cf. Cass. soc., 15 juin 1999 : *Bull. civ.* V, n°278).

¹⁶⁴² Cass. soc., 30 oct. 2002, n°00-45.572 : *Dr. soc.* 2003, p. 473, obs. Cl. Roy-Loustaunau.

¹⁶⁴³ C. trav. art. L. 1247-1.

¹⁶⁴⁴ En pratique le syndicat doit initialement informer le salarié de sa volonté de solliciter la requalification de son contrat de travail et ce dernier ne doit pas formuler d'opposition.

¹⁶⁴⁵ Cass. soc., 6 févr. 2013 : *Bull. civ.* V n°311 ; *Dr. soc.* 2013, p. 415, obs. J. Mouly ; *RDT* 2013, p. 630, note P. Adam ; *Procédures* 4/13, p. 107, comm. A. Bugada.

se conformer aux demandes formulées dans la notification effectuée auprès des salariés concernés¹⁶⁴⁶. La question de la nature des demandes qui peuvent être portées par le syndicat reste en revanche ouverte. Le Professeur Baugard soulignait que la rédaction de l'article L. 1247-1 du Code du travail pouvait signifier que seules les demandes directement en lien avec la requalification sont admissibles¹⁶⁴⁷. Pourtant la logique de l'action de substitution, qui permet la « substitution de personnes processuelles »¹⁶⁴⁸ devrait permettre aux syndicats d'exercer l'action comme le salarié et ainsi formuler demandes directement ou indirectement en lien avec la requalification, comme les demandes de rappel de salaires.

585. **Encadrement renforcé.** Perçus comme vecteurs de précarité pour les salariés, les contrats atypiques font l'objet d'un encadrement légal renforcé, conforme à la conception du législateur de l'économie du contrat de travail. La requalification des contrats atypiques se présente donc comme la sanction principale et générale du non-respect de ce cadre légal. Une certaine unicité se dégage donc des différentes applications du mécanisme de correction. Cependant, la nature de la correction provoquée par la requalification varie elle fortement d'un contrat à un autre.

B : Des corrections de nature différente provoquées par la requalification

586. **Nombreuses variations.** La requalification des contrats atypiques repose sur une correction de certains éléments du contrat de travail, éléments qui varient selon le type de contrat en cause (1). Les différences ne s'arrêtent pas là : selon le type de contrat atypique la portée de la correction peut également changer. La rétroactivité de la requalification n'est pas la même dans tous les cas (2).

1 : La correction varie selon le type de contrat en cause

587. **Mécanisme de correction.** Le mécanisme de requalification repose sur une correction du contrat de travail. Le Professeur Couturier avait ainsi noté que la requalification se

¹⁶⁴⁶ Cass. soc., 1^{er} févr. 2000, *scté Servair* : *Bull. civ.* V, n° 53 ; *Dr. soc.* 2000, p. 516, note Cl. Roy-Loustaunau ; *JCP G* 2001, n°10451, note E. Jeuland ; *JCP E* 2001, p. 760, note D. Boulmier.

¹⁶⁴⁷ D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, préf. G. Couturier, thèse 2011, IRJS Editions, n°627, p. 431.

¹⁶⁴⁸ E. Jeuland, « L'action de substitution des syndicats à la place des salariés », *JCP G* 2001, 10451.

produisait à travers « l'attribution à un acte juridique, à titre de sanction de la violation d'une règle de droit, d'une qualification qui ne correspond pas à ses caractéristiques intrinsèques »¹⁶⁴⁹. En pratique, l'attribution d'une nouvelle qualification (contrat à durée indéterminée, contrat à temps complet, éventuellement contrat à durée déterminée « classique ») passe par une modification de l'élément contractuel vecteur de précarité. La requalification, quel que soit le type de contrat, provoque donc une correction contractuelle : une modification de certaines clauses du contrat en référence à un modèle moins précaire. Cependant, les éléments contractuels qui font l'objet de la correction sont distincts les uns des autres selon le type de contrat en cause.

588. **Différents contrats atypiques.** L'étude de la requalification sous l'angle de son effet correcteur permet de faire apparaître les disparités importantes dans l'application du mécanisme. En ce qui concerne le contrat à durée déterminée la correction retenue porte sur le terme du contrat. L'article L. 1245-1 du Code du travail prévoit un certain nombre d'irrégularités pour lesquelles la sanction consistera en une requalification du contrat à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée. Dans le cas du contrat de travail temporaire cependant, cette correction relative à la durée du contrat se double d'une correction portant sur les parties au contrat¹⁶⁵⁰. La requalification du contrat de travail temporaire entraîne un changement d'employeur pour le salarié : ce n'est plus l'entreprise de travail temporaire mais bien l'entreprise où se déroulait la mission qui est reconnue employeur¹⁶⁵¹. Autre différence importante : la requalification du contrat de travail à temps partiel. Qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée, cette fois la correction porte sur la durée du travail. Il s'agit de transformer la durée du travail inscrite et de passer à un contrat à temps plein. Enfin, dans la catégorie des contrats aidés, la requalification peut entraîner le retrait des avantages normalement associés au contrat¹⁶⁵², et notamment ceux relatifs à

¹⁶⁴⁹ G. Couturier, « Les finalités et les sanctions du formalisme », Journées J. Flour, *Deffrénois*, 2000, art. 37209, p. 881.

¹⁶⁵⁰ Des auteurs ont pu parler de « double requalification contractuelle » (J. Pélissier, A. Supiot, et A. Jeammaud, *Droit du travail*, 24^e éd. 2008, Dalloz, n°358, p. 467).

¹⁶⁵¹ Si le salarié exerce une action en requalification contre l'entreprise utilisatrice, il peut également solliciter des dommages et intérêts contre l'entreprise de travail temporaire (par ex. pour rupture anticipée du contrat de mission : Cass. soc., 27 juin 2007, n° 06-41.345 : *JCP S* 2007, 1935). Si les manquements commis par les deux entreprises sont à l'origine du même préjudice, elles pourront être condamnées in solidum, sauf concernant l'indemnité de requalification qui n'est à la charge que de la seule entreprise utilisatrice (v. not. Cass. soc., 12 nov. 2020 : publié au *Bulletin* ; *Dr. soc.* 2021, p. 184, obs. S. Tournaux ; *JCP S* 2020, 3116).

¹⁶⁵² La question du retrait d'autres avantages qui ne relèvent pas du cadre contractuel comme par exemple le retrait des effectifs de l'entreprise n'a, à notre connaissance, pas encore été tranchée. Madame Louit-Martinod

un salaire inférieur au minimum légal ou conventionnel. Dès lors, la correction provoquée par la requalification pourra également porter sur un autre élément du socle contractuel, le salaire du salarié¹⁶⁵³.

2 : Le type de contrat requalifié influe sur la rétroactivité de la correction

589. **Correction rétroactive.** L'originalité de la correction imposée par la décision de requalification du contrat repose en partie sur ses effets dans le temps. La requalification amène à considérer, rétroactivement, que le ou les contrats initialement conclus selon certains éléments contractuels déterminants dépendaient en réalité d'une autre logique contractuelle. Les conséquences de cette rétroactivité varient cependant selon le type de contrat. En matière de contrat à durée déterminée irrégulier, s'il est toujours en cours lors de la décision judiciaire la requalification, cette dernière empêchera l'employeur de rompre le contrat au terme initialement prévu, sauf recours au régime du licenciement¹⁶⁵⁴. La jurisprudence est particulièrement stricte sur ce point : la rupture du contrat à durée déterminée intervenant à la suite de la saisine du conseil de prud'hommes et avant la décision de requalification entraîne pour l'employeur la nécessité « d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice »¹⁶⁵⁵. Mais l'effet rétroactif de la requalification est surtout visible dans l'hypothèse où ce contrat à durée déterminée a déjà été rompu conformément à la loi, par l'arrivée du terme prévu par exemple. Dans ce cas la requalification provoquera comme effet secondaire de considérer que la rupture constitue un licenciement, éventuellement sans cause réelle et sérieuse¹⁶⁵⁶.

(L'évolution contemporaine du droit des contrats de travail à durée limitée – Vers un régime juridique harmonisé, préf. Cl. Roy-Loustaunau, thèse 2003, PUAM) s'est cependant prononcée en défaveur d'une telle solution tandis que le Professeur Baugard (La sanction de requalification en droit du travail, préf. G. Couturier, thèse 2011, IRJS Editions) s'est de son côté montré plutôt favorable, notamment en considération de la jurisprudence ayant déjà admis une prise en compte des contrats à temps partiel requalifiés en contrat à temps complet pour le décompte des effectifs en matière d'élections professionnelles (Cass. soc., 3 mars 2004, n°02-60.576).

¹⁶⁵³ V. par ex. pour une requalification d'un contrat de professionnalisation l'arrêt de la Cour d'appel d'Angers, 16 octobre 2012, n°10/03077.

¹⁶⁵⁴ Cass. soc., 18 déc. 2013 : *Bull. civ.* V, n°311.

¹⁶⁵⁵ Cass. soc., 6 févr. 2013 : *Bull. civ.* V, n°27.

¹⁶⁵⁶ V. not. Cass. soc., 21 sept. 2017, n°16-20.460.

590. **Traitement des périodes d'inactivité.** La rétroactivité de la requalification du contrat à durée déterminée n'est cependant pas toujours aussi linéaire. Dans l'hypothèse de la conclusion de plusieurs contrats à durée déterminée avec le même employeur, mais séparés par des périodes d'inactivité, le traitement des rappels de salaire par la jurisprudence démontre que la rétroactivité n'est pas absolue. La Cour de cassation juge traditionnellement que la requalification de plusieurs contrats irréguliers conclus avec un même employeur permet de considérer qu'un unique contrat à durée indéterminée existait entre les parties. Conformément à cette analyse, le calcul de l'ancienneté s'effectue effectivement en remontant à la date de première embauche¹⁶⁵⁷ et le salarié pourra éventuellement bénéficier des avantages salariaux liés à cette ancienneté¹⁶⁵⁸. Cependant, les rappels de salaire ne sont pas automatiquement calculés sur l'ensemble de la durée du contrat. Pour bénéficier de rappels continus, le salarié doit prouver que même pendant les périodes interstitielles il était en réalité resté à la disposition de l'employeur¹⁶⁵⁹. Lorsque le salarié concerné y parvient, la rétroactivité joue pleinement : les rappels sont calculés conformément aux conditions contractuelles qui résultent de la requalification¹⁶⁶⁰ sans que les allocations Pôle Emploi n'altèrent le calcul¹⁶⁶¹.
591. **Divergence importante.** Une différence fondamentale de régime apparaît alors entre les requalifications des contrats à durée déterminée et celles des contrats à temps partiel. Dans cette dernière hypothèse la requalification produit des effets inverses à ceux retenus par la Cour de cassation pour les contrats à durée déterminée. Le salarié dont le contrat est requalifié en contrat à temps plein pourra obtenir des rappels de salaire pour la durée légale du travail (ou conventionnelle si elle est inférieure), et ce, même si l'employeur démontre qu'il n'était pas toujours pleinement à sa disposition¹⁶⁶². De telles différences de régime entre les modes de requalification pose donc la question de savoir s'il est possible de ne parler que d'un unique mécanisme de requalification, ou s'il serait plus intéressant d'étudier « les » sanctions de requalification.

¹⁶⁵⁷ V. Cass. soc., 23 mars 2016, n°14-22.250.

¹⁶⁵⁸ V. Cass. soc., 6 nov. 2013 : *Bull. civ.* V, n°259 ; *Cah. soc.* 12/2013, note J. Icard.

¹⁶⁵⁹ V. pour une décision récente : Cass. soc., 21 sept. 2017, n°16-20.460. Certains auteurs avaient pu auparavant considérer que l'arrêt du 6 nov. 2013 précité mettait en place une obligation automatique au paiement du salaire pour les périodes interstitielles : v. S. Tournaux, « Chronique d'actualité du contrat de travail », *Dr. soc.* 2014, p. 11.

¹⁶⁶⁰ Cass. soc., 5 oct. 2017, n°16-13.581.

¹⁶⁶¹ Cass. soc., 16 mars 2016, n°15-11.396.

¹⁶⁶² Cass. soc., 14 sept. 2016, n°15-15.944.

II : Intérêts d'une sanction de requalification plus harmonieuse

592. **Correction et protection.** Le régime actuel en matière de requalification limite parfois l'effet correcteur du mécanisme. Pourtant c'est bien la capacité correctrice du mécanisme qui permet une protection effective du salarié (A). Il paraît donc possible de proposer certaines évolutions favorables à une meilleure harmonisation du régime (B).

A : Les limites à l'automatisme de la correction par la requalification

593. **Deux sources d'ineffectivité.** L'effectivité du mécanisme de requalification est tout d'abord limitée par une procédure trop longue pour le salarié, malgré les prévisions légales (1). Par ailleurs, le manque de cohérence des corrections provoquées selon le type de contrat est également source d'ineffectivité (2).

1 : L'effectivité de la procédure en question

594. **Délais de justice.** Malgré l'affirmation dans le Code du travail d'un délai de jugement particulièrement rapide des affaires traitant de requalification, la réalité semble toute autre. Dans le rapport intitulé « La justice prud'homale au milieu du gué »¹⁶⁶³, il est rappelé que les délais de traitement des affaires sont particulièrement longs auprès de la juridiction prud'homale. En 2018 la durée moyenne de traitement des affaires était ainsi de 16,3 mois au niveau national. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que le dépassement du délai légal du jugement en requalification ne constituait pas une fin de non-recevoir et que cela ne pouvait entraîner la nullité du jugement rendu¹⁶⁶⁴. Le Professeur Tournaux a ainsi pu qualifier le droit du salarié à obtenir la requalification de son contrat de travail comme « sans doute l'un des droits les plus virtuels que lui offre le Code du travail »¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶³ Rapport d'information n° 653 de Mmes Agnès Canayer, Nathalie Delattre, Corinne Féret et Pascale Gruny, fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois, déposé le 10 juillet 2019.

¹⁶⁶⁴ Cass. soc., 8 déc. 2004 : *Bull. civ.* V, n°323 ; *RJS* 01/05, n°241, p. 168.

¹⁶⁶⁵ S. Tournaux, « Les transformations de l'action en requalification du CDD : du curatif au préventif », *RDT* 2017, p.415.

595. **Eventuelle saisine de la formation de référé.** Face à cette inefficacité du délai légal, certains auteurs ont alors envisagé la possibilité d'un recours à la formation de référé¹⁶⁶⁶. Ils considèrent ainsi que même si les textes semblent exclure le recours à une autre formation en citant expressément le passage devant le bureau de jugement, il pourrait être possible d'envisager une saisine de la formation de référé pour demander « d'empêcher l'employeur de mettre un terme à la relation de travail, du moins le temps que le juge du fond ne se prononce sur l'action principale de requalification »¹⁶⁶⁷. Il est en effet certain que la formation de référé ne pourrait se prononcer sur la requalification elle-même du contrat, qui relève des pouvoirs du juge du fond. En revanche, la saisine pour maintien dans l'emploi en attendant la décision au fond pourrait être envisageable.

596. **Solutions jurisprudentielles.** La Cour de cassation a été confrontée récemment à cette question du rôle de la formation de référé en matière de requalification, sans qu'une solution définitive ne semble se dégager. Un premier arrêt, inédit, du 8 mars 2017¹⁶⁶⁸ avait ainsi admis la possibilité pour la formation de référé de maintenir dans son emploi le salarié dont la date de fin de son contrat à durée déterminée approchait. La Cour de cassation avait en effet retenu que la perte de l'emploi à durée déterminée constituait un « dommage imminent » de « nature à priver d'effectivité le droit pour le salarié de demander la requalification d'un contrat à durée déterminée irrégulier en contrat à durée indéterminée ». La formation de référé ayant compétence pour prescrire les mesures de remise en état qui s'imposent pour prévenir un éventuel dommage imminent, la solution semblait s'imposer. Mais un arrêt du 21 septembre 2017¹⁶⁶⁹, cette fois publié au Bulletin, pourrait faire douter de cette ouverture en faveur d'une stratégie judiciaire incluant la formation de référé. Cette dernière décision ne se prononce pas explicitement sur la possibilité pour la formation de référé de retenir le maintien dans l'emploi du salarié : elle se contente de constater l'annulation de l'ordonnance de référé ayant autorisé ce maintien et donc la rupture du contrat de travail à la date initialement prévue. En revanche, la note explicative qui accompagne l'arrêt indique que l'ordonnance de référé est « contestable au regard des

¹⁶⁶⁶ V. not. D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, préf. G. Couturier, thèse 2011, IRJS Editions, p. 489 et s. ainsi que E. Fraïse, « La requalification des contrats précaires », *RPDS* 2006, p. 7.

¹⁶⁶⁷ E. Fraïse, « La requalification des contrats précaires », *RPDS* 2006, p. 18.

¹⁶⁶⁸ Cass. soc., 8 mars 2017, n°15-18.560 : *Dr. soc.* 2017, p. 843, chron. S. Tournaux ; *RDT* 2017, p. 347, obs. S. Mraouahi ; *ibid.*, p. 415, obs. S. Tournaux ; *JCP E* 2017, p. 1339, note J.-J. Perrin ; *RJS* 5/2017, n° 319.

¹⁶⁶⁹ Cass. soc., 21 sept. 2017 : *Bull. civ.* V, n°163 ; *RDT* 2017 p.717, note M. Galy ; *JSL* 2020, n°500, p. 24, note D. Baugard ; *JCP S* 2017, n°1409, note Fr. Bousez.

pouvoirs du juge des référés dès lors que le droit à l'emploi n'est pas une liberté fondamentale dont la violation justifierait la nullité de la rupture du contrat de travail ». La décision de mars 2017 pourrait donc être remise en cause, même si le Professeur Baugard soutient qu'il n'est pas certain que « la position de la note explicative soit parfaitement décisive »¹⁶⁷⁰ notamment en raison de la différence de nature entre les deux juges qui pourrait permettre de considérer que les pouvoirs du premier n'ont pas forcément à être définis en considération des pouvoirs du second.

2 : La cohérence du régime en question

597. **Souplesse favorable à l'employeur.** Le traitement jurisprudentiel de la sanction de requalification laisse apparaître certaines incohérences, qui sont de nature à réduire la portée correctrice du mécanisme. Ces incohérences mettent ainsi en lumière une souplesse jurisprudentielle favorable à l'employeur. En particulier, le juge semble vouloir empêcher que la requalification ne conduise à un niveau de charge financière trop élevé pour ce dernier. A cet égard, il a déjà été évoqué le traitement jurisprudentiel des cas de succession de contrats précaires avec le même employeur¹⁶⁷¹. L'absence de rappels de salaire pour les périodes interstitielles où le salarié ne parvient pas à prouver qu'il est resté à la disposition de l'employeur permet en pratique d'alléger parfois fortement les conséquences financières attachées à la requalification. D'autant plus que ce choix n'est pas cohérent avec le traitement réservé à l'ancienneté du salarié¹⁶⁷² : d'un côté l'approche du juge est réaliste pour ce qui concerne les salaires mais d'un autre côté l'ancienneté est comprise globalement, sans distinctions sur le critère de la disponibilité du salarié, et alors même que cette ancienneté peut influencer sur le calcul desdits salaires.

598. **Irrégularités de forme.** En particulier lorsque sont en jeu des irrégularités relatives au formalisme des contrats atypiques, la jurisprudence a tendance à se détacher de la logique de la requalification. Il est ainsi intéressant de relever que la jurisprudence ne retient qu'une

¹⁶⁷⁰ D. Baugard, « Requalification, poursuite du contrat ordonnée en référé et droit à l'emploi », *JSL* 2020, n° 500, p. 24.

¹⁶⁷¹ V. § n° 583.

¹⁶⁷² V. cependant l'article de S. Tournaux, « De quelques précisions quant au régime de la requalification en contrat à durée indéterminée », *RDT* 2016, p. 477. L'auteur considère la différence logique car « l'accumulation de l'ancienneté et le droit à rémunération ne répondent pas à la même logique ».

présomption simple d'emploi à temps plein en cas d'irrégularité de forme affectant un contrat à temps partiel. Cela permet à l'employeur d'échapper aux conséquences financières, encore une fois souvent lourdes, qui sont la conséquence de la requalification. Ce dernier doit alors prouver à la fois que la durée de travail réellement effectuée par le salarié relevait bien du temps partiel, qu'un accord était intervenu entre les parties sur cette durée et enfin que le salarié avait la possibilité de connaître son rythme de travail sans rester indéfiniment à la disposition de l'employeur¹⁶⁷³. Toujours en matière de respect des règles de forme, la jurisprudence a fait le choix d'une interprétation souple des règles légales qui encadrent la conclusion d'un contrat à durée déterminé. Alors que depuis la recodification le texte de loi exige la requalification pour tout manquement aux exigences prévues à l'article L. 1242-12 du Code du travail, sans distinguer entre les deux alinéas, la jurisprudence a fait le choix d'une position plus nuancée. Concernant les mentions obligatoires au contrat à durée déterminée la jurisprudence semble effectuer un « tri entre les mentions substantielles et celles qui ne le sont pas »¹⁶⁷⁴, ou les mentions « purement informatives »¹⁶⁷⁵. La mention de la convention collective par exemple relève plutôt de la seconde catégorie¹⁶⁷⁶ tandis que la désignation de la personne remplacée et sa qualification serait en revanche une mention substantielle¹⁶⁷⁷.

599. **Cas de la désignation du poste de travail.** La distinction entre les mentions substantielles ou non-substantielles n'est cependant pas toujours tâche aisée et semble parfois manquer de cohérence. Dans le cas de la désignation du poste de travail par exemple, la jurisprudence a récemment fait preuve d'une plus grande « mansuétude »¹⁶⁷⁸ à l'égard de l'employeur¹⁶⁷⁹. Alors qu'en 2000 l'omission de cette mention dans un contrat de travail saisonnier avait amené la Cour de cassation à valider la requalification du contrat de travail en contrat à durée indéterminée, elle considère désormais que « l'absence ou le caractère erroné, dans le contrat de travail à durée déterminée d'usage, de la désignation du poste de

¹⁶⁷³ V. not. Cass. soc., 29 janv. 1997 : *Bull. civ. V*, n° 39 ; *Dr. soc.* 1997, p. 311, note F. Favennec - Héry.

¹⁶⁷⁴ E. Dockès, J. Pélissier, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4e éd. 2008, Dalloz, p. 206.

¹⁶⁷⁵ P. Lokiec, *Droit du travail*, 2019, PUF, n°126, p. 139.

¹⁶⁷⁶ Cass. soc., 26 oct. 1999 : *Bull. civ. V*, n°399.

¹⁶⁷⁷ Cass. soc., 30 avril 2003 : *Bull. civ. V*, n°149 ; *Dr. soc.* 2003, p. 880, obs. Cl. Roy-Loustaunau.

¹⁶⁷⁸ J. Mouly, « Mentions obligatoires dans les CDD d'usage : mansuétude de la Cour de cassation pour l'employeur », *Dr. soc.* 2017, p.1077.

¹⁶⁷⁹ Cass. soc., 21 septembre 2017 : *Bull. civ. V*, n°163, p. 196 ; *RDT* 2017 p.717, note M. Galy ; *JSL*, n°500, note D. Baugard ; *JCP S* 2017, 1409, note Fr. Bousez.

travail n'entraîne pas la requalification en contrat à durée indéterminée lorsque l'emploi réellement occupé est par nature temporaire ». La précision concernant le type de contrat à durée déterminée dans l'attendu pourrait limiter la solution aux seuls contrats d'usage, alors que la décision de 2000 portait sur un contrat saisonnier. Il semble cependant plus probable qu'il s'agisse d'un véritable revirement de jurisprudence, dans un sens favorable à l'employeur, le contrat d'usage et le contrat saisonnier étant tous les deux des contrats à durée déterminée par nature¹⁶⁸⁰. Cette interprétation de la jurisprudence serait également plus en phase avec la « conception restrictive »¹⁶⁸¹ énoncée dans un arrêt de 2003¹⁶⁸² : seules l'absence des mentions permettant de contribuer à « la définition précise » du motif de recours au contrat à durée déterminée peuvent entraîner la requalification en cas d'irrégularité. Comme le souligne le Professeur Tournaux, « l'exigence que soient clairement stipulés au contrat le nom et la qualification du salarié remplacé est fondamentale »¹⁶⁸³ car elle permet à la fois le contrôle du caractère temporaire de l'emploi et celui du respect du principe d'égalité de traitement. La requalification n'est donc pas toujours automatique, ni ses conséquences absolues. En particulier dans le contexte d'une irrégularité formelle la jurisprudence fait preuve d'une certaine souplesse. Cette position semble pouvoir se justifier par une vision où le fond prévaut sur la forme. Cette vision ne vaut cependant que tant que les exigences restent purement formelles et n'ont pas d'influence sur le fond. En matière de contrat atypique il pourrait être soutenu que nombreuses sont les exigences formelles qui permettent une information nécessaire pour le salarié qui fait face à la précarité de l'emploi proposé.

600. **Vers une plus grande harmonisation.** La correction normalement provoquée par la requalification n'est pas aussi automatique que les règles légales le laissent penser. Des difficultés de nature procédurale sont ainsi de nature à limiter la correction. Par ailleurs, le régime des corrections provoquées manque parfois d'une certaine cohérence. La présentation de propositions d'harmonisation paraît donc pertinente.

¹⁶⁸⁰ V. à ce propos l'article du Professeur Mouly : « Mentions obligatoires dans les CDD d'usage : mansuétude de la Cour de cassation pour l'employeur », *Dr. soc.* 2017, p.1077.

¹⁶⁸¹ D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, préf. G. Couturier, thèse 2011, IRJS Editions, p. 230.

¹⁶⁸² Cass. soc., 30 avril 2003 : *Bull. civ.* V, n°149, p. 146 ; *Dr. soc.* 2003, p. 880, obs. Cl. Roy-Loustaunau.

¹⁶⁸³ S. Tournaux, « CDD : la mention de la qualification du salarié remplacé », *Dr. soc.* 2021, p. 374.

B : Propositions d'harmonisation de la sanction de requalifications

601. **Conciliation des droits et libertés.** Les incohérences observées concernant le régime de la requalification peuvent nuire à son objectif de protection des intérêts des salariés. Initialement pensée comme une mesure « tendant à éviter tout abus » en matière de recours au contrat à durée déterminée¹⁶⁸⁴, la requalification participe de la mise en œuvre du « droit à l'emploi » prévu à l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946¹⁶⁸⁵. Pourraient alors être envisagées certaines évolutions du régime des corrections provoquées, plus cohérentes avec l'objectif de protection du salarié. En particulier, la conciliation du droit à l'emploi en tant que droit-créance¹⁶⁸⁶ avec la liberté d'entreprendre de l'employeur, relève du rôle du législateur et non du juge. Dès lors, l'ajout d'une définition légale de la requalification pourrait être bénéfique (1). Certaines modifications concernant l'application du mécanisme de requalification pourraient également contribuer à une meilleure effectivité du mécanisme (2).

1 : Définir la sanction de requalification

602. **Mécanisme original.** La requalification ne fait, à l'heure actuelle, pas l'objet d'une définition légale. Insérer une telle définition pourrait permettre de mieux distinguer quels mécanismes correcteurs relèvent de la requalification pour ensuite leur appliquer les règles dédiées. En effet, la modification dans la qualification du contrat provoquée par la requalification constitue un mécanisme de correction véritablement original. Il doit notamment être distingué d'une procédure de « disqualification » de contrats¹⁶⁸⁷ puisque ce terme repose sur l'idée d'une « perte de qualification, par exclusion ou rétrogradation, à

¹⁶⁸⁴ Rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance n° 82-130 du 5 février 1982 modifiant les dispositions du Code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi que certaines dispositions du code civil.

¹⁶⁸⁵ V. l'arrêt Cass. soc., 21 septembre 2017 : *Bull. civ.* V, n°163 ; *RDT* 2017 p.717, note M. Galy ; *JSL*, n°500, note D. Baugard ; *JCP S* 2017, 1409, note Fr. Boussez, pour lequel la Cour de cassation si elle rejette l'idée que le droit à l'emploi puisse constituer une liberté fondamentale qui justifierait la poursuite du contrat de travail au terme de la mission de travail temporaire en cas d'action en requalification, ne nie pas le lien entre requalification et droit à l'emploi.

¹⁶⁸⁶ Comme le rappelle la Cour de cassation dans sa note explicative accompagnant l'arrêt précité.

¹⁶⁸⁷ Terme notamment employé par le Professeur Savatier dans son article « La requalification des contrats à durée déterminée irréguliers », *Dr. soc.* 1987, p. 407.

titre de sanction d'une irrégularité »¹⁶⁸⁸. Dans la procédure de requalification le contrat est certes initialement exclu de la catégorie choisie par les parties, au motif d'un défaut de certaines conditions, mais il est ensuite également « remplacé » dans une nouvelle catégorie juridique par le juge¹⁶⁸⁹. Un autre auteur évoquait la notion de substitution¹⁶⁹⁰ pour décrire le processus de requalification¹⁶⁹¹. Ce terme ne recouvre cependant pas totalement la réalité de l'opération de requalification : si la substitution peut recouvrir le passage d'une catégorie juridique à une autre (contrat à durée déterminée au contrat à durée indéterminée), le terme ne traduit pas les effets rétroactifs attachés à la requalification. Il faut enfin, comme le Professeur Baugard¹⁶⁹², souligner la différence de nature entre la requalification et la nullité partielle¹⁶⁹³. Il est vrai que le régime de l'action en requalification est proche de celui de l'action en nullité¹⁶⁹⁴, ce qui a pu conduire certains auteurs à lier les deux¹⁶⁹⁵. La requalification consisterait par exemple en une nullité partielle affectant seulement la clause contractuelle concernant le terme du contrat à durée déterminée irrégulier. Cependant, la nullité ainsi prononcée relèverait certainement des hypothèses où elle affecte une « clause[s] [qui] [a] constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles »¹⁶⁹⁶. Difficile en effet de concevoir une situation où la question du terme du contrat ne constituait pas un élément déterminant de l'engagement de l'employeur. Le même constat peut être fait pour les autres hypothèses de requalification, qu'elles concernent des contrats de travail temporaires, des contrats de travail à temps partiel ou des contrats aidés. Dès lors, si la requalification était véritablement une nullité partielle c'est l'ensemble du contrat qui devrait être déclaré nul, en application de la règle posée à l'article 1184 du Code civil. Le Professeur Couturier souligne ainsi la différence de nature entre la nullité et la requalification : « par définition, la nullité est une inefficacité, tandis qu'il serait

¹⁶⁸⁸ V. la définition issue de G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd. 2020, PUF, p.353.

¹⁶⁸⁹ N. Louit-Martinod, *L'évolution contemporaine du droit des contrats de travail à durée limitée – Vers un régime juridique harmonisé*, préf. Cl. Roy-Loustaunau, thèse, 2003, PUAM, n°368, p. 278.

¹⁶⁹⁰ Entendue comme le « remplacement d'une chose par une autre » cf. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd. 2020, PUF, p. 987.

¹⁶⁹¹ C. Roy-Loustaunau, « Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée : requalification-interprétation et requalification-sanction », *Revue de recherche juridique* 1992, n°3, p. 866 : selon cet auteur la requalification est « un cas de substitution légale de contrat imposée par l'ordre public social ».

¹⁶⁹² D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, préf. G. Couturier, thèse 2011, IRJS Editions, n°27 et s., p. 25 et s.

¹⁶⁹³ Prévues à l'article 1184 du Code civil.

¹⁶⁹⁴ V. § n°545 et s.

¹⁶⁹⁵ V. not. J. Savatier, « La requalification des contrats à durée déterminée irréguliers », *Dr. soc.* 1987, p. 407.

¹⁶⁹⁶ C. trav. art. 1184, al. 1^{er}.

artificiel de faire apparaître une inefficacité dans la requalification »¹⁶⁹⁷. La requalification constitue donc bien un mécanisme véritablement original, permettant une correction de certains éléments du socle contractuel en guise de sanction. La correction provoquée par la requalification s'appuie en outre sur un mécanisme de retour « au contrat de travail de 'droit commun' »¹⁶⁹⁸ ou « au contrat de référence »¹⁶⁹⁹. Il pourrait dès lors être envisagé de définir la requalification comme la correction contractuelle provoquée dans le but de sanctionner l'irrégularité d'un contrat de travail atypique, par un retour aux normes contractuelles de référence.

603. Fonctionnement pyramidal ? Pour déterminer cette norme de référence pour la correction, Madame Louit-Martinod a pu proposer l'image de la pyramide avec un fonctionnement en cascade descendante¹⁷⁰⁰. Au socle de la pyramide se trouverait ainsi le contrat à durée indéterminée, au-dessus le contrat à durée déterminée et le contrat de travail temporaire et encore au-dessus les contrats aidés. Le mécanisme de requalification entraînerait en réalité une « descente » d'un étage de la pyramide pour chaque contrat concerné. Cependant pour les contrats aidés leur intégration au seuil contrats à durée déterminée « ordinaires » entraînerait *de facto* une nouvelle cascade, en l'absence de motif de recours valablement reconnu par la loi. Si l'image est intéressante elle est cependant imparfaite : concernant les contrats de travail temporaires par exemple la pyramide ne prend pas en compte le changement d'employeur qui se produit en parallèle. Surtout, concernant les contrats de travail aidés il n'est pas certain que la logique de la double cascade soit si évidente. Des décisions de la Cour de cassation avaient en effet reconnu que des contrats aidés pouvaient conserver leur terme initial¹⁷⁰¹. S'il est vrai que les décisions plus récentes tendent à requalifier en contrat à durée indéterminée¹⁷⁰², il reste possible

¹⁶⁹⁷ G. Couturier, La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, in *Le contrat au début du XXIe siècle – Etudes offertes à J. Ghestin*, 2015, LGDJ/Lextenso éditions, p. 279.

¹⁶⁹⁸ C. Roy-Loustaunau, « Contrat de travail à durée déterminée : requalification-sanction et qualification », *Dr. soc.* 2003, p.465.

¹⁶⁹⁹ D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, préf. G. Couturier, thèse 2011, IRJS Editions.

¹⁷⁰⁰ Proposition de N. Louit-Martinod dans sa thèse *L'évolution contemporaine du droit des contrats de travail à durée limitée – Vers un régime juridique harmonisé*, thèse, préf. Cl. Roy-Loustaunau, 2003, PUAM, n°371, p. 280.

¹⁷⁰¹ V. not. Cass. soc., 9 avril 1996, n° 92-43.190 : *RJS* 1996, n°584, p. 369 et Cass. soc., 2 mai 2000, n° 98-40.036 : *SSL* 2000, n°981, p. 13.

¹⁷⁰² V. not. Cass. soc., 30 nov. 2004 : *Bull. civ.* V, n°305, p. 275 ; *RJS* 2/05, n°190, p. 136 ; *Dr. soc.* 2005, p. 212, obs. Cl. Roy-Loustaunau ; *D.* 2005, Somm. p. 2189, obs. V. Antoine-Lemaire - Cass. soc., 1^{er} déc. 2005 :

d'envisager une distinction selon le type d'irrégularité qui affecte un contrat aidé à durée déterminée¹⁷⁰³. Si l'irrégularité concerne uniquement les règles spécifiques au contrat aidé, le contrat pourrait être requalifié en contrat à durée déterminée ordinaire. En revanche, si l'irrégularité affecte les règles du contrat aidé qui sont issues du régime des contrats à durée déterminée ordinaire, la requalification en contrat à durée indéterminée serait encourue.

2 : Repenser le régime de la requalification

604. **Requalifications en chaîne.** Dans l'objectif de parvenir à une meilleure cohérence de l'effet rétroactif de la requalification, tout en conservant son intérêt pour le salarié, il pourrait être envisagé de préciser dans la loi le régime de la requalification. En particulier, pourrait être mise en place une règle conciliant le respect du droit à l'emploi et la liberté d'entreprendre en matière de contrat à durée déterminée successifs, conformément aux propositions faites par le Professeur Baugard dans sa thèse¹⁷⁰⁴. Le traitement des périodes interstitielles où le salarié n'est pas à la disposition de l'employeur, pourrait évoluer pour effectuer une distinction plus claire sur le fondement du salarié qui reste à la disposition de l'employeur ou pas. Dans le premier cas, il pourrait être possible d'envisager que chaque contrat à durée déterminée irrégulier constitue séparément un contrat à durée indéterminée, ouvrant droit individuellement à l'indemnité de rupture et de requalification correspondantes. Cette solution ne devrait pas nécessairement représenter un poids financier disproportionné pour l'employeur, comme le souligne le Professeur Baugard. En retenant une unique indemnité de requalification attachée à l'action plutôt qu'aux contrats le montant dû serait automatiquement limité. Resterait cependant ouverte l'hypothèse d'une requalification en un unique contrat de travail à durée indéterminée lorsque « l'employeur aura fait occuper un emploi permanent de manière suffisamment stable par

Bull. civ. V n°344 ; *AJDA* 2006, p. 278 ; *D.* 2006, p. 14 ; *Dr. soc.* 2006, p. 442, obs. Cl. Roy-Loustaunau et plus récemment *Cass. soc.*, 8 avril 2015 ; *Bull. civ.* V 2016, n° 834 ; *RDT* 2015, n°604, chron. G. Auzero.

¹⁷⁰³ Proposition formulée par le Professeur D. Baugard dans sa thèse *La sanction de requalification en droit du travail*, préf. G. Couturier, thèse 2011, IRJS Editions. Un auteur rappelle cependant que le fait de conserver le terme initial du contrat aidé représenterait pour certains employeurs une charge très importante : la rupture anticipée du contrat, hors les hypothèses légales, ouvre en effet droit à « des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat » (art. L. 1243-4 du Code du travail). Pour certains contrats aidés d'une durée importante cela représenterait une indemnité particulièrement conséquente.

¹⁷⁰⁴ D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, préf. G. Couturier, thèse 2011, IRJS Editions, n°774 et s. p. 522 et s.

une succession de contrats à durée déterminée, même discontinuée »¹⁷⁰⁵. Cette solution permettrait en outre d'ajuster la sanction à la gravité de la « faute » de l'employeur. Dans le cas où ce dernier a, outre la conclusion de contrats sans respect des exigences légales, porté préjudice au salarié en le maintenant dans un état d'incertitude quant à son réemploi, la requalification en un unique contrat à durée indéterminée ouvre la voie à une réparation plus large via les rappels de salaires pour l'ensemble de la période considérée.

605. **Modification de la charge de la preuve.** En contrepartie pourrait être précisées des règles encadrant la charge de la preuve pour l'employeur en matière d'irrégularités de forme calquées sur le régime jurisprudentiel actuel en matière de contrat à temps partiel : présomption simple de conclusion d'un contrat de référence en cas d'irrégularité, ce qui laisse à l'employeur la possibilité de prouver que l'emploi en question peut être rattaché à la catégorie de contrat atypique concernée. La preuve à apporter serait alors, d'une part, celle d'un accord entre l'employeur et le salarié sur la nature de l'élément contractuel atypique et, d'autre part, la preuve que le salarié n'avait pas à se tenir à la disposition de l'employeur de manière constante et en avait bien conscience.
606. **Conclusion du chapitre.** « Une fois conclu, le contrat, par sa force obligatoire, échappe à la fantaisie individuelle et aux caprices du temps. Sa révocation est, en principe, conventionnelle, comme l'est sa révision »¹⁷⁰⁶. Cependant, le législateur peut imposer certaines révisions ou corrections, notamment à titre de sanction. Pour certains contrats, l'encadrement législatif peut notamment viser à garantir une certaine conception de l'économie contractuelle. Avec le contrôle de l'économie contractuelle, une correction *a posteriori* est autorisée. Le Professeur Simler parlait ainsi de « contrats 'dirigés' ». A ce titre, le juge peut intervenir sur le contrat, notamment de travail. L'enjeu de la sanction est alors de rétablir cette économie contractuelle dirigée quand cela est possible. D'une part, le juge est désigné comme l'arbitre des mécanismes de contrôle des clauses du contrat. La nullité partielle prend, au sein des relations professionnelles, une dimension particulière en raison de l'importance des règles d'ordre public en la matière. A l'aune de ce constat du rôle attribué au juge, il est également possible de s'interroger sur l'utilisation du mécanisme de contrôle des clauses abusives au sein du contrat de travail. D'autre part, le juge est

¹⁷⁰⁵ *Ibid*, n°775, p. 522.

¹⁷⁰⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 10^e éd. 2018, LGDJ, n°756, p. 403.

désigné par le Code du travail pour une correction du contrat spécifique aux relations professionnelles, la sanction de requalification. De l'étude de ces mécanismes de correction se confirme le rôle préventif que peut avoir la correction contractuelle. Certaines évolutions favorables à l'effet dissuasif peuvent être suggérées.

608. **Conclusion du titre.** La correction contractuelle peut avoir pour fonction de sanctionner la violation de certaines obligations en droit du travail. Une telle mise à l'écart du principe d'intangibilité contractuelle est alors justifiée par l'intérêt pour la fonction réparatrice qui accompagne la correction. Dans le domaine de la lutte contre les discriminations par exemple, la correction-sanction permet de maintenir le contrat, tout en ajustant notamment le niveau de rémunération et/ou la qualification professionnelle du salarié. A cet égard, l'introduction de la procédure d'action de groupe devrait permettre un meilleur traitement des situations de discrimination systémiques et favoriser le développement de mesures d'action positive allant plus loin qu'un simple rattrapage salarial ou de carrière. Par ailleurs, la fonction dissasive de la correction-sanction apparaît particulièrement mise en avant dans le cadre de dispositifs de contrôle de l'économie générale du contrat de travail. Elle pourrait d'ailleurs être amenée à se développer avec le possible recours au mécanisme de contrôle des clauses abusives pour les relations professionnelles. Surtout, l'originalité de la sanction de requalification repose justement sur son effet correcteur rétroactif. Si une telle sanction ne traduit au final que la correction d'une ou quelques clauses du contrat de travail (son terme notamment), les conséquences qu'elle emportent sont particulièrement importantes et visent ainsi à obtenir un véritable effet dissuasif.

610. **Conclusion de la seconde partie.** Ce qui est présenté en droit commun des contrats comme une exception, trouve en droit du travail un terrain d'expression particulièrement important. La correction du contrat de travail est ainsi imposée dans de nombreuses situations. Sans volonté exhaustive, il apparaît cependant possible de présenter deux grandes justifications à l'atteinte portée au principe d'intangibilité contractuelle, qui ne sont pas exclusives l'une de l'autre : d'une part, une correction à visée de protection et, d'autre part, une correction à visée de sanction. Au nom de la protection, la correction contractuelle peut s'attacher à différents intérêts. Contrepartie de sa subordination, le droit du travail prévoit, sous des formes plus ou moins développées, des droits à la correction pour le salarié. Une protection des intérêts collectifs peut également être mise en œuvre par la correction contractuelle. Cependant, il apparaît nécessaire de proposer certaines évolutions de nature à garantir que le collectif n'empêche pas toute prise en compte d'intérêts de nature individuels, notamment quand ces derniers sont contredits par la correction contractuelle mise en œuvre. Les sanctions correctrices du contrat de travail connaissent un certain essor dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Cependant, les régimes mis en place pourraient bénéficier, pour leur effectivité, d'une réforme tendant à assurer une plus grande portée aux corrections envisageables. Les sanctions correctrices du contrat de travail concernent également le respect de son économie, telle que voulue par les parties mais surtout encadrée par le législateur. A ce titre, le juge du contrat de travail dispose de différentes sanctions qui s'attachent à corriger partiellement le contrat.

CONCLUSION

612. **Unité.** La correction du contrat de travail prend des formes variées, qu'il s'agisse du classique *mutuus consensus*, de l'application de règles légales impératives ou par la voie judiciaire. A l'heure du bilan de cette étude, l'intérêt n'est évidemment pas de toutes les énumérer. Car si les expressions de la correction face au contrat de travail sont nombreuses, son effet est lui similaire : elle provoque un amendement, une modification du corps contractuel. Correction : l'acception retenue dans cette étude renferme une visée améliorative. Derrière la correction peut alors transparaître un régime souhaité du contrat de travail, conforme à certains impératifs dont la mise en lumière représentait l'un des objets de cette étude.
613. **Ambiguïté du contrat de travail.** Dans les relations de travail, la particularité est que le champ contractuel est défini *a contrario*. En principe, le contrat de travail correspond à ce qui échappe au pouvoir de l'employeur. La jurisprudence s'est en effet attachée à dessiner une frontière entre le champ des « conditions de travail », où l'unilatéralisme accordé à l'employeur s'exprime librement, et le champ du contrat de travail, où les volontés des employeurs et salariés doivent converger pour mettre en œuvre toute modification. La correction intervient sur les éléments qui composent ce dernier périmètre. Support de la subordination juridique, le contrat est néanmoins généralement présenté comme la frontière de l'expression du pouvoir de l'employeur. Le contrat représente en effet l'exigence du commun accord prévue à l'article 1193 du Code civil, qui s'oppose au pouvoir unilatéral de l'employeur. Cette présentation doit néanmoins être nuancée car le contrat de travail peut également devenir l'instrument de la subordination, au gré des solutions jurisprudentielles de nature à remettre en cause le principe du consentement mutuel pour la modification contractuelle. Support, obstacle et moyen de la subordination, l'ambiguïté définit le contrat de travail. Une tendance jurisprudentielle réductrice de la force obligatoire du contrat de travail peut néanmoins être décelée. L'interprétation des clauses du contrat de travail manque parfois de cohérence, facilitant l'intrusion du pouvoir de l'employeur au cœur de ce qui devrait pourtant relever du contrat. La nécessité de construire un régime plus cohérent et respectueux des principes de droit commun, en traçant une frontière plus

nette pour le champ d'expression de l'unilatéralisme de l'employeur apparaît alors évidente.

614. **Fonction protectrice.** Sous cette réserve, le constat selon lequel le contrat de travail reste néanmoins un vecteur de protection pour le salarié semble pouvoir être maintenu. Nombreux sont les mécanismes de correction qui suivent un impératif de protection des intérêts du salarié, parfois contre ceux de l'employeur. Cette fonction protectrice du droit du contrat de travail est d'ailleurs de nature à limiter l'application de mécanismes issus de la réforme du droit des contrats de 2016, dont la philosophie correspond cependant à celle du droit du travail. Les dispositions impératives légales ou jurisprudentielles formalisent des droits à la correction pour le salarié (ou plutôt des obligations pour l'employeur) et des sanctions correctrices. L'obligation de reclassement assure ainsi au salarié une forme de droit au maintien de son contrat de travail, tandis que la sanction de requalification permet une correction rétroactive du contrat pour limiter le recours aux formes contractuelles considérées comme des sources de précarité. Cependant, le législateur ne permet pas toujours à la correction d'assurer sa pleine portée protectrice. A titre d'exemple, les dispositifs correcteurs qui peuvent s'inscrire dans le développement d'un droit de la non-discrimination mériteraient d'être approfondis pour garantir leur efficacité.
615. **Impératif de stabilité.** Le constat de la place prépondérante de l'impératif de stabilité du contrat de travail dans les mécanismes de correction doit également être réitéré¹⁷⁰⁷. Le législateur comme le juge du contrat de travail ont multiplié les voies de maintien du lien d'emploi par la correction contractuelle. Dans ce domaine peut d'ailleurs être relevée l'existence, à côté des obligations formelles comme l'obligation de reclassement ou de transfert collectif des contrats de travail, de simples incitations à la correction. Outre les questions d'organisation du travail, la mise en avant d'un droit de la formation professionnelle s'appuie sur des incitations pour parvenir à la correction du contrat. La correction n'est donc pas simplement un moyen, elle peut également représenter un but.
616. **Un impératif de compétitivité ?** Parmi les évolutions les plus récentes en matière de correction contractuelle au sein des relations de travail figurent également certains

¹⁷⁰⁷ V. A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, thèse, préf. B. Teyssié, 2005, Dalloz.

dispositifs qui sont présentés comme répondant à un impératif de nature collective : l'emploi. Plus qu'un impératif de stabilité du contrat, sous un angle individuel, il s'agit cette fois d'assurer le maintien du plus grand nombre de contrats (et donc d'emplois) possibles. Cependant, l'étude du régime de ces mécanismes de correction souligne le risque d'un dévoiement vers un impératif uniquement tourné vers la compétitivité de l'entreprise. Est notamment en cause le manque d'encadrement du recours à l'activité partielle par les employeurs, mais surtout le régime de l'accord de performance collective. Dans les deux cas, la mise à l'écart du régime de la modification du contrat de travail du salarié ne s'accompagne pas des garanties suffisantes pour la prise en compte de ses intérêts individuels.

617. **Ultime remarque.** En hommage à un illustre penseur, voire artisan¹⁷⁰⁸, du contrat de travail nous concluons cette étude par une question : sommes-nous toujours à l'époque du « renouveau du contrat de travail »¹⁷⁰⁹ ? Le fondement théorique du régime de la modification du contrat de travail est certes resté le même depuis la fin du XXe siècle. Cependant, il semble possible de déceler une amplification d'un traitement du contrat de travail comme simple instrument dans la mise en œuvre de certains impératifs. Le manque de cohérence qui ressort de l'analyse de la mise en œuvre de la correction du contrat de travail fait notamment ressortir ce rôle purement instrumental. Or, le contrat de travail qui ne serait qu'une sorte de coquille vide, un véhicule théorique pour l'application de certaines solutions concrètes interroge sur la nécessité de son existence. Si, aujourd'hui, ce n'est pas le constat qu'il est possible de tirer, une réaffirmation du régime de la modification du contrat de travail serait bienvenue.

¹⁷⁰⁸ F. Géa, A. Lyon-Caen, « Philippe Waquet, tel qu'en lui-même », *RDT* 2021, p.159.

¹⁷⁰⁹ Ph. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 05/99, p.383.

Bibliographie

I : Documents juridiques

A : Encyclopédies, dictionnaires, lexiques

- R. Cabrillac, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 11e éd. 2020, LexisNexis.
- G. Cornu et l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd., 2018.
- Th. Debard et S. Guinchard (sous la dir. de), *Lexique des termes juridiques 2019-2020*, Dalloz, 27^eme éd., 2019.
- F. Gaffiot, *Dictionnaire Latin – Français*, 2000, Hachette.

B : Ouvrages généraux : traités, manuels, cours

- G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, 34^e éd. 2020, Dalloz.
- L. Aynès, Ph. Malaurie et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 10e éd. 2018, LGDJ.
- A. Bénabent, *Droit des obligations*, 17^e éd. 2018, LGDJ.
- S. Bros et Ch. Larroumet, *Les obligations. Le contrat*, t. 3, 9e éd. 2018, Economica.
- G. -H. Camerlynck, *Traité de droit du travail - Le contrat de travail*, 1968, Dalloz.
- J. Carbonnier, *Droit civil*, 2e éd. 2017, 2 vol, PUF.
- F. Chénéde, Y. Lequette, F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil. Les obligations*, 12e éd. 2018, Dalloz.
- G. Couturier, *Droit du travail. Les relations collectives de travail*, 2e éd. 1994, PUF.
- *Droit du travail. Les relations individuelles de travail*, 3e éd. 1996, PUF.
- F. Favennec-Héry et P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, 6e éd. 2018, LGDJ.
- P. Gaïa, R. Ghevontian; F. Mélin-Soucramanien; É. Oliva; A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^e éd. 2018, Dalloz
- J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil. La formation du contrat. T.1 : Le contrat – Le consentement*, 4e éd., 2013, Lextenso éditions.

S. Hennette-Vauchez, D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 4^e éd. 2020, Dalloz.

A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, J. Pélissier, et al., *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd. 2008, Dalloz.

P. Lokiec, *Droit du travail. Tome II. Les relations collectives de travail*, 2011 PUF.

- *Droit du travail*, 1^e éd. en un vol. 2019, PUF.

J. Pélissier, A. Supiot, et A. Jeammaud, *Droit du travail*, 24^e éd. 2008, Dalloz.

F. Terré, N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 12^e éd., 2020, Dalloz.

B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, 11^e éd. 2018, LexisNexis.

F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil Contrats : Théorie générale – Quasi-contrats*, 2014, PUF.

C : Ouvrages spéciaux : thèses et mémoires, monographies, ouvrages collectifs et ouvrages spéciaux étrangers

1 : Thèses et mémoires

A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, thèse, préf. M. Villey, 1969, LGDJ.

L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse, préf. Ph. Malaurie, 1984, Economica.

G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, thèse, préf. A. Supiot, 2014, LGDJ.

D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, thèse, préf. G. Couturier, 2011, IRJS Editions.

C. Bouix, *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, thèse, préf. P. Deumier, 2012, PUAM.

E. Brunner, *Contribution à l'étude juridique du droit de la mobilité professionnelle*, thèse, préf. J.-F. Cesaro, 2020, PUAM.

F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, thèse, préf. F. Gaudu, 2007, LGDJ.

S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, thèse, préf. Y. Lequette, 2006, Economica.

- M. Goubinat, *Les principes directeurs du droit des contrats*, thèse, dir. S. Bros, 2016, Université Grenoble Alpes.
- M. Gourves, *La volonté du salarié dans le rapport de travail*, thèse, dir. G. Borenfreund, 2010, Université Lumière Lyon 2.
- L.-K. Gratton, *Les clauses de variation du contrat de travail*, thèse, préf. P. Rodière, 2011, Dalloz.
- J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, thèse, dir. G. Loiseau, 2011, Université Paris 1.
- M. Lapp, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, thèse, préf. J. Radouant, 1950, Editions Sébastien Brandt.
- C. Lefer, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, dir. J.-M. Olivier, 2016, Université Panthéon-Assas.
- P. Lemay, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve de l'unilatéralisme*, thèse, préf. S. Chassagnard-Pinet, avant-propos G. Chantepie, 2014, Mare & Martin.
- S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, thèse, préf. Cl. Brenner, 2012, Economica.
- P. Lopes, *L'adaptation de la relation de travail pour motif économique*, thèse, préf. B. Teyssié et E. Jeansen, 2018, LexisNexis.
- A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, thèse, préf. B. Teyssié, 2005, Dalloz.
- N. Louit-Martinod, *L'évolution contemporaine du droit des contrats de travail à durée limitée – Vers un régime juridique harmonisé*, préf. Cl. Roy-Loustaunau, 2003, PUAM.
- N. Mihman, *La mobilité juridique des rapports de travail*, thèse, dir. A. Lyon-Caen, 2018, Université Paris Nanterre.
- A. Pacquetet, *Les plateformes numériques : essai de qualification en droit du travail*, thèse, dir. J.-F. Cesaro, 2021, Université Panthéon-Assas.
- S. Pellet, *L'avenant au contrat*, thèse, préf. Ph. Stoffel-Munck, 2010, IRJS éditions.

Ph. Piccoli, *L'expansion de la formation professionnelle*, thèse, préf. B. Teyssié, 2017, LexisNexis.

G. Piette, *La correction du contrat*, préf. M. Menjucq, thèse 2004, PUAM.

S. Pimont, *L'économie du contrat*, thèse, préf. J. Beauchard, 2004, PUAM.

S. Riancho, *Les principes directeurs du droit du travail*, thèse, dir. J.-F. Cesaro, 2019, Université Panthéon-Assas.

G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, dir. R. Rodière, 1965, Paris.

M.-N. Rouspide-Katchadourian, *Le juge et le contrat de travail – Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, thèse, préf. B. Teyssié, 2014, LGDJ.

T. Sachs, *La raison économique en droit du travail – Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, thèse, préf. G. Borenfreund, post. O. Favereau, 2013, LGDJ.

Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, préf. A. Weill, 1969, LGDJ.

2 : Monographies

J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, 2008, Flammarion.

Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10e éd., 2014, LGDJ.

O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2e éd. 2018, LexisNexis.

F. Fontaine et F. Malherbet, *CDD vs CDI Les effets d'un dualisme contractuel*, Presses de Sciences Po, 2016.

P. Gaïa, R. Ghevontian; F. Mélin-Soucramanien; É. Oliva; A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19e éd. 2018, Dalloz.

S. Hennette-Vauchez, D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 4e éd. 2020, Dalloz.

E. Jeansen, Y. Pagnerre, part. Ph. Rozec et dir. B. Teyssié, *Guide des clauses du contrat de travail*, 2^e éd. 2017, LexisNexis.

J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, 4^{ème} éd., 2019, Presses universitaires des Rennes.

G. Lewkowicz et M. Xifaras, *Repenser le contrat. Droit et philosophie face aux nouvelles pratiques contractuelles*, 2009, Dalloz.

P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail !*, 2015, Odile Jacob.

M. Rigaux, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale ? Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mis en cause*, 2009, Bruylant.

K. Pagani, Y. Pagnerre, *Le vademecum des ordonnances « Macron »*, 2018, Gualino.

V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e éd., 1998, LGDJ.

La règle morale dans les obligations civiles, 2014 (réimp.), LGDJ.

A. Supiot, *Critique du droit du travail*, 2e éd., 2007, PUF.

L'esprit de Philadelphie, 2010, Seuil.

3 : Ouvrages collectifs

Ch. Jamin. et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, 2003, Dalloz.

A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi : transformation du travail et devenir du travail en Europe*, 1999 (rééd. chez Flammarion en 2016), Flammarion.

Ph. Waquet (dir.), *13 paradoxes en droit du travail*, 2012, Lamy.

D : Articles

1 : Articles français

M. Abhervé

« La réforme du compte personnel de formation, facteur de renforcement des inégalités d'accès à la formation », *RDT* 2018, p.567.

P. Adam

« L'action de groupe discrimination - Sur la prudente audace d'une réforme majeure », *Dr. soc.* 2017, p.638.

« La négociation (collective) sans la négociation - À propos de l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 », *SSL supplément* 2017, n° 1790.

« Du voile à la barbe », *SSL* 2020, n° 1921, p. 7.

L. Aluome

« L'accord de performance collective et le consentement du salarié », *JCP S* 2019, 1138.

S. Amrani-Mekki

« Action de groupe - L'action de groupe du XXI e siècle, Un modèle réduit et réducteur ? », *JCP* 2015, p. 1196.

P. Amselek

« Le regard critique de Paul Amselek sur l'œuvre de Kelsen – Dialogue avec Alexandre Viala », *RDP* 2021, p. 3.

P. Ancel

« L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat », *RDT* 2016, p. 240

N. Anciaux

« La fausse entrée dans le champ contractuel des modalités de calcul d'une prime d'intéressement », *JCP S* 2019, 1123.

L. Andreu

« Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ contrat* 2018, p. 262.

Th. Andrieu

« Ordonnance du 10 février 2016 : ratifier ou amender ? », *AJ contrat* 2017, p. 460.

P.-H. Antonmattei

« L'incidence des accords "Aubry" sur les contrats individuels de travail, *Petites affiches* 1998, n°105, p. 33.

« Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère ! », *Dr. soc.* 2012, p.672

« L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », *Dr.soc.* 2013, p.794.

« Réforme du Code du travail : analyse des nouvelles règles sur la rupture du contrat de travail », *RJS* 02/18, n° 31, p. 99.

« La Cour de cassation requalifie en contrat de travail la relation contractuelle entre la société Uber et un chauffeur de VTC », *Dr. soc.* 2020, p. 374.

B. Attias

« Le contrôle renouvelé des clauses du contrat de travail par le droit commun », *JCP S* 2018, 1413.

G. Auzero, F. Canut

« Le juge et la modification du contrat de travail », *Dr. soc.* 2017, p. 11.

L. Aynès

« Le caractère intuitu personae d'un contrat de maintenance informatique ne fait pas obstacle à sa cession dès lors que le client cédé y a consenti, même implicitement », *D.* 1992, p. 278.

M. J. Azar-Baud

« Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *Dr. soc.* 2020, p.353.

H. Barbier

« La traque judiciaire des abus de prérogatives unilatérales, jusqu'aux plus dissimulés », *RTD civ.* 2015, p. 123.

H. Battifol

La « crise du contrat » et sa portée, *Arch. phil. dr.*, T. XIII, Sirey, 1968, p. 13-30.

D. Baugard

« Requalification, poursuite du contrat ordonnée en référé et droit à l'emploi », *JSL* 2020, n° 500, p. 24.

« Controverse : quels instruments juridiques pour limiter le recours aux contrats courts ? », *RDT* 2019, p.452.

G. Bélier

« Quelques questions autour de la loi Robien », *Dr. soc.* 1996, p. 1008.

L. Bento de Carvalho

« L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou statu quo ? », *RDT* 2016, p.258.

J.-M. Béraud

« L'interaction du contrat de travail et du pouvoir de l'employeur », *Dr. ouvr.* 1997, p. 529.

N. Blanc

« Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC* 2018, numéro hors-série, Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018, p. 20.

O. Bonnet

Avec **S. Georges-Kot et P. Pora**

« Les contrats à durée limitée : trappes à précarité ou tremplins pour une carrière ? », *Insee Références*, éd. 2019.

J.-S. Borghetti

« À la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle : la correction de la mauvaise exécution », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, 2017, Dalloz, pp. 131-145.

G. Borenfreund

« Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 1006.

A. Bornstein

Avec **W. Perdrizet**

« Le développement des contrats de très courte durée en France », *Lettre Trésor-Eco*, n°238, avril 2019.

B. Bossu

« Appréciation du secteur géographique en cas de mutations successives d'un salarié », *JCP S* 2006, 1666.

J. Bourdieu

Avec **T. Breda**, « Des délégués syndicaux sous-payés : une situation de discrimination stratégique ? Une analyse économétrique à partir de l'enquête REPONSE de 2010 », *Travail et emploi* 2016/1 (n° 145), pp. 31 à 58.

M. Bourgault

Avec **J. Cadot**, « La garantie de rémunération des représentants du personnel et des représentants syndicaux », *Les Cahiers Lamy du CSE*, n° 183, 1er juillet 2018.

C. Bourreau-Dubois

Avec **O. Guillot et É. Jankeliowitch-Laval**

« Le travail à temps partiel féminin et ses déterminants », *Economie et statistique* 2001, n°349-350, pp. 41 à 61.

T. Breda

« Les délégués syndicaux sont-ils discriminés ? », *Revue économique*, Presses de Sciences Po, 2014, 65 (2014/6), pp. 841-880.

Avec **J. Bourdieu**, « Des délégués syndicaux sous-payés : une situation de discrimination stratégique ? Une analyse économétrique à partir de l'enquête REPONSE de 2010 », *Travail et emploi* 2016/1 (n° 145), pp. 31 à 58.

A. Bugada

« Pour un retour aux avantages individuels acquis – Etude critique portant sur le bénéfice d'une garantie de rémunération en cas de dénonciation ou de mise en cause du statut collectif sans accord de substitution », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, 2019, LexisNexis, p. 51 et s.

F. Caballero

« Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.* 1985, p. 247.

Ch. De Cabarrus

Avec **Ch. Jamin et S. Pimont**, « Le nouveau droit des contrats - Entre pouvoir du juge, efficacité économique et justice contractuelle... », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai 2018, n° 3.

J. Cadot,

Avec **M. Bourgault**, « La garantie de rémunération des représentants du personnel et des représentants syndicaux », *Les Cahiers Lamy du CSE*, n° 183, 1er juillet 2018.

G.-H. Camerlynck

« Identité d'entreprise ou identité d'emploi ? », *D.* 1978, p. 269.

F. Canut

« Le secteur géographique », *Dr. soc.* 2011, p. 923.

A. Cayol

« Le contrat d'adhésion : un contrat spécial ? », *Revue Lamy Droit civil*, n° 160, 1er juin 2018.

H. Cavat

« Les accords de performance collective - Enseignements d'une étude empirique », *RDT* 2020, p.165.

Avec **Y. Tarasewicz**, « Controverse : L'accord de performance collective : un instrument adéquat pour gérer une crise conjoncturelle ? », *RDT* 2020, p. 584.

J.-F. Cesaro

« Le Code du travail est pavé de bonnes intentions - Loi n° 2006-340, 30 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes », *JCP S* 2006, 1273.

avec **A. Martinon**, « Le maintien de la rémunération perçue - Observations et propositions », *JCP E* 2017, 1062.

« La garantie de rémunération », *BJT* 2020, n° 4, p. 65.

Y. Chalaron

« L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail - Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, 1989, Dalloz, p. 243.

J.-M. Chonnier,

Avec **M.-N. Rouspide-Katchadourian**, « L'action de groupe dans les relations de travail : un dispositif novateur à l'efficacité incertaine », *RJS* 01/17, p. 3.

E. Clément,

« L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *JCP S*, 2017, p. 27.

B. Coquet, É. Heyer

« Controverse : quels instruments juridiques pour limiter le recours aux contrats courts ? », *RDT* 2019, p.452.

G. Cornu

« Le visible et l'invisible », *Droits – Revue française de théorie juridique* 1989, n° 10, p. 27.

G. Couturier

« Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues » : *D.* 1975, p. 151 (1ère partie), et p. 221 (2nde partie).

« Les clauses "couperet", encore... », *Dr. soc.* 1995, p. 231.

« Les finalités et les sanctions du formalisme », Journées J. Flour, *Deffrénois*, 2000, art. 37209, p. 881.

« L'article L. 122-12 du Code du travail et les pratiques d'« externalisation » », *Dr. soc.* 2000, p.845.

« Il n'est de résiliation d'un commun accord que la rupture conventionnelle - Sur l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 15 octobre 2014 », *Dr. soc.* 2015, p. 32.

« La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *Le contrat au début du XXIe siècle – Etudes offertes à J. Ghestin*, 2015, LGDJ/Lextenso éditions, p. 279.

« Le droit du licenciement économique », *Dr. soc.* 2018, p. 17.

Avec F. Géa

« Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie), À propos de la « loi travail » du 8 août 2016 », *Dr. soc.* 2017, p.X.

« Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.* 2017, p. 47.

R. Dalmasso

« Le chômage partiel entre la sauvegarde de l'emploi et le licenciement économique », *BS* 11/10.

N. Dauxerre

« Avec l'ARME, l'entrée en résistance de l'emploi », *JCP S* 2020, 2067.

D. Deroussin

« Le contrat à travers le Code civil des Français », in *Histoire de la justice* 2009, n° 19, p. 247.

M. Despax

« Groupe de sociétés et contrat de travail », *Dr. soc.* 1961, p. 596.

P. Deumier

« Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? », *RTD civ.* 2011, p. 87.

E. Dockès

« De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social : études offertes à Jean Pélissier*, 2004, Dalloz, p. 203.

G. Duchange

« La modification unilatérale du contrat de travail par l'employeur », *AJ contrat* 2020, p. 265.

« Accord de performance collective : conséquences sur le contrat de travail », *BJT* 2021, n° 5, p. 61.

V. Dumont

« Violation d'une clause de mobilité et faute grave », *JCP S* 2016, 1107.

J.-J. Dupeyroux

« La déstabilisation du droit du travail », *Dr. soc.* 1986, p. 823 ; A. Jeammaud,

P. Durand

« Le dualisme des conventions collectives », *RTD civ.* 1939, p. 353.

R. Dworkin

« Le positivisme », *Droit et Société* 1985, pp. 31-50.

F. Eymard-Duvernay

« Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ? À propos d'un rapport du Conseil d'analyse économique sur les procédures de licenciement », *Dr. soc.* 2004, p.812.

« Calculer ou débattre ? Application aux situations de recrutement et de licenciement », *in Le droit du travail confronté à l'économie*, dir. A. Jeammaud, 2005, Dalloz, p. 87.

M.-C. Escande-Varniol

« Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires et de lieu de travail », *Dr. soc.* 2002, p. 1064.

A. Fabre

« La supériorité du contrat de travail en question », *Dr. ouvr.* juin 2017, n°827.

« Les travailleurs de plateformes sont-ils des salariés ? Premières réponses frileuses des juges français », *Dr. soc.* 2018, p. 547.

« Pour l'intégration des licenciements « secondaires » dans les PSE ! », *RDT* 2019, p. 416.

M. Fabre-Magnan

« La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », *SSL* 2016, n° 1739, p. 1715

F. Favennec-Héry

« Loi Robien : création d'emplois, alternative au licenciement ou opportunité ? », *Dr. soc.* 1996, p. 999.

« Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », *RJS* 6/03, p. 459.

« Le reclassement : une mutation en cours » : *Dr. soc.* 2011, p.402.

« Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S* 2014, 1186.

« Interprétation des conventions collectives de travail : l'incertitude », *JCP G* 2015, 1352.

« Vers la reconnaissance d'un droit spécifique du transfert des salariés », *SSL* 2015, n° 1664.

« Le transfert de salariés : une convention autonome », *SSL* 2016, n° 1739.

« Les travailleurs des plateformes collaboratives : en attendant Godot », *SSL* 2020, p. 8.

Avec J. Péliissier, « L'interaction entre l'individuel et le collectif », *SSL* 2011, n° 1508, p. 81.

E. Filipetto

« Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi - Article 11, Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actif-ve-s », *RDT* 2016, p. 415.

« Délimitation du champ contractuel », *RDC* 2004, n°3, p. 723.

« Les politiques de l'emploi face à la crise sanitaire », *RDT* 2020, p.615.

E. Fraise

« La requalification des contrats précaires », *RPDS* 2006, p. 7.

J.-Y. Frouin

« Un an de jurisprudence vu par le Président de la chambre sociale », *JSL* 2017, n°443.

« Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », Contribution orale à l'occasion des Rencontres de la chambre sociale 2017, retranscrite dans le *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n°867, 15 sept. 2017, p. 9.

S. Frossard

« Les contextes de l'obligation de reclassement », *JSL* 2009, n° 261.

B. Frydman

« Le droit à la lumière de la philosophie de l'action, Indécidabilité, coopération et révision », in *L'argumentation : droit, philosophie et sciences sociales*, 2000, L'Harmattan et les Presses universitaires de Laval, pp. 145-178.

F. Gaudu

« L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXIe siècle - Etudes offertes à Jacques Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 369.

B. Gauriau

« L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 », *Dr. soc.* 2018, p. 504.

J. Gautié

« Les économistes contre la protection de l'emploi : de la dérégulation à la flexicurité », *Dr. soc.* 2005, p.3.

Avec C. Perez

« Les comptes individuels de formation : fondements et enseignements » in *Transformations et innovations économiques et sociales en Europe : quelles sorties de crise ?*, Vol. 1, 2010, Presses Universitaires de Louvain, pp.297-313, Cahiers du CIRTES n°4.

P.-Y. Gautier

« Crise du contrat... ou crise du juge et de la doctrine ? », *RDC* 2003, n° 1, p. 277.

Avec **J.-F. Cesaro**, « Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux », *D.* 2009, p. 2116.

J.-L. Gazzaniga

« Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien Régime », *Droits* 1990, n° 12, p. 37.

J. Ghestin

« La notion de contrat », *Droits – Revue française de théorie juridique* 1990, n° 12, p. 7.

« De la fixation unilatérale des prix dans l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif », *D.* 2015, p. 183.

F. Géa

« Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement - Une manifestation du "principe de l'ultime remède" », *RJS* 7-8/00, p. 511.

« L'activité réduite pour le maintien en emploi - Loi n° 2020-734 du 17 juin 2020, art. 53 », *RDT* 2020, p.471.

« L'activité partielle, face à la crise », *RDT* 2020, p. 250.

« Accord de performance collective et accord de substitution (en cas de transfert d'entreprise) », *RJS* 05/20.

Avec **F. Canut**, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.* 2017, p. 47.

avec A. Lyon-Caen

« Philippe Waquet, tel qu'en lui-même », *RDT* 2021, p.159.

Avec **M.-F. Mazars**, « Contrat de travail et normes collectives », *BICC*, 1^{er} oct. 2012.

Th. Genicon

« Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », *D.* 2010, p. 2485.

G. Guerlin

« Le contrat est une convention, mais toutes les conventions ne sont pas des contrats... », *L'ESSENTIEL Droit des contrats* 2016, n°03, p. 2.

F. Guiomard

« Temps de travail et emploi, un objet conventionnel problématique (loi du 11 juin 1986 dite Robien) », *Dr. soc.* 1998, p. 1052.

« L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *RDT* 2016, p. 52.

M. Hauriou

« L'institution et le droit statutaire », *Recueil de la Législation de Toulouse*, 2^e série, T. 11, 1906, p. 134.

- « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925.

F. Héas

« Les obligations de reclassement en droit du travail », *Dr. soc.* 1999, p.504.

S. Horn

« La distinction entre onérosité excessive et coût manifestement disproportionné dans le nouveau droit des contrats », *AJ contrat* 2019, p.333.

E. Houssard

« L'économie du contrat », *Revue Juridique de l'Ouest* 2002, n° 1, pp. 7-65.

M. Humbert

« Justice et droit dans la pensée de Cicéron », *Histoire de la justice* 2012/1, n° 22, p. 125.

J. Icard

« Tout n'est pas contractuel dans le contrat : confirmation de la non-incorporation des dispositions conventionnelles en matière d'intéressement », *Bulletin Joly Travail* 2019, p. 9

Ch. Jamin

« Cession de contrat et consentement du cédé », *D.* 1995, Chron. p. 131.

« Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et patr.* 1998, p. 58.

« Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé », *D.* 1998, p. 145.

« Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. S. Rials et D. Alland, 2003, PUF, pp. 380-384.

A. Jeammaud

« Le droit du travail en changement - Essai de mesure », *Dr. soc.* 1998, p. 207.

« Le contrat de travail, une puissance moyenne », in *Analyse juridique et valeurs en droit social - Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, 2004, Dalloz, p. 299.

« De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », *RDT* 2016, p. 239.

É. Jeansen

Avec **Y. Pagnerre**, « Des avantages individuels acquis au maintien de la rémunération annuelle : une notion byzantine chasse l'autre », *JCP S* 2016, 1420.

E. Jeuland

« L'action de substitution des syndicats à la place des salariés », *JCP G* 2001, 10451.

L. Josserand

« Le contrat dirigé », *DH* 1933, chron., p. 89.

H. Kelsen

« La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. droit* 1940, p. 33.

« Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Droit et Société* 1992 (rééd. 1953), p. 551.

Ch. Lachièze

« L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », *D.* 2000, p. 184.

X. Lagarde

« Aspects civilistes des relations individuelles de travail », *RTD Civ.* 2002, p.435.

Ph. Langlois

« Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation », *Dr. soc.* 1975, p. 283.

C. Larroumet

« La cession de contrat : une régression du droit français ? » in *Mélanges Michel Cabrillac*, 1999, Dalloz-Litec, p. 151 s.

R. Lebègue

« Compte-rendu de Montesquieu. — Cahiers (1716-1755), textes recueillis et présentés par Bernard Grasset », *Annales de Bretagne et des pays de l'Ouest* 1942, n° 49-1, pp. 223-224.

Y. Lequette

« Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé – Mélanges offerts à Paul. Didier*, 2008, Economica, p. 273.

A. Leuchter

« Action de groupe – discrimination : crash test dans la quatrième dimension », *BJT* 2021, n° 2, p. 30.

L. Leveneur

« Le forçage de contrat », *Dr. et patr.* 1998, n° 58, p. 69 s.

G. Loiseau

« Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2016, 602.

« Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP S* 2015, 1468.

« Droit civil et droit du travail : une relation instable », *Dr. soc.* 2019, p. 477.

P. Lokiec

« Le chômage partiel : pour une autre approche », *Dr. soc.*, 2009, p.393.

« Qui dit conventionnel dit juste ! » L'avènement d'un nouveau dogme, *JCP S* 2015, act. 129.

« Accord collectif et contrat de travail », *Dr. Soc.* 2017, p. 1024

« Vers un nouveau droit du travail ? », *D.* 2017, p. 2109.

« Le ressort de la clause de mobilité géographique », *BJT* 2020, p. 6.

« L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *SSL* 2020, n° 1918.

P. Lopes

« L'accord de performance collective aux prises avec le refus du salarié », *JCP S* 2020, 3051.

A. Lyon-Caen

A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 69.

« Le droit et la gestion des compétences », *Dr. soc.* 1992, p. 573.

« L'emploi comme objet de la négociation collective », *Dr. soc.* 1998, p.316.

« Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail », *in Analyse juridique et valeurs en droit social : études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004.

G. Lyon-Caen

« Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. phil. dr.* 1968, Tome XIII, Sirey, p. 59.

« L'obligation implicite », *Arch. phil. dr.* 2000, n° 44, p. 109.

S. Maillard-Pinon

« Le mode de calcul de la prime d'intéressement peut-il être contractualisé ? » *RDT* 2019, p.249

Ph. Malaurie

« Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G* 2008, 204.

D. Martin

Avec **M. Mercat-Bruns**, « Approche comparative du droit de la non-discrimination deuxième partie », *RDT* 2009, p.58.

A. Martinon

« L'organisation de la mobilité dans les groupes », *JCP S* 2013, 1079.

« Emploi et licenciements économiques », *Dr soc.* 2016, p. 324.

Avec **J.-F. Cesaro**, « Le maintien de la rémunération perçue - Observations et propositions », *JCP E* 2017, 1062.

« La garantie de rémunération », *BJT* 2020, n° 4, p. 65.

J. Mayade-Claustre, « Le corps lié de l'ouvrier. Le travail et la dette à Paris au XVe siècle », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2005/2 (60e année), p. 383-408.

A. Mazeaud

« Modification du contrat, changement des conditions du contrat et vie personnelle », *Dr. soc.* 2004, p. 77.

D. Mazeaud

« L'arrêt Canal "moins" ? », *D.* 2010, p. 2481.

« Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, n° 1, p. 295.

M. Mekki

« La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p.900.

« L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016, p. 494.

M. Mercat-Bruns

« Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ? », *D.* 2017, p.224.

Avec **D. Martin**, « Approche comparative du droit de la non-discrimination deuxième partie », *RDT* 2009, p.58.

« Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ? », *D.* 2017, p.224.

J. Mestre

« L'économie du contrat », *RTD civ.* 1996, p. 901.

K. Milin

« CDD, CDI : comment évoluent les embauches et les ruptures depuis 25 ans ? », *DARES Analyses*, juin 2018, n°26.

N. Moizard

« Les discriminations indirectes : la mission complexe des partenaires sociaux dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2020, p.320.

M. Morand

« Il y a astreinte et astreinte ! », *JCP S* 2010, 1365.

« L'APC, un accord né sous X », *SSL* 2020, n°1933, p. 8.

« Propositions pour une adaptation du droit de la négociation collective », *SSL* 2019, p. X.

Avec **G. François**, « La modification du contrat de travail – L'accord de performance collective », *Liaisons sociales Les Thématiques*, n°58, avril 2018, p. 101.

A. Mordechai Rabello

« Montesquieu et la codification du droit privé (le Code Napoléon) », *Revue internationale de droit comparé* 2000, n° 52-1, pp. 147-156.

J. Morin

« La réglementation conventionnelle du contrat de travail – Première partie », *Dr. soc.* 2020, p. 936.

P. Morvan

« Les non-dits de l'article L. 122-12 : nullité et fraude », *RJS* 2006, p. 647.

« Application conventionnelle de l'article L. 122-12 et accord du salarié : plaidoyer pour un revirement », *JCP S* 2006, n°1964.

« Actualité du transfert conventionnel d'entreprise », *Cah. soc.* sept. 2017, n° 299, p. 431.

« Plan de sauvegarde de l'emploi (groupe de sociétés) : notion de contrôle effectif », *D.* 2017, p. 1922.

« Refus d'une modification du contrat : attention à la motivation de la lettre de licenciement ! », *JCP S* 2019, 1179.

J. Mouly

« Contrat de travail. Clause de non-concurrence. Absence de contrepartie financière. Nullité relative. Interdiction pour l'employeur de se prévaloir de la nullité de la clause », *Dr. soc.* 2006, p. 463.

« La survie de la clause de non-concurrence en dépit de la disparition de l'entreprise », *Dr. soc.* 2015, p. 374.

« Vers une résurrection de la jurisprudence Le Berre ? (À propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 23 octobre 2015) », *Dr. soc.* 2016, p. 27.

« La modification du contrat de travail consécutive au transfert d'entreprise : quelle cause de licenciement en cas de refus du salarié ? », *Dr. soc.* 2016, p. 775.

« Mentions obligatoires dans les CDD d'usage : mansuétude de la Cour de cassation pour l'employeur », *Dr. soc.* 2017, p.1077.

« Le licenciement consécutif au refus du salarié d'accepter une modification de son lieu de travail lié à un transfert d'entreprise : retour à l'orthodoxie juridique », *Dr. soc.* 2019, p.657.

L. Murlot

« Les contrats aidés en 2018 Poursuite de la baisse des recrutements », *DARES Résultats*, nov. 2019, n°54).

Avec H. Yildiz

« Quelles sont les conditions d'emploi des salariés à temps partiel ? », *DARES Analyses*, août 2020, n°25.

J.-F. Niort

« Retour sur « l'esprit » du Code civil des Français », *in Histoire de la justice* 2009, n° 19, p. 121.

J.-M. Olivier

« Requiem pour la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 "modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée". Chronique d'une "petite mort" programmée de la cause réelle et sérieuse de licenciement », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, 2019, LexisNexis, p. 291.

B. Oppetit

« L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *JDI* 1974, p. 794 s.

Y. Pagnerre

« Le secteur géographique : la fin d'un mystère ? », *RDT* 2017, p. 181.

« Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.* 2016, p.727.

« Droit des contrats et accords collectifs, regards croisés », in *Mélanges en l'honneur du Professeur B. Teyssié*, 2019, LexisNexis, p. 315

« Les accords de performance collective », *Dr. soc.* 2018, p. 694.

Avec **É. Jeansen**, « Des avantages individuels acquis au maintien de la rémunération annuelle : une notion byzantine chasse l'autre », *JCP S* 2016, 1420.

L. Pécaut-Rivolier

« Regards du juge judiciaire sur l'accord collectif », *Dr. soc.* 2020, p. 507.

S. Pélicier-Loevenbruck

Avec **Ch. Dumel**

« Comment rédiger et appliquer l'accord de mobilité interne ? », *Les Cahiers du DRH*, n° 210, 1^{er} juin 2014.

« Financement : priorités et modalités », *Les Cahiers du DRH*, n° 262, 1^{er} mars 2019.

J. Pélissier

« Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat - La sanction du droit*, 2001, PUF, p. 101 et s.

« Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS* 1/04, p. 3.

« La détermination des éléments du contrat de travail », *Dr. ouvr.* 2005, p. 92.

« Le lien d'emploi » in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra. Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 337.

Avec **F. Favennec-Héry**, « L'interaction entre l'individuel et le collectif », *SSL* 2011, n° 1508, p. 81.

J.-F. Perrin

« Définir le droit...selon une pluralité de perspectives », *Droits – Revue française de théorie juridique* 1989, n° 10, p. 63.

F. Petit

« Le droit à l'accompagnement professionnel », *Dr. soc.* 2020, p.390.

« Le devoir de travailler », *Dr. soc.* 2019, p. 103.

S. Pimont

Avec **Ch. De Cabarrus** « Le nouveau droit des contrats - Entre pouvoir du juge, efficacité économique et justice contractuelle... », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai 2018, n° 3.

Avec **Ch. De Cabarrus** et **Ch. Jamin**, « Le nouveau droit des contrats - Entre pouvoir du juge, efficacité économique et justice contractuelle... », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mai 2018, n° 3.

F. Pollaud-Dulian

Avec **A. Ronzano** « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.* 1996, p. 180 à 210.

Ch. Radé

« La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001, p. 802.

« Délimitation du champ contractuel », *RDC* 2004, n°3, p. 723.

« La possibilité d'une île », *Dr. soc.* 2009, p. 930.

« L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », *La lettre juridique*, février 2016, éd. n°645.

« Renforcer l'attractivité du contrat de travail à durée indéterminée », *Dr. soc.* 2016, p.496.

« Entre espoir et désespoir », *Dr. soc.* 2019, p.475.

J.-E. Ray

« Du collectif à l'individuel. Les oppositions possibles », *Dr. soc.* 1998, p. 347.

« Devoirs d'adaptation et obligations de reclassement », *Dr. soc.* 2008, 949.

« Sea, sex and... contrat de travail », *SSL*, n° spéc. 2009, n° 1403, p. 11.

V. Roche

« L'accord d'intéressement prime sur le contrat de travail », *JSL* 2019, n° 474.

D. Ronet-Yague

« L'absence de contractualisation du mode de calcul d'une prime d'intéressement », *Gazette du Palais* 2019, p. 75.

A. Ronzano

Avec **F. Pollaud-Dulian**, « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.* 1996, p. 180 à 210.

G. Rouhette

« Droit de la consommation et théorie générale du contrat », *in études Rodière*, 1981, Dalloz, p. 255.

« La révision conventionnelle du contrat » *in Revue internationale de droit comparé. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 12e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986)*, avril-juin 1986, vol. 38 n°2, pp. 369-408.

M.-N. Rouspide-Katchadourian

Avec **J.-M. Chonnier**, « L'action de groupe dans les relations de travail : un dispositif novateur à l'efficacité incertaine », *RJS* 01/17, p. 3.

C. Roy-Loustaunau

« Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée : requalification-interprétation et requalification-sanction », *Revue de recherche juridique* 1992, n°3, p. 866.

« Contrat de travail à durée déterminée : requalification-sanction et qualification », *Dr. soc.* 2003, p.465.

P. Rozec

« Indépendance, interaction ou imbrication de l'accord individuel, de l'accord collectif et de la loi ? Pour une contextualisation du contrat de travail », *JCP S* 2016, n°1152.

B. Saintourens

« Les aspects de droit des sociétés de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats », *BJS* juin 2018, p. 373.

G. Santoro,

« La loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel : de nouvelles exigences pour l'égalité salariale entre les femmes et les hommes », *RDT* 2019, p.190.

J. Savatier

« La requalification des contrats à durée déterminée irréguliers », *Dr. soc.* 1987, p. 407.

« Contrat de travail. Lieu du travail. Portée d'une autorisation d'effectuer partiellement le travail au domicile du salarié », *Dr. soc.* 2005, p. 819.

H. Sinay

« Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise », *JCP* 1961, 1647.

J.-F. Spitz

« Le contrat social », *Droits – Revue française de théorie juridique* 1990, n° 12, p. 25.

Ph. Stoffel-Munck

« La réforme en pratique », *AJCA* 2015, p.26.

A. Supiot

« Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990, p. 485.

« 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, Les éditions de l'Atelier, 1998, p. 265 et s.

A. Tadros

« La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : quelques incidences sur la pratique des affaires », *D.* 2018, p. 1162.

F. Terré

« Une pyramide », *Droits – Revue française de théorie juridique* 1990, n° 11, p. 63.

C. Terrenoire

« Index d'égalité des rémunérations femmes-hommes, quels particularités et enjeux en 2021 ? », *JCP S* 2021, 106.

B. Teyssié

« Variations sur le groupe en droit du travail », *JCP S* 2013, 1076.

S. Tournaux

« Chronique d'actualité du contrat de travail », *Dr. soc.* 2014, p. 11.

« De quelques précisions quant au régime de la requalification en contrat à durée indéterminée », *RDT* 2016, p. 477.

« Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », *Dr. soc.* 2016, p. 650.

« Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat », *Dr. soc.* 2017, p. 688.

« Les transformations de l'action en requalification du CDD : du curatif au préventif », *RDT* 2017, p.415.

« Activité partielle en période de crise sanitaire : rupture ou continuité ? », *RDSS* 2020, p. 954.

« La scission du contrat de travail en cas de transfert partiel d'activité », *Dr. soc.* 2021, p. 28.

« CDD : la mention de la qualification du salarié remplacé », *Dr. soc.* 2021, p. 374.

R. Vatinet

« L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat de travail », *JCP S* 2016, n°1151.

M. Véricel

« Une clause du contrat de travail peut-elle autoriser l'employeur à procéder unilatéralement à un passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour », *RDT* 2019, p.495.

« Effets de la référence du contrat de travail aux dispositions du règlement intérieur », *Dr. soc.* 2004, p.834.

« Effet de la référence du contrat de travail aux dispositions d'un accord collectif d'intéressement », *Dr. soc.* 2019, p. 443.

P-Y. Verkindt

« La sécurisation des parcours professionnels et mobilité dans l'entreprise », *SSL* 2008, n°1348.

Ch. Vigneau

« L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 2004, p.706.

J. Voldoire

« Émergence, articulation et usages des critères de discrimination à l'aune de leur multiplication : compte rendu du colloque 'Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives' » (18 et 19 janvier 2018) organisé par le Défenseur des droits et la mission de recherche droit et justice, *Les cahiers de la LCD*, vol. 9, no. 1, 2019, pp. 103-117.

Ph. Waquet

« Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 05/99, p.383 ;

« La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* 12/96, p.798.

« Libres propos sur l'externalisation », *SSL* 2000, n°999, p. 7.

« Le droit du travail et l'économie à la Cour de cassation », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, dir. A. Jeammaud, 2005, Dalloz, p. 115.

« Variations sur le thème de la modification du contrat de travail », *Dr. ouvr.*, 2007, p. 175.

2 : Articles étrangers

William H. Lawrence, "Cure after Breach of Contract under the Restatement(Second) of Contracts: An Analytical Comparison with the Uniform Commercial Code" (1986). *Minnesota Law Review*. 2570.

Vickers L (2008) *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*. Oxford: Hart Publishing Ltd.

L. Wilner, “Worker-firm matching and the parenthood pay gap: Evidence from linked employer-employee data”, *Journal of Population Economics*, 2016, n°29(4), pp. 991–1023.

E : Rapports, études et travaux institutionnels

Rapport au Président de la République accompagnant l’ordonnance n° 82-130 du 5 février 1982 modifiant les dispositions du Code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi que certaines dispositions du code civil.

Rapport n°57 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi quinquennale, relatif au travail, à l’emploi et à la formation professionnelle, par MM. Louis Souvet et Jean Madelain, déposé le 27 octobre 1993.

L’apprentissage tout au long de la vie : aspects économiques et financiers, décembre 2001, Etude OCDE.

O. Blanchard et J. Tirole, Rapport sur les procédures de licenciement économique, Conseil d’analyse économique, 2003.

Rapport d’information n° 429 de Mme Gisèle Gautier, fait au nom de la délégation aux droits des femmes, déposé le 28 juin 2005, p. 27.

B. Seillier, Formation professionnelle : le droit de savoir, Rapport d’information fait au nom de la mission commune d’information sur le fonctionnement des dispositifs de formation professionnelle, 2007.

Etude annuelle du Conseil d’Etat, Le droit souple, 2013.

Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l’Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif au dialogue social et à l’emploi, Par Mme Catherine Procaccia, enregistré à la Présidence du Sénat le 10 juin 2015.

J.-D. Combrexelle, La négociation collective, le travail et l’emploi, Rapport au Premier ministre, sept. 2015, France stratégie.

J.-F. Cesaro, Propositions pour le droit du renouvellement et de l’extinction des conventions et accords collectifs de travail : rapport 22 janv. 2016.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

FFP et Roland Berger, Rapport Formation Professionnelle - Faire décoller l'investissement dans les compétences - Diagnostics et propositions, octobre 2017.

L. Prud'homme et L. Taphanel, Observatoire des trajectoires professionnelles - Quels accompagnements des trajectoires professionnelles en France ? mai 2018.

France Stratégie, Note d'étape sur les travaux du comité d'évaluation- Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, déc. 2018.

Rapport public annuel de la Cour des comptes, La mise en œuvre des contrats aidés : un recentrage nécessaire sur l'objectif d'insertion professionnelle, 2018.

Insee, rapport Formations et emploi, édition 2018.

Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale de la Cour des comptes de 2018.

Entreprises, enfants : quels rôles dans les inégalités salariales entre femmes et hommes ? Insee analyses, février 2019.

L'égalité professionnelle est-elle négociable ? Enquête sur la qualité et la mise en œuvre d'accords et de plans égalité femmes-hommes élaborés en 2014-2015, Rapport Dares, avril 2019.

Rapport d'information n° 653 de Mmes Agnès Canayer, Nathalie Delattre, Corinne Féret et Pascale Gruny, fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois, déposé le 10 juillet 2019.

France Stratégie, Rapport intermédiaire du comité d'évaluation - Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, juill. 2020, p. 73.

Rapport annuel d'activité du Défenseur des droits 2020.

F : Notes de jurisprudence, observations et conclusions

P. Adam

Cass. soc., 6 févr. 2013 : *Bull. civ. V* n°311 ; *RDT* 2013, p. 630, note.

V. Antoine-Lemaire

Cass. soc., 30 nov. 2004 : *Bull. civ. V*, n°305 ; *D.* 2005, Somm. p. 2189, obs.

P.-H. Antonmattéi

Cass. soc., 25 nov. 2015, n°14-24.444 : *Dr. soc.* 2016, p. 457, étude.

G. Auzero

Cass. soc., 3 juin 2009, n°08-40.981 : *RDT* 2009, p. 507, obs. G. Auzero.

Cass. soc., 8 avril 2015 : *Bull. civ. V* 2016, n° 834 ; *RDT* 2015, n°604, chron.

L. Aynès

Cass. AP, 1^{er} déc. 1995, n°91-15.578, n°91-15.999, n°93-13.688, n°91-19.653 : *D.* 1996, p. 13, concl. Jéol, note.

J. Barthélémy

Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 08-43.161 : *Dr. soc.* 2011, p. 151, note.

F. Benoît-Rohmer

CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11, *Ring* et C-337/11, *HK Danmark* : *RTD eur.* 2015, p. 175, obs.

A. Boujeka

CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11, *Ring* et C-337/11, *HK Danmark* : *D.* 2013, p. 1388, note.

D. Boulmier

Cass. soc., 1^{er} févr. 2000, *scté Servair* : *Bull. civ. V*, n° 53 ; *JCP E* 2001, p. 760, note.

C. Boutayeb

CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11, *Ring* et C-337/11, *HK Danmark* : *RDT* 2013, p. 657, obs.

T. Bonneau

Cass. 3^e civ., 15 déc. 1995 : *Bull. civ. III*, n° 236, p. 158, *Dr. sociétés* 1996, n° 3, obs.

B. Bossu

Cass. soc., 7 juin 2006, *Graas c. Association Aliance* : *Bull. civ. V*, n°209 ; *JCP S* 2006, 1917, obs.

F. Bousez

Cass. soc., 21 septembre 2017 : *Bull. civ. V*, n°163 ; *JCP S* 2017, 1409, note.

A. Bugada

Cass. soc., 6 févr. 2013 : *Bull. civ. V* n°311 ; *Procédures* 4/13, p. 107, comm.

Cass. soc., 25 nov. 2015, n°14-24.444 : *JCP E* 2016, 1146, note.

F. Canut

Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 08-43.161 : *RDT* 2010, p. 725, obs.

J.-F. Cesaro

Avec **P.-Y. Gautier**, Cass. soc., 3 juin 2009, n°08-40.981 : *D.* 2009, p. 1530, chron.

V. Champeil-Desplats

Cons. const. 13 janv. 2005, n°2004-509 DC : *AJDA* 2005, p. 905, note.

Y. Chartier

Cass. 3^e civ., 15 déc. 1995 : *Bull. civ. III*, n° 236, p. 158, *Rev. sociétés* 1996, p. 306, note.

G. Couturier

Cass. soc., 1^{er} févr. 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 231.

Cass. soc., 8 janv. 1997, n°93-44.009 : *Dr. soc.* 1997, p. 323, obs.

Cass. soc., 30 mars 1999 : *Bull. civ. V*, n° 146, *Dr. soc.* 1999, p. 635, obs.

Cass. soc., 7 avr. 2004, n°01-44.191 : *Dr. soc.* 2004, p. 670, obs.

Cons. const. 13 janv. 2005, n°2004-509 DC : *Dr. soc.* 2005, p. 403, étude.

Cass. soc., 5 avr. 2005 : *Bull. civ. V*, n° 124 ; *Dr. soc.* 2005, p. 701, obs.

Cass. soc., 24 juin 2008, n°06-45.870 : *Dr. soc.* 2009, p.116, obs.

E. Dockès

Cass. soc., 3 nov. 2011 : *Bull. civ. V*, n°246 ; *Dr. soc.* 2012, p. 147, note.

B. Edelman

Cass. soc., 3 juin 2009, n°08-40.981 : *D.* 2009, p. 2517, note.

M.-C. Escande-Varniol

Cass. soc., 22 janv. 2003 : *Bull. civ. V*, n° 15, p. 15 ; *D.* 2003, p. 1659, obs.

Cass. soc., 7 juin 2006, *Graas c. Association Aliance* : *Bull. civ. V*, n°209 ; *D.* 2006, p. 3041, note.

Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.079, *D.* 2019. p.177, note.

A. Fabre

Cass. soc., 2 déc. 2009, n°08-43.722 : *RDT* 2010, p. 166, note.

Cass. soc., 30 nov. 2017, n°16-20.532 : *RDT* 2018, p. 56.

F. Favennec-Héry

Cass. soc., 29 janv. 1997 : *Bull. civ. V*, n° 39 ; *Dr. soc.* 1997, p. 311, note.

Cass. soc., 25 nov. 1997 : *Bull. civ. V*, n°396 ; *Dr. soc.* 1998, p. 82, obs.

Cass. soc., 2 déc. 2003 : *Bull. civ. V*, n° 308 et 309 ; *Dr. soc.* 2004, p. 279, étude.

Cass. soc., 7 juin 2006, *Graas c. Association Aliance* : *Bull. civ. V*, n°209 ; *Dr. soc.* 2006, p. 926, obs.

J.-Y. Frouin

Cass. soc., 24 juin 2008, n°06-45.870 : *RDT* 2008, p.598, obs.

Cass. soc., 4 mars 2009, n°07-42.381 : *RDT* 2009, p.306, obs.

S. Frossard

Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 08-43.161 : *D.* 2011, p. 219, note.

M. Galy

Cass. soc., 21 septembre 2017 : *Bull. civ. V*, n°163, p. 196 ; *RDT* 2017, p.717.

P.Y. Gautier

Cass. com., 24 nov. 1998 : *RTD civ.* 1999, p. 646, obs.

F. Géa

Cass. soc., 18 janv. 2011, n°09-69.199 : *SSL* 2011, n°1476, p.9, obs.

B. Géniaut

Cass. soc., 4 février 2015, n°13-25.621 : *RDT* 2015, p. 252, note.

Th. Génicon

Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369 : *D.* 2010, p. 2485, note.

J. Ghestin

Cass. AP, 1^{er} déc. 1995, n°91-15.578, n°91-15.999, n°93-13.688, n°91-19.653 : *JCP* 1996. II. 22565, concl. Jéol, note.

Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369 : *JCP* 2011, n°3, p. 126, note.

J. Icard

Cass. soc., 6 nov. 2013 : *Bull. civ.* V, n°259 ; *Cah. soc.* 12/2013, note.

B. Ines

Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 08-41.046 : *D.* 2009, p. 1282, obs.

Ch. Jamin

Avec **M. Billiau**

Cass. com., 6 mai 1997 : *Bull. civ.* IV 1997, n° 117 p. 104 *D.* 1997, p. 58, note.

E. Jeuland

Cass. soc., 1^{er} févr. 2000, *scté Servair* : *Bull. civ.* V, n° 53 ; *JCP G* 2001, n°10451, note.

M. Kocher

Cass. soc., 15 avr. 2015 : *Bull. civ.* V, n° 78, *RDT* 2015, p. 541, obs.

P. Le Cannu

Cass. 3^e civ., 15 déc. 1995 : *Bull. civ.* III, n° 236, p. 158, *BJS* 1996, p. 140, note.

Cass. soc., 6 févr. 2013 : *Bull. civ.* V n°311 ; *Dr. soc.* 2013, p. 415, obs.

L. Leveneur

Cass. AP, 1^{er} déc. 1995, n°91-15.578, n°91-15.999, n°93-13.688, n°91-19.653 : *JCP E* 1996. II. 776, note.

Cass. com., 6 mai 1997 : *Bull. civ.* IV 1997, n° 117 p. 104 ; *CCC* 1997, comm. 146, obs.

Ph. Lhernould

Cass. soc., 17 avril 2019, n°17-17.880, 17-17.881, 17-17.882, 17-17.884, 17-17.885, 17-17.886 : *Bull. civ.* V 2019, n°655 ; *JSL* 2019, n°478-5, obs.

P. Lokiec

Cass. soc., 3 nov. 2011 : *Bull. civ.* V, n°246 ; *D.* 2012, p. 67, note.

Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.079 : *D.* 2019, p. 963, obs.

Avec J. Porta

Cass. soc., 6 avril 2011, n°09-66.818 : *D.* 2012, p. 901, obs.

. Cass. soc., 19 déc. 2012, n° 10-20.526, *Radio France c/ Prutner* : *Bull. civ.* V, n° 341 ; *D.* 2013, p. 92 ; *ibid.* , p. 1026, obs.

Cass. soc., 25 juin 2013, n°12-13.968 : *D.* 2014, p. 1115, obs.

A. Martinon

Cass. soc., 2 déc. 2009, n°08-43.722 : *JCP S* 2010, p. 1112, note.

A. Mazeaud

Cass. soc., 11 mars 2003 : *Bull. civ.* V 2003, n°86 ; *Dr. soc.* 2003, p. 474, rapp. P. Bailly ; *ibid.* p. 482, chron.

Cass. soc., 9 nov. 2005, n°03-47.732, *Securitas*: *Dr. soc.* 2006, p. 518, note.

Cass. soc., 2 déc. 2009, n°08-43.722 : *Dr. soc.* 2010, p. 350, obs.

Cass. soc., 30 mars 2010, n°08-44.227 : *Dr. soc.* 2010, p. 856, obs.

D. Mazeaud

Cass. com., 6 mai 1997: *Bull. civ.* IV 1997, n° 117 p. 104 ; *Deffrénois* 1997, art. 36633, note.

Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369 : *RDC* 2011, p. 2481, note.

J. Mestre

Cass. com., 3 nov. 1992 : *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *RTD civ.* 1993, 124, obs.

Cass. AP, 1^{er} déc. 1995, n°91-15.578, n°91-15.999, n°93-13.688, n°91-19.653 : *RTD civ.* 1996. 153, obs.

Cass. com., 6 mai 1997: *Bull. civ.* IV 1997, n° 117 p. 104 ; *RTD. civ.* 1997, p. 936, obs.

M. Morand

Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 08-43.161 : *JCP S* 2010, 1466, note.

P. Morvan

Cass. soc., 9 nov. 2005, n°03-47.732, *Securitas*: *JCP S* 2006, n°1947, note.

Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 08-41.046 : *JCP S* 2009, 1339, note.

Cass. soc., 30 mars 2010, n°08-44.227 : *JCP S* 2010, p. 1297, note.

Cass. soc., 17 avril 2019, n°17-17.880, 17-17.881, 17-17.882, 17-17.884, 17-17.885, 17-17.886 : *Bull. civ. V* 2019, n°655 ; *JCP S* 2019, p. 1179, obs.

J. Mouly

Cass. soc., 16 mai 1991, n°89-44.485 : *Dr. soc.* 1994, p. 863, obs.

Cass. soc., 17 oct. 2000 : *Bull. civ. V*, n°334, *D.* 2001, p. 2061, note.

Cass. soc., 6 févr. 2013 : *Bull. civ. V* n°311 ; *Dr. soc.* 2013, p. 415, obs.

Cass. soc., 21 janv. 2015, n°13-26.374 : *Dr. soc.* 2015, p. 374, obs.

Cass. soc., 15 avr. 2015 : *Bull. civ. V*, n° 78, *Dr. soc.* 2015, p. 559, obs.

Cass., AP, 23 oct. 2015 : *Bull. civ. AP*, n° 6, p. 19 ; *Dr. soc.* 2016, p. 27, étude.

Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n°14-21.143 : *Dr. soc.* 2016, p. 775, obs.

Cass. soc., 8 juin 2016, *Société SGI ingénierie c/ Mme X. et Pôle emploi Rhône-Alpes* : *Bull. civ. V*, n° 129, p. 144 ; *Dr. soc.* 2016, p. 779, obs.

Cass. soc., 17 avril 2019, n°17-17.880, 17-17.881, 17-17.882, 17-17.884, 17-17.885, 17-17.886 : *Bull. civ. V* 2019, n°655 ; *Dr. soc.* 2019, p. 657, note.

Avec J.-P. Maguénaud

Cass. soc., 12 janv. 1999, *Spileers* : *Bull. civ.* 1999, n° 7 ; *D.* 1999, p. 645, note.

J. Pélissier

Cass. soc., 7 juin 2006, *Graas c. Association Aliance* : *Bull. civ. V*, n°209 ; *RDT* 2006, p. 313, obs.

J.-F. Perrin

Cass. soc., 8 mars 2017, n°15-18.560 : *JCP E* 2017, p. 1339, note.

P. Pic

Cass. civ., 6 juill. 1931, *Préfet de la Haute-Garonne c. Bardou* : *DP* 1931, n°1, p. 131, note.

X. Prétot

Cons. const. 13 janv. 2005, n°2004-509 DC : *Dr. soc.* 2005, p. 371, étude.

Avec G. Couturier

Cass. AP, 16 mars 1990 : *Bull. civ.* V, n° 4 ; obs.

Ch. Radé

Cass. soc., 26 oct. 1999, n°97-45.457 : *Dr. soc.* 2000, p. 381, note.

Cass. soc., 2 juill. 2002, *Saucier c. Fidal* : *Bull. civ.* V, n°229 ; *Dr. soc.* 2002, p. 998, obs.

Cass. soc. 3 juin 2003 : *Bull. civ.* V, n° 185 ; *RDC* 2004, p. 381, obs.

Cass. soc., 17 nov. 2004 : *Dr. soc.* 2005, p. 227, obs.

Cass. soc., 3 juin 2009, n°08-40.981 : *Dr. soc.* 2009, p. 930, note.

Cass. soc., 3 févr. 2010 : *Bull. civ.* V, n° 31, p.35; *Dr. soc.* 2010, p. 470, obs.

Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.079 : *Dr. soc.* 2019 p.185, tribune.

Cass. soc., 9 mai 2019, n°17-27.448 : *Dr. soc.* 2019, p. 641, note.

J.-E. Ray

Cass. soc., 12 janv. 1999, *Spileers* : *Bull. civ.* 1999, n° 7 ; *Dr. soc.* 1999, p. 287, obs.

H. Rihal

Avec J. Charruau

CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11, *Ring* et C-337/11, *HK Danmark* : *RDSS* 2013, p. 843, note.

Cl. Roy-Loustaunau

Cass. soc., 1^{er} févr. 2000, *scté Servair* : *Bull. civ.* V, n° 53 ; *Dr. soc.* 2000, p. 516, note.

Cass. soc., 30 oct. 2002, n°00-45.572 : *Dr. soc.* 2003, p. 473, obs.

Cass. soc., 30 avril 2003 : *Bull. civ.* V, n°149 ; *Dr. soc.* 2003, p. 880, obs.

Cass. soc., 30 nov. 2004 : *Bull. civ.* V, n°305 ; *Dr. soc.* 2005, p. 212, obs.

Cass. soc., 1^{er} déc. 2005 : *Bull. civ.* V n°344 ; *Dr. soc.* 2006, p. 442, obs.

Y. Saint-Jours

Cass. soc., 8 oct. 1987, *Raquin et Trappiez c. Ste Jacques Marchand* : *Bull. civ.* V, n°541, *D.* 1988, p. 57, note.

J. Savatier

Cass. soc., 20 mars 1961 : *Bull. civ.* V, n° 377, *Dr. soc.* 1961, p. 424, note.

Cass. soc., 10 févr. 1965 : *Dr. soc.* 1965, p. 446, obs.

Cass. soc., 20 nov. 1986 : *Dr. soc.* 1987, p. 375, note.

Cass. soc., 8 oct. 1987, *Raquin et Trappiez c. Ste Jacques Marchand* : *Bull. civ.* V, n°541, *Dr. soc.* 1988, p. 135, note.

Cass. soc., 14 juin 2000 : *Bull. civ.* V, n° 228, *Dr. soc.* 2000, p. 1026, obs.

Cass. soc., 9 mai 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 798, note.

Cass. soc., 21 mai 2002 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 169 ; *Dr. soc.* 2002, p. 902, obs.

Cass. soc., 22 janv. 2003 : *Bull. civ.* V, n° 15, p. 15 ; *Dr. soc.* 2003, p. 433, obs.

Cass. soc., 2 déc. 2003 : *Bull. civ.* V, n° 308 et 309 ; *Dr. soc.* 2004, p. 318, obs.

Cass. soc., 3 juin 2003, n°01-43.573 et 01-40.376 : *Dr. soc.* 2003, p. 884, obs.

E. Savaux

Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369 : *RDC* 2011, p. 34, obs.

M. Serna

Cass. soc., 3 juin 2009, n°08-40.981 : *D.* 2009, p. 1530, obs.

Ph. Stoffel-Munck

Cass. com., 29 juin 2010, n°09-67.369 : *Dr. et patr.* 2011, p. 68, obs.

S. Tournaux

Cass. soc., 3 nov. 2011 : *Bull. civ.* V, n°246 ; *RDT* 2012, p. 31, obs.

Cass. soc., 25 juin 2013, n°12-13.968 : *Dr. soc.* 2014, p. 11, chron.

Cass., AP, 23 oct. 2015 : *Bull. civ.* AP, n° 6, p. 19 ; *Dr. soc.* 2016, p. 9, chron.

Cass. soc., 12 janv. 2016 : *Bull. civ.* V, n° 5, p. 5 ; *D.* 2016, p. 261 ; *Dr. soc.* 2016, p. 650, étude.

Cass. soc., 8 juin 2016, *Société SGI ingénierie c/ Mme X. et Pôle emploi Rhône-Alpes* : *Bull. civ.* V, n° 129, p. 144 ; *Dr. soc.* 2016, p. 650, étude.

Cass. soc., 8 mars 2017, n°15-18.560 : *Dr. soc.* 2017, p. 843, chron. et *RDT* 2017, p. 415, obs.

Cass. soc., 12 nov. 2020 : publié au *Bulletin* ; *Dr. soc.* 2021, p. 184, obs.

M. Véricel

Cass. soc. 3 juin 2003 : *Bull. civ.* V, n° 185 ; *JCP* 2003, II, 10165, note.

Cass. soc., 10 mars 2004 : *Dr. soc.* 2004, p. 834, note.

Ph. Waquet

Cass. soc., 25 nov. 1997 : *Bull. civ.* V, n°396 ; *Dr. soc.* 1999, p. 566, étude.

Cass. soc., 16 déc. 1998 : *Bull. civ.* V, n° 558, p. 417 ; *Dr. soc.* 1999, p. 566, étude.

Cass. soc., 27 juin 2000 : *Bull. civ.* V, n°247 ; *Dr. soc.* 2000, p. 1007, note.

E. Wurtz

Cass. soc., 25 nov. 2015, n°14-24.444 : *D.* 2016, p. 147, note .

Index

- accord collectif, 10, 18, 36, 61, 76, 100, 140, 145 et s., 161 et s., 174 et s., 274, 306, 321, 336, 340, 348
- accord de maintien de l'emploi, 73 et s., 208 et s., 326
- accord de mobilité interne, 73 et s., 74, 208 et s., 261
- accord de performance collective, 74 et s., 102, 203 et s., 212 et s., 261 et s., 310, 326
- accord de préservation et ou développement de l'emploi, 73, 210 et s.
- action de groupe, 353 et s., 413
- activité partielle, 48, 63, 95, 161, 203, 216 et s., 310 et s.
- aménagement raisonnable, 263, 277 et s.
- astreinte, 61
- autonomie de la volonté, 8, 12 et s., 178, 372
- bonne foi, 54, 66 et s., 83, 85, 94 et s., 101 et s., 240 et s., 278, 285, 305, 362
- caducité, 86, 90, 181, 201
- cession de contrat, 80, 105 et s., 118 et s., 295 et s., 419 et s.
- changement des conditions de travail *Voir conditions de travail*
- clause de mobilité, 59 et s., 60, 64 et s., 102, 104, 109, 112, 116, 209, 387, 392
- clauses abusives, 70, 89, 127, 373 et s., 383, 388 et s., 412 et s.
- clauses de variation, 46, 63 et s., 79, 94, 98, 391, 419
- clauses informatives, 67 et s., 199
- commun accord, 13, 27 et s., 91, 97, 106 et s., 160, 175, 234, 264, 415
- compétitivité, 130, 186, 202 et s., 211 et s., 223, 226, 231 et s., 448
- compte personnel de formation, 5, 75, 77, 96, 147, 152 et s., 171 et s., 214, 228
- conditions de travail, 30, 39 et s., 102, 127, 147, 177, 183 et s., 224, 233, 252, 263, 280, 334, 415
- congé de présence parentale, 266 et s., 271
- congé de solidarité familiale, 104, 266 et s.
- congé parental d'éducation, 266 et s., 274
- congé pour la création ou reprise d'entreprise, 268
- consentement mutuel, 8, 27 et s., 78, 82, 129 et s., 160, 175, 178, 415
- contractualisation, 15, 45, 62, 92, 109, 160, 179, 195 et s.
- contrat à durée déterminée, 111, 161, 396 et s.
- contrat à durée indéterminée, 161, 305, 395 et s.
- contrat d'adhésion, 89, 385 et s.
- contrepartie, 38, 55, 78, 86, 94, 100 et s., 148, 165, 174, 206, 216, 235 et s., 255, 276, 287, 379, 382, 392 et s., 412
- contrôle de proportionnalité, 65
- délai raisonnable, 66, 91 et s.
- discrimination directe, 286, 331, 339, 359
- discrimination indirecte, 331, 357
- droit à l'emploi, 24, 214, 239, 253, 319, 405, 408, 411
- droit civil, 2, 5 et s., 12, 30 et s., 67, 81 et s., 98, 105, 112, 118, 124 et s., 291, 372, 376 et s., 385 et s., 418 et s.
- droit commun des contrats, 10, 13, 17, 29 et s., 47, 80, 85, 88, 95, 100 et s., 128, 178, 196, 235, 305, 330, 374, 383, 386, 389 et s., 414
- droit pénal, 37
- droits et libertés, 60, 65 et s., 126, 257, 284, 371 et s., 379, 407
- durée du travail, 22, 38, 48 et s., 64, 74, 102, 148, 186, 203 et s., 209 et s., 216 et s., 263 et s., 272 et s., 277, 310 et s., 327, 343, 387, 400
- économie du contrat, 86, 330, 413
- équilibre contractuel, 17, 49, 390
- équité, 2, 85, 225
- exécution successive, 9, 11, 18, 79, 82, 88 et s., 121
- force obligatoire, 8, 9, 13, 21, 27 et s., 43 et s., 63 et s., 78, 83, 88, 102, 118, 130, 177 et s., 195 et s., 220 et s., 230, 234, 241, 291, 301 et s., 365, 412, 420
- formation professionnelle, 5, 43, 53, 73, 96, 103, 130 et s., 149 et s., 272, 276, 279, 283, 321 et s., 420
- garantie de rattrapage salarial, 333, 336, 343
- handicap, 146, 153, 209, 263, 266, 277 et s., 331, 354, 360 et s.
- hardship*, 83, 86, 94, 98 et s., 284
- impératif légal de stabilité du contrat de travail, 80, 97 et s., 125, 145, 241, 291, 416
- incitations légales, 132 et s., 144 et s.
- index de l'égalité, 344 et s., 367
- intangibilité, 8 et s., 19, 27 et s., 39, 42, 56 et s., 64 et s., 78 et s., 128 et s., 148, 179 et s., 201

- et s., 216, 226, 230 et s., 268, 287, 314, 327 et s., 372, 413 et s.
- liberté contractuelle, 13, 34, 35 et s., 143, 214, 305
- licenciement, 6, 36, 41 et s., 59 et s., 96, 104, 110, 121, 132, 137, 140 et s., 153, 160, 168, 197, 205, 208 et s., 215 et s., 224, 227 et s., 237 et s., 286, 296 et s., 307 et s., 312 et s., 325 et s., 382, 398, 401
- licenciement disciplinaire, 58, 316
- licenciement pour motif économique, 6, 54, 73 et s., 96, 101, 140 et s., 142, 153, 208, 215, 224, 228, 237 et s., 298 et s., 325 et s.
- lieu de travail, 49 et s., 66 et s., 98, 102 et s., 199, 300, 387
- modification du contrat de travail, 29 et s., 103, 110, 155, 177, 188, 197, 207 et s., 220 et s., 244, 252, 261, 265, 290, 295, 298 et s., 308, 309, 311, 314 et s.
- mutuus consensus*, 29, 234, 415
- novation, 33, 109, 113 et s., 120, 127, 290, 296, 307
- nullité, 34, 65 et s., 122, 181, 184, 227, 294, 297, 373 et s., 397, 403, 405, 409, 412, 421
nullité partielle, 373 et s., 393, 409, 412, 421
- obligation de reclassement, 77, 97, 237 et s.
- obligation implicite, 24, 40, 240 et s., 285
- ordre public, 32, 34 et s., 183 et s., 209, 213, 273, 290, 309, 373 et s., 387, 398, 412, 419
- ordre public absolu, 35, 37
- ordre public social, 35, 37 et s.
- organisation du travail, 131, 139, 146, 208, 232 et s.
- passage à temps partiel, 137, 264 et s., 277
- plan de sauvegarde de l'emploi, 77, 238, 254, 319, 327
- pouvoir de direction, 19, 39, 43, 48 et s., 137, 315, 338
- pouvoir de l'employeur, 19 et s., 30, 32, 39 et s., 338, 347, 415
- prestation de travail, 47, 242, 390, 393
- principe de faveur, 38, 183 et s., 188, 195, 201, 218 et s., 231
- principe directeur cadre de sécurité individuelle, 236, 269 et s.
- reclassement *Voir* obligation de reclassement
- réforme du droit des contrats, 8 et s., 15, 29, 32, 47, 70, 80, 82, 85 et s., 100 et s., 113, 118, 122 et s., 127, 386 et s.
- rémunération, 10 et s., 31, 42 et s., 98, 102, 110, 120, 170, 174, 183, 186 et s., 209 et s., 216 et s., 231, 238, 242 et s., 249 et s., 271, 275 et s., 308, 310 et s., 327, 331 et s., 357, 371, 381, 387, 390, 413
- renégociation, 80 et s., 86 et s., 97 et s., 105, 128
- révision pour imprévision, 80 et s., 128, 235
- rupture conventionnelle, 81, 106, 111 et s., 124 et s.
- sanction de requalification, 330, 393 et s., 412 et s., 419
- secteur géographique, 50 et s., 65, 102 et s.
- sécurité juridique, 41, 52 et s., 71, 75, 88, 110, 138, 140, 201, 368
- socle contractuel, 45 et s., 64, 74, 183, 211, 216, 222, 280, 310, 314 et s., 401, 410
- stabilité *Voir impératif légal de stabilité du contrat de travail*
- subordination, 10 et s., 19 et s., 39, 41, 77 et s., 129, 136, 233 et s., 287 et s., 313, 329, 377, 415
- substitution, 74, 113, 120, 142 et s., 181, 189 et s., 203, 218 et s., 288, 295, 300 et s., 356, 378 et s., 398, 409
- temps de travail, 48 et s., 62, 72, 76, 96 et s., 103, 147, 155 et s., 160 et s., 170, 174 et s., 194, 200, 205 et s., 212 et s., 223, 238, 244, 263, 269 et s., 277 et s., 313 et s., 387, 396
- temps partiel, 104, 264, 268 et s., 344, 352, 373, 379, 395 et s., 400 et s., 409, 412
- transfert d'entreprises, 37, 113, 124, 260, 289 et s., 306, 308 et s., 315, 327
- transferts conventionnels, 106, 117, 302 et s.

Table des matières

AVERTISSEMENT	I
REMERCIEMENTS	III
RESUME : LA CORRECTION DU CONTRAT DE TRAVAIL	IV
PRINCIPALES ABBREVIATIONS	V
SOMMAIRE	VIII
INTRODUCTION	2
PREMIERE PARTIE : LA CORRECTION NEGOCIEE	28
TITRE I : LA CORRECTION CONTRACTUELLE PERMISE PAR LE CONSENTEMENT MUTUEL	29
CHAPITRE I : LE PARTICULARISME DU REGIME CONSENSUEL DE LA MODIFICATION DU CONTRAT EN DROIT DU TRAVAIL	30
Section I : La délimitation des éléments intangibles du contrat de travail.....	30
I : La construction progressive de l'effet correcteur de la modification du contrat de travail	31
A : Le champ d'application de la modification du contrat de travail.....	32
1 : La nécessité d'un consentement mutuel.....	32
2 : La réserve du respect de l'ordre public.....	34
B : Le régime de la modification du contrat de travail.....	39
1 : Les hésitations jurisprudentielles concernant la délimitation du pouvoir de l'employeur	39
2 : Le critère moderne : la distinction entre conditions de travail et éléments contractuels.....	41
II : La construction imparfaite de l'effet correcteur de la modification du contrat de travail	44
A : La tentative de définition des éléments contractuels de la relation professionnelle.....	44
1 : La sphère d'expression du pouvoir de l'employeur.....	45

2 : Le recours à la notion de « socle contractuel »	46
B : Une tentative de définition du régime de la modification du contrat de travail	51
1 : L'impossible exhaustivité de la définition du champ contractuel.....	52
2 : La possible introduction d'une exigence formelle	53
Section II : Le recul de l'intangibilité du contrat de travail	56
I : La flexibilité du champ contractuel, talon d'Achille de la correction négociée du contrat de travail	57
A : La définition élastique des conditions de travail.....	57
B : L'appréciation prétorienne de certaines clauses du contrat de travail.....	63
1 : L'appréciation des clauses de variation	64
2 : L'appréciation des clauses dites « informatives ».....	67
II : L'unification des régimes de modification du contrat de travail, tendance défavorable à la correction négociée du contrat	71
A : Une grande disparité des régimes de modification du contrat de travail	71
1 : Avant : de nombreux régimes spécifiques de modification du contrat de travail	71
2 : Après : une unification et un motif de licenciement <i>ad hoc</i>	74
B : Plaidoyer pour une remise en avant de l'intérêt individuel des salariés.....	75
1 : Un motif de licenciement <i>ad hoc</i> contestable	76
2 : Limites à l'unification des procédures	77
CHAPITRE II : L'APPLICATION DE REGIMES CONSENSUELS ISSUS DU DROIT COMMUN AU CONTRAT DE TRAVAIL	80
Section I : L'objectif d'une révision négociée du contrat en cas d'imprévision.....	81
I : L'introduction d'un mécanisme de révision pour imprévision en droit civil	81

A : La révision pour imprévision : un mécanisme correcteur initialement rejeté	82
1 : L'isolement du droit civil français en matière d'imprévision	82
2 : Les tempéraments du droit civil en matière d'imprévision.....	85
B : La révision pour imprévision : un mécanisme correcteur à parfaire	87
1 : Un mécanisme progressif.....	88
2 : Un régime à compléter.....	91
II : L'introduction de l'article 1195 du Code civil au sein des relations professionnelles.....	94
A : La gestion actuelle de l'imprévision par le droit du travail.....	95
1 : Un rôle assumé principalement par la bonne foi.....	95
2 : L'usage récurrent des clauses de variation dans le contrat de travail	98
B : L'éventuelle application de la révision judiciaire pour imprévision en droit du travail.....	99
1 : Eventuelles applications par l'employeur	100
2 : Eventuelles applications par le salarié	102
Section II : Le rôle de la cession négociée de la qualité d'employeur	105
I : L'impossible transfert individuel du contrat de travail.....	107
A : Les obstacles au transfert individuel du contrat de travail.....	107
1 : Le refus d'une indétermination contractuelle	108
2 : L'apparente exclusivité de la rupture d'un commun accord homologuée	110
B : Les solutions envisagées pour le transfert individuel du contrat de travail.....	112
1 : Limites à l'application de certains mécanismes tripartites	113
2 : Solutions alternatives à la rupture du contrat de travail.....	115
II : L'effective cession négociée du contrat de travail	118

A : La correction par la cession de la qualité de partie	118
1 : La cession de position contractuelle	119
2 : Les conséquences de la cession de la qualité de partie	121
B : Le potentiel correcteur du mécanisme de cession de contrat en droit du travail.....	124
1 : Un mécanisme correcteur vecteur de stabilité	124
2 : Un mécanisme correcteur à préciser	126
TITRE II : LA CORRECTION CONTRACTUELLE FAVORISEE PAR DES MECANISMES CONCERTES	131
CHAPITRE I : LE DEVELOPPEMENT DES INCITATIONS A LA CORRECTION NEGOCIEE DU CONTRAT DE TRAVAIL	132
Section I : Le recours aux incitations à la correction conciliée du contrat de travail.....	133
I : Risques d'une analyse purement centrée sur les incitations en droit du travail.....	133
A : La portée des mécanismes incitatifs en droit du travail	134
1 : Critères de distinction des incitations légales	134
2 : Limites des incitations légales	137
B : Le rejet des incitations économiques en droit du travail	139
1 : Le projet du remplacement des règles de droit par des incitations purement économiques	139
2 : Doutes concernant l'efficacité d'incitations purement économiques	142
II : Impacts du développement des incitations légales en droit du travail	145
A : Les mécanismes incitatifs pour une correction conciliée dédiés aux employeurs	146
B : Les mécanismes incitatifs pour une correction conciliée dédiés aux salariés	149
Section II : Le développement d'un droit incitatif à la correction conciliée : le droit de la formation professionnelle	151

I : La formation professionnelle, un régime incitatif à la correction en faveur du maintien du lien d'emploi	152
A : La correction du contrat de travail favorisée par l'évolution professionnelle du salarié	152
1 : Les mécanismes de formation professionnelle dédiés à une correction contractuelle	152
2 : Les mécanismes de formation professionnelle favorables à une correction contractuelle.....	156
B : Le développement des mécanismes « concertés » de la formation professionnelle.....	158
1 : L'intérêt d'une mise en œuvre concertée de la « liberté du salarié de choisir son avenir professionnel »	158
2 : Dispositifs concertés de formation professionnelle	161
II : Les possibilités de développement de la correction du contrat par la formation professionnelle	164
A : Les barrières à la correction du contrat de travail par la formation professionnelle	166
1 : Le manque de capacité des individus.....	166
2 : L'absence d'un cadre juridique pour la négociation individuelle en matière de formation professionnelle	169
B : Propositions pour développer l'influence correctrice de la formation professionnelle.....	171
1 : Développer la capacité d'accès à la formation professionnelle du salarié.....	172
2 : Permettre à l'employeur de s'associer au projet de formation du salarié	174
CHAPITRE II : LA PORTEE DU ROLE CORRECTEUR DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE	178
Section I : L'influence correctrice en principe limitée de la convention collective sur le contrat de travail	180
I : Refus de l'incorporation de l'accord collectif au contrat de travail.....	180
A : Articulation de l'accord collectif avec le contrat de travail	181
1 : Caractère impératif de l'accord collectif.....	181

2 : Rôle du principe de faveur	184
B : Prévalence temporaire de l'accord collectif sur le contrat de travail	188
1 : Nature temporaire de la prévalence de l'accord collectif sur le contrat de travail	189
2 : La question du maintien de la rémunération perçue en cas de non-remplacement de la norme collective	191
II : Limites à la contractualisation de l'accord collectif dans le contrat de travail.....	197
A : Appréciation stricte de la contractualisation des normes collectives	197
1 : Refus d'une contractualisation de la norme conventionnelle.....	197
2 : La distinction jurisprudentielle entre l'avantage et son mode de calcul	199
B : Plaidoyer en faveur d'une meilleure reconnaissance de la force obligatoire de l'avantage contractualisé	201
Section II : La croissance de la force correctrice des normes conventionnelles sur les normes contractuelles	203
I : La prévalence progressive du produit de la négociation collective sur le contrat de travail	204
A : Recherche par le législateur d'un mécanisme de prévalence unifié.....	205
1 : L'enjeu de la compétitivité : la mise en avant de l'intérêt collectif ?	205
2 : Les anciens régimes de prévalence retenus.....	208
B : Contrastes des négociations pour la « performance collective » et pour « le maintien en emploi ».....	213
1 : La souplesse du régime de l'accord de performance collective.....	213
2 : Les exigences supérieures de l'activité réduite pour le maintien en emploi.....	216
II : La prévalence dévoyée de la norme collective sur le contrat de travail	219
A : La flexibilité du contrat de travail assurée par la substitution des normes.....	219

1 : La force du mécanisme de substitution.....	220
2 : La portée excessive de la correction pour la performance collective	224
B : L'atteinte démesurée à l'intangibilité contractuelle par l'accord de performance collective...	227
1 : Une simplification extrême du régime de prévalence de la norme conventionnelle sur les normes contractuelles	227
2 : Une remise en cause du principe d'une correction négociée au niveau individuel du contrat de travail	231
<u>SECONDE PARTIE : LA CORRECTION IMPOSEE.....</u>	235
TITRE I : LES MECANISMES CORRECTEURS A VISEE PROTECTRICE	236
CHAPITRE I : LES MECANISMES DE CORRECTION PROTECTEURS DE L'INTERET INDIVIDUEL	237
Section I : La correction imposée par l'obligation de reclassement.....	238
I : Un mécanisme correcteur du contrat de travail au périmètre réduit.....	239
A : La consécration progressive d'un mécanisme correcteur protecteur du lien d'emploi	240
1 : Les fondements d'une obligation de reclassement protéiforme.....	240
2 : Un mécanisme correcteur imposé à l'employeur.....	243
B : L'unité de la notion de reclassement, prétexte à une simplification démesurée ?.....	246
1 : Unité de la notion de reclassement à travers ses différents régimes	246
2 : Réduction du périmètre et simplification procédurale	254
II : Plaidoyer pour une généralisation de l'obligation de reclassement	256
A : Objectifs d'une généralisation de ce mécanisme correcteur	257
1 : Compléter l'uniformisation des procédures de reclassement.....	257
2 : Assurer la cohérence de l'obligation de reclassement	259
B : Possibilités de mise en œuvre de la généralisation du reclassement	261

Section II : La correction imposée par l'obligation d'aménagement du travail.....	264
I : La correction par la réduction du temps de travail	264
A : Possibilités d'imposer le passage à temps partiel à l'employeur	265
1 : La correction du contrat de travail par le « passage à temps partiel »	265
2 : Objectifs du temps partiel imposé.....	266
B : Eparpillement des procédures de passage à temps partiel.....	269
1 : Une mise en cause du droit au passage à temps partiel.....	270
2 : Propositions d'unification	273
II : La correction par l'obligation d'aménagement raisonnable.....	278
A : L'obligation d'aménagement raisonnable limitée aux travailleurs en situation de handicap ..	279
B : Potentiels d'une extension de l'obligation d'aménagement raisonnable.....	283
CHAPITRE II : LES MECANISMES DE CORRECTION PROTECTEURS DE L'INTERET COLLECTIF.....	289
Section I : La correction par transfert collectif des contrats de travail.....	290
I : Le mécanisme correcteur issu de l'article L. 1224-1 du Code du travail	291
A : Mise en œuvre du mécanisme correcteur de transfert.....	291
1 : L'objectif de maintien des emplois.....	292
2 : Le contrôle du but poursuivi lors de la mise en œuvre du transfert.....	294
B : Le rejet du régime de la modification du contrat de travail.....	296
1 : La correction par changement d'une des parties au contrat de travail.....	297
2 : Conséquence du refus d'une modification des contrats de travail transférés	299
II : Portée des mécanismes de transferts collectifs conventionnels des contrats de travail.....	303
A : Une correction des contrats de travail au caractère moins absolu que le régime légal	303

1 : Un effet correcteur similaire au régime légal : la substitution d’employeurs	304
2 : Divergence avec le mécanisme légal : un périmètre d’application réduit.....	305
B : Une correction nécessairement plus limitée que le régime légal.....	307
1 : Une correction uniquement imposée à l’employeur	308
2 : Un choix justifié par l’objectif des mécanismes de transfert conventionnel.....	309
Section II : La correction par l’interruption temporaire des obligations professionnelles	311
I : L’unilatéralisme de la correction portée par le mécanisme de l’activité partielle	312
A : La correction par la réduction de la durée du travail et de la rémunération.....	312
1 : Portée de la correction provoquée par le régime d’activité partielle.....	313
2 : Une mise à l’écart du régime de la modification du contrat de travail	316
B : L’impossible résistance du salarié.....	317
II : L’objectif de protection de l’emploi.....	318
A : Une alternative aux licenciements économiques	319
1 : La nécessaire justification du recours à l’activité partielle	319
2 : L’obligation de prendre des « engagements ».....	322
B : Une remise en question de la philosophie de l’activité partielle ?	323
1 : Pour une redéfinition des critères.....	324
2 : La question de la transition vers le licenciement économique.....	327
TITRE II : LA CROISSANCE DES SANCTIONS A VISEE CORRECTIVE	331
CHAPITRE I : LA CORRECTION IMPOSEE DU CONTRAT DE TRAVAIL POUR LUTTER CONTRE LES DISCRIMINATIONS.....	333
Section I : La correction contractuelle pour lutter contre les inégalités professionnelles	334

I : La correction individuelle par la garantie de rattrapage salarial.....	335
A : Un mécanisme pour les statuts nécessitant une protection particulière	336
1 : Pour les salariés en congé de maternité ou d'adoption	336
2 : Pour les représentants du personnel	339
B : Une garantie d'évolution de la rémunération	341
1 : Mode de calcul de la garantie	342
2 : Limites au rattrapage salarial et pistes d'amélioration.....	344
II : Les mesures collectives de correction pour l'égalité salariale	346
A : Les mesures de correction comme sanction du non-respect du seuil d'égalité.....	347
1 : Vers une obligation de résultat en matière d'égalité salariale entre les sexes.....	347
2 : L'obligation de prendre des mesures « adéquates et pertinentes de correction »	350
B : Difficultés associées à la mise en œuvre de l'index de l'égalité	351
1 : Un mécanisme vraiment transparent ?	351
2 : Un fonctionnement à optimiser ?	352
Section II : L'action de groupe pour sanctionner les inégalités professionnelles	355
I : L'action de groupe comme incitation à la correction des inégalités professionnelles.....	357
A : Un mécanisme correcteur avec une logique de « sanction – prévention ».....	358
1 : Rôle préventif de l'action de groupe.....	358
2 : Difficultés associées à la démarche statistique	361
B : Un mécanisme correcteur avec une logique binaire.....	363
1 : Rôle incitatif à la correction de la phase précontentieuse	363
2 : L'efficacité de la phase précontentieuse en question	365

II : La sanction par la correction : l'obligation de cesser le manquement.....	367
A : La correction mise en œuvre pour mettre fin au manquement.....	368
B : Le refus d'une correction rétroactive : limites au droit à réparation	370
CHAPITRE II : LA CORRECTION IMPOSEE POUR GARANTIR L'ECONOMIE DU CONTRAT DE TRAVAIL	374
Section I : La correction partielle conforme à l'économie du contrat de travail.....	375
I : La correction contractuelle par la disparition de la clause.....	376
A : L'intérêt de l'anéantissement partiel du contrat de travail.....	376
1 : Deux mécanismes à la portée correctrice.....	376
2 : La correction partielle, une sanction adéquate du contrat de travail.....	378
B : Portée de l'anéantissement des clauses du contrat de travail	380
1 : Confusions dans l'application de la nullité partielle et du « réputé non écrit » au contrat de travail	380
2 : L'intérêt de la nullité substitution et de la nullité réduction en droit du travail.....	382
II : La correction des clauses abusives du contrat de travail.....	385
A : Le contrat de travail possible contrat d'adhésion.....	386
1 : Conditions pour la reconnaissance du contrat de travail comme contrat d'adhésion	386
2 : Articulation du droit commun des contrats avec le droit du contrat de travail	388
B : La flexibilité du contenu contractuel : la disparition de l'élément « vicié »	390
1 : Une correction partielle du contrat de travail.....	391
2 : Potentiel correcteur du mécanisme des clauses abusives en droit du travail	393
Section II : L'effet correcteur de la requalification.....	396
I : Pluralité des corrections imposées par la requalification.....	396

A : L'unicité de la logique de correction provoquée par la requalification	397
1 : L'objectif de protection du salarié	397
2 : Une procédure unique de requalification	399
B : Des corrections de nature différente provoquées par la requalification	401
1 : La correction varie selon le type de contrat en cause.....	401
2 : Le type de contrat requalifié influe sur la rétroactivité de la correction	403
II : Intérêts d'une sanction de requalification plus harmonieuse.....	405
A : Les limites à l'automatisme de la correction par la requalification	405
1 : L'effectivité de la procédure en question.....	405
2 : La cohérence du régime en question.....	407
B : Propositions d'harmonisation de la sanction de requalifications	410
1 : Définir la sanction de requalification.....	410
2 : Repenser le régime de la requalification.....	413
<u>CONCLUSION.....</u>	418
<u>BIBLIOGRAPHIE.....</u>	421
<u>INDEX.....</u>	460
<u>TABLE DES MATIERES</u>	462

Résumé : La correction du contrat de travail

La correction du contrat de travail représente l'ensemble des mécanismes juridiques qui organisent une modification, un amendement de ce contrat spécifique, en vue de l'amener à correspondre à un certain standard. La correction contractuelle constitue donc une limite au principe de force obligatoire et surtout à son corollaire, l'intangibilité du contrat. Conformément aux termes de l'article 1193 du Code civil, il est possible de distinguer entre les mécanismes de correction qui sont mis en œuvre par la voie négociée, et ceux qui sont imposés aux parties.

L'étude de ces différents mécanismes et de leurs régimes respectifs permet de mettre à jour les impératifs qui guident la correction. Le contrat de travail reste un objet juridique particulièrement ambigu, à la fois support mais aussi obstacle et instrument de la subordination du salarié. Il est le réceptacle d'influences contradictoires entre faveur à l'unilatéralisme de l'employeur et bouclier protecteur pour le salarié. Des évolutions du régime de la correction du contrat de travail devraient être envisagées, dans l'objectif de garantir une meilleure cohérence. En parallèle, le développement d'une correction du contrat de travail individuel guidée par un impératif de nature collective interroge. Une telle correction devrait faire l'objet d'un encadrement juridique de nature à assurer une prise en compte des intérêts individuels des deux parties au contrat de travail.

Descripteurs: correction ; contrat de travail ; force obligatoire ; intangibilité.

Title and Abstract : The Rectification of the Employment Contract

The rectification of the employment contract represents all legal mechanisms which tend to allow an alteration, an amendment to this specific contract, in order to make it fit a particular standard. Contractual rectification is, therefore, a limit to the binding force principle and, mostly to its corollary, contract intangibility. Pursuant to the terms of article 1193 of the French Civil Code, it is possible to distinguish between negotiated rectification mechanisms, and those imposed upon the parties.

The study of those various mechanisms and their respective rules allows to highlight the imperatives that guides the rectification. The employment contract stays a particularly ambiguous legal object, both medium and barrier and tool to the employee's legal subordination. It is the vessel of conflicting influences between favour to the employer's unilateralism and protector shield for the employee. Some evolutions of the rules governing the employment contract rectification should be contemplated, with the objective to guarantee a better consistency. Simultaneously, the use of a rectification to the individual employment contract guided by an imperative of collective nature raises questions. Such a rectification should take place under a legal framework allowing for the consideration of both parties to the employment contract's individual interests.

Keywords : *rectification; employment contract; binding force; intangibility.*