



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit social recherche

**Dirigé par Monsieur Le professeur Antoine Mazeaud et Monsieur Le
professeur Jean Michel Olivier**

2011

L'économie générale du contrat de travail

Léa Benbouaziz

Sous la direction de Monsieur le Professeur Jean Michel Olivier

UNIVERSITE PARIS II, PANTHEON-ASSAS

L'économie générale du contrat de travail

*Mémoire effectué en vue de l'obtention du Master 2 Recherche de Droit social,
Promotion PRAXES Avocats
Année universitaire 2010/2011,*

Par Mlle Léa BENBOUAZIZ sous la direction de M. Le Professeur Jean-Michel Olivier

Sommaire :

INTRODUCTION.....	6
I) Economie générale et qualification du contrat de travail	
A) une notion de droit des contrats	
B) une fonction qualificative	
II) Economie générale et équilibre du contrat de travail	
A) Analyse du contenu du contrat	
B) Analyse du sort du contrat	
PARTIE 1 : LE CONTENU DE L'ECONOMIE GENERALE DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	20
TITRE 1 : L'APPARENCE D'UN RAPPORT DE FORCE DESEQUILIBRE	22
<i>Chapitre 1 : L'exécution d'une prestation sous la subordination de l'employeur</i>	<i>24</i>
<i>Chapitre 2 : La réalisation d'une prestation sous la protection de l'employeur.....</i>	<i>52</i>
TITRE 2 : L'EXISTENCE D'UN CONTRAT REEQUILIBRE	65
<i>Chapitre 1 : La rétribution de la prestation de travail.....</i>	<i>66</i>
<i>Chapitre 2 : La compensation des prestations spéciales.....</i>	<i>84</i>
PARTIE 2 : L'EVOLUTION DE L'ECONOMIE GENERALE DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	102
TITRE 1 : UN BOULEVERSEMENT CONFORME A LA VOLONTE D'UNE PARTIE.....	103
<i>Chapitre 1 : un changement dans le contrat.....</i>	<i>104</i>
<i>Chapitre 2: Un changement dans les parties</i>	<i>120</i>
TITRE 2. UN BOULEVERSEMENT INDEPENDANT DE LA VOLONTE D'UNE PARTIE.....	128
<i>Chapitre 1 : Difficultés physiques</i>	<i>128</i>
<i>Chapitre 2 : Circonstances économiques</i>	<i>142</i>
CONCLUSION :	162
BIBLIOGRAPHIE.....	164
RESUME :.....	178

Introduction

« C'est véritablement utile puisque c'est joli ¹ »

1. Une notion jurisprudentielle. La notion d'économie générale du contrat est de plus en plus familière aux juristes, néanmoins son utilité demeure sujette à discordances. « *Il est des concepts qui fascinent, intriguent ou irritent. Il en est ainsi de l'économie générale du contrat en droit privé* » affirment alors certains auteurs. La Cour de cassation y fait fréquemment référence, le Conseil constitutionnel reprend ce concept pour son compte, pourtant cette notion demeure inconnue du Code civil et des autres Codes de lois. Apparaissant parfois dans la jurisprudence civile comme devant être respectée, l'économie générale du contrat y est le plus souvent évoquée négativement : elle ne saurait être modifiée, bouleversée, rompue ni perturbée affectée ou faussée, certaines décisions faisant état de clauses ou de prestations qui en feraient partie ou en seraient indissociables, d'autres encore prolongent la référence en mentionnant la nécessité d'assurer l'équilibre financier du contrat². Et, nouveauté de l'année 2010, la Cour de cassation y fait référence en matière de contrat de travail³. Il s'agit pourtant d'une notion civiliste, d'une notion de droit des contrats. Qu'est ce alors que l'économie générale du contrat de travail ?

2. Définition. Le mot économie peut se définir comme un « *ordre interne, une structure, une organisation d'ensemble*⁴ ». En doctrine, l'économie du contrat a été définie comme « *l'ensemble des lois au sens matériel qui régissent la structure du contrat* ». Il en est déduit principalement, le cœur de la convention, ce qui est nécessaire à la réalisation de ce que les parties exprimeraient en une poignée de mots s'il leurs fallait résumer le contrat. Il s'agit donc de l'essence de la convention, de ce qui est nécessaire à sa nature. Ce concept répond donc en premier lieu à une fonction de qualification du contrat. L'application d'une telle notion

¹ Antoine De Saint Exupéry, *Le petit Prince*, ed. Gallimard, chapitre XIV

² J.Moury, Une embarrassante notion : l'économie du contrat, D. 2000 p 382

³ ³ Soc 7 avril 2010, n°08- 44 865 confirmé par Soc 8 juillet 2010 n°08 45 287

⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7^{ème} ed. 2005

civiliste à un contrat dirigé comme le contrat de travail est alors surprenante, bien qu'elle s'insère dans le mouvement de contractualisation de la relation de travail. Sa fonction qualificative n'aura par ailleurs que peu d'intérêt (I). Mais la jurisprudence lui a prêté d'autres vertus. Elle est utilisée pour analyser le contenu du contrat, son équilibre. Enfin, elle sert d'instrument d'analyse du sort du contrat lorsque son économie ainsi définie est bouleversée. En tant qu'instrument de l'équilibre du contrat de travail, l'économie générale peut alors constituer un nouveau cadre d'appréciation de la validité des clauses contractuelles (II).

Commentaire [FDF1]: Sa

I. Economie générale et qualification du contrat de travail

3. L'utilisation de cette notion par la Cour de cassation en matière de contrat de travail surprend en premier lieu parce qu'il s'agit d'une notion purement civiliste. Or il est souvent clamé que le contrat de travail se soustrait aux règles du droit civil. En réalité, cette référence s'inscrit dans le mouvement de contractualisation de la relation de travail (A). En second lieu, cette notion a une vertu qualificative dont l'application au contrat de travail, archétype du contrat dirigé, n'a pas de grand intérêt (B).

A. Une notion de droit des contrats

4. Un contrat de travail. Selon l'article 1101 du Code civil, le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner à faire ou ne pas faire quelque chose. La doctrine précise qu'il s'agit d'un accord de volontés ayant pour effet de créer des obligations juridiquement sanctionnées. La relation de travail a bien pour cadre un contrat. Répondant à la définition du contrat, le contrat de travail devrait donc être soumis aux principes et règles de droit des contrats, notamment l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle.

5. Déclin du contrat de travail. Si le débat sur l'interaction entre le droit du travail et le droit civil peut sembler désormais tranché, cela n'est pas si évident. Les principes de gouvernance du contrat impliquent une égalité entre les parties. Or, s'il est vrai que l'évolution du contrat de travail, à l'origine louage d'ouvrage, et le choix même des termes « *contrat de travail* » témoignent de la volonté d'une certaine égalité des parties, il n'en demeure pas moins qu'en raison du lien de subordination régissant la relation de travail il existe une partie faible à ce contrat. Le risque est alors que l'autonomie de la volonté, inhérente au contrat ne se traduise en la matière par une volonté de l'employeur qui ne peut être refusée par le salarié. Dès lors, l'œuvre des dernières décennies a consisté à encadrer cette

autonomie de la volonté dans le contrat de travail par des sources à la fois légales et conventionnelles. On a alors traité du «*déclin du contrat de travail* ». Il s'agissait, pour les auteurs, d'une part de montrer qu'afin de rendre compte du développement du droit du travail, la perspective statutaire et la référence à l'entreprise étaient plus opérantes et plus réalistes que l'approche contractuelle et d'autre part que le régime du contrat de travail, parce qu'il était fondé sur la prise en compte de l'inégalité des parties, s'écartait nécessairement des principes les plus fondamentaux du droit des contrats⁵. Il s'écartait selon eux principalement de la liberté contractuelle avec la multiplication des règles impératives, et de l'effet relatif du contrat avec l'article L. 1224-1 du Code du travail. En ce sens, la référence à l'économie du contrat de travail par la Cour de cassation peut paraître surprenante. D'autres pays n'ont pas réagi de la même façon et ont justement utilisé le droit des contrats afin de contrôler les prérogatives patronales, de rétablir l'égalité des parties dans la relation contractuelle. Les droits allemands et italiens sollicitent ainsi la bonne foi pour contrôler les prérogatives des parties, notamment dans le cadre du droit du licenciement⁶. En ce sens, la référence à une notion civiliste en matière de contrat de travail n'est finalement pas très surprenante.

6. Renouveau du contrat de travail⁷. Les auteurs traitent désormais du renouveau du contrat de travail, son actualité est mise en évidence ainsi que sa fonction. Il est considéré comme un outil de flexibilité en ce sens qu'il permet d'aménager la relation de travail, de sortir du carcan institutionnel. L'insertion de différentes clauses peut permettre de prévoir l'éventualité d'une mutation, d'une formation, d'accroître la protection de l'employeur contre la concurrence déloyale lors de la rupture ou encore de prévoir la variation de la rémunération. Face à ce foisonnement des clauses contractuelles, le rôle du juge en matière de contrat de travail se développe. Le recours au mécanisme du droit commun des contrats a été de plus en plus fréquent, allant de la bonne foi à la force obligatoire du contrat. Il s'agit de tirer toutes les conséquences qui s'attachent réellement à la dimension contractuelle de la relation de travail, et, en particulier, de faire toute leur place aux principes du droit des contrats dont le respect est ainsi justifié.

⁵ G. Couturier, A.Perulli, Droit du travail et droit des contrats (2 parties) RDT 2007 p 407

⁶ P. Lokiec, S. Robin-olivier, A. Perulli, H.Collins, droit des contrats et droit du travail (première partie) RDT 2007 p339

⁷ P. Waquet, Le renouveau du contrat de travail, RJS 5/1999.383

7. Contrôles du contrat. Pourtant en la matière, on ne peut parler de l'existence d'un *jus commune*⁸ applicables aux clauses du contrat de travail, aux obligations essentielles du contrat de travail. De la création d'une obligation de sécurité résultat, au contrôle de la potestativité des clauses du contrat en passant par l'abus et la proportionnalité, les mécanismes de contrôle du contrat se multiplient et s'empilent. La cour en ajoute un nouveau en 2010 : le respect de l'économie générale du contrat de travail. Il s'agirait alors d'un nouveau cadre d'appréciation du contrat et de ses obligations, qui peut être permettra une plus grande intelligibilité et cohérence du contrôle du contrat. L'application de cette notion en droit du travail n'est alors pas surprenante et ce, d'autant plus que le Conseil constitutionnel se porte garant de la sauvegarde de l'économie générale des conventions.

8. Une notion constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a longtemps refusé de donner à la liberté contractuelle une valeur constitutionnelle⁹. Il a ensuite considéré que cette liberté devait être rattachée à la liberté d'entreprendre. Ces deux libertés ont en réalité une matrice commune : l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il considère ainsi que « *le législateur ne saurait porter atteinte à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la DDHC*¹⁰ ». Il affirme aussi que « *s'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêts général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter atteinte à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4*¹¹ ». Le Conseil constitutionnel se porte donc garant de l'économie générale des conventions. Au regard de ces solutions, l'économie générale des conventions semble s'entendre comme une expression de la liberté contractuelle. Pourtant, les termes semblent plutôt renvoyer à une limite, un encadrement de cette liberté. La première fonction de l'économie générale est en effet une vertu qualificative.

⁸ M. Mekki, Existe y-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail ? RDT 2006 p292

⁹ A titre d'exemple : n°94-348 DC, 3 aout 1994 protection sociale complémentaire des salariés rec p117

¹⁰ N°98-401 DC, 10 juin 1998, loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (35heures (I)

¹¹ N°2000-436 DC, 7 decembre 2000, loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain, rec. P. 176)

B. Une fonction qualificative

9. Définition du contrat de travail. Le contrat de travail n'a pas de définition légale. La doctrine et la jurisprudence ont alors pallié cette absence et défini ce contrat comme la réalisation d'une prestation de travail pour le compte d'autrui moyennant une rémunération. Il y aurait alors trois éléments indispensables à l'économie générale du contrat de travail : une prestation de travail, un lien de subordination et une rémunération. Il s'agit là de l'essence du contrat de travail, de sa structure, de son économie générale. Le premier intérêt du concept d'économie générale des conventions est sa vertu qualificative. L'économie générale du contrat apparaît alors effectivement comme une limite à l'autonomie de la volonté. A défaut d'un élément essentiel, l'économie générale du contrat n'est plus respectée, le contrat perd sa qualification, et par là même son régime. La qualification en droit n'est qu'un préalable nécessaire à l'application d'un régime juridique. En droit du travail, l'enjeu est d'autant plus grand que la qualification met en œuvre un régime protecteur. Il est donc important que chacun des éléments soit présent, ils doivent donc être étudiés. Cette étude démontrera que la jurisprudence s'attache déjà au contrôle de la qualification du contrat de travail, de sorte à ce que la vertu qualificative de l'économie générale du contrat de travail ne soit pas d'un très grand intérêt.

10. Dénonciations jurisprudentielles. La prestation de travail est essentielle à la qualification de contrat de travail. Il s'agit de l'objet à réaliser. La jurisprudence dénonce les prétendus contrat de travail qui ne correspondent pas, au regard des circonstances de faits, à des engagements réels et ne sont dès lors que des contrats fictifs. Il arrive parfois que des contrats de travail soient conclus dans un seul objectif de complaisance mais qu'aucune activité ne soit réalisée. Dans cette situation la prestation de travail n'existe pas et le contrat ne peut être qualifié de contrat de travail. Ainsi lorsqu'un contrat est conclu dans le but de permettre à l'une des parties de conserver son niveau de vie antérieur après un accident, il ne peut être qualifié de contrat de travail puisque le travail n'existe pas¹².

11. Une prestation subordonnée. La prestation est insuffisante à déterminer l'essence du contrat de travail. En effet, une même activité peut être réalisée pour son propre compte ou pour le compte d'autrui. Afin de caractériser l'essence du contrat de travail il faut ajouter un élément : la subordination dans laquelle la prestation est réalisée. L'objet du contrat de travail

¹² Cass.soc., 15 octobre 1981, Bull.civ., V, n° 790

réside donc dans deux éléments : la prestation et la subordination¹³. Admettre que prestation et subordination délimitent l'objet du contrat de travail implique de caractériser ce qui ressort du contrat et ce qui ressort du pouvoir. En effet, l'économie du contrat de travail est justement constituée par ces deux notions. Sans elles le contrat perd sa qualification. La subordination a été définie dans le célèbre arrêt *société générale*¹⁴ comme le droit de donner des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements.

12. Une prestation rémunérée. Le troisième élément de la définition du contrat de travail est la rémunération, il s'agit de la contrepartie financière des obligations du salarié. La notion d'économie générale n'apporte alors pas de grande nouveauté en ce qui concerne la qualification d'un contrat de travail. Dans sa fonction qualificative, l'économie générale du contrat renvoie en effet à ses caractères et son contenu.

13. Une fonction réduite. L'article 12 du Code de procédure civile dispose déjà que les qualifications sont indisponibles et impose déjà aux juges de rendre leur exacte qualification aux conventions. La notion d'économie générale du contrat s'instaure alors dans le prolongement de cet article. Il est nécessaire d'ajouter à cela que le contrat de travail est l'archétype même du contrat dirigé. Le caractère d'ordre public du droit du travail emporte en effet l'impérativité de son application et l'impossibilité d'y déroger par accord individuel. Le contrat de travail s'inscrit en effet dans un ensemble d'autres règles. Il ne régit pas la relation de travail seul. Cependant, traiter de son économie générale implique de mettre de coté certains éléments de son régime juridique. Si traiter de la relation de travail et du droit qui lui est applicable relève d'une dimension macro économique et d'une dimension politique, ces dimensions doivent être écartées afin de traiter l'économie générale du contrat de travail. L'analyse de l'économie générale du contrat de travail renvoie à une dimension micro économique de la relation de travail qui nécessite d'occulter les règles impératives applicables afin de ne considérer que le seul contrat de travail. En raison notamment du caractère dirigé de ce contrat, l'intérêt de la notion d'économie générale du contrat semble alors très limité, du moins dans sa vertu qualificative.

La jurisprudence prête d'autres vertus à cette notion. Elle apparaît en effet comme un instrument d'interprétation du contrat, d'analyse de son équilibre, de sa cause.

¹³ T. Revet, « l'objet du contrat de travail », Dr.soc., 1992 p. 859

¹⁴ Cass. soc. 13 nov. 1996, Bull. civ. V, n° 382, RJS 1996, n° 1320, JCP, éd. E, 1997. II. 911, note J. Barthélémy

II. Economie générale et équilibre du contrat de travail

14. La notion d'économie générale du contrat de travail est un outil à la fois d'analyse du contenu du contrat (A) et du sort du contrat (B). Cette notion permet d'encadrer les obligations essentielles du contrat, ou de les expliciter afin que le but et la finalité du contrat puissent être atteints. L'analyse du contenu d'un contrat à l'aune de son économie générale revient finalement à en garantir un contenu équilibré, afin de déterminer le sort du contrat lorsque le but ou l'équilibre n'est plus garantie. Ces deux fonctions de l'économie générale constitueront un cadre très intéressant d'appréciation des clauses du contrat de travail.

A. Analyse du contenu du contrat

15. **cause du contrat.** Conformément à l'article 1108 du Code civil, pour être valide le contrat doit reposer sur le consentement de la partie qui s'oblige, comporter un objet certain et une cause licite. La cause du contrat s'entend comme le pourquoi de l'engagement. Selon la doctrine dominante, le principe est que la définition de la cause pour apprécier son existence doit être invariable pour chaque type de contrat¹⁵. Se poser la question de la cause du contrat de travail revient à se demander pourquoi ce contrat a-t-il été conclu, pourquoi les parties se sont elles engagées ?

16. **Répartition des risques.** Certains avancent alors que la répartition des risques est le fondement du contrat de travail. Celle-ci régit alors la distinction entre le travail pour autrui et le travail indépendant. Si elle fut un temps considérée comme le critère du contrat de travail, la répartition des risques n'en est aujourd'hui qu'un effet. Néanmoins, peut-on parler de contrat de travail lorsque le salarié supporte les risques de l'entreprise ? Non. La répartition des risques constitue l'effet essentiel de la conclusion du contrat de travail, sa raison d'être. Certains auteurs expliquent alors clairement que « *l'esprit général du contrat de travail c'est finalement l'échange de liberté contre une sécurité. Le travailleur renonce à sa liberté dans l'organisation de son activité professionnelle en se plaçant sous l'autorité d'un employeur ; mais il acquiert ainsi, aussi longtemps que subsiste le contrat, un droit à un salaire indépendant des aléas économiques de l'entreprise*¹⁶ ». Une telle affirmation revient à considérer qu'il ya un lien entre la subordination inhérente à la qualification du contrat de

¹⁵ J. Ghestin, Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause, JCP E 2006 n°49, 1194.

¹⁶ Rivero et savatier n droit du travail 13eme ed PUF coll Themis Paris 1993 p 76

travail, et la protection des risques, effet essentiel et inhérent du contrat de travail, raison d'être. Ainsi, il est possible de considérer que la répartition des risques est de l'essence du contrat de travail de sorte à ce qu'un transfert de risques ait pour conséquence de déqualifier le contrat de travail et de lui attribuer une autre qualification. Mais, aujourd'hui l'opposition entre le salarié et le travailleur indépendant, l'opposition entre protection et imputation des risques, n'a plus force d'évidence. La notion d'économie générale en tant qu'instrument de contrôle du contrat sera ici très intéressante.

17. Fonctions de la cause. Les articles 1131 et suivants du Code civil précisent ensuite que la cause doit d'une part exister et d'autre part être morale et licite. Il ya donc deux fonctions différentes, ce qui implique deux manières de la concevoir¹⁷. De manière objective, abstraite, sans faire référence à la volonté des parties ni au but poursuivi par elles, la cause s'entend comme la contrepartie immédiate et objective de l'engagement. De manière subjective, concrète, médiata, elle se définit alors par référence à la volonté des parties, au but poursuivi. Dans la cause subjective, le contrat est un simple moyen d'atteindre un but qui va au-delà du contrat. Selon la première interprétation, l'absence de cause s'analyserait comme une absence totale de contrepartie ou comme une contrepartie dérisoire. L'insuffisance de la contrepartie ne serait alors pas de nature à engendrer la nullité du contrat. La seconde interprétation permettrait en revanche plus de souplesse.

18. Appréciation de la cause. L'appréciation de la cause a posé diverses difficultés et l'hésitation entre l'une et l'autre des deux interprétations est courante. En effet, s'il est prôné que la notion de cause ne s'apprécie qu'objectivement, l'émergence des doctrines solidaristes a conduit la Cour de cassation a considéré parfois la cause objective comme trop rigide. Elle fait alors référence à la cause subjective afin de protéger certaines parties au contrat qu'elle entend comme partie faible. Ainsi, conformément à la thèse prônée par Henri Capitant et soutenue aujourd'hui par M. Denis Mazeaud, la jurisprudence admet parfois qu'un motif déterminant, dès lors qu'il a été intégré par la volonté des parties dans le champ contractuel, entre dans la définition de la cause¹⁸. La notion d'économie générale du contrat est utilisée à ce titre pour aller au-delà des termes que les parties ont utilisés pour parer le contrat d'un habillage apparemment licite. Elle est utilisée aussi afin de concrétiser, d'explicitier certaines

¹⁷ JR. Binet, De la fausse cause, RTD Civ. 2004 p655

¹⁸ J. Ghestin, Le renouveau doctrinal de l'absence de cause op cit.

obligations permettant soit de réaliser l'objet du contrat, soit d'assurer l'équilibre entre les prestations.

19. Equilibre des prestations. La Cour de cassation fait référence à la notion d'économie générale du contrat dans diverses situations qui ont toutes en commun une insuffisance du contrat et des règles qui lui sont applicables. Ce concept permet de suppléer à la volonté exprimée par les parties, de remédier à l'obscurité du contrat en permettant une certaine souplesse dans son appréciation. Elle sert plus précisément d'instrument d'analyse des obligations des parties, de leur équivalence. Dans un contrat synallagmatique, les obligations des parties se servent mutuellement de cause. Les contrats sont ensuite classés en deux catégories selon qu'il s'agit d'un contrat commutatif ou d'un contrat aléatoire. L'article 1104 du Code civil définit le contrat commutatif comme celui dans lequel « *chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle* ». Le contrat de travail appartient à cette catégorie. Celle-ci s'oppose à la catégorie des contrats aléatoires et implique ici que les prestations du salarié et de l'employeur soient équivalentes. Lorsque la contrepartie de l'obligation est simplement définie, il est vrai que le concept d'économie générale du contrat n'a que peu d'utilité. Mais tel n'est pas toujours le cas, en particulier lorsque les obligations du contrat sont enchevêtrées. L'analyse de l'économie générale du contrat de travail permet alors de rechercher et d'explicitier l'existence d'obligation supplémentaire pesant sur l'une des parties, trouvant sa cause dans l'obligation de l'autre.

20. Clauses intégrées à l'économie générale d'un contrat. Quelles sont alors les obligations qui relèvent de l'économie générale d'un contrat ? Comment les identifier ? Bien entendu, il ne s'agit pas des seules obligations exprimées dans le contrat, il est nécessaire de prendre en compte l'article 1135 du Code civil. Selon cet article, « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». L'appartenance d'une clause à l'économie du contrat résulte en principe de ce qu'elle régit la ou les obligations essentielles du contrat, en particulier en définissant leurs contours et leur contenu¹⁹. Par obligation essentielle il faut entendre obligation sans laquelle l'objet, la finalité du contrat ne peut être réalisée. Appliqué au contrat de travail, il s'agira de toute obligation ayant trait principalement à la réalisation de

¹⁹ A. Zelcevic-Duhamel, La notion d'économie du contrat en droit privé, JCP E 2001 n°9, 1300

la prestation de travail, c'est-à-dire sa définition, sa recherche, son exécution, sa contrepartie. Ces obligations étant essentielles et participant ainsi à l'économie générale du contrat, elles ne peuvent être supprimées, contredites ou annulées.

21. Exemples jurisprudentiels. Ainsi, lorsque *je* fais appel à transporteur particulier afin qu'il livre un pli en 48h, son obligation essentielle est la livraison dans le délai précité. Une clause limitant la responsabilité du transporteur en cas de retard de livraison organise bien les modalités de l'obligation essentielle. Une telle clause ne peut contredire l'obligation essentielle, c'est-à-dire empêcher la réalisation de la finalité même du contrat, contredire cette finalité même. La Cour de cassation a utilisé ce raisonnement dans l'arrêt *chronopost* du 22 février 1996²⁰. En l'espèce, la clause limitant la responsabilité prévoyait qu'en cas de retard, seule la somme versée serait remboursée. Or, la livraison dans le délai constitue l'obligation essentielle du transporteur. Cette clause limitative contredit donc la portée de l'engagement. La Cour de cassation affirme alors que lorsqu'une clause porte sur une obligation essentielle et la contredit, elle est considérée comme abusive et donc réputée non écrite. La notion d'économie générale du contrat, outre de permettre la détermination et la sauvegarde des obligations essentielles, permet donc aussi de dénoncer les clauses abusives. Or, par clause abusive, il faut entendre la clause qui crée une rupture d'égalité, un déséquilibre entre les prestations de chacune des parties.

22. Un idéal de justice commutative. La jurisprudence fait donc référence à l'économie générale du contrat afin de vérifier, de créer et d'organiser l'équilibre du contrat et des prestations. Pourtant, en dehors de rares exceptions, la lésion, c'est-à-dire l'absence d'équivalence économique des prestations, ne donne lieu à aucune action en nullité. L'équivalence requise dans les contrats commutatifs est en réalité non pas objective mais laissée à l'appréciation des parties. La notion d'équivalence des prestations n'a donc aucun fondement légal. En doctrine elle est prônée par certains, refusée critiquée et dénigrée par d'autres. En jurisprudence, la notion d'économie générale du contrat est utilisée afin d'assurer un certain équilibre entre les prestations de chacune des parties. La notion d'économie générale apparaît ainsi comme une notion solidariste aux contours certes mal définis mais

²⁰ Com 22 février 1996, D 1997 ; JP Chazal, Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt Chronopost, JCP E n°29 1998, 1152

permettant d'assurer effectivement une certaine souplesse dans l'appréciation du contrat. La notion d'équivalence des prestations participe sans doute d'un idéal de justice commutative dans le champ du contrat.

23. Droits étrangers. D'autres droits européens s'attachent au contrôle de l'équilibre contractuel. Le droit allemand a pour ce faire, choisi d'étendre la législation relative aux clauses abusives au domaine du contrat de travail. En droit français, le droit des clauses abusives ne concerne pas le contrat de travail. Une telle extension n'est d'ailleurs pas forcément nécessaire puisque la jurisprudence peut avoir recours à la cause, comme dans l'arrêt *chronopost* précité, à la notion d'économie générale.

24. Application au contrat de travail. Appliqué au contrat de travail, la notion d'économie générale permettra d'analyser les clauses du contrat régissant et organisant la prestation de travail du salarié. Celle-ci s'exécute dans une relation de pouvoir, de sorte à ce que l'organisation des pouvoirs de l'employeur soit elle aussi analysée sous l'angle de cette notion. Toutes ces clauses entrent bien dans l'économie générale du contrat de travail et ne peuvent la contredire, ni aller à l'encontre de la répartition des risques. L'analyse de l'économie générale du contrat de travail impliquera aussi l'analyse de la contrepartie, à savoir la rémunération afin de se demander où se situe l'équilibre entre ces différentes obligations. Cela impliquera de ne traiter que des seules relations individuelles, en considérant que la dimension collective de la relation de travail ne relève pas de l'économie générale de ce contrat. En effet, s'il est possible d'arguer que le droit des relations collectives de travail participe de l'équilibre du contrat, celles-ci rétablissent en réalité un équilibre non pas du contrat mais des pouvoirs dans la relation de travail. Elles s'appliquent ainsi aux travailleurs intégrés à l'entreprise et non pas uniquement aux salariés de celles-ci. La notion d'économie générale du contrat de travail permet aussi de déterminer le sort d'un contrat dont l'équilibre est menacé.

B. Analyse du sort du contrat

25. Economie voulue par les parties. Le contrat de travail est un contrat à exécution successive, il s'inscrit donc dans la durée. L'économie générale a alors ici une dimension fonctionnelle, qui bien que critiquée, inspire les juges. Le contrat doit s'analyser en référence à « l'économie voulue par les parties ». Elle permet de remédier aux lacunes de la volonté exprimée, de déterminer le sort du contrat en cas de bouleversement de son équilibre.

26. Instrument de détermination du sort du contrat. Il arrive que l'économie du contrat soit bouleversée en cours d'exécution, du fait d'une partie, ou indépendamment de leur volonté. La jurisprudence peut alors avoir recours à ce concept afin de déterminer le sort du contrat ainsi bouleversé, modifié. La cour répond en réalité à la question suivante : s'agit-il toujours du même contrat ? Ou encore, ce contrat peut-il être exécuté conformément à la volonté des parties ? Ce contrat répond-il toujours à la volonté initiale des parties ? La cour affirme alors qu'une partie ne peut bouleverser l'économie du contrat sans l'accord de son cocontractant. Certains affirmeront que le principe de la force obligatoire et de l'intangibilité du contrat suffisent pleinement à cela et que cette notion n'est qu'un trouble fait. En droit du travail cette notion pourrait tout de même être intéressante. Le régime de la modification d'un élément de la relation de travail est compliqué, composant avec les principes de droit des contrats et le pouvoir de l'employeur. Les contrôles appliqués par le juge sont donc complexes et nombreux, il serait alors intéressant d'analyser cette modification sous l'angle de l'économie générale du contrat de travail. Certaines cours d'appel en ont déjà fait application notamment en cas de changement d'horaire en affirmant que lorsque ce changement bouleverse l'économie générale du contrat, alors l'accord du salarié est indispensable.

27. Analyse du sort du contrat en cas de déséquilibre. Mais qu'en est-il lorsque le bouleversement n'est pas le fait d'une partie ? Cette notion d'économie générale du contrat de travail a permis d'explicitier la notion de cause subjective afin d'annuler certains contrats déséquilibrés, ou devenu déséquilibré. L'économie générale du contrat est ici utilisée afin d'en analyser le but. Lorsque les circonstances sont telles que les parties ne peuvent atteindre le but « essentiel » du contrat, c'est-à-dire sa finalité, son « *économie voulue* », alors le contrat est privé d'effet. La Cour de cassation²¹ a ainsi considéré que lorsque l'économie voulue par les parties ne peut pas être atteinte alors le contrat est nul pour absence de cause. Dans cet arrêt la Cour de cassation explique que l'économie voulue par les parties était l'exploitation d'un club vidéo, et, ne pouvant l'exploiter, le contrat était dépourvu de contrepartie réelle, ce qui entraîne la nullité du contrat pour absence de cause. Ainsi, alors que la cause s'apprécie en principe objectivement, l'utilisation de l'économie générale du contrat permet d'analyser le contrat par référence au but poursuivi par les parties. Ce cadre d'appréciation sera

²¹ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, D. 1997, Jur. p. 500, note P. Reigné ; JCP 1997, I, n° 4015, p. 178, note F. Labarthe ; RTD civ. 1996, p. 903, obs. J. Mestre ; Défrénois 1996, p. 1015, obs. P. Delebecque.

particulièrement intéressant pour analyser le sort du contrat en cas de difficultés physiques subies par le salarié, ou de difficultés économiques subies par l'employeur. La notion d'économie générale du contrat semble être un cadre finalement parfaitement adapté à la vie du contrat de travail.

28. Existence d'une partie faible. L'importance de la notion dans la détermination du contenu et du sort de la convention est donc primordiale. Il est par ailleurs intéressant de constater que la Cour de cassation ne fait référence à cette notion que lorsqu'il existe une partie dite faible au contrat : il en est ainsi du client d'un grand transporteur qui signe un contrat « d'adhésion », du loueur de cassettes vidéo sans connaissance commerciale, du locataire dans le bail... L'utilisation de cette notion en jurisprudence rejoint alors l'intuition de Ripert, qui réfléchissant sur les liens existant entre le droit des obligations et la morale avait considéré que *« la lésion devrait également être admise dans les conventions où existe entre les parties une disproportion de force évidente, de telle sorte que la disproportion des prestations suffit à révéler qu'il y a eu exploitation de l'un des contractants²² »*. La Cour de cassation a fait référence à la notion d'économie générale du contrat très récemment en droit du travail. Le concept de partie faible est ici particulièrement présent. Dans un arrêt rendu en matière de travail à domicile, elle considère alors que *« l'occupation du domicile du salarié à des fins professionnelles constituent une immixtion dans la vie privée du salarié qui n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail »*. Et, parce que cela n'entre pas dans l'économie du contrat de travail, la cour impose une contrepartie financière. La notion d'économie générale est ici utilisée pour créer une obligation supplémentaire afin de compenser, et de rétablir l'équilibre du contrat de travail. Il s'agit donc bien d'un nouveau cadre d'appréciation du contrat de travail, de ses clauses, de ses obligations.

29. Etude. Les contrôles des clauses du contrat de travail sont nombreux. Ils ont en réalité pour ambition de s'assurer de l'accord, du consentement du salarié, de s'assurer de sa protection. C'est donc l'autonomie de la volonté qui est en réalité contrôlée lorsque les juges sanctionnent les clauses du contrat de travail. C'est d'ailleurs aussi le rôle des dispositions impératives du droit du travail. La découverte de la notion d'économie générale du contrat démontre au contraire que la volonté n'est pas libre dans le contrat, que son contenu répond à des impératifs essentiels, à un équilibre. La question qui se pose est alors la suivante : le

²² Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, LGDJ 1949, n°72

contrat de travail lui-même ne permettrait-il pas de réguler la volonté, d'assurer le consentement des parties sur un contrat équilibré ? Ce cadre d'appréciation du contrat permet en effet de réguler la relation de travail en préservant ces conditions, d'admettre la validité de certaines clauses, ou de les invalider, sans pour autant avoir besoin de recourir aux principes d'ordre public ou au contrôle du consentement. L'économie générale d'un contrat s'impose aux parties qui le concluent, elle limite ainsi leur volonté. L'analyse de l'impact de ce nouveau cadre d'appréciation sur le contrat de travail nécessitera de poser différentes hypothèses, sans pour autant avoir l'assurance de l'application qui en sera faite.

La recherche du contenu de l'économie générale du contrat de travail se situera principalement dans l'étude de la réalisation de la prestation de travail et de sa contrepartie. Elle consistera à faire émerger certaines obligations essentielles non explicites permettant de rétablir l'équilibre au sein de ce contrat, ou de le sauvegarder en cas d'introduction d'obligations spécifiques (*Partie 1*). L'étude de l'évolution de la relation contractuelle permettra d'analyser le sort du contrat de travail en cas de bouleversement de l'équilibre initial, qu'il soit volontaire ou involontaire. A ce stade, l'économie générale du contrat de travail permettra d'analyser les obligations qui pèsent sur les parties en cas de bouleversement de l'économie générale afin de savoir si le droit préserve l'équilibre contractuel (*Partie 2*). Si elle ne bouleverse pas le droit applicable au contrat de travail, la notion d'économie générale, en sus de correspondre à un « *joli* » idéal de justice commutative pourra alors être « *utile* » à différents égards.

Partie 1 : Le contenu de l'économie générale du contrat de travail

30. Contenu. La qualification de contrat de travail suppose la réunion de trois éléments : une prestation de travail, un lien de subordination et une rémunération. L'analyse du contenu de l'économie générale du contrat de travail suppose d'étudier ces trois éléments afin de définir les obligations des parties qui en découlent, et d'analyser leur équilibre. Le contenu de l'économie générale du contrat de travail, sera ici l'analyse de son équilibre, de l'équivalence de ses prestations. Cette notion trouve une application intéressante en matière de contrat de travail.

31. Inégalité des parties en raison du contrat. La subordination liant le salarié à son employeur définit le contrat de travail. A ce titre, l'exécution du travail s'instaure dans une relation de pouvoir. La crainte est alors celle de l'abus de pouvoir de l'employeur lors de la conclusion du contrat de travail. Le contrat est gouverné par les principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle. Ces deux principes reposent sur l'idée d'égalité des parties au contrat. L'hypothèse est rare en droit du travail. L'une des parties jouit d'un pouvoir de direction sur l'autre. Il faut ajouter à cela la dépendance économique de l'une des parties. Si elle ne constitue pas un critère du contrat de travail, elle demeure un fait. Il s'agit d'une « *situation dans laquelle se trouve une personne par rapport à une autre dont l'existence ou la survie est subordonnée au maintien de la relation contractuelle*²³ ». Elle peut alors permettre au contractant d'imposer des conditions draconiennes. Si la dépendance économique n'est pas systématiquement caractérisée lorsqu'est conclu un contrat de travail, ce domaine y est particulièrement enclin.

32. Inégalité des parties en raison du marché. Le contrat de travail a un caractère alimentaire. Il est alors enclin au déséquilibre des forces, à la soumission du salarié à son employeur avant même la conclusion du contrat, lors de sa négociation. Cette forme d'assujettissement n'est en réalité pas due à l'employeur mais aux règles du marché²⁴. A. Smith expliquait à ce titre que le jeu de l'offre et de la demande est devenu une « *main invisible* », une forme de manipulation poussant son détenteur « *à remplir une fin qui n'entre*

²³ O. Rivoal, La dépendance économique en droit du travail, D.2006 p891

²⁴ S. Wdowiak, La violence économique : une nouvelle forme d'esclavage?, SSL 2005, 1213

*nullement dans ses intentions*²⁵ ». Certains parlent alors d'une nouvelle forme d'esclavage : l'esclavage du consentement. Ils expliquent alors que le droit privé doit coordonner la possibilité de louer la force de travail sans l'exploiter avec la nécessité pour le salarié d'accepter le contrat de travail.

33. Solutions étrangères. Pour ce faire, le droit du travail s'est émancipé de la tutelle du droit civil, du droit des contrats et a soumis le contrat de travail à des règles impératives. Certains pays n'ont pas réagi ainsi. Au Royaume Uni, la faiblesse de la législation a contraint les juges anglais à s'appuyer sur des mécanismes contractuels pour satisfaire les fins du droit du travail, la protection des salariés ou l'organisation de l'entreprise. Le contrat y est alors la principale source des droits et obligations des parties. Depuis quelques années, les droits français, allemands et italiens font eux aussi de plus en plus référence au droit des contrats pour définir le contenu obligationnel du rapport de travail.

34. Intérêt de la notion d'économie générale. L'utilisation de la notion d'économie générale du contrat en tant qu'instrument d'analyse du contenu du contrat s'instaure dans ce schéma. Ce nouveau cadre d'appréciation permet d'analyser les obligations, d'en assurer l'existence. Il permet aussi d'explicitier certaines obligations non prévues par le contrat mais nécessaires à sa réalisation. L'analyse du contenu de l'économie générale du contrat de travail revient finalement à faire ressortir les obligations essentielles des parties, qu'elles soient implicites ou explicites afin d'assurer leur équivalence. Elle permet ensuite de sanctionner le contrat déséquilibré. Analyser le contenu de l'économie du contrat revient alors à se demander dans quel cadre s'instaure la réalisation de la prestation de travail, et dans quelles mesures la contrepartie financière, c'est-à-dire la rémunération allouée permet d'assurer l'équilibre des prestations. Face au développement des clauses dans le contrat de travail, la notion d'économie générale du contrat s'entend comme un nouveau cadre d'appréciation de la validité des clauses du contrat par l'analyse de leur équilibre soit indépendamment du contrat soit en lien avec lui.

35. Si le rapport de force semble déséquilibré, la détermination des contours des obligations et la découverte d'obligations supplémentaires permettent de rééquilibrer la relation de travail (*titre 1*). L'analyse de la contrepartie des obligations sous l'angle de

²⁵ A. Smith, *La richesse des nations*, 1776, livre II, chap IV, nouvelle traduction P.Jaudel, Economica, Paris 2000

l'économie générale du contrat de travail permet de garantir l'équilibre du contrat de travail en imposant une contrepartie financière supplémentaire en cas d'obligation contractuellement ajoutée (*titre 2*). L'économie générale du contrat de travail s'entend alors comme un mécanisme contractuel limitant l'autonomie de la volonté par l'imposition d'obligations et de contreparties, par l'imposition d'un équilibre contractuel.

Titre 1 : L'apparence d'un rapport de force déséquilibré

36. La réalisation d'une prestation de travail subordonnée. Le contrat de travail a pour objet la réalisation d'une prestation de travail par le salarié sous la subordination de son employeur.

37. Notion de prestation de travail en droit français. Malgré son importance, cette prestation objet du contrat de travail ne trouve pas de définition précise. En proposer une définition juridique est presque impossible. C'est donc au cas par cas que la jurisprudence qualifie l'activité en question de prestation de travail. Pour la Cour de cassation, toute activité humaine n'est pas travail. Il en est ainsi notamment des activités réalisées dans le cadre d'une insertion ou réinsertion ou encore des activités spirituelles. A l'inverse, la participation à une émission de télé-réalité peut constituer une prestation de travail. Le rôle du juge est en la matière quasi divinatoire. Cela se justifie par l'indisponibilité de la qualification de contrat de travail et donc de la prestation de travail. Le juge se devant de redonner leur exacte qualification aux faits, les conditions dans lesquelles est exercée la prestation permettent de la définir.

38. Notion de prestation en droit communautaire. Le droit communautaire n'est d'ailleurs pas plus précis sur le sujet. Dans le cadre de l'article 39 du traité instituant les Communautés et de la directive du 29 avril 2004 proclamant la libre circulation des travailleurs, la prestation de travail n'est définie qu'indirectement. Selon la Cour de justice des Communautés européennes « *la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération* ». S'agissant plus précisément de la prestation de travail la CJCE a précisé que sa nature n'avait pas d'importance. Elle peut consister en un travail de conception ou

d'exécution, être de type industriel, sportif, commercial... De même la nature de l'activité de l'employeur n'a pas d'influence, et la catégorie professionnelle à laquelle appartient l'auteur de la prestation non plus. Il apparaît alors que, comme en droit en français, la Cour de justice n'a pas défini ce qu'était un travail.

39. Une prestation réelle et effective. Elle a simplement posé l'exigence que cette prestation de travail soit réelle et effective. Mais selon son raisonnement pour qu'une prestation soit réelle celle-ci doit être effective et inversement elle est effective lorsque sa réalité est établie. Cependant son effectivité revêt un sens précis. Elle sert à l'employeur à améliorer, de manière qualitative ou quantitative, la production. Ainsi la Cour juge que « *ne peut se voir reconnaître la qualité de travailleur (...), un ressortissant d'un état membre employé dans des activités qui ne constituent qu'un moyen de rééducation ou de réinsertion* ». Le travail de l'individu n'ayant ni pour but ni pour effet d'améliorer la production de l'entreprise, il peut être considéré comme réel mais non comme effectif. Ce n'est pas l'intérêt de l'auteur de cette prestation qui la rend effective, puisque c'est pour lui un instrument de rééducation ou de réinsertion, mais l'intérêt de celle-ci dont l'objectif doit être économique. La prestation de travail est donc l'élément essentiel du contrat de travail. Si sa définition demeure imprécise, il est en revanche certain qu'elle doit se réaliser dans le cadre d'une relation de pouvoir.

40. Influence du pouvoir. Cette prestation de travail se réalise ici dans un cadre particulier qui contribue à la qualification de ce contrat. Il s'agit du lien de subordination. Cette subordination d'une partie à l'autre dans l'exercice de la prestation de travail contribue à la création d'un rapport de force déséquilibré. Cela implique que l'employeur puisse donner des ordres et directives, en contrôler l'exécution et en sanctionner l'inexécution. La réalisation de la prestation de travail, s'instaure alors dans un contexte disciplinaire. Néanmoins, elle s'instaure aussi dans un contexte contractuel.

41. Influence du contrat. L'économie générale du contrat de travail vise alors à délimiter l'aire du pouvoir de l'aire du contrat. Il en découle d'une part une délimitation des obligations du salarié, ce qui revient à restreindre les droits de l'employeur, et d'autre part la mise en avant d'obligations implicites afin de rétablir l'équilibre. La prestation de travail s'exécute alors sous la subordination de l'employeur, dont le pouvoir est encadré par le respect de l'économie générale du contrat de travail, c'est-à-dire de l'essence du contrat de travail

(*chapitre 1*). Mais, cette subordination, ce rapport de pouvoir a aussi pour conséquence l'effet essentiel du contrat de travail, c'est-à-dire la répartition des risques. Celle-ci implique que la prestation de travail s'exécute aussi sous la protection de l'employeur (*chapitre 2*). Le rapport de force n'est alors pas si déséquilibré, le pouvoir semble avoir pour corolaire la protection.

Chapitre 1 : L'exécution d'une prestation sous la subordination de l'employeur

42. Obligations implicites. L'exécution d'une prestation de travail sous la subordination de l'employeur constitue l'obligation essentielle du salarié. Il ne s'agit pas de la seule obligation permettant la réalisation de l'objet du contrat de travail. Certaines obligations, bien que non expressément définies dans le contrat sont nécessaires à la réalisation de l'objet du contrat. La détermination des obligations essentielles du contrat de travail ne peut alors se faire qu'à la lumière de l'article 1135 du Code civil selon lequel « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Si l'objet du contrat de travail est la réalisation d'une prestation, l'une des parties doit être débitrice de la recherche et de la proposition de la prestation à effectuer. A défaut, le contrat ne peut être réalisé.

43. La subordination du salarié à son employeur étant de l'essence même du contrat de travail, il semble alors évident que l'employeur puisse exercer son pouvoir de direction en ayant le droit de déterminer la prestation de travail à exécuter (*section 1*). Ce droit aura bien sûr pour corolaire évident l'obligation de l'employeur de rechercher et de proposer une prestation (*section 2*). Ces deux facettes de la subordination sont indispensables à la réalisation de l'objet du contrat. Elles constituent en ce sens l'essence même du contrat de travail et ont de nombreuses conséquences pratiques.

Section 1 : Le droit de déterminer la prestation

44. Le salarié travaillant pour le compte de l'employeur, ce dernier a donc le droit de déterminer la prestation de travail que le salarié devra accomplir. Cela inclut le droit d'en déterminer le contenu, l'intensité et d'en surveiller l'exécution. Un tel droit n'aurait pas d'intérêt s'il n'était pas assorti du droit de sanctionner les manquements. Cette relation de pouvoir dans laquelle s'instaure la prestation de travail doit être distinguée et conciliée avec la sphère du contrat. A l'aune de l'économie générale du contrat de travail, il convient donc de tenter d'en établir une délimitation. La finalité du contrat de travail semble justement être la limite au pouvoir de l'employeur. La réalisation d'une prestation pour le compte d'autrui, finalité du contrat de travail, est en effet un instrument permettant de délimiter le pouvoir de l'employeur. Ses pouvoirs en matière de détermination de la prestation de travail sont donc limités à la fois par les caractères de la prestation (*paragraphe 1*) et par son étendue (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Les caractères de la prestation

45. Examiner l'économie générale d'un contrat implique de prendre en compte à la fois ses caractères et son contenu. Il est alors nécessaire de se demander si le contrat de travail est un contrat conclu intuitu personae et si tel est le cas quelles en sont les conséquences. De même se pose la question de l'intensité de l'obligation. Le droit de l'employeur porte alors certes sur le contenu de la prestation qui sera réalisée (*II*) mais aussi sur le choix de la personne qui la réalisera (*I*).

I. L'exécutant de la prestation

46. L'exécutant de la prestation est ici le salarié. L'économie générale du contrat de travail est intéressante en ce qu'elle permet d'établir des règles contractuelles en matière de choix de recrutement(A) et de période d'essai (B).

A. Le choix de l'exécutant

47. **Liberté.** La subordination fait partie de l'essence du contrat de travail. Cela implique qu'en concluant un contrat de travail, un salarié choisit de travailler pour le compte d'un

employeur et non pour son propre compte. L'employeur lui, choisit un collaborateur afin qu'il travaille pour lui et exécute la prestation demandée. Il subira le risque en cas de finalité du contrat non réalisée. Il va donc de soit que le chef d'entreprise est libre de choisir ses collaborateurs. Cette liberté est constitutionnellement garantie et a une portée générale²⁶. Le Conseil constitutionnel considère en effet que la liberté d'entreprendre comporte également la liberté de faire travailler autrui et en déduit la liberté de l'employeur de choisir ses collaborateurs. Le caractère *intuitu personae* du contrat de travail entre donc dans son économie générale. L'employeur choisit la personne qu'il souhaite faire travailler pour son compte. Il en ressort que le salarié est lui, débiteur d'une obligation personnelle de fournir la prestation demandée. Cependant, la finalité du contrat constitue une limite à cette liberté.

48. Limites. La finalité est la réalisation d'une prestation de travail. La liberté de l'employeur quand au choix de ses collaborateurs trouve une limite ici même. Cette liberté n'a de sens que si elle est exercée afin de permettre au mieux la réalisation de l'objet du contrat. Dès lors, l'employeur lorsqu'il choisit son cocontractant ne peut le faire que sur des critères liés à l'objet du contrat.

49. Qualités professionnelles. L'*intuitu personae*, s'il constitue bien un caractère du contrat de travail trouve donc en la matière une signification restreinte. Ce n'est pas tant la personne du contractant qui est prise en compte mais ses qualifications et qualités professionnelles. Cela permet d'expliquer notamment la prohibition des discriminations en matière de recrutement mais surtout les exceptions qui y sont apportées. Cette interdiction est écartée dans certains cas fixés limitativement par décret. Il en est ainsi notamment des artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin soit un rôle masculin, des mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires, modèles masculins ou féminins. Cette liste d'exceptions permet de démontrer que c'est bien la prestation à effectuer qui permet de faire le recrutement. La liberté de choix de l'employeur doit être justifiée par la nature de la tâche demandée. Cette dernière étant constitutive de la finalité même du contrat, le choix ne peut s'opérer qu'en fonction de critères susceptibles d'en empêcher la réalisation. Le sexe dans cet exemple entre dans les qualités professionnelles du contractant. Il en va autrement lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre des deux sexes n'a aucune incidence sur la réalisation de la prestation. Seuls des critères liés à la prestation de travail peuvent permettre d'écarter un

²⁶ CC.20 juillet 1988, Dr. Soc. 1988.762

postulant. Cette utilisation de la finalité du contrat afin de limiter les libertés de l'employeur peut être appliquée à la rupture d'une période d'essai.

B. Le test de l'exécutant

50. Définition. Il arrive fréquemment que soit prévue dans le contrat de travail une clause d'essai. Selon l'article L1221-20 du Code du travail, cette période permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié, notamment au regard de son expérience. Cette clause est donc directement rattachée à l'exécution de la prestation de travail. Et, durant cette période, les parties disposent de la faculté de rompre le contrat à tout moment, et ce sans avoir à justifier d'un motif. Cela signifie-t-il que le contrat peut être rompu pour toutes raisons ?

51. Régime. Le droit de rompre n'est pas discrétionnaire. Comme tous les droits, celui-ci est susceptible d'abus et le salarié pourra obtenir des dommages et intérêts s'il apporte la preuve que l'employeur a agi avec malveillance ou avec une légèreté blâmable. Mais le motif, lui n'est en rien contrôlé. Pourtant, l'essai étant lié directement à la réalisation de la prestation de travail, seuls des éléments liés à celle-ci devraient permettre une rupture. La finalité étant d'évaluer les compétences du salarié, seule une raison liée à la personne et ayant pour conséquence d'empêcher la réalisation de la finalité du contrat devrait permettre de rompre le contrat. Le nouvel article L1221-20 du Code du travail tranche désormais cette question en précisant la finalité de l'essai. Cela implique donc que toute rupture pour un autre motif sera irrégulière. Cela se justifie parfaitement au regard de l'essence du contrat de travail.

52. Le caractère personnel de l'obligation du salarié et la finalité du contrat ainsi définis, se pose la question de la réalisation de la prestation. Il s'agit l'opération économique d'ensemble qui est organisée par le contrat de travail. Afin que celle-ci soit réalisée, le salarié et l'employeur sont débiteurs de différentes obligations.

II. L'exécution de la prestation

53. Afin que l'objet du contrat puisse être réalisé, le salarié est débiteur de l'obligation d'exécuter la prestation demandée par l'employeur. La finalité du contrat de travail permet ici de déterminer la nature de cette obligation (A) et de lui appliquer un régime spécifique (B).

A. La nature de l'obligation du salarié

54. **Obligation de moyen.** L'obligation du salarié est de réaliser la prestation de travail déterminée par l'employeur. En se soumettant à la subordination de son employeur, le salarié accepte une certaine répartition des risques : le risque de l'entreprise doit peser sur l'employeur et non sur le salarié. Cela implique que cette obligation ne soit qu'une obligation de moyen. Le salarié ne promet pas un résultat tel l'entrepreneur dans le contrat d'entreprise. Il met sa force de travail à la disposition de l'employeur pour réaliser la prestation qui lui sera demandée. Les auteurs s'entendent donc à considérer que l'obligation du salarié est une obligation de moyen.

55. **Obligation de *praestere*.** Cependant, on trouve généralement ensuite l'idée que le salarié serait en réalité débiteur d'une obligation de *praestere*, c'est-à-dire d'une obligation de mise à disposition de sa force de travail. Cela peut sembler antinomique. En effet, si l'on considère que l'obligation qui pèse sur le salarié est celle de réaliser la prestation de travail alors, il s'agit d'une obligation de faire. Et, il va de soit qu'une telle obligation serait une obligation de moyen. En revanche, si l'on admet comme la plupart des auteurs que l'obligation du salarié est de se tenir à la disposition de son employeur, alors on ne peut plus parler d'obligation de moyen : le salarié se tient à la disposition de son employeur ou il ne s'y tient pas.

56. **Cumul.** Il faut en fait retenir que ces deux obligations font parties de l'économie générale du contrat de travail. La réalisation d'une prestation de travail serait alors l'objet du contrat, tandis que la mise à disposition de sa force de travail par le salarié qui se soumet aux directives de son employeur serait l'obligation principale du salarié, permettant la réalisation de l'objet du contrat. Cette obligation de se tenir à disposition de son employeur n'est pas une obligation de moyen. En revanche le résultat de cette mise à disposition, à savoir la réalisation

de la prestation n'est pas certain et sa non réalisation n'est donc pas automatiquement imputable au salarié. Cette distinction permet de comprendre le régime de la non réalisation de la prestation.

B. Le régime de l'obligation du salarié

57. Non réalisation. L'obligation du salarié serait donc de se tenir à la disposition de l'employeur, en suivant ses directives afin que la prestation demandée puisse être réalisée. Il va de soit que le risque de la non réalisation ne peut peser sur le salarié. Le salarié s'il se tient à sa disposition a bien rempli ses obligations. La non réalisation de l'objet du contrat ne peut lui être imputable que si celle-ci est fautive. Une prestation de travail non réalisée ne peut donc pas être constitutive d'une mesure d'exception d'inexécution par l'employeur : il ne peut refuser le paiement du salaire pour cette raison, les sanctions pécuniaires étant par ailleurs interdites.

58. Insuffisance de résultats. L'insuffisance de résultats s'entend comme l'écart entre les résultats prévues et ceux réalisés par le salarié. Il s'agit donc bien d'une prestation inexécutée, au moins partiellement. Quelles en sont les conséquences ? Faut-il considérer qu'il s'agit d'une inexécution d'une obligation entraînant faute contractuelle ? Dans un premier temps les juges ont considéré que l'insuffisance de résultats pouvait fonder un licenciement. Il s'agissait donc de l'inexécution d'une obligation. Il importait peu que les mauvais résultats ne soient pas dus au travail du salarié lui-même, que celui-ci ait mis tout en œuvre pour y parvenir ou non. L'écart entre le résultat obtenu et le résultat prévu suffisait à fonder la rupture du contrat. La jurisprudence semblait donc entendre l'obligation du salarié comme l'obligation de parvenir au résultat déterminé par avance par l'employeur. La cour a ensuite rétabli le contrôle de cette cause de rupture du contrat de travail²⁷. Celle-ci peut se justifier par la théorie de l'imputation des risques mais aussi par les conditions de validité d'un contrat : l'objet de l'obligation doit être possible.

²⁷ Notamment soc 30 mars 1999, bull civ V n°143

Paragraphe 2 : L'étendue de la prestation

59. L'employeur a, en vertu du contrat de travail le droit de déterminer la prestation que le salarié devra réaliser. Cependant, ce pouvoir de déterminer le contenu se trouve limité par des règles issues du droit commun des contrats trouvant une application spécifique en droit du travail(I). Ce pouvoir n'aurait pas d'intérêt si l'employeur ne pouvait pas aussi contrôler et sanctionner les manquements. Ici encore une fois, ce pouvoir est limité par la finalité du contrat (II).

I. Le contenu de la prestation

60. Le Code civil fait de la possibilité de l'objet de l'obligation une condition de validité du contrat. Cette condition trouve une application concernant la prestation de travail (A) mais est entendue plus strictement (B).

A. Un objet possible

61. Limite au pouvoir de direction. Il est communément admis que l'objet de l'obligation d'une des parties doit être possible. Cela permet de trouver une limite contractuelle au pouvoir patronal de direction. Ce pouvoir donne à l'employeur le droit de déterminer la prestation de travail qui sera réalisée pendant le temps de mise à disposition de son salarié. Les directives données par l'employeur et que le salarié doit effectuer, doivent être possibles.

62. Application à la fixation des objectifs. Cela trouve une application intéressante en matière d'objectifs fixés contractuellement. La Cour de cassation a imposé aux juges du fond de vérifier si les objectifs étaient raisonnables et compatibles avec le marché. Dans une décision du 21 février 2007²⁸, la Cour de cassation affirme exactement que les juges du fond n'avaient pas recherché « *si l'objectif fixé par l'employeur était effectivement réaliste* ». Il est vrai que cette décision concerne la fixation unilatérale d'objectifs, mais cela s'appliquera à l'identique s'ils sont fixés contractuellement. Si la prestation de travail constitue un élément essentiel du contrat de travail, cela implique qu'elle soit librement déterminée par les parties et fasse l'objet d'un accord de volonté. Cependant, la notion de subordination doit être

²⁸ Soc 21 février 2007 n°05-43.637

associée à cette constatation. Cela implique alors que la prestation puisse aussi être déterminée par l'employeur. Pour cette raison, la Cour de cassation admet à la fois la fixation unilatérale et conventionnelle des objectifs mais leurs applique le même régime. Dans un arrêt de 2009²⁹, la Cour de cassation applique la solution à des objectifs fixés contractuellement. Les parties avaient en l'espèce convenu d'un objectif très ambitieux, qu'elles s'accordaient à reconnaître comme irréaliste. La cour assimile le caractère déraisonnable de l'accord à une absence d'accord. L'objet du contrat n'était ici pas impossible mais déraisonnable. Qu'il s'agisse d'une fixation unilatérale ou contractuelle, les objectifs doivent donc être raisonnables.

B. Un objet raisonnable

63. Répartition des risques. L'objet de l'obligation en droit du travail ne doit pas seulement être possible, il doit être raisonnable. Cela se comprend par la répartition des risques dans la relation de travail. Le risque ne pouvant peser sur le salarié, l'objectif raisonnable est celui qui est compatible avec le marché, et réalisable « *non pas pour un héros ou un surhomme mais pour un salarié moyen, un bon père de famille*³⁰ ». Il s'agit d'un rétablissement du contrôle de l'imputation des risques³¹ : le salarié soumis à une obligation de moyen et non de résultat ne doit pas se voir attribuer les conséquences d'une défaillance de l'organisation ou encore des fluctuations anormales du marché³². Que faut-il entendre par raisonnable ?

64. Définition. Il semblerait que le raisonnable dépende des conditions du marché. Dans la décision de 2007 précitée, la Cour de cassation vise le réalisme des objectifs. Les deux conditions sont donc réunies : les objectifs, pour être réalistes doivent être raisonnables et compatibles avec le marché. La prise en compte du marché pour déterminer le caractère raisonnable des objectifs s'insèrent dans le contrôle de la répartition des risques inhérente au contrat de travail. Dès lors, le fait que l'objectif fixé ne soit pas seulement possible mais raisonnable entre dans l'économie générale. Thomas Pasquier appelle cela le *contrôle de la*

²⁹ Soc 13 janvier 2009, n°06-46.208, JCP S 2009 1096, note F Favennec-Héry ; T. Pasquier, La révision des objectifs déraisonnables D 2009 p 1931,

³⁰ P. Waquet, Les objectifs, Dr.soc 2001 p124

³¹ T Pasquier, La révision des objectifs déraisonnables, D 2009 p 1931

*normalité*³³. La question posée aux juges en la matière est alors la suivante : dans des conditions normales, c'est-à-dire prenant en compte la comptabilité de l'entreprise et les fluctuations du marché, cet objectif est-il réalisable par un salarié moyen où au contraire, nécessite-t-il un effort « *surhumain* » ? Thomas Pasquier explique ainsi que le normal s'oppose au légal en ce sens que le premier s'intéresse à ce qui est conforme au système juridique, tandis que le second désigne à la fois un fait et la valeur attribuée à ce fait. Cette constatation semble trouver application en matière d'objectifs : le raisonnable s'apparente finalement au normal. Cela implique qu'un changement économique pourra rendre des objectifs déraisonnables, alors que ce caractère n'avait jamais eu à être contesté auparavant. Il pourrait alors s'agir d'une sorte de révision pour imprévision³⁴.

65. Lorsque l'inexécution de la prestation est le fait du salarié, et résulte d'une négligence ou d'une malveillance il en va évidemment autrement.

II.L'aire de la subordination

66. La prestation de travail est déterminée et contrôlée par l'employeur. Elle entre donc dans la sphère du pouvoir patronal. L'employeur doit donc en contrôler les manquements. Mais, tout manquement contractuel ne constitue pas une faute disciplinaire. Cela est dû une fois de plus à la superposition du pouvoir et du contrat dans la relation de travail. Entre dans la sphère du pouvoir toute faute du salarié entraînant l'inexécution ou la mauvaise exécution de la prestation de travail (A.) En revanche un fait qui ne relève pas de l'exécution du travail, qu'importe les conséquences, ne devrait pas entrer dans la sphère du pouvoir (B).

A. La faute professionnelle

67. Origine contractuel du pouvoir³⁵. Parce qu'elle participe de sa qualification, la subordination est bien de l'essence du contrat de travail. Elle permet le contrôle de la réalisation de la prestation de travail et par là, la réalisation de l'objet du contrat. Ces constatations permettent de donner un fondement contractuel au pouvoir patronal. Ainsi, au regard de la théorie contractuelle, « *le contrat de travail qui concrétise juridiquement l'état de*

³³ T Pasquier, La révision des objectifs déraisonnables, D 2009 p 1931

³⁴ Cf n° 362 et s.

³⁵ A ne pas confondre avec l'« analyse contractuelle » du pouvoir disciplinaire, selon laquelle c'est l'existence du règlement intérieur qui fonde le pouvoir disciplinaire et qui s'oppose à l'analyse institutionnelle.

*subordination économique du salarié, justifie corrélativement l'autorité de l'employeur et la concentration de tous les pouvoirs qui, séparés dans la cité, sont au sein de l'entreprise réunis entre ses mains*³⁶ ». Il en est ainsi du pouvoir de direction en vertu duquel l'employeur est seul juge de l'organisation du travail et de l'aptitude de ses salariés ; mais aussi du pouvoir règlementaire et du pouvoir disciplinaire. La surveillance, le contrôle et l'évaluation du salarié relèvent donc eux aussi de la sphère contractuelle. Ces prérogatives concernent principalement l'activité du salarié dans l'exécution de sa prestation de travail, qu'il s'agisse d'en surveiller et contrôler le déroulement, les résultats ou d'évaluer le travail accompli mais plus encore, les aptitudes et compétences de l'intéressé en vue de décider de l'avenir du rapport de travail.

68. Options en cas de manquement. Lorsque l'employeur juge une exécution défectueuse, il a la faculté de réagir par des choix en matière de carrière du salarié. Une telle exécution insatisfaisante peut par ailleurs nourrir un grief d'insuffisance professionnelle motivant un licenciement et pouvant le justifier s'il est étayé par des données objectives. La Cour de cassation distingue en revanche ce manquement contractuel de la faute disciplinaire. Elle déclare ainsi que « *l'insuffisance professionnelle, sauf mauvaise volonté délibérée, ne constitue pas une faute* »³⁷. Si les manquements constituent une faute disciplinaire, la responsabilité du salarié pourra être engagée et une sanction pourra être prononcée. Cette sanction doit évidemment être proportionnelle à la gravité de l'acte en question³⁸.

69. Définition de la faute. L'article 1331-1 définit la faute comme tout agissement du salarié que l'employeur considère comme fautif. Selon cette définition un fait personnel pourrait être considéré comme une faute si l'employeur le voit ainsi. Mais, une fois de plus la finalité du contrat de travail est la réalisation de la prestation déterminée par l'employeur. Dès lors, il semblerait que seul puisse être considéré comme fautif et relevant du pouvoir disciplinaire de l'employeur, un fait en rapport avec cette finalité. En effet, le comportement du salarié ne saurait être sanctionné s'il n'est pas relatif à l'exécution de sa prestation de travail, même si la qualification de faute disciplinaire n'est pas en jurisprudence toujours

³⁶Y. Saint-Jours, La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau, D 1990 p 113

³⁷ Cass. soc. 17 févr. 2004, RJS 5/2004, n° 521 ; rappr. Cass. soc. 6 avr. 1999, RJS 5/1999, n° 662 ; Cass. soc. 9 mai 2000, Bull. civ. V, n° 170

³⁸ Y. Saint-Jours, La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau, D 1990 p 113

circonscrite aux manquements du salarié nés du contrat. Il en est ainsi du refus d'exécuter une tâche relevant de ses attributions, de l'exécution délibérément défectueuse du travail, de la désinvolture à l'égard des directives ou consignes concernant la tâche. Dès lors, est une faute disciplinaire, le manquement du salarié à son obligation contractuelle de fournir la prestation de travail demandée par l'employeur et selon ses consignes.

70. Insubordination à l'origine de la faute. Ce qui constitue en réalité la faute disciplinaire n'est pas l'insuffisance de la prestation de travail, mais bien plus l'insubordination qui en est à l'origine. En effet, le salarié a deux obligations : réaliser la prestation de travail et exécuter les directives de l'employeur. Ainsi, l'inexécution de la prestation constitue un manquement contractuel si le salarié n'a pas tout mis en œuvre pour parvenir au résultat, tandis que le non respect des directives constitue un acte d'insubordination. Cela conforte deux idées précitées : le pouvoir de sanction de l'employeur trouve aussi un fondement contractuel et l'obligation de réaliser la prestation n'est qu'une obligation de moyen. Et, si c'est l'acte d'insubordination qui entraîne la sanction disciplinaire, il paraît alors logique au vu de cette économie que l'inexécution pour maladie ou autre cause licite ne constitue pas une inexécution fautive. La prestation n'est certes pas exécutée mais aucune insubordination n'est à l'origine. Ce même raisonnement permet d'écarter le fait personnel des fautes disciplinaires.

B. Le fait personnel

71. Absence de faute. Selon cette définition de la faute et sa liaison avec la finalité du contrat, il faut donc écarter immédiatement tout fait relevant de la vie personnelle et non professionnelle du salarié. Un fait issu de la vie personnelle du salarié n'a aucun rapport avec l'exécution des obligations contractuelles et donc avec la finalité du contrat. Il ne pourrait en ce sens pas être qualifié de faute disciplinaire. C'est d'ailleurs la règle qu'avait posé la Cour de cassation dans une décision du 16 décembre 1997³⁹. En revanche, lorsqu'un fait issu de la vie personnelle a une répercussion sur les obligations du salarié, il peut effectivement y avoir une sanction contractuelle. Si un fait personnel empêche la réalisation de l'obligation du salarié, il pourra s'agir d'un manquement contractuel sanctionné en tant que tel, mais non d'une faute disciplinaire.

³⁹ soc 16 décembre 1997, Bull.civ V n°441

72. Sanction non disciplinaire. Le fait personnel sort finalement de la sphère de la subordination. En effet, si l'on admet que le pouvoir de l'employeur a un fondement contractuel, la subordination s'arrête là où le contrat s'arrête. La finalité du contrat étant la réalisation de la prestation de travail, tout fait qui ne s'y rapporte pas, qu'il ait lieu en dehors ou pendant son exécution n'entre pas dans la sphère du pouvoir de l'employeur. Ce fait constituerait alors, s'il a une incidence sur la prestation- c'est-à-dire s'il constitue un trouble objectif-, une simple faute contractuelle entraînant un préjudice pour l'entreprise et un licenciement naturellement non disciplinaire⁴⁰.

73. Notion de trouble caractérisé. C'est la notion jurisprudentielle de trouble caractérisé. Il ne devrait pas être question ici de faute disciplinaire mais de simple faute contractuelle pouvant alors justifier un licenciement du fait personnel. En aucun cas il ne pourrait s'agir d'une faute, puisque le fait relève de la vie personnelle. Le salarié n'a donc commis aucun acte d'insubordination. Il n'y aurait donc aucun lien de causalité entre le fait personnel et le préjudice subi. La cause du préjudice serait ici l'inexécution de la prestation et non le fait personnel. Suite à certaines confusions, la cour semble avoir rétabli cette distinction. C'est en effet le raisonnement suivi par la Cour de cassation dans un arrêt rendu en chambre mixte le 18 mai 2007⁴¹. Un arrêt de cour d'appel est en l'espèce cassé au visa de l'article 9 du Code civil alors qu'il avait jugé justifié la rétrogradation d'un salarié, chauffeur du directeur, sanctionné en raison du trouble créé par le fait qu'il avait à sa demande, reçu dans l'entreprise, sous enveloppe sans marque particulière et donc ouverte par le service du courrier, une revue destinée à des couples échangistes. La cour énonce alors que « *la réception par le salarié d'une revue qu'il s'est faite adresser sur son lieu de travail ne constitue pas un manquement aux obligations résultant de son contrat* ». Pour la cour, c'est donc la violation des obligations nées du contrat qui constitue une faute. Cela confirme les raisonnements précédents. La cour avec cet arrêt éclaircit donc la situation, et rétablit la distinction entre le trouble caractérisé et la faute disciplinaire. Elle distingue ainsi strictement la vie personnelle de la vie professionnelle, sans omettre que la première peut toutefois avoir une incidence sur la seconde.

⁴⁰ Soc. 16 déc. 1998, *Bull. civ.* V, n° 559 ; Soc. 18 juin 2002, n° 00-44.111 ; Soc. 21 mai 2002, n° 00-40.222 ; Soc. 26 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 630 ; Soc. 30 nov. 2005, n° 04-13.877.

⁴¹ T. Aubret- Monpeyssen, Une précision des frontières du domaine disciplinaire, RDT 2007 p 527, Cass. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, publié au Bulletin ;

74. Difficultés. Il est nécessaire d'identifier quelles sont les obligations nées du contrat afin de déterminer s'il y a un manquement et donc une faute. Lorsque l'agissement personnel est constitutif d'une faute délictuelle, la cour est bien moins stricte et n'hésite pas à établir une identité avec la faute disciplinaire. Certains auteurs expliquent cela par l'existence d'obligation implicite de probité, de loyauté. Cela explique par exemple que le comportement d'un rédacteur d'une caisse d'allocation familiale ayant minoré pendant plusieurs années ses déclarations de ressources afin de bénéficier de prestations sociales indues ait été qualifié de faute grave. Ce dernier a manqué à ses obligations de probité⁴², de loyauté et de bonne foi. D'autres solutions ne permettent en revanche pas d'étayer ce raisonnement aussi simplement. A titre d'exemple, La chambre sociale a, le 2 décembre 2003⁴³ cassé un arrêt de cour d'appel qui avait estimé que la conduite en état alcoolique commise par un chauffeur routier en dehors de l'exécution de son contrat de travail ne pouvait caractériser une faute disciplinaire, alors que le fait, pour l'intéressé, de se voir retirer son permis de conduire pour un tel agissement se rattachait à sa vie professionnelle. Plusieurs interprétations sont possibles. La première revient à admettre que le chauffeur routier est lui aussi tenu d'une obligation de probité et qu'il manque à cette obligation en se faisant retirer son permis de conduire. Selon la seconde interprétation, il est possible de considérer qu'il s'agit d'une faute disciplinaire. Cela revient à admettre que le salarié reste subordonné à son employeur en dehors de son temps de travail. La Cour de cassation élargit alors l'aire de la subordination. Cela semble parfaitement contraire à l'économie générale du contrat de travail. En effet, prestation et rémunération en relève mais la séparation entre la vie privée et la vie professionnelle aussi. Le salarié demeure titulaire de la liberté issue de l'article 9 du Code civil. L'aire de la subordination n'est en principe pas indéfinie. En l'espèce, le retrait du permis de conduire aurait pu bien entendu entraîner une rupture du contrat, puisque la finalité du contrat ne peut plus être réalisée. Mais on sort de l'économie générale du contrat de travail en considérant que le pouvoir disciplinaire joue dans une sphère aussi étendue. Le pouvoir disciplinaire doit se limiter à l'exécution de la prestation de travail. Finalement, seule la première interprétation, faisant peser une obligation implicite de probité sur le salarié, entre en conformité avec l'économie générale du contrat de travail.

⁴² Soc 23 février 2003, Dr. soc. 625 1^{ère} espèce, note J Savatier, cité par T. Aubert-Monpeyssen, op cit, RDT 2007 p 527

⁴³ Soc 2 décembre 2003, bull civ. V n°304, Dr. Soc 2004 . 550

75. Admettre que l'objet du contrat de travail est la réalisation d'une prestation sous la subordination de l'employeur permet d'encadrer les pouvoirs de ce dernier mais aussi, de justifier son obligation de fournir une prestation de travail à ses salariés.

Section 2 : L'obligation de fournir une prestation de travail

76. JJ Dupeyroux affirme que « *le contrat de travail trouve son essence dans une obligation première, celle par laquelle l'employeur s'engage à fournir du travail au salarié. C'est là le socle du contrat...les autres obligations croisées viennent après* ». La détermination des obligations essentielles du contrat de travail ne peut alors se faire qu'à la lumière de l'article 1135 du Code civil selon lequel « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Afin que l'objet du contrat de travail puisse être réalisé, il est nécessaire que le salarié ait une prestation à réaliser. L'obligation de fournir du travail au salarié ayant un caractère essentiel (*paragraphe 1*), l'employeur n'en sera dispensé que dans des cas exceptionnels (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Caractère essentiel de cette obligation

77. Qualifier une obligation d'essentielle implique d'en définir le contenu (*I*) ainsi que d'examiner les conséquences sur le contrat en cas d'absence de cette obligation(*II*).

I. Le jeu de la qualification

78. L'obligation de fournir une prestation de travail est une obligation découlant de l'économie générale du contrat de travail. Il s'agit d'une conséquence de la subordination du salarié (*A*). C'est pourquoi la jurisprudence lui donne un plein effet (*B*).

A. Raison d'être de l'obligation

79. **Subordination.** La subordination du salarié à son employeur étant de l'essence même du contrat de travail, il semble alors évident que l'obligation de rechercher et de proposer une

prestation pèse sur l'employeur. Cette obligation découle naturellement de la subordination sous laquelle le salarié se place en concluant un contrat de travail. Celui-ci se soumet aux ordres de son employeur pour la réalisation de sa prestation. Travaillant pour le compte d'autrui, c'est à cet autrui de lui donner des instructions mais aussi de lui fournir la prestation.

80. Essence. Cette obligation pesant sur l'employeur se justifie donc par l'essence même du contrat de travail. Le travail pour autrui se distingue du travail pour soi par la répartition des risques qui lui est inhérente. En concluant un contrat de travail, le salarié accepte de se soumettre au pouvoir de direction de l'employeur, en l'échange de quoi ce dernier accepte de supporter les risques de l'entreprise. Qu'importe les conditions extérieures ou financières de l'entreprise, le salarié effectue sa prestation et conserve sa rémunération. Afin de préserver l'objet même du contrat de travail, il paraît essentiel que le salarié ne recherche pas lui-même une prestation à exécuter, mais que pèse sur l'employeur l'obligation de lui en fournir une.

81. Obligation essentielle. La jurisprudence a pu considérer qu'une obligation était essentielle dès lors que le contrat ne pouvait exister sans elle. Ainsi, bien que cette obligation ne soit pas expressément définie, l'employeur est débiteur de l'obligation de fournir une prestation de travail à son salarié. Le contrat ne pouvant être réalisé sans cette obligation, il s'agit d'une obligation essentielle du contrat de travail. Cela permet d'expliquer la solution de la cour d'appel de Paris selon laquelle lorsque qu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat faute de travail, il appartient à l'employeur d'établir que le salarié ne se tenait pas à sa disposition. Lorsque le salarié respecte son obligation première-se tenir à disposition- l'employeur doit lui fournir une prestation de travail. Il ne revient pas au salarié de contacter son employeur, de sorte à ce que l'absence de travail constitue toujours un manquement de l'employeur à son obligation.

82. Signe de subordination. La jurisprudence donne alors son plein effet au caractère essentiel de cette obligation en considérant que la fourniture du matériel est un signe de subordination et donc de contrat de travail. Inversement, la Cour de cassation refuse la qualité de salarié au travailleur propriétaire des moyens de production. La fourniture du matériel semble donc relever du contenu de l'obligation.

B. Contenu de l'obligation

83. Effectivité. Cette obligation essentielle de fournir une prestation de travail doit être effective. Cela suppose que l'employeur ait l'obligation de mettre à la disposition de son

salarié le matériel nécessaire à la réalisation de cette prestation. L'employeur doit faire diligence pour mettre en mesure le salarié d'exécuter normalement sa prestation et engage sa responsabilité s'il entrave l'exécution du contrat en s'abstenant de donner à l'intéressé les instructions qu'il sollicite sur les conditions d'exercice de son emploi et lui interdit ensuite la prospection de la clientèle⁴⁴. Cette obligation se comprend au regard de la répartition des risques. Il en découle que si l'employeur n'est pas en mesure de fournir les moyens nécessaires, il doit rembourser le salarié des frais professionnels engagés par lui, avec intérêts à compter du jour de la demande.

84. Une clause du contrat pourrait elle faire peser cette obligation sur le salarié ? Admettre que pèse sur l'employeur l'obligation de fournir une prestation de travail à son salarié et qualifier cette obligation de fondamentale ou d'essentielle à la réalisation du contrat implique qu'à défaut, le contrat ne peut être qualifié de contrat de travail. Qualifier une obligation d'essentielle implique donc que celle-ci ne puisse être contredite. Il s'agit de l'enjeu de la qualification.

II. L'enjeu de la qualification

85. La jurisprudence considère en principe que lorsqu'une clause a pour objet l'obligation essentielle et qu'elle contredit la portée de l'engagement, cette clause doit être réputée non écrite. C'est du moins ce qui a été jugé dans *l'affaire Chronopost*⁴⁵ afin de qualifier une clause limitative de responsabilité de clause abusive. Suite à certaines hésitations jurisprudentielles⁴⁶, cela a été réaffirmé le 29 juin 2010⁴⁷. Appliqué au contrat de travail, cela signifierait qu'une clause qui ferait peser sur le salarié le soin de trouver une prestation de travail à exécuter serait qualifiée d'abusives et donc réputée non écrite. Le cas du portage

⁴⁴ Soc. 2 mars 1967, Bull. civ. IV, n° 206

⁴⁵ Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, D. 1997. 121, note A. Sériaux, 145, chron. C. Larroumet, et 175, obs. P. Delebecque ; *GAJC*, 12^e éd., 2008, n° 157 ; RTD civ. 1997. 418, obs. J. Mestre, et 1998. 213, obs. N. Molfessis ; RTD com. 1997. 319, obs. B. Bouloc ; CCC 1997. Comm. 24, obs. L. Leveneur ; Defrénois 1997. 333, obs. D. Mazeaud ; JCP 1997. I. 4002, obs. M. Fabre-Magnan et 4025, obs. G. Viney et II. 22881, obs. D. Cohen

⁴⁶ Voir notamment : Cass., ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 03-14.112, D. 2005. 1864, note J.-P. Tosi ; Com. 21 févr. 2006, n° 04-20.139, D. 2006. 717, obs. E. Chevrier ; Com. 13 févr. 2007, n° 05-17.407, D. 2007. 654, obs. X. Delpech

⁴⁷ Com 29 juin 2010 n° 09-11.841 (n° 732 FP-P+B+R+I)

salarial est alors très intéressant. En effet, alors que le législateur avait semblé ignorer l'économie générale du contrat de travail (A), la Cour de cassation a récemment rétabli le caractère essentiel de l'obligation de fournir une prestation de travail (B).

A. L'économie générale du contrat de travail légalement ignorée

86. Définition du portage salarial dans l'ANI. Le portage salarial est une technique d'organisation de l'emploi permettant à un professionnel autonome, par le biais d'une structure intermédiaire, d'effectuer des prestations de travail auprès des clients qu'il a lui-même démarchés, sous statut salarié plutôt que sous statut de travailleur indépendant. La technique du portage salarial semble donc impliquer que la recherche de la prestation à fournir pèse sur l'exécutant de cette prestation. C'est d'ailleurs la définition qui avait été retenue par l'ANI de 2008 : « *Le portage salarial se caractérise par : – une relation triangulaire entre une société de portage, une personne, le porté, et une entreprise cliente, – la prospection des clients et la négociation de la prestation et de son prix par le porté, – la fourniture des prestations par le porté à l'entreprise cliente, – la conclusion d'un contrat de prestation de service entre le client et la société de portage, – et la perception du prix de la prestation par la société de portage qui en reverse une partie au porté dans le cadre d'un contrat qualifié de contrat de travail* ». Le raisonnement précédemment suivi impliquerait donc de conclure soit que ce contrat ne peut pas être qualifié de contrat de travail, soit que la clause du contrat faisant peser sur l'exécutant de la prestation l'obligation de la trouver est une clause abusive et doit en cela être réputée non écrite conformément à la jurisprudence *chronopost*. Cette technique a pourtant été légalisée.

87. Définition du portage salarial dans la loi. Si l'ANI faisait mention d'une obligation de trouver une prestation de travail pesant sur le salarié, l'article du Code du travail définissant le portage salarial n'y fait aucune référence. En effet, l'article L. 1251-64 dispose que le portage salarial est « *un ensemble de relations contractuelles organisé entre une entreprise de portage, une personne portée, et des entreprises clientes comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle* ». L'application du raisonnement précédemment suivi n'est donc pas tenue en échec. Conformément à l'article 1135 du Code civil, il est toujours possible de considérer que l'obligation pesant sur l'employeur de fournir un travail est implicite dans l'opération de portage salarial. Mais l'esprit de la loi participe à son interprétation. Au regard de l'esprit de

la loi définissant le portage salarial, il paraît difficile d'admettre que dans ce contrat l'obligation de fournir une prestation de travail ne pèse pas sur le salarié sans contredire son intérêt même. Suivant ce raisonnement, le portage ne pourrait donc pas constituer un contrat de travail car en occultant l'obligation essentielle de l'employeur il fait peser le risque de l'entreprise sur le salarié, ce qui constitue bien une contradiction avec l'économie générale du contrat de travail.

88. Question. Certains auteurs expliquent que cette règle de portée générale s'applique à tous les contrats de travail en l'absence de disposition légale l'écartant expressément⁴⁸. En aurait-il été différemment si l'article L1251-64 du Code du travail avait expressément prévu d'exonérer la société de portage de l'obligation de fournir une prestation de travail au salarié porté ?

89. Caractère constitutionnel de l'économie générale du contrat. Admettre la fourniture d'une prestation au titre des obligations essentielles du contrat de travail implique qu'elle fasse partie intégrante de son économie générale. Or, le Conseil constitutionnel rattache la liberté contractuelle à la liberté d'entreprendre par leur matrice commune, l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Ainsi, bien que la jurisprudence antérieure refusait de reconnaître à la liberté contractuelle une valeur constitutionnelle, le conseil admet désormais que « *le législateur ne saurait porté à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* »⁴⁹. Le Conseil constitutionnel se porte ainsi garant du respect de l'économie générale des conventions. Il est vrai qu'en l'espèce la décision a trait à la modification de l'économie générale des conventions d'ores et déjà conclus. C'est l'économie générale de ces conventions que le législateur ne peut modifier. Mais, cette approche ne peut être réduite à cela. En effet, c'est l'économie générale de la convention c'est-à-dire ce sans quoi son objet ne peut être réalisé qui doit faire l'objet d'une protection. Dès lors, le législateur ne doit pas pouvoir y porter atteinte. Il est donc possible d'espérer que si l'article 1251-64 avait dispensé l'employeur de fournir une prestation de travail, il aurait été contraire à la constitution. Il aurait par ailleurs pu faire l'objet d'une question prioritaire de

⁴⁸ J. Pelissier, Le portage salarial : une sécurisation inaboutie, RDT 2010 p 292

⁴⁹ Décision n°98-401 DC du 10 juin 1998, loi d'orientation et d'incitation à la réduction du temps de travail

constitutionalité. Ainsi, considérer que fournir une prestation de travail est bien de l'essence même du contrat de travail implique qu'aucune exception légale n'est admissible.

90. Interrogations doctrinales. Pourtant, avant même la légalisation du portage salarial, les interrogations doctrinales quand à sa validité ne portaient ni sur le caractère abusif d'une telle clause contractuelle ni même sur l'inconstitutionnalité d'une telle disposition légale. Celles-ci traitaient uniquement de la licéité d'un tel contrat au regard de l'interdiction des prêts de main d'œuvre à but lucratif, et de l'indisponibilité de la qualification de contrat de travail. Il est vrai que pour certains auteurs le portage salarial était vu comme « *une technique moderne témoignant d'une inventivité créatrice vivifiante et répondant à des situations nouvelles auxquelles les formes classiques de travail subordonné n'auraient pas su faire face*⁵⁰ ». Mais, pour la majorité des auteurs, les sociétés de portage n'auraient été que des « *chambres de transformation* » de travailleurs indépendants en salariés, auxquels elles auraient permis de bénéficier indûment de prestations normalement réservées aux travailleurs subordonnés, et en particulier des allocations chômage⁵¹. La Cour de cassation a mis fin à ce débat récemment.

B. L'économie générale du contrat de travail jurisprudentiellement couronnée

91. Nature de l'obligation. A l'absence d'obligation pour la société de portage de fournir une prestation de travail au salarié porté, certains auteurs ont répondu que cette obligation n'est pas de l'essence du contrat de travail mais simplement de sa nature. Il s'agirait selon ces auteurs d'une part d'une obligation naturelle et d'autre part d'une obligation justifiée par le fait que le travailleur se tient à la disposition de son employeur, ce qui n'est pas le cas du salarié porté qui est à la disposition de son client.

92. Obligation essentielle. Pourtant, la Cour de cassation a par deux arrêts du 17 février 2010⁵² soumis ce contrat au droit du travail. Pour la première espèce, cela impliquait d'affirmer que la fourniture d'une prestation de travail pèse bien sur l'employeur et non sur le

⁵⁰ P. Morvan, Eloge juridique et épistémologique du portage salarial, Dr.soc. 2007.600

⁵¹ L. Casaux-Labrunée, Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant, Dr.soc. 2007.58 ; J-J Dupeyroux, Le roi est nu, Dr.soc. 2007.81

⁵² Soc 17 février 2010 n° 08-45.298 (n° 370 FS-P+B+R+I) et soc 17 février 2010 n° 08-40.671 (n° 373 FS-P+B+R+I)

salarié porté. En l'espèce, il était question d'une clause du contrat indiquant qu'il revient au salarié de rechercher les missions à effectuer, à défaut de quoi il serait licencié. Le salarié porté étant resté deux mois sans activité, la société de portage a mis en œuvre la sanction. Celui-ci conteste alors son licenciement. Cette clause confond finalement salarié subordonné et travailleur indépendant en faisant supporter au premier le risque de l'activité.

93. Sanctions possibles. Quelle est donc la sanction ? En droit commun, une telle clause contredirait la portée de l'engagement principal et serait à ce titre abusive et donc réputée non écrite. Une autre sanction pourrait aussi être envisageable et remettrait en cause le contrat dans son ensemble. Il est possible de considérer que le salarié qui conclut un contrat de travail le fait dans le but de profiter de la protection qui s'attache au salariat. La répartition des risques est de l'essence même du contrat de travail. La clause précédemment évoquée aurait ainsi pour effet d'empêcher la réalisation de l'économie voulue par les parties : la répartition des risques. Dès lors que cette répartition des risques n'est pas assurée, le contrat de travail n'a plus de cause. Celui-ci pourrait donc être annulé dans son intégralité.

94. Sanction choisie. La Cour de cassation n'a pas poussé cette analyse jusqu'à son terme et a conclu finalement à la simple éradication de la clause. Une telle solution se justifie certes au regard de sa jurisprudence relative à l'ordre public social mais aussi certainement par des questions d'opportunité. Il est vrai que l'annulation du contrat aurait été très favorable à la société de portage. La Cour de cassation semble donc bien considérer que la fourniture d'une prestation de travail est une obligation essentielle pesant sur l'employeur. Elle l'affirme d'ailleurs expressément dans la première espèce. La question du devenir du contrat de portage salarial est alors en suspens. D'une manière plus générale, la question qui se pose est celle de la dispense d'exécution de cette obligation. L'employeur peut-il être dispensé de fournir une prestation de travail à son salarié?

Paragraphe 2 : Caractère exceptionnel de la dispense d'exécution

95. L'inexécution d'une obligation contractuelle est en principe fautive (*I*) et donne lieu à réparation du préjudice (*II*). Cependant, dans certains cas l'une des parties peut être libérée de son obligation. En l'espèce, dans quelles mesures l'employeur peut-il se libérer de cette obligation essentielle de fournir un travail à ses salariés ? La réponse à cette question peut être

donnée en tenant compte de deux hypothèses : l'exonération de responsabilité de l'employeur en cas de force majeure et la décision prise en cas de grève de fermer l'entreprise.

I. Caractérisation d'une faute

96. En droit des contrats, lorsque l'inexécution d'une obligation est due à la survenance d'un cas de force majeure, le contractant est exonéré de sa responsabilité. Cette cause d'exonération trouve une application particulière en droit du travail. En effet, en la matière l'impossibilité doit être absolue afin d'exonérer l'employeur de son obligation (A). A défaut l'inexécution de l'obligation sera fautive (B).

A. L'absence de faute en cas d'impossibilité

97. Définition de la force majeure. La chambre sociale définit la force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer de tout ou partie des obligations nées de la rupture comme « *la survenance d'un évènement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite dudit contrat* ». Il faudrait ainsi que la reprise de l'exploitation ne soit pas envisageable, et ce même à long terme. Les cas sont donc extrêmement restreints.

98. Grève. On peut alors se demander ce qu'il en est en matière de riposte patronale à la grève. La grève n'est pas un évènement imprévisible pour l'employeur puisqu'il a été informé des revendications qui l'ont déterminée. Elle n'est pas non plus étrangère à l'entreprise. Pourtant, elle peut dans certaines circonstances constituer un cas de force majeure. Cela se justifie par son irrésistibilité et a pour conséquence de délier l'employeur de son obligation d'assurer du travail à son personnel, y compris non gréviste. L'hypothèse ressemble à la mise au chômage technique qui est licite mais conditionnée, tandis que le lock-out ne trouve pas en principe de fondement légal en droit français.

99. Mise au chômage technique. La mise au chômage technique n'est possible que si elle répond à une situation contraignante. L'appréciation du caractère contraignant est très rigoureuse. Il est vrai qu'en termes de vocabulaire, le terme de situation contraignante est moins fort que celui d'impossibilité qui est employé en matière de force majeure. Ainsi il serait possible de penser que les critères de la dispense licite de fournir une prestation de travail en cas de grève sont plus souples que ceux utilisés pour caractériser la force majeure. Il n'en est rien. En effet, cela n'aurait aucune justification. La Cour de cassation considère donc que la situation contraignante justifiant une mise au chômage technique est caractérisée si

aucune tâche supplétive ne peut être fournie aux salariés. A défaut la jurisprudence considère que la situation n'est pas suffisamment contraignante pour justifier cette mise au chômage technique. Ainsi, dans un arrêt du 4 juillet 2000, la Cour de cassation prend soin de souligner que « *la Cogema s'était trouvée, du fait de la grève, dans une situation contraignante, qui ne lui était pas imputable et qui rendait impossible la fourniture de travail aux salariés non grévistes* »⁵³. De même, lorsqu'une grève totale d'un secteur d'une entreprise entraîne la paralysie d'un autre secteur et empêche le maintien des tâches d'exécution et que l'employeur a attendu que le fonctionnement de l'entreprise soit bloqué pour recourir à la mise en chômage technique, il est justifié d'une situation contraignante, non imputable à l'employeur, qui rend impossible la fourniture de travail aux salariés non grévistes⁵⁴. Afin que soit reconnue une situation contraignante, l'employeur doit avoir fait tout ce qui était en son pouvoir pour éviter la grève ou y mettre fin. Le rapprochement entre situation contraignante et irrésistibilité est alors démontré.

B. L'existence d'une faute en cas de possibilité

100. Définition du lock-out. Le lock-out est une technique consistant en la fermeture de l'entreprise d'un établissement, d'un atelier ou d'un service à l'occasion d'un conflit collectif. Cette mesure peut être préventive, concomitante ou postérieure à la grève. L'employeur exprime ainsi son refus de mettre les instruments de travail à la disposition de ses travailleurs et de les payer pour briser une grève ou pour répondre à une grève partielle lorsqu'elle désorganise l'entreprise. Dans ces effets, le lock-out ressemble finalement à la mise au chômage technique. La différence tient dans le fait que la mise au chômage technique n'est pas une décision de l'employeur. Elle est en effet caractérisée par l'impossibilité de fournir une prestation de travail. Le lock-out lui, suppose un élément intentionnel. L'employeur refuse d'exécuter ses obligations, ce qui ressemble finalement à une sorte de grève patronale. Cette technique n'est pas consacrée par la loi française, ni même par la jurisprudence car l'employeur a l'obligation de fournir le travail promis au salarié⁵⁵. Elle l'est en revanche dans d'autres pays comme l'Allemagne sur le fondement de l'égalité des armes.

⁵³ Soc. 4 juill. 2000, n° 98-20.537, A. Cristau, La mise en chômage technique consécutive à un conflit collectif du travail, Dr. soc. 2000. 1091

⁵⁴ Soc. 22 févr. 2005, n° 02-45.879

⁵⁵ soc30 octobre 1952, Dr.soc 1953.31

101. Refus de l'exception d'inexécution. Le contrat de travail étant un contrat synallagmatique, cette technique pourrait se justifier par l'inexécution des obligations du salarié gréviste. Il s'agirait alors d'une simple application de l'exception d'inexécution. Cependant, les particularités des relations de travail amènent à une solution différente. Deux facteurs doivent en réalité être pris en compte pour conclure à l'illicéité du lock-out au regard de l'économie générale du contrat de travail. Ce mécanisme d'exception d'inexécution doit d'une part être concilié avec le droit fondamental des salariés à la grève. D'autre part, l'employeur ne peut pas se libérer de ses obligations envers les salariés non grévistes.

102. Conciliation avec le droit de grève. Il serait possible de considérer que la fermeture de l'entreprise par l'employeur constitue une manifestation de sa liberté d'entreprendre, fondement de son pouvoir de direction. Dans le célèbre arrêt Brinon, la Cour de cassation avait clairement affirmé que « *l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise, est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail* ⁵⁶ ». Il résulte bien de cet arrêt que la liberté d'entreprendre interdit au juge de contrôler l'opportunité et les conséquences des décisions économiques prises par l'employeur. Cependant, la solution dégagée par cet arrêt a rapidement fait l'objet de limite. En effet, si l'on admet le lock-out comme une manifestation de la liberté d'entreprendre de l'employeur, celle-ci doit être conciliée avec le droit de grève. Il est donc évident que l'employeur ne puisse pas avoir pour ambition de tenir en échec la grève des salariés par une mesure préventive de lock-out. Afin de déterminer le caractère abusif de la fermeture, le juge pourrait alors appliquer le critère de la décision non conforme à l'intérêt de l'entreprise. Cette notion qui n'est pas étrangère au juge fait l'objet d'un contrôle jurisprudentiel rigoureux. La décision de l'employeur doit reposer sur des critères objectifs. Comme le souligne le doyen Waquet, l'intérêt de l'entreprise est devenu « *le vecteur fondamental des actes du chef d'entreprise. Il permet au juge d'effectuer le contrôle de la finalité des actes de l'employeur* ⁵⁷ » à l'aune de la théorie de l'abus de droit. Or, le juge ne contrôle pas cette notion de façon abstraite. L'intérêt de l'entreprise est apprécié, selon les circonstances de chaque espèce, en fonction des arguments développés par l'employeur. Il

⁵⁶ Soc. 31 mai 1956, Dr. soc. 1956. 489

⁵⁷ P. Waquet, Le juge et le droit du travail, Liaisons soc. 1996, législ. soc., n° 7397, p. 4

s'agit finalement d'une obligation de motivation dont l'insuffisance permet au juge d'établir le défaut de l'intérêt invoqué. C'est pourquoi l'employeur qui ne parvient pas à établir la nécessité objective d'une telle fermeture s'expose inmanquablement à la censure des juges du fond. Face à une telle exigence, toute tentative visant à légitimer le lock-out, c'est-à-dire une mesure de rétorsion, sur le fondement de la liberté d'entreprendre, devient inutile. Si le lock-out doit être conforme à l'intérêt de l'entreprise, il ne se distingue plus, en termes d'effets, d'une mise en chômage technique. La volonté de tenir en échec un mouvement de grève par la mise en œuvre d'une mesure de lock-out se trouverait enrayée par la limite de l'abus de droit.

103. Conciliation avec les droits des non grévistes. Ceux-ci se tiennent à sa disposition et le mécanisme de l'exception d'inexécution ne peut donc pas jouer ici. Cela serait contraire à la fois au mécanisme de l'exception d'inexécution mais aussi à l'économie générale du contrat de travail puisque le salarié non gréviste supporterait alors le risque de l'entreprise. Ainsi, la Cour de cassation a caractérisé le manquement de l'employeur à ses obligations en cas de fermeture de l'entreprise visant l'ensemble du personnel alors que la grève ne concernait qu'un seul service ou atelier : « *L'employeur, qui avait l'obligation de procurer le travail promis aux salariés auxquels aucune inexécution n'était reprochée, ne pouvait s'en dégager unilatéralement par une décision hâtive de fermer les ateliers ou services non intéressés par la grève, au seul motif des incidences financières pour lui de leur maintien en activité*⁵⁸ »

104. Condition de situation contraignante. La fermeture de l'entreprise par l'employeur n'est alors possible qu'en cas de réelle situation contraignante pesant sur l'employeur. La jurisprudence considère que « *la possibilité du lock-out suppose une situation contraignante libérant de façon absolue l'employeur de son obligation de fournir du travail* »⁵⁹. L'inexécution des contrats de travail pourra alors être justifiée et l'employeur n'aura pas à fournir de prestation de travail. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la charge de la preuve de cette « *situation contraignante de nature à le libérer de son obligation de fournir du travail à ses salariés* » pèse sur l'employeur. Et, l'appréciation de cette situation

⁵⁸ Soc. 10 janv. 1973, Bull. civ. V, n° 8).

⁵⁹ Soc. 30 sept 2005, n° 04-40.193, Bull. civ. V, n° 277, avis J. Duplat, Dr. ouvrier 2006, 19

contraignante est très rigoureuse. Un arrêt du 30 septembre 2005⁶⁰ en donne une illustration. Dans cette affaire, la Cour de cassation a estimé que la situation contraignante n'était pas caractérisée au motif que « *l'employeur ne rapportait pas la preuve qu'il était dans l'impossibilité de fournir aux salariés non-grévistes des tâches supplétives en rapport avec l'exécution de leurs contrats de travail, même s'il avait été contraint, du fait de la grève, d'arrêter totalement les installations de l'atelier de production pour des impératifs de sécurité* ». En d'autres termes, le blocage ou l'arrêt des activités n'est pas suffisant pour caractériser la situation contraignante. L'employeur doit, en outre, démontrer qu'il est dans l'impossibilité d'affecter provisoirement les non-grévistes à des tâches supplétives en lien avec leurs attributions normales.

105. Rapprochement de la mise au chômage technique. Le lock-out serait donc licite s'il répondait à une situation contraignante. Le lock-out licite correspondrait alors à une mise au chômage technique. Les critères de cette dernière, permettant de délier l'employeur de ses obligations, sont les mêmes que ceux utilisés pour la force majeure à savoir : l'irrésistibilité. La Cour de cassation utilise en réalité sans distinction les termes de situation contraignante, de force majeure ou de chômage technique. L'employeur n'est donc délié de son obligation de fournir du travail qu'en cas d'évènement irrésistible.

106. Impossibilité. A l'aune de l'économie générale du contrat de travail, il est ainsi possible de conclure que seule l'impossibilité d'atteindre le but fixé par le contrat peut permettre à l'employeur d'être délié de son obligation fondamentale de fournir une prestation de travail. A défaut, le manquement aux obligations contractuelles est constitutif d'une faute contractuelle. Se pose alors la question de la sanction.

II. Réparation du préjudice

107. L'employeur qui ne fournit pas la prestation de travail commet un manquement à son obligation contractuelle. Ce manquement engage sa responsabilité. Le préjudice subi par les salariés doit donc être réparé. La question de la réparation du préjudice suscite de nombreuses

⁶⁰ Soc. 30 sept 2005, n° 04-40.193 , Bull. civ. V, n° 277 : « La possibilité du lock-out suppose une situation contraignante libérant de façon absolue l'employeur de son obligation de fournir du travail », avis J. Duplat, Dr. ouvrier 2006, 19

questions, en particulier celle de savoir quelles sont les modalités de la réparation. S'agit il d'une réparation en nature (II) ou d'une réparation par équivalent (I) ?

A. Réparation par équivalent

108. Exclusion des salariés grévistes. La question ne se pose pas pour les salariés grévistes. Si l'employeur n'exécute pas son obligation envers eux, c'est en raison de leur grève. Le droit du travail connaît un mécanisme particulier qui est celui de la suspension du contrat de travail en cas de grève.

109. Salariés non grévistes. Concernant les salariés non grévistes, et dans l'hypothèse où la fermeture de l'entreprise est illicite, il ya bien un manquement de l'employeur à son obligation de fournir du travail. Le préjudice du salarié ici correspondrait donc à la perte de salaire qu'il subit en raison de cette absence de prestation de travail. La question est donc de savoir si ce préjudice doit être réparé en nature ou par équivalent. La réponse à cette question est lourde de conséquences. Si l'indemnisation se présente sous la forme de dommages-intérêts, les sommes ainsi versées aux salariés non grévistes ne rentrent pas dans le calcul de l'assiette des cotisations. Pour l'employeur, cette solution est particulièrement avantageuse, dans la mesure où elle permet de minimiser le coût de la pression exercée sur ces salariés. Elle favorise également les intéressés, dans la mesure où ces sommes ne sont pas imposables sur le revenu.

110. Réparation par équivalent. La question de la réparation nécessite de caractériser l'obligation, afin de savoir si le préjudice peut être réparé en nature ou doit faire l'objet de dommages et intérêts. L'obligation de fournir du travail s'analyse en une obligation de faire. Selon une analyse tautologique de l'article 1142 du Code civil, le manquement à une obligation de faire se résout en dommages et intérêts. En principe le salarié devrait donc percevoir une indemnisation. C'est ce qu'a pu conclure la Cour de cassation le 23 octobre 1997⁶¹. En l'espèce, l'employeur avait décidé de fermer provisoirement l'entreprise à la suite d'un conflit collectif. Jugée irrégulière, cette fermeture avait entraîné le versement aux salariés des sommes correspondant aux salaires perdus pendant cette période. Quelque temps plus tard, l'URSSAF avait considéré, à l'occasion d'un contrôle, que ces sommes revêtaient le caractère de rémunération et qu'elles devaient, à ce titre, être réintégrées dans l'assiette des

⁶¹ Soc. 23 oct. 1997, URSSAF de Lyon c/ Société CIAPEM, n° 95-19.444

cotisations. À l'appui de sa demande, l'URSSAF soutenait que toutes les sommes versées en contrepartie ou à l'occasion du travail doivent être considérées comme des rémunérations. Dès lors, les indemnités destinées à compenser une perte de salaire ont ce caractère, même si cette perte a pour origine le manquement fautif de l'employeur à son obligation de fournir du travail. Cette argumentation fut rejetée par la Cour de cassation : « *Mais attendu que l'arrêt relève qu'aucun salaire n'était dû lors de la période de fermeture de l'entreprise, mais que la faute de l'employeur, consistant en la fermeture jugée irrégulière, a causé aux salariés un préjudice ; qu'ayant ainsi fait ressortir que les sommes allouées avaient la nature de dommages-intérêts, la cour d'appel (...) en a exactement déduit qu'elles n'entraient pas dans l'assiette des cotisations* ».

111. Difficultés. La difficulté de qualification vient en réalité du fait que le manquement à cette obligation de faire entraîne le manquement à une obligation de donner : l'absence de versement de la rémunération et c'est justement la perte de cette somme qui constitue le préjudice. Selon cet arrêt, la réparation du préjudice doit se faire en dommages et intérêt. Mais, cette décision, qui n'a pas fait l'objet d'une grande publicité, ne permet pas d'asseoir et de fixer le raisonnement. En effet, la jurisprudence est hésitante et considère soit que le salarié a droit à la rémunération perdue, soit que le salarié doit être indemnisé. Il est par ailleurs permis de s'interroger sur le raisonnement suivi par la Cour de cassation dans cette décision.

B. Réparation en nature

112. Critique de la solution. La cour soutient que pendant la fermeture de l'entreprise, aucun salaire n'était dû. Cette affirmation suppose que l'obligation de l'employeur de verser une rémunération soit suspendue. Or, la fermeture de l'entreprise est ici illicite. Dès lors, on n'entre pas dans un cas légal de suspension des obligations. C'est la fermeture illicite engendrant un manquement à l'obligation de fournir du travail qui entraîne la perte de rémunération. Dès lors que la fermeture était illicite, l'employeur avait bien obligation de fournir du travail à ses salariés non grévistes ainsi que de les rémunérer. Par ailleurs, les évolutions du droit des obligations ont mis de côté l'analyse tautologique de l'article 1142 de sorte à ce que la réparation en nature -l'exécution forcée- puisse être accordée dès qu'elle est possible. Le préjudice que constitue la perte de salaire en raison du manquement de l'employeur à fournir sa prestation de travail pourrait donc se résoudre en nature, ce qui conduirait au remboursement des salaires manqués. La Cour de cassation a ainsi pu se référer

valablement à la notion de remboursement des salaires perdus dans une décision du 27 mai 1998⁶².

113. La question des modalités de réparation du préjudice n'est donc pas réellement tranchée. Certains auteurs considèrent que la nature de la réparation dépendrait de l'existence ou non d'un fait fautif de l'employeur. Une telle distinction ne peut se justifier. Dès lors que la fermeture de l'entreprise est illicite, il ya un manquement aux obligations contractuelles. La distinction entre le manquement fautif ou non est inutile en la matière. Celle-ci ne peut avoir d'incidence qu'en cas de manquement à une obligation de moyen, ce qui n'est pas le cas. Aussi, elle conduirait, à défaut de faute à une absence de réparation. Le manquement à l'obligation de fournir du travail résulte soit d'une fermeture licite de l'entreprise ce qui entraîne une suspension licite des obligations de l'employeur, soit d'une fermeture illicite entraînant alors un manquement de l'employeur à son obligation. En ce sens la Cour de cassation avait ainsi considéré en 1976, que l'employeur mis dans l'impossibilité de fournir du travail au personnel non gréviste « *était libéré de son obligation de payer un salaire qui en était la contrepartie et qu'il n'avait pas non plus à verser une indemnité compensatrice de celui-ci en l'absence de faute de sa part* »⁶³.

114. La réalisation d'une prestation de travail sous la subordination de l'employeur est donc bien constitutive de l'économie générale du contrat de travail. Cette relation de pouvoir implique que si l'employeur a le droit de déterminer, de contrôler et de sanctionner l'exécution de la prestation de travail, alors il a l'obligation de fournir une prestation de travail. Ces obligations répondent ainsi à l'économie générale du contrat de travail en ce qu'elles permettent la réalisation de son objet, l'atteinte de son but. Appliquée au contrat de travail, la notion d'économie générale permet de limiter les pouvoirs de l'employeur, de justifier leur encadrement par le but du contrat, mais aussi de lui imposer certaines obligations de protection. La subordination du salarié a pour corollaire sa protection, ce qui contribue à rééquilibrer le rapport de force.

⁶² Soc 27 mai 1998, n° 96-42.303, *ibid.* V, n° 280

⁶³ Soc. 25 févr. 1976, Bull. civ. V, n° 112

Chapitre 2 : La réalisation d'une prestation sous la protection de l'employeur

115. Si l'essence du contrat de travail est la réalisation d'une prestation sous la subordination de l'employeur, cela implique que le salarié agisse pour l'employeur, conformément à ses exigences. Le pendant de cette subordination est la protection. Le salarié exécute les ordres et directives de son employeur. Ce dernier est donc responsable des agissements de son salarié lorsqu'ils se situent dans l'exercice des fonctions demandées. Il ne s'agit pas de dresser un inventaire de l'ensemble des obligations de l'employeur en matière de protection, où encore l'ensemble des hypothèses dans lesquelles l'employeur sera responsable mais simplement de démontrer que cela découle de l'économie générale du contrat de travail. La protection ayant pour origine le contrat de travail peut alors se situer tant sur le plan juridique (*section 2*) que sur le plan physique (*section 1*).

Section 1 : Protection physique

116. La protection de la santé des travailleurs et l'amélioration de la sécurité au travail ont constitué, dans tous les pays industrialisés, la pierre angulaire du droit du travail⁶⁴. Cette place première se justifie par l'engagement physique que suppose l'exécution du contrat de travail : ce contrat porte sur le corps du travailleur. La question qui se pose ici est la suivante : dans quelles mesures l'employeur peut-il être tenu responsable des dommages subis par son salarié lors de l'exécution de sa prestation de travail? Il existe en la matière de nombreuses obligations légales. A titre d'exemple, l'article L 4121-1 du Code du travail dispose que l'employeur est responsable de la sécurité de ses salariés parce qu'il a autorité sur eux. Si certaines dispositions sont dans le Code de la sécurité sociale et le Code de la santé publique, la plupart d'entre elles se trouvent dans le Code du travail. Ainsi, l'article L 4121-2 de celui-ci impose à l'employeur des actions de prévention des risques professionnels ainsi que des actions d'information et de formation. Une réglementation détaillée, pour une large part issue de directives communautaires, porte sur l'hygiène et la sécurité. Elle peut être spécifique à certaines catégories de salariés, notamment les jeunes, les femmes ou les apprentis. La plupart

⁶⁴ J Pelissier, A supiot, A Jemmaud, Droit du travail, D. 24^{ème} ed 2008

des obligations posées sont issues d'une directive de 1989 transposée en droit interne par une loi de 1991.

117. L'intérêt ici ne sera pas de faire un panorama de la jurisprudence ainsi que des textes légaux et réglementaires applicables en matière d'hygiène et de sécurité au travail. L'objet est de traiter de l'existence ou non d'une obligation contractuelle et de sa portée. De nombreuses obligations en matière d'hygiène et de sécurité au travail ont en effet été posées. L'existence d'une obligation contractuelle de sécurité a alors été ignorée pendant un temps (*paragraphe 1*) pour être ensuite réaffirmée (*paragraphe 2*). Bien que les solutions de la Cour de cassation en la matière puissent toujours être discutées, il est certain que celle-ci entre l'économie générale du contrat de travail.

Paragraphe 1 : L'ignorance de l'obligation contractuelle

118. Si à l'origine, la jurisprudence ne faisait pas référence à une obligation contractuelle de sécurité, l'employeur était déjà automatiquement responsable. L'économie générale du contrat de travail était en quelque sorte d'ores et déjà respectée(I). L'intérêt de la consécration d'une obligation contractuelle réside alors simplement dans le mode d'indemnisation (II).

I. L'existence d'une responsabilité automatique non contractuelle

119. Droit commun. La jurisprudence a reconnu dans de nombreux contrats portant obligation de faire ou de livrer l'existence d'une obligation de sécurité. Cette obligation s'entend généralement comme une obligation accessoire en ce sens que le contrat peut parfaitement exister sans elle. Cependant, ce n'est pas parce qu'elle est accessoire qu'elle n'est pas de la nature du contrat, qu'elle ne s'impose pas au contrat. Une telle obligation a longtemps été refusée dans le contrat de travail⁶⁵.

120. L'arrêt Teffaine. La Cour de cassation a choisi d'utiliser l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil, auquel elle a découvert une portée générale dans le célèbre arrêt Teffaine. Les faits de l'espèce se rapprochaient précisément de l'hypothèse étudiée. Monsieur Teffaine décéda à la suite d'un accident du travail causé par l'explosion de la chaudière d'un remorqueur à

⁶⁵ Cass req 2 décembre 1884 : S. 1886,1, p367 ; Civ 27 février 1929 : DP 1929, 1 p129, note Ripert.

vapeur. Après enquête, les juges du fond ont attribué l'explosion à un défaut de soudure constituant un vice de construction. Aucune faute ne pouvait donc être reprochée à Monsieur Teffaine, ni même à son employeur. En appliquant l'article 1386 du Code civil par analogie, la cour d'appel de Paris accorda une indemnité à sa femme. Un pourvoi en cassation est ensuite formé. La Cour de cassation le rejeta en se fondant sur le premier alinéa de l'article 1384 du Code civil qui avait selon elle, une portée générale et pouvait être invoqué à défaut de l'article 1386. Par cette décision, la Cour de cassation donne à ce texte une valeur propre, sans considération de la simple fonction introductive que lui avaient assignée les rédacteurs du Code civil. Les tribunaux ont adopté une attitude relativement prudente durant les vingt années qui suivirent. Néanmoins, à partir de cet arrêt dit du « *remorqueur* », l'alinéa 1 de l'article 1384 a connu un essor très important.

121. La loi du 9 avril 1898. Peu de temps après, intervient la loi du 9 avril 1898 qui met en place un système de responsabilité automatique et forfaitaire à la charge des employeurs pour la réparation des accidents du travail. Cette loi institue le volet réparation. Selon cette loi, la responsabilité du chef d'entreprise est engagée de plein droit dès qu'un accident quelconque se produit. Elle prévoit ensuite une indemnité fixée de manière forfaitaire de sorte à ce que le salarié ait la certitude d'obtenir le paiement de son indemnité quoiqu'il arrive.

122. Economie générale du contrat. Cette loi prévoit donc une responsabilité automatique. Le risque pèse automatiquement sur l'employeur. Pèse donc bien sur lui une obligation de sécurité. Du seul fait que le résultat -l'absence d'accident, puis plus tard, avec la maladie professionnelle, l'absence de pathologie- ne soit pas atteint, l'employeur engage sa responsabilité envers le salarié, responsabilité garantie par son assureur⁶⁶. Mais, cette obligation n'est pas contractuelle. Conformément à cette loi, la responsabilité délictuelle peut être engagée, et le préjudice du salarié réparé. Mais le fondement n'est pas le contrat de travail. Le fondement est issu à la fois du droit commun et de la législation spéciale pour les accidents du travail. Pourtant, le salarié n'est qu'un subordonné, il se contente d'exécuter les ordres de son employeur, qui tire tous les profits de son activité. La répartition des risques inhérente au contrat de travail devrait alors impliquer que l'obligation d'exécuter la prestation de travail n'existe que dans de saines conditions. Mais, puisque la responsabilité est

⁶⁶ La caisse de garantie qui deviendra, plus tard, un organisme de sécurité sociale

automatique et le préjudice réparé, quel serait l'intérêt de reconnaître un caractère contractuel à cette obligation ?

II. L'insuffisance des réparations automatiques non contractuelles

123. Droit commun. Le régime de l'indemnisation en droit commun est gouverné par le principe de la réparation intégrale. La jurisprudence affirme en effet que « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage, et de placer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu*⁶⁷ ». L'utilisation de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil permet donc de favoriser la réparation intégrale du préjudice. De même, l'évolution jurisprudentielle a conduit à la généralisation de l'obligation contractuelle de sécurité dans les contrats portant obligation de faire ou de livrer, de sorte à ce qu'ici aussi la réparation intégrale du préjudice soit favorisée.

124. Droit du travail. Or, le régime de la réparation des accidents du travail s'écarte de ces principes. Celui-ci prévoit non pas une réparation intégrale mais une réparation forfaitaire. Seule la faute inexcusable de l'employeur permet l'éviction partielle du forfait d'indemnisation. Néanmoins, l'éviction du forfait n'est pas totale : elle est cantonnée à ce que la loi prévoit⁶⁸. Seule la faute intentionnelle permet de revenir au droit commun de l'indemnisation⁶⁹. L'intérêt de l'obligation contractuelle de sécurité réside donc dans la réparation du préjudice. L'indemnisation serait alors automatique et intégrale. C'est ce qui a conduit la jurisprudence à affirmer le caractère contractuel de cette obligation.

Paragraphe 2 : L'existence d'une obligation contractuelle

125. La Cour de cassation a consacré à plusieurs reprises l'existence d'une obligation contractuelle de sécurité. Bien que la jurisprudence soit hésitante en la matière, celle-ci découle de l'économie générale du contrat de travail (*I*). La cour a par ailleurs renforcé le caractère automatique de la réparation du préjudice en donnant à cette obligation l'intensité

⁶⁷ Cass. 2e civ., 28 oct. 1954 : Bull. civ. II, n° 328 ; JCP G 1955, II, 8765, note Savatier

⁶⁸ CSS, art. L. 452-1

⁶⁹ CSS, art. L. 452-5

d'une obligation de résultat. La redéfinition de la faute inexcusable de l'employeur permet par ailleurs d'assurer la répartition des risques (II).

I. La consécration d'une obligation contractuelle de sécurité

126. Rôle du contrat. Le plus souvent, ce sont des textes législatifs ou réglementaires qui imposent à l'employeur de respecter telle ou telle norme particulière. Mais le contrat de travail comporte par essence une obligation générale de sécurité en faveur du salarié. Il a pour rôle, comme le souligne Xavier Lagarde⁷⁰ « *d'individualiser les normes susceptibles de s'appliquer à la relation de travail en identifiant les normes générales dont le bénéficiaire peut être invoqué par le salarié et en déterminant les normes individuelles que l'employeur est habilité à prendre* ». La transgression de ce devoir général de sécurité invoquée par le salarié victime d'une atteinte à sa personne du fait ou à l'occasion de son travail obéit donc à une analyse contractuelle.

127. Jurisprudences. De nombreux arrêts ont affirmé l'existence d'une obligation contractuelle en la matière. La chambre criminelle considère depuis 1996 que le chef d'entreprise est tenu d'une obligation générale de sécurité⁷¹, et cela « *indépendamment des mesures expressément rendues obligatoires par les textes relatifs à la sécurité des travailleurs* ». La chambre sociale a affirmé dans l'arrêt Aera⁷² qu'un salarié qui réclame la réparation du préjudice afférent à son état de santé qu'il impute à ses conditions de travail ne peut le faire que sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Plus tard, en 2002, la Cour de cassation déclare « *qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise*⁷³ ». Bien qu'ayant suscité l'étonnement, les arrêts *Amiante* se situent alors dans le prolongement de la doctrine de la chambre sociale.

⁷⁰ Aspects civilistes des relations individuelles de travail : RTD civ. 2002, p. 435

⁷¹ Cass crim 19 novembre 1996, Bull crim 1996 n°413

⁷² arrêt Aera du 11 octobre 1994 (Bull. civ. V, n° 269) solution reprise par l'arrêt Unedic contre Poindron du 28 octobre 1997 D. 1998, jurispr. p. 219, note C. Radé

⁷³ Cass soc 28 février 2002, D2002, p2696 note X. Pretot

128. But. Le but de cette formulation était d'ouvrir largement l'indemnisation des victimes et de sortir du principe de l'indemnisation forfaitaire des pathologies procédant d'un risque professionnel. Le doute était alors permis quand à la généralisation d'une telle obligation contractuelle. Mais, les motifs utilisés par la Cour de cassation indiquent ensuite la généralité de l'objet de l'obligation. L'adverbe « *notamment* » permet de ne pas limiter la sécurité à la seule fabrication et utilisation de produits et de l'étendre à toute atteinte à l'intégrité physique du salarié lors de l'exécution du contrat de travail. Cette obligation a ensuite été affirmée en matière d'accident du travail⁷⁴, de tabagisme⁷⁵ ou encore de harcèlement moral⁷⁶. Puisque c'est pour son compte que travail le salarié, il paraît logique que cet employeur soit tenu d'une obligation spécifique et renforcée. Il s'agit d'une simple application de la théorie du risque. Le risque pèse sur celui à qui profite l'activité. La Cour de cassation applique donc le mécanisme classique du droit des obligations en matière de responsabilité contractuelle.

129. Hésitations. En 2005, la Cour de cassation vise l'article 1147 dans un cas similaire, confirmant ainsi cette position. Mais certains arrêts ont entretenu l'équivoque. Ils reprennent en effet cette même formulation mais vise l'article L230-2 du Code du travail qui impose une obligation au chef d'établissement. La Cour de cassation semble alors avoir cessé de rattacher cette obligation au contrat de travail, et utilise finalement le texte légal. Elle continue en revanche d'utiliser les termes « *obligation de sécurité résultat* », et ce, en dépit de la lettre du texte. Ainsi, le visa a changé mais la formulation est identique.

130. Doutes. Certains auteurs considèrent alors que cette obligation n'a pas de lien avec le contrat de travail et qu'elle trouve sa source dans la loi uniquement⁷⁷. Pour appuyer leur critique, les auteurs utilisent l'article L4111-5 du Code du travail selon lequel l'employeur est tenu de cette obligation non seulement à l'égard de ses salariés mais aussi à l'égard des autres « *travailleurs* » qui se trouvent sous son autorité. Cependant, cela ne contredit pas les raisonnements précédents. C'est en raison du rapport de subordination que l'employeur est tenu de l'obligation de sécurité. Cette obligation constitue le pendant, la contrepartie de la

⁷⁴ cass AP 24 juin 2005, RJS 2005 n°948

⁷⁵ cass soc 29 juin 2005 n°03-44.412

⁷⁶ cass soc 21 juin 2006 n°05-43.919

⁷⁷ P Morvan, *Securitas omnia corrumpit* ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs, Dr soc 2007. 674

subordination. Dès lors, il n'est pas contradictoire que cette obligation s'applique à l'ensemble de ses travailleurs.

131. Propositions. L'explication la plus adéquate serait de distinguer ces deux obligations, comme a pu le faire la chambre criminelle de la Cour de cassation en 1996. Il s'agirait d'admettre que la loi fait peser sur l'employeur différentes obligations de sécurité. Mais, que d'un autre côté le contrat de travail implique que l'employeur soit débiteur d'une obligation plus générale de sécurité envers ses différents subordonnés. L'obligation contractuelle dépasserait alors l'obligation légale et permettrait de couvrir bien plus d'hypothèses. Cette obligation de sécurité s'émancipe alors de l'obligation légale.

II. L'intensité de l'obligation contractuelle de sécurité

132. La Cour de cassation affirme que l'obligation de sécurité est une obligation de résultat. Qu'est ce que cela implique ?

133. Distinction entre les deux. Lorsque l'obligation est de moyen, le contractant s'engage à mettre tous les moyens à sa disposition pour atteindre un résultat. Il s'engage à faire son possible. On ne s'engage pas à atteindre le résultat. Pour pouvoir engager la responsabilité, il faut donc prouver en plus de l'inexécution, une faute contractuelle. En revanche, lorsque l'obligation est de résultat, le contractant s'engage à atteindre un résultat. Le seul fait que le résultat ne soit pas atteint suffit à engager la responsabilité du cocontractant. C'est une responsabilité objective, une responsabilité sans faute. C'est exactement ce que la cour applique en l'espèce : le salarié étant malade ou accidenté, sa sécurité n'était pas garantie, l'employeur a donc manqué à son obligation. Cela a donc des conséquences sur les causes d'exonération. Il est donc primordial de se demander quel est le critère de distinction. Comment le juge peut-il déterminer l'intensité d'une obligation ?

134. Critères de qualification. Trois critères sont utilisés en droit commun pour déterminer l'intensité d'une obligation. Le premier critère est évidemment la volonté des parties. Le critère de l'aléa est lui aussi très souvent utilisé. Lorsqu'il ya un aléa l'obligation contractuelle est une obligation de moyen. L'exemple typique est celui de l'aléa thérapeutique. Enfin, le dernier critère utilisé par les juges est le plus intéressant en droit du travail. Il s'agit de l'existence ou non d'un rôle actif de la victime. Il ne s'agit pas de la faute de la victime. La faute c'est le comportement de la victime au moment du dommage. La

participation active consiste à savoir si le contrat suppose une participation active de la victime. Si c'est le cas, l'obligation à la charge du cocontractant sera une simple obligation de moyen. Si le cocontractant ne joue aucun rôle actif alors l'obligation est de résultat. A titre d'exemple, dans un télé siège l'utilisateur joue un rôle actif au départ et à l'arrivée alors que pendant le trajet il n'est pas censé jouer un rôle actif. Il ya donc une obligation de sécurité de moyen au départ et à l'arrivée mais pendant le trajet l'exploitant est tenu d'une obligation de sécurité de résultat⁷⁸.

135. Applications. Appliqué a notre arrêt, l'obligation est bien une obligation de résultat. La présence d'amiante dans les locaux n'a pas de lien avec une quelconque participation de la victime. Il en est de même dans les arrêts concernant le tabagisme ou le harcèlement moral. Une telle obligation de sécurité résultat serait douteuse en matière d'accident du travail lié à la manipulation d'une machine par exemple. Mais, la manipulation se fait suivant les directives données par l'employeur, en raison du lien de subordination. Il serait alors possible de considérer qu'en raison du lien de subordination, le salarié ne joue pas réellement un rôle actif.

136. conséquences. Affirmer que l'obligation de sécurité de l'employeur est une obligation de résultat a des conséquences importantes. Une décision de la Cour de cassation à ce sujet mérite l'attention. Elle y affirme que l'employeur qui est « *tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, manque à cette obligation lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail de violences physiques ou morales, exercées par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements*⁷⁹ ». Par cet arrêt, la cour réaffirme bien l'intensité de l'obligation de sécurité de l'employeur. Le manquement est automatique. Dès lors que le salarié est victime, qu'importe que l'employeur ait tout mis en œuvre pour l'éviter, il manque à son obligation. Le salarié est placé sous sa protection, il doit donc l'assurer. Le manquement à cette obligation pourra constituer, s'il présente les caractères, une faute inexcusable.

⁷⁸ CIV 1^{ère} 10 mars 1986, confirmé par 10 mars 1998

⁷⁹ Soc, 3 février 2010 n° 08-40144

137. Faute inexcusable. Auparavant, la faute inexcusable de l'employeur résultait de « toute faute d'une gravité exceptionnelle dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant par le défaut d'élément intentionnel⁸⁰ ». L'enjeu de la qualification d'une faute inexcusable est de renforcer l'indemnisation du préjudice du salarié. Mais il est possible de douter de la conformité de cette définition avec l'économie générale du contrat de travail. Dans sa fonction, l'employeur jouit d'un pouvoir de direction et de gestion. Ce pouvoir entraîne une certaine rupture d'égalité : le salarié se contente en principe d'exécuter les ordres de l'employeur. Pour cela l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat. Les arrêts *Amiante* définissent donc la faute inexcusable de l'employeur comme celle résultant d'un manquement à l'obligation de sécurité résultat, lorsque l'employeur avait ou aurait du avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver. Cette définition de la faute inexcusable résulte directement de la consécration du caractère contractuel de l'obligation de sécurité. Ces définitions de l'obligation de sécurité et de la faute inexcusable permettent de respecter l'essence du contrat de travail, d'assurer la répartition des risques.

138. Cette dernière trouve d'ailleurs une autre application, dans le domaine de la protection juridique du salarié.

Section 2 : Protection juridique

139. Le salarié exécute une prestation de travail sous la subordination de l'employeur. Cela signifie qu'il se soumet pleinement aux ordres et directives de son employeur pour la réalisation de sa prestation, c'est-à-dire durant son temps de travail. C'est d'ailleurs la définition du temps de travail qui est retenue par la loi⁸¹. La question qui se pose est de savoir dans quelles mesures le salarié peut il être civilement responsable des dommages causés à des tiers durant cette prestation de travail. Le principe en la matière découle pleinement de la subordination inhérente au contrat de travail. Dès lors que le salarié est un subordonné, il bénéficie pleinement de la répartition des risques. Pour cette raison le principe est qu'il ne peut pas être tenu responsable. Il bénéficie en effet d'une protection juridique. L'employeur

⁸⁰ Cass ch réunies, 15 juillet 1941, JCP 1941, II, 1705, note J Mihura

⁸¹ V. infra n°.172

étant celui qui tire les profits de l'activité du salarié, il est en principe responsable des conséquences sur les tiers de l'exécution de la prestation de travail (*paragraphe 1*), à moins que le salarié ait outrepassé ses fonctions(*paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Une immunité juridique dans l'exercice de la prestation de travail

140. Deux fondements sont concevables. D'une part, l'article L. 4741-7 du Code du travail prévoit que « *Les chefs d'entreprise sont civilement responsables des condamnations prononcées contre leurs directeurs, gérants ou préposés* ». D'autre part, l'article 1384, alinéa 5 du Code civil dispose que « *les maîtres et les commettants (sont responsables) du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ». Qu'il s'agisse de l'un ou l'autre de ces textes, la protection est à la fois justifiée (*I*) et conditionnée (*II*) par l'existence d'un rapport de subordination.

I. Une immunité justifiée par la subordination

141. Notion de commettant – Le lien de subordination caractérise la relation entre commettant et préposé. A ce titre, l'employeur est bien le commettant du salarié. Ainsi, en cas de prêt de main d'œuvre ou de mission de travail temporaire, la jurisprudence veille à déterminer dans quelle situation de fait se trouve le salarié à l'égard de l'une ou l'autre des entreprises en cause pour déterminer l'employeur responsable⁸².

142. Critère décisif. Le critère décisif est celui de pouvoir donner des ordres et contrôler la prestation de travail⁸³. La suspension du contrat de travail entraîne donc corrélativement une suspension de la qualité de commettant. En effet, dès lors qu'il peut vaquer librement à ses occupations, le salarié ne devrait plus être bénéficiaire de cette protection juridique. Cette hypothèse spéciale mise à part, faut-il considérer que le salarié est toujours sous la protection juridique de son employeur ? Ce dernier est-il responsable de tous les agissements de son salarié commis pendant le temps de travail ? N'entre en principe dans l'économie générale du contrat de travail que la protection contre les agissements liés à l'exécution de la prestation de

⁸² Crim., 29 nov. 1973 : D. 1974, jurispr. p. 194, note Dauvergne.

⁸³ Cass. 2e civ., 18 déc. 1996 : Bull. civ. 1996, II, n° 306.

travail. Est ce la solution retenue par la jurisprudence ? Outre l'exigence d'un rapport de subordination, la responsabilité de l'employeur ne peut être engagée que s'il y a un fait fautif du préposé. À cet égard, la jurisprudence a connu une profonde évolution, non pas sur l'existence et la nature du fait illicite mais sur l'idée que le dommage doit avoir été causé dans l'exercice des fonctions du salarié.

II. Une immunité conditionnée par la subordination

143. Agissements dans les limites de sa mission. Dans un arrêt d'assemblée plénière, qu'annonçait déjà une décision de la chambre commerciale⁸⁴, la Cour de cassation a sensiblement allégé la responsabilité des préposés en décidant que « *n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant*⁸⁵ ». Dorénavant donc, la victime, au lieu d'avoir deux débiteurs – le commettant et le préposé – n'en a plus qu'un – le commettant – dès lors que le préposé n'outrepasse pas les limites de sa mission. Dans ce cadre-là néanmoins la responsabilité civile du préposé subsiste dès lors que ce dernier a commis une infraction pénale⁸⁶. Lorsque le fait illicite du préposé est établi, la responsabilité du commettant à l'égard de la victime est automatiquement engagée. Une telle solution est donc parfaitement conforme à l'économie générale du contrat de travail. La répartition des risques implique en effet que lorsque le salarié se contente d'exécuter les directives liées à sa mission, afin d'exécuter la prestation de travail demandée, le fait fautif éventuel ne peut lui être imputable.

Paragraphe 2 : une responsabilité juridique hors de l'exercice de la prestation de travail

144. Le salarié bénéficie d'une protection juridique lorsqu'un fait fautif est commis dans l'exercice de sa mission. La Cour de cassation a pu utiliser cette formule à contrario afin de déterminer à quel moment le salarié perdait cette protection. Si le principe choisi est à

⁸⁴ Cass. com., 12 oct. 1993 : Defrénois 1994, p. 812, note J.-L. Aubert

⁸⁵ AP., 25 févr. 2000 : JCP G 2000, II, 10295, note M. Billiau.; Crim., 23 janv. 2001 : Bull. crim. 2001, n° 21

⁸⁶ AP, 14 déc. 2001 : JCP G 2002, II, 10026, note M. Billiau

approuvé (I), les applications jurisprudentielles peuvent manquer de cohérence au regard de la notion d'économie générale du contrat de travail(II).

I. Une solution à approuver

145. Responsabilité du préposé. Par un arrêt d'assemblée plénière de 1988, la Cour de cassation a mis fin à une controverse existant entre sa deuxième chambre civile et sa chambre criminelle en décidant que « *le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions* ⁸⁷ ». Désormais, le commettant ne peut se soustraire à sa responsabilité civile qu'en établissant la réunion de ces trois conditions. Cela a été vu comme une exception au principe de responsabilité de l'employeur. Il ne s'agit pas réellement d'une exception. En effet, le principe est que dès lors que le salarié agit dans l'exercice de sa mission, sous la subordination de son employeur alors ce dernier est responsable des faits fautifs commis par son salarié. A contrario, cela signifie que si le salarié dépasse ses fonctions, agit dans un but autre que sa prestation de travail et sans autorisation, il n'est pas dans un rapport de subordination. Il ne bénéficie pas de la protection juridique. Il ne s'agit pas d'une exception mais d'une lecture a contrario. Cela paraît tout à fait logique et semble entrer dans l'économie générale du contrat de travail. Il n'en est pas toujours de même concernant les applications jurisprudentielles de ce principe.

II. Des applications à regretter

146. Si certaines solutions jurisprudentielles semblent parfaitement en accord avec les raisonnements précédents, de nombreuses décisions s'en éloignent beaucoup. Ainsi, est à approuvée la solution selon laquelle l'employeur est responsable lorsque le salarié, avec l'autorisation de son employeur, a utilisé des équipements informatiques mis à sa disposition pour créer un site internet constituant une contrefaçon par imitation du site d'une autre société⁸⁸. Certaines solutions font en revanche une application étonnante de ces règles de protection. A titre d'exemple, la jurisprudence a pu relever que l'employeur était responsable en cas d'assassinat d'un chef de service commis sur les lieux de travail par un de ses

⁸⁷ AP, 19 mai 1988 : D. 1988, jurispr. p. 513, note C. Larroumet

⁸⁸ CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006 : RJS 2006, n° 915

subordonnés venant d'apprendre qu'il était licencié. Selon la Cour de cassation, cet acte n'était pas indépendant du rapport de préposition⁸⁹. Le salarié avait-il une autorisation pour ce faire ? Certainement pas. Cela entrerait-il dans sa mission ou sa prestation de travail ? Certainement pas. L'employeur aurait éventuellement pu être tenu responsable de n'avoir pas pris toutes les mesures de sécurité, mais ce n'est pas ce qui était invoqué en l'espèce.

147. Conclusion. Si le principe de l'immunité juridique du salarié qui agit dans le cadre d'un rapport de subordination semble tout à fait cohérent au regard de l'économie générale du contrat de travail, les applications n'y sont pas toujours conformes. Il faut néanmoins retenir que la protection physique et juridique du salarié est justifiée par le lien de subordination qui le lie à son employeur. L'effet essentiel de cette subordination, sa contrepartie, est la protection du salarié contre les risques de l'activité. Ces mesures de protection, tout comme l'obligation de l'employeur de fournir une prestation de travail au salarié participent de cette répartition des risques et permettent ainsi de rééquilibrer le rapport de force entre les parties. Mais, outre le rapport de force, c'est le contrat qui doit être équilibré. Les obligations du salarié ont donc une autre contrepartie : la rémunération. L'économie générale du contrat de travail, son équilibre, implique qu'à l'obligation supplémentaire réponde une contrepartie spéciale. Le contrat de travail serait ainsi rééquilibré.

⁸⁹ Crim., 25 mars 1998 : Bull. crim. 1998, n° 113

Titre 2 : L'existence d'un contrat rééquilibré

148. Élément de qualification. Selon Paul Durand, « *le salaire est de la nature, sinon de l'essence du contrat de travail, au point qu'il n'a pas à être expressément stipulé* »⁹⁰. Cela signifie donc qu'à défaut de salaire, le contrat ne peut pas être qualifié de contrat de travail. Le juge exercera donc son pouvoir tiré de l'article 12 du Code de procédure civile et déqualifiera le contrat afin de lui redonner son exacte qualification.

149. Fondements. Cette affirmation trouve un fondement à la fois constitutionnel et européen. Selon la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, *quiconque travail a droit à une rémunération équitable et satisfaisante*. De même, la Charte sociale européenne affirme que tous les travailleurs ont droit à une rémunération équitable, assurant ainsi qu'à leur famille un niveau de vie satisfaisant. Ces différents articles rappellent alors l'adage « *tout travail mérite salaire* ». Ils posent par ailleurs une question : qu'est ce qu'une rémunération équitable ?

150. Droit des contrats. D'un point de vue civiliste, le contrat de travail étant un contrat synallagmatique et commutatif, l'obligation de l'une des parties doit répondre à l'obligation de l'autre. La cause de la prestation du salarié serait le salaire versé par l'employeur. A contrario, la cause de l'obligation de rémunérer le salarié serait donc sa prestation. Il faut ajouter à cela la doctrine de l'équivalence des prestations. Un salaire équitable de ce point de vue serait un salaire équivalent à la prestation de travail réalisée.

151. Droit du travail. Du point de vue de contrat de travail les choses sont plus complexes. La rémunération est la contrepartie du travail salarié et résulte en principe du contrat de travail, sous réserve d'une part du SMIC et d'autre part des avantages résultant des accords collectifs, des usages de l'entreprise ou des engagements unilatéraux de l'employeur⁹¹. La contrepartie de l'obligation du salarié ne semble donc pas reposer uniquement sur le fondement du contrat. Pourtant, les raisonnements contractuels permettent de justifier l'ensemble des règles et principes appliqués au contrat de travail. En premier lieu, le salarié ne doit pas être associé aux pertes de l'entreprise. Son revenu ne doit donc pas en principe

⁹⁰ P.Durand, Traité, p 598

⁹¹ Soc 20 octobre 1998, Dr. Soc. 1999. 125, note PH. Langlois :

dépendre des profits et ne correspond pas à une part de ceux-ci⁹². Il s'agit là d'une nouvelle application de la théorie de la répartition des risques. En second lieu, la notion de salaire équitable renvoie, comme le montrent notamment les deux textes précités, au caractère alimentaire du travail. Pour être équitable le salaire doit assurer un train de vie décent au salarié. L'objet du SMIC est donc ici justifié. Il s'agit du minimum à respecter afin que l'équivalence des prestations soit garantie. Imposé par la loi, le salaire minimum trouverait ainsi une justification contractuelle, due à l'équilibre des prestations; bien que cette notion civiliste de l'équivalence ne soit pas reconnue et consacrée par la loi. Ainsi, sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et quel que soit le mode de rémunération pratiqué, un salarié a droit à une rémunération au moins égale au SMIC pour le nombre d'heures qu'il a effectué⁹³. La détermination du montant de la rémunération doit donc à la fois garantir la répartition des risques et respecter les minimums légaux et conventionnels afin d'être considéré comme équilibré. L'analyse de l'économie générale du contrat de travail implique de ne s'intéresser qu'à la détermination contractuelle de la rémunération afin de déterminer si l'équilibre entre la prestation de travail et la rémunération est garantie, si les modes actuels de détermination de la rémunération permettent d'assurer la répartition des risques (*chapitre 1*). Par ailleurs, le développement des clauses contractuelles imposant des obligations spécifiques au salarié pose la question de leur compensation (*chapitre 2*).

Chapitre 1 : La rétribution de la prestation de travail

152. Il est intéressant de se demander si les modes de rémunération actuels permettent d'assurer un équilibre du contrat de travail, un équilibre entre la prestation du salarié et celle de l'employeur. En réalité, la recherche de l'équilibre est constante en la matière. L'analyse se faisant au regard de l'économie générale du contrat de travail, seront seuls traités les modes contractuels de rémunération, sans faire état de ceux issus de conventions collectives ou de la loi elle-même. Si les modes de rémunérations traditionnels ne semblent pas en totale conformité avec l'économie générale du contrat de travail (*section 1*), de nouveaux modes sont apparus et semblent créateur d'un équilibre nouveau (*section 2*).

⁹² Soc 9 avril 1987, Bull. civ. V, n°213

⁹³ Soc 25 mai 2005

Section 1 : La rémunération traditionnelle créatrice de déséquilibre monétaire

153. Que l'on s'attache à la répartition des risques ou à la notion de train de vie décent, l'analyse de l'équivalence des prestations en droit du travail semble démontrer que la cause même du salaire, plus que la réalisation d'une prestation, tient dans la subordination. Le salarié accepte d'être subordonné à un employeur et se prive de sa liberté. Il accepte par ailleurs de ne pas tirer les profits de l'enrichissement qu'il procure à son employeur. Cela doit justifier une rémunération. Et, pour ces mêmes raisons, la rémunération en échange de la liberté doit être sécurisée. C'est là toute la contrepartie. Il faut donc que la rémunération puisse tenir dans la durée, et le seul moyen semble donc être de faire du salaire, la contrepartie non pas de la prestation réalisée (*paragraphe 1*) mais du temps de la subordination (*paragraphe 2*). La rupture d'équilibre peut alors être flagrante mais se justifie toujours par le caractère alimentaire de cette convention et la subordination dans laquelle se place le salarié.

Paragraphe 1 : L'évanouissement de la rémunération au rendement

154. Si le système de rémunération au rendement semble assurer un équilibre entre les prestations du salarié et de l'employeur (*I*), il se trouve être en contradiction avec l'économie générale du contrat de travail(*II*).

I. L'apparence d'un équilibre des prestations en cas de rémunération au rendement

155. Le droit des obligations impose que dans un contrat synallagmatique, la cause de l'obligation de l'un se retrouve dans l'obligation de l'autre. Il paraîtrait alors évident que la rémunération trouve sa cause dans la réalisation de la prestation par le salarié.

156. Définition. La Cour de cassation a ainsi pu affirmer qu'en raison du caractère synallagmatique du contrat de travail, tout salaire est la contrepartie de la prestation de travail⁹⁴. De même, selon certains auteurs, « *le salaire apparaît d'abord juridiquement*

⁹⁴ soc 7 décembre 1957, Bull. civ. V, n°189

comme la contrepartie du travail accompli ».⁹⁵ Une telle définition de la cause de la rémunération renvoie alors à la notion de travail au rendement. Le professeur G. Lyon Caen le définit comme le « *mode de rémunération dans lequel la rémunération varie en fonction de la quantité de production réalisée par un individu ou une équipe dans un temps donné selon une formule déterminée et répondant aux normes de qualité exigées, le plus simple est le salaire aux pièces* ». Le salaire est ici basé sur *l'unité de travail effectuée*, rendant alors le salaire proportionnel à la norme réalisée par le travailleur.

157. Conséquences. Une telle formule semble alors respecter la notion civiliste de contrepartie équivalente. Le salaire serait donc d'abord et avant tout le prix du travail. Cela implique que dans des circonstances exceptionnelles le salaire puisse être diminué si la prestation de travail contractuellement prévue n'est pas accomplie. Ainsi en est-il des grévistes réquisitionnés qui n'accomplissent qu'une partie des tâches habituelles. Un salarié qui s'était déclaré gréviste, mais qui avait été requis pour assurer le service minimum d'une centrale nucléaire n'avait alors perçu que 20% de son salaire. Cette rémunération avait été effectuée conformément à une note de la direction définissant les modalités de rémunération des agents grévistes requis pour assurer un service minimum de sécurité, et le Conseil d'état avait reconnu la légalité de cette note. La Cour de cassation a considéré que le salarié n'ayant assuré que le service minimum prévu, la diminution de sa rémunération était tout à fait possible⁹⁶. Prudence est tout de même de mise en la matière. En effet, il s'agit d'un cas particulier, d'une entreprise nécessitant pour des raisons de sécurité, la garantie d'un service minimum, mais seules les tâches nécessaires au maintien de la sécurité peuvent être exigées. Cet exemple ne peut être utilisé pour contredire nos affirmations. En effet, une telle forme de rémunération n'est pas en totale conformité avec l'économie générale du contrat de travail.

II. L'existence d'une contradiction avec l'essence du contrat en cas de rémunération au rendement

158. Le contrat de travail et la rémunération qui en découle se caractérisent par leur nature alimentaire. Le travailleur met sa force de travail à la disposition de l'employeur afin de percevoir une rémunération qui selon les conventions internationale précitées doit assurer une

⁹⁵J. Pelissier, A. Jeanmeaud, A. Supiot, Précis de droit du travail, 24^{ème} ed, 2008, D. n°732

⁹⁶ Soc 18 juillet 2000, n°98-44.427 Bull. civ. V, n°283

vie décente. Dès lors celui-ci ne peut pas être uniquement fonction de la tâche accomplie. La décision précitée n'est donc pas exempte de critique, la seule base de la diminution des tâches accomplie est insuffisante à justifier la diminution du salaire.

159. Obligation de moyen pesant sur le salarié. Passé le cas exceptionnel précité, il est nécessaire de revenir sur le régime de la prestation de travail. Puisque l'obligation pesant sur le salarié n'est qu'une obligation de moyen, l'accomplissement défectueux de la prestation demandée ne peut permettre de diminuer la rémunération du salarié, sauf faute de sa part. Cette question a fait l'objet de différents revirements de la Cour de cassation. Contrairement au raisonnement précédent, la notion d'exception d'inexécution était curieusement appliquée lorsque l'employeur arguait d'un travail défectueux ou ralenti (grève perlée) pour retrancher une partie de la rémunération⁹⁷. Le travail ayant déjà été fourni, le salaire aurait dû être versé, la mauvaise qualité du travail constituant une faute relevant de la responsabilité du salarié et du pouvoir disciplinaire de l'employeur. La Cour de cassation a évolué dans son analyse, elle considère désormais que la retenue pratiquée sur le salaire en raison d'une mauvaise exécution du contrat par le salarié ou d'une baisse de rendement de son travail constitue une sanction pécuniaire interdite⁹⁸. Elle confirme ainsi nos propos. Faire dépendre la rémunération du salarié de la tâche accomplie par ce dernier fait de son obligation une obligation de résultat. En ce sens, la rémunération basée uniquement sur le rendement peut donc être contraire aux règles gouvernant le contrat de travail. A ce titre, elle doit donc rester exceptionnelle.

160. Applications exceptionnelles. L'application du salaire au rendement peut s'avérer utile et pertinente concernant les travailleurs qui n'ont aucun horaire. Il en est ainsi notamment de certains VRP et des travailleurs à domicile.

161. Travailleur à domicile. L'article L7412-1 du Code du travail prévoit que le travailleur à domicile reçoit une rémunération forfaitaire pour le travail qui lui est confié. Par définition, le travailleur à domicile travaille à la tâche ou à la pièce. Conformément aux articles L7422-1 et suivants, un barème doit alors être fixé par convention collective ou par décision administrative en référence à un temps considéré comme nécessaire à l'exécution des travaux qui lui sont

⁹⁷Soc 23 janvier 1980, n°1980 n°78-41.578, Bull. civ V n°63

⁹⁸ Soc 20 février 1991 n°90-41.119 et soc 17 avril 1991 n°89-43.127

confiés. A défaut, le travailleur à domicile a droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum pour le nombre d'heure qu'il a effectué⁹⁹. Ce n'est donc qu'en cas de fixation d'un barème que la rémunération peut être faite au rendement, et toujours par référence à un temps d'exécution. Cela confirme donc le caractère exceptionnel de la rémunération au rendement.

162. VRP. Cette même question se pose pour certains VRP qui jouissent d'une grande liberté dans leur travail de prospection de clientèle, notamment en termes d'horaire. Selon l'article L7311-3 du Code du travail, les VRP sont soumis aux règles du droit du travail. Quid du salaire minimum ? Dans un premier temps, ces salariés ont été privés du bénéfice du salaire minimum¹⁰⁰. Mais, depuis un arrêt du 25 mai 2005, la jurisprudence considère que « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et quel que soit le mode de rémunération pratiqué, un salarié a droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures qu'il a effectué*¹⁰¹ ». Cette position a ensuite été confirmée¹⁰². Le système de grille de salaire évoqué à propos des travailleurs à domicile peut donc ici aussi être prévu par convention collective. Une question se pose néanmoins, qu'il s'agisse des VRP ou du travailleur à domicile. A défaut de barème, comment déterminer le nombre d'heure qu'ils ont effectué ?

163. Quid de la détermination des horaires. Un auteur¹⁰³ propose une hypothèse de solution concernant les VRP, et cette hypothèse est transposable aux travailleurs à domicile. En l'absence de grille de salaires, il considère qu'il reviendra au salarié de prouver le nombre d'heures qu'il a effectué. Tout dépendra alors de l'appréciation par les juges des éléments de preuve unilatéralement constitués par le salarié. L'indulgence des juges devrait selon lui, résulter de ce que l'employeur en ne mettant pas en place les dispositifs nécessaires au calcul

⁹⁹Soc 10 mai 2007, n°05-44.313, bull civ. V, n°73

¹⁰⁰ Soc 10 novembre 1993, bull civ V n°266 ; « *d'une part, l'intéressé libre d'organiser son activité sans être soumise à un horaire de travail déterminé, ne pouvait prétendre au SMIC, d'autre part qu'elle ne remplissait pas la condition d'ancienneté lui permettant de bénéficier du salaire minimum conventionnel, le CPH n'a pas donné de base légale à sa décision* »

¹⁰¹ Soc 25 mai 2005, bull civ n°179 Dr soc 2005 p 924 note C Radé

¹⁰² Soc 10 mai 2007, 05-44.313

¹⁰³ T. Pasquier, L'économie du contrat de travail, Thèse sous la direction de A. Lyon Caen, soutenue le 29 novembre 2008

du SMIC prend le risque d'une mauvaise application du salaire minimum. Il serait selon lui injuste de faire porter les conséquences de ce risque sur le salarié. C'est en ce sens que paraissent trancher les décisions judiciaires récentes relatives par exemple aux conseillers financiers non soumis à un horaire déterminé¹⁰⁴ ou aux vendeurs à domicile par démarchage¹⁰⁵. Le salaire au rendement doit donc rester exceptionnel, et même lorsqu'il est pratiqué, celui fait nécessairement référence à un taux horaire. Si celui-ci n'est pas prévu, le risque pèsera alors sur l'employeur. Le salaire ne semble donc pas pouvoir trouver naturellement sa cause uniquement dans la réalisation d'une prestation.

164. Le prix de la force de travail. Si le salaire ne peut donc pas trouver sa cause uniquement dans la prestation réalisée, il devient, comme l'affirme G. Lyon Caen, « *le prix de la force de travail que le salarié met à la disposition de l'employeur considérée comme une marchandise obéissant à la loi de la valeur* ». La prestation effectuée est donc insuffisante pour caractériser la cause du salaire.

Paragraphe 2 : L'épanouissement de la rémunération au temps

165. La rémunération au temps semble plus respectueuse de l'économie générale du contrat de travail (I). Cependant, cette forme de rémunération, seule, peut amener à des déséquilibres monétaires entre les deux obligations(II). La meilleure formule consisterait certainement à un cumul de ces deux formes de rémunération.

I. Les bienfaits de la rémunération au temps en termes d'équilibre contractuel

166. La rémunération au temps semble assurer l'équilibre du contrat (A) ainsi que l'équivalence des prestations (B).

¹⁰⁴ soc 10 novembre 2004, RJS, 3/05 n°275

¹⁰⁵ soc 31 janvier 2006, RJS, 4/06 n°442

A. Le respect de l'essence du contrat

167. Le salaire au temps est devenu la modalité la plus courante en matière de travail salarié. Selon certaines conventions collectives, « *le travail au temps est celui effectué par un salarié sans qu'il soit fait référence à une production quantitativement déterminée* ».

168. Caractère forfaitaire. Le contrat de travail opère une répartition des risques entre le salarié qui engage sa personne, et l'employeur qui engage sa fortune. Le contrat de travail est donc dépourvu de tout caractère aléatoire. Le travailleur ne devrait pas supporter les risques de l'entreprise, ni même les conséquences pécuniaires de ses fautes. C'est ce que la doctrine identifie comme le caractère forfaitaire du contrat de travail. Le travail a ainsi un prix indépendamment de son résultat. Ce caractère forfaitaire est du point de vue du salaire ce qui permet de distinguer le louage de service du louage d'ouvrage.

169. Distinction avec d'autres contrats. Dans le louage d'ouvrage, le prestataire ne peut pas demander de majoration sous prétexte que le temps d'exécution était plus long que prévu. L'accord s'est fait sur une réalisation et non sur le temps requis pour y parvenir. A l'inverse, le salarié lui, loue sa prestation de travail, et ce travail a un prix indépendamment du résultat produit. Plagnol opposait ainsi « *le louage caractérisé par une rémunération proportionnelle au temps, comme dans le louage des choses* » dans lequel « *le salaire est composé de sommes égales pour toutes les unités de temps employées, que l'unité choisie soit l'heure, la journée, le mois ou l'année* » et « *l'entreprise ou forfait, caractérisée par le fait que la rétribution du travailleur est fixée a forfait pour chaque ouvrage, et ne dépend plus nécessairement du temps nécessaire pour l'achever, de façon qu'il ya pour lui une chance de gain ou risque de perte, selon qu'il mettra plus ou moins de temps à accomplir l'ouvrage*¹⁰⁶ ». Selon lui, celui qui promet son temps et est rémunéré ainsi est salarié tandis que celui qui promet un résultat est entrepreneur.

170. Disponibilité. Bien que cette proposition exclue tous les travailleurs rémunérés à la pièce, tâche ou rendement, elle permet d'expliquer que le travail au temps soit devenu la modalité la plus courante en matière de travail salarié. Le travail subordonné se caractérise par la disponibilité d'une personne, le salarié, au service d'une autre, l'employeur. Cette disponibilité est obligatoirement limitée dans le temps. Le salaire est intimement lié à la

¹⁰⁶ M. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, F. Pichon, t. II, Paris, p592

notion de temps de travail. La Cour de cassation a ainsi affirmé dès 1952 que le salaire est dû en raison non pas du résultat du travail mais de la disponibilité du subordonné¹⁰⁷. La seule présence du salarié dans l'entreprise sur les heures ordinairement ouvrées oblige ainsi l'employeur à verser le salaire. La qualification de temps de travail conditionne le respect des règles relatives au salaire. Il serait ainsi possible d'affirmer que le salarié paie la protection que lui procure le contrat de travail en renonçant à une partie de sa liberté et en acceptant un salaire calculé non pas en fonction de l'enrichissement réellement procuré à l'employeur mais selon le temps passé au travail¹⁰⁸. Mais quel temps de travail ? Chaque instant passé au travail doit-il être pris en compte ?

B. Le respect de la cause de l'obligation

171. La rémunération ne peut avoir de cause que si elle est la contrepartie d'un temps de travail effectif.

172. Aux origines du temps de travail effectif. Dès les premières lois sociales, apparaît la notion de temps de travail effectif. Cette notion est déjà présente dans la loi du 22 mars 1841 concernant le travail des enfants, tout comme dans celle du 2 novembre 1892 relatives tant au travail des enfants qu'à celui des femmes. Dans les rapports du procureur général près la cour d'appel de Rouen, rédigés en 1851 et 1852 et concernant l'application d'un décret loi du 9 novembre 1948 fixant le principe des douze heures par jour de travail effectif, celui-ci s'indigne en écrivant que cette loi ayant été édictée « *au point de vue de l'intérêt des ouvriers afin que leurs forces de travail ne fussent pas épuisées par la fatigue et qu'il leur restât douze heures franches dans chaque journée soit pour le repos soit pour quelque culture intellectuelle, il m'avait paru évident que le mot travail effectif ne voulait pas dire que le maître devait recueillir le produit utile de douze heures de travail, et que, soit pour la réparation soit pour le nettoyage des machines, il pouvait demander à ses ouvriers un supplément de corvée et un supplément gratuit. Avant 48, si pareil supplément était exigé, du moins était-il rétribué* »¹⁰⁹. La conception du temps de travail effectif était donc ici celle des employeurs. Elle perdura jusqu'aux années 1990. Était selon eux un temps de travail effectif,

¹⁰⁷ Soc 28 février 1952

¹⁰⁸ : C RADE, Droit du travail et responsabilité civile, LGDJ coll bibliothèque de droit privé Tome 282 Paris 1997, p 141.

¹⁰⁹ .

le temps de travail utile c'est-à-dire productif. Du point de vue de l'équilibre des prestations, il paraît évident que la rémunération n'a de cause que si elle rémunère un temps de travail utile. Qu'en est il aujourd'hui ? La définition actuelle du temps de travail effectif peut conduire parfois à un déséquilibre monétaire.

II. Les méfaits de la rémunération au temps en termes d'équilibre monétaire

173. La rémunération au temps peut causer un déséquilibre monétaire nécessitant une stricte définition du temps de travail effectif(A) afin d'inclure une certaine logique productiviste dans le temps de travail (B).

A. La notion de temps de travail effectif

174. Définition légale. La définition du temps de travail est primordiale. Selon l'article L3121-1 du Code du travail, le temps de travail effectif est celui pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur pour obéir à ses ordres sans pouvoir vaquer librement à ses occupations. Sauf exception, seule la rémunération du temps de travail effectif et les périodes assimilées relèvent de la qualification de salaire pour application de ces règles, ce qui n'empêche pas que d'autres périodes donnent lieu à certaines formes de rémunération. Aussi est-il nécessaire de qualifier les temps pendant lesquels le salarié est à la disposition de l'employeur. Il faut réserver la dénomination de salaire au paiement d'un temps de travail effectif, accompli dans le cadre d'un pouvoir de direction conservant tous ses attributs, tandis que les contreparties des disponibilités du salarié hors du temps de travail effectif relève du champ plus large de la rémunération. Le Code du travail définit le temps de travail effectif en opposant les occupations personnelles au respect des ordres de l'employeur. Si le salarié peut vaquer à ses occupations librement, il n'est alors pas sous la subordination de l'employeur et n'a donc pas à être rémunéré. Cette opposition permet d'expliquer le régime appliqué à certains temps de douche, de pause ou de restauration.

175. Temps de douche. Certains temps de douche peuvent être compris dans le temps de travail alors que d'autres non. Dès lors que le salarié effectue des travaux salissant ou insalubre, son temps de douche est directement lié à l'exécution de sa prestation, il reste donc sous la subordination de son employeur. Il ne s'agit pas d'une occupation personnelle. Il paraît donc logique que l'article R4228-8 fasse de ce temps un temps de travail effectif, dès lors que le salarié se tient à la disposition de son employeur, prêt à intervenir. La Cour de

cassation a pu considérer que cette rémunération était due même si le salarié ne prend pas de douche¹¹⁰. Cela paraît moins compréhensible au vu de la définition. En effet, si ce temps de douche est considéré comme un temps de travail au motif qu'il est intimement lié à la prestation de travail, et qu'il reste sous la subordination de l'employeur, alors il ne s'agit pas d'un choix mais d'une obligation. Que le salarié utilise ce temps de douche ou non, il demeure intimement lié à la prestation qui lui est demandée. Le refus ne peut effectivement pas être sanctionné par une diminution de la prestation puisque cela constituerait une sanction pécuniaire interdite. En revanche, cela devrait constituer un acte d'insubordination. En effet, la justification de ce temps de douche admis en temps de travail tient dans la disponibilité du salarié face à l'employeur, dans sa subordination. Le choix ne devrait donc a priori pas être possible, sous peine de déqualifier ce temps de douche.

Astreinte. Cette même définition par opposition du temps de travail permet de justifier le régime applicable aux astreintes. Selon l'article L3121-5 du Code du travail, le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir si l'employeur le demande. A la première lecture de cet article, il ne semble alors pas y avoir de différence entre le temps d'astreinte et le temps de travail. Le critère de distinction est en réalité subtil. Il repose sur le degré de disponibilité du salarié¹¹¹. Dès lors que celui-ci est chez lui et peut vaquer librement à des occupations personnelles, il n'y a pas de travail effectif et le salaire n'est pas dû. Cependant, le législateur reconnaît que cette disponibilité même si elle est moindre, mérite une compensation et qu'une contrepartie doit être prévue conformément à l'article L3121-7. L'employeur doit donc rémunérer son salarié dès lors que celui-ci se tient à sa disposition et ne peut vaquer librement à ses occupations. Qu'en est-il alors si celui-ci se contente de faire acte de présence ? Le contrôle du temps de travail est-il possible ?

B. Le contrôle du temps de travail effectif

176. Contrôle. On trouvait déjà au début du siècle l'explication suivante : *« l'employeur exige en réalité des ouvriers au temps l'exécution d'une quantité de travail plus ou moins définie. Ainsi, le licenciement arrive systématiquement lorsque les ouvriers ne travaillent pas à une certaine vitesse minimum et c'est la fonction du contremaître de veiller à ce qu'en*

¹¹⁰ Soc 17 octobre 2007 n°06-41.444

¹¹¹ JE Ray, Les astreintes, un temps du troisième type, Dr soc 1999. 250

*échange d'un salaire au temps déterminé, le travailleur ne livre pas moins d'une quantité déterminée de travail*¹¹² ». L'employeur peut en effet rémunérer au temps et définir aussi exactement que possible la tâche à effectuer dans une unité de temps. Les classifications des emplois et les descriptions de postes procèdent de ce même souci.

177. Aptitude physique et exécution normale. Plus généralement, le législateur s'est aussi soucié de cette question notamment en matière de SMIG. Le salaire minimum interprofessionnel légal s'applique aux travailleurs majeurs « d'aptitude physique normale ». Cette précision contient une exigence de capacité du travailleur de répondre à la norme sous entendue, en termes d'intensité et de résultat dans l'accomplissement du travail¹¹³. La prise en compte du résultat dans le travail est donc réelle mais circonscrite à l'aptitude physique. De même en matière de conflits collectifs avaient été posée une exigence d'exécution normale du travail. L'employeur pouvait ainsi soumettre la reprise du travail par un ex gréviste à un engagement de sa part à accomplir normalement son service. A défaut l'employeur était fondé à refuser de le laisser entrer dans l'usine.

178. Pouvoir de direction et de sanction. Le contrôle du temps de travail effectif relève en réalité du pouvoir patronal, du pouvoir de direction. Il est évident alors que l'employeur peut exercer un contrôle sur le travail effectué par le salarié. La seule chose qui lui est interdite est de réduire ou supprimer la rémunération d'un salarié en raison d'une absence de travail effectif alors que celui-ci était présent sur son lieu de travail. Il s'agit là d'une sanction pécuniaire, et celles-ci sont interdites. La loi refuse donc d'appliquer la sanction contractuelle : l'exception d'inexécution ou la réfaction du contrat. Cela se justifie par la nature protectrice du droit du travail, certes. Mais, cela se justifie d'autant plus lorsque l'on admet que l'employeur dispose d'un pouvoir de direction et de sanction. S'il est vrai qu'il ne peut utiliser la sanction pécuniaire, le contrat le dote néanmoins de tous les éléments pour pouvoir contrôler le caractère effectif du temps de travail qu'il rémunère. En ce sens, l'interdiction des sanctions pécuniaires se comprend, même au regard des mécanismes contractuels classiques.

¹¹² D. Schloss, Les modes de rémunération du travail (traduit par C Rist), Giard et Brière, Paris 1902 p 56

¹¹³ A Johanson, La détermination du temps de travail effectif, LGDJ

179. Le travail au temps n'est donc pas étranger à une notion productiviste du travail. C'est par ailleurs lorsque ces deux formes de rémunérations sont entremêlées que l'équilibre contractuel se retrouve réellement. Il s'agit des formes de rémunération en expansion aujourd'hui.

Section 2 : La rémunération variable créatrice d'un équilibre nouveau

180. La rémunération au rendement n'a pas disparu, elle a mué. Aujourd'hui se répandent les modes de rémunération variable, prenant en compte tant le temps de travail que le rendement du salarié. Seules les clauses de variation seront traitées ici, en raison de leur intérêt en matière d'économie générale du contrat de travail. En effet, si cette forme de rémunération peut paraître dangereuse (*paragraphe 1*), les solutions apportées par la jurisprudence en font un nouveau modèle d'équilibre des prestations (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Les dangers surmontés

Le mode de rémunération contractuel d'un salarié constitue un élément essentiel du contrat de travail qui ne peut en conséquence pas être modifié sans l'accord des deux parties. La variation de la rémunération pose donc en premier lieu la question de la compatibilité avec sa nature contractuelle. Celle-ci ne doit pas devenir un simple élément du pouvoir de direction, mais bien rester la contrepartie de la prestation du salarié(I). Le second élément à prendre en compte est la répartition des risques, inhérente au contrat de travail (II).

I. Le caractère contractuel sauvegardé

181. Origines du problème. Une clause du contrat peut tout à fait prévoir que la rémunération sera variable. Mais encore faut-il que cette clause ne dénature pas le caractère contractuel du salaire. Le danger ici est le suivant : comment sauvegarder le caractère contractuel du salaire, c'est-à-dire assurer l'accord des deux parties sur le mode de variation ? Comment assurer l'absence d'interprétation ? La cour a répondu à ces deux questions.

182. Clauses de révision. Afin que le montant de la rémunération ne devienne pas un élément du pouvoir de direction, l'accord des deux parties doit être recueilli. Le problème est ici celui des clauses de révision, censées éviter d'avoir à recueillir l'accord du salarié. La

jurisprudence considère que ces clauses sont privées d'effet, c'est-à-dire qu'elles ne permettent pas d'éviter le régime de la modification du contrat de travail. Ainsi sont privées d'effet ou frappées de nullité les clauses qui prévoient que « *l'employeur se réserve le droit de modifier à tout moment les taux et modalités de commissionnement* »¹¹⁴. Il en est a fortiori de même d'une clause prévoyant que la partie variable du salaire reste à définir périodiquement par l'employeur dans le cadre d'un plan de rémunération dont les conditions sont adaptées à la stratégie et aux objectifs de l'entreprise. Et ce, qu'importe qu'il soit prévu que les modalités précises soient portées à la connaissance de chaque commercial par note de la hiérarchie. La variation doit donc se faire conformément à la volonté des deux parties et non pas au gré de l'employeur. Comment ?

183. Éléments objectifs et indépendants. La Cour de cassation a explicité sa solution dans un arrêt du 2 juillet 2002¹¹⁵ en considérant qu'une clause du contrat ne pouvait faire varier la rémunération qu'en fonction d'éléments objectifs et indépendants de la volonté de l'employeur. Une telle solution semble alors respecter le caractère contractuel de la rémunération. Elle semble dans son principe assurer une certaine précision de la clause, nécessaire à l'existence d'un réel accord de volonté.

184. Précisions. La variation de l'élément doit pouvoir se constater, et s'imposer tant au salarié qu'à l'employeur, sans être sujet à interprétation. Ensuite, le lien entre cet élément variant et la rémunération qui en dépend doit être définie lui aussi avec précision. A titre d'exemple, lorsque l'élément variant est le chiffre d'affaire, il s'agit bien d'un élément qui peut être constaté et qui s'impose aux parties¹¹⁶. Mais, devront aussi être précisées les modalités suivant lesquelles la rémunération en dépendra.

185. Indépendance. La condition d'indépendance impose ensuite que l'employeur n'ait pas de prise directe sur la variation de l'élément considéré. Il est vrai que la prise en compte du chiffre d'affaire de l'entreprise est un élément objectif et indépendant de l'employeur. De même, est objectif l'accord sur la réalisation d'un certain objectif. Il n'en est en revanche pas de même pour une clause fixant la rémunération en fonction de la « *valeur professionnelle*

¹¹⁴ soc 27 février 2001, n°99-40.219, SSL 19 mars 2001, n°1020 p. 12

¹¹⁵ Soc 2 juillet 2002, Bull civ n°229, p224, Dr. Soc 2002, n°11, p998, note C. Radé

¹¹⁶ V. en ce sens, Liaisons soc. 2000, n° 12, p. 110 et s., obs. P. Waquet

d'un salarié ». Peut-on parler d'objectivité et d'indépendance lorsque la variation de la rémunération dépend de la valeur professionnelle et de la qualité du travail fourni ¹¹⁷ ? L'indépendance semble ici tout à fait malmenée, de même que le caractère d'objectivité. Il doit donc être prévu que cet élément sera apprécié en fonction d'éléments objectifs tirés de l'activité du salarié¹¹⁸.

186. Dès lors que la variation de la rémunération dépend d'éléments déterminés à l'avance, précis, objectifs et indépendants, l'accord peut être constaté. Le caractère contractuel est donc respecté, le risque que la rémunération devienne un élément du pouvoir de direction évincé. En revanche, cela n'empêche aucunement l'éventualité d'une contradiction avec l'essence du contrat de travail.

II. Le transfert de risque limité

187. Essence du contrat. Une clause du contrat ne peut pas contredire son essence même. Ainsi, le risque en cas de rémunération variable est que celle-ci ait pour conséquence de transférer le risque de l'entreprise de l'employeur au salarié.

188. Position jurisprudentielle antérieure. La Cour de cassation a déjà considéré qu'une personne qui supporte des risques, et ne perçoit aucune rémunération en cas de réalisation d'un risque négatif, ne pouvait être liée par un contrat de travail¹¹⁹. Certains auteurs considèrent que cet élément a disparu depuis les arrêts établissant la subordination juridique comme élément de la définition du contrat de travail. Pourtant ces deux critères sont liés. Le contrat de travail est caractérisé par la subordination, et c'est en raison de ce critère que l'effet essentiel de ce contrat est la répartition des risques. Il s'agit d'une interprétation de la cause subjective du contrat. Pourquoi le salarié souhaite-t-il être subordonné et non indépendant? Ce serait alors en raison de cette protection contre les risques.

189. Appréciation du transfert de risque. La Cour de cassation a ainsi exigé que cette clause ne fasse pas porter le risque sur le salarié¹²⁰. Cela pose une question pratique. En effet,

¹¹⁷ Voir à ce sujet notamment : Soc. 3 juill. 2001, Dr. soc. 2001, p. 1007

¹¹⁸ Soc. 4 juill. 2000, D. 2001, Somm. p. 736

¹¹⁹ Soc. 28 avr. 1980, Bull. civ. V, n° 362

¹²⁰ sur ces questions, A. Lyon-Caen, Rev. jur. Ile de France 1996, n° 39, p. 152 ; M.-L. Morin, Dr. soc. 2000, p. 733

toute les clauses de variation n'entraînent elles pas de facto transfert d'une partie du risque sur le salarié ? Il en était ainsi dans l'arrêt de 2002 établissant justement ce critère de validité. En l'espèce une partie de la rémunération du salarié était liée à l'évolution du chiffre d'affaire de l'entreprise. Et, les juges du fond ne s'étaient d'ailleurs pas « risqués », en l'espèce, sur le terrain du risque, et avaient conclu à la validité de la clause de variation sur le fondement du respect de la condition d'objectivité et d'indépendance des éléments qui sous-tendent le calcul de la rémunération variable. Il s'agirait en fait non pas d'une prohibition du transfert de risques mais d'un contrôle de ses conséquences sur le contrat. Les juges devraient alors répondre à la question suivante : le transfert de risque opéré par la clause contrevient-il aux caractéristiques essentielles du contrat de travail ou bien les deux peuvent-ils se cumuler ? Le transfert des risques serait alors simplement limité.

190. Autorisation du transfert partiel de risques. Pour la Cour de cassation, l'existence d'un transfert partiel de risques ne semble pas s'opposer à l'existence d'un contrat de travail. Le transfert de risque est donc limité et non pas totalement prohibé. Ce qui est prohibé c'est l'absence de rémunération entraînée par une clause de variation¹²¹. Il s'agit là d'une simple question d'équilibre des prestations, permettant de confirmer les propos précédents sur la contradiction de la seule rémunération aux rendements avec l'économie générale du contrat de travail. En effet, quoi qu'il arrive, qu'il soit productif ou non, le salarié doit percevoir une rémunération minimum. La Cour de cassation juge ainsi que le travailleur, en contrepartie de son travail, peut au moins prétendre aux minima, et ce, quelle que soit sa prestation¹²².

191. Interdiction de la participation aux pertes. Ce qui est parfaitement incompatible avec la notion de contrat de travail est la participation aux pertes. Celle-ci est exclusive d'un contrat de travail¹²³. Une clause ayant pour objet ou pour effet de transférer le risque d'entreprise, au-delà de ces limites, ne serait pas valable. En effet, une telle clause contredirait l'économie générale du contrat de travail et serait alors incompatible avec la notion même de travail subordonné. En faisant participer le salarié aux pertes, une telle clause devrait entraîner

¹²¹ Soc. 3 févr. 1972, Bull. civ. V, n° 102

¹²² Soc. 19 nov. 1959, Bull. civ. V, n° 115

¹²³ Soc. 1er juin 1972, Bull. civ. V, n° 339 ; 8 juin 1978, Bull. civ. V, n° 449

une requalification de la relation qui unit les parties en contrat d'entreprise¹²⁴ ou de contrat de société¹²⁵.

192. Contrôle de la clause. Certains auteurs proposent que lorsqu'une clause s'inscrit dans les limites ainsi posées, le transfert de risque opéré puisse donner lieu à un autre contrôle : le contrôle interne de la validité de la clause. Les juges apprécieraient alors l'équilibre de la clause et plus précisément, de la contrepartie retirée par le salarié eut égard à l'importance du risque supporté.

193. Dès lors que la variation de la rémunération est la conséquence d'un élément objectif et indépendant de la volonté de l'employeur, et qu'elle n'implique pas que le salarié participe aux pertes, celle-ci peut s'avérer créatrice d'un équilibre des prestations.

Paragraphe 2 : L'équilibre démontré

194. Les clauses de variation de la rémunération permettent un équilibre des prestations en ce sens qu'elles assurent une combinaison entre les avantages du travail au rendement et du travail au temps. Ainsi, la disponibilité du salarié est forcément rémunérée (*I*), tandis que la rémunération de sa productivité est fonction de son mérite (*II*).

I. La rémunération forcée de la disponibilité

195. Respect de l'essence du contrat. Les clauses de variation ainsi conditionnées permettent un équilibre des prestations en ce sens que la disponibilité du salarié est toujours rémunérée. La Cour de cassation précise en effet que ces clauses ne sont valables que si elles ne font pas tomber la rémunération du salarié en dessous des minima légaux et conventionnels. Finalement il s'agit d'une obligation de rémunération du temps de travail. Cette condition permet de respecter l'essence du contrat de travail en ce sens que l'obligation première du salarié est bien de se tenir à disposition de l'employeur pour effectuer sa prestation de travail. Cette prestation de travail ne constitue qu'une obligation de moyen. L'équilibre des prestations implique donc que, même en cas de rémunération variable, cette disponibilité soit compensée. Cela semble alors confirmer les raisonnements précédents, selon

¹²⁴ Cass. soc. 22 oct. 1996, pourvoi n° 94-20.387

¹²⁵ Cass. com. 1er mars 1971, Bull. civ. IV, n° 66 ; Cass. soc. 11 avr. 2002, D. 2002, IR p. 1465

lesquels la rémunération de la seule productivité n'est pas en conformité avec l'économie générale du contrat de travail. La rémunération de la disponibilité est donc obligatoire, et constitue une condition de validité des clauses de variation. Mais cela n'empêche pas la possibilité d'augmenter la rémunération en fonction de la productivité du salarié, de sorte à ce que les prestations soient toujours équilibrées.

II. La rémunération méritée de la productivité

196. Conditions. La rémunération méritée de la productivité se retrouve lorsque l'élément fondant la variation est la réalisation d'un certain objectif. Si l'objectif n'est pas atteint, le salarié ne percevra que le minimum légal ou conventionnel, sa rémunération sera en revanche augmentée s'il l'atteint. Il ne participe donc pas aux pertes, en revanche sa rémunération évolue positivement en fonction de sa productivité. L'équilibre semble donc être assuré sur le long terme. Il a été précédemment expliqué que cette fixation d'objectif était licite dès lors que les objectifs étaient raisonnables et compatibles avec le marché. Qu'en est-il à défaut ?

197. Non respect. La variation de la rémunération en fonction de l'atteinte d'un objectif est une question de mérite. La question est donc la suivante : lorsque le salarié n'atteint pas des objectifs entendus comme déraisonnable, mérite-t-il sa rémunération ? Une décision du 13 janvier 2009¹²⁶ est ici très intéressante. La cour y affirme que les juges du fond ne pouvaient pas se contenter du caractère déraisonnable des objectifs. Ils devaient après avoir constaté cela, déterminer le montant de la rémunération variable. Si la question est déjà tranchée en ce qui concerne la révision d'une rémunération pour le futur lorsque les objectifs sont déraisonnables, l'espèce traite du cas particulier dans lequel c'est le montant d'une rémunération passée qui est en cause.

198. Montant de la rémunération future. Par application d'une jurisprudence bien assise, à défaut d'un accord entre l'employeur et le salarié sur le montant de cette rémunération, il incombe au juge de la déterminer « *en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes* »¹²⁷. Cette position classique fondée sur la violation de l'article 1134 du Code civil, est ici reprise par les magistrats de la Cour de cassation au motif

¹²⁶ Soc 13 janvier 2009 n° 06-46.208 (n° 7 FS-P+B) ; voir à ce sujet : T. Pasquier, La révision des objectifs déraisonnables, D. 2009 p 1931

¹²⁷ soc., 20 oct. 1998 ; Bull. civ. 1998, V, n° 436. – Cass. soc., 9 mai 2007, JCP S 2007, 1540.

que les juges du fond « *n'ont pas tiré les conséquences légales de leurs propres constatations* ».

199. Question de la rémunération passée. Mais, la question ici posée était celle de la de la conséquence sur la rémunération, non pas future mais passée. La Cour de cassation octroie ici un pouvoir de réfection du contrat aux juges du fond. Comment ceux-ci peuvent ils fixer la rémunération ? La Cour de cassation encadre leur pouvoir en les invitant à faire référence aux contrats et accords passés les années précédentes. Il s'agit donc bien d'un pouvoir de réfection du contrat, mais d'un pouvoir encadré. L'établissement d'une rémunération variable en fonction des objectifs est donc tout à fait licite car répond aux conditions d'indépendance et d'objectivité, mais celle-ci peut être revisitée par le juge, dès lors que les objectifs fixés étaient déraisonnables.

200. Un contrôle de l'équilibre. En contrôlant la rémunération variable, le juge contrôle en réalité l'équilibre. Le salarié fait tout son possible pour atteindre un objectif. Il ne l'atteint pas pour une raison extérieure. Pourtant, aux termes du contrat il ne devrait pas percevoir sa rémunération. L'employeur serait donc libéré de son obligation pour une raison externe, voir même parce qu'il a lui-même établi des objectifs incompatibles avec le marché. Le montant de la rémunération est ici tributaire de la réalisation des objectifs, or ceux-ci étant déraisonnables, la clause entraîne un transfert de risques sur le salarié. Cela renvoie par ailleurs à la bonne foi contractuelle. L'application du mode de rémunération tel que prévu par le contrat serait donc en contradiction avec son économie générale. Ainsi, en obligeant les juges du fond à revoir la rémunération, même pour le passé, la cour redonne au contrat son caractère commutatif et en rétablit l'équilibre.

201. Un nouvel équilibre des prestations. Le montant de la rémunération dépendra donc de la réalisation des objectifs, c'est-à-dire de la productivité du salarié, mais cette partie variable ne constitue qu'un plus. Le salarié recevra toujours au minimum la rémunération de son temps de travail. En ce sens, ces formes de rémunération en expansion, participe d'un nouvel équilibre des prestations, assurant à la fois la cause de l'obligation du salarié et la cause de l'obligation de l'employeur. Ces formes de rémunérations peuvent ainsi être entendue comme un moyen de répondre à la cause subjective de l'obligation de l'employeur : s'il doit toujours rémunérer le temps de travail, n'avait il pas en effet conclu ce contrat de travail avec l'espérance d'une certaine productivité ?

202. Suggestions particulières. La rémunération est la contrepartie de l'obligation du salarié : une prestation de travail sous la subordination de l'employeur. Il s'agit là de l'essence même du contrat de travail, et comme tout contrat celui-ci doit être équilibré. L'objet de ces raisonnements était de vérifier l'équilibre entre les obligations principales et essentielles du contrat de travail. Une question se pose alors. Qu'en est-il des obligations ou suggestions particulières ajoutées au contrat par différentes clauses ? Ces obligations trouvent-elles, elles aussi leur cause dans cette rémunération ou bien doivent-elles bénéficier d'une contrepartie spécifique ?

Chapitre 2 : La compensation des prestations spéciales

203. Notion. La notion d'économie générale peut s'entendre comme un nouveau cadre d'appréciation du contrat de travail et de son équilibre. Si la prestation de travail est la cause d'une rémunération, certaines sujétions particulières sont souvent ajoutées et incluses dans le contrat de travail. Le risque est alors la remise en cause de l'équilibre initial, nécessitant ainsi, au regard du droit des obligations, l'instauration de certaines compensations. Il est ainsi possible de considérer l'hypothèse suivante : si la loi ou la jurisprudence prévoient une indemnité particulière dans certains cas, c'est que le caractère en question ou l'obligation n'entre pas naturellement dans l'économie du contrat de travail. A titre d'exemple, la loi prévoit qu'une prime de précarité est versée au travailleur exerçant sous l'égide d'un contrat de travail à durée déterminée. Suivant ce raisonnement il serait possible de conclure, que cette prime de précarité vient compenser l'existence d'un contrat de travail au caractère spécifique. L'économie générale du contrat de travail impliquerait alors qu'il soit à durée indéterminée. Dans cette hypothèse, la suggestion particulière serait alors ici le fait de n'exercer qu'un temps déterminé, et la compensation serait la prime de précarité qui est prévue par la loi.

204. Clauses du contrat. La plupart des suggestions particulières demandées au salarié le sont sous l'égide du contrat. Les clauses du contrat de travail permettent en effet de flexibiliser la relation de travail en imposant des contraintes et obligations supplémentaires au salarié ou bien encore en lui assurant une certaine sécurité. Ainsi, les clauses de mobilité, de résidence, de non concurrence ou d'exclusivité sont autant de clauses qui, en étendant le pouvoir de direction de l'employeur, emportent création de suggestions particulières pour le

salarié. Il est alors du rôle de la jurisprudence de vérifier puis de rétablir elle-même l'équilibre du contrat en cas de sujétions particulières. Pourtant, si la jurisprudence contrôle le respect de l'aire du contrat et de la subordination, c'est-à-dire le contrôle des pouvoirs, elle ignore encore très fréquemment le contrôle de l'équilibre (*section 1*). Dans une décision du 7 avril 2010¹²⁸, la Cour de cassation semble prendre la mesure de ce constat, et tente de contrôler l'équilibre des prestations en cas de suggestions particulières. Elle utilise alors un nouveau cadre d'appréciation du contrat : l'économie générale du contrat de travail (*section 2*). Il est intéressant de s'interroger sur le fondement et les implications d'une telle jurisprudence. Il s'agit ici de faire un constat : le constat de l'existence de nombreux contrôles aujourd'hui mais de l'absence de contrôle de l'équilibre des prestations. Il ne s'agit donc pas de traiter en détail de chacun des contrôles exercés par le juge. Ce constat sera utile afin de cerner l'incidence que la notion d'économie générale sera susceptible d'avoir sur le contrôle des clauses du contrat.

Section 1 : L'équilibre ignoré dans l'appréciation traditionnelle des clauses du contrat

205. La jurisprudence contrôle les clauses du contrat de travail. Et ce n'est rien de le dire. Le juge peut utiliser plusieurs filtres afin d'éprouver la légalité d'une clause du contrat impliquant une suggestion particulière pour le salarié. Ce contrôle est alors pluridimensionnel (*paragraphe 1*). Le juge contrôle en fait le pouvoir de l'employeur ou le respect des libertés du salarié, en revanche, il ne contrôle pas l'équilibre des prestations. Ce contrôle de l'équilibre ne se retrouve finalement qu'en matière de clause de non concurrence. L'indemnisation de la suggestion supplémentaire est donc ponctuelle (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Un contrôle pluridimensionnel

206. La jurisprudence a établi divers contrôles des clauses du contrat. Ces contrôles s'avèrent nécessaires dans la mesure où l'insertion de clauses dans le contrat peut permettre de moduler le pouvoir patronal. Dans le cadre de ce pouvoir patronal s'insère la prestation du salarié et sa contrepartie, la rémunération. Mais, dès lors que des clauses

¹²⁸ Soc 7 avril 2010, n°08- 44 865 confirmé par Soc 8 juillet 2010 n°08 45 287

viennent moduler, élargir ou restreindre le champ du pouvoir patronal, l'équilibre des prestations est-il toujours assuré? C'est précisément cette question que la Cour de cassation a évincé lors de l'élaboration des différents mécanismes de contrôle. La réflexion s'est en effet axée sur le contrôle du pouvoir patronal dans l'élaboration et la mise en œuvre des clauses du contrat de travail (I). Un contrôle de proportionnalité permet ensuite de vérifier que cette clause n'est pas en contradiction avec les libertés du salarié (II).

I. Le contrôle du pouvoir patronal

207. Généralités. Qu'il s'agisse des clauses de résultats, de variation ou encore de mobilité, toutes les clauses du contrat de travail ont pour effet de renforcer ou de restreindre le pouvoir patronal. Le contrat sert désormais à cela de sorte que les sphères en principe distinctes, de la subordination et du contrat peuvent se trouver entremêlées. C'est ce qui constitue justement une suggestion particulière, une obligation supplémentaire : le salarié accepte ainsi une mutation, une restriction du choix de son emploi lors de la rupture de son contrat... Et, c'est cet élargissement du pouvoir patronal que la cour a souhaité encadrer. Cette volonté d'encadrer le pouvoir patronal a amené le juge à exercer à la fois un contrôle de la potestativité et un contrôle de l'abus. La cour contrôle en réalité le rapport de force dans le contrat.

208. Contrôle de la potestativité. Le juge vérifie ici que la clause qui crée une obligation ou une suggestion particulière pour le salarié et aménage ainsi le pouvoir de l'employeur repose sur des éléments objectifs susceptibles d'être contrôlés. Il s'agit ici du contrôle du respect de la sphère du contrat face à celle de la subordination. Ce contrôle de la potestativité, rappelle sans aucun doute le contrôle de la fixation du prix dans la vente. Il faut ajouter à ce contrôle celui de l'abus.

209. Contrôle de l'abus. Il s'agit là du contrôle de la finalité de la clause. Il y aurait abus dès lors que la clause est détournée de sa finalité. Cela permet d'écarter les clauses mise en œuvre en méconnaissance totale de leur fonction. A titre d'exemple, une clause de dédit formation serait dépourvue d'effet si elle revenait à priver le salarié de sa liberté de rompre le contrat de travail. Il ne s'agit pas d'un contrôle propre au droit du travail, c'est la raison d'être de la clause qui conditionne l'abus, indépendamment du droit applicable. Ce

contrôle se rapproche particulièrement du contrôle du respect de l'économie générale du contrat de travail.

210. But. Ces deux contrôles permettent de s'assurer que l'employeur n'utilise pas le mécanisme du contrat pour élargir le champ réservé à la subordination. Mais, ces mécanismes ne permettent pas de s'assurer du respect des droits et libertés du salarié. Pour pallier ce défaut, le droit du travail utilise un principe de proportionnalité.

II. Le respect des libertés salariales

211. Applications. Le contrôle de proportionnalité s'applique aux clauses qui sont à l'origine d'une atteinte portée à un droit ou à une liberté individuelle ou collective du salarié. La clause doit elle dans cette hypothèse être prohibée ? Sont en réalité en jeu, le plus souvent, deux libertés. Si la clause porte atteinte à une liberté du salarié, elle n'en demeure pas moins la mise en œuvre d'une liberté de l'employeur. En effet, en droit du travail, la mise en œuvre d'une clause est l'occasion de confronter la liberté d'entreprendre de l'employeur à la liberté du travail ou à la vie privée du salarié. Il n'est donc pas possible de considérer la clause comme automatiquement invalide puisque cela reviendrait à hiérarchiser les libertés en cause. Le juge vérifie donc en principe si la clause est utile, nécessaire ou proportionnée, c'est-à-dire si elle n'entraîne qu'une simple restriction de la liberté et non une suppression. Ce contrôle a été intégré au sein du Code du travail qui prévoit en substance que toute clause portant atteinte à un droit ou à une liberté individuelle ou collective du salarié doit être justifiée et proportionnée aux intérêts légitimes de l'entreprise. Sont donc concernées ici notamment, les clauses de résidence, d'exclusivité, de mobilité et les clauses de non concurrence.

212. Clauses de non concurrence. La clause de non concurrence porte sans aucun doute atteinte à la liberté de travailler du salarié. La Cour de cassation a donc posé des conditions de validité à la clause de non concurrence. Ainsi, celle-ci n'est valable que *si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives*¹²⁹. La cour applique donc le contrôle de la

¹²⁹ Soc 10 juillet 2002 n° 00-45135

proportionnalité à cette clause. S'assurer que la clause est indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise permet de vérifier sa proportionnalité et sa légitimité. L'atteinte ici est automatique : la clause de non concurrence porte en elle-même atteinte à la liberté du salarié. En revanche, cette atteinte peut être justifiée si elle est proportionnée. C'est-à-dire si elle est nécessaire à la protection des intérêts de l'entreprise, et donc si elle constitue bien une manifestation de la liberté d'entreprendre de l'employeur. La cour affirme ensuite qu'une compensation financière est nécessaire. La cour prévoit donc ponctuellement la nécessité d'une indemnisation.

Paragraphe 2 : Une indemnisation ponctuelle

213. La clause de non concurrence n'est valable que si une indemnisation financière est prévue. La cour ne distingue pas selon que l'atteinte est justifiée ou non, l'indemnisation est automatique. La Cour de cassation ne donne pas le fondement de cette indemnité et ne traite pas de la cause du contrat (*I*). Il s'agit pourtant d'une des premières manifestations de l'équilibre des prestations en cas de clauses créant des suggestions particulières (*II*).

I. L'article 1131 écarté

214. L'existence d'une contrepartie financière. La clause de non concurrence permet à l'employeur de bénéficier d'une protection plus grande que celle que la loi lui offre notamment dans le cadre de la prohibition de la concurrence déloyale. Elle fait peser sur le salarié une obligation de ne pas faire supplémentaire et à ce titre, elle doit comporter une contrepartie spécifique. Quel est le fondement de cette contrepartie financière ?

215. Justification doctrinale par la cause. Il semblerait que le fondement soit la cause, l'équivalence des prestations. La clause de non concurrence semble en effet ne plus trouver sa cause dans « *l'ensemble des avantages tirés du contrat par le salarié* ¹³⁰ ». Une contrepartie financière vient la causer. Certains auteurs l'avaient déjà envisagé 20 ans auparavant. Ainsi,

¹³⁰ Soc 15 juillet 1998 n°96-40.866 et 96-40.006

pour Y. Serra¹³¹, tout engagement de non concurrence dépourvue de contrepartie financière était nul car privé de cause.

216. Justification jurisprudentielle par les libertés. La Cour de cassation écarte pourtant toute référence à l'article 1131 du Code civil. Elle semble fonder sa décision sur l'atteinte à une liberté fondamentale, justifiant cette contrepartie financière. « *L'approche causaliste est ainsi reléguée en arrière plan, sacrifiée sur l'autel des droits fondamentaux*¹³² ». Faut-il considérer que l'atteinte à une liberté fondamentale s'achète, se monnaie ? non.

II. L'équilibre de la clause retrouvé

217. Une clause indépendante du contrat. Comme l'affirme le professeur Françoise Favennec-Hery¹³³, c'est le jeu du synallagmatisme que l'on retrouve dans cet arrêt. Bien que non explicite, la cour rejette l'analyse du contrat selon laquelle « *c'est dans et par le contrat que les clauses existent et doivent trouver le principe de leur existence* ». En imposant l'existence d'une contrepartie financière, la cour clame bien que les clauses du contrat doivent avoir une cause indépendamment du contrat. Plus précisément, en matière de contrat de travail, la rémunération est une cause, une contrepartie de la prestation. En revanche, toute obligation supplémentaire, non prévue c'est-à-dire toute suggestion particulière doit être elle-même causée, c'est-à-dire posséder une contrepartie. De cette façon l'équilibre des prestations est assuré. Et c'est cette analyse du contrat de travail que la cour reprend ici. Pour preuve, le contrat est rompu, comment alors y trouver la contrepartie d'une obligation qui lui survit ?

218. Une compensation indépendante du travail réalisé. La cour admet l'autonomie de la clause de non concurrence, qui pour être valide doit donc être compensée. Probablement en raison de cette autonomie, la Cour de cassation refuse d'analyser et de déterminer le montant de l'indemnité par rapport au temps travaillé. Elle considère que celle-ci est fonction de la contrainte imposée. L'obligation de non concurrence est donc totalement déliée du contrat de travail. La Cour de cassation a ainsi estimé que la contrepartie financière d'une clause de non concurrence ne peut prendre la forme d'une majoration de salaire car: « (...) *son montant ne*

¹³¹ CA Versailles, 25 oct. 1983, jugeant « *qu'en tous cas, l'article 1131 c. civ. subordonnait la validité de toute obligation à l'existence d'une cause* », cassé par Cass. soc., 9 oct. 1985, Dr. soc. 1986, p. 420, note Y. Serra

¹³² LF. Pignarre, Contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations : jeux d'influences, RDT 2009 p 151

¹³³ F. Favennec-Hery, Tempête sur la clause de non concurrence SSL 2002 n°1094

peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture¹³⁴ ».

219. Une spécificité de la clause de non concurrence. Une telle contrepartie financière n'a été mise en place par la Cour de cassation qu'en matière de clause de non concurrence. Pourtant, il ne s'agit pas de la seule clause créant une suggestion particulière en portant une certaine atteinte à une liberté individuelle du salarié. Certains auteurs expliquent cette obligation de contrepartie financière par un but plus politique que contractuel. Ils considèrent ainsi que l'exigence d'une contrepartie financière est un moyen pour lutter contre les clauses de non concurrence en réalité devenue des clauses de style. Par cette exigence, « *les juges essaieraient en fait de décourager les clauses qui ne seraient pas-du moins dans l'esprit de leur auteur-indispensables*¹³⁵ ». L'analyse de l'économie générale du contrat permettra certainement d'étendre le principe de l'indemnisation à bien d'autres clauses, à l'instar de l'arrêt du 7 avril 2010 en matière de travail à domicile, de sorte à ce qu'il ne s'agisse plus d'un choix politique mais d'une obligation technique.

Section 2 : L'équilibre recherché par l'appréciation de l'économie générale du contrat

220. Les suggestions particulières doivent en principe être compensées. Il s'agit d'une application de la théorie de l'équivalence des prestations. Si la Cour de cassation a tardé à mettre en œuvre le contrôle de l'équilibre, elle le fait dans un arrêt du 7 avril 2010. En faisant référence à l'économie générale du contrat de travail, la Cour de cassation affirme qu'une clause qui n'entre pas dans cette économie générale doit être financièrement compensée. Si cette solution ne concerne pour l'instant que le travail à domicile (*paragraphe 1*), il est intéressant d'étudier l'impact d'une telle jurisprudence sur d'autres clauses du contrat et notamment sur les clauses de mobilité (*paragraphe 2*).

¹³⁴ Soc. 7 mars 2007, n° 05-45.511, D. 2007. Jur. 1708, note C. Lefranc-Hamoniaux ; RDT 2007. 308, obs. G. Auzero ; Dr. soc. 2007. 650, note J. Mouly

¹³⁵ M. Mekki, Existe-t-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail?, RDT 2006 p 292

Paragraphe 1 : L'utilisation jurisprudentielle en matière de travail à domicile

221. L'analyse de l'arrêt du 7 avril 2010 permet d'affirmer qu'est conforme à l'économie générale du contrat de travail la réalisation d'une prestation de travail en entreprise (I). Le travail à domicile constitue alors une sujétion particulière nécessitant une compensation afin de rétablir l'équilibre des prestations (II).

I. Une prestation normalement en entreprise

222. Enjeux. La question ici posée est la suivante : l'exécution du travail au domicile du salarié constitue-t-elle une simple modalité d'organisation du travail ou bien un bouleversement de l'économie du contrat? L'enjeu pratique est le suivant : s'il s'agit d'une modalité d'organisation du travail, alors ce mode d'exécution constitue un simple élément du pouvoir de direction de l'employeur. Une décision unilatérale suffit donc à le mettre en œuvre. Si tel n'est pas le cas, alors un accord des deux parties est nécessaire. La question deviendra la suivante : une telle organisation est-elle comprise et prévue dans l'économie générale du contrat de travail ?

223. Une organisation de la vie professionnelle. Le contrat de travail organise une relation professionnelle entre un employeur et un salarié. Il établit un lien de subordination entre ces deux parties. Il est vrai que dans le cadre de son pouvoir de direction et de gestion, l'employeur est libre de choisir le mode d'organisation adéquat qui devra être suivi par ses salariés sous peine de sanction pour insubordination. Mais, cette subordination n'a lieu qu'existé que durant l'exercice de la relation de travail. En dehors de celle-ci, le salarié retrouve sa liberté, sa vie privée et n'est plus subordonné à son employeur. Adopter dans le cadre du pouvoir de direction, donc unilatéralement, un mode d'organisation du travail qui impliquerait que le salarié travaille à domicile, aurait pour conséquence de confondre vie privée et vie professionnelle en un même lieu. De la sorte, l'employeur aurait le pouvoir de décider de l'usage d'un lieu privé, et ce, en vertu d'un lien de subordination. Pourtant le contrat de travail vient justement délimiter la sphère professionnelle de la sphère personnelle.

224. Application jurisprudentielle. Conformément à l'économie générale du contrat de travail impliquant une séparation entre la sphère professionnelle et la sphère personnelle, la

prestation de travail devrait donc être exécutée en entreprise. A défaut, vie privée et vie professionnelle empiètent l'une sur l'autre et n'ont plus de réelle distinction. L'économie naturelle du contrat de travail n'est donc pas assurée. La cour a donc considéré dans un arrêt du 2 octobre 2001 que « *le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail*¹³⁶ ». Le travail à domicile est donc possible, mais le salarié n'y est pas *tenu*. Il s'agit donc d'une simple proposition de l'employeur, nécessitant l'accord du salarié et n'entrant donc pas dans l'aire du pouvoir de direction.

225. Explication jurisprudentielle. La Cour de cassation en donne la raison dans un arrêt du 7 avril 2010¹³⁷. Elle y explique que « *l'occupation, à la demande de l'employeur, du domicile du salarié à des fins professionnelles constitue une immixtion dans la vie privée de celui-ci* ». L'économie du contrat de travail implique que ces deux sphères soient séparées. Le vocabulaire employé par la Cour de cassation est ici probant : l'immixtion est automatiquement réalisée par l'occupation du domicile à des fins professionnelles. Il n'y a pas à démontrer que l'employeur a laissé son pouvoir de direction empiéter sur la vie privée du salarié. L'immixtion ne semble d'ailleurs pas subir la preuve contraire. Pour cette raison, la cour considère donc que l'occupation professionnelle du domicile « *n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail* » et confirme la théorie évoquée précédemment : l'économie générale du contrat de travail implique une séparation entre l'aire de la subordination et l'aire de la vie privée.

226. Quelles sont les conséquences d'une telle affirmation ? Cela signifie t-il que les formes et la législation autorisant et règlementant le travail à domicile et le télétravail doivent être invalidées ? Faut il en conclure que seule la prestation en entreprise est conforme à l'économie générale du contrat de travail ? Non bien sur.

II. Une prestation possiblement à domicile

227. Lorsqu'une clause ou une obligation sont réputées ne pas « *entrer dans l'économie générale d'un contrat* », il faut se demander la raison. L'analyse de la jurisprudence démontre

¹³⁶ Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727 ; J.-E. Ray, De la sub/ordination à la sub/organisation : Dr. soc. 2002, p. 5

¹³⁷ Cass. soc., 7 avr. 2010, n° 08-44.865

en effet que cette raison détermine le sort de la clause et de l'obligation qui en découle. Différentes hypothèses sont alors possibles.

228. La contradiction d'une obligation essentielle. Une première hypothèse consiste à considérer qu'une clause n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail car touche à une obligation essentielle et la contredit. Dans ce cas, la clause est en principe réputée abusive et donc non écrite conformément à la jurisprudence *chronopost*. Mais, en l'espèce, la Cour de cassation ne considère pas que l'occupation du domicile à des fins professionnelles contredit l'économie générale du contrat de travail, simplement qu'elle n'y entre pas. Il faut donc envisager une autre hypothèse.

229. La contradiction de l'essence du contrat. Selon la deuxième hypothèse, la clause est considérée comme n'entrant pas dans l'économie générale du contrat de travail aux motifs qu'elle contredirait son essence même. Elle remettrait ainsi en cause sa qualification. Le contrat serait alors disqualifié afin d'être requalifié. La cour ne dit mot sur la remise en cause de la qualification.

230. La remise en cause de l'équilibre des prestations. Une dernière hypothèse semble alors exister. Elle revient à dire que si cette clause n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail, c'est parce qu'elle crée une sujétion, une obligation supplémentaire non prévue par ce type de contrat. La conséquence est alors le déséquilibre des obligations. Il ya donc deux possibilités : la suppression de la clause ou le rétablissement de l'équilibre. C'est cette dernière hypothèse qui est en jeu ici. La cour affirme en effet que ce mode d'organisation n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail, et non que celui-ci la contredit. La cour se contente de caractériser un déséquilibre auquel elle tente de mettre un terme.

231. Le rétablissement de l'équilibre des prestations. Ainsi, conformément au principe de l'autonomie de la volonté les parties demeurent libres d'organiser le travail du salarié à domicile. Cependant, un accord des deux parties est nécessaire et une rétribution de cette sujétion spéciale doit être prévue. A obligation spéciale, compensation spéciale, de sorte à ce que les obligations trouvent bien leur cause l'une dans l'autre. Ainsi, chaque personne étant maître des conditions de protection de sa vie privée, elle peut accepter des empiètements et consentir à des aménagements : « qui peut s'opposer peut composer ».

232. Non remise en cause du travail et télétravail à domicile. Sous cette réserve et à cette condition qu'ils s'effectuent sur la base d'un accord entre les deux parties, le télétravail ou le travail à domicile ne sont pas remis en cause. Conformément à cette exigence, l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 sur le télétravail prévoyait déjà en son article 2, que « *le télétravail revêt un caractère volontaire pour le salarié et l'employeur concernés* ». La cour ajoute dans cet arrêt du 7 avril 2010 que cette occupation du domicile à des fins professionnelles, une fois acceptée par le salarié, doit être indemnisée. Cette indemnisation se divise en deux catégories, l'une préexistante, l'autre réellement nouvelle.

233. Une indemnisation réaffirmée. Les frais « *engendrés par l'occupation à titre professionnel du domicile* » doivent évidemment être pris en charge par l'employeur. Il n'y a ici rien de spécifique au travail à domicile. Il s'agit d'une simple application du partage des frais, du partage des risques. Il en sera ainsi notamment si une deuxième ligne téléphonique doit être mise en place pour un usage strictement professionnel, des frais de communication par exemple.

234. Une compensation proclamée. La nouveauté vient de la seconde obligation posée par l'arrêt du 7 avril 2010 : l'employeur doit indemniser cette sujétion particulière. L'indemnisation imposée par la Cour de cassation a deux fondements, l'un typique du droit du travail, l'autre issu du droit des contrats.

235. Contrôler les abus de position de force. Le premier fondement de cette indemnisation peut être trouvé dans l'existence d'une partie faible. Selon ce raisonnement, imposer une compensation financière permet de s'assurer de l'accord du salarié et de l'absence d'abus de position de force par l'employeur. Ce même raisonnement a été suivi concernant la validité des clauses de non concurrence.

236. Assurer des prestations équilibrées. Le second fondement de cette indemnisation est la conséquence de la reconnaissance d'une obligation non comprise dans l'économie générale du contrat de travail. S'agissant d'une obligation exorbitante, celle-ci n'a pas de contrepartie naturellement prévue par le contrat. Elle vient s'ajouter aux obligations du salarié, sans que du côté de l'employeur une prestation supplémentaire soit imposée. Les prestations sont donc déséquilibrées. Il est donc nécessaire de créer une contrepartie afin de rééquilibrer le contrat. La compensation financière est alors la réponse. Pour le professeur Grégoire Loiseau, la

« sujétion particulière qu'évoque la Cour de cassation a une double dimension ». Elle renvoie « autant à la situation matérielle du salarié qui doit exercer son activité dans son domicile en y installant ses dossiers et ses instruments de travail qu'à la servitude volontaire à laquelle il se soumet en étant au travail dans son lieu de vie privée ¹³⁸ ». La compensation financière répond donc à ces deux éléments. Elle est due non seulement en contrepartie de l'occupation physique d'une partie du domicile – partie qui n'est plus utilisée, ou moins commodément utilisée, à des fins purement privées et familiales – mais aussi celle de l'immixtion que cette occupation réalise dans la vie privée du salarié.

237. Une indemnisation automatique. L'occupation du domicile privé du salarié à des fins professionnelles constitue la cause de l'obligation de l'employeur de le rémunérer. Celle-ci est donc due, quoiqu'il arrive et qu'importe l'ampleur du désagrément causé au salarié. Seul son montant pourra éventuellement être amenagé en fonction. Il peut être tenu compte dans la détermination du montant de l'indemnité du taux d'occupation du domicile en termes de temps et d'espace, ce taux pouvant être variable comme l'affirme le professeur Grégoire Loiseau « *La règle est juste : si le montant de l'indemnité peut être fonction de différents paramètres parmi lesquels l'importance effective des contraintes liées à l'occupation du domicile, le principe même de l'indemnisation ne dépend que de la sujétion qu'occasionne, en soi, une telle occupation* ». Le principe de l'indemnisation ressemble donc étrangement à celui suivie en matière de clause de non concurrence. La différence réside dans le fondement. Si il a pu être remarqué que la cour se refusait à utiliser explicitement le fondement de la cause dans l'arrêt du 10 juillet 2002, elle ne s'en cache pas du tout en l'espèce. Elle se base en effet ici sur la notion d'économie générale du contrat de travail.

238. Et le principe de proportionnalité ? L'immixtion dans la vie privée est ici automatique et doit donc être automatiquement indemnisée. La cour affirme que cela n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail. Pourtant, l'article L2121-1 ne proscrie pas toute atteinte aux libertés du salarié. Il n'interdit que celles qui sont injustifiées et disproportionnées par rapport à la tâche à accomplir. Dans cet arrêt, la cour n'applique nullement le principe de proportionnalité. Elle considère que cette atteinte à la vie privée du salarié n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail, et ce qu'importe que cela

¹³⁸ Grégoire Loiseau, L'occupation du domicile à des fins professionnelles, une immixtion dans la vie privée du salarié, JCP S n°22, 1^{er} juin 2010, 1218

soit justifié ou proportionné. Le raisonnement suivi dans cet arrêt par la Cour de cassation et le recours à la notion d'économie générale du contrat de travail sont susceptibles de remettre en cause d'autres décisions, notamment la validité des clauses de mobilité. En effet, se pose la question de savoir si ce raisonnement doit être appliqué chaque fois qu'une sujétion particulière est demandée au salarié.

Paragraphe 2 : L'utilisation éventuelle pour toutes suggestions particulières

239. Ce qui n'est pas conforme à l'économie générale du contrat de travail, selon la Cour de cassation, c'est l'interférence entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié. Il est intéressant alors d'appliquer une telle décision aux autres clauses ayant pour objet de créer une suggestion particulière, tout en mêlant la vie privée et la vie professionnelle du salarié. L'économie générale du contrat de travail apparaît, selon l'arrêt précité, comme un nouveau cadre d'appréciation du contrat de travail, impliquant une stricte séparation entre la vie personnelle et la vie professionnelle. Qu'en est-il alors des clauses de mobilité ou de résidence ? Entrent-elles dans l'économie générale du contrat de travail ? La notion d'économie générale du contrat de travail, appliquée à la validité des autres clauses pourrait avoir deux conséquences. Le principe de proportionnalité, cher au droit du travail pourrait bien être remis en cause en la matière (I), et une compensation financière pourrait être introduite systématiquement afin de garantir l'équilibre des prestations (II). Afin de démontrer cela, l'exemple de la clause de mobilité sera utilisé.

I. L'éviction hypothétique du principe de proportionnalité

240. Deux types de clauses sont intéressants ici afin de mieux cerner l'incidence de l'arrêt du 7 avril 2010 sur les solutions préexistantes. Il s'agit des clauses de mobilité et des clauses de résidence. Une clause de mobilité peut être insérée dans un contrat de travail. Il s'agit d'une clause prévoyant par avance que le salarié pourra effectuer sa prestation de travail dans un lieu autre que celui où il est établi. Avec cette clause le salarié accepte donc par avance l'éventualité d'une mutation. Ces clauses n'ont fait l'objet d'aucune réglementation particulière pendant plusieurs années. Seules étaient alors contrôlées la clause de résidence, visant à imposer un lieu de domicile au salarié.

241. Clause d'obligation de résidence. La notion d'économie générale du contrat de travail permet de justifier les solutions d'ores et déjà existantes en matière d'obligation de résidence. La Cour de cassation refuse actuellement toute forme d'obligation de résidence. Selon la cour, celle-ci ne peut être admise que si elle est indispensable à l'activité professionnelle, ce qui est le cas des gardiens ou autres salariés disposant d'un logement pour l'exercice de leurs fonctions. Une clause de résidence serait alors justifiée dans les cas cités par l'essence, le but recherché par le contrat de travail et serait en ce sens conforme à l'économie générale du contrat de travail. Le sort des clauses de résidence serait donc le même si elles étaient analysées sous l'angle de l'économie générale du contrat de travail. En revanche, en matière de clause de mobilité, le nouveau cadre d'appréciation que constitue l'économie générale du contrat de travail risque d'entraîner un changement d'appréciation de leur validité.

242. Conditions de validité traditionnelle. Dans un arrêt du 7 juin 2006¹³⁹, la Cour de cassation a reconnu la validité des clauses de mobilité puis les finalement a soumis au respect de certaines conditions. La clause de mobilité est valable à la condition que l'étendue géographique soit suffisamment précise pour que l'employeur ne puisse pas en étendre unilatéralement la portée. Ces conditions avaient donc pour objet de séparer la sphère du contrat de l'aire de la subordination. Il s'agissait de condition de validité. Le salarié qui avait accepté l'insertion d'une telle clause était donc tenu de l'exécuter, il s'agissait d'une simple mise en œuvre de son contrat

243. Conditions de mise en œuvre traditionnelle. . Certaines conditions de mise en œuvre ont ensuite été établies. Il avait en effet été précisé que cette clause devait être mise en œuvre de bonne foi, bonne foi qui était présumée. La bonne foi impliquait que la mise en œuvre de la clause soit conforme à l'intérêt de l'entreprise. Cela impliquait que le salarié réussisse à démontrer qu'un autre motif avait engendré cette mutation. Un arrêt de 2008¹⁴⁰ a rénové cette appréciation de la bonne foi. La Cour de cassation a reproché aux juges du fond de ne pas avoir rechercher si la mise en œuvre d'une clause portait atteinte à la vie familiale et

¹³⁹ Soc. 7 juin 2006, *RDT* 2006. 313, obs. J. Péliissier. Solution confirmée dans une décision rendue le même jour que celle qui fait l'objet du présent commentaire (Soc. 14 oct. 2008, n° 06-46.400, publié).

¹⁴⁰ Soc. 14 octobre 2008, pourvoi n° 07-40.523, publié au Bulletin

personnelle du salarié : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, comme le soutenait M^{me} Milcent, la mise en oeuvre de la clause contractuelle ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Selon la Cour de cassation, les clauses de mobilité sont donc valables si elles respectent les conditions de validité posées par l'arrêt de 2006 et si leur mise en œuvre est conforme aux conditions posées par l'arrêt de 2008. Ces conditions de mises en œuvre constituent cette fois un contrôle de l'interférence entre la vie personnelle et la vie professionnelle du salarié. Et si cette interférence est proportionnée au but recherché et conforme à la tâche à accomplir, alors la mutation est valable et le salarié est tenu de l'accepter. La cour considérerait donc que l'immixtion dans la vie personnelle du salarié était possible, mais devait être proportionnée.

244. Appréciation des clauses de mobilité dans le cadre de l'économie du contrat. S'il faut retenir de la solution de l'arrêt du 7 avril 2010 que n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail toute clause qui a pour conséquence de mêler vie professionnelle et personnelle, il est alors possible de considérer que toute clause de mobilité entraînant un déménagement n'entrerait pas dans l'économie générale du contrat de travail. La Cour de cassation pour les clauses de mobilité avait simplement appliqué le principe de proportionnalité classique du droit du travail. La notion d'économie générale du contrat de travail en tant que nouveau cadre d'appréciation du contrat pourrait alors bien remettre en cause le principe de proportionnalité.

245. Principe de solution. Une clause entre ou n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail, une contradiction proportionnelle au but recherché n'est pas en accord avec cette notion. La Cour de cassation précise d'ailleurs concernant le travail à domicile que l'immixtion est automatique. Concernant les clauses de mobilité, le principe de proportionnalité impliquait que la clause de mobilité, si elle entraîne un déménagement et donc interfère avec la vie privée du salarié, pouvait être licite si cela était proportionné au but recherché et conforme à l'intérêt de l'entreprise. Analyser sous l'angle de l'économie générale du contrat de travail et conformément à la solution de la Cour de cassation précitée, une telle analyse serait rejetée. La mise en œuvre d'une clause entraînant une interférence entre vie personnelle et vie professionnelle serait automatiquement exclue de l'économie générale du

contrat de travail. La distinction tient donc à la fois dans l'appréciation de la clause et dans sa sanction.

246. Concernant le travail à domicile qui n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail, la Cour de cassation met en place de nouvelles conditions, en se basant sur l'équilibre des prestations.

II. La compensation logique de la clause de mobilité

247. L'appréciation d'une clause de mobilité, à l'aune de l'économie générale du contrat de travail, impliquerait que si celle-ci entraîne un déménagement, alors une compensation financière doit être prévue. Il est donc intéressant de distinguer deux hypothèses : soit la mise en œuvre de la clause implique que le salarié déménage, soit non.

248. En l'absence de déménagement. La Cour de cassation considère 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*¹⁴¹ ». Si la mise en œuvre de la clause n'oblige pas le salarié à déménager, c'est-à-dire si le nouveau lieu de travail n'est pas si éloigné, il demeure tout de même évident que l'entreprise prenne à sa charge l'augmentation des frais de transport subie par le salarié.

249. En présence d'un déménagement. Si la mise en œuvre de la clause implique nécessairement un déménagement, alors selon le modèle de la clause de travail à domicile, deux types de compensation devraient exister.

250. Frais de déménagement. D'une part, les frais de déménagement devraient naturellement être pris en charge par l'entreprise. Une question préalable se poserait : qui serait en charge d'apprécier la nécessité d'un déménagement et comment ? La réponse à cette question ne se ferait pas sans difficulté. Suivre ce modèle serait naturellement source d'un abondant contentieux.

251. Compensation financière. D'autre part, une indemnisation financière devrait automatiquement être versée en compensation de cette sujétion particulière permettant

¹⁴¹ Soc. 28 mars 2006, D. 2006. Pan. 2004, obs. B. Lardy-Pélissier ; JCP 2006. II. 10209, note J. Mouly.

l'interférence des vies personnelles et professionnelles du salarié. Et ce, qu'importe que cela soit conforme à l'intérêt de l'entreprise et proportionné au but recherché. Si l'on considère que la mise en œuvre de la clause n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail, alors la sujétion particulière justifie naturellement et automatiquement une indemnisation spécifique. Celle-ci devrait donc toujours être prévue si la clause engendre un déménagement. Si elle peut être incluse dans la rémunération versée au salarié, il faut encore que le montant en soit fixé et distingué des autres éléments de la rémunération : le salarié doit pouvoir connaître la contrepartie devant lui revenir. À défaut, il pourrait obtenir du juge que celui-ci la détermine, la chambre sociale indiquant que le juge apprécie souverainement à cet effet l'importance de la sujétion subie.

252. Cause de l'indemnisation. Une question se pose alors. L'indemnisation doit-elle être mise en œuvre dès l'insertion d'une clause de mobilité ou simplement lorsque celle-ci est mise en œuvre ? Cela revient à rechercher la cause d'une telle compensation financière. Soit l'on considère que cette indemnité viendrait compenser l'interférence entre les deux sphères normalement séparées et doit donc être versée lors de la mise en œuvre de la clause uniquement, c'est-à-dire lorsque la vie personnelle et familiale du salarié est réellement perturbée. Dans ce cas, il s'agirait d'une somme ponctuelle, et non pas d'une mensualité intégrée à la rémunération. Une fois la clause mise en œuvre et le déménagement effectué, il n'y a plus d'interférence entre les deux sphères. Le salarié se contente d'effectuer sa prestation dans le nouvel établissement. Soit, l'on considère que c'est le risque de mutation qui doit être compensé. Il s'agirait alors de considérer que le salarié qui accepte l'insertion d'une clause de mobilité dans son contrat de travail accepte un aléa : la clause pourra être mise en œuvre ou non, le salarié ne le sait pas. Dès lors, c'est cet aléa qui doit être compensé puisqu'il ne fait pas lui-même partie de l'économie naturelle du contrat de travail. À l'image de la clause de non concurrence, il semblerait plus évident que l'indemnité compensatrice ne soit versée qu'une fois la clause mise en œuvre. Dans tous les cas, la notion d'économie générale du contrat de travail en tant que nouveau cadre d'appréciation de l'équilibre du contrat est bien susceptible de remettre en cause certaines solutions pourtant bien établies.

253. Conclusion. La détermination du contenu du contrat de travail permet d'encadrer les obligations des contractants et d'assurer l'accord des parties sur un contrat équilibré. La notion est particulièrement intéressante en la matière. Le caractère alimentaire du contrat de

travail et la soumission du salarié à son employeur ont entraîné l'imposition de règles impératives, ce qui fait du contrat de travail un contrat dirigé. Mais, la notion d'économie générale du contrat de travail démontre que certaines obligations et règles peuvent justement trouver leur source dans le contrat. L'économie générale devant toujours être respectée, celle-ci permet bien d'encadrer l'autonomie de la volonté. Elle contribue ainsi à rétablir l'équilibre dans le rapport de force des parties, en imposant de distinguer la sphère du pouvoir et la sphère du contrat, en consacrant des obligations essentielles et en imposant le respect de la répartition des risques. Elle permet d'assurer plus directement un équilibre du contrat et des prestations. L'économie générale d'un contrat s'impose aux parties et doit survivre dans le temps. Le contrat de travail étant un contrat à durée indéterminée et à exécution successive, l'étude du bouleversement de l'économie générale pourra être intéressante.

Partie 2 : L'évolution de l'économie générale du contrat de travail

254. Raisons. Le contrat de travail a vocation à s'inscrire dans la durée. S'agissant d'un contrat à exécution successive à durée indéterminée, il doit survivre à un environnement changeant. Son économie générale peut donc être perturbée. Il a été démontré que de sa qualification, c'est-à-dire une prestation de travail réalisée sous la subordination d'un employeur moyennant rémunération, découlait de nombreuses obligations implicites nécessaires à la réalisation de son effet essentiel : la répartition des risques. L'aire du pouvoir n'aurait alors de légitimité que si elle préserve le salarié des risques et aléas économiques. L'aire du contrat relève, elle, de l'accord des deux parties, et les prestations complémentaires devraient donner lieu à contrepartie de sorte à ce que l'équilibre du contrat soit préservé. C'est de cet équilibre qu'il sera question ici, de la séparation entre le pouvoir et le contrat, de la survie du contrat équilibré.

255. Causes. Le contexte de l'entreprise ou plus largement, celui du marché peuvent amener cet équilibre à changer. L'équilibre initial peut alors être modifié, au profit de l'une ou l'autre des parties. Cela conduira l'une des parties à vouloir modifier certaines conditions d'exercice pour adapter le contrat à l'évolution interne ou externe. Il faut comprendre que la modification du contrat n'est pas la seule cause de bouleversement de l'économie générale du contrat. Il peut simplement s'agir d'une évolution extérieure, telle que l'évolution du marché, le développement de nouvelles technologies, les difficultés économiques subies par l'entreprise. Le contrat ici ne change pas, il ne s'adapte pas à ces changements et c'est en ce sens que son équilibre se bouleverse : il devient alors bien plus onéreux pour l'employeur que lors de sa conclusion.

256. En principe, le droit du travail ne devrait pas prendre en compte ce type de bouleversement. En effet, le contrat de travail est un contrat de protection, il a été vu que faisait partie de son essence, la protection contre les aléas économiques, que le salarié ne devait pas subir les risques de l'entreprise et qu'à défaut l'économie générale n'était pas préservée. Mais il ya une autre variable à insérer. Il s'agit de l'intérêt de l'entreprise et même de l'intérêt économique plus largement. L'intérêt de l'entreprise dépasse l'intérêt des salariés ou de l'employeur, et peut constituer un moyen de contrôle du contrat, de son évolution de sa rupture. Il s'agit d'un contrôle de la finalité du contrat de travail. Et, ce contrat s'inscrit dans

une dimension macro économique qui a été laissée de côté jusqu'ici. C'est la référence à cette dimension qui peut parfois permettre et justifier certaines entraves au droit du contrat, à l'économie générale du contrat de travail. Comment le droit positif réagit-il face au bouleversement du contrat, permet-il la rupture du contrat ? Son équilibre et son économie générale sont-ils préservés en droit positif ? A défaut, le contrôle de l'économie générale du contrat de travail permettrait-il une nouvelle solution ? L'économie générale du contrat de travail peut être bouleversée conformément à la volonté d'une des parties (*titre 1*) ou indépendamment de leurs volontés (*titre 2*). Le contrôle de l'économie générale du contrat de travail pourra alors être un cadre d'appréciation des règles applicables.

Titre 1 : Un bouleversement conforme à la volonté d'une partie

257. Un contrat dans la durée. Le bouleversement de l'économie générale du contrat de travail peut être le fruit de la volonté d'une partie. Le contrat de travail est un contrat à exécution successive, ce qui implique qu'il doit s'adapter à un environnement changeant. Pour y survivre il va devoir faire preuve d'une certaine faculté d'adaptation. L'inégalité entre employeurs et salariés fait que l'immense majorité des modifications auront pour origine l'employeur.

258. Modification de la relation de travail. La Cour de cassation rappelle qu'une partie ne peut modifier « l'économie du contrat » sans l'accord de son cocontractant. L'économie générale en droit des contrats est donc intangible. La modification du contrat de travail nécessite donc l'accord des deux parties. En droit du travail les choses sont plus compliquées. La modification d'un élément de la relation de travail peut correspondre à un choix de gestion de l'employeur, c'est-à-dire à l'exercice du pouvoir qu'il tient du contrat de travail. Toute la question tient alors dans l'analyse que l'on fait de la modification. Est-il plus intéressant de préserver le pouvoir ou le contrat ? Ces deux sphères peuvent-elles réellement être séparées, ou, peuvent-elles réellement coïncider ? La notion d'économie générale du contrat de travail est susceptible de donner un nouveau visage au droit de la modification du contrat, qu'il s'agisse de son contenu ou de ses parties.

Selon que la modification en question touche le contrat (*chapitre 1*) ou ses parties (*chapitre 2*), les solutions apportées par le droit positif ou par le droit prospectif à la lumière de l'économie générale diffèrent.

Chapitre 1 : Un changement dans le contrat

259. L'encadrement des modifications initiées par l'employeur a évolué au fil du temps. Afin de respecter l'économie générale du contrat de travail, le régime de la modification de la relation de travail doit être conforme à la division entre l'aire de la subordination et celle du contrat. Il est ainsi intéressant de se demander quelle influence pourrait avoir la notion d'économie générale du contrat de travail en tant que nouveau cadre d'appréciation de la modification du contrat. S'il est possible de considérer que le régime de la modification du contrat de travail répond déjà aux exigences de la notion d'économie générale (*section 1*), il n'en va pas de même pour sa qualification (*section 2*).

Section 1 : l'influence de l'économie générale sur le régime de la modification

260. Le régime de la modification de la relation de travail est le fruit d'une longue réflexion. La relation de travail est une relation hybride, mêlant à la fois le contrat et le pouvoir, l'égalité et l'inégalité des parties. La modification de cette relation est donc elle aussi naturellement hybride, combinant à la fois les principes généraux du contrat et ceux spécifiques du travail (*paragraphe 1*). Le régime actuel de la modification tente effectivement de répondre à ces deux éléments. Il peut alors sembler conforme à l'économie générale du contrat de travail telle qu'elle a été précédemment définie (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : un régime nécessairement hybride

261. Le lien de subordination est un élément caractéristique du contrat de travail alors que l'égalité des parties est un principe dominant du droit des contrats. La modification de la relation de travail doit donc composer avec ces deux éléments caractéristiques. Si la balance a penché à l'origine pour la dominance du pouvoir patronal sur le contrat (*I*), la prise en compte du caractère contractuel a permis d'atteindre un équilibre en la matière (*II*). L'hybridité de la relation de travail, partie intégrante de l'économie générale de ce contrat, entraîne une certaine hybridité de sa modification.

I. Le contrat ignoré

262. Définition de la modification. Pour la doctrine civiliste, la modification du contrat est l'acte par lequel les parties à la relation contractuelle s'entendent pour modifier tout ou partie des obligations qui résultent du contrat et qui les lient durant son exécution. Le contrat ne peut alors être modifié que sur la base d'un accord de volonté. Il s'agit là d'une expression du principe d'égalité des parties dans la relation contractuelle. Ce régime au demeurant très simple est-il applicable au contrat de travail ? A priori, il devrait tout simplement être transposé. En effet, l'article L1221-1 du Code du travail soumet ce contrat aux règles générales du droit des obligations.

263. Spécificité du contrat de travail. Mais, la relation de travail mêle égalité contractuelle et inégalité de pouvoir de sorte à ce que le régime de la modification soit plus complexe. La modification d'un élément de la relation contractuelle nécessite de répondre au préalable à la question de savoir si il appartient à la sphère contractuelle ou bien à celle du pouvoir. Considérer qu'il s'agit d'un élément du contrat amène à imposer un accord des parties, à l'inverse, s'il entre dans le pouvoir patronal, l'employeur peut unilatéralement le modifier. Il s'agit alors d'une expression de son pouvoir de direction, de sa liberté d'entreprendre. Tout est alors en la matière une question de balance. En effet, les évolutions jurisprudentielles mettent en balance la dominance de la sphère du pouvoir puis celle du contrat. Et, en matière d'économie générale du contrat de travail, toute la question se résume alors à « quelle place attribuer au contrat » ? Quelles sont les limites du pouvoir de direction ? La jurisprudence a donné des réponses variant au fil du temps.

264. Dominance du contrat. Au commencement, c'est le pouvoir patronal qui devait primer. La modification d'un élément du contrat était alors vue comme une expression du pouvoir de direction du chef d'entreprise¹⁴². Le licenciement pouvait avoir lieu pour n'importe quel motif et l'employeur était dispensé de contrôle, sauf au salarié d'apporter la preuve d'un abus. Ainsi, l'employeur pouvait rompre unilatéralement le contrat de travail sans avoir à motiver sa décision. Le licenciement était par principe licite. Or, « qui peut le plus peut le moins » et, comme la modification du contrat de travail est moins importante que sa rupture, il était logique de considérer que l'employeur avait toute liberté pour décider d'une telle modification. Ainsi, l'employeur pouvait modifier comme il l'entendait le contrat de travail. Ce choix ne peut être considéré comme conforme à l'économie générale du contrat de travail. En effet, il a été démontré qu'il était de l'essence de ce contrat à la fois de mettre en place un pouvoir de direction mais aussi de le limiter. Ainsi, admettre que l'employeur a tous les droits pour modifier unilatéralement le contrat de travail constitue une contradiction avec son économie générale.

II. Le contrat retrouvé

265. Une première distinction. La jurisprudence a évolué parallèlement au droit du licenciement et a fini par distinguer les modifications dites substantielles du contrat de travail de celles non substantielles et considère alors que *"l'employeur ne peut, sans l'accord, du salarié, modifier substantiellement le contrat individuel de travail"*¹⁴³. Elle opérait alors une gradation dans l'importance de la modification. Ainsi, face à une modification mineure du contrat de travail, le pouvoir de direction de l'employeur pouvait s'exercer en toute impunité, l'accord du salarié n'était pas à rechercher. En revanche, face à une modification importante, c'était la force obligatoire du contrat qui prévalait et par conséquent l'employeur devait obtenir le consentement du salarié

266. Une distinction insatisfaisante. Ce raisonnement n'était bien sûr pas satisfaisant au regard de l'économie générale du contrat de travail. Conformément à cette notion, ce n'est pas l'importance de la modification qui doit être prise en compte. Cette notion entraîne une délimitation entre l'aire du pouvoir et l'aire du contrat. Il s'agit d'une rupture, à chacun son domaine : le pouvoir s'exerce dans un terrain délimité, et le contrat dans un autre. Limité le

¹⁴² Soc 13 mai 1986

¹⁴³ soc 8 octobre 1987, D. 1988, Jur. p. 57, note Y. Saint-Jours

pouvoir à la taille, l'importance de la modification n'a pas de rapport avec cette notion d'économie générale du contrat de travail. Par ailleurs, toute modification, qu'elle soit ou non mineure peut rompre l'équilibre initialement entendue par les parties et par là donc l'économie du contrat. En ce sens, l'article 1134 du Code civil prévoit l'impossibilité de modifier unilatéralement le contrat de travail, sans distinction de l'ampleur de la modification.

Du point de vu des principes généraux du droit enfin, cette distinction entre modification substantielle et modification non substantielle relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond qui devaient alors interpréter le contrat de travail. L'analyse était donc subjective, engendrant un risque de déséquilibre et nourrissant la problématique générale de l'insécurité juridique en droit du travail.

267. Changement de terminologie. L'année 1996 marque alors un tournant dans l'appréciation du régime de la modification. La Cour de cassation change alors de terminologie et emploie le terme de "*modification du contrat de travail*" qui s'oppose à celui de "*changement des conditions de travail*"¹⁴⁴. Cet arrêt témoigne de la volonté du juge social d'aller plus loin dans l'affirmation de la force obligatoire du contrat.

268. La nature de l'élément changeant. Ce changement de terminologie témoigne d'une approche différente de la possibilité pour l'employeur d'intervenir unilatéralement sur les clauses du contrat de travail. Cela a donc un rapport avec la délimitation de la sphère du pouvoir de direction. En effet, ce qui est dorénavant pris en compte n'est plus "*l'importance du changement mais la nature de l'élément sur lequel il porte*". Face à un élément essentiel du contrat de travail, l'employeur devra nécessairement obtenir l'accord du salarié afin de le modifier, et ce, même s'il entend le modifier de manière peu significative. En revanche, s'il ne s'agit que d'un élément relatif aux conditions de travail, alors l'employeur pourra user de son pouvoir de direction et le modifier. Le contrôle du juge ne sera donc plus un contrôle de subjectivité répondant à la question suivante : *le changement est-il trop lourd de conséquences pour le salarié ?* Il s'agira d'un contrôle objectif : *touche-t-il ou non au contrat ?*

269. Il est possible de considérer que cette distinction est la plus conforme à l'économie générale du contrat de travail. En effet, la difficulté de la modification en la matière tient dans

¹⁴⁴ soc 10 juillet 1996 : D.1996 IR 199 , Bull. civ. V, n° 278, Dr. soc. 1996.976, RJS 8-9/1996, n° 900, JCP 1997. II. 22768, note Y. Saint-Jours

l'existence d'une égalité contractuelle certes, mais aussi dans l'existence d'une inégalité de pouvoir. Dès lors, en vertu du lien de subordination, l'employeur devrait avoir la possibilité de modifier certains éléments de la prestation de travail, certains éléments de la relation de travail. Or, la distinction jurisprudentielle datant de 1961 distingue justement ce qui relève de ce pouvoir et ce qui relève du contrat.

Paragraphe 2 : Un régime finalement conforme

270. Le régime de la modification prend en compte à la fois le caractère contractuel et le caractère de subordination. En effet, tant la sanction que les exceptions en la matière répondent aux exigences de l'économie générale du contrat de travail telles que définies précédemment. Le régime de la modification du contrat est alors contractuel (I), tandis que celui du changement des conditions de travail est disciplinaire(II).

I. Le régime contractuel de la modification

271. Accord du salarié. Dès lors que le changement touche à un élément du contrat, l'employeur doit obtenir l'accord du salarié. On distingue alors selon le motif de la modification. S'il s'agit d'un motif personnel, l'employeur doit obtenir l'accord exprès du salarié. Depuis l'arrêt Raquin précité, il ne peut y avoir d'acceptation tacite, de sorte que la simple poursuite par le salarié aux nouvelles conditions ne permette pas de déduire son acceptation. Si la modification a lieu pour un motif économique, l'article L1222-6 du Code du travail prévoit que l'employeur doit adresser une lettre recommandée avec accusé de réception annonçant au salarié sa volonté de modifier le contrat. Ce dernier dispose alors d'un délai d'un mois pour y répondre. L'acceptation pourra ici être déduite du silence du salarié à l'expiration du délai.

272. Effets de l'acceptation. Maintes décisions affirment que l'acceptation de la modification emporte « novation du contrat¹⁴⁵ » et que celle-ci ne se présume pas¹⁴⁶. Cette qualification est discutable. La novation du contrat implique que le premier s'éteint et se transforme en un nouveau contrat. Tel n'est pas le cas en la matière. A titre d'exemple, le

¹⁴⁵ A titre d'exemple : soc 25 janvier 1961, D. 1961 621 note M. Despax

¹⁴⁶ Soc 9 janvier 2008, n° 06-44.522

salarié conserve les droits dus à son ancienneté, ce qui se justifie justement par l'absence de novation. A tout le moins, serait il possible de considérer qu'il ya novation de l'obligation sur laquelle porte le changement. Ce débat terminologique et doctrinal mis à part, le contrat continue donc aux nouvelles conditions.

273. Conséquence du refus. Que se passe t-il en cas de refus du salarié? La Cour de cassation fait application de l'article 1134 du Code civil et affirme que « *l'employeur ne peut sans l'accord du salarié, modifier le contrat individuel de travail et qu'il lui incombe soit de maintenir les conditions contractuellement convenues soit de tirer les conséquences du refus opposé par l'intéressé* ¹⁴⁷ ». Tirer les conséquences de ce refus. Certainement rompre le contrat de travail. Cela signifie t-il que l'employeur peut licencier le salarié qui refuse une modification de son contrat de travail? Non.

274. Un motif de licenciement illégitime. En refusant une modification de son contrat, le salarié exerce à la fois sa liberté contractuelle et une sorte de droit conféré par l'article 1134 du Code civil. Cet acte est donc parfaitement légitime ¹⁴⁸. L'employeur ne peut rompre le contrat de travail pour ce motif. Cela serait attentatoire à une liberté fondamentale et le licenciement risquerait alors la sanction de la nullité. Puisque l'on se situe dans l'aire du contrat, le refus du salarié est parfaitement légitime. Ainsi en cas de refus, deux solutions sont possibles. Soit l'employeur renonce à la modification et le contrat continu de s'exécuter dans les mêmes termes, soit l'employeur prend l'initiative de la rupture ¹⁴⁹. Le contrat peut alors être rompu à l'initiative de l'employeur mais celui-ci devra justifier d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, que le refus ne peut constituer.

275. La cause de la modification. La justification de ce licenciement, soit sa cause réelle et sérieuse, sera à rechercher dans le motif de l'offre de modification ¹⁵⁰. Ainsi, si l'employeur qui déménage son entreprise hors du secteur géographique, est amené à proposer à ses salariés des modifications de leur lieu de travail, le juge pourra estimer que le licenciement suite à leur refus, seule issue envisageable pour lui, repose bien sur une cause réelle et sérieuse. Le motif

¹⁴⁷ Soc 4 février 1988, Bull Civ V n°96

¹⁴⁸ J. Pelissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Précis de droit du travail, D, 24 ème édition, n° 611

¹⁴⁹ Soc 4 février 1988 Bull Civ V n°96

¹⁵⁰ soc 10 décembre 1996, n°94 40300

de la rupture ne sera donc jamais le refus de la modification. Il s'agira du motif de la proposition donc soit un motif personnel soit un motif économique. Le licenciement suivra alors les règles applicables au motif choisi.

276. Exemple de la modification disciplinaire. A ce titre, le régime de la modification disciplinaire est un parfait exemple de l'enchevêtrement des sphères du pouvoir et du contrat. En effet, celle-ci bénéficie d'un statut particulier. Conformément au droit des contrats, elle doit être acceptée par le salarié. Mais si celui-ci refuse, l'employeur peut en vertu de son pouvoir de direction, prononcer une autre sanction au lieu et place de la sanction refusée¹⁵¹ donc prononcer un licenciement. La règle *non bis in idem* sera ici délibérément écartée par le juge.

277. Le régime de la modification du contrat de travail est donc bien contractuel. Le régime du changement des conditions de travail, lui, est disciplinaire, ce qui permet d'affirmer que cela est conforme à l'économie générale du contrat de travail.

II. Le régime disciplinaire du changement des conditions de travail

278. Absence d'accord. Lorsque le changement ne touche pas au contrat mais uniquement aux conditions de travail, alors le salarié ne peut refuser. Son accord n'est en fait pas nécessaire en cas de changement des conditions de travail puisque cela relève du pouvoir de direction de l'employeur. Dès lors le salarié n'a pas le choix, il doit exécuter sa prestation dans les nouvelles conditions qui lui ont été imposées. A défaut, cela constituera un acte d'insubordination, pouvant justifier la rupture du contrat à l'initiative de l'employeur. Le refus constitue alors toujours une cause réelle et sérieuse de licenciement. Mais l'employeur ne peut se contenter de prendre acte de la rupture par le salarié à l'occasion de ce refus : il doit mettre en œuvre la procédure de licenciement disciplinaire.

279. limites. Mais, la jurisprudence contrôle en la matière l'exercice du pouvoir. Les limites posées rappellent les développements précédents sur l'exercice du pouvoir patronal. Il a été vu que ce pouvoir avait pour dessein l'exécution de la prestation de travail, et ne pouvait avoir d'autre but. A titre d'exemple, il avait été démontré que le choix du salarié était certes une expression de ce pouvoir mais que ce choix ne pouvait se faire qu'en fonction de critères professionnels, de critères déterminant de la prestation à réaliser. Il en est de même en matière

¹⁵¹ Cass. soc. 16 juin 1998, D.1999 IR 125 ;D.1999.125,C. Puigelier ;D.1999.359,J. Mouly

de changement des conditions de travail. Le pouvoir patronal n'est pas totalement libre. Evidemment, le refus ne sera pas fautif si le salarié démontre que la mise en œuvre par l'employeur de son pouvoir de direction caractérise un abus. Il en sera de même si le changement n'est pas conforme à l'intérêt de l'entreprise ou n'est pas mis en œuvre de bonne foi. Si le changement des conditions de travail est bien un élément du pouvoir de direction de l'employeur celui-ci demeure circonscrit à des raisons purement professionnelles.

280. Situation personnelle. Et, il est intéressant de remarquer que le juge prend ici aussi en compte la situation personnelle du salarié. L'article L1221-1 du Code du travail est en effet appliqué en ce domaine. Le refus du salarié sera alors légitime si le changement en question porte une atteinte injustifiée au regard de la nature des tâches à accomplir et qu'il est disproportionné au but recherché, au droit du salarié à une vie personnelle et familiale¹⁵². En matière de changement des conditions de travail, le juge prend donc le soin de limiter le pouvoir patronal à l'exercice des libertés salariales.

281. Le régime de la modification d'un élément du contrat de travail ainsi que les sanctions et exceptions appliquée par la jurisprudence répondent donc à l'économie générale du contrat de travail telle que définie ici, à savoir comme une double distinction : d'un côté la distinction entre la sphère du pouvoir et celle du contrat, de l'autre la distinction entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié.

Section 2 : L'influence de l'économie générale sur la notion de modification

282. Le régime appliqué à la modification du contrat de travail est conforme à l'économie générale du contrat de travail. Afin de pouvoir appliquer le régime adéquat, il faut préalablement qualifier ce qui relève du contrat et ce qui relève du pouvoir. Au « soir » de la nouvelle distinction jurisprudentielle entre modification du contrat et simple changement de conditions de travail, le conseiller Philippe Waquet évoquait l'existence d'un « socle contractuel » constitué de quatre piliers : le salaire, les fonctions, la durée du travail, mais également le lieu de travail. La qualification n'est pas si claire, et la jurisprudence fluctuante. La notion d'économie générale du contrat de travail pourrait alors servir de cadre

¹⁵² soc 14 octobre 2008 n° 07-40523; soc 13 janvier 2009 n°06-45562

d'appréciation à l'existence d'une modification (*paragraphe 1*). Les conséquences de l'utilisation de cette notion seraient variables selon l'élément dont il est question. Si cela changerait la qualification de certains, certaines qualifications sont d'ores et déjà en conformité (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Intérêt de la notion d'économie générale du contrat de travail

283. La notion d'économie générale en tant que cadre d'appréciation de l'existence ou non d'une modification du contrat trouve son intérêt dans l'existence de difficultés d'appréciation aujourd'hui. En effet, que le contrat de travail soit écrit (*II*) ou qu'il ne le soit pas (*I*) la jurisprudence peine à identifier de façon claire et précise ce qui relève de l'ordre de la modification et ce qui n'en relève pas.

I. Les difficultés dues à l'absence d'écrit

284. L'écrit n'est pas imposé pour la conclusion d'un contrat de travail. Comment déterminer ce qui relève du champ contractuel et ce qui n'en relève pas ?

285. La directive communautaire. Une directive communautaire du 14 octobre 1991¹⁵³ prévoit l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail. Certains auteurs ont alors pensé que cette directive imposait de tenir pour éléments essentiels du contrat de travail ceux qu'elle énumère en son article 2 : identité des parties, lieu de travail, qualité ou catégorie d'emploi, description sommaire du travail, date et début du contrat, rémunération, durée journalière et hebdomadaire... mais cette directive n'a pas cette portée et la jurisprudence l'a démontré. A titre d'exemple, le contrat de travail n'est pas un contrat parfaitement intuitu personae de sorte à ce que le changement d'employeur ne nécessite pas l'accord du salarié.

286. Appréciation au cas par cas. Quels sont alors les éléments relevant du socle contractuel ? Les juridictions en France n'étant pas censées poser des règles de droit, l'appréciation se fait au cas par cas. La chambre sociale qui contrôle la qualification pratiquée

¹⁵³ Dir. 91/533/CEE du 14 oct. 1991, JOCE n° L288 du 18 oct. 1991, p. 32.

par les juges du fond¹⁵⁴, se prononce au cas par cas à propos du changement litigieux ou au mieux d'un type de changement pour dire s'il s'agit ou non d'une modification. Constituent selon la Cour de cassation des modifications du contrat de travail, les changements relatifs à la rémunération, à la durée du travail, ou encore à la qualification. En revanche, le contenu de la prestation de travail ou le lieu de travail peuvent être modifiés unilatéralement par l'employeur, dans un cadre délimité voulu apprécié objectivement mais de facto apprécié subjectivement. Si l'écrit n'est pas imposé, il demeure que le plus souvent les parties concluent un contrat écrit.

II. Les difficultés dues à l'appréciation de l'écrit

287. La notion de clause informative. Les choses ne sont pas forcément plus claires en présence d'un écrit. En effet la Cour de cassation distingue parmi les clauses ou plus exactement les mentions, celles qui sont contractuelles de celles qui n'ont qu'une valeur informative. Celles relatives à la durée du travail, aux fonctions du salarié ou aux horaires de travail sont selon elle des stipulations contractuelles qui lient les parties. L'employeur ne peut donc pas modifier unilatéralement l'élément sur lequel elles portent. En revanche, la mention relative au lieu de travail est considérée comme simplement informative à moins qu'il « *ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu* »¹⁵⁵. En l'absence d'une telle précision, la cour considère que la modification du lieu de la prestation de travail dès lors qu'il n'y a pas changement de secteur géographique est un simple changement des conditions de travail.

288. Les critiques de la clause informative. Cette notion de clause informative est très critiquable. En effet, une mention informative est celle relatant un fait ou une donnée normative qui préexiste à la conclusion du contrat et à la rédaction du document qui la constate (exemple : application de telle convention collective). En revanche toute mention qui précise une modalité du contrat naissant ou de son exécution, un élément ne préexistant pas à sa conclusion ou ne résultant pas d'une norme préexistante, participe à la construction du rapport contractuel. La jurisprudence devrait logiquement y voir une mention révélant une véritable stipulation. Le caractère a priori non contractuel du lieu de travail a soulevé

¹⁵⁴ Soc 28 janvier 1998, bull civ V n°40

¹⁵⁵ Soc 3 juin 2003, Dr. soc 2003. 884, obs J. savatier

beaucoup d'objections. Ainsi, M. Péliissier¹⁵⁶ s'est élevé contre « *la déqualification d'une clause contractuelle en clause d'information* », estimant que la clause mentionnant le lieu de travail est en elle-même susceptible de faire naître une obligation entre les parties. Autrement dit, le lieu de travail est un élément contractuel qui contribue à préciser les caractéristiques de la prestation de travail, objet du contrat de travail. « *la prestation est caractérisée par la nature du travail fourni, par sa durée et par son lieu d'exécution* ». En effet, nul doute que la localisation du travail représente le plus souvent un élément déterminant pour le salarié qui accepte un emploi. Dès lors, la mention du lieu (une ville, par exemple) ne doit pas être juridiquement « neutralisée » au risque de méconnaître le droit commun des contrats. Or, les arrêts de juin 2003 précités, confirmés par l'arrêt Aventis Pharma en 2004¹⁵⁷, qui refusent de reconnaître une nature contractuelle à la mention du lieu de travail, instituent en réalité une présomption de mobilité géographique. La position adoptée en 2003 par la jurisprudence soulève donc d'importantes critiques d'ordre juridique.

289. Les critiques de la théorie de la modification. La théorie jurisprudentielle de la modification du contrat de travail opposée au simple changement du contrat de travail a alors suscité de nombreuses critiques. Celle-ci n'est pas une source de sécurité. Elle distingue finalement les éléments essentiels et non essentiels du contrat. Elle rejoint donc l'ancienne distinction sur de nombreux points alors qu'elle avait justement pour but de la bannir. La difficulté de l'appréciation au cas par cas, censée être objective atteste justement des difficultés et des limites de cette distinction. Par ailleurs, la distinction entre les éléments essentiels et les autres ne répond pas à leur définition. Il a en effet été vu qu'est une clause essentielle du contrat, la clause définissant, encadrant ou s'intéressant à l'obligation essentielle. La distinction retenue ne prend nullement en compte cette définition. Le système n'a alors pas réussi à atteindre le degré d'objectivisation souhaité. Les professeurs J. Pelissier, A. Jeammaud et A. Supiot, affirment alors qu' « *au moins ne peut on pas parler de régression par rapport à ce qu'offrait la distinction ancienne selon le caractère substantiel ou non de la modification* ». Ils s'interrogent ensuite « *et puis, quelles formules imaginer pour des règles de droit afin qu'elles assurent une plus grande prévisibilité ? Qu'énoncerait un législateur appelé à confectionner un vrai nouveau Code du travail¹⁵⁸ ?* » Peut être une

¹⁵⁶ J. Pelissier, Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail, RJS 1/04, p. 3

¹⁵⁷ Cass soc 21 janvier 2004, n° 02-12.712

¹⁵⁸ J Pelissier, A Jeammaud, A Supiot, Précis de droit du travail, 24^{ème} ed. D. 2008 n°607

appréciation de l'existence d'une modification à la lumière de l'économie générale du contrat de travail.

Paragraphe 2 : Les conséquences de la notion d'économie générale du contrat de travail

290. La notion d'économie générale du contrat de travail pourrait bien servir de nouveau cadre d'appréciation à la modification du contrat de travail. Entendue comme la structure et l'ordre interne d'un contrat, il a été précédemment démontré que cette notion avait un caractère objectif. Elle n'est pas sujette à subjectivisation. Elle permet simplement d'établir le cadre du contrat, sa composition principale. Dès lors il s'agit bien d'une notion de droit, dont l'appréciation relèverait de la Cour de cassation. En effet, à titre d'exemple, relève de l'économie générale du contrat de vente l'obligation de transférer la propriété en échange d'une somme d'argent. En l'absence de prix, la Cour de cassation peut parfaitement disqualifier le contrat de vente. L'existence d'un prix est bien une question de droit. En revanche, l'appréciation de ce prix relèvera des juges du fond. Il en est ainsi en matière de contrat de travail. La Cour de cassation pourra parfaitement admettre que l'économie générale implique une prestation de travail sous la subordination de l'employeur et moyennant rémunération. L'organisation de la prestation de travail serait alors contractuelle, tandis que son contenu relèverait du pouvoir de direction. Cela justifierait donc le raisonnement appliqué en matière d'horaire de travail, ainsi qu'en matière de qualification et de tâche à accomplir. Certains éléments seraient alors inchangés (I) tandis que d'autres seraient sécurisés (II).

I. Des éléments inchangés

291. Rémunération. La Cour de cassation considère que la rémunération du salarié est un élément contractuel de sorte à ce que l'employeur ne puisse y toucher sans l'accord du salarié. Selon la formule de l'arrêt *di giovanni*¹⁵⁹, « *la rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de manière minimale, sans son accord ; qu'il en va de même du mode de rémunération prévue par le contrat* ». La cour prend le soin de préciser qu'il est peu important que l'employeur démontre que celui-ci

¹⁵⁹ Cass. soc. 19 mai 1998, Di Giovanni, Dr. soc.1998, p. 885, obs. G. Couturier

est plus avantageux pour le salarié. Le caractère tautologique « *ce qui est contractuel est contractuel* » s'explique par le fait que la rémunération puisse résulter d'autres sources du droit et notamment de la convention collective. Dans ce cas la modification obéit au régime applicable à la source en question.

292. Tâches. En revanche, l'employeur peut modifier unilatéralement les tâches que le salarié devra accomplir en échange de cette rémunération. La prestation de travail, c'est à dire l'ensemble des tâches que le salarié peut être amené à exécuter en vertu des compétences qui ont motivé son embauche relève du pouvoir de direction de l'employeur. Cela est logique. En effet, le pouvoir de direction de l'employeur a justement pour dessein d'organiser la prestation de travail du salarié. De ce fait, la modification des tâches du salarié relève logiquement des conditions de travail. En revanche, la modification de la qualification est une modification du contrat de travail. C'est la distinction appliquée par la jurisprudence en la matière. Cela explique qu'un salarié ait pu être licencié pour faute grave lorsqu'il a refusé d'être chargé de l'engrainage des bananes au lieu de la cueillette des citrons¹⁶⁰. Sa qualification ne change pas. Il s'agit d'un simple changement des conditions de travail. Ainsi lorsque les nouvelles fonctions n'impliquent pas de changement de qualification, il s'agit d'un simple changement des conditions de travail que le salarié est tenu d'accepter.

293. Economie voulue. Néanmoins, ne pourrait-on pas imaginer que soit appliqué ici le concept d'économie voulue par les parties ? Cela semble peu vraisemblable car la séparation entre l'aire du contrat et celle du pouvoir relève elle aussi de l'économie générale du contrat de travail. Au regard de l'économie générale du contrat, il paraît logique que l'employeur use de son pouvoir de direction dans la répartition des tâches. Il s'agit d'une illustration de son pouvoir de direction, d'une condition de la répartition des risques. Il en va autrement lorsque le changement de fonction ne correspond pas à la qualification du salarié. Ce type de division est appliqué en matière d'horaire et de durée du travail.

294. Durée. il semble certain que la durée du travail fasse partie de l'économie générale du contrat de travail. D'une part il s'agit du temps imparti à la réalisation d'une prestation de

¹⁶⁰ Cass. soc. 10 mai 1999, D.1999 IR 149, Bull. civ. V, n° 199, Dr. soc. 1999.736, obs. B. Gauriau, JCP, éd. E, 2000, p. 88 ; 10 oct. 2000, Jurispr. soc. Lamy n° 67-2, 7 nov. 2000, p. 9

travail. D'autre part, il a été démontré que la rémunération était due en raison du temps de disponibilité du salarié donc en fonction de son temps de travail. Ainsi, modifier la durée du travail entraîne une modification de l'équilibre du contrat de travail, et ce qu'importe que ce soit plus ou moins avantageux pour le salarié. Il s'agit toujours d'un bouleversement du contrat, de son économie générale. La Cour de cassation considère alors que le temps de travail fait partie du socle contractuel¹⁶¹. On ne peut alors le modifier sans l'accord du salarié. Mais qu'en est-il dans le cadre d'une réduction négociée de la durée du travail ? Si celle-ci s'accompagne d'une baisse de rémunération, l'accord du salarié est a priori requis. En revanche, si aucune diminution de la rémunération n'est prévue, alors son accord ne sera pas nécessaire.

295. Horaires. S'il est évident que l'augmentation comme la réduction de la durée du travail ont un effet sur l'équilibre du contrat de travail, il en va différemment pour les horaires. Le contrat n'est pas bouleversé par un changement d'horaire, lorsque le même nombre d'heures est effectué. La nouvelle répartition des horaires de travail au sein de la journée ou de la semaine constitue une manifestation du pouvoir de direction de l'employeur. Celui-ci fait usage de son pouvoir de direction en règlementant les conditions d'exécution de la prestation de travail. Cependant, il en va autrement lorsqu'une clause du contrat prévoit expressément que le travail sera exécuté durant un certain nombre de jours par semaine et prévoyant les horaires. Les horaires sont alors contractualisés, et ne relèvent ainsi plus du pouvoir de direction.

296. Economie générale. La jurisprudence fait application de la notion d'économie générale du contrat de travail en la matière. Lorsque la nouvelle répartition entraîne un bouleversement dans l'économie du contrat alors l'accord du salarié est nécessaire. Il en est ainsi en cas de passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit ou inversement¹⁶². Il en est de même en cas de bouleversement complet des horaires de travail, notamment en cas de passage d'un horaire continu à un horaire discontinu¹⁶³. Cela s'explique notamment par le fait que le contrat de travail met en place une distinction entre ce qui relève de la vie professionnelle et ce qui relève de la vie personnelle. Un bouleversement des horaires de travail comme ceux

¹⁶¹ Soc 22 février 2000

¹⁶² Soc 27 février 2001 n°98-43783

¹⁶³ Soc. 8 juillet 2008 06-45769

précités à une incidence sur la vie personnelle du salarié. Son accord est forcément nécessaire. C'est toute l'économie générale du contrat, son équilibre lors de la signature que l'employeur entend modifier en bouleversant les horaires. L'accord du salarié est donc nécessaire.

Sur ces différents éléments, utiliser la notion d'économie générale du contrat de travail comme cadre d'appréciation de la modification n'aura pas d'effet. La qualification et le régime resteront les mêmes. Ce n'est pas le cas concernant certains autres éléments.

II. Des éléments sécurisés

297. Lieu de travail. Le lieu de travail est l'élément qui souffre le plus de la distinction actuelle. Celui-ci n'est en rien sécurisé. Comme il a été démontré, celui-ci est considéré comme non contractuel, même s'il existe une clause à cet effet. Le travail est considéré comme devant s'effectuer dans un secteur géographique, dont la définition laisse à désirer. La Cour de cassation affirme que celui-ci doit être apprécié objectivement, c'est à dire de façon identique pour tous les salariés, sans tenir compte des conséquences de la mutation pour un salarié en particulier¹⁶⁴. Le critère de la distance kilométrique entre les deux lieux de travail est souvent retenu par les juges, de même que celui de l'existence de moyens de transport¹⁶⁵. Lorsque le changement de lieu de travail intervient dans le même secteur géographique alors celui-ci correspond à un simple changement des conditions de travail¹⁶⁶. A l'inverse, si le changement de lieu de travail ne se fait pas dans le même secteur, alors il s'agit d'une modification. La notion d'économie générale du contrat devrait permettre d'objectiviser la notion de lieu de travail. Deux hypothèses sont alors possible.

298. Élément contractuel ou élément imposé. La première consisterait à penser que la Cour de cassation devra qualifier le lieu de travail d'élément contractuel. Celui-ci étant un élément de la définition de la prestation de travail, obligation essentielle du salarié, il bénéficierait donc lui aussi du caractère essentiel. Sauf que la prestation de travail, c'est à dire l'ensemble des tâches à accomplir relève du pouvoir de direction. Il n'est donc pas impossible de considérer que le changement de lieu de travail y participe aussi. C'est la seconde hypothèse. Selon celle-ci, la référence au secteur géographique serait conservée. Et, comme

¹⁶⁴ Soc., 5 mai 1999

¹⁶⁵ CA Versailles 10 mai 2007

¹⁶⁶ Soc 20 octobre 1998, bull civ V n°431

en matière d'horaire, la question serait : le changement de lieu de travail bouleverse-t-il l'économie du contrat ? Si oui, l'accord du salarié serait nécessaire.

299. Temps de trajet. Comment alors apprécier si ce changement de lieu bouleverse l'économie du contrat ? Il est possible de penser que la difficulté serait alors la même. Mais, le bouleversement de l'économie d'un contrat est plus objectif que la notion de secteur géographique. En effet, le problème actuel est que l'on apprécie le changement de lieu de travail dans le cadre du secteur géographique de l'entreprise. Or cette donnée est insatisfaisante pour déterminer ce qui relève ou non de l'économie générale du contrat, ce qui la bouleverse ou non. C'est l'accord de volonté qui doit être pris en compte pour ce faire. Et il est indéniable que la localisation du travail a joué sur l'accord. Mais, en réalité, ce n'est pas vraiment du lieu qu'il est question. Il serait possible de considérer que l'accord, la cause subjective se trouve dans la distance entre le domicile et le lieu de travail, l'heure à laquelle le salarié pourra effectivement profiter de sa vie personnelle après avoir quitté sa vie professionnelle. Ainsi, il serait possible de considérer que ne bouleverse pas l'économie générale du contrat de travail, le changement de lieu lorsque le temps de trajet est similaire. Le secteur géographique serait alors fonction du temps de trajet entre le domicile du salarié et le lieu de travail. Le régime du changement de lieu de travail rejoindrait alors le régime du changement d'horaire, de sorte à ce que l'analyse soit moins complexe. L'appréciation subjective n'est pas toujours un mal. Elle est parfois nécessaire pour atteindre la cohérence des solutions jurisprudentielles. Néanmoins, elle ne permet pas de répondre aux intérêts de l'entreprise.

300. La notion d'économie générale du contrat de travail pourrait donc bien servir de cadre d'appréciation de la modification du contrat de travail et imposer une plus grande cohérence. Le bouleversement de l'économie générale du contrat, conformément à la volonté d'un cocontractant ne se limite pas au contenu du contrat de travail. Il peut affecter aussi les parties au contrat.

Chapitre 2: Un changement dans les parties

301. L'article L1224-1 du Code du travail. Le contrat de travail est un contrat conclu intuitu personae : l'employeur et le salarié décide de travailler l'un avec l'autre. A titre d'exemple, c'est pour cette raison que le salarié doit effectuer sa prestation personnellement. Dès lors, le changement d'une des parties devrait entraîner la rupture de la relation. Il en va autrement en cas de changement d'employeur. L'article 1224-1 du Code du travail prévoit en effet que lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, les contrats de travail en cours sont transférés au nouvel employeur. Il s'agit d'un transfert automatique des contrats. Le contrat de travail n'est donc pas rompu, il survit au changement de partie. Cet article déroge à l'effet relatif des contrats en imposant leur cession de plein droit. Le contrat de travail se poursuit alors de plein droit et par le seul effet de la loi avec le nouvel employeur¹⁶⁷. Le changement d'employeur imposé au salarié en cas de transfert d'entreprise bouleverse-t-il l'économie générale du contrat de travail ou au contraire est-il justifié par elle ? La qualification du changement de l'employeur peut à la fois contredire l'économie générale du contrat de travail et être justifiée par celle-ci (*section 1*). Le régime appliqué permet d'affirmer qu'en cas d'application de l'article 1224-1, le contenu de l'économie générale du contrat est bien plus préservé que ses caractères (*section 2*).

Section 1 : La qualification du changement d'employeur

302. Deux hypothèses vont être traitées ici. La première consistera à admettre que le changement d'employeur bouleverse l'économie générale du contrat de travail (*paragraphe 1*). La seconde à l'inverse démontrera que l'économie générale du contrat de travail peut permettre de justifier la poursuite des contrats (*paragraphe 2*).

¹⁶⁷ Cass. soc., 20 oct. 1994, JCP E 1995, II, 726, 2e esp., note J.-J. Serret

Paragraphe 1 : Un bouleversement avéré dans l'économie du contrat

303. Il sera ici démontré que le changement d'employeur n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail et qu'il la bouleverse. Cette démonstration peut se faire à la lumière du point de vue du salarié (I) ou du nouvel employeur (II).

I. Du point de vu du salarié

Transferts conventionnels. L'article L1224-1 impose le transfert du contrat à un autre employeur, transfert auquel le salarié ne peut s'opposer. Afin de démontrer que le changement d'employeur constitue bien un bouleversement de l'économie du contrat, il est possible d'utiliser l'exemple du transfert conventionnel. Les partenaires sociaux, ou les dirigeants de deux entreprises peuvent conclure un accord aux termes duquel un certain pourcentage de salariés sera transféré en cas de modification dans la situation de l'employeur. La jurisprudence valide les transferts conventionnels. Mais, dans ce cas elle prévoit la nécessité d'une acceptation expresse du salarié. Elle affirme ainsi que « *lorsque les conditions de l'article L 1224-1 ne sont pas réunies, le transfert du contrat d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat qui ne peut intervenir sans son accord expresse*¹⁶⁸ ». C'est donc le régime de la modification du contrat de travail qui est ici appliqué. La personne de l'employeur entre dans l'économie du contrat de travail qui est bien un contrat intuitu personae. Il est donc logique d'en conclure que le changement d'employeur bouleverse l'économie du contrat de travail. Cette affirmation se retrouve lorsque le transfert est analysé du point de vu du nouvel employeur.

II. Du point de vu du nouvel employeur

304. Liberté de l'employeur. En principe, la liberté d'entreprendre de l'employeur lui permet de choisir ses collaborateurs. Le choix du salarié est donc une prérogative de l'employeur. Le contrat de travail est d'ailleurs indiscutablement conclu intuitu personae, c'est-à-dire en conséquences des compétences et qualités du salarié.

305. Impérativité erga omnes. Or, l'article L 1224-1 du Code du travail implique un transfert automatique des contrats de travail des salariés au nouvel employeur. Cet article dont

¹⁶⁸ Cass. soc., 10 oct. 2006 : Bull. civ. 2006, V, n° 294

les dispositions ont un caractère d'ordre public, institue une transmission de plein droit des contrats de travail qui « s'impose aux salariés comme aux employeurs successifs¹⁶⁹ ». Celui-ci ne peut donc pas choisir ses collaborateurs. Le contrat qui le lie aux salariés a donc les effets d'un contrat intuitu personae alors qu'il ne les a pas choisis. Il faut ajouter à cela qu'il est tenu de toutes les obligations prises par son prédécesseur. Le nouvel employeur ne saurait prétendre être un tiers aux contrats conclus par le précédent employeur¹⁷⁰. Il est donc tenu par un contrat qu'il n'a pas négocié, avec une personne qu'il n'a pas choisie. Ce contrat étant pourtant censé être un contrat intuitu personae. En ce sens, il est possible d'affirmer que le transfert automatique des contrats au nouvel employeur bouleverse l'économie générale du contrat de travail. Mais il est aussi possible d'adopter un autre point de vu et d'affirmer que c'est l'économie générale elle-même qui justifie ce maintien de plein droit.

Paragraphe 2 : Un bouleversement justifié par l'économie du contrat

306. L'application de l'article 1224-1 et son caractère d'ordre public peuvent trouver une justification dans l'économie générale du contrat de travail elle-même. Il s'agirait alors d'une expression du pouvoir de gestion de l'employeur (*I*) compensée par un mécanisme évitant le transfert de risque sur la personne du salarié (*II*).

I. Une expression du pouvoir de gestion de l'employeur

307. Pouvoir de gestion. L'acceptation préalable du salarié n'est pas requise, le transfert de son contrat se fait automatiquement. Cela peut se justifier au regard de l'économie générale du contrat de travail. Il a été vu que son respect imposait la délimitation des sphères du pouvoir et des sphères du contrat. La modification juridique de la situation de l'employeur correspond ici à un choix de gestion. Il s'agit d'une expression de sa liberté d'entreprendre, d'une expression du pouvoir de gestion que lui octroie le contrat de travail. L'accord du

¹⁶⁹ Cass. soc., 3 mars 1982 : Bull. civ. 1982, V, n° 134. – Cass. soc., 16 janv. 1990 : Bull. civ. 1990, V, n° 11. – Cass. soc., 26 oct. 1994 : Dr. soc. 1995, p. 55 ; JCP E 1995, II, 726, 1re esp., note J.-J. Serret. – Cass. soc., 28 mai 1997 : RJS 1997, n° 952. – Cass. soc., 9 juill. 1997 : RJS 1997, n° 1340. – Cass. soc., 4 avr. 2006 : RJS 2006, n° 694. – Cass. soc., 19 déc. 2007 : RJS 2008, n° 252

¹⁷⁰ Cass. soc., 13 juin 1990 : Bull. civ. 1990, V, n° 273

salarié sur l'opération économique n'est donc pas requis. En revanche, le salarié bénéficie du transfert de son contrat de travail de sorte à ce que les choix économiques de l'employeur n'aient pas d'effet sur lui.

II. Une expression du principe de la répartition des risques

308. Protection. L'article L1224-1 du Code du travail met en place une protection d'ordre public. Cet article a en réalité pour conséquence de sauver l'emploi du salarié afin qu'il ne supporte pas les aléas économiques, les risques de l'entreprise. Ainsi, lorsque l'employeur perd un marché, lorsque celui-ci choisit de céder son entreprise ou autre modification de sa situation juridique, ce texte fait en sorte que ces circonstances économiques n'aient pas pour conséquence de faire perdre au salarié son emploi. En ce sens alors, ce texte aurait pour conséquence une modification du contrat, un bouleversement de ces caractères mais serait justifié par l'économie du contrat elle-même : la répartition des risques et la sécurité de l'emploi du salarié. Il préserverait alors l'effet essentiel du contrat de travail. Le régime appliqué dans ce cas préserve d'ailleurs au final plus le contenu du contrat que ces caractères.

Section 2 : Le régime du changement d'employeur

309. Le droit français dénie au salarié un droit d'opposition au transfert. Cela se justifie parfaitement dans la mesure où il s'agit d'un choix de gestion de l'employeur. Néanmoins, le salarié est censé poursuivre sa relation de travail avec un autre employeur qu'il n'a pas choisi. Le droit distingue donc ici une fois de plus sphère du pouvoir et sphère du contrat. Le salarié qui ne peut s'opposer au transfert de son contrat peut en revanche s'opposer à la poursuite de celui-ci avec le nouvel employeur (*paragraphe 1*) ou à la modification de celui-ci en raison du transfert (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Le droit d'opposition du salarié à la poursuite de la relation de travail

310. Si un droit d'opposition est consacré(I), un régime dissuasif lui est appliqué en droit français (II).

I. La consécration d'un droit d'opposition

311. Droit communautaire. La Cour de Justice des Communautés Européennes¹⁷¹ a eu à se prononcer sur la question du droit d'opposition du salarié. Elle a considéré que la directive "*ne saurait être interprétée comme obligeant le travailleur à poursuivre la relation de travail avec le cessionnaire. Une telle obligation mettrait en cause les droits fondamentaux du travailleur, qui doit être libre de choisir son employeur*"¹⁷². La cour impose alors aux états membres de déterminer le sort à réserver au contrat de travail avec le cédant. Elle propose ensuite soit une rupture à l'initiative du salarié, soit à l'initiative du cédant soit que le contrat soit maintenu avec le cédant. Le droit français a considéré dans un arrêt de 2006 que le refus de poursuivre la relation de travail avec le cessionnaire produisait les effets d'une démission.

II. Les dissuasions du régime du droit d'opposition

312. Les effets d'une démission. Le droit français ne traite que de la relation entre le salarié et le cessionnaire. Cela se justifie par le fait que le transfert est automatique. C'est une fois que le transfert a eu lieu que le salarié refuse la poursuite du contrat. C'est donc une question qui se pose entre le salarié et le cessionnaire. Le choix est donc ici celui d'une démission, c'est-à-dire d'une rupture à l'initiative du salarié.

313. Imputabilité de la rupture. Le droit applicable à la rupture du contrat de travail en droit français impose de distinguer l'initiative de la rupture et l'imputabilité de celle-ci. A titre d'exemple, la démission doit être claire et non équivoque. Lorsque le salarié démissionne en raison de faits qu'il reproche à son employeur, elle s'analyse en une prise d'acte qui produit les effets d'un licenciement. En l'espèce, le refus du salarié de poursuivre la relation de travail produit les effets d'une démission. Quelle est la cause de la rupture ? La rupture est elle réellement imputable au salarié ? Le salarié ici refuse de poursuivre la relation de travail avec le nouvel employeur. La raison est donc le changement d'employeur. Ce changement d'employeur est du à la modification ayant entraîné l'application de L1224-1. La cause de la rupture semble donc être le transfert. Celle-ci ne semble alors pas imputable au salarié mais à l'ancien employeur. Mais, l'article L1224-1 assure une garantie, une protection d'ordre public. Le salarié en refusant de poursuivre la relation de travail renonce en réalité à une protection d'ordre publique, à un droit déjà né. C'est donc bien lui qui décide de rompre le

¹⁷¹ devenue Cour de Justice de l'Union européenne

¹⁷² CJCE, 16 déc. 1992, aff. C 132, 138 et 139/91 : Rec. CJCE 1992, p. 6577.

contrat de travail, contrat par ailleurs dont les termes n'ont en principe pas changé. Les choses sont différentes lorsque l'application de l'article 1224-1 entraîne une modification du contrat autre que le changement d'employeur.

Paragraphe 2 : Le droit au maintien de l'économie générale du contrat de travail

314. L'application de l'article 1224-1 peut entraîner une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur. En principe cet article doit maintenir le contrat de travail dans les mêmes termes. Comment le droit traite-t-il cette situation? L'économie générale du contrat est-elle préservée? L'hypothèse peut se présenter dans des cas dits « classiques » (*I*), ou dans le cas spécial de la cession de journal (*II*).

I. Cas classique

315. Droit d'opposition. L'application de l'article L1224-1 du Code du travail peut entraîner une modification automatique des contrats de travail comme par exemple un changement de lieu de travail en dehors du secteur géographique. Il semblerait logique dans ce cas que le droit commun de la modification trouve à s'appliquer. L'accord du salarié devrait être nécessaire pour modifier l'économie générale de son contrat de travail. Mais, la modification intervient automatiquement de sorte à ce que demander l'accord du salarié au préalable soit concrètement impossible. Quelle solution adoptée alors? La cour¹⁷³ considère que le salarié est en droit de s'opposer à cette modification. Elle impose alors au cessionnaire qui ne pourrait maintenir les conditions antérieures « *soit de formuler de nouvelles propositions, soit de tirer les conséquences du refus en engageant une procédure de licenciement* ». A défaut, la cour précise que le salarié pourra poursuivre la résiliation judiciaire de son contrat qui produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cela appelle différentes remarques.

316. Licenciement. Lorsque le salarié refuse une modification automatique de son contrat, l'employeur est en droit de le licencier. Plusieurs questions se posent suite à cette solution. Pourquoi un licenciement? Le professeur A. Mazeaud explique cette solution par le fait que

¹⁷³ Cass. soc., 30 mars 2010 : JCP S 2010, Ire esp., note P. Morvan

le risque pèse sur l'employeur. La modification a pour cause le transfert, la rupture a pour cause le refus de cette modification, c'est donc à l'employeur de supporter le poids économique de cette rupture, bien qu'il ne soit pas à l'origine de la modification. C'est le transfert qui génère tout cela et qui crée un risque. Le cessionnaire doit donc supporter la charge d'un licenciement. Les autres questions tiennent à la nature du licenciement. S'agit-il d'un licenciement économique ou personnel? En principe, le refus d'une modification du contrat de travail ne peut pas entraîner à lui seul un licenciement du salarié, à moins que la proposition ait une cause économique. Certains auteurs expliquent qu'il faut prendre au sérieux l'expression « *tirer les conséquences* », cela veut dire que nous ne sommes pas en présence d'un choix de gestion. En conséquence, nous serions en présence d'un licenciement du fait du salarié mais non disciplinaire. Cela semblerait alors contraire au droit de la modification du contrat et du licenciement qui en résulte. Il s'agit alors d'un motif sui generis de licenciement¹⁷⁴. L'économie générale du contrat de travail ne serait alors pas respectée dans le cadre d'application de l'article 1224-1.

317. Résiliation judiciaire. La cour précise que si l'employeur ne tire pas les conséquences du refus, le salarié peut demander la résiliation de son contrat. Celle-ci produira alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il s'agit là d'une application malaisée de la notion d'imputabilité de la rupture. Dire que la résiliation ou la prise d'acte par le salarié produit les effets d'un licenciement implique que l'employeur ait commis une faute. En l'espèce on ne voit pas très bien en quoi consiste la faute de l'employeur. Serait-il débiteur d'une obligation de licencier ? Ces observations confirment finalement la thèse d'une rupture sui generis du contrat de travail. Le droit au maintien de l'économie générale du contrat de travail impose en fait que les risques en cas de rupture ne pèsent pas sur le salarié. Le régime du licenciement lui est donc plus favorable, d'où l'application d'un régime de licenciement sui generis. Lorsque l'application de l'article L 1224-1 du Code du travail concerne une cession de journal, certains mécanismes permettent aussi de préserver l'économie générale des contrats de travail des journalistes.

II. Cas spécial

318. Domaine. L'article L1224-1 ne produit pas les mêmes effets lorsqu'il intervient dans le cadre d'une cession de journal. En effet, lorsqu'en raison de la cession du journal ou du

¹⁷⁴ P. Bailly, SSL 10 mai 2010, n° 1445, p. 5, spéc. p. 8

périodique, un salarié résilie le contrat de travail à durée indéterminée le liant à une entreprise de journaux ou de périodique, celui-ci a droit au versement de l'indemnité de licenciement prévue aux articles L. 7112-3 et L. 7112-4 du Code du travail. Sont journalistes au sens de cette disposition « ceux qui apportent une collaboration intellectuelle et permanente à une publication périodique en vue de l'information des lecteurs, peu important qu'une carte professionnelle leur ait été remise¹⁷⁵ ». Il s'agit là d'une faculté remarquable de dérogation à l'article L1224-1 du Code du travail.

319. Justification. Celle-ci peut se justifier par l'économie générale du contrat de travail. La cession d'un journal bouleverse cette économie car c'est en raison du journal ou de son orientation que le salarié a choisi d'y travailler. Il s'agit en fait ici de la prise en compte du motif déterminant des parties, de l'économie voulue par les parties. Le critère déterminant, en réalité, est la prise ou le changement de contrôle du journal, qui fait craindre pour l'indépendance du journaliste et lui ouvre la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail. Il ne s'agit pas de lui attribuer le droit discrétionnaire d'attacher à une démission les effets d'un licenciement, mais simplement d'un mécanisme visant à rompre le contrat afin d'éviter le bouleversement de son économie générale. Il s'agit finalement d'un droit au maintien de l'économie générale de son contrat.

320. Le droit applicable en cas de changement d'employeur préserve donc bien plus le contenu de l'économie générale du contrat de travail que ses caractères. Le contenu a bien plus d'importance en la matière. La notion d'économie générale du contrat de travail servirait alors de nouveau cadre d'appréciation de la modification du contenu du contrat de travail, et pourrait éventuellement assurer un contrôle plus cohérent, garantissant l'effet essentiel du contrat. La volonté de l'employeur de modifier la relation de travail serait alors limitée par le respect de l'économie générale du contrat telle que définie précédemment : une séparation entre le pouvoir et le contrat, une séparation entre la vie privée et la vie professionnelle, la répartition des risques. Mais, l'économie générale du contrat de travail peut aussi être bouleversée indépendamment de la volonté des parties, par des circonstances extérieures.

¹⁷⁵ Cass. soc., 1er avr. 1992 : Bull. civ. 1992, V, n° 221

Titre 2. Un bouleversement indépendant de la volonté d'une partie

321. L'économie générale du contrat de travail peut être bouleversée par des circonstances indépendantes de la volonté des parties. Il en sera ainsi en cas de changement des conditions physiques du salarié ou en cas d'évolution dans les circonstances économiques. Or il a été vu que la jurisprudence utilisait en droit des contrats la notion d'économie générale afin de déterminer le sort d'un contrat lorsque le but, la finalité ne peut plus être atteinte, ou encore lorsque en raison de circonstances extérieures le contrat devient trop onéreux pour l'une des parties. Que se passe-t-il en droit du travail lorsque des circonstances extérieures viennent modifier ou perturber l'économie générale du contrat ? En cas de difficultés physiques du salarié, la finalité du contrat ne peut plus être atteinte. Néanmoins le droit du travail tente par différents mécanismes d'empêcher la rupture du contrat tant durant la période de suspension que plus tard en cas de réintégration. C'est un équilibre différent qui est alors sauvegardé (*chapitre 1*). Les choses sont en revanche plus compliquées lorsque le bouleversement est dû aux circonstances économiques. Doivent être confrontés dans ce cas, l'aire du pouvoir et l'aire du contrat, l'intérêt du salarié et l'intérêt de l'entreprise. Néanmoins, il semblerait qu'ici aussi le droit tente de préserver l'essence du contrat, qu'il s'agisse de son exécution ou de sa rupture (*chapitre 2*).

Chapitre 1 : Difficultés physiques

322. La maladie, l'accident ou encore la maternité du salarié constitue bien en droit du travail un événement imprévisible susceptible de bouleverser l'économie générale du contrat de travail. Le salarié n'est plus en capacité de fournir sa prestation de travail, obligation essentielle et dessein du contrat de travail. Comment cela est-il traité par le droit ? Quel est donc le sort du contrat de travail dont le but ne peut plus être atteint ? Le droit du travail applique au contrat un mécanisme original. Il choisit en effet de traiter cette imprévision comme un événement momentané. Le contrat ne prend donc pas fin immédiatement en raison de cette impossibilité puisque celle-ci n'a pas vocation à durer. Le contrat de travail est seulement suspendu. En droit commun, si une partie n'exécute pas son obligation, il existe le mécanisme de l'exception d'inexécution, qui permet à l'autre partie de suspendre elle aussi la

réalisation de son obligation. Le droit du travail ne fonctionne pas réellement ainsi. Toutes les obligations des parties ne sont pas suspendues, et il ne s'agit pas d'attendre la réalisation de l'une des obligations, mais simplement d'attendre la reprise du contrat. Il ne s'agit pas d'un mécanisme de sanction mais d'un mécanisme de protection. A l'issue de la suspension, le contrat reprend et le salarié retrouve son emploi. Mais, l'entreprise n'a pas cessé de fonctionner durant l'absence du salarié, il se peut que l'emploi n'existe plus ou que celui-ci soit pourvu. Qu'il s'agisse de la suspension, ou de son issue, se pose alors la question de savoir si l'économie générale du contrat peut être préservée en cas de difficultés physiques ?

323. Toutes les obligations n'étant pas suspendues de la même manière, l'équilibre ne peut pas être le même. La notion d'équilibre du contrat de travail conserve son importance mais prend une tournure différente lorsque celui-ci est suspendu (*section 1*). A l'issue de la suspension, le droit tente de conserver l'équilibre du contrat tel qu'il était avant la survenance de l'évènement imprévisible (*section 2*).

Section 1 : La notion d'équilibre en cas de suspension du contrat de travail

324. Toutes les obligations de l'employeur et du salarié ne sont pas suspendues de la même manière, certaines ne le sont même pas du tout. Les prestations demeurent-elles équilibrées en cas de suspension du contrat? Si les prestations restantes semblent déséquilibrées (*paragraphe 1*), il est possible de considérer que l'équilibre est en réalité sauvegardé (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : L'apparence d'un déséquilibre des prestations restantes

325. La définition du mécanisme de suspension (*I*) précèdera l'étude des obligations suspendues (*II*).

I. Le mécanisme de la suspension

326. Définition. Les évènements affectant la santé du salarié entraînent une suspension du contrat de travail. La définition de ce mécanisme contractuel n'est pas clairement donnée.

Selon la définition adoptée, ce mécanisme peut alors prendre en compte un plus ou moins grand nombre de situations. Pour les professeurs Brun et Galland, il s'agit alors *d'une interruption momentanée dans la vie du contrat, lequel reprendra son cours normal après une période plus ou moins longue de mort apparente*. Le problème de cette définition tient dans deux éléments. D'une part, contrairement à cette définition il n'est pas impossible que la suspension se termine par la rupture du contrat. D'autre part, il n'est pas très réaliste de parler de mort apparente. Le professeur G H Camerlynck adopte alors une définition insistant sur l'impossibilité temporaire d'exécuter les obligations contractuelles. Il est préférable d'adopter une conception plus large. Ainsi, « *il ya suspension chaque fois que le travailleur est fondé à refuser sa prestation de travail ou l'employeur à s'abstenir de fournir du travail* ¹⁷⁶ ». Ce mécanisme touche donc directement aux obligations essentielles du contrat de travail et à sa finalité. Les causes de suspension sont variées, certaines sont purement volontaires, comme la grève ou la mise à pied ou la maternité. En revanche, d'autres comme la maladie ont pour dessein de traiter et de régler les problèmes dus à la survenance d'un événement imprévisible. Ce mécanisme permet finalement d'empêcher le bouleversement de l'équilibre du contrat, les deux parties étant momentanément fondées à ne pas réaliser leurs obligations essentielles. Mais, le régime de la suspension est plus complexe. Il est alors intéressant de se demander dans quelles mesures l'équilibre du contrat est-il assuré en cas de suspension.

II. Les obligations suspendues

327. Obligations principales. Les obligations principales des parties sont suspendues. Quelles sont elles ? Il a été vu qu'étaient essentielles, pour le salarié l'obligation d'effectuer sa prestation de travail et pour l'employeur celle de lui en fournir une et de le rémunérer. Ces trois obligations ne sont pas suspendues de la même manière. En effet, si l'employeur n'est plus tenu de fournir une prestation de travail au salarié et que celui-ci est dispensé de l'exécuter, d'autres obligations ne sont que partiellement suspendues. Il en est ainsi de la rémunération.

328. Rémunération. Selon l'article 1226-1 du Code du travail, bien que l'employeur ne bénéficie pas de la prestation de travail du salarié, il devra lui verser une partie de la rémunération qu'il aurait acquise s'il avait travaillé normalement. Cette obligation est

¹⁷⁶ J. Pelissier, A. Jeammeaud, A. Supiot, Précis de droit du travail, 7^{ème} ed. D. 2008

soumise à conditions. L'employeur n'est tenu de verser cette partie que si le salarié a une ancienneté d'un an dans l'entreprise, s'il a justifié de son incapacité à travailler dans les quarante huit heures qui suivent celles-ci, s'il est pris en charge par la sécurité sociale et s'il est soigné sur le territoire français ou dans un pays de l'union européenne. Dès lors que l'employeur est tenu de fournir une partie de son obligation, il est alors possible de considérer que le contrat est déséquilibré. Puisque le salarié est dispensé d'exécuter sa prestation de travail, alors cette rémunération partielle n'a pas de cause.

329. Obligations secondaires. Une autre hypothèse de réflexion est néanmoins plausible. Les obligations du salarié ne sont en réalité pas toutes suspendues. Il convient d'établir une distinction entre les obligations principales et les obligations secondaires, de sorte à ce que seules les premières soient suspendues. Pourtant, en appliquant traditionnellement la théorie de l'accessoire, dès lors que les obligations principales sont écartées, il devrait en être de même pour les obligations accessoires. Or, la jurisprudence, de manière constante, admet le maintien de ces obligations. Le pouvoir de l'employeur durant la période de suspension du contrat est donc ambivalent.

Paragraphe 2 : L'existence d'un équilibre des prestations survivantes

330. Pour que l'équilibre du contrat de travail soit respecté en cas de suspension, il faudrait admettre que la survie ou la suspension de certaines obligations soit justifiée par l'économie du contrat. Ainsi, soit la rémunération est due en tant que contrepartie de la survie du lien de subordination (I), soit elle est justifiée par la survie du lien d'emploi (II). Si l'équilibre est différent en cas de suspension du contrat, il n'est pas absent.

I. Une rémunération contrepartie de la survie du lien de subordination

331. Une relation triangulaire. En cas de suspension du contrat de travail pour maladie, une relation triangulaire se forme. Le salarié est débiteur d'obligations envers la sécurité sociale qui lui verse des indemnités, mais aussi envers son employeur qui peut lui imposer une contre visite médicale ou encore qui est parfois dans l'obligation lui aussi de lui verser des indemnités. Le pouvoir de l'employeur est inexistant en ce sens que le non respect des

obligations du salarié vis-à-vis de la sécurité sociale ne le concerne pas, il est considéré finalement comme étranger, un tiers à cette relation. Mais, à d'autres égards, le pouvoir de l'employeur semble survivre et justifier la rémunération, de sorte à ce que ces deux hypothèses doivent être traitées.

332. Des obligations envers la sécurité sociale et envers l'employeur. Une jurisprudence bien établie estime alors que le non respect par le salarié de ses obligations vis-à-vis de la sécurité sociale ne peut pas justifier une sanction de la part de l'employeur. Ainsi, un employeur ne peut pas licencier un salarié même s'il est démontré qu'il s'absente de son domicile en dehors des heures autorisées. Pourtant, le salarié qui s'absente de son domicile en dehors des heures portées sur le certificat médical commet une faute en ce sens qu'il viole une réglementation de la sécurité sociale. Et s'il fait obstacle à une visite de contrôle notamment en s'absentant de son domicile irrégulièrement, la caisse peut lui supprimer son droit à indemnisation, ou réduire le montant des indemnités journalières versées, à condition qu'il se soit intentionnellement dérobé à ce contrôle.

333. Explications. La différence de régime s'explique aisément. Si la caisse est susceptible de subir un préjudice en versant des prestations sans être en capacité de vérifier que celui qui les perçoit réunit les conditions légales pour cela, le comportement critiquable, vis-à-vis de la caisse, du salarié qui sort en dehors des heures limitativement prévues ou qui est absent lors d'une visite de contrôle, peut n'avoir aucune incidence sur sa situation vis-à-vis de son employeur. Autrement dit, ce n'est pas du fait de sa seule absence lors du contrôle que son arrêt n'est pas justifié vis-à-vis de son employeur, puisqu'il existe quand même malgré tout un certificat de son médecin traitant prescrivant cet arrêt.

334. Non respect des obligations envers l'employeur. Au-delà, même si le salarié malade est absent lors de la contre visite demandée cette fois-ci par l'employeur, la sanction ne peut être dans un premier temps que la perte du droit à indemnisation complémentaire, mais cette absence ne peut pas constituer, en soi, une cause de licenciement. Là encore, bien que l'on soit enclin à considérer que le salarié ne s'oppose pas seulement à la caisse mais aussi à son employeur, l'absence momentanée de contre visite ne signifie pas, à elle seule, que l'arrêt maladie est injustifié, et donc n'affecte pas directement la relation contractuelle liant les deux parties. De la même façon, l'employeur ne peut pas sanctionner les agissements fautifs de son salarié s'ils relèvent de sa vie privée et ne sont pas, ou ne sont plus, directement liés au contrat

de travail. C'est donc en ce sens que le pouvoir de l'employeur est considéré comme inexistant. Mais, il existe un domaine limité dans lequel ce pouvoir survit.

335. Survie de certaines obligations du salarié. Certaines obligations du salarié sont maintenues en cas de suspension, et le corolaire est que le pouvoir de l'employeur l'est aussi. L'employeur est fondé à sanctionner un salarié qui contrevient à ses obligations dites secondaires. Il s'agit des obligations notamment de loyauté, de non concurrence, de discrétion... Et, la question du fondement de ces obligations peut éventuellement permettre de justifier le maintien partiel de l'obligation de rémunération. La doctrine a proposé différents critères plus ou moins contestables.

336. Explications doctrinales. Selon certains auteurs, la suspension crée de nouvelles obligations, différentes de celles habituellement prévues dans le contrat de travail. Cette position pose problème dans la mesure où l'obligation de loyauté est directement liée à l'exécution du contrat, comme le rappelle justement l'article L. 1222-1 du Code du travail, reprenant une jurisprudence désormais bien établie de la Cour de cassation. Ainsi, les juges admettent les sanctions prononcées par les employeurs en cas de violation de l'obligation de loyauté, y compris en l'absence de période de suspension du contrat. Il en est de même de l'obligation de non-concurrence¹⁷⁷. Il faut donc admettre que ces obligations découlent du contrat et sont maintenues malgré la suspension de l'exécution de ce contrat. D'autres, partant de ce postulat, justifient cette solution en se fondant sur le caractère particulier de ces obligations. Les obligations continues sont conçues par les parties ou par le législateur comme étant exigibles à tout moment, à tout instant du contrat, malgré la suspension, et ne se rattachent pas au lien de subordination. La suspension du contrat se traduirait par la disparition des obligations discontinues, c'est-à-dire celles qui sont intermittentes et qui se rattachent au lien de subordination. Celui-ci aurait selon ces auteurs disparu, entraînant avec lui ces obligations¹⁷⁸. Selon eux, les obligations continues ne trouvent pas leur fondement dans le lien de subordination, car ces obligations, comme celles de non-concurrence ou de réserve, existent en dehors du contrat de travail¹⁷⁹. Mais alors, comment expliquer que ces

¹⁷⁷ J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, cités par J-Y Frouin, Protection du salarié et intérêt de 'entreprise, thèse sous la direction de B. Teyssié, soutenue le 12 septembre 2009

¹⁷⁸ J.-M. Béraud, D. Veaux, P. Veaux Fournerie et M. Garnier, cités par J-Y Frouin, Protection du salarié et intérêt de 'entreprise, thèse sous la direction de B.teyssié, soutenue le 12 septembre 2009

¹⁷⁹ P.-H. Antonmattei, cité par J-Y Frouin, Protection du salarié et intérêt de 'entreprise, thèse sous la direction de B.teyssié, soutenue le 12 septembre 2009

obligations soient également maintenues dans les autres contrats bénéficiant de la suspension ? Enfin, la déloyauté serait caractérisée par l'absence de compatibilité entre le comportement du salarié et la finalité même du congé accordé. Ce critère semble restrictif puisque, par exemple, la non-communication de pièces demandées par l'employeur a pu être considérée comme un acte déloyal, et cela peu importe la finalité particulière du congé accordé. Mais cette idée de finalité peut être élargie.

337. Proposition d'explication. N'est il pas possible de considérer justement que ces obligations sont maintenues en raison du lien de subordination ? Le contrat de travail n'est pas éteint, il est suspendu. Dès lors, il est parfaitement possible de considérer que c'est le contrat lui-même qui implique la survie de ces obligations en période de suspension. A défaut, le contrat ne pourrait plus atteindre son but. Il s'agit éventuellement de considérer que certes le salarié n'a plus l'obligation de fournir sa prestation de travail, mais qu'il ne peut en revanche pas empêcher la réalisation. Il s'agit en fait d'une sorte de lien de subordination atténué. A l'instar de l'obligation de l'employeur de rémunérer le salarié, le lien de subordination survie partiellement en cas de suspension du contrat de travail. Cela permet par ailleurs de donner une cause à l'obligation partielle de l'employeur. Et cela conforte les raisonnements précédents en ce sens qu'admettre cette hypothèse revient à confirmer que la cause de la rémunération tient plus dans la subordination elle-même que dans la prestation réalisée. Par ailleurs, c'est bien sur le terrain disciplinaire que se retrouve la sanction du non respect de ces obligations secondaires.

338. Rejet de cette proposition. Le pouvoir de direction de l'employeur survie donc partiellement en cas de suspension du contrat de travail, ce qui pourrait bien constituer la cause de son obligation de rémunérer partiellement le salarié. Une question se pose néanmoins. Selon l'article L1226-1, l'obligation de rémunération partielle n'existe que si le salarié a trois ans au moins d'ancienneté. Ainsi, a défaut, le salarié lui est tenu de ses obligations accessoires mais, ne perçoit pas cette rémunération partielle en échange. Et les auteurs affirment que c'est parce que le contrat est suspendu que l'employeur ne le rémunère pas, que c'est parce que le salarié est dispensé d'exécuter la prestation de travail. L'hypothèse de départ pêche alors en la matière car celle-ci revient à considérer que c'est désormais les obligations accessoires du salarié dont l'ancienneté est inférieure à trois ans qui n'ont plus de

cause. Les obligations maintenues trouvent alors peut être leur cause dans la notion de lien d'emploi, il s'agit de la seconde hypothèse.

II. Une justification par la survie de l'emploi

339. Explication par la finalité de la suspension. La solution la plus évidente en réalité serait de considérer que ces obligations accessoires continuent de s'imposer au salarié, car elles répondent à la finalité même de la suspension, c'est-à-dire préserver l'avenir du contrat de travail, et seules les obligations qui satisfont cet objectif sont maintenues. Ainsi en est-il des obligations de discrétion, de confidentialité, de loyauté, de non-concurrence pendant la vie du contrat. En effet, si le contrat de travail se caractérise par le lien de subordination, il est aussi un contrat conclu intuitu personae reposant sur une relation de confiance entre l'employeur et le salarié. Si cette relation disparaît au cours de la suspension en raison d'un comportement contestable du salarié, l'avenir du contrat est largement compromis. La sécurité juridique et l'intérêt de l'entreprise expliquent cette solution. Ces obligations maintenues ont davantage un rôle conservatoire. Certains auteurs considèrent qu'il s'agit uniquement d'obligations de ne pas faire, interdisant au salarié des actes ou des comportements qui seraient de nature à compromettre cette survie du contrat¹⁸⁰. En réalité, certaines sont également des obligations de faire et imposent donc un comportement actif au salarié. Celui-ci a notamment l'obligation de fournir les éléments nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise. Mais en considérant que ces obligations sont maintenues, non pas en raison de la rémunération mais en raison de la finalité même de préservation de l'emploi, cela permet de trouver l'équilibre du contrat de travail en cas de suspension.

340. L'obligation exorbitante de l'employeur de maintenir le contrat. En l'absence d'obligation de rémunération partielle, la cause des obligations accessoires dont est tenu le salarié peut être trouvée dans l'obligation exorbitante qu'a l'employeur de maintenir quoiqu'il arrive le contrat de travail. La suspension du contrat lorsque le salarié est dans l'incapacité de fournir sa prestation constitue en effet un mécanisme exorbitant assurant au salarié une sécurité. L'employeur est en réalité débiteur d'une obligation ici. Il est dans l'obligation de ne pas rompre le contrat, il peut être aussi dans l'obligation de remplacer le salarié absent, de modifier son organisation. Et la cause réelle de cette obligation est bien entendue purement

¹⁸⁰ J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, cités par J-Y Frouin, Protection du salarié et intérêt de l'entreprise, thèse sous la direction de B. Teyssié, soutenue le 12 septembre 2009

légale et politique en ce sens qu'elle s'inscrit dans le but de sécurisation du travail, de sauvegarde des emplois. Mais, si l'on tient absolument à lui trouver une cause contractuelle, et bien en échange de ce maintien de l'emploi, le salarié ne doit pas nuire au bon fonctionnement de l'entreprise, ce qui revient à lui imposer certaines obligations d'information, ou d'aide. Cette théorie ne pêche pas lorsque l'obligation de rémunérer partiellement le salarié est effective. En effet, cette obligation n'est qu'une conséquence, qu'un privilège du à l'ancienneté du salarié.

341. C'est finalement la sauvegarde de l'emploi du salarié par le mécanisme de suspension des obligations principales qui constitue la cause des différentes obligations survivantes. L'équilibre est donc différent en cas de suspension du contrat mais il n'est pas absent. L'économie générale du contrat est préservée : le salarié engage sa personne, et renonce à sa liberté pour travailler sous la subordination et sous la protection de son employeur. Cette protection de l'emploi se retrouve en cas d'inaptitude du salarié.

Section 2 : La notion d'équilibre à l'issue de la suspension du contrat de travail

342. En cas de maladie du salarié, le contrat est suspendu. Il le reste jusqu'à ce que le salarié puisse de nouveau fournir sa prestation de travail (*paragraphe 1*). Que se passe-t-il si le salarié ne retrouve pas son aptitude (*paragraphe 2*) ?

Paragraphe 1 : La réintégration du salarié apte

343. Le salarié doit être réintégré dans son emploi ou dans un emploi équivalent. La notion de réintégration et d'emploi équivalent montre une volonté de préserver l'équilibre du contrat, tel qu'il était avant la survenance de l'évènement imprévisible (*I*). Cependant, le régime, la sanction en cas de manquement à l'obligation de réintégration ne répond pas parfaitement à l'économie générale du contrat (*II*).

I. La notion de réintégration

344. Raison d'être. Puisque le contrat n'était que suspendu, le salarié doit en principe pouvoir retrouver son emploi et reprendre l'activité qui était précédemment la sienne. Durant l'absence du salarié, il n'est pas impossible que l'employeur ait dû le remplacer ou ait pourvu son poste. Que se passe-t-il alors ? Le Code du travail prévoit en son article L1226-8 une obligation de réintégration dans un emploi similaire en cas de maladie professionnelle ou d'accident du travail. La jurisprudence a étendu ce principe de solution aux cas d'accidents et de maladies non professionnelles¹⁸¹.

345. Justification. La notion d'emploi similaire se comprend aisément au regard du caractère contractuel. En effet, puisque le contrat n'est que suspendu, à l'issue de la suspension il est évident qu'il soit prévu qu'il s'exécute dans les mêmes termes, sauf à ce qu'un nouvel accord de volonté soit donné. Dès lors en théorie, c'est le principe de la force obligatoire du contrat qui gouverne la définition d'emploi similaire ou équivalent. De façon logique, cette notion d'emploi équivalent devrait s'analyser à la lumière de la jurisprudence de 1996 précitée qui distingue la modification du contrat de travail du changement des conditions de travail. L'employeur peut alors ne pas rendre au salarié le poste qu'il occupait auparavant, dès lors que cela n'entraîne pas de modification du contrat de travail.

346. Définition de principe. Dès lors en principe il faudrait entendre par emploi similaire, un emploi dans lequel les tâches à effectuer, bien que différentes relèvent de la même qualification professionnelle. La durée impartie pour leur réalisation ne doit pas être augmentée ou réduite, et les nouveaux horaires, si différents ne doivent pas bouleverser l'économie générale du contrat tel qu'initialement conclu. Enfin, la rémunération doit être équivalente à celle reçue pour les tâches effectuées auparavant. Il n'existe en réalité pas de définition de l'emploi équivalent. Le Code du travail tout comme la jurisprudence y font fréquemment référence sans pour autant adopter une définition uniforme. Un arrêt rendu en 1997 permet tout de même de conforter notre opinion. La chambre sociale considère qu'il faut

¹⁸¹ Soc 25 février 1997, RJS 12/1997, n°398

entendre par emploi similaire, un emploi comportant le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial¹⁸².

347. Si le principe « *ce qui est contractuel est contractuel* » gouverne bien cette obligation de réintégration, quelle doit être la sanction de son manquement ?

II. Le régime de la réintégration

348. Distinction selon la cause de la suspension. Il est étonnant de remarquer que les sanctions prévues diffèrent selon que la suspension résulte d'une cause professionnelle ou non. Ainsi, lorsque la suspension du contrat a été provoquée par un accident ou une maladie non professionnel, le salarié non réintégré recevra les indemnités de licenciement, de licenciement sans cause réelle et sérieuse. En revanche, selon l'article L1226-15 du Code du travail, lorsque la suspension du contrat a été provoquée par une maladie ou un accident professionnel, le salarié non réintégré dans son emploi ou un emploi similaire, aura droit à une indemnité spéciale de licenciement, à une indemnité compensatrice d'un montant égal à l'indemnité compensatrice de préavis et à une indemnité qui ne peut être inférieure à douze mois de salaire¹⁸³. Si cette solution peut s'expliquer logiquement car c'est finalement par le fait et à cause du travail que le contrat a du être suspendu et qu'il semble donc évident que pèse sur l'employeur une indemnité plus lourde, d'un point de vue contractuel cela ne s'explique pas. Puisque pèse sur l'employeur, l'obligation de réintégrer le salarié à l'issue de la suspension, le manquement à cette obligation est une question de responsabilité contractuelle. L'employeur n'a pas rempli son obligation. S'agissant d'une obligation de faire, il est admis par une analyse tautologique de l'article 1142 que le manquement à une obligation de faire se résout en dommages et intérêts. Il n'y a là aucune raison de distinguer selon que la cause était ou non professionnelle. La même obligation pèse sur l'employeur dans chacun des deux cas. Par ailleurs, le caractère professionnel de la maladie ou la qualification d'accident du travail entraîne déjà un régime spécifique d'indemnisation. S'il y a lieu de différencier à ce stade, il n'y a pas lieu en matière de réintégration. L'explication se trouve certainement dans le fait que les sanctions du manquement à l'obligation de réintégration en cas de maladie ou d'accident professionnels sont légales, tandis que le régime

¹⁸² Soc 22 octobre 1997, RJS 12/1997, n°1360

¹⁸³ J Pelissier, A Jeammaud, A Supiot, Précis de droit du travail, 24^{ème} ed. D2008 n°40'

applicable en cas d'accident non professionnel est jurisprudentiel. Mais cette distinction ne semble tout de même pas trouver de réelle justification.

349. La question de la sanction mise à part, le constat demeure celui de la préservation de l'équilibre. A l'issue de la suspension, lorsque le salarié est apte à reprendre son emploi, le législateur tente de conserver l'équilibre initial du contrat. Le salarié est donc en droit de retrouver son emploi ou un emploi similaire, dès lors les éléments contractuels de sa relation de travail ne sont pas remis en cause. On tente donc de sauvegarder l'équilibre du contrat malgré la survenance d'un événement « imprévisible ». Mais, il est aussi possible qu'à l'issue de la période de suspension, le salarié ne soit pas apte à reprendre son emploi. Que se passe-t-il alors ?

Paragraphe 2 : Le reclassement du salarié inapte

350. Lorsque le salarié n'est pas apte à reprendre son emploi, une obligation de reclassement pèse sur l'employeur. Celle-ci peut s'entendre comme une obligation de renégociation du contrat afin de retrouver, de préserver l'équilibre (I) mais ne se confond pas avec la théorie de la révision pour imprévision (II).

I. L'existence d'une obligation de renégociation

351. Droit commun. A priori, le contrat de travail est un contrat en partie intuitu personae. C'est en raison de ses capacités et qualifications professionnelles que le salarié a été choisi par l'employeur, et dans le but d'accomplir une prestation spécifique. Dès lors que ses compétences professionnelles ne sont plus là et que le but du contrat ne peut être atteint, le droit commun prescrirait une rupture du contrat. Tel n'est pas le cas en droit du travail.

352. Reclassement. L'inaptitude peut avoir une cause professionnelle ou non professionnelle. La loi ne s'intéressait au départ qu'à l'inaptitude faisant suite à un accident du travail ou à une maladie professionnelle. Mais, avant même que la loi ne réglemente les autres situations, la jurisprudence avait trouvé dans un article du Code du travail non prévu à cet effet- l'ancien article L241-10-1- la base d'une véritable obligation de reclassement

imposée à l'employeur du salarié déclaré inapte à son emploi par le médecin du travail. cette obligation était semblable à celle prévue par la loi pour l'inaptitude consécutive à une maladie professionnelle ou un accident du travail¹⁸⁴. Une loi du 31 décembre 1992 consacre ensuite cette obligation dans des termes similaires à ceux employés en cas d'inaptitude d'origine professionnelle.

353. Défi de bon sens ?. Ainsi désormais, si le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités compte tenu des conclusions du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé. Le législateur semble faire peser sur l'employeur une obligation de reclassement par tous moyens. En effet, le texte actuel dispose que « *l'employeur lui propose un autre emploi* », ce qui signifie qu'il *doit* proposer au salarié un autre emploi approprié à ses capacités. De plus, l'employeur doit à cette fin mettre en œuvre toutes les mesures utiles telles que mutations, transformations de poste ou aménagement du temps de travail. Enfin, l'employeur n'est pas délié de cette obligation lorsque le médecin du travail exprime un avis d'inaptitude à toute tâche dans l'entreprise voire à tout travail. La jurisprudence réaffirme en effet périodiquement que l'avis d'inaptitude à tout emploi et même à tout travail délivré par le médecin du travail ne dispense pas l'employeur de rechercher une possibilité de reclassement au sein de l'entreprise, le cas échéant dans le groupe auquel elle appartient en usant de mesures telles que les mutations, transformations de poste ou aménagement du temps de travail¹⁸⁵. L'employeur est donc tenu de prendre en compte l'avis du médecin du travail sauf lorsque celui-ci déclare le salarié inapte à toute forme d'emploi...Un auteur a d'ailleurs qualifié cette situation de « *défi au bon sens*¹⁸⁶ ».

354. Lorsque l'employeur est en mesure de reclasser le salarié, ce reclassement est subordonné à l'acceptation par le salarié du nouvel emploi qui lui est proposé. Deux possibilités existent alors : soit le salarié accepte le nouvel emploi soit il le refuse.

¹⁸⁴ Soc 15 juin 1993, Bull Civ n°168 et 27 octobre 1993, Bull n°250

¹⁸⁵ Soc 7 juillet 2004, Bull Civ n°196, 197, 198

¹⁸⁶ J. Savatier, Dr. soc 2008, p1139

355. Refus. La jurisprudence a de façon étonnante pu considérer que lorsqu'un salarié inapte mais reclassable dans l'entreprise refuse un ou plusieurs postes alors que ce reclassement n'entraînait qu'un changement des conditions de travail, ce refus n'avait pas de caractère fautif¹⁸⁷. Cette solution n'avait pas de fondement. Le refus d'un changement des conditions de travail constitue un acte d'insubordination et est en ce sens toujours fautif, qu'il s'agisse d'un reclassement pour inaptitude ou pas. La cour semble admettre désormais cette solution classique et considérer que l'obligation de reclassement de l'employeur a pour corolaire son pouvoir de sanctionner un refus abusif¹⁸⁸.

356. Acceptation. Lorsque le salarié accepte le nouvel emploi, cette acceptation emporte modification du contrat : l'employeur et le salarié sont désormais liés par les nouvelles obligations concernant la prestation de travail et la rémunération.

357. Une obligation de renégociation. Ainsi, lorsque survient un évènement imprévisible tel que la maladie entraînant une inaptitude du salarié, l'employeur ne peut pas rompre le contrat. Il est tenu au préalable d'avoir tenté par tous moyens de reclasser le salarié. L'exécution du contrat de travail doit être réellement impossible pour que celui-ci soit rompu, mais l'inaptitude ne la rend pas impossible, simplement plus difficile. Celle-ci ne devient impossible qu'en cas d'impossibilité de reclassement. L'obligation de reclassement correspond finalement à une obligation de renégocier les termes du contrat. Pour quelles raisons ? Et bien, parce qu'un évènement imprévisible rend plus difficile son exécution. Mais, si cela correspond bien à une obligation de renégocier les termes du contrat, est ce pour autant comparable à une révision pour imprévision ? Cela signifie t-il que la révision pour imprévision est appliquée en matière de maladie du salarié ?

II. La différence avec la révision pour imprévision¹⁸⁹

358. Un risque supporté par l'employeur. La révision pour imprévision implique que le contrat soit modifié au bénéfice de celui sur qui pèse le risque supplémentaire qui n'avait pas été prévu lors de la conclusion. Il s'agit de modifier le contrat pour retrouver l'équilibre initial. En cas d'inaptitude, il ya bien cette ambition de rétablir un nouvel équilibre c'est-à-dire

¹⁸⁷ Soc 9 avril 2002 Bull n°122

¹⁸⁸ soc 18 avril 2000, Dr. soc 2000, p 782, obs. J-Y Frouin

¹⁸⁹ Notion de révision pour imprévision : v. infra n° 360 et s.

trouver une nouvelle prestation à laquelle correspondra une nouvelle rémunération, les deux devant être le plus proche possible de l'emploi initial. Cependant, le risque du à cet évènement imprévisible, à cette inaptitude du salarié pèse ici sur l'employeur. C'est bien lui qui supporte le déséquilibre du contrat. En droit commun il devrait alors pouvoir rompre son contrat. Le caractère protecteur du droit du travail évince cette possibilité et crée une nouvelle obligation sur cette partie : trouver un nouvel emploi au salarié. La renégociation du contrat de travail pèse donc sur celui qui supporte le bouleversement de l'équilibre et n'a pas ici pour but de lui profiter. Il s'agit d'un mécanisme ayant pour but la protection sociale, la protection du salarié, et non d'un outil contractuel. Lorsque le bouleversement de l'économie générale du contrat est du aux circonstances économiques, les choses sont différentes.

Chapitre 2 : Circonstances économiques

359. Il a été vu jusqu'ici que « *l'esprit général du contrat de travail, c'est finalement l'échange de liberté contre une sécurité. Le travailleur renonce à sa liberté dans l'organisation de son activité professionnelle en se plaçant sous l'autorité de l'employeur ; mais il acquiert ainsi, aussi longtemps que subsiste le contrat, un droit à un salaire indépendant des aléas économiques de l'entreprise*¹⁹⁰ ». Certes. Mais, ce contrat s'inscrit dans la durée, ce qui implique qu'il subisse le poids des évènements extérieurs. De la sorte il se peut qu'en raison des circonstances économiques ce contrat ne réponde plus à l'équilibre initialement prévu par les parties. Selon cette citation et cette définition de l'économie générale, le contrat serait immuable. Tel n'est pas le cas. La notion d'économie générale du contrat de travail peut en réalité servir de cadre à l'appréciation des conséquences d'une telle situation.

360. Tant le salarié que l'employeur peuvent subir le poids de cette imprévision. Du point de vue des obligations du salarié, cela correspond à une évolution du marché telle que l'atteinte des objectifs fixés lors de la conclusion du contrat s'avère désormais plus difficile. Du point de vue des obligations de l'employeur, celui ci a conclu un contrat de travail à une

¹⁹⁰ J. Rivero et J. Savatier, Droit du travail, 13ème édition PUF, coll Thémis, Paris 1993 p 76.

époque où le marché, les circonstances économiques et la comptabilité de son entreprise le lui permettaient. Si tel n'est plus le cas, la prestation de travail du salarié devient pour lui plus onéreuse. Or, il ne peut réviser le montant de la rémunération sans l'accord du salarié. Il supporte donc désormais une contrainte supplémentaire. L'option de la réorganisation de l'entreprise est alors particulièrement intéressante. Telles seront donc nos deux hypothèses de départ. Le droit du travail aspire-t-il à conserver l'économie générale du contrat de travail en cas d'évolution économique imprévisible ? Quels sont les droits de l'employeur subissant les difficultés économiques ?

Si le droit du travail semble prendre en compte la notion d'imprévision entraînant un bouleversement économique (*section 1*), celle-ci est en réalité ignorée au motif que pèse sur l'employeur une obligation de prévision (*section 2*). Il a donc le droit de rompre le contrat de travail, mais il en supportera le coût, et sera débiteur d'une obligation préalable de reclassement. L'existence de ces obligations permet alors de répondre aux exigences de l'économie générale du contrat de travail.

Section 1 : L'imprévision traitée

361. Le droit applicable au contrat de travail prend en compte l'imprévision. En effet, lorsque celle-ci est subie par le salarié, il est possible de penser qu'elle permette une révision de ses obligations (*paragraphe 1*). Lorsque l'imprévision pèse sur l'employeur, celle-ci peut justifier une rupture du contrat pour une cause économique. Le droit s'attache ici aussi à préserver la distinction entre la sphère du pouvoir et la sphère du contrat (*paragraphe 2*). Si le traitement de l'imprévision en droit du travail diffère du droit commun, celle-ci est néanmoins prise en compte.

Paragraphe 1 : La révision pour imprévision subie par le salarié

362. Le traitement de l'imprévision est en droit commun des contrats un sujet sensible. Si celle-ci n'est pas censée être prise en compte, les solutions jurisprudentielles récentes sèment le doute (*I*). La réponse du droit du contrat de travail n'est pas plus évidente (*II*).

I. Le traitement de l'imprévision en droit commun

363. Principe d'immutabilité. L'article 1134 du Code civil dispose en son alinéa 3 le principe de la force obligatoire du contrat. Il fait de ce dernier la loi des parties. Le contrat repose sur l'autonomie de la volonté, et c'est ce principe qui justifie son immutabilité. Les parties doivent donc respecter le contrat tel qu'il a été conclu. Pour cette raison l'existence de la cause s'apprécie en principe lors de la conclusion du contrat, qu'importe alors que celle-ci disparaisse en cours d'exécution¹⁹¹. Ce principe d'immutabilité du contrat implique alors que la survenance d'un évènement imprévisible bouleversant ou modifiant son équilibre, son économie générale, ne remette pas en cause sa force obligatoire. Il s'agit là de la prohibition de la révision pour imprévision.

364. Prohibition de la révision pour imprévision. La question de la révision pour imprévision ne se pose que lorsque l'on se trouve face à un contrat qui lors de sa formation était parfaitement équilibré et que ce contrat s'inscrit dans la durée. Et, en raison d'un changement non prévisible, il devient manifestement déséquilibré et pourrait peut être entraîner la ruine d'une partie. Tout le problème tient dans le fait que l'exécution ici n'est pas impossible mais plus difficile. La révision pour imprévision s'entend alors de la possibilité offerte ou imposée aux parties de rediscuter les modalités ou le contenu de leurs obligations en cas de changement dans les circonstances qui affecte l'exécution de celles-ci¹⁹². Cette question se rapporte à la place des juges dans le contrat, aux rapports qu'entretiennent l'extérieur et les parties. La Cour de cassation a fait état de sa doctrine en la matière dans l'affaire du canal de Craonne du 6 mars 1876¹⁹³. Elle prohibe ici toutes formes de révision pour imprévision en droit privé. C'est le principe qui prévaut mais il ya des tempéraments.

365. Tempéraments. La Cour de cassation a parfois crée dans les contrats une obligation de renégociation en utilisant le principe de la bonne foi. Ainsi, dans l'affaire Huard¹⁹⁴, la Cour de cassation affirme que la compagnie a manqué à son obligation de négocier de bonne foi parce qu'elle ne permettait plus au pompiste de marque de proposer des prix concurrentiels. Elle octroie alors des dommages et intérêts au pompiste, ce qui revient en réalité à réviser le

¹⁹¹ Les exceptions ont été traitées précédemment cf...

¹⁹² T. Pasquier, la révision des objectifs déraisonnables, D 2009 p 1931

¹⁹³ Civ. 6 mars 1876, *GAJC*, D, 2008, n° 165, obs. Y. Lequette

¹⁹⁴ Com 3 novembre 1992, société française des pétroles BP c/m. Huard, J Mestre, une bonne foi franchement conquérante au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat, *RTD Civ* 1993 p 124

contrat. Les auteurs expliquent alors qu'il s'agit d'un tempérament à la décision du canal de Craponne. La révision n'est certes pas permise mais la cour y parvient par le biais de l'obligation de renégocier. Il ne s'agit pas d'une remise en cause du principe. La révision pour imprévision demeure prohibée mais, la bonne foi peut permettre d'en atténuer la rigueur. Cet arrêt a d'ailleurs été confirmé¹⁹⁵. En l'espèce, un mandat a été confié à une société pour vendre les produits Danone en Outre-mer. Il se rend compte par la suite que Danone vient vendre directement les produits sur le territoire en violation de l'exclusivité qui lui avait été octroyée. Le problème vient du fait que Danone peut vendre ces produits au prix initial alors que le mandataire lui doit les vendre plus cher pour se rembourser. La cour considère alors que le mandant, la société Danone, a manqué à son devoir de loyauté en ne permettant pas au mandataire de proposer des prix concurrentiels. La plupart des auteurs considèrent que c'est une confirmation de l'arrêt Huard, mais ce n'est pas exactement la même chose. Il s'agit tout de même d'un tempérament.

366. Revirement ?. La Cour de cassation a semé le doute en matière de révision pour imprévision par un arrêt du 29 juin 2010¹⁹⁶. Celle-ci y affirme, au visa notamment de l'article 1131 du Code civil « *qu'en statuant ainsi sans rechercher comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du cours des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulue par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société sec sollicitait l'exécution* ». Les auteurs ne sont pour autant pas unanimes sur l'appréciation de cet arrêt.

367. Explications. Pour certains auteurs, il ne s'agit pas d'un revirement. Il s'agirait d'une évolution qui selon eux, démontre déjà les méfaits de la révision pour imprévision, ils critiquent alors l'avènement d'une révision pour « imprévoyance »¹⁹⁷. Pour d'autres il s'agit d'une réelle évolution appréciable. Ce qui est certain c'est que la cour affirme deux choses

¹⁹⁵ Com 24 novembre 1998 affaire danone, n°96.18-357

¹⁹⁶ Com 29 juin 2010 n° 09-67.369

¹⁹⁷ T. Genicon, théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? D. 2010, p2485

particulièrement intéressantes en l'espèce. D'une part elle admet que la disparition de la cause puisse exercer une influence sur l'effectivité de l'obligation du débiteur. Elle considère en fait que la disparition de la cause dans un contrat à exécution successive emporte sa caducité. Elle affirme en effet que l'économie générale du contrat est déséquilibrée car l'engagement est privé de toute contrepartie réelle. D'autre part, elle précise la nature du fait générateur de ce déséquilibre en l'espèce. Il s'agit de l'évolution des circonstances économiques. La cour ne révisé pas le contrat en l'espèce, elle considère simplement l'obligation sans cause, caduque. Elle prend en compte un changement imprévisible des circonstances afin d'apprécier l'équilibre du contrat, non pas lors de sa formation mais lors de son exécution.

368. Assouplissement. Nul doute alors que cette appréciation soit bien plus souple. La cour admet bien qu'un changement extérieur au contrat et imprévisible puissent avoir une conséquence sur sa survie. Néanmoins, en utilisant la notion de cause, elle limite l'impact de l'imprévision. Celle-ci serait alors réservée aux « cas extrêmes »¹⁹⁸, aux engagements dépourvus de contrepartie réelle.

369. Portée. Quand à savoir quelle est la portée de cette décision, il est nécessaire de remarquer que cet arrêt n'a pas été publié. Sa portée en est dès lors très réduite puisqu'il n'a pas vocation à changer la doctrine de la Cour de cassation. Il s'insère pourtant dans le droit fil des réformes du droit des obligations.

370. Projets de réforme. Si l'avant projet Cattalla¹⁹⁹ rejette, aux termes de ces articles 1135-1 et 2 toute forme de révision pour imprévision ayant une autre origine que la liberté contractuelle, les autres projets de réforme sont plus souples. L'avant projet gouvernemental admet la révision judiciaire pour imprévision. Celle-ci est subordonnée à « l'accord des parties », mais le juge peut « mettre fin (au contrat) à la date et aux conditions qu'il fixe ». L'avant projet Terré²⁰⁰ admet, en son article 92 alinéa 3, en cas d'échec de la renégociation conventionnelle du contrat devenu profondément déséquilibré à la suite d'un changement

¹⁹⁸ D. Mazeaud, L'arrêt canal « moins », D. 2010 p 2481

¹⁹⁹ Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Doc. fr. 2006. Sur cet avant-projet, V., entre autres, RDC 2006/1

²⁰⁰ Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009. Sur cet avant-projet, V. D. Mazeaud, Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, D. 2009. 1364

imprévisible de circonstances, que « *le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

371. Incertitudes. Les différents projets de réforme proposent donc tous les trois des solutions très différentes, dont aucune ne se rapproche de celle donnée par la Cour de cassation dans le présent arrêt. Toujours est-il que la jurisprudence, le droit lui-même ne semble plus viscéralement opposé à la question de l'imprévision, à la révision du contrat. Si celle-ci n'est pas consacrée et ne le sera certainement pas, son appréciation et son traitement demeurent plus souples et intègrent certaines notions d'équité. La solution n'est pas plus tranchée en droit du travail. Le traitement des objectifs en droit du travail ne semble pourtant pas incompatible avec l'avènement d'une révision pour imprévision en la matière.

II. La révision des objectifs en droit du travail

372. Absence de révision pour imprévision. Il a été vu précédemment que les objectifs devaient être raisonnables et compatibles avec le marché²⁰¹. Cela implique-t-il une obligation de révision du contrat ? Dans l'arrêt du 13 janvier 2009 précédemment commenté, il ne s'agit pas à proprement parler d'une imprévision, c'est-à-dire de changement dans les conditions d'exécution du contrat. Le contrat était dès le départ déséquilibré. Les objectifs n'étaient pas raisonnables et compatibles avec le marché, lors de la conclusion du contrat. En effet, en l'espèce les objectifs étaient révisés chaque année par avenant et la question portait sur les objectifs fixés pour une année antérieure (l'année 2003). La cour considère que pour cette année précise il n'est pas établi qu'ils étaient raisonnables et compatibles avec le marché. Certains auteurs affirment alors que « *la condition déraisonnable est un entre deux : elle a trait à la formation de l'engagement mais s'apprécie au regard des conditions d'exécution du contrat* ²⁰²».

373. Hypothèse de la révision pour imprévision. Mais, le marché n'est pas figé. Celui-ci évolue. La question pourrait parfaitement se poser autrement. En effet, il est possible que les objectifs fixés pour une année soient lors de leur fixation tout à fait raisonnables et compatibles avec le marché. Mais, si le raisonnable dépend des conditions du marché, alors l'évolution des conditions économiques dans les mois suivants pourraient les rendre

²⁰¹ F. Favennec-Hery, JCP S 2009 1096 note sous Soc 13 janvier 2009 n°06-46.208

²⁰² T. Pasquier, la révision des objectifs déraisonnables, D. 2009 p1931

déraisonnables. Suivant la définition du raisonnable précédemment donnée²⁰³, l'exécution de la prestation de travail ainsi définie ne serait alors pas impossible mais simplement plus difficile. Cette hypothèse répondrait donc à la définition de la révision pour imprévision.

374. Position jurisprudentielle. Il n'est pas impossible que les objectifs soient parfaitement compatibles avec le marché lors de la formation du contrat, mais qu'en raison de l'évolution du marché ils ne le soient plus lors de l'exécution. Imposer la compatibilité avec le marché revient alors à imposer une obligation de révision automatique des objectifs. De même, en droit commun il a été vu que la Cour de cassation faisait usage de la bonne foi pour imposer une obligation de renégocier. Il peut en être de même concernant les objectifs déraisonnables. Néanmoins, les juges ne se sont pas prononcés sur ces hypothèses, et n'ont pas imposé explicitement d'obligation de révision automatique des objectifs en fonction des conditions du marché, durant l'exécution du contrat. Les décisions ont toutes pour objet la question de la fixation des objectifs, soit une question tenant à la formation du contrat.

375. Si la révision de la prestation de travail du salarié ne paraît pas impossible en cas d'imprévision, c'est d'une toute autre manière en revanche que sont traitées les obligations de l'employeur dans un tel cas. L'imprévision économique peut permettre à l'employeur de justifier une rupture du contrat de travail.

Paragraphe 2 : La rupture pour imprévision subie par l'employeur

376. Les circonstances économiques peuvent s'entendre comme une imprévision affectant les conditions du contrat et, par là les obligations de l'employeur. Dans un tel cas, lorsque les difficultés économiques sont telles qu'elles affectent l'équilibre du contrat, l'employeur est autorisé à rompre le contrat (I). La réorganisation de l'entreprise, cause jurisprudentielle de licenciement, est alors un lieu de prédilection des interférences entre le pouvoir et le contrat (II). La notion d'économie générale du contrat devient ainsi un cadre d'appréciation intéressant de la validité du licenciement économique.

²⁰³ « eut égard à l'état du marché, il doit être possible, non pas pour un héros ou un surhomme, mais pour un salarié moyen, un "bon père de famille", d'atteindre l'objectif fixé »

I. La rupture encadrée par les circonstances économiques

377. Licenciement pour cause économique. Le contrat de travail peut être rompu pour une cause économique. L'article L1233-3 définit en effet le licenciement économique comme le licenciement opéré pour un ou plusieurs motifs non inhérent à la personne du salarié résultant d'une suppression d'emploi, transformation d'emploi ou d'une modification du contrat refusée par le salarié. Des difficultés économiques rendant la relation de travail plus onéreuse que prévue sont-elles considérées comme une cause économique de licenciement ?

378. Définition légale de la cause économique. Le législateur précise que le licenciement doit « être consécutif notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ». Le législateur admet donc une rupture du contrat lorsque celui-ci est non pas impossible à réaliser mais simplement plus difficile. Il s'agit là d'une condition essentielle. Pourtant, le licenciement est tout de même vu comme le recours ultime, celui-ci ne peut avoir lieu que si l'employeur n'a pas d'autres moyens de faire face à ses difficultés.

379. L'expression d'un déséquilibre. La notion de mutation technologique mise à part, le licenciement pour une de ces causes légales semble alors bien répondre à une question de déséquilibre, de modification de l'équilibre. En raison de ces difficultés économiques, la prestation de travail devient trop onéreuse. La cause subjective de l'obligation de l'employeur -faire réaliser une prestation de travail dans le but de faire des profits- ne peut plus être atteinte de la même manière. Il y a bien un bouleversement imprévisible de l'équilibre initialement souhaité par ce dernier. Si la rupture du contrat correspond à l'expression d'un déséquilibre, cela peut alors justifier la prohibition des licenciements de compétitivité, pour une raison non plus sociale mais contractuelle. Un licenciement dans le but d'améliorer la compétitivité est bien de nature économique mais n'a pas de cause réelle et sérieuse. La volonté d'améliorer la compétitivité ne répond pas à des difficultés économiques. Il ne s'agit donc pas du traitement d'un bouleversement de l'économie générale du contrat. L'équilibre n'a pas été modifié. L'employeur souhaiterait simplement le modifier à son avantage, justement par un licenciement dit de compétitivité. Améliorer la compétitivité n'est donc pas une question de rétablissement de l'équilibre des prestations, ou du contrat. La rupture du contrat de travail dans l'unique but d'améliorer la compétitivité serait en ce sens contraire à l'économie générale du contrat de travail.

380. Causes jurisprudentielles. L'article précité demeure un article ouvert, de sorte à ce que d'autres causes de licenciement ont pu être ajoutées au fil du temps par la jurisprudence. Le législateur use en effet de l'adverbe notamment laissant ainsi le soin au juge de compléter ces deux causes justificatives de licenciement et créant ainsi une incertitude. La Cour de cassation a été amenée à compléter cette définition en s'inspirant de l'économie générale du droit. Elle a ainsi ajouté la cause économique de licenciement tiré de la cessation d'activité. La cessation d'activité ne traite pas d'une question de déséquilibre. En effet, il s'agit là de l'impossibilité de faire perdurer la relation contractuelle. L'activité ayant cessé, il n'y a plus de prestation à fournir. En revanche, la question de l'équilibre peut se poser en cas de réorganisations, restructurations ou concentrations d'entreprise. Elles ne sont pas nécessairement justifiées par des difficultés économiques ou des mutations technologiques. Néanmoins, elles risquent d'engendrer des modifications de contrat ou des suppressions d'emploi. Celles-ci ont alors du être encadrées.

II. La réorganisation justifiée par les circonstances économiques

381. Libertés en cause. Les réorganisations ou restructurations d'entreprise posent un problème de compatibilité entre différentes libertés. D'un côté, elles relèvent du pouvoir de gestion de l'employeur en ce qu'elles constituent une manifestation de sa liberté d'entreprendre et devraient donc être licites. De l'autre, elles sont susceptibles d'entraîner des licenciements pour cause économique, ce qui pourrait être contraire à l'économie générale du contrat de travail en ce sens qu'en principe ce contrat protège le salarié des aléas économiques. L'économie générale du contrat de travail peut alors constituer un nouveau cadre d'appréciation de la validité d'un tel licenciement.

382. Etat du droit. La notion de licenciement structurel ayant disparu, la Cour de cassation a dû se prononcer sur le bien fondé de tels licenciements. La chambre sociale de la Cour de cassation a alors intégré par une décision du 1^{er} avril 1992²⁰⁴ le motif économique de licenciement tiré de la réorganisation de l'entreprise justifiée par l'intérêt de l'entreprise. La notion d'intérêt de l'entreprise semblait parfaitement adéquate en la matière. Un tel motif permet en effet de laisser libre cours au pouvoir de gestion de l'employeur tout en s'assurant que le but n'est pas de rompre un contrat mais d'améliorer l'entreprise, de retrouver un

²⁰⁴ Soc. 1^{er} avr 1992., n° 90-44.697 , RJS 5/1992, n° 597

équilibre monétaire. Les licenciements en découlant devraient donc être des licenciements d'ultime recours. Tel n'était pas le cas. Ce motif était trop large, sa définition trop floue. Afin d'en restreindre la portée, la Cour de cassation a finalement considéré que cette cause de licenciement n'était justificative que si la réorganisation était nécessaire à la sauvegarde de l'entreprise²⁰⁵. Les juges du fond sont appelés à exercer pleinement leur mission de contrôle du motif réel et sérieux suivant le principe selon lequel le licenciement doit être la mesure ultime, dans un but de protection du salarié.

383. Sauvegarde de l'entreprise. La notion de sauvegarde de l'entreprise semble d'autant mieux répondre à notre hypothèse. La question posée est en effet celle de savoir ce que peut faire l'employeur lorsqu'en raison des circonstances économiques l'équilibre initialement prévue n'est plus respecté. Le contrat de travail devient finalement pour lui trop onéreux. Or, le contrat de travail qu'il a conclu poursuit un but plus large que celui de la simple réalisation d'une prestation de travail. Il poursuit un but économique et s'analyse en ce sens dans le cadre de la situation de l'entreprise. Cela correspond bien à une hypothèse où l'employeur doit sauvegarder son entreprise. Les difficultés économiques rendent la relation de travail plus onéreuse et il doit donc tenter de sauvegarder son entreprise. Le pouvoir de gestion de l'employeur s'exerce donc bien dans le but de rétablir l'équilibre.

384. Appréciation par les juges. L'appréciation de la nécessité de la réorganisation par les juges confirme cette idée. En effet, la Cour de cassation considère que si la situation de l'entreprise s'est améliorée à l'époque des licenciements, la menace pesant sur sa compétitivité n'est plus établie²⁰⁶. Les licenciements ne sont alors plus justifiés puisqu'ils ne répondent plus à un déséquilibre. De même, le juge peut tenir compte d'éléments postérieurs pour cette appréciation, puisque l'équilibre est désormais menacé. La sauvegarde de la compétitivité est alors bien un critère nécessaire. Il est possible de considérer qu'il s'agit de la sauvegarde d'un équilibre. La répartition des risques inhérente au contrat de travail semble alors s'effacer devant l'intérêt de l'employeur.

385. Economie générale du contrat. La notion d'imprévision déséquilibrant le contrat de travail a donc bien sa place en droit du travail. Si elle ne semble pas permettre une révision,

²⁰⁵ Soc. 5 avr. 1995, n° 93-42.690 ; D. 1995. 503, note M. Keller

²⁰⁶ Soc 13 mai 2009, n°07-43314 07-43315 07-43316 07-43317 07-43318

elle permet en revanche de mettre de côté la notion de répartition des risques, inhérente au contrat de travail, afin de permettre à l'employeur de rompre le contrat pour une cause économique, c'est-à-dire un déséquilibre du à des circonstances économiques. L'économie générale du contrat de travail devrait rendre impossible un tel motif de rupture puisque les aléas économiques ne devraient pas peser sur le salarié. Il semblerait alors qu'elle soit ici contredite. Mais, si l'imprévision semble être prise en compte, elle est en réalité ignorée pour céder le pas à une obligation de prévision de l'employeur, qui découle, elle de l'essence du contrat de travail.

Section 2 : L'imprévision ignorée

386. Le droit du travail ignore en réalité la notion d'imprévision lorsque celle-ci a trait aux obligations de l'employeur car pèse sur ce dernier une obligation de prévision. Celle-ci permet de respecter l'essence du contrat de travail en ne faisant pas peser sur le salarié le poids des aléas économiques. Toutes décisions dues à l'évolution des circonstances économiques semblent alors être traitées comme une simple expression du pouvoir patronal (*paragraphe 1*). Mais, les licenciements en découlant -qu'ils soient légitimes ou non- sont implicitement considérés comme l'expression d'un manquement de l'employeur à son obligation de prévision, justifiée par l'économie générale du contrat de travail (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : La réorganisation comme élément du pouvoir de gestion de l'employeur

387. L'imprévision est ignorée à deux points de vue. La cour fait de la réorganisation de l'entreprise un simple élément du pouvoir de gestion de l'employeur. Cela implique donc que l'employeur soit le seul juge du mode de réorganisation à choisir (*I*). Cette prise de position semble a priori répondre à l'économie générale du contrat de travail. Mais, pour la Cour de cassation cela implique qu'il soit aussi le seul juge du moment de la réorganisation, qu'il puisse alors rompre le contrat en l'absence de difficultés et donc de déséquilibre d'ores et déjà avéré (*II*).

I. Le mode de réorganisation

388. Place du pouvoir de gestion. L'économie générale du contrat de travail prescrit, comme cela a été vu, une séparation entre l'exercice du pouvoir et le respect du contrat. Le pouvoir patronal découle directement du contrat, et se traduit notamment par un pouvoir de gestion. La réorganisation d'une entreprise est une illustration de ce pouvoir, lui-même issu de la liberté d'entreprendre de l'employeur. Il a été vu qu'en la matière la composition entre différents droits et libertés était de mise. Mais, dès lors qu'il est établi que la sauvegarde de la compétitivité est en jeu et que les conditions jurisprudentielles sont respectées, le pouvoir de l'employeur devrait alors s'exprimer pleinement. C'est du moins ce que la jurisprudence a pu considérer par un arrêt rendu en assemblée plénière le 8 décembre 2000²⁰⁷, dit arrêt SAT.

389. L'arrêt SAT. En l'espèce, au vu de la situation économique de la société SAT, un expert comptable désigné par le comité d'entreprise a rendu un rapport préconisant trois solutions alternatives pour assurer la pérennité de l'entreprise. Celle-ci opta pour la troisième, celle qui entraînait le plus grand nombre de licenciement. Les salariés évincés assignèrent la société pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour d'appel considéra que ces licenciements étaient sans cause économique réelle et sérieuse, au motif qu'en choisissant la troisième solution, la société avait excédé la mesure de ce qui était nécessaire. La Cour de cassation casse alors cet arrêt en considérant « qu'il n'appartient pas aux juges du fond de contrôler le choix de gestion effectué par l'employeur » entre les solutions possibles. La question posée à la Cour de cassation était en réalité de savoir si l'employeur pouvait licencier pour cause économique des salariés alors qu'il existait des mesures socialement moins coûteuses. Et, à cette question, la Cour de cassation choisit de donner plein effet au pouvoir de gestion de l'employeur. Elle considère ainsi que les juges ne peuvent se substituer à l'employeur pour contrôler le choix de gestion effectué par ce dernier entre les divers projets envisagés dès lors que la mesure est conforme aux conditions exigées par la loi. Le juge n'est compétent uniquement pour apprécier si la solution se trouve justifiée par l'une des causes légales ou jurisprudentielles.

²⁰⁷ Soc 8 décembre 2000 n° 97-44.219

390. Appréciation. Cette solution semble à première vue parfaitement respectueuse de l'économie générale du contrat de travail puisqu'elle donne plein effet à la sphère du pouvoir. Cependant, cela est tout de même discutable. En effet, la rupture du contrat de travail pour une cause économique devrait être une option laissée à l'employeur en cas de survenance d'un événement extérieur comme des difficultés économiques. Le bouleversement de l'économie voulue par les parties entraîne le droit de rompre le contrat. Il s'agissait là de notre hypothèse de départ. Or, la Cour de cassation en fait ici, non plus une conséquence indépendante de la volonté des parties mais une réelle décision de l'employeur. Celui-ci peut alors décider de faire peser le risque économique sur le salarié en mettant un terme à son contrat. Ce n'est pas par obligation, ce n'est plus le traitement d'une difficulté économique imprévisible mais le choix d'une rupture. Cette affirmation est d'autant plus flagrante que la Cour de cassation laisse à l'employeur le choix du moment de la réorganisation.

II. Le moment de la réorganisation

391. Echec de la légalisation. Le législateur a tenté d'intégrer dans la loi du 17 janvier 2002 le motif de licenciement économique tiré de la réorganisation de l'entreprise indispensable à la sauvegarde de la compétitivité. Le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de cette loi qui ne permettaient cette cause de licenciement que si elle s'avérait indispensable à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise. Cette définition interdit selon lui à l'entreprise d'anticiper les difficultés économiques à venir en prenant des mesures de nature à éviter des licenciements ultérieurs plus importants. Cela porte une atteinte manifestement excessive à la liberté d'entreprendre de l'employeur. En effet, il a été vu que la réorganisation de l'entreprise constituait un élément du pouvoir de gestion de l'employeur, expression de sa liberté d'entreprendre. Dès lors, admettre que l'employeur ne peut faire usage de ce pouvoir que si cela s'avère indispensable revient à restreindre excessivement sa liberté.

392. Prise en compte jurisprudentielle. La Cour de cassation a tiré les conséquences de cette affirmation. Elle a reconnu à l'employeur dans le célèbre arrêt « pages jaunes²⁰⁸ » une faculté d'anticipation de portée supérieure et retient « *la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques sans être subordonnée à l'existence de difficultés économique à la date du licenciement* ».

²⁰⁸ Soc. 11 janv. 2006, aff. pages jaunes, Dr. soc. 2006. 138, obs. J.-E. Ray

393. Explications. Qu'est ce que cela signifie ? Jusque là, la réorganisation devait être justifiée par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Cela signifiait donc qu'une menace pesait sur celle-ci. Et il a été vu que cette menace, ce motif pouvait aussi s'analyser dans un cadre plus restreint comme un déséquilibre de l'économie du contrat initialement prévue par les parties. Avec l'arrêt Page jaune, la cour affirme que l'employeur n'a pas à attendre l'existence de ce déséquilibre. Il peut réorganiser l'entreprise et rompre le contrat avant même la survenance des difficultés, à partir du moment où elles sont probables. La rupture du contrat n'est alors plus la conséquence de difficultés économiques imprévisibles, d'un évènement indépendant de la volonté des parties. La cour fait en réalité primer le pouvoir de gestion de l'employeur et l'intérêt de l'entreprise sur la séparation des risques inhérente au contrat de travail. Il s'agit désormais d'une décision voulue par une des parties, et non plus imposée par un état de fait.

394. Licenciement de compétitivité. Dès lors que c'est finalement l'intérêt de l'entreprise qui prime, il est difficile de comprendre alors pourquoi l'accroissement de compétitivité ne peut pas être une cause valide. C'est d'ailleurs ce qu'avait considéré la cour d'appel de Montpellier en l'espèce. Elle fait référence à la jurisprudence Vidéocolor et considère qu'en l'espèce, la réorganisation a pour unique objet d'améliorer la compétitivité de l'entreprise ce qui n'est pas suffisant pour légitimer des licenciements économiques. L'employeur doit démontrer que la compétitivité de son secteur d'activité est en danger pour que le licenciement soit causé. Désormais, il peut se contenter de démontrer que la compétitivité *sera* en danger. La cour en fait une réelle expression du pouvoir patronal, comme en matière de mode de réorganisation.

395. Indifférence à la notion d'imprévision. Le pouvoir de l'employeur est alors très étendu. La notion de sauvegarde très floue. Cette solution ne semble alors pas respecter l'hypothèse de départ. Elle ne semble en effet plus être la réponse à l'existence d'un changement économique imprévu. Si l'employeur peut prévenir l'avènement d'une menace pesant sur sa compétitivité, cela signifie bien que celle-ci n'est pas imprévue. Le droit du travail ignore donc la notion d'imprévision. Cela n'est pour autant pas contraire à l'économie générale du contrat de travail. Celle-ci semble finalement imposer à l'employeur une obligation de prévision, à laquelle il aurait manqué si une menace sur sa compétitivité apparaît. La rupture du contrat de travail apparaît alors comme un cadre de prédilection pour assurer la persistance de l'économie générale du contrat de travail, de son équilibre.

Paragraphe 2 : La rupture comme manquement à l'obligation de prévision de l'employeur

396. Dans quelles mesures l'effet essentiel du contrat de travail, c'est-à-dire la répartition des risques, est-il préservé lors de la rupture du contrat de travail ? L'arrêt pages jaunes consacre en réalité une obligation de prévision de l'employeur. Conformément à cela, la rupture du contrat pour une cause économique constitue un manquement de l'employeur à son obligation de prévision (I). Plus généralement, toute rupture à l'initiative de l'employeur cause un préjudice systématique au salarié et est compensée par une indemnité de licenciement (II). Ces deux obligations semblent pouvoir être justifiées par le fait que le salarié, en vertu de son contrat de travail, ne doit pas supporter les aléas économiques.

I. Une faute implicite de l'employeur en cas de licenciement économique

397. Une obligation de prévision inhérente. L'affaire « pages jaunes » peut en réalité s'entendre différemment. Si la Cour de cassation est indifférente en matière de difficultés économiques à la notion d'imprévision, c'est justement parce que l'économie générale du contrat de travail implique que cela pèse sur l'employeur.

398. Une incompatibilité avec la notion d'imprévision. Cet arrêt peut alors s'expliquer parfaitement au regard de l'économie générale du contrat de travail. Il a été vu que le salarié ne devait pas supporter les aléas économiques, que c'était l'essence du contrat de travail. De cette affirmation naît une obligation qui est incompatible avec la notion même d'imprévision. Afin que le salarié ne supporte pas ce risque, l'employeur est débiteur d'une obligation de prévision. Pèse sur lui l'obligation de prévenir et d'anticiper les difficultés économiques. Dès lors, l'arrêt *pages jaunes* peut être considéré comme une expression de cette obligation. La réorganisation de l'entreprise- par prévision- a pour but de préserver un maximum d'emploi.

399. Une obligation confirmée. Les auteurs du communiqué concernant cet arrêt et publié sur le site de la Cour de cassation font preuve de pédagogie. Ils indiquent que les arrêts du 11 janvier 2006 « *présentent la notion de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise en prenant en compte les exigences de la gestion prévisionnelle des emplois* ». Il y est également précisé que la réorganisation n'est légitime que si elle cherche à concilier les principes

rappelés par le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire la liberté d'entreprendre, dont découlent la liberté de gestion des entreprises, et le droit à l'emploi. L'objectif de l'anticipation est donc clairement affirmé : c'est la préservation des emplois. Il s'agit donc de la préservation des contrats. C'est à l'employeur de s'assurer que le salarié ne supportera pas l'aléa économique, c'est-à-dire en prévoyant. Cela signifie-t-il que le juge est invité à vérifier, sur la base des éléments postérieurs aux licenciements, que la réorganisation mise en œuvre a bien préservé des emplois ? À l'employeur, dans ces conditions, de cultiver l'art de convaincre, ainsi que le faisait justement remarquer le Conseiller Boubli.

400. Une obligation légalisée. Cette obligation de prévision est désormais légale. Selon le Professeur Antoine Mazeaud « *le bien fondé des licenciements pourrait dépendre de la manière dont l'employeur par une « super anticipation » se sera conformé à une politique négociée de gestion des compétences, du moins dans les entreprises assujetties à la Gestion Prévisionnelle des Emplois et Compétences (non encore applicable aux espèces)* ». L'employeur a en effet depuis la loi de 2005 l'obligation d'anticiper les difficultés à venir. Le professeur Antoine Mazeaud remarque alors que si l'employeur n'a que médiocrement anticipé les mesures à prendre dans le cadre de la GPEC, qu'il ne s'étonne pas si le juge n'admet pas aisément les licenciements de crise.

401. Une faute implicite de l'employeur. Qu'elle soit légale ou jurisprudentielle, cette obligation de prévision se justifie parfaitement au regard de l'économie générale du contrat de travail. Et, cela implique qu'à partir du moment où la menace, les difficultés économiques, ou autres causes économiques surviennent et rendent nécessaire la rupture d'un contrat, le risque, le cout pèse automatiquement sur l'employeur. Le droit du travail crée ici une sorte de faute implicite et automatique de l'employeur. Alors qu'en droit commun le contrat aurait simplement été anéanti sans qu'il ne pèse sur l'une des parties, en droit du travail, l'existence de l'obligation de prévision fait automatiquement peser une faute sur l'employeur. Celle-ci justifie alors les différentes obligations qui pèsent sur l'employeur en cas de licenciement économique, notamment en matière d'élaboration de plan de sauvegarde de l'emploi, ou de reclassement. Le traitement de ce soi disant manquement à l'obligation de prévision n'a pas un caractère contractuel et ne sera donc pas traité ici. Il faut néanmoins en retenir que l'idée est bien d'assurer la persistance de la répartition des risques, de la protection du salarié face aux aléas économiques.

402. Cette même idée se retrouve dans un domaine plus large, celui de l'octroi d'une indemnité de licenciement.

II. Une indemnisation systématique en cas de rupture par l'employeur

403. Une rupture conditionnée. L'essence du contrat de travail, son économie générale, trouve une application originale lors de la rupture du contrat. Il a été démontré que la répartition des risques était l'effet essentiel de la conclusion d'un contrat de travail, la question qui se pose alors est de savoir ce qu'il en est de cet effet lors de la rupture du contrat de travail. La rupture du contrat de travail par l'employeur est conditionnée par l'exigence d'une cause réelle et sérieuse. L'employeur ne dispose du droit de résiliation unilatéral que si celui-ci est justifié par une cause réelle et sérieuse. Il s'agit donc d'un droit conditionné. Cette condition constitue une protection légale pour le salarié qui se justifie par la nature alimentaire du contrat de travail. Cela devrait signifier que dès lors que cette condition est remplie l'employeur est libre de rompre le contrat. Pourtant, il doit systématiquement verser une indemnité au salarié lorsqu'il rompt son contrat, même de manière justifiée. Quelle est alors la cause, la raison d'être de cette indemnité de licenciement ?

404. Thèse salariale réfutée. Certains auteurs²⁰⁹ ont considéré qu'il ne pouvait pas s'agir d'une véritable indemnité. Selon eux, l'exercice d'un droit ne devrait pas pouvoir générer en soi un préjudice. Pour étayer cela, ils ajoutent que cette indemnité est due même lorsque le salarié retrouve immédiatement un emploi, elle est donc dépourvue de toute fonction réparatrice. Elle serait en réalité la contrepartie du travail fourni par le salarié pendant le contrat de travail - son montant est d'ailleurs calculé en fonction de la durée de celui-ci et constituerait un véritable salaire différé, fictivement capitalisé au cours du travail accompli dans le passé. S'il est difficile de nier que cette indemnité a aussi un caractère de revenu de remplacement, la position du droit positif ne la qualifie pas de salaire différé.

405. Caractère indemnitaire consacré. L'indemnité de licenciement a un caractère indemnitaire²¹⁰. Il s'agit là de la position adoptée par la Cour de cassation²¹¹. Celle-ci n'a pas

²⁰⁹ P. Durand, Traité de droit du travail, tome 2, n° 485 ; cité par J. MOULY, À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement, D. 2008. 582

²¹⁰ G.-H. Camerlynck, L'indemnité de licenciement, JCP 1957. I. 1391 ; J. SAVATIER, Réflexions sur les indemnités de licenciement, Dr. soc. 1989. 125 ;

été remise en cause malgré les divergences de certains auteurs précités considérant que cette indemnité a le caractère d'un salaire²¹². Il s'agit donc d'une indemnité. Cela implique donc qu'elle ait pour but de compenser un préjudice. Or, comme le remarquent ces auteurs, cette indemnité est versée même lorsque le licenciement est justifié, c'est-à-dire lorsque l'employeur s'est contenté d'exercer un droit qu'il tient de la loi. Deux hypothèses sont alors possibles. Il est possible de considérer en premier lieu que cette indemnité vise à compenser lors de la rupture, la répartition des risques établie lors de l'exécution du contrat. Selon cette hypothèse, la répartition des risques n'est un effet essentiel qu'au moment de l'exécution du contrat. Selon la seconde hypothèse, au contraire, cette indemnité aurait pour but de compenser un transfert de risque qui se produirait systématiquement en cas de rupture à l'initiative de l'employeur. Conformément à cette hypothèse, l'effet essentiel du contrat de travail serait préservé au stade de la rupture et l'équilibre initial sauvegardé. Ces deux hypothèses méritent l'attention.

406. Instrument de compensation de la répartition des risques. Cette hypothèse part d'un constat : en raison de la répartition des risques, le salarié a contribué aux profits de son entreprise mais ne les a jamais perçus. Lors de la rupture du contrat, une indemnité de licenciement lui serait alors versée, en guise de compensation. Cette hypothèse revient à admettre que le salarié tire les profits de son activité lors de la rupture du contrat de travail. Cela revient à considérer que le contrat était déséquilibré en raison de la répartition des risques, et que c'est au moment de la rupture que l'équilibre est atteint, l'indemnité de licenciement caractériserait alors un outil de transfert des profits. Il s'agirait d'une indemnité visant à réparer le préjudice né de l'absence de participation aux profits de l'entreprise. Cela rejoint l'analyse du Professeur Revet²¹³ qui voit dans l'indemnité de licenciement une créance rémunératoire non salariale destinée à « *corriger l'indépendance entre le salaire et le profit* ». Analysée sous l'angle de l'économie générale du contrat de travail, cette conception n'est pas satisfaisante. La répartition des risques est de son essence et implique justement que si le salarié acquiert une protection contre les aléas économiques, il ne tire pas non plus les profits de son activité. Le régime protecteur dont le salarié bénéficie est la cause, la contrepartie du

²¹¹ soc. 9 mars 1957, D. 1958. 91, note J. Brethe de La Gressaye

²¹² Pour une application jurisprudentielle v. Soc. 19 juill. 1945, Gaz. Pal. 1945. 1. 126 ; DURAND et VITU, II, n° 385

²¹³ T. Revet, La force de travail : étude juridique, Litec, Paris, 1992, p. 271

fait qu'il ne puisse pas tirer profit de son activité. L'équilibre est de la sorte déjà garantie. L'indemnité de licenciement ne devrait donc pas en principe trouver sa cause ici. Mais, puisque le salarié bénéficie d'un statut protecteur, peut être cette indemnité trouve t-elle sa cause dans la perte de ce statut en cas de rupture.

407. Instrument de conservation de la répartition des risques. La Cour de cassation a explicité récemment la cause de l'indemnité de licenciement. Elle affirme ainsi que « *l'indemnité de licenciement est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur* » et que « *c'est [donc] à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'elle avait pour cause la rupture du contrat de travail*²¹⁴ ». Il a été vu que la rupture du contrat de travail était d'ores et déjà conditionnée. Pourquoi alors la compenser par une indemnité ? Deux analyses doivent être ici cumulées. D'une part, les risques ne peuvent peser sur le salarié. Or, le droit de résiliation unilatérale de l'employeur peut opérer un transfert de risques lors de la rupture. L'indemnité de licenciement, serait donc la contrepartie de ce droit, car il opère un transfert de risque et serait en ce sens contraire à l'économie générale du contrat de travail. Le droit de résiliation unilatérale soustrait le salarié du statut protecteur, et doit donc être compensé. L'indemnité de licenciement aurait ainsi pour but de rétablir l'équilibre initial du contrat de travail : le salarié renonce aux profits de son activité en échange d'une protection. Cela se conçoit tout particulièrement dans l'hypothèse d'un licenciement économique, spécialement en cas de réorganisation de l'entreprise. Concernant le licenciement personnel, inhérent à la personne du salarié il faut ajouter une seconde analyse. Durant l'exécution du contrat de travail, l'employeur jouit du pouvoir de direction, directement lié à la qualification de contrat de travail. Lors de la rupture, lorsque celle-ci est à l'initiative de l'employeur, il exerce ici aussi ses pouvoirs liés à la subordination du salarié. L'indemnité de licenciement aurait alors pour but de compenser l'exercice du pouvoir de direction. Elle en serait une contrepartie. L'indemnité de licenciement vise alors à compenser le préjudice du salarié, né de la rupture unilatérale de ce contrat de travail c'est-à-dire par exercice du pouvoir de direction et surtout de gestion de l'employeur. L'indemnité de licenciement serait alors un simple outil de répartition des risques, de rééquilibre des pouvoirs des cocontractants lors de la rupture du contrat de travail par l'employeur. Cela permet de justifier qu'à l'inverse la rupture à l'initiative du salarié ne donne lieu à aucune indemnité pour l'employeur.

²¹⁴ Civ. 2^e, 11 oct. 2007, n° 06-14.611, Bull. civ. V, n° 228, D. 2008. 582, note J. Mouly

408. En cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, il est ainsi possible d'admettre que l'économie générale du contrat de travail est préservée. Tant les obligations de l'employeur dues à la prévision des difficultés économiques que, dans une dimension plus large, l'indemnité de rupture versée au salarié en cas de licenciement ont pour objet et pour effet de garantir la répartition des risques entre les parties, d'éviter un transfert des risques de l'entreprise sur le salarié. La répartition des risques, si elle ne constitue pas le critère de qualification du contrat de travail, en constitue l'effet essentiel permettant d'analyser et de déterminer si l'équilibre inhérent à ce contrat est ou n'est pas préservé. Tout est alors une question d'équilibre.

Conclusion :

409. Intérêt démontré. L'intérêt d'appliquer la notion d'économie générale du contrat de travail est d'encadrer l'autonomie de la volonté afin de donner plus de place au contrat en tant que source du rapport de travail. Il a alors été vu que tout était une question d'équilibre, que cet équilibre une fois caractérisé pouvait lui-même régir les règles applicables à la relation de travail. L'économie générale d'un contrat est intangible et n'est pas soumise aux fluctuations de la volonté des parties.

410. Méfiance originaire évincé. La méfiance originaire pour le contrat avait pour raison d'être notamment l'inégalité des parties cumulée avec le caractère alimentaire du contrat de travail. Le rapport de travail s'instaure dans une relation de pouvoir, le salarié étant subordonné à son employeur. Or, le mécanisme du contrat repose sur le principe de l'égalité des parties. Le risque était alors que le salarié soit contraint d'accepter des conditions de travail, des engagements ou des obligations dont la contrepartie est insuffisante. Le risque était finalement double : celui de l'exploitation du consentement du salarié et de l'exploitation de la force de travail du salarié. Des règles impératives ont alors été imposées. Aujourd'hui, le contrat est une source de plus en plus importante du rapport de travail. Il permet de flexibiliser la relation, ou de la sécuriser, que ce soit favorable au salarié ou à l'employeur. Les mécanismes du droit commun des contrats ont alors une importance accrue. La notion d'économie générale du contrat s'instaure dans ce schéma. Son étude a justement permis de démontrer que la volonté n'est pas totalement libre dans le contrat, que le contrat lui-même permet de limiter les droits et obligations des parties.

411. Fonction qualificative. Dans sa fonction qualificative, celle-ci implique que tout contrat qualifié de contrat de travail soit constitué par une prestation de travail, un lien de subordination et une rémunération. Ce lien de subordination confère à l'employeur le droit de déterminer la prestation de travail, et lui impose l'obligation de la fournir. Le lien de subordination n'a alors pas pour seul effet l'inégalité de pouvoir des parties. Son effet principal est la répartition des risques : le salarié exerce une prestation de travail à la fois sous la subordination de l'employeur et sous sa protection. Toute clause faisant porter sur le salarié les risques et aléas économiques n'entre alors pas dans l'économie générale du contrat de travail et la contredit. Il en est ainsi en matière de portage salarial justement.

412. Contrôle des pouvoirs. L'économie générale du contrat de travail permet de définir le contenu du contrat de travail conformément à son but, sa finalité. Le pouvoir de l'employeur trouve alors une source contractuelle : la réalisation de la prestation de travail. L'économie générale du contrat de travail impose alors de délimiter la sphère du pouvoir et la sphère du contrat. Il s'agit là d'une limite au pouvoir patronal, qui ne peut d'ailleurs pas empiéter sur la vie personnelle du salarié sans contredire l'économie générale du contrat de travail. L'économie générale du contrat de travail permet donc à la fois de justifier et de limiter les pouvoirs de l'employeur. Elle sert aussi d'instrument d'analyse de l'équilibre des prestations.

413. Instrument d'analyse du contenu du contrat. En tant qu'instrument d'analyse du contenu du contrat, elle permet d'assurer l'équilibre du contrat de travail. Elle permet donc de vérifier que les parties ont consenti à un contrat équilibré. Les obligations doivent avoir une contrepartie, qu'elles soient principales ou accessoires. Le respect de l'économie générale du contrat de travail permet alors de créer des obligations supplémentaires. En ce sens, l'analyse de l'économie générale du contrat de travail permet de contrôler l'exploitation des consentements, l'exploitation de la force de travail du salarié. Ainsi, conformément à l'économie générale du contrat de travail, toute clause ayant pour effet d'accroître les obligations du salarié devrait être financièrement compensée.

414. Instrument d'analyse du sort du contrat. Enfin, lorsqu'elle sert d'analyse du sort du contrat, l'économie générale du contrat de travail permet de justifier l'existence de nombreuses règles légales et impératives. Ces règles impératives peuvent en effet trouver leur source directement dans l'effet essentiel du contrat de travail : la répartition des risques, la protection. Cela permet alors de justifier le droit applicable à la rupture du contrat de travail, qu'elle soit justifiée par les circonstances économiques ou par l'état de santé du salarié.

415. Appréciation. L'utilisation de la notion d'économie générale du contrat en droit du travail démontre alors que le contrat peut s'autoréguler lui-même, que la volonté n'y est pas totalement libre. Les droits des parties sont directement limités par la finalité du contrat. C'est exactement ce qui ressort des arrêts dans lesquels la Cour de cassation a affirmé qu'une clause n'entraîne pas dans l'économie générale du contrat de travail. L'utilisation du concept peut alors sembler heureuse, permettant parfois de justifier des solutions d'ores et déjà existantes, et parfois de donner plus de cohérence. L'étude de l'économie générale du contrat de travail assure en tout cas une certaine sécurité : celle-ci est intangible et n'est pas sujette à

interprétation. Ce nouveau cadre d'appréciation pourrait alors être un remède intéressant aux foisonnements et errements législatifs. L'utilisation de ce nouveau cadre d'appréciation en matière de modification du contrat de travail est alors très attendue.

416. L'économie générale du contrat de travail est bien un concept qui « *intrigue, irrite ou fascine* ». Approche idéaliste du contrat commutatif, le soin est désormais laissé à la jurisprudence de statuer sur son *utilité*.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux (manuels et traités contemporains, dictionnaires)

Cornu G.,

Vocabulaire juridique, PUF, 7^{ème} ed. 2005

Durand P.,

-Traité de droit du travail, tome 2, n° 485

Mazeaud A.,

-Droit du travail, Montchrestien, 6^{ème} ed.2008

Pelissier J., Supiot A., Jeammaud A.,

-Droit du travail, D 24^{ème} ed. 2008

Rivero J. et Savatier J.,

-Droit du travail, 13ème édition PUF, coll Thémis, Paris 1993

II. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

De Saint Exupery A.

Le petit Prince, ed Gallimard, chap XIV

Frouin JY.,

-Protection du salarié et intérêt de 'entreprise, thèse sous la direction de B. Teyslié, soutenue le 12 septembre 2009

Pasquier T.,

-L'économie du contrat de travail, Thèse sous la direction de M. A. Lyon Caen, soutenue le 29 novembre 2008

Planiol M.,

-Traité élémentaire de droit civil, F. Pichon, t. II, paris, p592

Rade C.,

-Droit du travail et responsabilité civile, LGDJ coll bibliothèque de droit privé Tome 282
paris 1997, p 141.

Ripert,

-La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ 1949, n°72

Revet J.,

-La force de travail : étude juridique, Litec, Paris, 1992,

Smith A.,

-La richesse des nations, 1776, livre II, chap IV, nouvelle traduction P.Jaudel, Economica,
Paris 2000

Schloss D.,

-Les modes de rémunération du travail (traduit par C Rist), Giard et Brière, paris 1902 p 56

III. Articles

Aubret- Monpeyssen T.,

-Une précision des frontières du domaine disciplinaire, RDT 2007 p 527

Binet JR.,

-De la fausse cause, RTD Civ. 2004 p655

Camerlynck GH.,

-L'indemnité de licenciement, JCP 1957. I. 1391

Casaux-Labrunée L.,

-Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant, Dr.soc. 2007.58

Chazal JP,

-Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt Chronopost, JCP E n°29
1998, 1152

Cristau A.,

-La mise en chômage technique consécutive à un conflit collectif du travail, Dr. soc. 2000. 1091

Dupeyroux JJ.,

-Le roi est nu, Dr.soc. 2007. 81

Favennec- Hery F.,

-Tempete sur la clause de non concurrence SSL 2002 n°1094

Genicon T.,

-Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? D. 2010 p2485

Ghestin J.,

-Le renouveau doctrinale actuel de l'absence de cause, JCP E 2006 n°49, 1194.

Moury J.,

-Une embarrassante notion : l'économie du contrat, D. 2000 p 382

Johanson A.,

-La détermination du temps de travail effectif, LGDJ

Loiseau G.,

-L'occupation du domicile à des fins professionnelles, une immixtion dans la vie privée du salarié, JCP S n°22, 1218

Mazeaud D.,

-Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, D. 2009. 1364

-L'arrêt canal « moins », D. 2010 p 2481

Mekki M.,

-Existe t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail ? RDT 2006 p292

Morvan P.,

-Eloge juridique et épistémologique du portage salarial, Dr.soc. 2007.600

-Securitas omnia corrumpit ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs, Dr soc 2007. 674

Mouly J.,

-À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement, D. 2008. 582

Pasquier T,

-La révision des objectifs déraisonnables, D 2009 p 1931

Pelissier J.,

-Le portage salarial : une sécurisation inaboutie, RDT 2010 p 292

-Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail, RJS 1/04, p. 3

Pignarre LF.,

-Contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations : jeux d'influences, RDT 2009 p 151

Ray JE.,

-Les astreintes, un temps du troisième type, Dr soc 1999. 250

-De la sub/ordination à la sub/organisation : Dr. soc. 2002, p. 5

Revet T.,

-« L'objet du contrat de travail », Dr.soc., 1992 p. 859

Rivoal O.,

-La dépendance économique en droit du travail, D. 2006 p891

Saint Jours Y.,

-La faute en droit du travail : l'échelle et l'escabeau, D 1990 p 113

Savatier J.,

-Réflexions sur les indemnités de licenciement, Dr. soc. 1989. 125

Waquet P.,

-Les objectifs, Dr. soc 2001p124

-Le juge et le droit du travail, Liaisons soc. 1996, législ. soc., n° 7397, p. 4

-Le renouveau du contrat de travail, RJS 5/1999.383

Wdowiak, S

-La violence économique : une nouvelle forme d'esclavage ? SSL 2005, 1213

Zelcevic-Duhamel A.,

-La notion d'économie du contrat en droit privé, JCP E 2001 n°9, 1300

IV. Articles collectifs

Couturier G., Perulli A.,

-Droit du travail et droit des contrats (2 parties) RDT 2007 p 407

Lokiec P., Robin-olivier S., Perulli A., Collins H.,

-Droit des contrats et droit du travail (première partie) RDT 2007 p339

V. Notes, observations, conclusions

Aubert JL

-Notes, Cass. com.12 oct. 1993 : Defrénois 1994, p. 812

Bailly P.,

Soc 30 mars 2010, SSL 10 mai 2010, n° 1445, p. 5, spéc. p. 8

Barthélémy J.,

-Note, Cass. soc. 13 nov. 1996, Bull. civ. V, n° 382, RJS 1996, n° 1320, JCP E, 1997. II. 911,

Billiau M.

-Notes, Cass. ass. plén., 25 févr. 2000 : JCP G 2000, II, 10295

-Note, Cass. ass. plén., 14 déc. 2001 : JCP G 2002, II, 10026

Brethe de La Gressaye J.

-Note, soc. 9 mars 1957, D. 1958. 91

Chevrier E.

-Obs, Com. 21 févr. 2006, n° 04-20.139, D. 2006. 717

Couturier G.,

Obs, Cass. soc. 19 mai 1998, Di Giovanni, Dr. soc.1998, p. 885

Dauvergne,

-Note, Cass. crim. 29 nov. 1973 : D. 1974, jurispr. p. 194

Delebecque P.

-Obs, Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, D. 1997.175

Delpech X

-Obs, Com. 13 févr. 2007, n° 05-17.407, D. 2007. 654

Despax M.,

-Note, soc 25 janvier 1961, D. 1961 621

Duplat J.,

-Avis, Soc. 30 sept 2005, n° 04-40.193 , Bull. civ. V, n° 277 , Dr. ouvrier 2006, 19

Favennec-hery F.

-Note, cass. soc 13 janvier 2009, n°06-46.208, JCP S 2009, 1096

Frouin JY.,

-Obs soc 18 avril 2000, Dr. soc 2000, p 782

Gauriou B.,

Obs, cass soc 10 mai 1999, Dr. soc. 1999.736

Keller M.,

-Note, Soc. 5 avr. 1995, n° 93-42.690 ; D. 1995

Lardy-Pélissier

-Obs, Soc. 28 mars 2006, D. 2006. Pan. 2004

Larroumet C.,

-Chron, Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, D. 1997. 145

-Note, AP, 19 mai 1988 : D. 1988, jurispr. p. 513

Lequette Y.,

-Obs, Civ. 6 mars 1876, GAJC, D, 2008, n° 165

Mazeaud D.,

-Obs, Defrénois 1997.333

Mestre J.,

-Com 3 novembre 1992, société française des pétroles BP c/m. Huard, une bonne foi franchement conquérante au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat, RTD Civ 1993 p 124

Morvan P.,

-Note, Cass. soc., 30 mars 2010, JCP S 2010, 1re esp

Mouly J. ,

-Note, Soc. 28 mars 2006, JCP 2006. II. 10209

-Note, Civ. 2^e, 11 oct. 2007, n° 06-14.611, Bull. civ. V, n° 228, D. 2008. 582

Pélissier J.,

-Obs, Soc. 7 juin 2006, RDT 2006. 313

Pretot X.

-Note, Cass soc 28 février 2002, D2002, p2696

Radé C.

-Note, Cass. Soc. 28 octobre 1997 D. 1998, jurispr. p. 219

-Note, Soc 25 mai 2005, bull civ n°179 Dr soc 2005 p 924

-Note, Soc 2 juillet 2002, Bull civ n°229, p224, Dr. Soc 2002, n°11, p998

Ray JE.,

-Obs, Soc. 11 janv. 2006, aff. pages jaunes, Dr. soc. 2006. 138

Ripert

-Note, Cass. civ 27 février 1929 : DP 1929, 1 p129

Saint Jours Y.,

-Note, cass soc 8 octobre 1987, D. 1988, Jur. p. 57

-Note, cass soc 10 juillet 1996, JCP 1997. II. 22768

Savatier J

-Note, Cass. 2e civ., 28 oct. 1954 : Bull. civ. II, n° 328 ; JCP G 1955, II, 8765

-Obs, Cass. Soc 23 fevrier2003, Dr. soc. 625 1^{ère} espèce

-Obs, Cass. Soc 3 juin 2003, Dr. soc 2003. 884

Sériaux A.

-Note, Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, D. 1997.121

Serra Y.,

-Note, Cass. soc., 9 oct. 1985, Dr. soc. 1986, p. 420

Serret J-J.,

-Note, Cass. soc., 26 oct. 1994 ,JCP E 1995, II, 726, 1re esp.

Tosi JP.

-Note, Cass., ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 03-14.112, D. 2005. 1864

INTRODUCTION.....	6
I. Economie générale et qualification du contrat de travail.....	7
A. Une notion de droit des contrats	7
B. Une fonction qualificative.....	10
II. Economie générale et équilibre du contrat de travail.....	12
A. Analyse du contenu du contrat	12
B. Analyse du sort du contrat	16
PARTIE 1 : LE CONTENU DE L'ECONOMIE GENERALE DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	20
TITRE 1 : L'APPARENCE D'UN RAPPORT DE FORCE DESEQUILIBRE	22
<i>Chapitre 1 : L'exécution d'une prestation sous la subordination de l'employeur</i>	<i>24</i>
Section 1 : Le droit de déterminer la prestation.....	25
Paragraphe 1 : Les caractères de la prestation	25
I. L'exécutant de la prestation.....	25
A. Le choix de l'exécutant	25
B. Le test de l'exécutant.....	27
II. L'exécution de la prestation.....	28
A. La nature de l'obligation du salarié	28
B. Le régime de l'obligation du salarié.....	29
Paragraphe 2 : L'étendue de la prestation	30
I. Le contenu de la prestation	30
A. Un objet possible	30
B. Un objet raisonnable.....	31
II. L'aire de la subordination.....	32
A. La faute professionnelle	32
B. Le fait personnel	34
Section 2 : L'obligation de fournir une prestation de travail	37
Paragraphe 1 : Caractère essentiel de cette obligation	37
I. Le jeu de la qualification.....	37
A. Raison d'être de l'obligation.....	37
B. Contenu de l'obligation.....	38
II. L'enjeu de la qualification	39
A. L'économie générale du contrat de travail légalement ignorée	40
B. L'économie générale du contrat de travail jurisprudentiellement couronnée	42
Paragraphe 2 : Caractère exceptionnel de la dispense d'exécution	43
I. Caractérisation d'une faute	44
A. L'absence de faute en cas d'impossibilité.....	44
B. L'existence d'une faute en cas de possibilité.....	45
II. Réparation du préjudice	48
A. Réparation par équivalent	49
B. Réparation en nature.....	50
<i>Chapitre 2 : La réalisation d'une prestation sous la protection de l'employeur</i>	<i>52</i>

Section 1 : Protection physique	52
Paragraphe 1 : L'ignorance de l'obligation contractuelle	53
I. L'existence d'une responsabilité automatique non contractuelle.....	53
II. L'insuffisance des réparations automatiques non contractuelles	55
Paragraphe 2 : L'existence d'une obligation contractuelle	55
I. La consécration d'une obligation contractuelle de sécurité.....	56
II. L'intensité de l'obligation contractuelle de sécurité	58
Section 2 : Protection juridique	60
Paragraphe 1 : Une immunité juridique dans l'exercice de la prestation de travail ..	61
I. Une immunité justifiée par la subordination	61
II. Une immunité conditionnée par la subordination	62
Paragraphe 2 : une responsabilité juridique hors de l'exercice de la prestation de travail	62
I. Une solution à approuver.....	63
II. Des applications à regretter.....	63
TITRE 2 : L'EXISTENCE D'UN CONTRAT REEQUILIBRE	65
<i>Chapitre 1 : La rétribution de la prestation de travail.....</i>	66
Section 1 : La rémunération traditionnelle créatrice de déséquilibre monétaire	67
Paragraphe 1 : L'évanouissement de la rémunération au rendement	67
I. L'apparence d'un équilibre des prestations en cas de rémunération au rendement	67
II. L'existence d'une contradiction avec l'essence du contrat en cas de rémunération au rendement	68
Paragraphe 2 : L'épanouissement de la rémunération au temps.....	71
I. Les bienfaits de la rémunération au temps en termes d'équilibre contractuel	71
A. Le respect de l'essence du contrat	72
B. Le respect de la cause de l'obligation	73
II. Les méfaits de la rémunération au temps en termes d'équilibre monétaire....	74
A. La notion de temps de travail effectif.....	74
B. Le contrôle du temps de travail effectif	75
Section 2 : La rémunération variable créatrice d'un équilibre nouveau	77
Paragraphe 1 : Les dangers surmontés	77
I. Le caractère contractuel sauvegardé	77
II. Le transfert de risque limité	79
Paragraphe 2 : L'équilibre démontré	81
I. La rémunération forcée de la disponibilité	81
II. La rémunération méritée de la productivité	82
<i>Chapitre 2 : La compensation des prestations spéciales.....</i>	84
Section 1 : L'équilibre ignoré dans l'appréciation traditionnelle des clauses du contrat	85
Paragraphe 1 : Un contrôle pluridimensionnel	85
I. Le contrôle du pouvoir patronal	86
II. Le respect des libertés salariales.....	87
Paragraphe 2 : Une indemnisation ponctuelle.....	88

I. L'article 1131 écarté.....	88
II. L'équilibre de la clause retrouvé	89
Section 2 : L'équilibre recherché par l'appréciation de l'économie générale du contrat	90
Paragraphe 1 : L'utilisation jurisprudentielle en matière de travail à domicile	91
I. Une prestation normalement en entreprise	91
II. Une prestation possiblement à domicile	92
Paragraphe 2 : L'utilisation éventuelle pour toutes suggestions particulières	96
I. L'éviction hypothétique du principe de proportionnalité	96
II. La compensation logique de la clause de mobilité.....	99

PARTIE 2 : L'EVOLUTION DE L'ECONOMIE GENERALE DU CONTRAT DE TRAVAIL..... 102

TITRE 1 : UN BOULEVERSEMENT CONFORME A LA VOLONTE D'UNE PARTIE.....	103
<i>Chapitre 1 : Un changement dans le contrat.....</i>	<i>104</i>
Section 1 : l'influence de l'économie générale sur le régime de la modification	104
Paragraphe 1 : un régime nécessairement hybride.....	105
I. Le contrat ignoré.....	105
II. Le contrat retrouvé	106
Paragraphe 2 : Un régime finalement conforme	108
I. Le régime contractuel de la modification	108
II. Le régime disciplinaire du changement des conditions de travail.....	110
Section 2 : L'influence de l'économie générale sur la notion de modification	111
Paragraphe 1 : Intérêt de la notion d'économie générale du contrat de travail.....	112
I. Les difficultés dues à l'absence d'écrit	112
II. Les difficultés dues à l'appréciation de l'écrit.....	113
Paragraphe 2 : Les conséquences de la notion d'économie générale du contrat de travail	115
I. Des éléments inchangés	115
II. Des éléments sécurisés.....	118
<i>Chapitre 2: Un changement dans les parties</i>	<i>120</i>
Section 1 : La qualification du changement d'employeur	120
Paragraphe 1 : Un bouleversement avéré dans l'économie du contrat.....	121
I. Du point de vu du salarié	121
II. Du point de vu du nouvel employeur	121
Paragraphe 2 : Un bouleversement justifié par l'économie du contrat.....	122
I. Une expression du pouvoir de gestion de l'employeur	122
II. Une expression du principe de la répartition des risques.....	123
Section 2 : Le régime du changement d'employeur	123
Paragraphe 1 : Le droit d'opposition du salarié à la poursuite de la relation de travail	123
I. La consécration d'un droit d'opposition	124
II. Les dissuasions du régime du droit d'opposition	124
Paragraphe 2 : Le droit au maintien de l'économie générale du contrat de travail .	125

I. Cas classique.....	125
II. Cas spécial	126
TITRE 2. UN BOULEVERSEMENT INDEPENDANT DE LA VOLONTE D'UNE PARTIE.....	128
<i>Chapitre 1 : Difficultés physiques</i>	128
Section 1 : La notion d'équilibre en cas de suspension du contrat de travail	129
Paragraphe 1 : L'apparence d'un déséquilibre des prestations restantes	129
I. Le mécanisme de la suspension.....	129
II. Les obligations suspendues.....	130
Paragraphe 2 : L'existence d'un équilibre des prestations survivantes	131
I. Une rémunération contrepartie de la survie du lien de subordination	131
II. Une justification par la survie de l'emploi.....	135
Section 2 : La notion d'équilibre à l'issue de la suspension du contrat de travail.....	136
Paragraphe 1 : La réintégration du salarié apte	136
I. La notion de réintégration.....	137
II. Le régime de la réintégration	138
Paragraphe 2 : Le reclassement du salarié inapte	139
I. L'existence d'une obligation de renégociation.....	139
II. La différence avec la révision pour imprévision	141
<i>Chapitre 2 : Circonstances économiques</i>	142
Section 1 : L'imprévision traitée	143
Paragraphe 1 : La révision pour imprévision subie par le salarié	143
I. Le traitement de l'imprévision en droit commun	143
II. La révision des objectifs en droit du travail.....	147
Paragraphe 2 : La rupture pour imprévision subie par l'employeur	148
I. La rupture encadrée par les circonstances économiques	149
II. La réorganisation justifiée par les circonstances économiques	150
Section 2 : L'imprévision ignorée	152
Paragraphe 1 : La réorganisation comme élément du pouvoir de gestion de l'employeur	152
I. Le mode de réorganisation.....	153
II. Le moment de la réorganisation	154
Paragraphe 2 : La rupture comme manquement à l'obligation de prévision de l'employeur	156
I. Une faute implicite de l'employeur en cas de licenciement économique.....	156
II. Une indemnisation systématique en cas de rupture par l'employeur	158
CONCLUSION :	162
BIBLIOGRAPHIE	165
I. Ouvrages généraux (manuels et traités contemporains, dictionnaires).....	165
II. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies.....	165
III. Articles	166
IV. Articles collectifs.....	169
V. Notes, observations, conclusions.....	169

RESUME :..... 178

Resumé :

La Cour de cassation a fait référence à la notion d'économie générale du contrat de travail dans deux arrêts rendus au cours de l'année 2010. Il s'agit d'une notion civiliste qui revêt différentes fonctions. Outil de qualification, instrument d'analyse du contenu du contrat et de son sort, cette notion permet de contrôler à la fois la volonté des parties et l'équilibre du contrat. Le contrat de travail est l'archétype du contrat dirigé notamment en raison de l'inégalité de pouvoir des parties. L'étude de l'économie générale du contrat de travail permet de démontrer que la volonté n'y est pas totalement libre, que le contrat prévoit lui-même des mécanismes de protection du salarié, de sa force de travail découlant directement du lien de subordination liant le salarié à son employeur. Il s'agit alors d'un nouveau cadre d'appréciation des clauses du contrat de travail, impliquant le respect de la répartition des risques, entendue comme l'effet essentiel de ce contrat et l'équilibre des prestations. Cette étude montre ainsi que le contrat est une source à part entière du rapport de travail et qu'il peut s'auto réguler. A défaut, ce nouveau cadre d'appréciation imposerait au moins une plus grande cohérence, une certaine sécurité juridique.